

CONSEIL D'ÉTAT

Rapport public 2013

Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives

Rapport adopté
par l'assemblée générale
du Conseil d'État
le 21 mars 2013

*En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.
Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.*

© Direction de l'information légale et administrative, Paris 2013

ISBN : 978-2-11-009377-6

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, Henri TOUTÉE, Olivier DUTHELLET de LAMOTHE, Bernard PÊCHEUR, Philippe MARTIN, Christian VIGOUROUX, présidents de section, François SÉNERS, 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 : CHRISTIAN VIGOUROUX, 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)

- 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.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63, 2012.
- Le droit souple - étude annuelle 2013, n° 64 (*à paraître*, 2013).

Collection « Les études du Conseil d'État »

- 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, 2011.
- 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, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, 2012.
- La démocratie environnementale, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, 2012.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, 2013.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, 2013.



Sommaire

■ Éditorial

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

■ Première partie – ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE 15

L'ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE EN CHIFFRES-CLÉS..... 17

L'activité juridictionnelle en 2012 17

Évolution de l'activité juridictionnelle 2010-2012 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 39

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 55

3. Analyse d'une sélection de décisions, d'arrêts et de jugements 59

3.1. Sélection de décisions marquantes du Conseil d'État..... 59

– Actualité de la loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État

– Renforcement du droit à l'indemnisation des patients

– Réparation des préjudices consécutifs aux spoliations de biens intervenues du fait des législations antisémites

– Droit d'asile, orientation sexuelle et excision

– Renforcement des garanties pour les fonctionnaires responsables syndicaux

– Une série de contestations des tarifs réglementés du gaz et de l'électricité

– La construction des antennes de téléphonie mobile : quels pouvoirs pour le maire?

– Le renouveau du contentieux contractuel : de nombreux prolongements

– Nouvelles précisions sur les aides d'État

3.2. Analyse de décisions juridictionnelles du Conseil d'État 79

3.3. Analyse d'arrêts des cours administratives d'appel et de jugements des tribunaux administratifs..... 123

3.4. Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile..... 146



4. Les missions qui concourent à l'activité juridictionnelle : aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives	151
4.1. Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle (BAJ).....	151
4.2. Bilan d'activité de l'exécution des décisions de la juridiction administrative	155
4.3. Mission permanente d'inspection des juridictions administratives.....	167
■ Deuxième partie – ACTIVITÉ CONSULTATIVE	171
1. Observations d'ordre général	175
1.1. Une activité consultative toujours soutenue	175
1.2. Remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte.....	177
1.3. La qualité des études d'impact ou des évaluations préalables	180
2. Sélection d'affaires marquantes de l'année	185
2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière	186
2.2. Actions en faveur de l'emploi	194
2.3. Projet de loi relatif au harcèlement sexuel	199
2.4. Projet de loi ouvrant le mariage à deux personnes de même sexe	200
2.5. Prévention et lutte contre le terrorisme.....	202
2.6. Participation du public en matière environnementale	205
2.7. Mobilisation du foncier public en faveur du logement	207
2.8. Promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la fonction publique.....	209
2.9 Réforme des élections locales	210
3. Thèmes transversaux de l'activité consultative	215
3.1. Actes et respect de la hiérarchie des normes.....	215
3.2. Collectivités territoriales.....	220
3.3. Commande publique.....	222
3.4. Consultations	222
3.5. Domanialité.....	232
3.6. Droit des étrangers	234
3.7. Juridictions administratives et judiciaires.....	235
3.8. Libertés et principes fondamentaux.....	236
3.9. Organisation et gestion de l'administration	239
3.10. Outre-mer	242
3.11. Relations internationales et conventions internationales.....	249
3.12. Sanctions	252
3.13. Traitement de données à caractère personnel.....	253
3.14. Union européenne	256

4. Politiques publiques	263
4.1. Agriculture	263
4.2. Budget et comptabilité publique	264
4.3. Communication	267
4.4. Concurrence et consommation	269
4.5. Crédit, monnaie, services financiers.....	270
4.6. Cultes	273
4.7. Défense.....	274
4.8. Énergie.....	277
4.9. Environnement.....	280
4.10. Fiscalité.....	287
4.11. Fonction publique.....	301
4.12. Justice	309
4.13. Logement	311
4.14. Santé publique	313
4.15. Sécurité et ordre public	318
4.16. Sécurité sociale et action sociale	319
4.17. Transports	322
4.18. Travail, emploi et formation professionnelle	323
4.19. Urbanisme et aménagement.....	324
5. Index	325
6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État	333
6.1. L'activité consultative en 2012 : nombre de séances, nombre et nature des textes examinés, délais d'examen	333
6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2012.....	338
7. Avis rendus par le Conseil d'État en 2012	341
■ Troisième partie – ÉTUDES, DÉBATS, PARTENARIATS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX	343
1. LES ÉTUDES ET LES DÉBATS	345
1.1. L'étude annuelle « Les agences : une nouvelle gestion publique ? »	346
1.2. Les colloques et les conférences du Conseil d'État	351
1.3. Les domaines privilégiés des études, des débats et des publications : le droit de l'environnement, le droit public économique et l'action publique	354
2. Relations européennes et internationales	357
2.1. La mission d'expertise juridique en droit européen	357
2.2. La mission de veille juridique.....	362
2.3. Présentation générale de l'activité internationale.....	364



Éditorial

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

Le rapport public du Conseil d'État est une occasion de rendre compte, chaque année, de l'activité de la juridiction administrative. Il permet également de prendre la mesure de la place qu'occupe celle-ci dans notre société, de saisir le rôle éminent qui est le sien dans la gouvernance publique, en particulier en temps de crise économique, et des progrès constants qu'elle permet, stimule ou encourage dans la promotion de l'intérêt général ainsi que dans la défense des droits et libertés fondamentaux.

1. L'activité consultative du Conseil d'État

Dans l'exercice de son activité consultative, le Conseil d'État est conduit à se prononcer sur des textes majeurs et des questions de droit fondamentales, au service du Gouvernement et, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, du Parlement. Dans ce cadre, il assure un contrôle de la qualité des textes, de leur cohérence et de l'adéquation avec les objectifs qu'ils poursuivent. Il veille au respect de la hiérarchie des normes et des grands principes de répartition des compétences. Cette mission l'installe comme un acteur pertinent et efficace de l'amélioration de la gouvernance et de la mise en œuvre des politiques publiques.

La crise financière a encore constitué en 2012 un exemple marquant du rôle que le Conseil d'État peut jouer en matière de gouvernance. Sa mission est de rendre possible et sécuriser les politiques publiques essentielles décidées dans le cadre européen ou national. Le Conseil d'État a ainsi été saisi de nombreux textes qui visaient à maîtriser cette crise. Parmi ceux-ci, il s'est notamment prononcé sur le projet de loi autorisant la ratification du traité instituant le Mécanisme européen de stabilité, celui autorisant la ratification du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, le projet de loi organique relatif au pilotage des finances publiques et le projet de loi de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017. Il a aussi donné son avis sur le projet de loi portant réforme bancaire et financière et sur le projet de directive de l'Union européenne relative au redressement et à la résolution bancaire.

Mais bien d'autres questions ont également été soumises au Conseil d'État, qu'il s'agisse par exemple des initiatives en faveur de l'emploi – ce fut notamment le cas des projets de loi relatifs aux emplois d'avenir et aux contrats de génération –, de la redéfinition du délit de harcèlement sexuel à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité, par le Conseil constitutionnel, de l'ancien article 222-33 du code pénal, de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, de la mise en œuvre du principe de participation du public énoncé à l'article 7 de la Charte de l'environnement, de la mobilisation du foncier public en faveur du logement ou encore du projet de loi ouvrant le mariage à deux personnes du même sexe.



Ce sont en 2012 plus de 1 100 textes qui ont ainsi été examinés par le Conseil d'État, dont 151 projets de loi, d'ordonnance et de loi de pays (pour la Nouvelle-Calédonie) et 668 décrets réglementaires. Ces quelques chiffres soulignent l'activité soutenue qui a été celle du Conseil d'État, malgré deux élections nationales qui n'ont pas été sans incidence sur le nombre de textes dont il a été saisi et l'urgence de leur examen. L'assemblée générale, qui examine les textes les plus importants, a tenu 32 séances et examiné, au cours de celles-ci, 49 textes et rapports. La commission permanente, qui se réunit en cas d'urgence, a également connu une activité soutenue, 12 textes ayant été examinés lors de 7 séances. Les délais moyens d'examen des textes diminuent : en 2012, 89 % d'entre eux ont été examinés en moins de deux mois, contre 80 % l'année précédente. D'une manière générale, le Conseil d'État s'attache à rendre ses avis dans les délais souhaités par le Gouvernement, pourvu qu'ils ne soient pas manifestement déraisonnables.

L'exercice de la mission consultative a été marqué en 2012 par un fort développement du travail dématérialisé, sur support numérique. Ce changement améliore les conditions de travail : il est donc positif. Comme chaque année, en revanche, il faut regretter que le Conseil d'État ne dispose quelquefois pas du temps nécessaire à la délibération de ses avis. Les saisines en extrême urgence sont certes parfois justifiées et la mission du Conseil d'État consiste alors, bien entendu, à assister le Gouvernement dans la recherche de la meilleure solution aux problèmes urgents qui se posent à lui. Mais de telles conditions de saisine résultent aussi, l'expérience le prouve, d'un manque de préparation ou d'une mauvaise planification de l'activité législative et réglementaire. En tout état de cause, le Conseil d'État, quelles que soient les conditions de la saisine, s'efforce d'assurer un haut niveau de qualité des textes et de garantie de conformité aux normes supérieures.

2. L'activité juridictionnelle

Dans le cadre de son activité juridictionnelle, la juridiction administrative a enregistré de bons résultats, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif.

La justice administrative reste une justice de qualité. Le fait que plus de 95 % des litiges soient définitivement réglés conformément à la solution adoptée en premier ressort constitue un indicateur pertinent, parmi d'autres, de la sécurité juridique de ses décisions. Les réformes qui ont été engagées à partir de la création des cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987 ont aussi provoqué une mutation profonde de cet ordre de juridiction qui sait prendre en compte les contraintes pesant sur son activité mais aussi les attentes légitimes des justiciables. Le juge administratif est en effet désormais en capacité de statuer en urgence sur les requêtes présentées en référé et de faire efficacement exécuter ses décisions. Il sait également, et de mieux en mieux, adapter son intervention aux enjeux et aux difficultés de chaque affaire grâce à la diversification des outils procéduraux dont il dispose et à l'usage qu'il en fait. Ces réformes ont été décisives. L'office du juge s'est profondément renouvelé et la société française comme, peut-on l'espérer, les pouvoirs publics, en recueillent les fruits. Aujourd'hui beaucoup plus encore qu'hier, le juge administratif contribue ainsi à l'affermissement de l'État de droit, à la définition et au respect de l'intérêt général ainsi qu'à la protection des droits et libertés fondamentaux.

Le droit de la régulation économique et, plus largement, des activités économiques des personnes publiques a, cette année encore, constitué un champ privilégié dans



lequel s'est déployée l'activité de la juridiction administrative. Le Conseil d'État a ainsi confirmé et précisé le droit applicable en matière de fixation des tarifs réglementés de l'énergie, qu'il s'agisse de gaz ou d'électricité. Trois affaires – la desserte maritime de la Corse, les services de transport en commun d'Ile-de-France et le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes – lui ont permis de mieux définir ce qu'est une aide d'État au sens du droit de l'Union européenne. Le contentieux contractuel, qui a connu aux cours des dernières années un renouveau contrastant avec la stabilité qui le caractérisait les décennies précédentes, a également été au cœur de l'activité de la juridiction administrative. Le Conseil d'État a ainsi apporté des éclaircissements importants sur l'office du juge du contrat et sur la notion de concurrent évincé.

L'année 2012 a aussi été marquée par des décisions dignes d'intérêt en matière de libertés et de droits fondamentaux. La responsabilité du service public hospitalier et les modalités d'indemnisation des préjudices ont été revues, lorsque les patients n'ont pas été correctement informés ou n'ont pu donner leur consentement à des interventions lourdes de conséquences. Le Conseil d'État s'est également prononcé sur la notion de « groupe social » exposé à un risque de persécution au sens de la convention de Genève relative au statut des réfugiés et il lui a donné un contenu positif dans deux types de situation : l'orientation sexuelle des personnes et les mutilations génitales féminines. Le Conseil d'État a aussi affirmé le droit syndical à propos de l'avancement et de la rémunération des fonctionnaires responsables syndicaux.

L'année 2012 a également donné l'occasion d'affermir l'édifice jurisprudentiel relatif aux interventions des collectivités territoriales en lien avec l'exercice d'un culte et aux pouvoirs des maires en matière d'antennes de téléphonie mobile.

Quant à l'analyse des décisions rendues par la juridiction administrative, le rapport public 2013 fait désormais une large place et nouvelle aux jugements des tribunaux administratifs et aux arrêts des cours administratives d'appel. Une section spécifique est aussi consacrée aux principales décisions de la Cour nationale du droit d'asile.

Si la qualité de la justice administrative se mesure en termes de solidité de l'édifice jurisprudentiel qu'elle construit, elle résulte aussi de sa capacité à apporter aux justiciables, dans un temps raisonnable, une réponse aux litiges portés devant elle.

À cet égard, la situation de la juridiction administrative est très satisfaisante, grâce aux efforts accomplis depuis plusieurs années. L'indicateur le plus synthétique, celui du délai prévisible moyen de jugement, qui était passé en 2011 pour la première fois en-dessous du seuil symbolique d'un an, a poursuivi sa décroissance : il s'est établi fin 2012 à 9 mois et 28 jours dans les tribunaux administratifs, à 11 mois et 11 jours dans les cours administratives d'appel et à 8 mois et 26 jours au Conseil d'État. L'amélioration des délais de jugement se répercute bien entendu sur le nombre des affaires en instance, qui n'a jamais été aussi bas depuis dix ans. Surtout, elle s'accompagne d'un important rajeunissement du stock des affaires pendantes : alors que, devant les tribunaux administratifs, les dossiers de plus de deux ans représentaient en 2002 40 % du stock et, en 2008, encore un quart, cette proportion a été ramenée à 13 % au 31 décembre 2012. Dans 17 juridictions, ce taux est déjà inférieur à 5 %, ce qui est également le cas devant les cours administratives d'appel. Au Conseil d'État, l'accent a aussi été mis sur le traitement des dossiers anciens et le nombre d'affaires pendantes depuis plus de deux ans, qui a baissé de 22 % en 2012, ne représente plus que 5,7 % du stock. En ce qui concerne la Cour nationale du droit d'asile, sa capacité de jugement s'est encore renforcée



avec une hausse du nombre des arrêts de 7,9 % en dépit de conditions plus difficiles d'exercice de ses fonctions. Le délai prévisible moyen de jugement s'établit devant cette juridiction à 8 mois et 27 jours.

Cette bonne situation ne doit cependant pas dissimuler la modestie des marges de manœuvre dont dispose pour l'avenir la juridiction administrative. Celle-ci est certes « à l'équilibre », mais l'augmentation persistante des recours portés devant elle – plus 6 % par an en moyenne pendant 40 ans – ne cesse pas de poser question. En ce qui concerne en particulier la Cour nationale du droit d'asile, cette juridiction a connu, pour la quatrième année consécutive, une hausse du nombre des recours qui, en 2012, a été de 13,7 %, soit 36 362 dossiers enregistrés, tandis que la demande d'asile devant l'OFPRA progressait de 3,9 %.

Ces constats constituent la toile de fond des réformes à venir, qu'il s'agisse de la généralisation des téléprocédures, qui permettent aux parties d'échanger par voie électronique avec les juridictions, ou du redéploiement de certaines compétences entre les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État. Au-delà des chantiers en cours, d'autres adaptations seront, à n'en pas douter, nécessaires dans les prochaines années. Parmi eux, figure notamment la rédaction des décisions de la justice administrative qui, après la remise en avril 2012 du rapport remarqué du groupe de travail présidé par le président Philippe Martin, donne lieu en 2013 à des expérimentations au sein de la section du contentieux du Conseil d'État.

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

Parmi les missions du Conseil d'État, la conduite d'études juridiques ou relatives à la gouvernance publique occupe une place significative. Chaque année, l'étude annuelle du Conseil d'État permet, en particulier, d'aborder un thème porteur d'enjeux majeurs pour notre société. En 2012, l'étude annuelle a porté sur les agences. Elle a permis au Conseil d'État de prendre sans ambiguïté position dans un débat institutionnel majeur et de formuler diverses propositions pour un meilleur encadrement de ce mode d'organisation administrative. Un colloque consacré à ce thème en octobre 2012 a permis de confronter son approche avec celle de la doctrine, des responsables des ministères et des principales agences. En janvier 2012 s'était également tenu un colloque sur le thème de la précédente étude annuelle, intitulée « Consulter autrement, participer effectivement ».

Lieu de justice et de conseil, le Conseil d'État – comme la juridiction administrative en général –, est aussi un lieu de discussion ouverte et d'échanges partagés. Le compte rendu de son action répond bien sûr, pour la juridiction administrative, à une exigence de responsabilité. Mais, au-delà, la discussion soutenue et continue qu'elle entretient par son activité de colloques et de conférences avec tous ses partenaires, qu'il s'agisse des autres juridictions, des administrations, des professions du droit, de l'Université ou des acteurs économiques et sociaux, lui permet de mieux appréhender l'impact concret des questions de société sur l'élaboration et l'application du droit, de mieux cerner les grands enjeux juridiques et de gouvernance publique, en particulier les enjeux émergents et, partant, de renforcer la qualité de ses décisions et avis ainsi que la confiance qu'elle inspire aux citoyens.

Les manifestations organisées par le Conseil d'État sont demeurées en 2012 importantes du fait de la poursuite des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, sur le thème cette année du patrimoine immatériel de l'État, mais aussi



avec le cycle de conférences consacré aux enjeux juridiques de l'environnement. À cette occasion, ont été réunis, entre autres, des membres d'autres juridictions suprêmes, des universitaires, des avocats et des représentants des administrations centrales de l'État, d'autorités administratives indépendantes et d'associations.

La collection *Droits et Débats*, qui a vocation à pérenniser ces débats et à prolonger la réflexion engagée dans ces colloques, s'est en outre enrichie de quatre nouvelles publications en 2012. Les conférences Vincent Wright du comité d'histoire ont commencé à être publiées et une nouvelle collection historique a été créée à La documentation Française pour accueillir les travaux du comité d'histoire.

L'ouverture de la juridiction administrative est aussi marquée par son activité internationale : échanges avec les juridictions administratives suprêmes, participation aux réseaux juridiques européen et international, actions de coopération et de jumelage, missions d'expertise, participation à des colloques... Parmi les événements les plus significatifs de l'année 2012, le Conseil d'État exerce, depuis juin dernier et pour deux années, la présidence de l'Association des Conseils d'État et des juridictions suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), qui regroupe les juridictions suprêmes et Conseils d'État des vingt-sept États membres ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne. Il a aussi participé à deux jumelages à la suite d'appels d'offres de la Commission européenne : le premier, d'une durée de sept mois, avec le Tribunal administratif de Tunisie ; le second, d'une durée de vingt-quatre mois avec la Cour administrative suprême d'Ukraine. Ces actions, qui sont mises en œuvre sous le contrôle de la Commission européenne, ont été conduites en partenariat avec d'autres juridictions européennes. Les nombreuses relations bilatérales que la juridiction administrative entretient avec ses partenaires européens ont également été développées.

L'année 2012 a encore permis à la justice administrative d'accomplir de nouveaux progrès au service de sa mission fondamentale qui est, comme conseil et comme juge, d'assurer le respect de l'intérêt général et la garantie des droits et des libertés des citoyens. Cette justice est persuadée que ces progrès patients et continus sont de nature à renforcer la confiance de nos concitoyens et des pouvoirs publics dans le rôle qu'elle assume et à apporter, à l'État comme à la société française dans son ensemble, des repères, des éclairages et des lignes directrices utiles dans le monde actuel qui est parfois indéchiffrable, toujours complexe, en proie aux tensions et contradictions. La qualité des travaux de la justice administrative, comme ses délais d'intervention, font l'objet des soins les plus attentifs de l'ensemble des personnes qui y concourent : les juges bien sûr, mais aussi les agents des secrétariats et des greffes, les assistants et l'ensemble des services de soutien. Qu'ils en soient loués et remerciés. Il est clair que la situation présente de la justice administrative demeure parfaite : mais ce qui a été accompli au cours du quart de siècle écoulé est le gage de nouveaux progrès qui sont à notre portée dans nos méthodes de travail, nos procédures, notre organisation ou le style de nos décisions...

Dans toutes les actions qu'elle conduit, la justice administrative est aussi convaincue qu'elle doit être résolument, non point centrée sur elle-même, mais ouverte sur la cité et sur le monde. Elle est et entend rester à cet égard un acteur déterminé de la globalisation du droit et, à cette occasion, du rayonnement des valeurs et des principes qui sous-tendent le modèle français de droit public. Parce que celui-ci ne cesse pas de s'enrichir et de s'hybrider, il peut demeurer un instrument de référence chez nous et hors de nos frontières. Nous pouvons et devons donc nous tourner vers l'avenir avec confiance.



Index des principales abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
AIHJA	Association internationale des hautes juridictions administratives
AMM	Autorisation de mise sur le marché
BAJ	Bureau d'aide juridictionnelle (du Conseil d'État)
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CCEN	Commission consultative d'évaluation des normes
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
DALO	Droit au logement opposable
DCRA	Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations
IFSA	Institut français des sciences administratives
JAS	Juridiction administrative spécialisée
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
ONDAM	Objectif national des dépenses d'assurance maladie
OGM	Organisme génétiquement modifié
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
RAPO	Recours administratif préalable obligatoire
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



Activité juridictionnelle



L'activité juridictionnelle en chiffres-clés

L'activité juridictionnelle en 2012

Les tribunaux administratifs (*)

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	182 244	178 491
Affaires jugées	196 935	190 380
Affaires en stock	165 632	157 470
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock		9 mois 28 jours

Les cours administratives d'appel (*)

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	28 557	28 494
Affaires jugées	29 545	29 169
Affaires en stock	27 759	27 648
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock		11 mois 11 jours

Le Conseil d'État (*)

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	9 450	9 035
Affaires réglées	9 835	9 131
Affaires en stock	7 013	6 771
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock		8 mois 26 jours

(*) En **données nettes**, qui 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 théorique d'élimination 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.

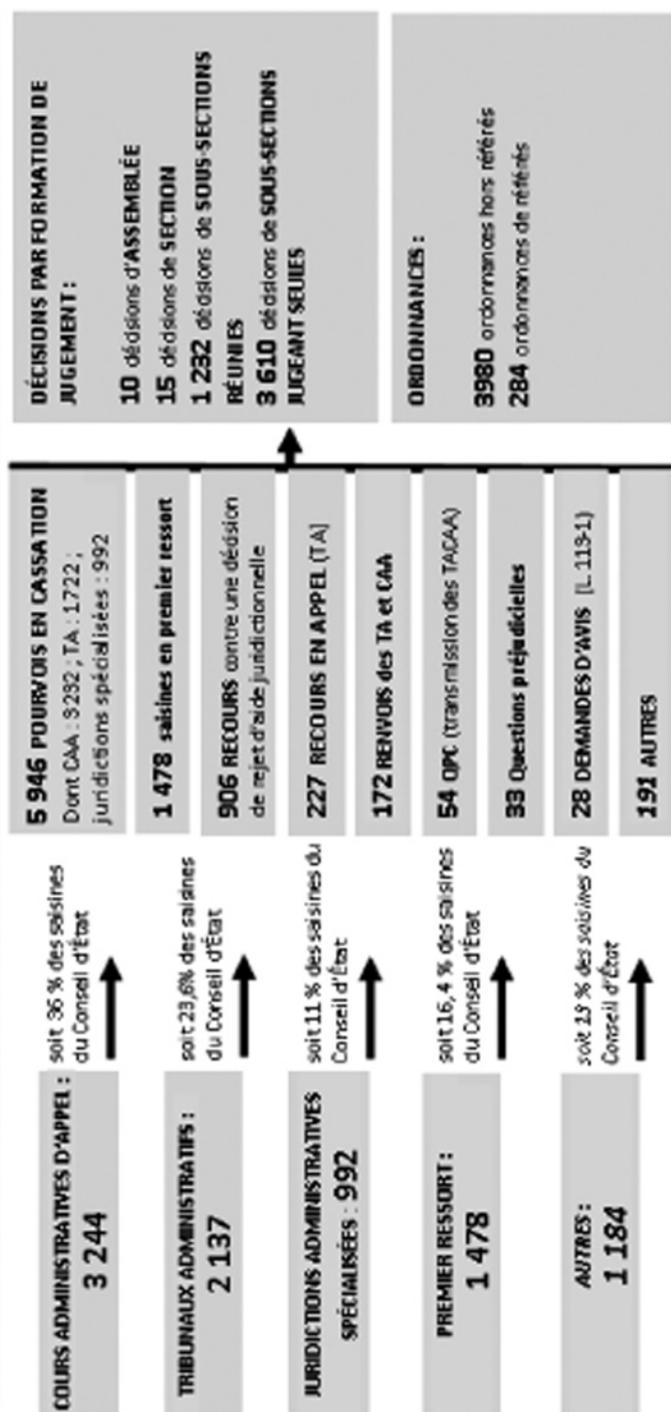


Graphique synoptique de l'activité juridictionnelle en 2012

SAISINES DU CONSEIL D'ÉTAT : 9 035
par origine de la saisine

par nature de contentieux

AFFAIRES RÉGLÉES
PAR LE CONSEIL D'ÉTAT : 9 131



Évolution de l'activité juridictionnelle 2010-2012

Les tribunaux administratifs (*)

	2010	2011	2012
Affaires enregistrées	175 377	182 916	178 491
Affaires jugées	187 061	186 493	190 380
Affaires en stock	173 246	169 177	157 470
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	11 mois 3 jours	10 mois 27 jours	9 mois 28 jours

Les cours administratives d'appel (*)

	2010	2011	2012
Affaires enregistrées	27 408	28 279	28 494
Affaires jugées	27 784	29 314	29 169
Affaires en stock	28 831	28 186	27 648
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	1 an 14 jours	11 mois 16 jours	11 mois 11 jours

Le Conseil d'État (*)

	2010	2011	2012
Affaires enregistrées	9 374	9 346	9 035
Affaires réglées	9 986	9 801	9 131
Affaires en stock	7 916	6 880	6 771
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	9 mois	8 mois 12 jours	8 mois 26 jours

(*) En données nettes.

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 de l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en 2012 se présente de manière satisfaisante. Les principaux indicateurs d'activité de la justice administrative continuent en effet de s'améliorer.

L'indicateur le plus synthétique, celui du délai prévisible moyen, passé en dessous de la barre d'un an dans les deux niveaux de juridiction, depuis l'an dernier, a encore diminué en 2012. Il s'établit désormais à 9 mois et 28 jours, en diminution de 29 jours, en première instance, et à 11 mois et 11 jours, en baisse de 5 jours, en appel.

Le délai moyen constaté passe également, pour la première fois, en dessous d'un an dans les tribunaux administratifs pour s'établir à 11 mois et 14 jours. Dans les cours, il diminue de 12 jours pour s'établir à 1 an et 18 jours. Le délai moyen constaté pour les affaires ordinaires (hors ordonnances et contentieux dont le jugement est enserré dans des délais particuliers), diminue quant à lui de manière très significative de 2 mois et 12 jours en première instance et de 12 jours en appel. Ce délai est, pour la première fois, inférieur à 2 ans dans les deux niveaux de juridictions. Il s'établit à 1 an, 10 mois et 6 jours dans les tribunaux administratifs et à 1 an, 2 mois et 1 jour dans les cours.

L'amélioration des délais se répercute bien entendu sur le nombre d'affaires en instance, qui n'a jamais été aussi bas depuis 10 ans, et sur l'ancienneté des affaires. Le nombre total d'affaires en instance diminue de près de 7 % dans les tribunaux et de près de 2 % dans les cours. Les dossiers en instance depuis plus de 2 ans ne représentent plus que 13 % du total dans les tribunaux et restent sous la barre des 5 % dans les cours.

Activité des tribunaux administratifs

La situation des tribunaux administratifs continue de s'améliorer nettement sous l'effet conjugué d'une légère diminution des entrées et d'une augmentation des sorties.

Affaires enregistrées

En 2012, les tribunaux administratifs ont enregistré 178 491 affaires nouvelles en données nettes et 182 244 en données brutes, soit une diminution, par rapport à 2011, de 2,42 % en données nettes et de 2,74 %, en données brutes.

Cette évolution résulte principalement de la baisse du contentieux observé dans 4 des 6 principales matières, qui représentent 72 % des entrées en données nettes.

Le contentieux fiscal poursuit sa décrue depuis 2009 : il diminue de 7,3 % en 2012 et ne représente plus que 9,9 % des entrées, alors qu'il en représentait le quart au début des années 2000. Cette évolution trouve probablement son explication dans le développement des procédures de prévention du contentieux mises en place à cette époque par l'administration fiscale.

Celui de la police, qui représente 8,3 % du total de affaires enregistrées, est en diminution de 10,9 %, en particulier pour la rubrique « circulation et permis de conduire » (-12,2 %). Celui de la fonction publique, qui représente 8,1 % du total, diminue de 13,15 % et celui de l'urbanisme et de l'aménagement, qui représente 6,7 % des entrées, diminue de 5,8 %.

En revanche, le contentieux des étrangers et celui du logement, en particulier les requêtes en matière de droit au logement opposable, continuent à augmenter. Le contentieux des étrangers, qui représente 31,8 % des affaires enregistrées, progresse globalement de 6,2 % et celui du logement augmente globalement de 4 %, avec une progression de 8,7 % du « droit au logement opposable ».

L'année écoulée marque toutefois un ralentissement global de la hausse dans le contentieux des étrangers, qui s'établit à 6,21 % sur l'ensemble de l'année, tous tribunaux confondus, alors qu'en 2011, la hausse avait été de 12 % au 1^{er} semestre et de 25 % au 2^e semestre sous l'effet de l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011. La hausse du contentieux des étrangers concerne exclusivement le contentieux des OQTF avec délai, qui progresse de 18,9 %, alors que le contentieux des mesures d'éloignement est quasiment stable (-0,6 %). Il est à craindre que cette stabilisation ne soit que temporaire en raison de l'entrée en vigueur fin décembre de la loi sur la retenue qui tire les conséquences des arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 interdisant la garde à vue des personnes en situation irrégulière.

En ce qui concerne le contentieux du droit au logement opposable, celui-ci ne concerne que peu de tribunaux, hors les tribunaux franciliens, et représente 6,7 % des entrées dans les tribunaux de métropole, hors contentieux des liquidations d'astreintes qui concerne surtout le TA de Paris.

L'évolution des entrées, toutes matières confondues, fait apparaître des situations très contrastées selon les juridictions.

Vingt-sept tribunaux administratifs ont vu leurs entrées diminuer, en données nettes, par rapport à 2011. Les baisses les plus importantes concernent les tribunaux



administratifs de Saint-Pierre-et-Miquelon (-48,6 %), de Saint-Martin (-20,2 %), de Bastia (-19,5 %), de Pau (-17,4 %), de Limoges (-16,8 %), de Nouvelle Calédonie (-16,8 %), de Nîmes (-13,8 %), de Cayenne (-11,1 %) et de Bordeaux (-10,3 %). Ces fortes diminutions correspondent le plus souvent à une accentuation des tendances observées au niveau national : une baisse plus importante de certains contentieux (fiscal, police, urbanisme, fonction publique) vient compenser la hausse du contentieux du logement et s'accompagne d'une augmentation moins forte du contentieux des étrangers, voire pour certains tribunaux, d'une baisse de ce contentieux (TA de Bordeaux et de Nîmes).

Il est à noter que le TA de Nantes connaît une légère diminution des entrées, le contentieux des étrangers ayant connu une stabilisation entre 2011 et 2012.

En revanche, quinze juridictions ont vu leurs entrées progresser. Cette augmentation est exceptionnellement forte dans trois tribunaux d'Outre-mer, Basse-Terre, Mata-Utu et Mayotte. En ce qui concerne le tribunal administratif de Basse-Terre, cette augmentation s'explique par une explosion du contentieux des marchés et contrats, multiplié par plus de trois entre 2011 et 2012. Mais on assiste également à une progression significative des entrées au TA de Nancy (+14,5 %), ainsi qu'au TA de Melun et de Poitiers, où elle est proche de 8 %. Ces évolutions peuvent s'expliquer par une progression du contentieux des étrangers due à des situations locales, comme le transfert de contentieux (contentieux du CRA de Metz transféré au TA de Nancy) ou la présence d'un important centre de rétention (TA de Melun).

Affaires jugées

Le nombre d'affaires jugées par les tribunaux administratifs en 2012, qui s'élève à 190 380 en données nettes et à 196 935 en données brutes, est une nouvelle fois en augmentation et représente une hausse par rapport à l'année dernière de +2,1 % en données nettes, et de +2,5 % en données brutes.

Cette augmentation des sorties varie selon les matières. En effet, certaines affaires jugées sont en diminution sensible : le contentieux de la police baisse de -12 %, celui de la fonction publique de -5,8 % et celui de l'urbanisme de -2,25 %, reflétant probablement la baisse du nombre d'affaires enregistrées dans ces contentieux. À l'inverse, on observe une augmentation importante des sorties dans le contentieux des marchés, qui progresse de +3,2 %, le contentieux du logement (+10,9 %) et le contentieux des étrangers (+12,25 %).

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

L'effectif réel moyen (ERM) de magistrats est passé, pour l'ensemble des tribunaux administratifs, de 721,94 magistrats en 2011 à 768,76 magistrats en 2012, soit une progression de 6,5 %.

Le nombre d'affaires traitées par magistrat s'établit en moyenne à 247,6 en 2012, en légère diminution de 4,1 % par rapport à l'année précédente (258,3). Cette évolution résulte essentiellement de deux facteurs.

En premier lieu, 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 règlement prioritaire des dossiers anciens les plus lourds ; on note d'ailleurs une augmentation significative des affaires jugées en formation collégiale (+ 8,14 %), et, pour la première fois depuis 2006, une baisse du nombre des affaires jugées en juge statuant seul (6,79 %).

En deuxième lieu le rééquilibrage de la charge de travail s'est poursuivi, avec une réduction dans les juridictions les plus sollicitées ; on note que la réduction du nombre d'affaires traitées par magistrat est particulièrement sensible dans certaines juridictions franciliennes (Versailles -14,8 %, Melun -11,4 %, Paris -7,7 %, Montreuil -3,3 %).

Taux de couverture et stock d'affaires en instance

Le taux de couverture (*ratio* des affaires jugées sur les affaires enregistrées) progresse de façon significative au niveau national et retrouve son niveau de 2010 : il s'établit en 2012 à 106,6 % en données nettes, contre 102 % en 2011. Ce taux de couverture est supérieur à 100 % pour la très grande majorité des tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de Saint-Barthélemy et de Nantes, dont la situation est particulière, il n'est inférieur à 100 % que dans quatre juridictions, mais de manière marginale dans trois (Bastia, 98 %, la Polynésie française et Nancy 99 %) et significativement inférieur dans une seule (Poitiers, 88 %).

Le nombre d'affaires en stock continue donc de diminuer. Il s'établit, au 31 décembre 2012, à 157 470 dossiers en données nettes et à 165 632 dossiers en données brutes, soit respectivement une réduction de 6,92 % et de 8,1 % par rapport à la situation observée au 31 décembre 2011 ; il n'a jamais été aussi bas. Fin décembre 2012, les matières les plus représentées parmi les affaires en instance, étaient les suivantes : le contentieux fiscal (16,9 % du total, en diminution de 13 % par rapport au 31 décembre 2011), celui des étrangers (16,4 % du total, en diminution de +7,6 % par rapport au 31 décembre 2011), celui de la fonction publique (13,75 % du total, en diminution de 8,8 %), celui de l'urbanisme (9,6 % du total, en diminution de 4,2 %) et celui de la police (7,15 % du total, en diminution de 26,5 %). Il est à noter que parmi les matières importantes en nombre, seul le contentieux des étrangers connaît un stock qui progresse.

Cette réduction des stocks s'accompagne d'un rajeunissement de ceux-ci, puisque le volume d'affaires enregistrées depuis plus de 2 ans diminue de plus de 12 %. Au nombre de 20 430, ces affaires représentent désormais 13 % du total d'affaires en stock. Le nombre d'affaires en instance ayant moins d'un an représente presque les deux tiers du stock total (58,1 %).

L'objectif de ramener cette part à moins de 5 % est d'ores et déjà atteint dans 17 juridictions. Dans 8 juridictions, le pourcentage de dossiers de plus de 2 ans est inférieur à 10 %. L'évolution est également très encourageante dans les juridictions qui ont un taux encore supérieur à 10 %, avec des réductions significatives dans treize de celles-ci : Melun, Saint-Martin, Bordeaux, Nice, Basse terre, Saint-Denis de la Réunion, Versailles, Toulouse, Rennes, Marseille, Grenoble, Lille et Strasbourg.



Délais

La conjonction d'une augmentation 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 2012, à 9 mois et 28 jours en moyenne nationale, soit encore une diminution de 29 jours par rapport à 2011. Après le passage sous le seuil symbolique d'une année en 2009, la diminution de ce délai se poursuit. Toutefois, il est vraisemblable, compte tenu de son niveau actuel, qu'un seuil ait été atteint et que ce seuil sera désormais difficile à dépasser.

Si le délai prévisible moyen de jugement s'améliore globalement, il reste toujours supérieur à 1 an dans dix tribunaux. Il est de 2 ans et 7 jours à Saint Barthélémy, de 1 an, 5 mois et 26 jours à Nantes, de 1 an, 4 mois et 3 jours à Versailles, d'environ 1 an et 3 mois à Saint-Martin et Poitiers, de 1 an, 2 mois et 6 jours à Toulouse, de 1 an, 1 mois et 24 jours à Grenoble, d'environ 1 an, 1 mois et 15 jours à Saint-Denis de la Réunion et Basse-Terre et de 1 an et 25 jours à Strasbourg. En revanche, vingt juridictions ont un délai prévisible moyen de jugement inférieur à 9 mois.

Le délai moyen de jugement constaté en données nettes s'établit, en 2012, à 11 mois et 14 jours, en diminution de 1 mois et 20 jours par rapport à 2011.

Le 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, d'une part, et hors affaires réglées par ordonnance, d'autre part) s'est établi, en 2012, à 1 an, 10 mois et 6 jours, en réduction de 2 mois et 12 jours par rapport à 2011.



Statistiques

Affaires enregistrées, affaires jugées et affaires en instance au 31 décembre 2012

	Données brutes			Données nettes		
	2011	2012	Évolution 2012/2011	2011	2012	Évolution 2012/2011
Affaires enregistrées						
TA de Métropole	179	174 777	-2,84 %	175 614	171 032	-2,61 %
TA d'Outre-mer	7 489	7 467	-0,29 %	7 302	7 459	2,15 %
Total	187 384	182 244	-2,74 %	182 916	178 491	-2,42 %
Affaires jugées						
TA de Métropole	184 528	187 870	1,81 %	179 022	182 314	1,84 %
TA d'Outre-mer	7 619	9 065	18,98 %	7 471	8 066	7,96 %
Total	192 147	196 935	2,49 %	186 493	190 380	2,08 %
Affaires en instance						
TA de Métropole	172 661	159 648	-7,54 %	162 727	151 608	-6,83 %
TA d'Outre-mer	7 564	5 984	-20,89 %	6 450	5 862	-9,12 %
Total	180 225	165 632	-8,10 %	169 177	157 470	-6,92 %
<i>(dont plus de 2 ans)</i>	<i>25 948</i>	<i>24 769</i>	<i>-4,54 %</i>	<i>23 306</i>	<i>20 430</i>	<i>-12,34 %</i>

Délais moyens de jugement en 2012

	Données brutes	Données nettes
Délai prévisible moyen de traitement des affaires en stock	10m 3j	9m 28j
Délai moyen de jugement des affaires, de l'enregistrement à la notification dit « délai constaté global »	11m 24j	11m 14j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1a 5m 6j	1a 5m
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)	1a 4m	1a 3m 20j
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 »)	1a 10m 11j	1a 10m 6j

**Stock et flux, juridiction par juridiction, pour la période
du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012**
(données nettes, juridictions classées par ordre alphabétique)

	Affaires enregistrées		Affaires jugées		Affaires en instance	
	2012	Évolution 2012/2011	2012	Évolution 2012/2011	2012	Évolution 2012/2011
Amiens	3 352	-3,95 %	3 493	-6,00 %	2 758	-4,83 %
Bastia	995	-19,50 %	977	-17,34 %	714	+3,03 %
Besançon	1 749	-6,62 %	1 798	-4,97 %	1 140	-4,44 %
Bordeaux	4 624	-10,25 %	5 548	-6,47 %	4 784	-15,76 %
Caen	2 424	-6,81 %	2 819	+5,82 %	1 185	-24,52 %
Cergy-Pontoise	10 236	-0,63 %	11 060	+2,99 %	8 639	-9,40 %
Châlons-en-Champagne	2 273	0,84 %	2 660	-5,77 %	2 086	-15,99 %
Clermont-Ferrand	2 045	-8,01 %	2 426	+20,82 %	1 105	-23,58 %
Dijon	2 831	6,71 %	3 217	+12,25 %	1 660	-20,00 %
Grenoble	6 753	-2,14 %	7 270	+7,80 %	8 361	-5,73 %
Lille	6 697	-7,83 %	7 645	+1,53 %	5 789	-14,34 %
Limoges	1 710	-16,83 %	1 814	+7,72 %	1 321	-7,23 %
Lyon	8 172	+6,24 %	8 345	+5,74 %	7 605	-2,21 %
Marseille	8 041	+0,50 %	8 605	+3,96 %	6 271	-8,48 %
Melun	10 169	+7,97 %	10 542	+9,89 %	9 477	-3,84 %
Montpellier	5 638	-3,90 %	5 801	+2,73 %	4 246	-3,63 %
Montreuil	10 112	-7,88 %	11 898	+4,22 %	5 874	-25,28 %
Nancy	2 764	+14,45 %	2 737	+14,33 %	1 993	+1,17 %
Nantes	12 138	-5,09 %	10 442	+13,71 %	15 544	+12,43 %
Nice	4 494	-9,21 %	5 216	+0,40 %	4 505	-13,76 %
Nîmes	3 453	-13,76 %	3 556	+7,46 %	2 649	-3,71 %
Orléans	4 256	-5,30 %	4 712	-1,71 %	2 606	-14,75 %
Paris	19 179	-3,22 %	20 846	-8,43 %	9 893	-14,91 %
Pau	2 231	-17,43 %	2 583	-8,50 %	1 913	-14,94 %
Poitiers	3 156	+7,90 %	2 769	+9,53 %	3 493	+12,28 %
Rennes	5 153	+3,06 %	5 603	+2,98 %	5 418	-7,56 %
Rouen	3 760	-2,13 %	3 955	+2,54 %	3 211	-5,14 %
Strasbourg	5 747	-5,41 %	5 997	-0,91 %	6 414	-3,52 %
Toulon	3 353	+1,42 %	3 756	+8,65 %	2 869	-4,30 %
Toulouse	5 639	-0,86 %	6 241	+1,99 %	7 382	-5,85 %
Versailles	7 888	+3,18 %	7 983	-6,07 %	10 703	-0,94 %
Total Métropole	171 032	-2,61 %	182 314	+1,84 %	151 608	-6,83 %
Basse-Terre	1 265	+61,56 %	1 326	+25,33 %	1 498	-3,85 %
Cayenne	1 824	-11,07 %	1 860	+4,09 %	1 102	-2,74 %
Fort-de-France	1 137	-8,23 %	1 251	+2,04 %	477	-19,02 %
Mata-Utu	28	+40,00 %	36	+50,00 %	4	-66,70 %
Mayotte	745	+19,39 %	766	+41,59 %	559	-3,29 %
Nouvelle-Calédonie	371	-16,82 %	411	-6,59 %	100	-28,06 %
Polynésie française	721	+4,64 %	713	+9,19 %	217	+4,33 %
Saint-Barthélemy	74	+5,71 %	52	-72,34 %	105	+25,00 %
Saint-Denis de la Réunion	1 185	-3,74 %	1 446	+7,91 %	1 605	-13,71 %
Saint-Martin	91	-20,18 %	145	-26,02 %	183	-22,13 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	18	-48,57 %	60	+233,33 %	12	-77,78 %
Total Outre-mer	7 459	+2,15 %	8 066	+7,96 %	5 862	-9,12 %
Total général	178 491	-2,42 %	190 380	+2,08 %	157 470	-6,92 %



Activité des cours administratives d'appel

La situation des cours administratives d'appel est satisfaisante : les délais prévisibles moyens de jugement ainsi que les délais constatés continuent de diminuer régulièrement.

Affaires enregistrées

En 2012, les cours administratives d'appel ont enregistré 28 494 affaires en données nettes et 28 557 affaires en données brutes soit, par rapport à 2011, une augmentation modérée de 0,76 % en données nettes et de 0,13 % en données brutes.

A l'exception du contentieux des étrangers (44 % du total des entrées) et de celui de l'urbanisme (7,2 % des entrées), qui augmentent respectivement de 9,1 % et de 7,9 %, on constate une diminution dans les autres principales matières : le contentieux fiscal, qui représente 15,4 % du total des entrées, diminue de 7,6 %, celui de la fonction publique (5,7 % des entrées) de 13,4 %, celui de la police (4,2 % des entrées) de 20,2 % et celui des marchés (3,3 % des entrées) de 8,2 %.

L'évolution des entrées, aussi bien globale que par matière, est variable selon les cours. Globalement, en données nettes, les entrées diminuent à Paris (-4,3 %), à Bordeaux (-4,8 %) et à Douai (-3,3 %), sont quasiment stables à Versailles (+0,6 %) et à Nancy (+0,8 %) et progressent à Marseille (+3,3 %), à Nantes (+7,3 %) et à Lyon (+8 %).

La progression des entrées dans les cours (+0,76 %) est inférieure à celle des affaires susceptibles d'appel traitées par les tribunaux administratifs, qui s'élève globalement, en 2012, à +4 %. Cela s'explique par la diminution du taux global d'appel, qui passe de 20,3 % en 2011 à 19,7 % en 2012, laquelle compense, en grande partie, l'augmentation des affaires susceptibles d'appel jugées par les tribunaux. Cette diminution du taux d'appel se retrouve dans toutes les principales matières, sauf pour le contentieux de l'urbanisme dont le taux d'appel progresse de 1,7 %.

Affaires réglées

En 2012, les cours ont jugé 29 169 affaires en données nettes et 29 545 affaires en données brutes, soit une diminution de 0,49 % en données nettes et de 1,07 % en données brutes.

Cette évolution est très contrastée selon les juridictions. Les sorties diminuent à Paris (-14,2 %), à Marseille (-4,7 %), à Bordeaux (-1,9 %) et à Lyon (-1 %). En revanche, elles augmentent à Nancy (+6,6 %), à Versailles (+8,5 %), à Nantes (+11,9 %) et à Douai (+16,8 %).



Cette baisse des sorties résulte d'une légère diminution (-4,9 %) du nombre de dossiers traités par magistrats qui passe de 116,7 en 2011 à 110,92 en 2012. Elle trouve son explication dans la hausse du nombre d'affaires jugées en formation collégiale, qui progresse de 5,19 % en 2012, pour représenter 75,13 % du total des affaires jugées, ainsi que dans une réorientation des priorités, dans certaines cours, vers le traitement de dossiers plus complexes.

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'établit en 2012 à 102,4 % contre 103,5 % (données nettes) en 2011. Il est supérieur à 109 % à Paris, à 107 % à Lyon, à 106 % à Douai, à 105 % Versailles et à 102 % à Nancy. Toutefois, il est légèrement inférieur à 100 % dans trois cours : Nantes (94 %), Marseille (96,8 %) et Bordeaux (97,3 %).

Le nombre d'affaires en stock s'établit, au 31 décembre 2012, à 27 648 dossiers en données nettes et à 27 759 dossiers en données brutes, soit une diminution de 1,91 % en données nettes et de 3,39 % en données brutes. Comme dans les tribunaux, le nombre d'affaires en stock devant les cours n'a jamais été aussi faible.

Les principales matières dans le stock d'affaires en instance sont le contentieux des étrangers, qui représente 34 % du total en données nettes, le contentieux fiscal (21,56 %), le contentieux de l'urbanisme (8,47 %), le contentieux de la fonction publique (6,74 %), le contentieux des marchés (4,95 %) et celui de la police (4,39 %).

Le phénomène de rajeunissement du stock se constate dans les cours : le nombre d'affaires en instance depuis plus de 2 ans est le plus faible enregistré depuis dix ans : il s'élève à 1 343 affaires qui représentent, en moyenne nationale, 4,86 % du stock total. Cette part est même inférieure à 4 % du stock dans toutes les cours, sauf à la cour administrative d'appel de Marseille, où il est de 11,93 %.

Délais

Malgré une faible progression des entrées et une légère diminution du nombre d'affaires jugées, le taux de couverture, globalement supérieur à 100 %, a permis de poursuivre la diminution du délai prévisible moyen de jugement. Il s'établit, en 2012, à 11 mois et 11 jours, en baisse de 7 jours par rapport à 2011. Ce délai reste supérieur à 1 an seulement à la cour de Marseille (1 an, 7 mois et 6 jours).

Le délai moyen de jugement constaté en appel s'établit, en 2012, à 1 an et 18 jours, soit une réduction de 12 jours par rapport à 2011.

Ce délai, pour les seules affaires ordinaires (c'est-à-dire hors contentieux de référé ou dont le traitement est enserré par la loi dans des délais particuliers, d'une part, et hors affaires réglées par ordonnance, d'autre part) s'établit, en 2012, à 1 an, 2 mois et 1 jour, soit une réduction de 12 jours par rapport à 2011.



Statistiques

Affaires enregistrées, affaires jugées et affaires en instance au 31 décembre 2012

	Données brutes			Données nettes		
	2011	2012	Évolution 2012/2011	2011	2012	Évolution 2012/2011
Affaires enregistrées	28 521	28 557	+0,13 %	28 279	28 494	+0,76 %
Affaires jugées	29 866	29 545	-1,07 %	29 314	29 169	-0,49 %
Affaires en instance	28 733	27 759	-3,39 %	28 186	27 648	-1,91 %
<i>dont affaires de plus de 2 ans</i>	1 532	1 376	-10,18 %	1 247	1 343	+7,70 %

Délais moyens de jugement en 2012

	Données brutes	Données nettes
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	11m 8 j	11m 11j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification dit « délai constaté global »	1a 21j	1a 18j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1a 24j	1a 21j
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 »	1a 2m 2j	1a 2m 1j

Stock et flux, juridiction par juridiction, pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012

(données nettes, juridictions classées par ordre alphabétique)

	Affaires enregistrées		Affaires jugées		Affaires en instance	
	2012	Évolution 2012/2011	2012	Évolution 2012/2011	2012	Évolution 2012/2011
Bordeaux	3 268	-4,75 %	3 180	-1,91 %	2 752	+2,84 %
Douai	1 965	-3,30 %	2 095	+16,84 %	1 366	-8,26 %
Lyon	3 224	+8,01 %	3 464	-1,03 %	1 934	-10,88 %
Marseille	5 012	+3,40 %	4 853	-4,75 %	7 764	+2,13 %
Nancy	2 117	+0,81 %	2 161	+6,61 %	1 699	-2,19 %
Nantes	3 393	+7,34 %	3 191	11,89 %	3 157	+12,83 %
Paris	5 160	-4,34 %	5 651	-14,22 %	4 748	-9,94 %
Versailles	4 355	+0,60 %	4 574	+8,47 %	4 228	-4,82 %
Total général	28 494	+0,76 %	29 169	-0,49 %	27 648	-1,91 %



Les résultats de l'activité juridictionnelle des cours et tribunaux en 2012 témoignent de l'amélioration continue de leur situation tant pour les délais de jugement, qui n'ont jamais été aussi bas, que pour le nombre d'affaires en instance avec un rajeunissement significatif des dossiers en stock.

La juridiction administrative poursuit ainsi les efforts entrepris depuis plus d'une décennie, grâce notamment à l'engagement des magistrats, des agents de greffe et des agents d'aide à la décision, pour garantir à l'ensemble des justiciables une justice de qualité, rendue avec la rapidité qu'ils sont légitimement en droit d'attendre.

Activité des formations contentieuses du Conseil d'État

Affaires enregistrées

Le nombre total d'affaires enregistrées, en données nettes, est passé de 9 346 en 2011 à 9 035 en 2012 (-3,33 %) et, en données brutes, de 9 963 en 2011 à 9 450 en 2012 (-5,15 %). Il faut relativiser cette diminution dans la mesure où les chiffres de 2011 comprenaient quelques 200 dossiers qui étaient en instance devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel et qui avaient été transférés au Conseil d'État en application du décret du 1^{er} août 2011 relatif aux recours contre les décisions de la Commission nationale d'aménagement commercial. La plupart des autres catégories de requêtes enregistrent une légère baisse ou restent stables. En revanche, les pourvois en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel, parmi lesquels figurent la plupart des affaires les plus lourdes, passent de 3 006 à 3 232. Cette évolution est due en grande partie à l'augmentation du contentieux fiscal (+104 dossiers) et du contentieux des marchés (+88). La part des pourvois en cassation dans l'ensemble des dossiers continue à augmenter (66 % en 2012 contre 64 % en 2011). Le nombre de saisines en référé a augmenté en premier ressort mais a diminué en appel et en cassation. Enfin, en ce qui concerne les questions prioritaires de constitutionnalité, on constate un léger fléchissement des entrées en 2012 (54 dossiers transmis par les juridictions administratives contre 77 en 2011 et 133 mémoires présentés directement devant le Conseil d'État contre 135 en 2011). Ces mémoires, 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 10 971 en 2011 à 10 002 en 2012 et, en données nettes, de 9 936 en 2011 à 9 282 (dont 151 décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier, v. Tableau 1 page 33). 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

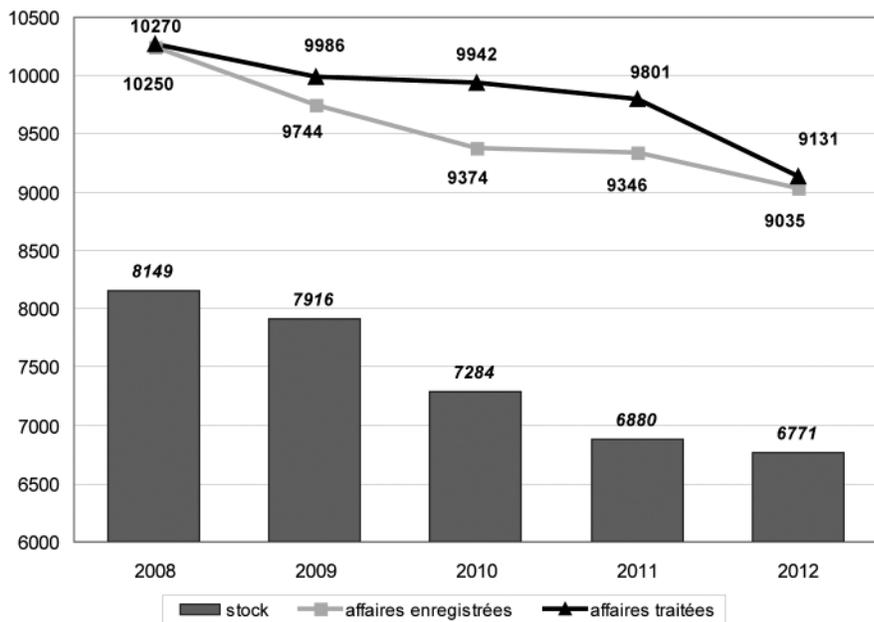


passé, en données nettes, de 9 801 en 2011 à 9 131 en 2012. Ce chiffre, supérieur à celui des affaires enregistrées, permet cette année encore une diminution du stock d'affaires en instance qui, en données nettes, passe de 6 880 à 6 771.

Il est à noter que cette baisse des affaires réglées concerne prioritairement les ordonnances, dont le nombre baisse de 404, alors que le nombre de décisions collégiales diminue de 266.

L'accent a été mis sur les dossiers anciens : le nombre d'affaires en stock de plus de deux ans a baissé de 22 %, passant de 497 à 386. Parmi ces dossiers, seuls 50 environ ont dépassé trois ans.

Évolution du stock d'affaires (en données nettes)



Référés

En 2012, le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 373 requêtes contre 412 en 2011, soit une baisse de 9 %. Cependant, cette diminution concerne les appels contre des décisions rendues en matière de référé-liberté par les juges des référés des tribunaux administratifs. En effet, le nombre de référés en premier ressort a augmenté, quant à lui, de 137 à 158 affaires.

Délais

Le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock (rapport entre le stock de fin d'année et la capacité de jugement durant l'année) reste stable : 8 mois et 26 jours en 2012 pour 8 mois et 12 jours en 2011. En revanche, le délai moyen de



l'instance pour les affaires ordinaires a été réduit de manière significative. Il passe de 1 an, 5 mois et 15 jours à 1 an, 4 mois et 5 jours. En 2012, 45 % des dossiers jugés avaient moins d'un an et 38 % entre 1 et 2 ans.

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. La généralisation de cette procédure à l'ensemble des ministères est programmée pour 2013.

Statistiques

Tableau 1 - Affaires enregistrées et décisions^(a) rendues par le Conseil d'État

	2008	2009	2010	2011	2012
Données brutes					
Affaires enregistrées	11 840	11 361	10 268	9 963	9 450
Décisions rendues	11 714	11 106	11 690	10 971	10 002
Données nettes					
Affaires enregistrées	10 250	9 744	9 374	9 346	9 035
Décisions rendues	10 304	10 059	10 105	9 936	9 282
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux^(b)					
Affaires enregistrées	8 746	8 606	7 908	8 040	7 782
Décisions rendues	8 751	8 816	8 633	8 581	8 046

^(a) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 151 en 2012 (soit 9 835 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

	Conseil d’État		Cours administratives d’appel		Tribunaux administratifs	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Affaires enregistrées						
Données nettes	9 346	9 035	28 279	28 494	182 916	178 491
Données brutes	9 963	9 450	28 521	28 557	187 384	182 244
Affaires réglées ^(a)						
Données nettes	9 801	9 131	29 314	29 169	186 493	190 380
Données brutes	10 827	9 835	29 866	29 545	192 147	196 935
Affaires en instance ^(b)						
Données nettes	6 880	6 771	28 186	27 648	169 177	157 470
Données brutes	7 436	7 013	28 733	27 759	180 225	180 225

^(a) Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.

^(b) Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d’un inventaire direct.

Tableau 3 – Affaires enregistrées (sauf séries) d’après le mode de saisine du Conseil d’État

Mode de saisine	2011		2012	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	1 549	17	1 478	16
Appels des jugements des TA	359	4	227	3
Cassation des arrêts des CAA	3 006	32	3 232	36
Cassation des jugements des TA (référés)	768	8	643	7
Cassation des jugements des TA (autres) ^(a)	1 261	13	1 079	12
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	1 047	11	992	11
Renvoi des TA et des CAA (compétence et connexité)	162	2	172	2
Demandes d’avis (art. L. 113-1 du CJA)	18	ns	28	ns
Divers	1 176	13	1 184	13
Total	9 346	100	9 035	100

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

Tableau 4 – Affaires enregistrées et décisions rendues par matière ^(a)

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2011	2012	2011	2012
Agriculture	173	221	197	179
Aide sociale	149	129	179	90
Armées	136	45	125	84
Collectivités territoriales	172	148	177	158
Comptabilité publique	29	20	29	15
Contentieux fiscal	1 380	1 484	1 685	1 638
Culture	13	10	22	4
Décorations	3	0	3	2
Domaine - voirie	112	101	97	142
Droits des personnes et libertés publiques	216	233	204	232
Économie	105	89	196	141
Éducation - recherche	68	75	64	62
Élections	112	87	90	106
Environnement	124	137	129	116
Établissements publics	12	8	8	12
Étrangers	1 301	1 206	1 477	1 364
Expropriation	36	52	41	47
Fonctionnaires et agents publics	1 239	1 096	1 361	1 272
Juridictions	89	90	91	113
Logement	97	80	84	85
Marchés et contrats	267	355	332	355
Pensions	609	305	926	517
Police	255	224	245	227
Postes et télécommunications	14	20	17	12
Professions	288	295	356	242
Radiodiffusion et télévision	70	70	67	76
Rapatriés	15	20	34	20
Santé publique	172	162	166	159
Sécurité sociale et mutuelles	77	67	100	40
Sports	25	34	29	36
Transports	30	57	38	24
Travail	291	304	214	261
Travaux publics	75	97	71	103
Urbanisme et aménagement	877	852	733	804
Divers	11	8	15	9

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

	2011	2012
Assemblée du contentieux	20	10
Section du contentieux	21	15
Sous-sections réunies	1 469	1 232
Sous-sections jugeant seules	3 623	3 610
Ordonnances des présidents de sous-section	2 904	2 744
Ordonnances du président de la section du contentieux ^(b)	27	17
Ordonnances du juge des référés	363	284
Ordonnances du président de la section du contentieux ^(c)	1 374	1 219
Total	9 801	9 131

^(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

	2011		2012	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	45 %	37 %	45 %	37 %
Entre 1 et 2 ans	35 %	40 %	38 %	43 %
Entre 2 et 3 ans	14 %	16 %	12 %	14 %
Plus de 3 ans	6 %	7 %	5 %	5 %

^(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 31/12/2011 sur 7 436 affaires	au 31/12/2012 sur 6 771 affaires
Moins de 1 an	71 %	72 %
Entre 1 et 2 ans	21,8 %	22 %
Entre 2 et 3 ans	6,4 %	5 %
Plus de 3 ans	0,8 %	1 %



Tableau 8 – Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2011	2012	2011	2012
Premier ressort	137	158	152	163
Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	99	122	114	128
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	19	29	19	29
Autres référés ^(a)	19	7	19	6
Appel (art. L. 521-2 et autres du CJA)	275	215	222	226
Total	412	373	374	389

^(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 code de justice administrative.

Tableau 9 – Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé ^(a)

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2011	2012	2011	2012
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	151	162	178	148
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1) ^(b)	483	334	499	372
Ordonnances de référé en matière de contrats	77	109	80	100
Décisions rendues en matière de référé fiscal	4	4	3	4
Autres ordonnances de référé ^{(b)(c)}	90	138	114	143
Total	805	747	874	767

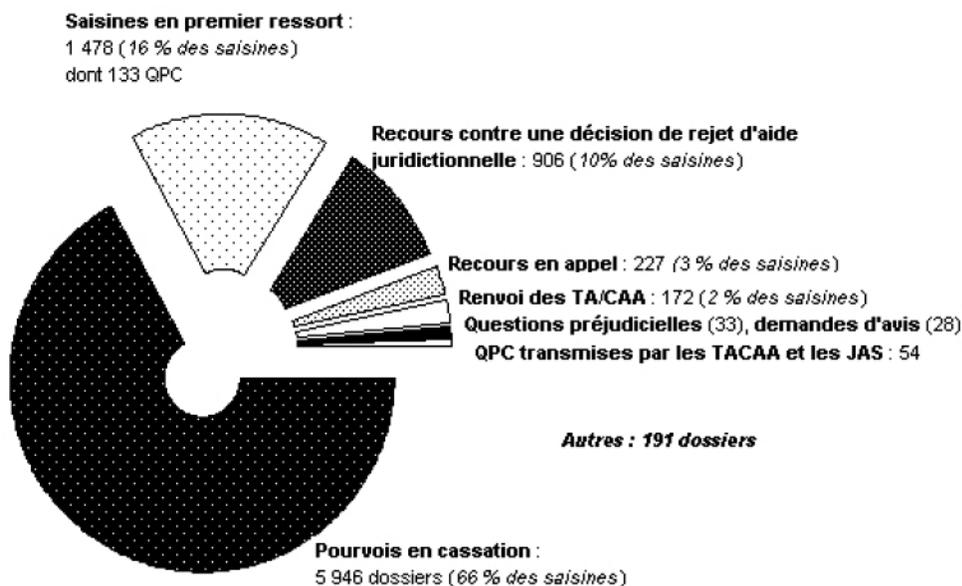
^(a) Les chiffres incluent les séries.

^(b) À 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.

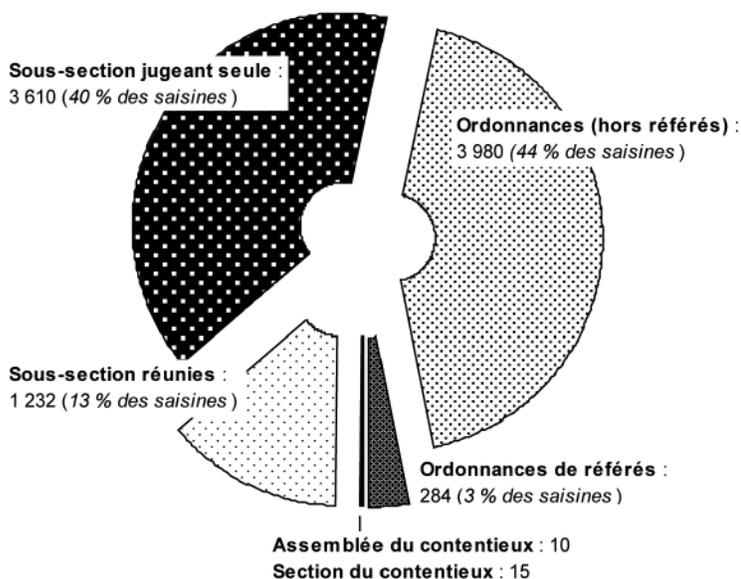
^(c) Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative.



Graphique 1 – Affaires enregistrées par le Conseil d’État par type de saisine



Graphique 2 – Décisions rendues par le Conseil d’État par formation de jugement



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 ou de modes de fonctionnement, les juridictions administratives spécialisées ne concourent pas moins pleinement à la mission de rendre une justice administrative de qualité.

L'existence 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. 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 décision¹ et il doit être collégial². Par ailleurs, en vertu de sa décision d'assemblée du 12 décembre 1953, *de Bayo*³, 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

1 CE, 13 février 1980, *Nal*, *Rec.* p. 82, concernant des commissions d'indemnisation des greffiers.

2 CE, Sect. 20 novembre 1970, *Bouez et UNEF*, *Rec.* p. 690, *AJDA* 1971, p. 483.

3 *Rec.* p. 544.

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 ⁴.

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 CJA : « *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* ». C'est par ce rôle de juge de cassation que le Conseil d'État assure l'unité de la jurisprudence de toutes les juridictions administratives, de droit commun ou spécialisées.

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.**

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 ⁵. Relèvent également de ce domaine spécialisé les juridictions disciplinaires régionales et nationales des ordres professionnels.

4 V. CE, Sect. 27 février 2004, *Mme Popin*, Rec. p. 86, AJDA 2004, p. 653.

5 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.



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 inter-régionaux de la tarification sanitaire et sociale et, en appel, la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale⁶.

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 de la Cour nationale du droit d'asile

Activité de la Cour nationale du droit d'asile en 2012

La Cour a célébré le soixantième anniversaire de la création de la Commission des recours des réfugiés en 1952 qui a pris le nom de Cour nationale du droit d'asile en 2007.

En 2012, son activité s'est caractérisée par une nouvelle croissance du contentieux de l'asile et une progression de son activité juridictionnelle.

1. Poursuite de la croissance du contentieux de l'asile

La Cour connaît pour la quatrième année consécutive une hausse des recours (+13,7 %) avec 36 362 dossiers enregistrés, soit 4 379 de plus qu'en 2011, alors que la demande d'asile devant l'OFPRA n'a augmenté que de 3,9 % (hors mineurs accompagnants).

Cet écart important entre les entrées à l'OFPRA et les recours devant la CNDA s'explique par un renfort des effectifs qui a permis à l'office d'accroître le nombre de ses décisions, mais aussi par un taux de recours devant la CNDA encore jamais atteint avec 87,3 % des déboutés du droit d'asile ayant formé un recours, soit deux points de plus qu'en 2011.

Les recours

2009	2010		2011		2012	
nombre	nombre	2010/2009	nombre	2011/2010	nombre	2012/2011
25 044	27 445	9,6 %	31 983	16,5 %	36 362	13,7 %

Taux de recours contre les décisions de l'OFPRA

2009	2010	2011	2012
82,7 %	84,4 %	85 %	87,3 %

⁶ Art. L. 351-1 à L. 351-7 du code de l'action sociale et des familles.



Stabilité des principaux pays d'origine des demandeurs d'asile

Alors que de nombreux pays ont connu en 2011 et 2012 des bouleversements politiques, la liste des principaux pays de provenance des demandeurs d'asile reste pratiquement inchangée depuis 3 ans.

Pays	Nombre d'entrées	% du total des entrées	Évolution
Bangladesh	4 043	11,1 %	13,9 %
Rép. dém. du Congo	3 242	8,9 %	64,2 %
Sri Lanka	2 907	8 %	8,8 %
Arménie	2 375	6,5 %	38,2 %
Russie	2 128	5,9 %	-8,5 %
Chine	2 033	5,6 %	3 %
Haïti	1 524	4,2 %	12,9 %
Turquie	1 482	4,1 %	0,7 %
Kosovo	1 328	3,7 %	-56 %
Géorgie	1 315	3,6 %	116,3 %
Mauritanie	1 253	3,4 %	15,1 %
Pakistan	1 216	3,3 %	78,8 %
Guinée	1 146	3,2 %	-0,5 %
Côte d'Ivoire	775	2,1 %	49 %
Algérie	691	1,9 %	-5,7 %
Soudan	664	1,8 %	39,5 %
Nigeria	587	1,6 %	8,3 %
Angola	498	1,4 %	41,9 %
Comores	491	1,4 %	-12,9 %
Somalie	435	1,2 %	372,8 %
Autres Pays	6 229	17,1 %	22 %
Total	36 362	100 %	13,7 %

Les dix premiers pays continuent de concentrer, à eux seuls, 61,6 % de l'activité contentieuse de la Cour et les vingt premiers pays, 82,9 %.

En progression constante depuis 2005, le Bangladesh est, depuis 2 ans, au premier rang des pays d'origine des requérants. Les recours, qui représentent 11,1 % des entrées, émanent de requérants qui invoquent la situation politique issue de la victoire électorale de la Ligue Awami en 2008 et font valoir qu'ils ont été condamnés pour des crimes et délits dans des affaires dont ils prétendent qu'elles ont été inventées de toute pièce par le pouvoir en place pour leur nuire. Le climat politique reste tendu dans ce pays émaillé de violences ponctuelles, notamment de heurts opposant la police à des militants d'un parti islamiste.



Les recours, déjà nombreux, des ressortissants de République démocratique du Congo (8,9 % de la demande), font un bond cette année de 64 % dans un contexte politique qui ne peut en expliquer l'ampleur, d'autant que les demandeurs sont presque tous originaires des régions de l'Ouest, alors que les conflits et les persécutions se déroulent depuis une vingtaine d'années dans l'Est du pays.

Le Sri Lanka demeure le troisième pays d'origine des requérants en dépit de la fin du conflit armé il y a plus de deux ans et de l'amélioration de la situation générale dans ce pays. L'absence de mise en œuvre d'une politique effective de réconciliation nationale et de lutte contre l'impunité pourrait expliquer la hausse des recours de 8,8 %.

La demande contentieuse arménienne en forte progression (+38,2 %) est à rapprocher de la persistance de difficultés économiques et sociales de ce pays. Sont principalement alléguées des craintes liées à une origine ethnique azerbaïdjanaise et l'échec des tentatives de régularisation de leur situation en Russie, sur fond de racisme anti-caucasien.

Le nombre des requérants de la Fédération de Russie est important mais stable (2 326 en 2011, 2 128 en 2012). Pour l'essentiel, ceux-ci sont originaires du Caucase du nord (Tchéchénie, Daghestan et Ingouchie) et allèguent des violations des droits de l'Homme liées aux conflits passés et aux pratiques des autorités en place.

Le contentieux concernant la Turquie émane très majoritairement de Kurdes. La recrudescence des attentats du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) et des affrontements avec l'armée, d'une part, et l'emprisonnement de journalistes, d'avocats et d'étudiants dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, d'autre part, sont autant d'obstacles à la résolution de la question kurde, pourtant envisagée en 2008 par le Parti de la justice et du développement (AKP).

Le processus de normalisation à l'œuvre au Kosovo, treize ans après la fin du conflit, induit un recul des recours (-56 %). Le contentieux émane pour l'essentiel de la communauté rom qui allègue être victime de discriminations.

Enfin, le doublement des recours de Géorgiens (1 315 recours), après plusieurs années de baisse, paraît s'expliquer, en l'absence de difficultés politiques majeures, par la persistance d'une situation économique très dégradée, les requérants se prévalant pour la plupart de leur appartenance à la minorité yézide.

2. Progression de l'activité juridictionnelle

Augmentation du nombre d'affaires jugées

En 2012, la Cour a jugé 37 350 recours, soit 2 755 de plus qu'en 2011 (+7,9 %), et ce malgré une grève des avocats, qui a duré du 14 mai au 7 juin 2012, ainsi que des difficultés de remplacement de rapporteurs. Les audiences foraines en Guyane et à Mayotte, ont permis de juger 1 333 recours.

Ce résultat a été rendu possible par la mobilisation des agents, des présidents et des assesseurs, mais aussi par la réorganisation de la Cour et de ses méthodes de travail engagée depuis 2010.



Réorganisation de la Cour : création d'un service autonome de l'accueil du public et des avocats et d'un service des procédures à juge unique, d'une part, et fusion des deux centres d'information juridique et géopolitique en un centre de recherche et d'information (CEREDOC), placé sous la responsabilité d'un magistrat, d'autre part.

Méthodes de travail : nouveau format des audiences à la journée, expérimentation réussie de transmission dématérialisée avec les avocats, grâce à une plateforme sécurisée d'échanges électroniques.

Affaires jugées

2009	2010		2011		2012	
nombre	nombre	2010/2009	nombre	2011/2010	nombre	2012/2011
20 143	23 934	18,2 %	34 595	44,6 %	37 350	7,9 %

Type de décisions

	Total	Part
Ordonnances	8 285	22,2 %
<i>Art. R. 733-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA (non-lieux, désistement, forclusions)</i>	2 801	7,5 %
<i>Art. R. 733-16 du CESEDA (recours ne présentant pas d'éléments sérieux)</i>	5 484	14,7 %
Collégiales	29 065	77,8 %
Total	37 350	100 %

Décisions collégiales - Les formations de jugement ont rendu, en 2012, 29 065 décisions au cours de 3 169 audiences.

Ordonnances - Les ordonnances consécutives à des désistements ou constatant des non-lieux ou des forclusions représentent 7,5 % des décisions, contre 8,4 % en 2011. 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 de l'office représentent 14,7 % des décisions.

Pourcentage d'octroi d'une protection - La CNDA a reconnu une protection internationale à 5 680 personnes, soit 16,6 % des requérants hors non-lieux, forclusions et désistements (19,3 % en 2011), auxquels il faut ajouter plus d'un millier de mineurs accompagnants. Pour les décisions rendues par les formations collégiales, le taux de reconnaissance est de 19,7 % (22,7 % en 2011). Toutes décisions confondues, ce taux est de 15,2 %.



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

Pays	Affaires traitées en collégiale en 2011	Affaires traitées en 2012 (*)	Annulations			Évolution des annulation 2012/2011
			Protection accordée	Taux de protection	dont protection subsidiaire	
Bangladesh	1 986	3 749	445	11,9 %	0,9 %	-5,7 %
Rép. dém. du Congo	1 896	2 460	391	15,9 %	2,4 %	-0,2 %
Kosovo	3 039	2 429	519	21,4 %	7,1 %	-2,3 %
Sri Lanka	2 810	2 196	659	30,0 %	2,0 %	-1,9 %
Russie	1 988	2 014	708	35,2 %	3,9 %	-9,1 %
Arménie	2 101	1 594	165	10,4 %	5,5 %	-2,1 %
Turquie	1 273	1356	236	17,4 %	1,0 %	0,5 %
Guinée	1 422	1027	182	17,7 %	6,1 %	-1,2 %
Mauritanie	1 018	977	130	13,3 %	1,5 %	-5,3 %
Géorgie	452	731	110	15,0 %	5,1 %	-2,2 %
Haïti	669	722	85	11,8 %	5,4 %	-2,3 %
Pakistan	467	651	66	10,1 %	1,8 %	-1,0 %
Côte d'Ivoire	320	627	73	11,6 %	4,6 %	-5,5 %
Comores	108	567	17	3,0 %	0,5 %	-1,6 %
Soudan	585	546	188	34,4 %	7,0 %	-5,2 %
Nigeria	461	515	63	12,2 %	7,4 %	2,3 %
Algérie	413	437	42	9,6 %	3,0 %	-3,2 %
Congo	531	405	47	11,6 %	3,2 %	0,3 %
Chine	255	371	36	9,7 %	3,5 %	0,3 %
Azerbaïdjan	520	370	108	29,2 %	4,1 %	3,2 %
Autres pays	4 661	5 072	1 410	27,8 %	11,3 %	1,9 %
Total général	26 975	28 816	5 680	19,7 %	4,8 %	-3,0 %

(*) Le nombre d'affaires collégiales de l'année 2012 est compté hors irrecevabilités, désistement et non-lieux prononcés au cours des audiences collégiales.

3. Baisse modérée du délai moyen de jugement

Le délai prévisionnel de jugement, qui était de 9 mois et 5 jours en 2011, est passé en 2012, à 8 mois et 7 jours, soit un gain d'un mois sur l'année.

Délai prévisible moyen

	2010 ⁽¹⁾	2011 ⁽¹⁾	2012
Stock au 31 décembre	29 225	26 613	25 625
Décisions	23 934	34 595	37 350
Délai prévisible moyen	14 mois 20 jours	9 mois 5 jours	8 mois 7 jours

⁽¹⁾ données consolidées.

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

Délai moyen constaté

2010	2011	2012
12 mois 27 jours	11 mois 10 jours	9 mois et 29 jours

Le délai moyen constaté 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).

4. Diminution du nombre de dossiers en instance

Avec 25 625 dossiers, le stock a diminué de 3,7 % en un an, en dépit d'une progression des recours de 13,7 %.

5. Persistance d'un taux de renvoi très élevé

La part des renvois des affaires enrôlées, de 31,6 % en 2012, est plus élevée qu'en 2011 en raison des circonstances évoquées plus haut (v. commentaires p. 43).

6. Évolution de la représentation des parties

Le taux de représentation des parties reste globalement stable sur les trois dernières années. La part de la représentation au titre de l'aide juridictionnelle est en progression.

	2010	2011	2012
Collégiales	88,5 %	89,2 %	89,1 %
<i>dont au titre de l'AJ</i>	<i>49,4 %</i>	<i>33,5 %</i>	<i>25,8 %</i>



7. Recours accru à l'aide juridictionnelle (AJ)

	2010	2011		2012	
	Nombre	Nombre	Évolution 2011/2010	Nombre	Évolution 2012/2011
Demandes d'AJ	12 732	16 804	32 %	21 206	26 %
Décisions rendues	8 976	18 411	105 %	21 969	19 %
Dont admission	6 557	14 761	125 %	17 401	18 %
% d'admission	73,1 %	80,2 %		79,2 %	

8. Pourvois en cassation devant le Conseil d'État

En 2012, 641 décisions (32 pourvois introduits par l'OFPPA, 609 par des requérants) ont fait l'objet d'un pourvoi (524 décisions en 2011).

	2010	2011		2012	
	Nombre	Nombre	Évolution 2011/2010	Nombre	Évolution 2012/2011
Nombre d'affaires enregistrées devant le Conseil d'État	385	524	36,1 %	641	22,3 %
<i>dont par le directeur de l'OFPPA</i>	19	19	0 %	32	68,4 %
<i>dont par les requérants</i>	366	505	38 %	609	20,6 %
Total des décisions rendues par le Conseil d'État	352	473	34,4 %	614	29,8 %
<i>Pourvois admis partiellement ou totalement</i>	41	36	-12,2 %	48	33,3 %
Décisions rendues après admission en cassation	29	33	13,8 %	75	127,3 %
<i>dont donnant satisfaction partielle ou totale au requérant</i>	15	22	46,7 %	39	77,3 %
<i>dont rejet</i>	14	11	-21,4 %	36	227,3 %

Après admission, le Conseil d'État s'est prononcé sur 75 pourvois (33 en 2011) et a censuré 39 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 1^{er} 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 1 ^{er} janvier 2012	10
Affaires enregistrées	13
Affaires jugées	17
Affaires en instance au 31 décembre 2012	6

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 par 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 1 ^{er} janvier 2012	2
Affaires enregistrées	2
Affaires jugées	2
Affaires en instance au 31 décembre 2012	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 jugés par les 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 2012	Affaires en instance au 1^{er} janvier	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre
Conseil national de l'ordre des médecins				
<i>Chambre disciplinaire nationale</i>	342	363	363	342
<i>Section des assurances sociales</i>	98	89	104	83
Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes				
<i>Chambre disciplinaire nationale</i>	94	102	78	118
<i>Section des assurances sociales</i>	88	87	100	75
Conseil national de l'ordre des pharmaciens				
<i>Chambre de discipline nationale</i>	52	41	46	47
<i>Section des assurances sociales</i>	13	12	10	15
Conseil national – ordre des sages-femmes				
<i>Chambre disciplinaire nationale</i>	1	3	4	0
<i>Section des assurances sociales</i>	0	0	0	0
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des infirmiers	7	15	9	13
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes.	18	26	31	13
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des pédicures-podologues	7	8	9	6
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	39	41	51	29
Chambre nationale de discipline des architectes	83	17	31	69
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	19	14	14	19
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts	16	30	20	26

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 1 ^{er} janvier 2012	99
Affaires enregistrées	110
Affaires jugées	78
Affaires en instance au 31 décembre 2012	131

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 publics 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 1^{er} 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 1 ^{er} janvier 2012	27
Affaires enregistrées	11
Affaires jugées	0
Affaires en instance au 31 décembre 2012	38

La Commission centrale d'aide sociale (CCAS) 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). Les juridictions de l'aide sociale sont compétentes pour tous les contentieux relatifs à l'aide sociale, à l'exception de l'aide sociale à l'enfance et du revenu de solidarité active qui relèvent des juridictions administratives de droit commun. Elles connaissent également des recours en matière de couverture maladie universelle complémentaire.

Jusqu'à l'année 2012, les formations de jugement de la CCAS étaient composées en nombre égal, d'une part, de membres du Conseil d'État, de magistrats de la Cour des comptes ou de magistrats de l'ordre judiciaire en activité ou honoraires, d'autre part, de fonctionnaires ou de personnes particulièrement qualifiées en matière d'aide sociale. Les rapporteurs et les commissaires du gouvernement étaient également nommés parmi ces deux catégories de personnes. Par une décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, le Conseil constitutionnel a jugé que la loi n'instituait pas de garanties d'indépendance et d'impartialité appropriées pour les fonctionnaires et que la présence de ces derniers était donc contraire à la Constitution.

Affaires en instance au 1 ^{er} janvier 2012	1 002
Affaires enregistrées	935
Affaires jugées	1 076
Affaires en instance au 31 décembre 2012	861

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 1^{er} 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 1^{er} mars 2010. Les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État ont rendu, depuis lors, 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 2012.

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), entré en vigueur le 1^{er} mars 2010, a été activement mis en œuvre par la juridiction administrative.

Les tribunaux administratifs ont été saisis de 490 QPC en 2010, 459 en 2011 et 374 en 2012, soit 1 323 depuis le 1^{er} mars 2010. Les cours administratives d'appel ont quant à elles été saisies de 242 QPC en 2010, 134 en 2011 et 105 en 2012, soit 481 depuis le 1^{er} mars 2010. Ce dispositif a été mis en œuvre dans l'ensemble des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, à l'exception de deux tribunaux administratifs outre-mer.

De 2010 à 2012, le rythme des QPC a décru sensiblement. Il a été enregistré mensuellement dans les tribunaux administratifs une moyenne de 49 dossiers en 2010, de 38 dossiers en 2011 et de 31 dossiers en 2012. La diminution est plus marquée dans les cours administratives d'appel : 24 dossiers y ont été enregistrés mensuellement en moyenne en 2010, 11 en 2011 et 9 en 2012.

Le principal pourvoyeur des questions prioritaires de constitutionnalité reste, de très loin, le contentieux fiscal avec 62,5 % des QPC déposées en première instance en 2012 et 23,8 % des QPC en appel. Ce contentieux représente 50,5 % des QPC déposées depuis le 1^{er} mars 2010 en première instance et 43 % des QPC en appel. Vient ensuite le contentieux des collectivités territoriales, avec 9,3 % des QPC déposées en première instance en 2012 et 5,7 % des QPC en appel. Les autres principaux contentieux représentés (fonction publique, urbanisme, professions réglementées, police, pensions, étrangers, travail, aide sociale, et santé publique) représentent chacun moins de 5 % du total.

Au 31 décembre 2012, compte tenu du délai qui leur est imparti, les tribunaux administratifs ont examiné 1 125 QPC, dont 271 au cours de l'année 2012. Les cours administratives d'appel ont pour leur part examiné 412 QPC, dont 50 au cours de l'année 2012.

Depuis le 1^{er} mars 2010, les TA et les CAA ont transmis, au total, 207 QPC au Conseil d'État, soit un taux global de transmission de 14 %.

Outre ces 207 transmissions des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le Conseil d'État a été saisi directement de 426 QPC et de 22 QPC par d'autres juridictions, ce qui porte à 655 le total de QPC qui lui ont été adressées entre le 1^{er} avril 2010 et le 31 décembre 2012. Sur la même période, le Conseil d'État a examiné 616 QPC et en a transmis 150 au Conseil constitutionnel, ce qui représente un taux de transmission de 24 %.



2.3. Statistiques

Questions prioritaires de constitutionnalité devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012 (sauf séries)

	QPC en instance au 01/01	QPC enregistrées	QPC traitées	Transmission au Conseil d'État		QPC en instance au 31/12
				Nombre	Taux	
TA	95	374	271	34	12,6 %	198
CAA	14	105	50	11	22 %	69
Total	109	479	321	45	14 %	267

Questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil d'État du 1^{er} mars 2010 au 31 décembre 2012 (sauf séries)

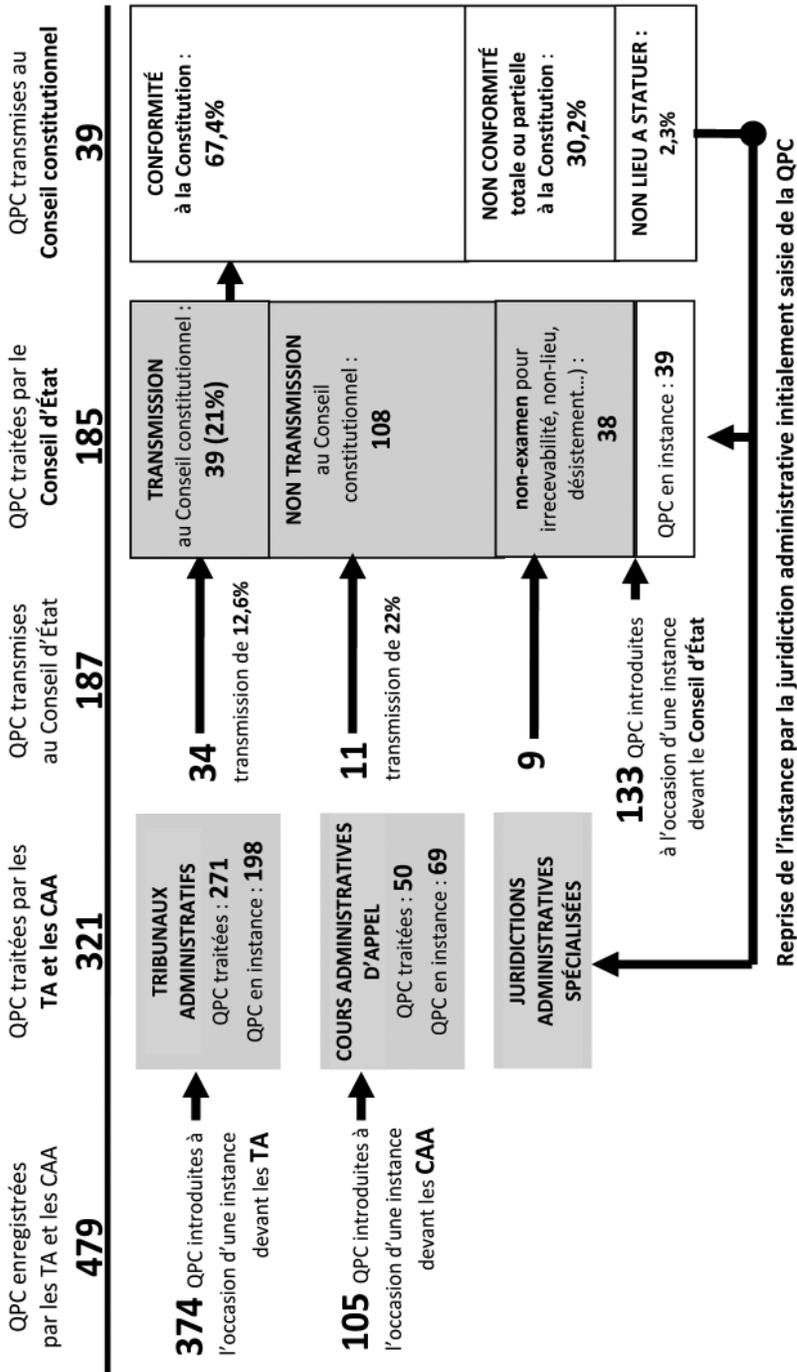
	2010 ⁽¹⁾	2011	2012
1 – QPC enregistrées par mode de saisine	256	212	187
Mémoires présentés directement devant le Conseil d'État	158	135	133
Transmissions des TA et des CAA	92	70	45
Transmissions des juridictions administratives spécialisées	6	7	9

	2010 ⁽¹⁾	2011	2012
2 – QPC traitées par sens de décision	230	201	185
Transmission au Conseil constitutionnel <i>Taux de transmission au Conseil constitutionnel</i>	60 26 %	51 25 %	39 21 %
Non-transmission avec sursis (question déjà posée au Conseil Constitutionnel)	22	-	-
Non-transmission au Conseil constitutionnel	118	131	108
Autres (non-examen de la QPC en cas d'irrecevabilité, non-lieu, désistement...)	30	19	38

3 – QPC en instance	26	37	39
	2010 ⁽¹⁾	2011	2012
4 – Sens des décisions rendues par le Conseil constitutionnel	100 %	100 %	100 %
Conformité	65,9 %	78,7 %	67,4 %
Non-conformité	24,4 %	21,3 %	30,2 %
Non-lieu à statuer	9,7 %	-	2,3 %

⁽¹⁾ du 1^{er} mars au 31 décembre 2010.

QPC enregistrées, traitées et en instance devant les TA, les CAA et le Conseil d'État et taux de transmission au Conseil constitutionnel en 2012



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

La procédure de QPC devant la juridiction administrative

Au cours de l'année 2012, le Conseil d'État a apporté des précisions sur sa jurisprudence en matière de QPC, tant en ce qui concerne la procédure applicable devant la juridiction administrative, que les conditions de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel ou les effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

Dans une décision *Comité Harkis et Vérité* rendue le 26 janvier 2012 (n° 353067), le Conseil d'État a jugé que, de façon générale, l'intervention est admise dans la procédure de QPC. Il a précisé que l'intérêt pour intervenir s'apprécie au regard du litige au fond et non au regard de la QPC. Il a également précisé que l'admission de l'intervention, qui n'a pas à être mentionnée dans le dispositif de la décision statuant sur la QPC, se fait en l'état du dossier et ne vaut que pour l'examen de la QPC.

En 2011, le Conseil d'État avait jugé, dans la décision *SARL Prototype Technique Industrie* (1^{er} février 2011, n° 342536), qu'un requérant ne peut soumettre directement au Conseil d'État une QPC identique à celle qu'il a formée devant la CAA et qu'elle a refusé de transmettre. Le requérant doit contester le refus de transmission dans les conditions du droit commun du pourvoi en cassation ou il doit présenter une QPC présentant des moyens nouveaux. Il a précisé, dans une décision *Région Centre* (1^{er} février 2012, n° 351795), que si la QPC présentée par le requérant comporte plusieurs moyens dont certains ont déjà été présentés au juge du fond, il ne lui appartient de statuer que sur les seuls moyens nouveaux. Il a en outre précisé, dans une décision *Société par actions simplifiée Sepur* (9 juillet 2012, n° 356749), qu'une QPC présentée dans ces conditions peut porter sur les mêmes dispositions législatives et reposer sur l'invocation des mêmes normes constitutionnelles que la question soumise au juge du fond pour autant qu'elle soulève des moyens différents à leur égard.

Après avoir jugé qu'une décision de non-renvoi d'une QPC n'est pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée (CE, 21 mars 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, n° 345216), le Conseil d'État a affirmé, dans une décision *Bessis et Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants* (3 février 2012, n° 354068), que la décision par laquelle il a considéré qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC est revêtue d'une autorité relative de la chose jugée. Cette autorité peut être opposée par une partie lorsque la condition de triple identité de parties, d'objet et de cause est remplie. Le Conseil d'État a indiqué qu'il y a identité d'objet et de cause entre deux QPC mettant en cause la conformité de la même disposition législative à la même disposition constitutionnelle, quand bien même l'argumentation présentée serait différente.

Faute de triple identité, une même disposition législative peut donc faire l'objet de QPC successives (par exemple, s'agissant de l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques, CE, 30 mai 2012, *Bisogno*, n° 357694 ; CE, 7 mars 2012, *Tomaselli*, n° 355009 ; CE, 10 juin 2010, *Muntoni*, n° 341537).

Les conditions de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel

S'agissant de la condition relative à l'applicabilité de la disposition législative au litige, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de juger en 2010 que cette condition était remplie dès lors qu'une partie soutient que c'est à tort qu'une disposition législative n'a pas été appliquée à sa situation (CE, 14 avril 2010, *Mme Labane et Labane*, n° 336753) ou bien encore dans la mesure où une disposition est susceptible d'être interprétée comme régissant la situation à l'origine du litige (CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, n° 323830). En 2012, le Conseil d'État a jugé, par une décision *Consorts Collet et autres* (15 novembre 2012, n° 342947), qu'une loi doit être regardée comme applicable au litige en tant qu'elle ne prévoit pas son application rétroactive. Une partie peut donc soulever une QPC non seulement à l'encontre de la loi qui a été appliquée à sa situation, mais aussi à l'encontre de la loi postérieure en tant que cette loi ne s'applique pas aux situations antérieures à son entrée en vigueur.

Le Conseil d'État a également jugé, le 19 mars 2012 (*Société Cryo-Save France*, n°s 348764, 348765), que lorsque la juridiction avertit les parties, sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de l'existence d'une disposition législative susceptible de faire obstacle à ce que la demande du requérant soit satisfaite, cette disposition législative doit être regardée comme applicable au litige, au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Concernant la condition relative au caractère sérieux ou nouveau de la question posée, le Conseil d'État avait admis, en 2011 (21 septembre 2011, *M. Gourmelon*, n°s 350385, 350386, 350387) qu'une partie puisse se prévaloir d'un principe qu'elle qualifie de principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais dont le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de reconnaître l'existence. Le Conseil d'État a jugé, en 2012 (30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287), qu'il lui appartient de vérifier qu'il est sérieusement soutenu que le principe en cause serait un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ainsi, lorsque le principe invoqué, qui n'intéresse pas un domaine essentiel pour la vie de la Nation, ne figure dans aucune loi intervenue sous un régime républicain antérieur à la Constitution du 27 octobre 1946, il ne saurait être regardé comme ayant le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La partie requérante se prévalait en l'espèce d'un principe d'où il résulterait que l'imposition foncière doit être établie sur des bases nettes.

Concernant enfin la condition selon laquelle un changement dans les circonstances de droit ou de fait justifierait qu'une QPC soit renvoyée au Conseil constitutionnel, alors que celui-ci s'est déjà prononcé sur les dispositions législatives critiquées, le Conseil d'État a jugé que cette condition était remplie dans une décision du 2 février 2012 (*Mme Le Pen*, n° 355137) relative au mode de désignation des candidats à l'élection présidentielle. Il a jugé que si le Conseil constitutionnel, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976, a déclaré les dispositions relatives au « parrainage » des candidats conformes à la Constitution, les changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays depuis cette date justifient que la conformité à la Constitution de ces dispositions puisse être à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel.



Les effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de QPC

En 2011, le Conseil d'État, par trois décisions d'Assemblée (13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734, *Lazare*, n° 329290, *Delannoy et Verzelle*, n° 317808), avait déterminé les effets des décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel abroge une disposition déclarée inconstitutionnelle. Le cas échéant, le Conseil d'État détermine lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. En 2012, il a apporté des précisions complémentaires sur les effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de QPC.

Par une décision du 13 juillet 2012 (*Société Volkswagen France et société Innovent*, nos 353565 et 353577), le Conseil d'État a tranché la question des effets d'une décision du Conseil constitutionnel. Celle-ci précise que la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée prend effet à une date ultérieure et rappelle, qu'en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC et que 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 mais elle ne fixe aucune autre disposition relative aux conditions et limites dans lesquelles les effets, que la disposition a produits, sont susceptibles d'être remis en cause. Le Conseil d'État a jugé que cette décision est sans incidence sur le sort de requêtes enregistrées postérieurement.

Le Conseil d'État a également tranché des questions relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel sur le contrôle de conventionnalité exercé par le juge administratif.

Par une décision du 20 juin 2012 (*Mme Ouarie*, n° 349216), le Conseil d'État a examiné la question des effets d'une décision du Conseil constitutionnel dans le cas où le juge du fond a écarté la loi pour inconstitutionnalité avant que le Conseil constitutionnel ne déclare les mêmes dispositions législatives contraires à la Constitution et renvoie au législateur la détermination des conditions et limites de la remise en cause des effets passés de ces dispositions. Il a jugé que la décision du Conseil constitutionnel ne conduit pas le juge de cassation à remettre en cause la décision du juge du fond.

À l'inverse, par une décision du 6 décembre 2012 (*Ministre de la défense et des anciens combattants c/ Mme Aryn veuve Chahid*, n° 342215), le Conseil d'État a examiné la situation où le juge du fond écarte la loi pour inconstitutionnalité après la décision du Conseil constitutionnel. Il a jugé que, lorsqu'une décision du Conseil constitutionnel reporte l'effet de l'abrogation d'une disposition législative à une date ultérieure et impose aux juridictions de surseoir à statuer dans l'intervalle sur les instances dont l'issue dépend de l'application de la disposition censurée afin de permettre l'intervention de nouvelles dispositions applicables à ces instances, une juridiction administrative ne peut, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, régler un litige dont l'issue dépend de l'application de la loi censurée en écartant cette dernière pour inconstitutionnalité avant la date butoir fixée par la déclaration d'inconstitutionnalité et alors qu'aucune nouvelle disposition législative applicable à l'instance en cours n'est encore intervenue.



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

3.1. Sélection de décisions marquantes du Conseil d'État

Actualité de la loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État

En juillet 2011, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a rendu une série de cinq décisions relatives à la portée de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. Ces décisions ont permis de fixer un cadre à l'intervention des collectivités publiques dans différents secteurs intéressant plus ou moins directement l'exercice du culte. En 2012, le Conseil d'État a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de faire application de ces principes et d'apporter des précisions complémentaires en la matière. L'actualité de la loi du 9 décembre 1905 est ainsi toujours réelle s'agissant aussi bien des règles applicables aux aides versées par les personnes publiques lorsque sont en cause des activités liées à l'exercice du culte, que des règles régissant l'affectation et la gestion des édifices servant à l'exercice public du culte.

Les aides versées par les personnes publiques

Le Conseil d'État a jugé (Ass., 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, n° 308817) qu'en application des articles 2 et 19 de la loi du 9 décembre 1905, les personnes publiques ne peuvent, d'une part, accorder aucune subvention aux associations culturelles, à l'exception des concours pour des travaux de réparation d'édifices cultuels. Elles ne peuvent non plus, d'autre part, apporter une aide quelconque à une manifestation qui participe de l'exercice d'un culte. Cependant ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale finance des travaux qui ne sont pas des travaux d'entretien ou de conservation d'un édifice servant à l'exercice d'un culte, en vue de la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement en rapport avec cet édifice, à condition, en premier lieu, que cet équipement ou cet aménagement présente un intérêt public local, lié notamment à l'importance de l'édifice pour le rayonnement culturel ou le développement



touristique et économique de son territoire et qu'il ne soit pas destiné à l'exercice du culte et, en second lieu, lorsque la collectivité territoriale accorde une subvention pour le financement des travaux, que soit garanti, notamment par voie contractuelle, que cette participation n'est pas versée à une association culturelle et qu'elle est exclusivement affectée au financement du projet

Dans une autre affaire *Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône* jugée le 4 mai 2012, le Conseil d'État a de même précisé qu'une personne publique peut accorder une subvention à une association qui, sans constituer une association culturelle au sens de la loi du 9 décembre 1905, a des activités culturelles, en vue de la réalisation d'un projet, d'une manifestation ou d'une activité qui ne présente pas un caractère culturel et n'est pas destiné au culte. Le Conseil d'État a posé deux conditions : en premier lieu, ce projet, cette manifestation ou cette activité doit présenter un intérêt public local ou s'inscrire dans le cadre des missions d'intérêt général déterminées par le législateur et, en second lieu, il doit être garanti, notamment par voie contractuelle, que la subvention est exclusivement affectée au financement de ce projet, de cette manifestation ou de cette activité et n'est pas utilisée pour financer les activités culturelles de l'association.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que la commune de Lyon pouvait, sans méconnaître la loi du 9 décembre 1905, apporter un concours financier à l'association Communauté Sant'Egidio France pour l'organisation de la 19^e rencontre internationale pour la paix à Lyon, manifestation réunissant des représentants de diverses religions dans l'esprit des rencontres d'Assise du 27 octobre 1986.

Le Conseil d'État a, tout d'abord, jugé que l'association bénéficiaire n'était ni une association culturelle ni n'avait une activité culturelle. Notamment, cette association n'organise pas de prières collectives de ses membres, ouvertes ou non au public. Les circonstances que l'association se réclame d'une confession particulière ou que ses membres se réunissent entre eux pour prier à l'occasion d'activités associatives sans lien avec le culte ne suffisent pas à établir que l'association a des activités culturelles.

Le Conseil d'État a, ensuite, relevé que la manifestation subventionnée ne présentait pas un caractère culturel. Il a notamment relevé que la manifestation ne comportait la célébration d'aucune cérémonie culturelle, l'association organisatrice ayant seulement prévu un horaire libre, afin que les fidèles des différentes confessions puissent, s'ils le souhaitaient, participer, dans des édifices culturels de leur choix, à des prières.

Le Conseil d'État a, enfin, admis que cette manifestation, qui respectait le principe de neutralité à l'égard des cultes, présentait un caractère d'intérêt public communal, eu égard notamment au nombre important des participants, notamment étrangers, et à l'intervention au cours des tables rondes de nombreuses personnalités nationales et internationales, ce qui était positif pour le rayonnement de la commune de Lyon et la vie économique de son territoire (4 mai 2012, *Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône*, n° 336462).

Dans une autre décision, lue le 26 novembre 2012, le Conseil d'État a jugé que l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) peut légalement accorder une subvention à une communauté ou une association qui, sans être une association culturelle, exerce des activités culturelles, afin d'installer une chaudière automatique à bois déchiqueté.

Le Conseil d'État a relevé que ce projet ne présentait pas un caractère culturel et n'était pas destiné au culte. Il a également vérifié que la subvention sollicitée par



l'association s'inscrivait dans le cadre des missions d'intérêt général définies par le législateur. En outre, il a constaté que le versement de la subvention, qui s'inscrivait dans un programme pluriannuel dénommé « bois-énergie », s'accompagnait de la conclusion de conventions permettant de garantir que les subventions étaient exclusivement affectées au financement du projet.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'État a jugé que le délégué régional de l'ADEME ne pouvait fonder une décision de refus d'attribuer à la communauté de la charreuse de Portes une subvention afin d'installer une chaudière automatique à bois déchiqueté sur le seul motif que la loi du 9 décembre 1905 y ferait obstacle (26 novembre 2012, *Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie*, n° 344379).

L'affectation et la gestion des édifices servant à l'exercice public du culte

Dans une affaire *Commune des Saintes-Maries-de-la-Mer* jugée le 20 juin 2012, le Conseil d'État a déduit des dispositions de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État et de la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public du culte que l'occupation des édifices servant à l'exercice public du culte laissés à la disposition des fidèles et des desservants, doit avoir lieu conformément aux règles d'organisation générale du culte auquel ils sont affectés et qu'à cet égard, les ministres du culte sont chargés d'en régler l'usage de manière à assurer aux fidèles la pratique de leur religion.

Le Conseil d'État a cependant précisé que ces principes d'affectation et d'usage ne s'appliquent pas nécessairement à la totalité de l'édifice. Ils s'appliquent à l'ensemble de l'édifice culturel, y compris ses dépendances nécessaires, fonctionnellement indissociables de l'édifice culturel. Ainsi, la toiture d'un édifice culturel, en tant qu'elle est nécessaire au bon déroulement des célébrations culturelles organisées dans l'édifice qu'elle protège, est considérée comme affectée au culte.

Cependant, a indiqué le Conseil d'État, ces principes ne s'appliquent pas aux aménagements qui, alors même qu'ils sont situés sur le toit de l'édifice culturel, doivent être regardés, compte tenu notamment de leurs caractéristiques propres et de la possibilité d'y accéder sans entrer dans l'édifice culturel, comme fonctionnellement dissociables de cet édifice.

Tel est le cas, a estimé le Conseil d'État, de la terrasse et du chemin de ronde situés sur le toit de l'église des Saintes-Maries-de-la-Mer, qui appartient à la commune et qui constitue un édifice affecté à l'exercice du culte. Compte tenu des particularités architecturales des lieux et de la possibilité d'accéder à la terrasse et au chemin de ronde par une tour et un escalier indépendants et dépourvus de toute communication avec les parties internes de l'église, le Conseil d'État a jugé que ces aménagements étaient fonctionnellement dissociables du reste de l'édifice. En conséquence, il a jugé que la commune peut y organiser des visites touristiques payantes sans avoir à recueillir l'accord préalable du desservant de l'église.

Le Conseil d'État a précisé qu'il appartient cependant à la commune de veiller à ce que les modalités d'organisation des visites ne conduisent pas à perturber l'exercice du culte à l'intérieur de l'édifice. Cette exigence était vérifiée pour l'église des Saintes-Maries-de-la-Mer, l'organisation des visites touristiques ne perturbant notamment pas la fréquentation à des fins culturelles de la chapelle Saint-Michel (20 juin 2012, *Commune des Saintes-Maries-de-la-Mer*, n° 340648).



Renforcement du droit à l'indemnisation des patients

En matière médicale, la jurisprudence et le code de déontologie médicale, puis le code de la santé publique, depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, exigent que le médecin informe le patient des risques que comporte un acte médical ou un traitement et prévoient qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du patient.

Le Conseil d'État juge, depuis plusieurs années, qu'un manquement à l'obligation d'information ne permettant pas de recueillir le consentement éclairé du patient engage la responsabilité de l'hôpital (Sec., 5 janvier 2000, *Consorts T.*, n° 181899).

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du service public hospitalier et les modalités d'indemnisation des patients en cas de défaut d'information et de consentement ont été précisées par plusieurs décisions rendues en 2012.

Le défaut d'information

Le patient peut être indemnisé, depuis l'arrêt *Consorts T.*, de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé. Il a cependant été admis qu'en présence d'une intervention indispensable dépourvue d'alternative moins risquée, le patient n'avait pas subi de perte de chance (CE, 15 janvier 2001, *Mme Courrech et autres*, n° 184836). Le Conseil d'État a précisé récemment que le juge ne peut nier l'existence d'une perte de chance que dans le cas où l'intervention était impérieusement requise, de sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus. Il a aussi relevé qu'il appartenait au juge, non de déterminer quelle aurait été la décision du patient s'il avait été informé des risques de l'opération, mais seulement de dire s'il disposait d'une possibilité raisonnable de refus et, dans l'affirmative, d'évaluer cette possibilité et de fixer en conséquence l'étendue de la perte de chance (24 septembre 2012, *Mlle Pichon*, n° 339285).

Le Conseil d'État a, en outre, admis qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre à ce dernier, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles (10 octobre 2012, *M. Beaupère et Mme Lemaitre*, n° 350426). Une telle réparation est donc soumise à la double condition que les risques se réalisent et que la victime établisse la réalité et l'ampleur de son préjudice.

Le défaut de consentement

Le Conseil d'État a affirmé dans le cas d'un patient ayant consenti par écrit à la réalisation d'une intervention chirurgicale et subi ensuite une intervention substantiellement différente que, hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral résultant du défaut de consentement de l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable (24 septembre 2012, *M. Cairala*, n° 336223).



Réparation des préjudices consécutifs aux spoliations de biens intervenues du fait des législations antisémites

Depuis un décret du 10 septembre 1999, l'État assure la prise en charge des indemnités versées au titre de la spoliation des biens intervenue du fait des législations antisémites. Le principe et le montant de ces indemnités sont fixés sur proposition de la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites pendant l'Occupation (CIVS).

Dans un avis rendu par l'assemblée du contentieux en 2009, le Conseil d'État avait relevé que ce dispositif d'indemnisation était une des mesures d'ordre financier prises par les autorités françaises pour assurer, autant qu'il est possible, l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation et la réparation des souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites (Ass., avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glémane*, n° 315499).

Le Conseil d'État a eu à connaître, au cours de l'année 2012, de litiges relatifs aux indemnités versées au titre de la spoliation des biens intervenues du fait des législations antisémites.

Pouvoirs du juge administratif

Par une décision *M. Callou et autres* rendue le 23 juillet 2012, le Conseil d'État a jugé que les décisions prises par le Premier ministre, sur recommandation de la CIVS, lorsque la procédure de conciliation n'a pu aboutir, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et qu'elles peuvent être annulées notamment si elles sont entachées d'erreur de droit, d'erreur de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir. Le Conseil d'État a, en outre, précisé que le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut enjoindre à l'administration de prendre les mesures qu'impose nécessairement sa décision, notamment procéder au réexamen des points encore en litige ou prendre, le cas échéant, une décision accordant en tout ou partie l'indemnisation demandée (23 juillet 2012, *M. Callou et autres*, n° 348105).

Méthode d'évaluation

Par ailleurs, dans une décision *M. Kaplan et autres* du 3 octobre 2012, le Conseil d'État a tranché une question de méthode d'évaluation des biens à indemniser lorsque la restitution des biens est impossible. Il a jugé que la CIVS et le Premier ministre devaient procéder à l'évaluation des biens spoliés qui n'ont pu être retrouvés en se plaçant à la date à laquelle l'étendue de la spoliation a pu être connue, et qu'ils devaient majorer le montant ainsi évalué pour tenir compte de la dépréciation de la monnaie (3 octobre 2012, *M. Kaplan et autres*, n° 355105).



Droit d'asile, orientation sexuelle et excision

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, la qualité de réfugié est reconnue à toute personne qui craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. L'appartenance à un certain groupe social constitue ainsi l'une des conditions, parmi d'autres, de la reconnaissance de la qualité de réfugié. Cette condition a toutefois donné lieu à peu d'applications contentieuses et la jurisprudence administrative se trouvait en conséquence relativement peu développée en la matière.

Plusieurs affaires jugées en 2012 ont donné au Conseil d'État l'occasion de définir la notion de groupe social au sens de la Convention de Genève et de lui donner un contenu positif, dans deux situations : l'orientation sexuelle et les mutilations génitales féminines.

Notion de groupe social

Le Conseil d'État a jugé qu'un groupe social est « *constitué de personnes partageant un caractère inné, une histoire commune ou une caractéristique essentielle à leur identité et à leur conscience, auxquels il ne peut leur être demandé de renoncer, et une identité propre perçue comme étant différente par la société environnante ou par les institutions* » (27 juillet 2012, *OFPR c/ Mlle Tumurtsetseg*, n° 342552 ; même date, *M. Mbewene*, n° 349824 ; Ass., 21 décembre 2012, *Mme Fofana*, n°s 32491 et 332492). Cette définition comporte deux aspects distincts. D'une part, les individus composant un groupe social peuvent être objectivement identifiés par certaines caractéristiques communes. D'autre part, un groupe social peut également être constitué par le regard que porte une société ou ses institutions sur un ensemble spécifique d'individus. De la sorte, le Conseil d'État a consacré les deux approches de la notion de groupe social développées en droit international : celles dite des « *caractéristiques partagées* » et celle dite de la « *perception sociale* ».

La notion de groupe social a été définie par le Conseil d'État en tenant compte des dispositions de la 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 (article 10.1.d). Cette définition est similaire à celles retenues en droit comparé (États-Unis, Allemagne, Royaume-Uni et Espagne par exemple).

Le Conseil d'État a précisé, en outre, que l'appartenance à un tel groupe est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s'ils ne sont pas en mesure de le faire, par leurs proches, de leur appartenance à ce groupe. Il en découle que les caractéristiques ou l'identité des individus composant le groupe social ne résultent pas d'une expression de volonté telle que le refus de se soumettre à des actes ou des comportements particuliers. Ils résultent uniquement d'une situation de fait (21 décembre 2012, n° 332491, préc.).



Orientation sexuelle

À la lumière de cette définition, le Conseil d'État a reconnu que des personnes peuvent, à raison de leur orientation sexuelle, constituer un groupe social au sens de la Convention de Genève. Ce groupe social est constitué compte tenu du regard que portent la société environnante ou les institutions d'un pays sur les personnes se revendiquant de la même orientation sexuelle. Selon les conditions qui prévalent dans ce pays, une personne peut craindre avec raison d'être persécutée du fait même de son appartenance à ce groupe (27 juillet 2012, *OFPRA c/ Mlle Tumurtsetseg et M. Mbewene*, préc.).

Excision

Le Conseil d'État a également reconnu que dans une population dans laquelle l'excision est couramment pratiquée au point de constituer une norme sociale, les enfants et les adolescentes non mutilées constituent de ce fait un groupe social. Ces personnes encourent en effet, directement et objectivement, un risque d'excision en raison de leur appartenance à une communauté dans laquelle cette pratique est la norme (21 décembre 2012, n° 332491, préc.).

À côté de ce premier groupe social, constitué par les jeunes filles qui n'ont pas subi d'excision, le Conseil d'État a également reconnu l'existence d'un autre groupe social, constitué par les personnes qui refusent cette pratique, notamment les parents qui refusent que leur fille subisse une excision. En ne pratiquant pas ou refusant de faire pratiquer l'excision, ces personnes transgressent une norme imposant la pratique d'une telle mutilation et peuvent ainsi s'exposer à des persécutions (21 décembre 2012, n° 332492, préc.).

L'appartenance à un groupe social ne constitue cependant pas une condition suffisante pour conférer la qualité de réfugié. La réalité des risques de persécution en raison de l'appartenance au groupe social doit ensuite être établie. Le Conseil d'État a ainsi précisé qu'il appartient au demandeur de fournir l'ensemble des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques, sociologiques, relatifs aux risques qu'il encourt personnellement de nature à permettre au juge d'établir qu'il relève de la protection conventionnelle. Et le Conseil d'État a rappelé que lorsqu'une personne peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine, à laquelle il est en mesure, en toute sûreté, d'accéder afin de s'y établir et d'y mener une vie familiale normale, l'admission au statut de réfugié peut légalement lui être refusée.

Le Conseil d'État a précisé, en outre, que la circonstance que la personne pour laquelle le bénéfice du statut de réfugié est demandé soit née en dehors du pays dont elle a la nationalité ne fait pas obstacle à l'octroi de la protection conventionnelle. En effet, le bénéfice de la protection conventionnelle est seulement subordonné à l'impossibilité de se réclamer de la protection du pays d'origine. Ainsi, le fait qu'une personne de nationalité étrangère soit née en France et y réside depuis sa naissance est sans conséquence sur la reconnaissance de la qualité de réfugié, dès lors que cette personne risque de subir des persécutions, en cas de retour dans son pays d'origine, en raison de son appartenance à un groupe social sans pouvoir se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité. Sa naissance en France ne fait donc pas obstacle à ce que la qualité de réfugié lui soit octroyée dans la mesure où les conditions prévues par la Convention de Genève sont remplies.



Renforcement des garanties pour les fonctionnaires responsables syndicaux

En vertu des statuts généraux des trois fonctions publiques, les fonctionnaires qui bénéficient d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical sont réputés être en position d'activité⁷. Cette situation n'est pas sans poser des questions d'application dans le déroulement de la carrière du fonctionnaire en décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical. Confronté à ces questions, le Conseil d'État a apporté des réponses précises dans deux domaines : la rémunération et l'avancement.

La rémunération des fonctionnaires exerçant des mandats syndicaux

Les lois portant statut général des trois fonctions publiques prévoient que les fonctionnaires ont droit, après service fait, au versement d'un traitement et d'indemnités diverses, dont certaines sont liées à l'exercice effectif des fonctions. Les circulaires ministérielles et les pratiques administratives étaient loin d'être uniformes en ce qui concerne la rémunération des fonctionnaires qui bénéficient d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical. La jurisprudence se résumait en outre à deux décisions qui ne concernaient que des cas particuliers (27 juillet 2005, *Mme Macé et autres*, n° 255395 ; 7 juillet 2008, *Bazert*, n° 295039).

La section du contentieux du Conseil d'État, par une décision rendue le 27 juillet 2012, est venue préciser les principes applicables (*Bourdois*, n° 344801).

Le Conseil d'État a jugé, dans un contentieux qui concernait un agent de la fonction publique d'État, que le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge totale de service pour l'exercice d'un mandat syndical a droit, durant l'exercice de ce mandat, à ce que lui soit maintenu le bénéfice de l'équivalent des montants et droits de l'ensemble des primes et indemnités légalement attachées à l'emploi qu'il occupait avant d'en être déchargé pour exercer son mandat. À cette règle sont assorties des exceptions, concernant les indemnités représentatives de frais et les indemnités destinées à compenser des charges et contraintes particulières, tenant notamment à l'horaire, à la durée du travail ou au lieu d'exercice des fonctions, auxquelles le fonctionnaire n'est plus exposé du fait de la décharge de service.

Le Conseil d'État a retenu la même règle, avec les mêmes exceptions, pour les fonctionnaires qui bénéficient d'une décharge partielle de service. Ils ont droit, durant l'exercice du mandat syndical, au versement de l'ensemble des primes et indemnités qui leur sont attribuées au titre des fonctions qu'ils continuent d'exercer. Ces primes et indemnités sont calculées au taux déterminé pour les fonctions effectivement exercées, appliqué sur la base d'un temps plein.

⁷ Article 33 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; article 56 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; article 97 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.



L'avancement des fonctionnaires exerçant des mandats syndicaux

Les lois portant statut général des trois fonctions publiques prévoient la règle selon laquelle l'avancement du fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge totale de service pour l'exercice d'un mandat syndical a lieu sur la base de l'avancement moyen des fonctionnaires du corps, cadre d'emploi ou emploi auquel il appartient. Le Conseil d'État a précisé l'interprétation de ces textes sur plusieurs aspects.

Par une décision *Commune d'Aix-en-Provence* du 29 octobre 2012, le Conseil d'État a, tout d'abord, rappelé que cette règle d'avancement a pour objet de garantir aux fonctionnaires bénéficiant d'une décharge totale de service pour l'exercice de mandats syndicaux, un déroulement de carrière équivalent à celui des autres fonctionnaires du cadre d'emploi, emploi ou corps auquel ils appartiennent et visent à les prémunir contre des appréciations défavorables qui pourraient être liées à l'exercice de leur mandat syndical.

Le Conseil d'État a, ensuite, précisé que, pour autant, cette règle d'équivalence n'a ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux fonctionnaires en décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical et dont l'ancienneté de grade excéderait l'ancienneté moyenne des agents titulaires du même grade, un droit automatique à l'avancement au grade supérieur. De manière générale, le Conseil d'État a indiqué qu'aucun principe ni aucune disposition ne garantit aux fonctionnaires, quelles que soient leur situation et leur manière de servir, un droit automatique à l'avancement au grade supérieur.

Il appartient à l'autorité administrative de respecter les procédures d'avancement qui s'appliquent à tous les fonctionnaires en veillant à ce que les fonctionnaires en décharge totale de service pour l'exercice de mandats syndicaux bénéficient effectivement d'un déroulement de carrière équivalent à celui des autres fonctionnaires. Pour ce faire, le Conseil d'État a jugé que l'autorité administrative doit, dans le cas d'une collectivité territoriale, se fonder sur l'avancement moyen au cours des années précédentes des fonctionnaires du cadre d'emplois, emploi ou corps de la collectivité territoriale ou, si les effectifs de celle-ci sont insuffisants, des fonctionnaires du cadre d'emplois, emploi ou corps des collectivités territoriales et établissements affiliés au centre de gestion de la fonction publique territoriale compétent (29 octobre 2012, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 347259).

Puis, dans un litige concernant un fonctionnaire d'État, le Conseil d'État a ajouté que l'avancement moyen est apprécié en calculant la moyenne de l'ancienneté des agents qui détiennent le même grade ou classe dans le corps auquel appartient le fonctionnaire déchargé de service et qui ont été promus au grade d'avancement au titre du ou des précédents tableaux (26 novembre 2012, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. M. Debliquis*, n° 350953).

Par ces décisions, le Conseil d'État a consacré, en jurisprudence, le principe selon lequel les fonctionnaires qui bénéficient d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical ont droit, selon des modalités adaptées à leur situation, aux mêmes avantages que les autres fonctionnaires. Cette jurisprudence est de nature à conforter l'exercice du droit syndical, qui repose sur des fondements constitutionnels et conventionnels.



Une série de contestations des tarifs réglementés du gaz et de l'électricité

La mise en œuvre du service public de l'énergie et, plus largement, la régulation du secteur des énergies ont conduit le législateur à mettre en place des mécanismes de détermination des tarifs en matière d'achat, de transport, de distribution ou de vente du gaz ou de l'électricité. Tant que ces mécanismes ne sont pas modifiés par les autorités compétentes, ils doivent être respectés sous le contrôle du juge administratif. Le Conseil d'État a eu à connaître de plusieurs contestations relatives à ces mécanismes au cours de l'année 2012.

Les tarifs réglementés de vente du gaz naturel

Par une décision *SA GDF Suez et ANODE* du 10 juillet 2012, le Conseil d'État a annulé les tarifs réglementés de vente du gaz naturel pour les ménages et les entreprises, arrêtés en septembre 2011. En vertu du code de l'énergie et du décret du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel, ces tarifs sont fixés en utilisant une formule qui repose sur le coût moyen payé par les fournisseurs pour s'approvisionner sur le marché. Selon l'article 4 du décret du 18 décembre 2009, une formule tarifaire, fixée par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, traduit pour chaque fournisseur, la totalité des coûts d'approvisionnement en gaz naturel et des coûts hors approvisionnement et permet de déterminer le coût moyen de fourniture du gaz naturel, à partir duquel sont fixés les tarifs réglementés de vente de celui-ci, en fonction des modalités de desserte des clients concernés. Le même décret prévoit qu'un arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie, fixe pour chaque fournisseur les barèmes des tarifs réglementés à partir, le cas échéant, des propositions du fournisseur. Le décret prévoit aussi que ces barèmes sont réexaminés au moins une fois par an et révisés, s'il y a lieu, en fonction de l'évolution de la formule tarifaire.

En septembre 2011, lorsque le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique ont arrêté les tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez. L'application de la formule tarifaire aurait dû aboutir à une augmentation du coût d'approvisionnement en gaz naturel de 8,8 % à 10 % selon les tarifs. Toutefois, les ministres ont décidé de ne pas augmenter les tarifs réglementés applicables aux clients résidentiels et aux petits clients professionnels et d'augmenter en moyenne de 4,9 % les tarifs réglementés applicables aux autres clients, sans que la différence entre cette évolution des tarifs et celle des coûts soit justifiée par une surévaluation initiale des tarifs ou par la baisse prévisible des coûts. L'arrêté, dont l'exécution avait été suspendue par le juge des référés le 18 novembre 2011, a en conséquence été annulé (10 juillet 2012, *SA GDF Suez et ANODE*, n^{os} 353356, 353555).

Pour les mêmes motifs, l'exécution d'un nouvel arrêté de septembre 2012 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez a été suspendue en référé. Cet arrêté a retenu une hausse des tarifs de 2 %, alors que la Commission de régulation de l'énergie a estimé



que l'application de la formule tarifaire devait conduire à une hausse d'environ 6 % (29 novembre 2012, *ANODE*, n° 363572).

Les tarifs réglementés de vente de l'électricité

En matière d'électricité, le Conseil d'État a également statué sur les tarifs réglementés de vente de l'électricité, déterminés dans les conditions prévues par un décret du 12 août 2009 et fixés par un arrêté du 13 août 2009.

Selon la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, aujourd'hui codifiée au code de l'énergie, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont définis en fonction de catégories fondées sur les caractéristiques intrinsèques des fournitures en fonction des coûts liés à ces fournitures. Ils doivent couvrir l'ensemble des coûts supportés à ce titre par Électricité de France et par les distributeurs non nationalisés. Ils sont décidés par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie.

Le Conseil d'État a, tout d'abord, examiné la légalité du décret du 12 août 2009, pris pour l'application des règles énoncées par la loi du 10 février 2000. Le Conseil d'État a jugé, en particulier, que la loi du 10 février 2000 n'interdisait pas l'inclusion dans les tarifs réglementés de vente d'électricité d'une marge raisonnable destinée notamment à dégager les ressources nécessaires à la réalisation des investissements utiles au développement du service public (15 février 2012, *SIPPEREC*, n° 332640).

Le Conseil d'État a, ensuite, statué sur les tarifs fixés par l'arrêté du 13 août 2009. L'arrêté attaqué avait établi des barèmes tarifaires répartis en trois catégories : les tarifs « bleu », « jaune » et « vert ». Le Conseil d'État a annulé ces trois catégories tarifaires pour des motifs différents.

S'agissant du tarif réglementé « bleu », l'arrêté attaqué avait fixé des barèmes différents pour les clients domestiques, les clients domestiques collectifs et agricoles, les clients professionnels et services publics non communaux, les services publics communaux et intercommunaux, ainsi que pour l'éclairage public et pour diverses fournitures. Or, le Conseil d'État a constaté que ces distinctions, opérées par types de clients, ne reposaient sur aucun critère tel que le dimensionnement des infrastructures de réseau ou du réseau de raccordement, ou bien encore des caractéristiques de consommation différentes.

S'agissant des tarifs réglementés « vert » et « jaune », le Conseil d'État a constaté qu'aucune disposition de l'arrêté attaqué ou de son annexe ne permettait de connaître les critères en fonction desquels s'appliquent ces deux tarifs « jaune » et « vert », ou bien les différentes grilles tarifaires déclinées au sein de ces deux catégories. Le Conseil d'État a même relevé que le ministre chargé de l'économie et la Commission de régulation de l'énergie ont fourni des explications contradictoires sur la détermination de la grille applicable à un client. Or, il incombe aux ministres chargés de l'économie et de l'énergie de fixer les tarifs réglementés de vente d'électricité en fonction de critères clairs. C'est un principe que le Conseil d'État a déduit de la loi du 10 février 2000 et du décret du 12 août 2009 et qui s'inspire des exigences de transparence posées par la directive du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (22 octobre 2012, *SIPPEREC*, n° 332641).



Les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Le Conseil d'État a également statué sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité. Le 28 novembre 2012, il a annulé la décision du 5 juin 2009 relative aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité prise par le ministre en charge de l'énergie et par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Toujours selon la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, intégrée au code de l'énergie, et en vertu du décret du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs, qui sont arrêtés par les ministres sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, sont calculés afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par les gestionnaires de ces réseaux, y compris les coûts résultant de l'exécution des missions et des contrats de service public. Les coûts de ces réseaux résultent de l'analyse des coûts techniques et de la comptabilité générale des opérateurs. Ils comprennent notamment la rémunération du capital investi.

Après avoir, ainsi que le permet l'article R. 625-2 du code de justice administrative, eu recours à l'avis technique d'un commissaire aux comptes (28 mars 2012, *Société Direct Energie et autres*, n° 330548 et a.), le Conseil d'État a examiné les tarifs retenus, d'une part, s'agissant de l'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, et, d'autre part, s'agissant de l'utilisation du réseau public de transport d'électricité.

S'agissant des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité, le Conseil d'État a estimé que pour évaluer des charges du capital pesant sur la société ERDF, la Commission de régulation de l'énergie et les ministres compétents avaient omis de tenir compte de l'existence de certains postes du passif d'un montant important. L'analyse du passif de la société ERDF était donc insuffisante, ce qui affectait la légalité de la méthode suivie pour fixer les tarifs contestés. Le Conseil d'État a donc annulé les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité. Compte tenu de ses effets, cette annulation a été reportée au 1^{er} juin 2013, afin que les corrections nécessaires puissent être opérées. En revanche, s'agissant des tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité, le Conseil d'État a considéré que la Commission de régulation de l'énergie et les ministres n'avaient commis ni erreur de méthode ni erreur manifeste d'appréciation (28 novembre 2012, *Société Direct Energie et autres*, n° 330548 et a.).

Les tarifs d'achat de l'électricité produite par l'énergie radiative du soleil et l'énergie mécanique du vent

Le Conseil d'État s'est également prononcé sur des textes déterminant les tarifs d'achat par Électricité de France ou les distributeurs non nationalisés de l'électricité produite par les installations qui utilisent des énergies renouvelables, ce qui est le cas des installations utilisant l'énergie radiative du soleil et des installations utilisant l'énergie mécanique du vent.



S'agissant des installations utilisant l'énergie radiative du soleil, le Conseil d'État a partiellement annulé, par une décision rendue le 12 avril 2012, un arrêté du 12 janvier 2010 fixant les tarifs d'achat de l'électricité ainsi produite.

Le Conseil d'État a jugé que les tarifs d'achat pouvaient être modulés, sans méconnaître le principe d'égalité, en fonction de la rentabilité prévisible des installations et de leur contribution aux objectifs définis par le législateur, tels que l'indépendance et la sécurité d'approvisionnement, la qualité de l'air et la lutte contre l'effet de serre, ou encore la maîtrise des choix technologiques d'avenir ou l'utilisation rationnelle de l'énergie. Il a donc admis que des conditions tarifaires plus avantageuses soient prévues au profit de certaines installations selon, par exemple, leur zone géographique d'implantation ou la technologie employée.

En revanche, le Conseil d'État a jugé que le pouvoir réglementaire avait méconnu le principe d'égalité en accordant des conditions tarifaires différentes selon l'usage des bâtiments sur lesquels sont installés les systèmes de production d'électricité. Le Conseil d'État a relevé que l'usage du bâtiment (habitation, enseignement, santé, entrepôt, etc.) n'avait pas d'incidence sur la rentabilité prévisible des installations ou sur leur contribution aux objectifs définis par la loi. Il en a déduit que des différences de tarifs ne pouvaient être fondées sur ce critère (12 avril 2012, *Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres*, n°s 337528 et s.).

Le Conseil d'État a en outre annulé, sur un point particulier, la circulaire prise pour l'application de ces tarifs d'achat. La circulaire attaquée avait institué un comité d'évaluation de l'intégration au bâti pour aider les producteurs d'électricité et les installateurs dans le choix du système photovoltaïque susceptible de conférer, selon ses caractéristiques techniques, des majorations du tarif d'achat de l'électricité. Le Conseil d'État a jugé que le ministre chargé de l'énergie ne pouvait, sans excéder sa compétence, instituer seul, une procédure d'examen, même facultative, des dispositifs photovoltaïques (25 juin 2012, *Association Enerplan*, n°s 345912, 345913).

S'agissant des installations utilisant l'énergie mécanique du vent, le Conseil d'État a examiné la légalité d'un arrêté du 17 novembre 2008 fixant les tarifs d'achat de l'électricité ainsi produite.

Par une décision rendue le 12 mai 2012, il a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle. Le Conseil d'État a en effet constaté qu'en vertu de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, les tarifs d'achat de l'électricité issue de l'énergie mécanique du vent étaient fixés à un prix supérieur au prix de marché de cette électricité, ces surcoûts étant compensés intégralement par des contributions dues par les consommateurs finaux d'électricité. Le Conseil d'État a interrogé la CJUE sur la question de savoir si ce mécanisme de financement, compte tenu de son fonctionnement, pouvait être regardé comme une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Une telle qualification pourrait entraîner la qualification d'aide d'État, le Conseil d'État ayant déjà reconnu que l'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent à un prix supérieur à sa valeur de marché accorde un avantage aux producteurs de cette électricité et que cet avantage est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et d'avoir une incidence sur la concurrence (15 mai 2012, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, n° 324852).



La construction des antennes de téléphonie mobile : quels pouvoirs pour le maire ?

Le Conseil d'État avait reconnu, en 2011, la compétence exclusive des autorités de l'État, à l'exclusion notamment de celle du maire, pour réglementer l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile sur le territoire (Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492). Cette jurisprudence, à laquelle fait écho celle du Tribunal des conflits pour la détermination des pouvoirs du juge judiciaire (TC, 14 mai 2012, *Mme G. et autres c/ Société Orange France et autres*, n° 3848), a été étendue en 2012 par le Conseil d'État s'agissant des décisions individuelles prises par les maires sur le fondement de leur pouvoir de police (26 décembre 2012, *Commune de Saint-Pierre d'Irube*, n° 352117). Le maire demeure néanmoins compétent, en vertu de la législation relative à l'urbanisme, pour statuer sur les demandes d'autorisation de construction de ces antennes.

Plusieurs autres affaires jugées au cours de l'année 2012 ont donné l'occasion au Conseil d'État d'apporter des précisions sur les modalités de délivrance de ces autorisations d'urbanisme.

Permis de construire ou déclaration préalable ?

Le Conseil d'État s'est notamment prononcé sur la nature de l'autorisation requise pour procéder à l'édification d'une antenne relais de téléphonie mobile. Il a jugé que les antennes relais de téléphonie mobile dont la hauteur est supérieure à douze mètres et dont les installations techniques nécessaires à leur fonctionnement entraînent la création d'une surface hors œuvre brute, qui était alors la surface applicable, de plus de deux mètres carrés n'entrent pas, dès lors qu'elles constituent entre elles un ensemble fonctionnel indissociable, dans le champ des exceptions au principe selon les constructions nouvelles doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire. Dès lors que ces hauteurs ou surfaces sont dépassées, un permis de construire est nécessaire. Dans les autres cas, une déclaration préalable suffit (20 juin 2012, *Richard et autres*, n° 344646).

Application du principe de précaution

Le Conseil d'État s'est également prononcé, dans deux affaires, sur la mise en œuvre du principe de précaution par l'autorité administrative lorsque celle-ci examine une demande d'autorisation de construire une antenne relais de téléphonie mobile. Ce principe est fondé directement sur l'article 5 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». Le Conseil d'État avait jugé qu'un tel principe est applicable aux décisions d'urbanisme (19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, n° 328687).

Le Conseil d'État a jugé, d'une part, que le principe de précaution s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à



la santé des populations. Le principe de précaution doit donc être pris en compte dans l'appréciation des conséquences que les champs radioélectriques émis par les relais de téléphonie mobile porteraient à la santé humaine (8 octobre 2012, *Commune de Lunel*, n° 342423).

Pour apprécier ces conséquences, le Conseil d'État a jugé, d'autre part, que l'autorité administrative peut légalement refuser la délivrance d'une autorisation d'urbanisme si elle fonde sa décision sur des éléments circonstanciés faisant apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains. Autrement dit, le Conseil d'État a jugé que l'autorité administrative ne peut seulement se fonder sur l'incertitude des risques. Elle doit rechercher si des éléments circonstanciés permettent d'établir, en l'état des connaissances scientifiques, de tels risques et seraient ainsi de nature à justifier qu'il soit fait opposition à la demande d'autorisation déposée en vue de l'installation d'une antenne. Faute de pouvoir se fonder sur des éléments circonstanciés de nature à établir l'existence d'un risque pouvant résulter, pour le public, de son exposition aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais de téléphonie mobile, le maire ne peut s'opposer à la demande d'autorisation de construire au seul motif du caractère incertain des effets des ondes électromagnétiques (30 janvier 2012, *Société Orange France*, n° 344992).

Le renouveau du contentieux contractuel : de nombreux prolongements

Le contentieux contractuel a connu devant le juge administratif, ces dernières années, des évolutions, voire des bouleversements, qui contrastent avec la stabilité qui le caractérisait les décennies précédentes. Les voies de droit et les pouvoirs du juge du contrat ont été assez largement redéfinis, que ce soit par la voie législative, tel l'article L. 551-13 du code de justice administrative qui a institué, à côté du référé précontractuel prévu à l'article L. 551-1 du même code, un référé contractuel, ou que ce soit par la voie jurisprudentielle, aussi bien en ce qui concerne la formation du contrat, son exécution, ou plus largement l'office du juge du contrat face à des irrégularités entachant la validité d'un contrat (Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545 ; Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802 ; section, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806).

Nécessairement, le juge administratif est amené à préciser, au fur et à mesure des litiges, les nouveaux mécanismes de fonctionnement du contentieux contractuel. C'est ainsi que le Conseil d'État a rendu de nombreuses décisions qui intéressent tant l'exercice des référés précontractuel et contractuel que le recours en contestation de la validité du contrat ou de la résiliation du contrat.

Référé précontractuel et contractuel

En matière de référé précontractuel et de référé contractuel, le Conseil d'État a précisé, comme les années précédentes, leur champ d'application, qui est largement comparable s'agissant des types de contrats susceptibles d'être portés devant le juge des référés.



Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'un contrat qui a pour objet de confier à un prestataire de services les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demandes de visa en contrepartie d'un prix est un contrat de prestation de services dont le juge du référé précontractuel peut connaître. Et même si ce contrat n'est pas régi par le code des marchés publics, dès lors qu'il a été conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français, il est néanmoins soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures, de sorte que, a également précisé le Conseil d'État, le juge du référé contractuel peut être valablement saisi d'un tel contrat (29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976).

Le Conseil d'État a également été conduit à préciser l'articulation entre le référé précontractuel et le référé contractuel, dans la mesure où, en vertu de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, l'exercice du premier exclut en principe la recevabilité du second.

Le Conseil d'État a jugé que l'exception selon laquelle la voie du référé contractuel demeure ouverte au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté son obligation de suspendre la signature du contrat trouve à s'appliquer alors même que le demandeur a omis de notifier son recours en référé précontractuel au pouvoir adjudicateur, lorsque le greffe du tribunal avait informé le pouvoir adjudicateur de l'existence de ce recours (1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560). Le Conseil d'État a également jugé que le référé contractuel est ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel, dès lors qu'il a été privé de la possibilité de présenter utilement un tel recours en raison de l'absence de publicité donnée par le pouvoir adjudicateur à son intention de conclure le contrat (29 juin 2012, *Société Chaumeil*, n° 358353).

S'agissant plus particulièrement du référé précontractuel, le Conseil d'État a apporté des précisions sur sa jurisprudence selon laquelle le juge des référés précontractuels est tenu de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser (section, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, n° 305420).

Il a ainsi jugé que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait dû rejeter une offre anormalement basse peut être utilement invoqué dans le cadre du référé précontractuel (1^{er} mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n° 354159). Il a aussi jugé que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat constitue un manquement saisissable par la voie du référé précontractuel (26 septembre 2012, *Société Déménagements Le Gars - Hauts-de-Seine Déménagements*, n° 360952).

À l'inverse, le Conseil d'État a jugé que l'erreur commise par le pouvoir adjudicateur au titre d'un critère pour lequel l'entreprise requérante a obtenu la note maximale ne constitue pas un manquement susceptible d'avoir lésé cette entreprise (26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706). Il a également jugé que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu ne peut avoir lésé un concurrent dont la candidature devait elle-même être écartée ou dont l'offre qu'il présentait devait être éliminée comme étant inappropriée, irrégulière ou inacceptable (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière*, nos 354652, 354709).



Concurrents évincés et validité du contrat

En matière de contestation de la validité du contrat par les concurrents évincés (Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545), le Conseil d'État a livré, en réponse à une demande d'avis contentieux, des précisions importantes tant sur la notion de concurrent évincé, que sur les moyens qui peuvent être invoqués. Sur le premier point, le Conseil d'État a jugé que la qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable. Sur le second point, le Conseil d'État a jugé que ce concurrent évincé peut invoquer tout moyen à l'appui de son recours en contestation de la validité du contrat ou à l'appui de ses conclusions indemnitaires, présentées à titre accessoire ou complémentaire. À la différence du référé précontractuel, dans le recours en contestation de la validité du contrat, le caractère utilement invocables des moyens n'est pas subordonné à la circonstance que les vices auxquels ils se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant (Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446).

Le Conseil d'État a également complété sa jurisprudence relative au contrôle exercé par le préfet sur le contrat dans le cadre du déferé préfectoral. Il a confirmé la solution selon laquelle le vice tenant à la signature d'un contrat par le représentant d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale avant la transmission au préfet de la délibération l'autorisant n'entraîne pas nécessairement l'illégalité du contrat (Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802), tout en apportant une double précision. D'une part, cette délibération doit avoir été prise avant la signature du contrat. D'autre part, la transmission de cette délibération au préfet doit lui permettre d'exercer effectivement son contrôle (9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, n° 355665).

Contentieux de la résiliation des contrats

Enfin, dans le cadre du recours en contestation de la résiliation du contrat (Sec., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806), le Conseil d'État a jugé que l'exercice d'un recours administratif pour contester la mesure de résiliation ne peut avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux. Cette solution, qui vaut pour tous les motifs de résiliation, est justifiée par la nature du recours en contestation de la résiliation du contrat, qui n'est pas tant un recours dirigé contre une décision, mais qui est un recours tendant à établir les droits des parties, le juge du contrat pouvant ordonner la reprise des relations contractuelles et le juge des référés pouvant prendre des mesures provisoires en ce sens (30 mai 2012, *SARL Promotion de la restauration touristique*, n° 357151).

Le Conseil d'État a également précisé que le juge du contrat ne pouvait, dans l'exercice de son office, refuser de prendre en compte une clause du contrat au motif qu'il ne lui appartiendrait pas d'apprécier l'opportunité de mettre fin aux relations contractuelles plutôt que de les poursuivre. Pour cette raison, si une mesure de résiliation d'une convention d'occupation du domaine public est fondée sur un motif tiré de l'intérêt du domaine public occupé consistant dans la nécessité de réaliser d'importants travaux, le juge du contrat doit, pour apprécier la validité de cette mesure, prendre en compte la clause de la convention selon laquelle le gestionnaire du domaine s'engageait, en cas de travaux nécessaires, à faire tout son possible pour trouver une solution de substitution afin de permettre au preneur de continuer à exploiter ses équipements (11 octobre 2012, *Société Orange France*, n° 351440).



Nouvelles précisions sur les aides d'État

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit, en principe, l'octroi par les États d'aides susceptibles de fausser la concurrence⁸.

Dans trois affaires concernant, pour la première, la desserte maritime de la Corse, pour la deuxième, les services de transports en commun routiers d'Ile-de-France et pour la troisième, la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes, le Conseil d'État a été conduit à se prononcer sur différents aspects du régime des aides d'État : l'existence d'une aide d'État, l'appréciation de l'atteinte portée à la concurrence par une aide d'État et la notion de compensation d'obligations de service public.

L'existence d'une aide d'État

Dans une décision du 13 juillet 2012, le Conseil d'État a jugé que la clause d'une délégation de service public qui prévoit que les parties pourront prendre des mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la convention ne peut être qualifiée d'aide d'État au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

La convention de délégation de service public de la desserte maritime entre le port de Marseille et cinq ports de Corse comportait une clause selon laquelle les parties se rencontreront pour prendre, au besoin, les mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la convention en cas de modification importante des conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation des services délégués ou pour tenir compte d'événements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du délégataire.

Le Conseil d'État a relevé que cette clause ne prévoit, par elle-même, le versement d'aucune aide de la part du délégataire. Elle prévoit seulement l'éventualité d'un concours financier. Dans ce cas, une décision de l'autorité compétente de la collectivité territoriale de Corse sera nécessaire et devra déterminer la nature, les modalités et le montant de l'aide. Le Conseil d'État indique que cette décision pourra, le cas échéant, constituer une aide d'État, qui devra alors, préalablement à son intervention, faire l'objet d'une notification à la Commission européenne. Mais, pour autant, la circonstance qu'une telle décision puisse intervenir ne permet pas, à elle seule, de qualifier la clause de la convention d'aide d'État (13 juillet 2012, *Compagnie Méridionale de Navigation et Société Nationale Corse Méditerranée*, n^{os} 355616, 355622, 358396).

La notion d'impact sur la concurrence

Dans une décision du 23 juillet 2012, le Conseil d'État a également jugé que les aides versées à une entreprise opérant sur un marché fermé à la concurrence pouvaient néanmoins avoir une incidence sur la concurrence si cette entreprise intervient également sur un marché ouvert à la concurrence.

Selon le Conseil d'État, reprenant sur ce point la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, si une entreprise opère exclusivement sur un marché fermé à la concurrence, les aides qu'elle est susceptible de percevoir d'une collectivité

⁸ Article 107 paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.



publique sont, par nature, insusceptibles de fausser la concurrence. En revanche, tel n'est pas le cas d'une aide accordée à une entreprise opérant à la fois sur ce marché et sur un autre marché qui, lui, est ouvert à la concurrence. Dans ce cas, l'aide dont bénéficie l'entreprise pourra la favoriser au point d'affecter la concurrence sur le marché ouvert. C'est pour cette raison, a indiqué le Conseil d'État, qu'il y a lieu, dans ce cas, de rechercher si l'aide accordée dans le cadre du marché fermé est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de fausser la concurrence sur le marché ouvert.

Dans ces conditions, le Conseil d'État a jugé que les délibérations par lesquelles la région Ile-de-France a mis en place un dispositif d'aide pour l'amélioration des services de transports en commun routiers exploités par des entreprises privées ou en régie sont susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État, alors même que le secteur de l'exploitation des lignes régulières de transport routier de voyageurs en Ile-de-France est fermé à la concurrence (23 juillet 2012, *Région Ile-de-France*, n° 343440).

La notion de compensation d'obligations de service public

Dans une décision rendue le 13 juillet 2012, le Conseil d'État a, en outre, jugé que les subventions allouées au concessionnaire en vue de la construction de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes ne constituent pas une aide d'État, dans la mesure où elles représentent la contrepartie de prestations effectuées pour exécuter des obligations de service public.

Le Conseil d'État a ainsi fait application de la jurisprudence *Altmark Trans GmbH* de la Cour de justice de l'Union européenne (24 juillet 2003, C-280/00). En vertu de cette jurisprudence, des subventions représentant la contrepartie des prestations effectuées par des entreprises pour exécuter des obligations de service public ne constituent pas des aides d'État, à condition de remplir les quatre conditions cumulatives suivantes :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ;
- troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public au sens des conventions soumises aux règles communautaires de publicité et de mise en concurrence, permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.



Le Conseil d'État a vérifié que ces quatre conditions étaient remplies. Il a, tout d'abord, relevé que la subvention en litige était accordée pour la réalisation d'un ouvrage reconnu d'utilité publique, qu'aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer en se finançant uniquement par son exploitation sur longue durée, sans obtenir un complément de fonds publics seul à même de lui permettre de bénéficier d'une rentabilité normale pour le secteur d'activité, sous condition d'atteindre les prévisions d'exploitation.

Il a, ensuite, constaté que le montant de la subvention a été déterminé dans le cadre d'une procédure transparente de publicité et de mise en concurrence en vue de la passation d'une délégation de service public.

Le Conseil d'État a aussi vérifié que la subvention ne dépassait pas ce qui est nécessaire pour permettre à l'entreprise d'atteindre un niveau de rentabilité considéré comme raisonnable pour les entreprises du secteur concerné : d'une part, le taux de rentabilité interne que la subvention accordée à la société concessionnaire permet d'atteindre, au cas où les perspectives de trafic et de résultats d'exploitation se réalisent, est de 13,42 %, ce qui correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des concessions de ce type et, d'autre part, le cahier des charges de la concession prévoit en outre un reversement à l'État, au cas où l'excédent brut d'exploitation dépasserait les prévisions.

Le Conseil d'État a, enfin, noté que la procédure de passation d'une délégation de service public a permis la mise en concurrence, dans des conditions transparentes, des offres de plusieurs entreprises en fonction de critères de sélection préalablement définis, sachant que le montant de la subvention demandée était l'un des critères de sélection. La procédure mise en œuvre a donc permis de sélectionner le candidat capable de réaliser l'infrastructure au moindre coût pour la collectivité (13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, les Verts des Pays-de-la-Loire et autres, Association ACIPA et autres*, n^{os} 347073, 347170, 350925).



3.2. Analyse de décisions juridictionnelles du Conseil d'État

Actes

Entrée en vigueur des décrets

Jusqu'en 2004, l'entrée en vigueur des décrets était régie par le décret-loi du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des décrets et des lois, dont l'article 2 prévoyait que : « *Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation et, partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le Gouvernement, par une décision spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret* ».

L'ordonnance du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs n'a pas modifié le principe de l'entrée en vigueur des dispositions au lendemain de leur publication au Journal officiel, mais elle a en revanche changé la règle relative à la possibilité d'entrée en vigueur immédiate d'un texte. Valable pour les lois comme pour les actes administratifs, la règle nouvelle, codifiée à l'article 1^{er} du code civil, réserve désormais le recours à l'entrée en vigueur des textes dès leur publication aux « cas d'urgence ».

Le Conseil d'État, saisi d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre deux décrets du 31 mars 2010 pris pour la création des agences régionales de santé, s'est prononcé, par une décision *Fédération interco CFDT* du 15 mai 2012 sur la régularité du recours à l'entrée en vigueur immédiate. Le premier des décrets attaqués avait pour objet de tirer les conséquences de la loi au niveau réglementaire et prévoyait son entrée en vigueur à la date de publication du second décret. Ce dernier n'avait quant à lui pour objet que de fixer la date de création des agences régionales de santé à la date de sa propre publication et prévoyait son entrée en vigueur immédiate à la même date.

Le Conseil d'État a d'abord défini la nature du contrôle que le juge de l'excès de pouvoir doit exercer sur ce point. Alors qu'il avait adopté un contrôle restreint sur des notions proches, telles que l'appréciation faite par l'administration des délais indispensables à la mise en œuvre d'un décret (9 juillet 1993, *Association collectif pour la défense du droit et des libertés*, n° 139445) ou d'une réforme législative (8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges et autres*, n° 314236 et a.), le Conseil d'État a opté pour un contrôle normal.

Deux raisons motivent ce choix. La première est que la nouvelle rédaction de l'article 1^{er} du code civil fait de l'entrée en vigueur immédiate une exception, là où le décret-loi de 1870 aménageait une possibilité ouverte sans condition. La seconde tient à ce que l'absence de délai entre publication et entrée en vigueur peut porter préjudice à l'accessibilité de la loi.

Le Conseil d'État a ensuite jugé convaincantes les raisons techniques avancées par le Gouvernement pour recourir à l'entrée en vigueur immédiate des textes en litige. La création des agences régionales de santé devait en effet intervenir, pour des raisons administratives, le premier jour d'un mois et la création effective de ces agences revêtait un caractère urgent dans le cadre de la réforme du système de santé voulue par le législateur (15 mai 2012, *Fédération Interco CFDT*, n^{os} 339833, 339835).

Application de la loi aux contrats en cours

Par une décision *M. Cousin* du 30 janvier 2012, le Conseil d'État s'est prononcé sur les conditions d'application de la loi aux contrats en cours.

La loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (article 3) interdit aux collectivités territoriales de conclure, pour le recrutement de leurs agents non titulaires, des contrats à durée indéterminée et de prévoir dans ces contrats des clauses de tacite reconduction. Sauf disposition législative spéciale contraire, seuls peuvent être conclus des contrats à durée déterminée et renouvelables par reconduction expresse.

À l'occasion d'un litige portant sur l'indemnité de licenciement d'un ancien agent contractuel d'une communauté urbaine, le Conseil d'État s'est prononcé sur l'applicabilité de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 aux contrats d'agents publics de collectivités territoriales signés avant l'entrée en vigueur de cette loi.

Le contrat en litige, conclu initialement pour une durée d'un an, comportait une clause de tacite reconduction par période de deux ans, sans terme certain. Or, selon la jurisprudence, un contrat d'engagement d'un agent public comportant une clause de tacite reconduction est regardé comme un contrat à durée indéterminée, dès lors que cette clause a joué une fois et que le contrat ne comporte pas de terme précis (Sec., 14 novembre 1980, *Mme Guilley*, n^o 12322). Se posait néanmoins la question des effets de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 sur cette clause de tacite reconduction, et par voie de conséquence, sur la requalification du contrat en contrat à durée déterminée.

Le Conseil d'État a fait application des principes relatifs à l'applicabilité d'une loi nouvelle aux contrats en cours (*Ass.*, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n^{os} 271737, 271782). Selon ces principes, une loi ne peut s'appliquer à des contrats en cours que dans deux cas : soit lorsque la loi l'a expressément prévu ; soit lorsque la loi peut être interprétée comme l'autorisant implicitement. Une telle interprétation est admise si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle. Pour les contrats administratifs, l'existence d'un motif d'intérêt général s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité.

Le Conseil d'État a constaté, d'une part, que la loi du 26 janvier 1984 ne comportait aucune disposition transitoire prévoyant expressément l'application des normes nouvelles édictées par son article 3 aux situations contractuelles en cours. Il a en outre estimé, d'autre part, qu'il n'existait aucun motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public justifiant qu'il soit porté atteinte à la liberté contractuelle.

En conséquence, le Conseil d'État a jugé que l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 1984 n'avait pas eu pour effet de la rendre applicable aux contrats de recrutement d'agents publics en cours d'exécution à la date de son entrée en vigueur (30 janvier 2012, *Cousin*, n^o 342355).



Codification à droit constant

Le Conseil d'État, à l'occasion d'une affaire *Société EDF* jugée le 21 mars 2012, a précisé les règles applicables à la codification à droit constant.

En vertu de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement peut être habilité par le législateur à adopter, par voie d'ordonnance, des codes rassemblant les dispositions législatives en vigueur. Le Conseil d'État a rappelé que lorsque le législateur prévoit que cette codification doit s'opérer à droit constant, le Gouvernement est strictement tenu par la portée de cette habilitation. Il peut, certes, procéder aux modifications nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes. Mais le Gouvernement ne dispose pas du pouvoir de remédier, pour le passé, à une éventuelle méconnaissance, par les dispositions codifiées, des règles et principes de valeur constitutionnelle ou des traités internationaux.

Compte tenu de ces principes, le Conseil d'État a annulé l'article 8 de l'ordonnance du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie. Cet article, qui portait sur les conditions d'application de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement aux contrats en cours à la date de son entrée en vigueur, entendait en effet remédier à une méconnaissance supposée de dispositions constitutionnelles pour une situation passée, ce qui dépasse le champ de la codification à droit constant (21 mars 2012, *Société EDF*, n° 349415).

Régime contentieux des circulaires

Depuis la décision *Duvignères* du 18 décembre 2002, la jurisprudence du Conseil d'État s'est régulièrement enrichie dans le domaine du contentieux des circulaires. Avec la décision *M. Afane-Jacquart* du 24 avril 2012, le contrôle de la légalité des circulaires a connu de nouveaux développements.

Le Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, avait rédigé une circulaire à la suite de trois arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation à propos de la compatibilité du régime de la garde à vue avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, indiquant les conséquences à tirer de ces décisions sur les procédures judiciaires en cours. Or postérieurement à l'introduction du recours, les arrêts que la circulaire avait pour objet d'explicitier ont été infirmés pour partie par quatre arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'annulation de cette circulaire, a apporté des précisions sur le régime contentieux des circulaires, en ce qui concerne tant l'objet du litige que l'étendue du contrôle exercé par le juge.

Une circulaire impérative se bornant à interpréter des dispositions réglementaires devient caduque dès l'instant où disparaît la norme qu'elle entendait réitérer. Saisi de la légalité d'une telle circulaire, le juge de l'excès de pouvoir est dès lors tenu de prononcer systématiquement un non-lieu lorsque la disparition du décret a lieu en cours d'instance, sans avoir à rechercher si l'acte devenu caduc avait auparavant reçu un commencement d'exécution (24 novembre 1989, *Ville de Montpellier et autres*, n°s 93162, 93241, 93254, 93284 ; 18 octobre 2006, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 281086). En effet, la circulaire purement interprétative, lorsqu'elle réitère correctement la norme qu'elle interprète, n'est jamais appliquée pour elle-même. Seule la norme de droit explicitée est exécutée à travers elle.



Le Conseil d'État a toutefois refusé d'étendre cette jurisprudence au cas d'une circulaire commentant des décisions de justice et prescrivant d'en tirer certaines conséquences, en dépit d'un revirement de jurisprudence intervenu postérieurement. Dès lors que la circulaire attaquée a reçu application, l'abandon en cours d'instance de la jurisprudence commentée par la circulaire n'a pas pour effet de priver d'objet le recours, qui ne se solde donc pas par un non-lieu.

Cette première étape franchie, il appartenait au Conseil d'État de définir l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur une circulaire se bornant à prescrire le respect d'une jurisprudence.

Le Conseil d'État a tout d'abord jugé qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier le bien-fondé de la décision de justice commentée. C'est là la traduction de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions de justice comme, en l'espèce, du respect de la dualité des ordres juridictionnels.

Il a en revanche estimé qu'il revient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier, dans l'exercice de son contrôle de légalité et dans la limites des moyens soulevés devant lui, si l'interprétation retenue par la circulaire ne méconnaît pas le sens et la portée de la décision juridictionnelle qu'elle a pour objet d'explicitier (24 avril 2012, *M. Afane-Jacquart*, n° 345301).

Vice de procédure

Le Conseil d'État, avec la décision *Société Chiesi* du 17 février 2012, a fait application des critères d'analyse du vice de procédure administrative issus de la jurisprudence *Danthony* (Ass., 23 décembre 2011, n°s 335033 et 335477) à propos d'une décision du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS). Selon ces critères, 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 ressort des pièces du dossier qu'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.

Était en cause, dans l'affaire *Société Chiesi*, la décision par laquelle le directeur général de l'AFSSAPS identifie une spécialité générique en vue de son inscription au répertoire des groupes génériques. Cette décision ne peut être prise qu'après avis de la commission d'autorisation de mise sur le marché. En l'espèce, la décision datait du 25 mars 2009 alors que cette commission ne s'était réunie et n'avait rendu son avis que le 26 mars 2009, soit le lendemain de la date de la décision qui devait être prise au vu de cet avis.

Le Conseil d'État a jugé que cette irrégularité de procédure n'était pas de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée. Il a d'abord constaté que les faits de l'espèce permettaient d'établir que, bien que le directeur ait pris sa décision sans avoir connaissance de l'avis définitivement rendu le 26 mars 2009, cette omission n'avait pas pu avoir d'influence sur sa décision. En effet, il s'agissait d'un avis favorable et rendu à l'unanimité. Ainsi, non seulement le sens de l'avis n'aurait pu globalement que conforter la décision du directeur, mais la position prise par chacun des membres de la commission n'aurait en outre pas pu l'influencer dans un sens contraire. En outre, le Conseil d'État a relevé que cet avis venait confirmer la proposition du groupe de travail de cette commission qui avait été rendue le 5 février 2009, soit antérieurement à la décision attaquée. Enfin, le Conseil d'État a estimé que ce vice n'avait pas privé les intéressés d'une garantie.



Le Conseil d'État a de plus jugé que lorsqu'il neutralise les effets d'une irrégularité de procédure par application des critères de la jurisprudence *Danthony*, le juge administratif ne fait que remplir son office et ne soulève lui-même aucun moyen. Il n'est donc pas tenu de communiquer préalablement aux parties un moyen d'ordre public (17 février 2012, *Société Chiesi SA*, n° 332509).

Commerce

Contentieux de l'équipement commercial

Dans le cadre du contentieux des décisions de la Commission nationale d'aménagement commercial, compétente pour autoriser ou refuser l'implantation ou l'agrandissement de surfaces commerciales de plus de 1000 m², le Conseil d'État s'est prononcé sur l'articulation de ces décisions avec le schéma directeur d'une aire métropolitaine par une décision *SA Davalex* rendue le 12 décembre 2012.

Le Conseil d'État était saisi d'une demande d'annulation de la décision autorisant l'implantation d'un supermarché d'une surface de 2000 m² dans la commune de Montussan, dans la Gironde. Un des moyens de la requête soulevait la méconnaissance de certaines dispositions du schéma directeur de l'aire métropolitaine bordelaise.

Le schéma directeur d'une aire métropolitaine a, en application de l'article L. 122-18 du code de l'urbanisme, valeur de schéma de cohérence territoriale. Or, l'autorisation attaquée devait, en application des dispositions de l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme (qui a depuis été abrogé par l'article 17 de la loi du 12 juillet 2010), être compatible avec les orientations du schéma de cohérence territoriale applicable. Toutefois, l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme prévoyait que, sauf exception limitativement prévue par la loi, les schémas de cohérence territoriale ne pouvaient contenir des normes prescriptives mais seulement un projet d'aménagement décrit par des orientations générales et des objectifs dans divers domaines. En particulier, s'agissant de l'équipement commercial, cet article disposait que les schémas définissaient « *les objectifs relatifs (...) à l'équipement commercial et artisanal, aux localisations préférentielles des commerces (...)* ».

Le Conseil d'État a jugé que, sous réserve de certaines dispositions relatives à la création de zones d'aménagement commercial qui n'étaient pas en cause dans cette affaire, ces schémas ne peuvent fixer de norme impérative en matière d'aménagement commercial mais seulement des objectifs. Il a précisé que si de tels objectifs peuvent être pour partie exprimés sous forme quantitative, il appartient aux commissions d'aménagement commercial non de vérifier la conformité des projets d'exploitation commerciale qui leur sont soumis aux énonciations des schémas de cohérence territoriale mais d'apprécier la compatibilité de ces projets avec les orientations générales et les objectifs qu'ils définissent.

En l'espèce, le schéma directeur de l'aire métropolitaine bordelaise contenait une disposition prévoyant « *l'arrêt de toute implantation nouvelle de supermarchés de plus de 1000 m² de surface alimentaire et galeries marchandes créés ex-nihilo* ». Le chiffre de 1000 m² ne devait donc pas être regardé comme un maximum indépassable mais comme un objectif, devant être interprété soupagement et à la lumière de toutes les orientations figurant dans le schéma.



Le Conseil d'État a ensuite relevé que le schéma, s'il fixait comme orientation de limiter les implantations de supermarchés de plus de 1000 m² prévoyait également « *le développement des commerces de proximité* » pour « *assurer un équilibre des services commerciaux par secteur* ». Or, il ressortait des pièces du dossier que le supermarché autorisé venait compenser un déficit de surface commerciale dans une zone où les consommateurs se reportaient vers des grandes surfaces commerciales plus éloignées. L'autorisation accordée apparaissait donc compatible avec l'objectif de développement des commerces de proximité et de rééquilibrage des services commerciaux (12 décembre 2012, *SA Davalex*, n° 353496).

Compétence juridictionnelle

La dualité des ordres de juridiction, la répartition des compétences qu'elle implique et les difficultés auxquelles cette dernière peut donner lieu conduisent parfois, mais très rarement, à quelques questions de frontière entre le juge administratif et le juge judiciaire. Le Tribunal des conflits, dont c'est la fonction principale, a vocation à les régler, en même temps que les juridictions des deux ordres procèdent à des ajustements de jurisprudence, voire parviennent à une harmonie jurisprudentielle.

Il en est ainsi en matière de questions préjudicielles en appréciation de la légalité d'un acte, pour lesquelles le Tribunal des conflits venait, au cours de l'année 2011, de tracer une nouvelle frontière dans la répartition des rôles respectifs du juge administratif et du juge judiciaire.

La section du contentieux, en jugeant l'affaire *Fédération Sud Santé Sociaux* le 23 mars 2012 (n° 331805), s'est fait l'écho immédiat de la décision du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau* (n° 3828), qui n'était elle-même qu'un lointain écho à la célèbre décision *Septfonds* du 16 juin 1923 (n° 0732).

La jurisprudence de 1923 imposait au juge judiciaire statuant en matière civile de surseoir à statuer lorsqu'il était confronté à une question d'appréciation de la légalité d'un acte administratif réglementaire et de renvoyer les parties devant la juridiction administrative. La solution de 2011, rappelant ce principe, y a ajouté deux exceptions : lorsqu'il apparaît manifeste que la contestation peut être, au vu d'une jurisprudence établie, accueillie par le juge saisi au principal ; ou lorsque le juge saisi au principal est conduit à faire application du droit de l'Union européenne en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ou en saisissant directement la Cour de justice de l'Union européenne en cas de difficulté d'interprétation de ce droit.

Par la décision commentée, le Conseil d'État a transposé la solution dégagée par le Tribunal des conflits, pour les renvois préjudiciels du juge judiciaire au juge administratif, aux renvois émanant en sens inverse du juge administratif.

Le Conseil d'État, statuant sur la légalité d'un arrêté ministériel d'agrément d'un accord de branche, s'est trouvé confronté à une question de légalité de l'accord collectif, question dont il juge de longue date (depuis la décision de section du 4 mars 1960, *Société anonyme « Le peignage de Reims »*, Rec. p. 168), qu'elle doit donner lieu à un renvoi devant le juge judiciaire en cas de difficulté sérieuse. Pour apprécier en l'espèce s'il y avait lieu à un tel renvoi, le Conseil d'État a, dans un considérant de principe repris à son compte la nouvelle solution dégagée par le Tribunal des conflits, s'agissant en particulier des deux exceptions à la règle du renvoi préjudiciel.



La première exception, tirée de la jurisprudence établie qui permet au juge saisi d'accueillir la contestation, est fondée sur la notion de bonne administration de la justice, et notamment le principe selon lequel tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable. La section du contentieux a ainsi admis que l'intérêt du justiciable soit pris en compte pour interpréter les règles de répartition des compétences.

La deuxième exception, qui concerne l'application du droit de l'Union européenne, a été limitée à ce seul droit particulier. La solution est fondée sur l'article 88-1 de la Constitution, qui constitue le fondement constitutionnel de l'obligation de respecter le droit de l'Union, à l'exclusion de l'article 55 de la Constitution, c'est-à-dire de l'ensemble des traités internationaux, dont la valeur supérieure à la loi, dans les conditions définies par l'article 55, est sans effet sur la répartition des compétences pour l'appréciation d'un acte réglementaire.

Enfin, à ces deux exceptions d'ordre général, la section du contentieux a ajouté une exception plus spécifique au cas des conventions collectives, répondant aux hypothèses dans lesquelles les partenaires sociaux ont été chargés par la loi de prendre des mesures d'application.

Comptabilité

La séparation du comptable et de l'ordonnateur est l'un des principes cardinaux du droit comptable français. L'ordonnateur demande l'exécution des recettes et des dépenses. Le comptable public, seul chargé du maniement des fonds publics, en assure le recouvrement ou le paiement, après avoir exercé, sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, les contrôles visant à constater la régularité de ces recettes ou de ces dépenses, sans examiner leur opportunité.

Ainsi, si le comptable est tenu contrôler la validité d'une créance à partir des pièces justificatives qui lui sont fournies, il ne lui appartient pas de se faire juge de la légalité des décisions prises par l'ordonnateur. Pour apprécier la validité des créances, les comptables publics doivent exercer leur contrôle sur la production des justifications, mais n'ont pas le pouvoir de se faire juges de la légalité des décisions administratives (Sec., 5 février 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ Sieur Balme*, n° 71173).

Pour autant, ce partage de compétence, jamais démenti, ne conduit pas le comptable public à procéder mécaniquement, dans toutes les circonstances, au paiement de la dépense dès lors que les justificatifs requis par la réglementation lui sont produits. Le comptable public dispose en effet d'un pouvoir d'interprétation des pièces justificatives : lorsque les silences ou les ambiguïtés d'un texte conduisent à plusieurs lectures possibles, il doit interpréter ces pièces dans un sens conforme à la hiérarchie des normes. Il porte, ce faisant, une appréciation juridique sur les actes administratifs à l'origine de la créance (8 décembre 2000, *Ministre de l'économie et des finances c/ Mme Kammerer*, n° 212718). En outre, en cas de pièces justificatives contradictoires et afin d'être en mesure d'identifier la nature de la dépense, le comptable doit suspendre le paiement jusqu'à ce que l'ordonnateur lui ait produit, à cet effet, les justifications nécessaires (21 mars 2001, *Morel*, n° 195508). La cohérence et le caractère suffisant des pièces entrent ainsi également dans le champ du contrôle du comptable.



La section du contentieux, statuant sur deux pourvois dont l'avait saisi le ministre chargé du budget et qui posaient des questions similaires, a eu l'occasion d'affiner encore le tracé de la frontière entre appréciation des justificatifs de la créance et contrôle de la légalité des décisions de l'ordonnateur, dans le champ particulièrement sensible des marchés publics.

Le Conseil d'État a synthétisé et clarifié l'état de sa jurisprudence, par un considérant de principe : pour établir si les pièces justificatives produites présentent un caractère suffisant, le comptable public vérifie, en premier lieu, si l'ensemble des pièces requises au titre de la nomenclature applicable lui a été fourni et, en deuxième lieu, si ces pièces sont, d'une part, complètes et précises, d'autre part, cohérentes au regard de la catégorie de dépenses définie dans la nomenclature applicable et de la nature et de l'objet de la dépense telle qu'elle a été ordonnancée.

Dans la première affaire, le comptable d'un centre communal d'action sociale avait été constitué débiteur des deniers de cet établissement public à raison du paiement d'une facture pour un marché oral, alors que son montant dépassait le montant maximum autorisé pour ce type de marché. Le Conseil d'État a jugé qu'en pareille circonstance, lorsque la dépense est présentée par l'ordonnateur, sous sa seule responsabilité, sous la forme d'un marché public sans formalité préalable et que la facture produite fait état d'un montant supérieur au montant maximum autorisé pour ce type de marché, sans qu'un contrat ne soit produit pour justifier la dépense engagée, il appartient au comptable, devant cette insuffisance apparente des pièces, de suspendre le paiement et de demander à l'ordonnateur la production des justifications nécessaires. En revanche, dès lors que l'ordonnateur a produit, en réponse à cette demande, un certificat administratif par lequel il déclare avoir passé un contrat oral et prend la responsabilité de l'absence de contrat écrit, le comptable, qui n'a pas à se faire juge de la légalité de la passation du marché en cause, est tenu de payer la dépense (Sec., 8 février 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État*, n° 340698).

Dans la seconde affaire, le comptable d'un port autonome avait été constitué débiteur pour des sommes correspondant au paiement de douze factures au motif que celles-ci étaient toutes d'une date antérieure à celle des bons de commande leur correspondant. Le Conseil d'État a cependant rappelé que le comptable public ne peut exercer un contrôle de légalité des bons de commandes. Il devait au contraire admettre les pièces justificatives produites par l'ordonnateur, dès lors que celles-ci ne présentaient d'incohérence ni au regard de la catégorie de la dépense définie dans la nomenclature applicable, ni au regard de la nature et de l'objet de la dépense (Sec., 8 février 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État*, n° 342825).

Ces deux décisions montrent à quel point le partage entre contrôle de validité d'une créance et contrôle de sa légalité est parfois délicat à déterminer. Dans le cas du contrat, oral ou écrit, la catégorie de dépense en cause change la nature des pièces exigibles : c'est la raison pour laquelle le comptable est tenu de suspendre le paiement dans l'attente de la production des justifications nécessaires. À l'inverse, dans le cas des bons de commande postérieurs, les seules pièces justificatives à fournir sont les bons de commande ; peu importe, du point de vue du comptable, qu'ils permettent de fonder légalement la dépense ou non.



Concurrence

Contentieux des concentrations

En 2006, la société Groupe Canal Plus avait été autorisée par le ministre chargé de l'économie à prendre le contrôle exclusif de TPS et CanalSat, sous réserve du respect effectif de 59 engagements destinés à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération. Par une décision du 20 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence a constaté le non respect de certains de ces engagements, a retiré l'autorisation donnée et a infligé une amende de 30 millions d'euros à la société Groupe Canal Plus. En exécution de cette décision, la société Groupe Canal Plus a à nouveau notifié l'opération, qui a été autorisée par une décision du 23 juillet 2012, sous réserve du respect de 23 injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence. Puis, par une décision du 28 août 2012, le ministre de l'économie et des finances a refusé de se saisir de l'affaire pour substituer sa décision à celle de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État a été saisi des deux décisions de l'Autorité de la concurrence et de la décision du ministre. L'assemblée du contentieux a rendu ses décisions le 28 décembre 2012.

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a tout d'abord relevé que la décision de retrait de l'autorisation de réaliser la concentration avait le caractère d'une sanction. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans cette affaire, avait retenu une telle qualification (décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

Elle a jugé que le pouvoir de l'Autorité de la concurrence de se saisir elle-même d'éventuels manquements aux mesures correctives incorporées dans une autorisation de concentration était suffisamment encadré et ne portait pas atteinte au principe d'impartialité rappelé par les stipulations de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'il a estimé applicable à l'Autorité lorsqu'elle prononce des sanctions. De même, elle a jugé que le fait que certains membres de l'Autorité ayant pris part à la sanction avaient délibéré sur l'avis donné en 2006 par le Conseil de la concurrence sur l'opération ne méconnaissait pas ce principe, l'avis ne pouvant être regardé comme un pré-jugement de la décision de sanction.

Le Conseil d'État s'est ensuite prononcé sur l'ensemble des manquements aux engagements retenus par l'Autorité de la concurrence contre la société Groupe Canal Plus. Dans ce cadre, il a jugé que lorsqu'un engagement a été respecté formellement mais que les sociétés qui l'avaient pris ont adopté des mesures ou un comportement qui a eu pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir, ces sociétés doivent être regardées comme ayant méconnu l'engagement. En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que la société Groupe Canal Plus avait adopté des mesures ayant eu pour conséquence de priver plusieurs engagements de leur portée et de produire des effets anticoncurrentiels. En revanche, il a estimé que deux manquements avaient été retenus à tort par l'Autorité de la concurrence.

L'assemblée du contentieux a alors réexaminé les sanctions prononcées à l'encontre de la société Groupe Canal Plus. Il a jugé que la mesure de retrait de l'autorisation avait un objet punitif mais visait aussi à préserver l'ordre public économique, si bien



qu'elle doit être proportionnée à la fois à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement de la concurrence. En l'espèce, après avoir estimé que les manquements de la société Groupe Canal Plus revêtaient une particulière gravité, le Conseil d'État, eu égard à cette gravité et à la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante, a confirmé le retrait de l'autorisation. Eu égard à l'infirmité partielle de l'analyse de l'Autorité de la concurrence sur deux des manquements, il a néanmoins ramené la sanction pécuniaire de 30 à 27 millions d'euros (Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et société Vivendi Universal*, n° 353856).

S'agissant de la décision d'autorisation, le Conseil d'État a jugé que la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence avait été régulière. À ce titre, il a notamment jugé, en tenant compte de l'impératif de célérité qui caractérise la procédure d'examen des projets de concentration, que l'Autorité de la concurrence avait opéré une juste conciliation entre le respect du principe du contradictoire et la protection du secret des affaires de personnes tierces. Il a également jugé que lorsque l'Autorité de la concurrence statue sur une demande d'autorisation, elle n'entre pas dans le champ de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Exerçant un entier contrôle de la décision attaquée, le Conseil d'État a jugé que l'Autorité de la concurrence n'avait pas commis d'erreur d'appréciation dans l'analyse des effets anticoncurrentiels nombreux de l'opération de concentration qui lui avait été à nouveau notifiée. À cette occasion, il a précisé, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que l'Autorité de la concurrence devait caractériser les risques concurrentiels de l'opération à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible.

Il a ensuite écarté l'ensemble des critiques portant sur la proportionnalité des injonctions prononcées par la décision. D'une part, en réponse aux sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi, il a jugé que toutes les injonctions critiquées étaient adaptées, nécessaires et proportionnées aux exigences du maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération et que l'imposition d'une clause de rendez-vous à l'issue de la période de cinq ans pour laquelle les injonctions sont imposées n'était pas disproportionnée. D'autre part, en réponse aux concurrents de la société Groupe Canal Plus, le Conseil d'État a estimé que, prises ensemble, ces injonctions étaient de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration.

Enfin, eu égard à la marge d'appréciation dont dispose le ministre chargé de l'économie pour se saisir d'une affaire postérieurement à la décision de l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'État, après avoir rappelé que le ministre ne pouvait, en vertu de la loi, se fonder sur des motifs relatifs à la concurrence, s'est limité à contrôler que le ministre n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant de se saisir de l'affaire. En l'espèce, il a estimé que le ministre n'avait pas commis une telle erreur (Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n°s 362347, 363542, 363703).



Contrats

À l'occasion d'un litige portant sur l'interprétation des stipulations d'un contrat de concession de service public conclu par la commune de Douai, l'assemblée du contentieux a été amenée à revisiter la notion de « biens de retour », en précisant son périmètre et son régime. La décision était très attendue par les entreprises de certains secteurs fortement structurés autour des délégations de services publics, en raison de l'influence du régime de propriété et d'indemnisation des biens de retour sur les conditions de financement bancaire de ces entreprises pour la réalisation de leurs investissements.

Depuis la fin du 19^e siècle, le Conseil d'État définissait comme « biens de retour » les biens de la concession qui, sous réserve d'une éventuelle indemnisation des biens non amortis, devaient revenir gratuitement à la collectivité publique délégante en fin de concession et étaient, à ce titre, regardés comme sa propriété dès le commencement du contrat (28 juin 1889, Chemins de fer de l'Est). La raison de cet inéluctable « retour » à l'administration tenait à l'importance de ces biens dans l'exécution du service public et donc à la nécessité, pour la personne publique, de les récupérer en vue de garantir la continuité de ce service après le départ du délégataire.

L'assemblée du contentieux a confirmé qu'il convient de réserver un traitement particulier aux biens « indispensables » au service public.

L'assemblée du contentieux a également maintenu l'idée que la collectivité est réputée, dans le silence du contrat, être propriétaire *ab initio* des biens de retour. Mais elle a introduit la possibilité de consentir, par des stipulations contractuelles, certains droits de propriété au concessionnaire sur les biens de retour pendant la durée de la concession. Aucun principe constitutionnel ne s'y oppose : le Conseil constitutionnel admet la constitution, sous garanties, de droits réels sur le domaine public (CC, 21 juillet 1994, n° 94-346 DC) ainsi que son transfert de propriété, après déclassement, à une personne privée investie de missions de service public (DC, 23 juillet 1996, n° 96-380 DC), sans que les exigences de la continuité du service public n'y fassent obstacles

La décision Commune de Douai distingue plusieurs configurations. S'agissant des biens de retour immeubles établis sur la propriété de personnes publiques, l'Assemblée relève qu'ils constituent par définition des aménagements indispensables au service public et sont, de ce fait, nécessairement établis sur le domaine public. Elle admet donc que la convention attribue au délégataire des droits réels sur ces biens, mais dans les limites de ce qu'autorise le législateur sur le domaine public - articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales et articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques - et à condition que ces droits ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public.

S'agissant en revanche des biens de retours établis sur la propriété d'une personne privée, l'Assemblée juge que le contrat peut en attribuer la propriété au délégataire pour la durée de la convention, sous la seule réserve de garantir la continuité du service. La personne publique peut notamment s'opposer à la cession de ces ouvrages.

Restait au Conseil d'État la tâche de définir, dans ce nouveau cadre, le régime d'indemnisation des biens de retour dans le cas où la personne publique résilierait la délégation avant son terme normal. L'assemblée du contentieux a distingué là



encore deux cas, en fonction de la durée d'amortissement prévue pour ces biens. Si leur durée d'amortissement économique devait être plus courte que la durée du contrat, le délégataire a droit à être indemnisé de leur valeur nette comptable à la date de la résiliation. Si au contraire la durée d'amortissement prévue devait être plus longue que la durée du contrat, le délégataire a droit à une indemnité correspondant à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement des biens de retour sur la durée du contrat. Il s'agit autrement dit de recalculer la valeur non amortie des biens concernés sur la durée contractuelle (Ass., 7 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788).

Contributions et taxes

Procédure

Par une décision rendue le 16 avril 2012, la section du contentieux a précisé les conséquences d'une irrégularité de procédure sur la décision d'imposition d'un contribuable et a, ce faisant, adapté aux particularités du contentieux fiscal les principes posés d'une façon générale s'agissant des vices de procédure administrative par l'assemblée du contentieux dans sa décision du 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033.

Pour déterminer les effets d'une irrégularité de procédure sur la légalité de la décision d'imposer un contribuable, la jurisprudence raisonnait en contentieux fiscal selon la distinction suivante : si cette irrégularité était substantielle, c'est-à-dire si elle portait sur une formalité substantielle constituant une garantie de procédure pour les intéressés, elle devait entraîner la décharge de l'imposition ; si elle n'était que vénielle, elle n'emportait pas de conséquence.

La question posée à la section du contentieux était celle de savoir si ce cadre traditionnel devait être modifié au regard du principe, affirmé par la jurisprudence dite *Danthony*, selon lequel un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable est de nature à entacher d'illégalité la décision prise s'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou s'il a privé les intéressés d'une garantie.

La transposition de cette jurisprudence au contentieux fiscal par la section du contentieux n'a pas modifié en profondeur le cadre habituel du raisonnement du juge fiscal. En effet, alors qu'en contentieux général les deux critères posés par la jurisprudence – influence sur le sens de la décision et privation d'une garantie – sont alternatifs, la décision du 16 avril 2012 a jugé qu'une irrégularité de procédure demeure sans conséquence sur le bien-fondé de l'imposition s'il est établi que, n'ayant privé le contribuable d'aucune garantie, elle n'a pas pu avoir d'influence sur la décision de redressement. Ainsi, en contentieux fiscal, les deux critères dégagés par la jurisprudence dite *Danthony* apparaissent imbriqués et le raisonnement suivi par le juge, très semblable à celui retenu antérieurement, repose sur la notion d'irrégularité substantielle.

Par cette décision, la section du contentieux a également précisé le champ d'application de l'article L. 16 du livre des procédures fiscales (LPF), qui permet à l'administration d'adresser à un contribuable une demande « d'éclaircissements ou de



justifications » et expose le contribuable, s'il ne répond pas, à la taxation d'office en application de l'article L. 69 du LPF ou à l'évaluation d'office de certains de ses revenus en vertu de l'article L. 73 du LPF. Elle a ainsi jugé que les « éclaircissements » que l'administration peut demander au contribuable sur le fondement de l'article L. 16 doivent être des commentaires ou des informations qui ne peuvent légalement qu'être relatifs à des mentions portées dans les déclarations de revenus souscrites par le contribuable, tandis que les « justifications » se définissent comme la production de documents qui ne peuvent légalement concerner que les points limitativement énumérés aux deux premiers alinéas de cet article et ne sauraient être exigés sur d'autres points que dans le cas où l'administration a réuni des éléments permettant d'établir que le contribuable peut avoir des revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés.

Enfin, réaffirmant le principe selon lequel l'administration fiscale est tenue à un devoir de loyauté (26 mai 2010, *Beckman*, n° 296808), la section du contentieux a jugé que le fait de menacer un contribuable d'une taxation d'office alors que ce risque n'est pas encouru entache d'irrégularité la procédure d'imposition. Toutefois, dès lors qu'en l'espèce, l'irrégularité de la procédure, qui n'a privé le contribuable d'aucune garantie, n'a pu avoir d'influence sur la décision de redressement, elle n'a pas conduit pas à la décharge de l'imposition en litige (Sec., 16 avril 2012, *M. et Mme Meyer*, n° 320912).

Retenue à la source et droit de l'Union européenne

Réuni en formation de plénière fiscale, le Conseil d'État a, en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, apporté une nouvelle pierre à la clarification de la compatibilité d'un mécanisme de retenue à la source avec les grandes libertés garanties par ce droit.

Le Conseil d'État était saisi de deux recours pour excès de pouvoir formés par une société holding établie au Luxembourg détenant dans une société établie en France une participation inférieure à 5 %, c'est-à-dire au seuil d'application du régime des sociétés mères. Les dividendes qu'avait reçus la société requérante avaient fait l'objet d'une retenue à la source au taux de 15 %, en raison de l'application combinée, d'une part, des dispositions du 2 de l'article 119 bis et du 1 de l'article 187 du code général des impôts (CGI) et, d'autre part, des stipulations de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1er avril 1958. La société demandait l'annulation partielle de deux instructions et soulevait, par la voie de l'exception, l'incompatibilité des dispositions législatives que l'une de ces instructions réitérait avec la liberté de circulation des capitaux.

Cette affaire a fourni au Conseil d'État l'occasion de trancher la question, inédite dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), de la conformité au principe de libre circulation des capitaux du mécanisme de retenue à la source lorsqu'il est appliqué aux dividendes distribués par une société établie en France à une société établie dans un autre État membre de l'Union européenne et détenant moins de 5 % du capital de la société distributrice.

Pour juger que les dispositions législatives en cause ne méconnaissaient pas la liberté de circulation des capitaux, le Conseil d'État a procédé à un raisonnement en deux temps.



Il a, en premier lieu, analysé la portée de la liberté de circulation des capitaux au regard de la jurisprudence de la CJUE. Après avoir rappelé que les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas discriminatoire, ne constituent pas des restrictions à la libre circulation des capitaux interdites par le droit de l'Union européenne, il a souligné que, si un État décide d'exercer sa compétence fiscale à l'égard des résidents et des non résidents, il ne peut traiter différemment les contribuables selon leur État de résidence que si cette différence concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Il a ensuite relevé que, si les actionnaires résidents et non résidents ne se trouvent pas nécessairement dans une situation comparable au regard des mesures visant à prévenir ou atténuer l'imposition en chaîne ou la double imposition économique de bénéfices distribués par une société résidente, leur situation se rapproche lorsqu'un État membre décide d'imposer à la fois les sociétés résidentes et les sociétés non résidentes pour les dividendes qu'elles perçoivent d'une société résidente.

Le Conseil d'État a, en second lieu, fait application de ces principes directeurs pour apprécier la compatibilité du mécanisme de retenue à la source en cause avec la libre circulation des capitaux.

Il a d'abord relevé qu'une société établie en France, qui reçoit des dividendes versés par une société résidente et ne relève pas du régime fiscal des sociétés mères, n'est pas exonérée d'impôt en France à raison de ces dividendes. Examinant ensuite le cas particulier des sociétés en situation déficitaire, le Conseil d'État a estimé qu'une société résidente et une société non résidente en situation déficitaire ne peuvent être regardées comme étant dans une situation objectivement comparable et a jugé qu'en toute hypothèse, l'application de la législation nationale ne fait, en cas de déficit, que retarder le moment de l'imposition effective, entre les mains de la société résidente, des dividendes et que s'il en résulte un décalage dans le temps entre la perception de la retenue à la source afférente aux dividendes payés à la société non résidente et l'impôt établi dans le chef de la société établie en France, le désavantage de trésorerie qui en résulte procède seulement d'une technique d'imposition des dividendes perçus par la société selon qu'elle est non résidente ou résidente et ne constitue pas une restriction à la liberté de circulation des capitaux. Juger le contraire aurait abouti à proscrire le mécanisme de retenue à la source et surtout à placer les sociétés non résidentes dans une situation plus favorable que les sociétés résidentes (Plénière fiscale, 9 mai 2012, *Société GBL Energy*, n^{os} 342221, 342222).

Précompte et droit à restitution

Par deux décisions du 12 décembre 2012, le Conseil d'État a précisé le mode d'emploi du droit à restitution dont les sociétés mères françaises, qui ont acquitté un précompte mobilier à raison des dividendes versés par leurs filiales établies dans un État de l'Union européenne autre que la France, peuvent se prévaloir. La grille d'analyse ainsi donnée doit permettre aux juges du fond de régler les litiges relatifs aux réclamations présentées devant eux par une cinquantaine de sociétés et tendant au remboursement d'une somme globale s'élevant à plus de trois milliards d'euros.

Afin de limiter les effets d'une double imposition économique des bénéfices des sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés, lorsque ceux-ci étaient distribués sous forme de dividendes, le législateur avait mis en place un système d'octroi,



aux associés domiciliés ou établis en France, d'un « avoir fiscal » représenté par un crédit ouvert sur le Trésor et qui, à concurrence de son montant, était reçu en paiement de l'impôt sur les sociétés (si le bénéficiaire était une société soumise à l'IS) dû par les intéressés. L'avoir fiscal correspondait donc à un système de crédit d'impôt. À ce mécanisme était lié celui du « précompte mobilier », dont l'objet était, par un prélèvement sur la société ayant distribué les dividendes, d'assurer une contrepartie budgétaire pour l'État lorsque l'avoir fiscal était attaché à des distributions prélevées sur des bénéfices n'ayant pas supporté l'impôt sur les sociétés au taux normal.

Dans les deux affaires du 12 décembre 2012, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur la situation particulière des sociétés mères au regard de ce mécanisme.

Les sociétés requérantes soutenaient qu'était incompatible avec le droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, avec les libertés d'établissement et de circulation des capitaux, la différence de traitement qu'instaurait le système de l'avoir fiscal et du précompte entre, d'une part, les sociétés mères françaises recevant des dividendes de filiales établies dans d'autres États membres, qui doivent acquitter effectivement le précompte lorsqu'elles redistribuent ces dividendes à leurs actionnaires, sans pouvoir payer celui-ci par imputation d'aucun avoir fiscal, et d'autre part, les sociétés mères françaises redistribuant des dividendes reçus de filiales établies en France, qui sont en mesure de se libérer du précompte par imputation des avoirs fiscaux attachés à ces dividendes.

La réponse à ce moyen soulevait des questions posant des difficultés sérieuses au regard du droit de l'Union et les affaires avaient donc donné lieu au renvoi à la CJUE de plusieurs questions préjudicielles. La Cour ayant répondu à ces questions par un arrêt du 15 septembre 2011 (C-310/09), qui a retenu l'existence d'une incompatibilité au regard de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux, le Conseil d'État en a tiré les conséquences dans ses décisions du 12 décembre 2012.

Avant de se prononcer dans le détail sur le mode d'emploi du droit à restitution résultant de cette incompatibilité, le Conseil d'État a eu à se prononcer, dans l'affaire *Société Rhodia*, sur une question de recevabilité intéressant la matière fiscale, en déterminant les conséquences de la cession à une tierce société par la société Rhodia de sa créance tenant à son droit à restitution du précompte. Il a jugé que cette cession n'avait pas privé la société Rhodia de sa qualité et de son intérêt pour agir, les articles L. 190 et R. 190-1 du livre des procédures fiscales réservant au contribuable la qualité pour former une réclamation contre une imposition.

Au fond, le Conseil d'État s'est prononcé sur la compatibilité du dispositif de l'avoir fiscal et du précompte avec le droit communautaire. Il a jugé, à la suite de l'arrêt rendu par la CJUE, que les dispositions qui régissaient l'avoir fiscal et le précompte méconnaissaient la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux, en tant qu'elles n'autorisent pas une société mère française à imputer, sur le précompte dont elle est redevable lors de la redistribution à ses actionnaires des dividendes versés par ses filiales établies dans un autre État membre, un crédit d'impôt ouvert sur le Trésor public français à raison de l'impôt effectivement acquitté par les filiales au titre des bénéfices réalisés et qu'elles ont distribués. Il en a déduit qu'une société mère française, qui a été privée de la possibilité d'imputer l'avoir fiscal sur le paiement du précompte lors de la redistribution de dividendes perçus de filiales établies dans d'autres États membres, est fondée à se prévaloir d'un droit à la restitution du précompte pour un montant de nature à garantir l'application d'un même régime fiscal aux dividendes distribués par ses filiales établies en France et à ceux distribués par ses filiales établies dans d'autres États membres.



Le Conseil d'État a ensuite précisé que, pour déterminer les distributions à raison desquelles une société mère pouvait demander le bénéfice d'un crédit d'impôt à imputer sur le précompte, il y a lieu de se fonder sur la déclaration spéciale de précompte souscrite par la société elle-même et sur le « fléchage » de ses redistributions sur les distributions reçues des filiales établies hors de France qui en résulte.

Le Conseil d'État s'est ensuite prononcé sur la question de la prise en compte de l'impôt acquitté par les sous-filiales, lorsque le dividende redistribué à la société mère par la filiale établie dans un autre État membre et correspondant aux dividendes que ses propres filiales lui ont versés n'a pas été imposé au niveau de cette filiale en application du régime des sociétés mères. Il a jugé que, lorsque cette filiale a bénéficié d'un crédit d'impôt équivalent à l'avoir fiscal au titre du dividende reçu de sa propre filiale et que ce crédit d'impôt est récupéré en application de conventions bilatérales par la société mère française, celle-ci reçoit un montant équivalent à celui du dividende versé par la sous-filiale et à ce crédit d'impôt et est placée au regard de la double imposition économique des dividendes dans une situation équivalente à celle d'une société mère percevant des dividendes de source française. En revanche, lorsqu'un tel crédit d'impôt dans l'autre État membre n'existe pas ou n'est pas récupérable et que la société mère française ne reçoit que le montant du dividende versé par la sous-filiale, la société n'est pas fondée à demander le bénéfice d'un crédit d'impôt venant s'imputer sur le précompte qu'elle a dû acquitter, puisque la méconnaissance alléguée de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation de capitaux ne provient pas, dans ce cas, de la législation française mais du fait que la législation de l'État membre de résidence de la filiale distributrice ne comporte pas de dispositif permettant d'éliminer cette double imposition économique.

Enfin, concernant l'imputation sur le montant du crédit d'impôt à accorder aux sociétés des remboursements effectués en faveur des actionnaires non résidents, le Conseil d'État a jugé qu'ils sont sans incidence sur le droit à réparation de la société mère (12 décembre 2012, *Ministre c/société Rodhia*, n° 317074 et *Ministre c/société Accor*, n° 317075).

Communication de documents

Selon une jurisprudence bien établie et en partie reprise par le législateur, lorsque l'administration fiscale utilise des renseignements obtenus auprès de tiers pour rehausser ou arrêter d'office les bases d'imposition d'un contribuable, elle doit informer ce dernier de l'origine et la teneur de ces renseignements avec une précision suffisante pour qu'il puisse notamment en discuter la provenance ou demander que les documents soient mis à sa disposition (29 décembre 2000, *M. Rouch*, n° 209523).

Cette obligation d'information, qui s'inspire du principe général des droits de la défense, n'est cependant pas illimitée. Elle ne s'étend pas, notamment, aux informations fournies annuellement par des tiers à l'administration et au contribuable conformément aux dispositions du code général des impôts (21 décembre 2006, *Mme Duguay*, n° 293749) Elle ne s'étend pas davantage aux données utilisées par l'administration lorsqu'elle assoit des redressements sur une comparaison entre la situation du contribuable et celle d'autres personnes ou celle d'un secteur d'activité (20 juillet 2007, *M. Desille*, n° 288145). Le Conseil d'État a également jugé que l'obligation d'information pesant sur l'administration fiscale ne s'étendait pas aux documents déposés au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance en vertu d'une obligation légale ayant pour objet de les rendre accessibles



au public. Dans cette hypothèse, en effet, les informations sont effectivement accessibles au contribuable, via une source officielle et donc fiable (3 mai 2011, *Ministre c. M. Arbogast*, n° 318676).

Le Conseil d'État a adopté une solution similaire s'agissant de l'obligation de communication des documents à la demande du contribuable. En principe, lorsque l'administration l'informe de la teneur des renseignements qu'elle a obtenus, le contribuable est en droit de demander la communication des documents contenant ces informations. Cette communication constitue, pour le Conseil d'État, une garantie qui permet au contribuable de vérifier l'authenticité des documents et d'en discuter la teneur et la portée (13 octobre 1999, *Ministre c. Epoux Blanc*, n° 181010-181209).

Toutefois, par sa décision *Ministre c. SAS Aficom* du 30 mai 2012, le Conseil d'État a jugé que, par exception, cette obligation ne s'étendait pas aux documents contenant des informations librement accessibles au public. Dès lors que le contribuable peut, de lui-même, accéder aux informations sur lesquels s'est fondée l'administration, celle-ci peut refuser de procéder à la communication des documents qui contiennent ces informations au contribuable. Le Conseil d'État a néanmoins réservé le cas particulier des informations recueillies sur Internet ou sur des serveurs de données, pour tenir compte de leur évolution rapide. Il a jugé que, lorsque l'administration a refusé de communiquer des documents contenant de telles informations au motif qu'elles étaient publiques, le contribuable peut, en réponse, indiquer qu'il n'a pas pu, pour sa part, accéder à ces informations. L'administration doit alors procéder à la communication des documents (30 mai 2012, *Ministre c. SAS Aficom*, n° 345418).

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

La section du contentieux du Conseil d'État s'est prononcée, par une décision *Baumet* du 4 octobre 2012, sur la portée des arrêts de condamnation rendus par la Cour européenne des droits de l'homme.

Un ancien président de conseil général a été déclaré comptable de fait et a été condamné au remboursement du débet mis à sa charge ainsi qu'à des amendes, par des jugements des juridictions des comptes passés en force de chose jugée. Cette condamnation est devenue définitive. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie après épuisement des voies de recours interne, a estimé que la procédure suivie devant la Cour des comptes avait méconnu les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et était par suite irrégulière. Entre-temps, l'administration avait poursuivi l'exécution des jugements condamnant au remboursement du débet et au paiement des amendes : le trésorier-payeur général du département concerné avait ainsi émis un commandement de payer. Le requérant s'est prévalu de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pour obtenir l'annulation de ce commandement de payer. Il soutenait que cet arrêt privait de base légale le commandement de payer puisqu'il invalidait la procédure suivie pour le condamner.

La section du contentieux, reprenant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (par ex. CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74 ; 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, n° 14556/89) a, tout d'abord, rappelé la portée juridique des arrêts rendus par la Cour européenne des droits



de l'homme en vertu des stipulations de l'article 46 de la convention : la complète exécution d'un arrêt condamnant un État partie à la convention implique que cet État répare les conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et fasse disparaître la source de cette violation. En raison à la fois de l'autorité qui s'attache à cet arrêt et de sa nature essentiellement déclaratoire, il incombe ainsi à cet État, d'une part, de verser à l'intéressé les sommes que la Cour lui a allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41 de la convention et d'adopter, d'autre part, les mesures individuelles et, le cas échéant, générales nécessaires pour mettre un terme à la violation constatée. L'État conserve toutefois des marges de manœuvre dans la détermination des mesures nécessaires pour se conformer à ses obligations.

La section du contentieux a, ensuite, constaté l'absence de procédure organisée pour prévoir le réexamen d'une affaire définitivement jugée. Cette dernière, ainsi qu'il avait été jugé par une décision *Chevrol* du 11 février 2004 (n° 257682) ne peut donc être rouverte devant la juridiction interne. La section du contentieux en a conclu que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ne remettaient pas en cause l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions internes devenues « irrévocables » et ne les privaient donc pas de leur caractère exécutoire. Elle en a déduit que le commandement de payer émis par le trésorier-payeur général, en application de ces décisions, restait donc fondé (Sec., 4 octobre 2012, *M. Baumet*, n° 32850).

Domaine

Distribution des journaux

En l'espace d'une dizaine d'années, les journaux dits « gratuits » sont devenus les premiers quotidiens d'information générale de France. Pour ces organes de presse, les autorisations d'occuper le domaine public, notamment les stations de métropolitain, afin d'y installer des présentoirs, représentent un enjeu majeur de diffusion.

En 2006, la Régie autonome des transports parisiens (RATP) avait lancé un avis d'appel public à manifestation d'intérêt pour la valorisation de son domaine public par l'installation de présentoirs à journaux dans au moins 150 stations de métropolitain et 20 de Réseau express régional. Le contentieux engagé par la société 20 Minutes, dont l'offre n'a pas été retenue par la RATP, a conduit le Conseil d'État à s'interroger une nouvelle fois sur la prise en compte des règles du marché par les personnes publiques lorsqu'elles entendent concéder l'occupation de leur domaine.

Le Conseil d'État a précisé sa jurisprudence à deux égards.

En premier lieu, le Conseil d'État a jugé que la décision de délivrer ou non une autorisation d'occupation du domaine public à une personne privée pour y exercer une activité économique n'était pas susceptible, par elle-même de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil a ainsi cantonné la notion d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie à deux situations, d'ores et déjà identifiées par la jurisprudence : seules une réglementation des activités économiques (Ass., 22 juin 1951, *Daudignac* ; Sec., 25 janvier 1980, *Gadiaga*) ou la prise en charge d'une activité économique par une personne publique (Sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* ; Assemblée, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*) sont susceptibles de caractériser une telle atteinte.



En revanche, l'autorité chargée de la gestion du domaine public est tenue, dans ses décisions relatives à l'occupation du domaine, au respect du droit de la concurrence (Sect., 26 mars 1999, *Société Eda*). À ce titre, la décision juge en second lieu que serait illégale une autorisation d'occupation domaniale qui aurait pour effet de placer automatiquement son bénéficiaire en situation d'abuser d'une position dominante.

Photographies dans un musée

Par une décision Commune de Tours, le Conseil d'État a également entendu préciser la portée du principe de la liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'est en cause l'utilisation privative du domaine public mobilier.

Une entreprise avait demandé au maire l'autorisation de photographier certaines des œuvres appartenant aux collections du musée des Beaux-Arts de la commune de Tours, pour les publier ultérieurement dans des ouvrages scolaires ou des ouvrages d'art ou encore dans la presse. Le maire avait implicitement rejeté cette demande. Le Conseil d'État devait déterminer si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à ce que le maire d'une commune refuse la demande d'autorisation présentée par un photographe professionnel afin de procéder à des clichés d'œuvre d'art de la collection du musée municipal.

Le Conseil d'État a jugé que la prise de vues d'œuvres relevant des collections d'un musée, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues, devait être regardée comme une utilisation privative du domaine public mobilier lorsqu'elle conduit à soustraire les collections à la vue du public. Une telle occupation nécessite, pour celui qui entend y procéder, d'obtenir une autorisation. En application de l'article L. 2121-1 de ce code, une telle autorisation peut être délivrée si cette activité demeure compatible avec l'affectation des œuvres au service public culturel et avec leur conservation. La collectivité publique affectataire peut donc ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que puisse être utilement opposé à ce refus aucun droit à exercer une activité économique sur ce domaine public et fondé sur le principe de liberté du commerce et de l'industrie (29 octobre 2012, Commune de Tours, n° 341173).

Droits civils et individuels

Hébergement d'urgence

L'article L. 521-2 du code de justice administrative permet au juge administratif, lorsque l'urgence de la situation le justifie, de prononcer toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale si l'administration lui porte, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale.

La possibilité de recourir à cette procédure particulièrement rapide et efficace est notamment conditionnée au fait que le requérant puisse invoquer une « liberté fondamentale » à laquelle l'administration porte atteinte. Certaines libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 sont des droits, sans qu'on les range couramment sous le vocable de liberté. Par exemple, le droit de propriété constitue une liberté fondamentale au sens de ces dispositions (CE, 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*).



Le juge des référés du Conseil d'État s'est prononcé, par une ordonnance du 10 février 2012, sur le point de savoir si le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale pouvant faire l'objet d'un référé-liberté.

La réponse du juge des référés a été nuancée. Il a d'abord rappelé les dispositions législatives ayant instauré un droit à l'hébergement d'urgence dans certaines conditions, notamment les dispositions de l'article L. 345-2-2 du code de l'action sociale et des familles aux termes desquelles : « *Toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique et sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence (...)* ». Il a ensuite jugé qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut faire apparaître une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée.

Ainsi, toute méconnaissance du droit à l'hébergement d'urgence ne constitue pas nécessairement une atteinte à une liberté fondamentale au sens qu'on donne à cette notion pour le référé-liberté. La mise en œuvre des pouvoirs prévus par l'article L. 521-2 du code de justice administrative en cas d'absence d'hébergement d'urgence dépendra des circonstances de l'espèce. C'est lorsque l'absence d'hébergement entraîne des conséquences graves pour la personne sans-abri qu'elle peut accéder au juge des référés pour obtenir des mesures permettant de remédier à cette situation. Le juge des référés du Conseil d'État a précisé que la carence de l'administration et l'appréciation de la gravité des conséquences de l'absence d'hébergement d'urgence pour le requérant doivent être appréciées concrètement dans chaque espèce, en fonction des moyens dont l'administration dispose ainsi que de l'âge, de l'état de santé et de la situation de famille de la personne sans-abri.

En l'espèce, le requérant avait fait l'objet d'une prise en charge entre la date d'introduction de sa requête et celle où le juge des référés se prononçait. L'atteinte potentielle à une liberté fondamentale du requérant ayant cessé, le recours perdait son objet (Ord. 10 février 2012, *Fofana*, n° 356456).

Prisons

Statuant également sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du Conseil d'État a, par une ordonnance du 22 décembre 2012, enjoint à l'administration pénitentiaire de procéder dans un délai de dix jours à la détermination des mesures nécessaires à l'éradication des animaux nuisibles présents dans les locaux du centre pénitentiaire des Baumettes.

Cette injonction fait directement suite à la publication au Journal officiel de la République française du 6 décembre 2012 des recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en date du 12 novembre 2012 relatives à la situation du centre pénitentiaire des Baumettes, qui a été inspecté du 8 au 19 octobre 2012.

A la suite de la publication de ces recommandations, la Section française de l'observatoire international des prisons avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Elle lui demandait de prendre toutes mesures utiles pour faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des détenus du centre pénitentiaire de Marseille. Par une ordonnance rendue le 13 décembre 2012, le juge des référés de première instance avait partiellement fait droit à ses



demandes, en enjoignant à l'administration pénitentiaire de s'assurer que chaque cellule dispose d'un éclairage artificiel et d'une fenêtre en état de fonctionnement, de faire procéder à l'enlèvement des détritiques dans les parties collectives et les cellules et de modifier la méthode de distribution des repas. En revanche, il avait rejeté les conclusions tendant à ce qu'il soit procédé, d'une part, à une inspection de l'ensemble des cellules en vue d'une sécurisation immédiate des installations électriques, d'y retirer tout objet dangereux susceptible d'entraîner des blessures accidentelles ou volontaires et d'y garantir un accès effectif à l'eau courante et, d'autre part, à la détermination et à la mise en œuvre de mesures d'éradication des espèces nuisibles présentes dans l'établissement.

Saisi en appel des seules conclusions rejetées en première instance, le juge des référés du Conseil d'État a rappelé que le droit au respect de la vie ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521 2 du code de justice administrative. Il a précisé que, s'agissant des détenus, l'administration doit prendre les mesures adéquates, et qu'à défaut, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant d'une carence de l'administration.

S'agissant de la demande tendant à l'éradication des animaux nuisibles, le juge des référés a constaté que les locaux du centre pénitentiaire des Baumettes en étaient infestés. Il a relevé que les rats y proliféraient et y circulaient, en particulier la nuit, ou encore que de nombreux insectes, tels des cafards, cloportes et moucheron, colonisaient les espaces communs ainsi que certaines cellules, y compris les réfrigérateurs des détenus. Il a certes également relevé que l'administration pénitentiaire avait commencé à prendre des mesures pour remédier à cette situation, notamment en renforçant les effectifs dévolus à l'entretien et à l'hygiène dans les locaux et en augmentant les fréquences d'intervention d'un prestataire de services chargé d'assurer la dératisation et la désinsectisation des locaux. Mais il a jugé, ainsi que le reconnaissent les parties à l'audience, que ces mesures, en dépit des progrès qu'elles constituaient, étaient insuffisantes.

Compte tenu de l'atteinte portée à la dignité des détenus et du risque sanitaire pour l'ensemble des personnes fréquentant l'établissement, le juge des référés du Conseil d'État a enjoint à l'administration de prendre, dans un délai de dix jours, toutes les mesures utiles susceptibles de faire cesser au plus vite cette situation. Il a indiqué que, pour ce faire, l'administration devait, dans l'immédiat, procéder à une opération d'envergure susceptible de permettre la dératisation et la désinsectisation de l'ensemble des locaux du centre pénitentiaire des Baumettes. Puis, elle devra réaliser un diagnostic des prestations appropriées à la lutte contre les animaux nuisibles, dans la perspective de la définition d'un nouveau cahier des charges lors de la conclusion d'un nouveau contrat avec un intervenant externe.

S'agissant de la demande tendant à ce qu'il soit réalisé une inspection de l'ensemble des cellules individuelles du centre pénitentiaire, le juge des référés du Conseil d'État a estimé qu'il n'avait pas à prescrire une telle injonction compte tenu des engagements pris par l'administration pénitentiaire afin de rétablir, au plus vite, la sécurité de l'ensemble des détenus, ainsi d'ailleurs, dans une certaine mesure, que celle des personnels pénitentiaires.

Il a relevé que des travaux de rénovation de l'équipement électrique de l'ensemble des parties communes étaient en cours et qu'ils allaient permettre une mise aux normes de l'établissement au regard de l'exigence de sécurité, notamment en matière



de prévention contre le risque d'incendies. Il a en outre constaté que le chef d'établissement avait fait procéder à la visite de l'ensemble des cellules individuelles, laquelle avait permis de recenser les problèmes liés notamment aux installations électriques, à l'alimentation en eau courante ou au fonctionnement des chasses d'eau. Au vu de cet état des lieux, plusieurs cellules avaient été fermées et des travaux de réfection avaient été entrepris, par l'engagement des crédits nécessaires, le recrutement d'intérimaires et la mise en œuvre d'un planning d'intervention de 5 à 10 cellules par jour (Ord. 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, n^{os} 364584, 364620, 364621, 364647).

Droit de propriété et espérance légitime

En matière fiscale, le législateur dispose d'une certaine souplesse puisqu'il lui est possible de modifier les règles d'imposition valables pour une période à tout moment jusqu'au dernier jour de cette période. Cette souplesse, connue sous le nom de « petite rétroactivité fiscale », a été consacrée par la jurisprudence depuis longtemps (Ass. plén. 16 mars 1956, *Garrigou*, n^o 35663). Par une décision de plénière fiscale rendue le 9 mai 2012⁹, le Conseil d'État admet, pour la première fois, une entorse à ce principe, au nom du droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (article 1P1) à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Était en cause en l'espèce un dispositif de crédit d'impôt créé initialement pour une période de trois années, de 1998 à 2000. Or, à la fin de l'année 1999, le législateur a décidé de supprimer ce dispositif, non seulement pour l'année 2000 à venir, mais également pour l'année 1999, qui venait de s'écouler. Une entreprise, qui s'attendait à bénéficier du crédit d'impôt pour l'année 1999, a porté l'affaire devant le juge administratif en soutenant que le droit de bénéficier de ce crédit d'impôt pour l'année qui venait de s'écouler constituait un bien et que la suppression du dispositif y portait une atteinte excessive.

Le Conseil d'État, statuant en formation de plénière fiscale, devait tout d'abord examiner si le droit de bénéficier du crédit d'impôt pour l'année 1999 constituait, pour la société requérante, un bien. S'inscrivant dans le cadre jurisprudentiel tracé par la Cour européenne des droits de l'homme (notamment celui posé par l'arrêt de grande chambre *Kopecký c/ Slovaquie* du 28 septembre 2004, n^o 44912/98), il a jugé qu'il existait une « espérance légitime » de bénéficier du crédit d'impôt au titre de l'année 1999, et que celle-ci devait être regardée comme un bien au sens de l'article 1P1. La plénière fiscale s'est appuyée, pour parvenir à cette conclusion, sur différents éléments spécifiques au crédit d'impôt considéré : il s'agissait d'une dépense fiscale dont l'objet était précisément d'inciter à l'adoption de certains comportements ; le législateur avait, dès l'institution du dispositif, fixé la période de trois ans pendant laquelle il était possible d'en bénéficier, comme s'il avait par avance renoncé pendant trois ans à la possibilité, qu'il détient normalement, de revenir sur ce qu'il avait décidé ; l'espérance légitime d'escompter bénéficier du crédit d'impôt n'avait pas disparu avant l'adoption de l'amendement parlementaire supprimant le dispositif à la fin de l'année 1999.

Après avoir reconnu l'existence d'un bien, le Conseil d'État devait ensuite examiner si l'atteinte portée à ce bien par le législateur avait été excessive. Il est pour cela

⁹ Donner peut-être quelques explications sur ce qu'est la plénière fiscale et la date de rétablissement de cette formation de jugement ?



resté dans le cadre de sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne font, en principe, pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, mais exigent toutefois, dans une telle hypothèse, que soit ménagé un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier (Ass., 27 mai 2005, *Provin*, n° 277975). Faisant application de ces principes au cas d'espèce, le Conseil d'État a estimé que les justifications apportées au soutien de la suppression du crédit d'impôt – à savoir ses effets d'aubaine et son coût important – n'étaient pas suffisantes, et il en a conclu que la suppression anticipée du dispositif a méconnu l'article 1P1 en portant une atteinte excessive au droit que détenait l'entreprise d'en bénéficier pour l'année 1999 (Plénière fiscale, 9 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État c/ Société EPI*, n° 308996).

Droit international

Les moyens de conventionnalité ont pris une importance considérable dans le prétoire du juge administratif.

Toutefois, la possibilité d'invoquer une convention internationale demeure soumise à certaines conditions. Il s'agit d'abord des conditions figurant explicitement à l'article 55 de la Constitution qui prévoit que les conventions internationales n'ont une valeur supérieure aux lois que lorsqu'elles ont été régulièrement ratifiées ou approuvées, qu'elles sont publiées et, lorsque c'est pertinent, que l'autre ou les autres États parties respectent leur engagement.

L'invocation d'une convention internationale est également soumise à la condition de son « effet direct ». Cette notion d'effet direct d'une convention internationale est généralement définie comme le fait que le traité crée par lui-même des droits et obligations dans le chef des particuliers, dont ceux-ci peuvent se prévaloir devant le juge. Comme la section du contentieux il y a quinze ans (Sec., 23 avril 1997, *Gisti*, n° 163043), l'assemblée du contentieux du Conseil d'État, dans une nouvelle affaire *Gisti*, s'est penchée sur cette notion d'effet direct et a clarifié les critères d'interprétation qu'il convient d'utiliser pour déterminer si une stipulation d'un traité est d'effet direct.

L'assemblée du contentieux a d'abord confirmé qu'une convention internationale signée entre États peut avoir pour objet exclusif de régir les relations entre les signataires par un engagement contractuel. Elle est alors, par définition, dépourvue d'effet direct et un particulier, qui reste un tiers par rapport à cette convention, ne pourra pas l'invoquer devant le juge national.

L'assemblée du contentieux a ensuite posé comme condition de l'effet direct que la norme ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers. Lorsque des États signent un traité sans entendre régir leurs seules relations interétatiques mais que, concernant les particuliers, ils s'expriment en des termes si généraux qu'aucun effet juridique ne peut découler de la norme tant que celle-ci n'est pas précisée par des actes complémentaires, la stipulation n'est pas non plus d'effet direct et ne peut être invoquée par les particuliers.



La décision rendue par l'assemblée du contentieux fournit des critères d'interprétation des traités. L'intention des parties joue évidemment un rôle primordial pour déterminer si elles ont entendu donner à la convention un effet direct. Cette intention étant par définition difficile à cerner, le Conseil d'État a souligné qu'il convient de s'appuyer sur le contenu du traité et les termes employés pour la reconstituer. S'agissant, cependant, de ce dernier critère, la décision a précisé que le seul fait que les États parties soient désignés explicitement comme les sujets des obligations posées par le traité ne suffit pas pour en déduire qu'ils ont entendu priver le traité de tout effet direct. Ainsi, le seul fait qu'une stipulation commence par « *Les États parties s'engagent à...* » ne signifie pas qu'elle n'a pour objet que de régir les relations entre États et n'a pas d'effet direct. Une telle rédaction peut constituer un indice de la volonté des parties mais n'exclut pas, à elle seule, l'effet direct du traité.

Le Conseil d'État a en outre pris la précaution de rappeler qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci est seule compétente pour déterminer, lorsque le litige relève du droit de l'Union, si un traité signé à la fois par l'Union et par ses États membres, est d'effet direct (CJUE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. Jupferbert*, C 104/81), ce qui peut nécessiter une question préjudicielle des juridictions nationales. Une décision postérieure du Conseil d'État (6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, n° 347870) est venue illustrer ce cas de figure (Ass., 11 avril 2012, *Gisti et autre*, n° 322326).

Élections

Élections au Parlement européen

Après avoir statué l'année passée sur une protestation dirigée contre la désignation de M. Brice Hortefeux comme membre du Parlement européen (Sec., 30 novembre 2011, *M. Torregrosa*, n° 348161), le Conseil d'État s'est penché cette année sur la procédure électorale inédite et dérogoire au droit commun qui a été mise en place en 2011 pour l'élection de deux députés français supplémentaires au sein du Parlement européen.

Cette procédure a pour origine l'augmentation du nombre de députés siégeant au Parlement européen, prévue par le traité de Lisbonne. Le passage de 736 à 751 députés a permis à la France de se voir attribuer deux sièges supplémentaires. Le traité de Lisbonne n'étant pas encore entré en vigueur à la date des élections européennes de juin 2009, celles-ci ont eu lieu conformément aux anciennes règles du traité de Nice. Toutefois, les États membres ont décidé de mettre en œuvre de manière anticipée les nouveaux effectifs du traité de Lisbonne, sans attendre le prochain renouvellement du Parlement européen en 2014. Un protocole a été signé en ce sens en juin 2010.

Ce protocole ouvrait plusieurs options aux États membres pour la désignation des parlementaires européens supplémentaires. L'une d'entre elles consistait en une désignation par le parlement national, en son sein, du nombre de députés requis, selon une procédure *ad hoc*.

C'est cette option qui a été retenue par la France : la loi n° 2011-575 du 26 mai 2011 relative à l'élection des représentants au Parlement européen a confié à l'Assemblée nationale le soin de procéder à la désignation, en son sein, des deux parlementaires



européens supplémentaires, par dérogation à la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 qui régit les élections européennes de droit commun. L'élection a eu lieu en décembre 2011, au scrutin de liste. Deux députés, MM. Jean Roatta et Yves Cochet, ont été proclamés élus.

En qualité d'électeurs, M. Dupré et autres ont demandé au Conseil d'État l'annulation de cette élection. Par une décision du 22 mai 2012, le Conseil d'État a rejeté cette requête, en estimant que la juridiction administrative n'était pas compétente pour en connaître.

Selon une jurisprudence constante, le Conseil d'État n'admet sa compétence sans texte pour connaître de la légalité des décisions émanant des assemblées parlementaires que dans des hypothèses limitées. Cette réserve tient au fait que le Parlement n'est pas une autorité administrative. Ainsi, le Conseil d'État a jugé qu'il n'appartenait pas au juge administratif de connaître de décisions relatives au régime de pensions des parlementaires, ce régime de pensions faisant partie du statut du parlementaire et ce statut se rattachant à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement (Ass., 4 juillet 2003, *Papon*, n° 254850). La seule exception notable à ce principe est la décision qui a reconnu la compétence de la juridiction administrative pour connaître de décisions relatives à la passation de marchés publics conclus par les assemblées parlementaires en vue de la réalisation de travaux publics (Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n° 163328).

Par ailleurs, en matière électorale, le Conseil d'État n'est compétent, s'agissant d'élections de nature politique, que lorsqu'un texte attribue explicitement compétence à la juridiction administrative. C'est le cas pour les élections municipales, cantonales, régionales, les élections outre-mer, les élections aux groupements intercommunaux et les élections européennes de droit commun. Et en l'absence de texte, le Conseil d'État ne se reconnaît compétent pour connaître d'élections que s'il s'agit d'élections qui présentent un caractère administratif, telles que les élections aux chambres consulaires, les élections aux commissions administratives ou encore les élections au sein des ordres professionnels.

En l'espèce, aucun texte n'habilitait expressément le Conseil d'État pour connaître d'une protestation électorale dirigée contre cette élection de nature politique organisée au sein de l'Assemblée nationale (22 mai 2012, *Dupré et autres*, n° 354917).

Sondages

La commission des sondages est une autorité administrative indépendante dont la mission est de veiller à ce que la diffusion des sondages ne fausse pas le débat public. Elle avait été saisie par M. Mélenchon, alors candidat à l'élection présidentielle, d'une réclamation concernant un sondage paru dans la presse. Estimant que la réponse de la commission à cette réclamation ne lui donnait pas satisfaction, M. Mélenchon a alors saisi le Conseil d'État. Le Conseil d'État, en rejetant ce recours par une décision lue le 8 février 2012, a précisé plusieurs points importants quant au régime de surveillance des sondages, aux devoirs de la commission, et au contrôle du juge sur l'action de la commission.

Le Conseil d'État a tout d'abord apporté un éclairage sur les garanties de transparence en ce qui concerne les documents relatifs aux sondages contrôlés par la commission. D'une part, la notice du sondage, qui est un document récapitulatif différentes informations relatives au sondage et qui doit être déposée à la commission des sondages préalablement à la publication ou à la diffusion du sondage,



peut être consultée sur place par toute personne qui se rend à la commission des sondages, en application de la loi du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion. Il est également possible de demander, sans se déplacer, la communication de cette notice, qui est un document communicable, mais cela se fait alors dans le cadre du droit commun de la communication des documents administratifs (loi du 17 juillet 1978). D'autre part, tous les documents sur la base desquels un sondage a été publié ou diffusé sont, lorsqu'ils sont détenus par la commission des sondages, des documents administratifs communicables à toute personne qui en fait la demande, sous réserve des secrets protégés par la loi, notamment du secret industriel et commercial, et ce en application de la loi du 17 juillet 1978.

Le Conseil d'État a ensuite rappelé qu'il appartient à la commission des sondages de demander la publication ou la diffusion d'une mise au point appropriée lorsque les conditions de réalisation d'un sondage par un organisme ou de publication d'un sondage par un organe d'information ont porté une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions légales et réglementaires dont elle a pour mission d'assurer l'application en compromettant, préalablement à des consultations électorales, la qualité, l'objectivité ou la bonne compréhension par le public de ce sondage. Mais, lorsque la commission refuse d'effectuer une mise au point, le juge se limite à contrôler qu'elle ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation. Faisant application de ces principes, le Conseil d'État a relevé que la publication du sondage contesté a effectivement été entachée de plusieurs irrégularités, mais que celles-ci, pour regrettables qu'elles soient, n'ont pas empêché la commission d'exercer son contrôle et n'ont pas faussé la lecture par le public des résultats de l'enquête. La commission des sondages pouvait donc, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, refuser d'effectuer une mise au point.

Le Conseil d'État a enfin rappelé qu'aucun texte ne donne à la commission des sondages compétence pour interdire la diffusion d'un sondage (8 février 2012, *Mélenchon*, n° 353357).

Fonction publique

Nomination à la décision du Gouvernement

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État, en examinant une requête du Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration du ministère de l'intérieur, a été confrontée à la question des marges de manœuvre du Gouvernement dans les nominations de chefs de corps relevant de sa compétence.

L'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État prévoit qu'un décret en Conseil d'État détermine pour chaque administration et service, les emplois pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement. Ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011. Ce dernier a cependant rappelé que ces dispositions ne permettaient pas au Gouvernement de procéder à ces nominations en méconnaissant l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en vertu duquel tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.



Pris pour l'application de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, l'article 1^{er} du décret du 24 juillet 1985 fait figurer au nombre des emplois supérieurs laissés à la décision du Gouvernement l'emploi de chef de service de l'inspection générale de l'administration. Mais, dans le même temps, l'article 3 du décret du 12 mars 1981 portant statut de l'inspection générale de l'administration prévoit qu'« *un inspecteur général exerce les fonctions de chef de service de l'inspection générale de l'administration* ». Le Conseil d'État devait établir si le Gouvernement peut nommer à cet emploi, en vertu de ces textes, une personne qui n'est pas membre du corps de l'inspection générale de l'administration.

L'assemblée du contentieux a répondu par l'affirmative. Elle a, pour cela, relevé, en premier lieu, qu'il ne ressortait ni de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, ni du décret du 24 juillet 1985 que ces dispositions aient entendu, lorsque l'autorité investie du pouvoir de nomination envisage de nommer à l'un des emplois supérieurs laissés à la décision du Gouvernement un fonctionnaire relevant de dispositions statutaires ou réglementaires qui fixent des conditions particulières d'accès à cet emploi, excepter ce fonctionnaire de l'application de ces dispositions particulières.

Mais elle a aussi considéré, en second lieu, que ces mêmes dispositions ne peuvent limiter la faculté de choix de l'autorité investie du pouvoir de nomination lorsqu'elle entend nommer une autre personne, que celle-ci ait ou non la qualité de fonctionnaire. Cette décision complète une précédente décision rendue en assemblée (CE, Ass, 31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 269635, Rec. p. 274), par laquelle elle avait jugé que le Gouvernement était tenu de respecter les règles statutaires relatives à l'accès aux emplois à sa décision sauf s'il entend nommer une personne extérieure à la fonction publique. Désormais, la liberté de choix reconnue au Gouvernement pour choisir un chef de service en dehors du corps de nomination n'est pas plus grande à l'extérieur de la fonction publique qu'à l'intérieur de celle-ci.

Il s'ensuit une situation binaire. Soit l'autorité investie du pouvoir de nomination envisage de nommer comme chef de service un membre de ce corps, et dans ce cas elle doit respecter les dispositions de l'article 3 du décret du 12 mars 1981 précité et choisir un membre détenant le grade d'inspecteur général. Soit elle envisage de nommer une autre personne, que celle-ci ait la qualité de fonctionnaire ou non, et alors les dispositions de l'article 3 ne limitent pas sa faculté de choix (CE, Ass, 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration du ministère de l'intérieur*, n° 348064).

Recrutement des professeurs

La procédure de recrutement des professeurs du Conservatoire national des arts et métiers, qui continue d'être régie par les dispositions d'un décret du 22 mai 1920, est originale puisque, lorsqu'il s'agit de renouveler le titulaire d'une chaire déjà existante, le ministre choisit le nouveau professeur parmi deux listes comprenant chacune deux ou trois noms et qui sont établies par le conseil d'administration du conservatoire lui-même et par l'Institut de France.

Cette procédure originale n'a que peu en commun avec les procédures habituelles de recrutement des enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur. Elle n'est pas, cependant, sans équivalent : les membres de quelques corps particuliers de professeurs ou certains directeurs d'établissement public sont nommés selon des modalités analogues, le ministre choisissant parmi les noms proposés par une ou plusieurs autorités.



Pour l'un des postes vacants, tant le conservatoire que l'Institut de France n'avaient proposé qu'un seul et même nom au ministre qui avait procédé à la nomination. Pour trancher le litige qui s'était élevé sur la régularité de la procédure de recrutement en cause, le Conseil d'État devait d'abord se prononcer sur la nature de cette procédure, et devait déterminer s'il s'agissait d'un concours. Dans ce cas, les mérites respectifs des candidats sont souverainement évalués par un jury de concours dont ni l'administration, ni le juge ne peuvent ensuite remettre en cause les choix ou l'ordre de classement. La jurisprudence était d'un faible secours pour répondre à cette question, puisque s'il avait été jugé que le conseil d'administration du conservatoire agissait dans cette procédure en qualité de jury de concours (CE, 29 décembre 2000, *Moschetto*, n° 187799), il avait également été jugé que le ministre n'était pas tenu par l'ordre de classement établi par le conservatoire (CE, 24 septembre 2003, *Barbier*, n° 329831), ce qui est difficilement compatible avec les pouvoirs traditionnels d'un jury.

La section du contentieux du Conseil d'État a considéré que cette procédure ne constituait pas un concours en s'appuyant sur deux éléments. D'une part, rien ne garantit que le conseil d'administration comporte des spécialistes de la discipline sur laquelle il évalue les candidats. D'autre part, le ministre n'est pas tenu par les ordres de classement établis puisque le texte lui réserve un choix parmi les noms de deux listes concurrentes.

Cette qualification n'était pas sans conséquence sur le jugement du cas d'espèce. Un jury de concours souverain peut toujours proposer à l'autorité de nomination moins de candidats que celle-ci ne lui en demande s'il estime qu'il ne se trouve pas suffisamment de candidats présentant les mérites nécessaires. Un jury aurait donc probablement pu ne proposer qu'un nom au ministre quand bien même le décret en exigeait deux ou trois. En revanche, dès lors qu'il jugeait que le conseil d'administration du conservatoire et l'Institut de France n'agissaient pas dans cette procédure en qualité de jury de concours, le Conseil d'État a estimé qu'ils étaient tenus de proposer le nombre de candidatures demandés par le décret de 1920, quitte à les classer et à assortir leurs choix des commentaires nécessaires. Le Conseil d'État a en outre réservé le cas de la formalité impossible. Il a jugé que, outre le cas où moins de deux candidats se seraient présentés, la formalité devrait être regardée comme impossible si elle conduisait à proposer une personne ne remplissant pas les exigences minimales pour pouvoir être légalement nommé (Sec., 4 octobre 2012, *M. Rousseaux*, n° 347312).

Nature et environnement

Territoire des parcs nationaux

Né en 1960, le régime des parcs nationaux a été profondément rénové par la loi du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux. Le nouveau régime institué par le législateur renforce l'approche hiérarchisée du territoire du parc, en fonction des enjeux de protection. D'une part, les règles de protection sont renforcées dans les espaces classés en « cœur de parc », correspondant au périmètre des parcs nationaux existants, anciennement appelé « zone centrale ». L'initiative de ce classement appartient à l'État qui met en place une réglementation dérogatoire au droit commun, définie dans le décret de



classement, afin d'assurer la protection de cet espace. La gestion du cœur de parc est déléguée à un établissement public de l'État doté de pouvoirs réglementaires propres. D'autre part, le partenariat est renforcé entre le cœur de parc et l'ancienne « zone périphérique », devenue le territoire des communes ayant vocation à adhérer à la charte du parc national et dénommée désormais « aire d'adhésion ». Ce second périmètre fonctionne selon une logique beaucoup plus partenariale entre l'État et les collectivités territoriales qu'en cœur de parc et s'inspire du fonctionnement des parcs naturels régionaux. Il y a de ce point de vue « équivalence » entre ces anciens et nouveaux territoires.

L'article 31 de la loi du 14 avril 2006 a prévu les dispositions transitoires qui s'appliquent aux sept parcs nationaux existants à la date de promulgation de la loi et a fixé un échéancier pour, d'une part, l'adoption des décrets adaptant les parcs existants au régime juridique issu de la réforme de 2006, qui doivent en principe intervenir au plus tard le 1er janvier 2009 et, d'autre part, l'adoption des décrets approuvant les chartes de chacun des parcs, qui doivent intervenir dans un délai de cinq ans à compter de la publication de la loi du 14 avril 2006, soit en principe au plus tard le 15 avril 2011.

La commune de Hures-la-Parade, qui a vu une partie de son territoire inclus dans le périmètre de cœur du parc national des Cévennes à l'occasion de l'adoption du décret adaptant le parc national des Cévennes au régime juridique issu de la loi du 14 avril 2006, contestait la légalité de ce décret, estimant que cette évolution du périmètre du parc aurait dû être soumise à la procédure d'extension du cœur du parc régie par l'article R. 331-15 du code de l'environnement, qui prévoit que l'inclusion du territoire d'une commune dans le périmètre du cœur de parc ne peut être réalisée sans son accord. En effet, en vertu de cet article cette décision ne peut intervenir que sous deux formes : soit la demande d'inclusion dans le périmètre du cœur de parc procède de la commune, avec l'accord du conseil d'administration de l'établissement public du parc national, soit cette proposition émane de ce conseil, sous réserve que la commune y ait consenti.

La section du contentieux a, le 8 février 2012, rejeté sa requête. Elle a en effet jugé que l'article 31 de la loi du 14 avril 2006 habilite, pendant la période transitoire comprise entre l'entrée en vigueur de la loi et l'approbation de la charte en Conseil d'État, le pouvoir réglementaire à procéder, par décret en Conseil d'État, à des ajustements limités du périmètre du cœur du parc national, indépendamment de la procédure décrite à l'article R. 331-15 du code. La transition de l'ancien au nouveau régime des parcs nationaux pouvait donc se faire, de façon limitée, sans l'accord des collectivités territoriales concernées (Sec., 23 mars 2012, *Commune de Hures-la-Parade*, n° 337144).

Charte des parcs naturels régionaux

Les parcs naturels régionaux, outils de protection, de mise en valeur et de développement des territoires créés en 1967, sont régis par des chartes qui déterminent, pour le territoire concerné, les orientations de protection, de mise en valeur et de développement ainsi que les mesures permettant de les mettre en œuvre.

La section du contentieux a précisé la nature des dispositions susceptibles de figurer dans une telle charte, ainsi que leur portée normative.

Elle a tout d'abord rappelé la définition d'une charte d'un parc naturel régional, dans des termes très proches de ceux de sa décision du 27 février 2002, *Centre régional*



de la propriété foncière de Lorraine-Alsace (n° 198124) : celle-ci constitue un acte destiné, d'une part, à orienter l'action des pouvoirs publics dans un souci de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de développement économique et social et d'éducation et de formation du public sur le territoire du parc, d'autre part, à assurer la cohérence de cette action avec les objectifs qui y sont définis. En conséquence, l'État comme les collectivités locales sont non seulement tenus de prendre les mesures et de mener les actions propres à assurer la réalisation des objectifs consignés dans la charte mais doivent encore, dans l'exercice de leurs compétences et lorsqu'ils disposent d'un pouvoir d'appréciation, agir en cohérence avec les objectifs définis dans la charte.

Le pouvoir prescripteur de la charte d'un parc naturel régional n'est toutefois pas sans limite.

Une première borne avait été fixée dans la décision de 2002 précitée : la charte d'un parc naturel régional ne peut légalement contenir de règles opposables aux tiers, qu'il s'agisse de règles de fond ou de règles de procédure. Cette interdiction a été réitérée : une charte ne peut, par elle-même, imposer des obligations à des tiers, indépendamment de décisions administratives prises par les autorités publiques à leur égard.

Le Conseil d'État a ajouté une nouvelle limite : la charte d'un parc naturel régional ne saurait instituer des règles de procédure. Elle peut en revanche définir, sous certaines conditions, des règles de fond.

Il a en effet jugé que la charte d'un parc naturel régional ne saurait légalement subordonner les demandes d'autorisations d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) à des obligations de procédure autres que celles prévues par la loi.

En l'espèce, la charte du parc naturel régional du massif des Bauges imposait aux exploitants de carrière la réalisation d'une « étude d'impact très détaillée avec l'élaboration d'une étude paysagère et environnementale » qui devait « sortir du cadre du périmètre de l'exploitation et disposer d'une analyse des impacts autour de l'exploitation et en aval de la production ». De même, toute demande d'ouverture ou d'extension de carrière devait être accompagnée « d'une étude complète portant sur la logistique d'acheminement des matériaux intégrant les exigences des communes traversées et la capacité des axes empruntés ». Ces dispositions procédurales, qui s'ajoutaient à celles prévues par la législation des ICPE et celle des carrières, ont été annulées par le Conseil d'État.

En revanche, dès lors que le législateur lui-même a prévu que les chartes de parcs naturels régionaux déterminent non seulement des orientations, nécessairement générales, mais également les mesures permettant de les mettre en œuvre, la section du contentieux a jugé que la charte d'un parc naturel régional peut comporter des règles de fond, précises, avec lesquelles les décisions de l'État et des collectivités territoriales adhérant à la charte devront s'efforcer d'être cohérentes. Deux conditions ont cependant été fixées. D'une part, ces mesures doivent respecter les règles résultant des législations particulières régissant les activités qu'elles concernent. D'autre part, elles doivent être non seulement compatibles avec l'objet que le législateur a assigné aux parcs naturels régionaux mais également nécessaires à la mise en œuvre des orientations de la charte.

Faisant application de cette grille d'analyse au cas d'espèce, la section du contentieux a jugé légales les autres dispositions de la charte spécifiques aux carrières,



notamment celles fixant une durée maximale d'exploitation et une quantité maximale autorisée, dès lors qu'elles se bornent à déterminer des orientations de protection, de mise en valeur et de développement ainsi que des mesures permettant leur mise en œuvre, destinées à guider l'action des différentes collectivités publiques intéressées dans l'exercice des compétences qui leur sont reconnues par la loi sur le territoire du parc. En effet, en dépit de leur degré de précision, ces orientations et mesures particulières aux carrières n'ont pas pour effet d'imposer par elles-mêmes des obligations aux tiers (Sec., 8 février 2012, *Union des industries de carrières et matériaux de construction de Rhône-Alpes*, n° 321219).

Police

Pour la première fois, le Conseil d'État a eu à connaître, dans une affaire *Commune de Valence* jugée le 24 septembre 2012, de la question de savoir s'il entre dans la compétence des maires de réglementer l'usage des organismes génétiquement modifiés (OGM) sur le fondement de leur pouvoir de police générale.

L'utilisation des OGM est très strictement encadrée par une législation et une réglementation prises pour la transposition de directives du droit de l'Union européenne. Les articles L. 533-3 et suivants du code de l'environnement soumettent à un régime d'autorisation préalable « *toute dissémination volontaire d'OGM à toute autre fin que la mise sur le marché, ou tout programme coordonné de telles disséminations* ». L'autorisation est délivrée après avis du Haut Conseil des biotechnologies qui examine « *les risques que peut présenter la dissémination pour l'environnement et la santé publique* ». L'autorisation peut être assortie de prescriptions et elle ne vaut que pour l'opération pour laquelle elle a été sollicitée. L'autorité administrative compétente est le ministre. Les modalités d'instruction et de présentation des demandes sont précisées par le code de l'environnement : un dossier technique comporte notamment « *tous les éléments d'information permettant d'évaluer l'impact des essais sur la santé publique et l'environnement* ». Les maires des communes dans lesquelles la dissémination est envisagée sont destinataires du dossier technique accompagnant la demande d'autorisation et peuvent demander au préfet d'organiser des réunions d'information auxquelles participe le demandeur ou son représentant.

Une fois l'autorisation délivrée, le code de l'environnement organise une surveillance étroite de l'activité autorisée. L'autorité administrative doit réaliser une nouvelle évaluation des risques lorsqu'elle vient à disposer d'éléments d'appréciation susceptibles de remettre en cause l'évaluation initiale. Elle doit alors rendre accessibles au public ces éléments nouveaux et elle a le pouvoir d'exiger du responsable de la dissémination volontaire qu'il la suspende ou qu'il y mette fin.

Dans ces conditions, le Conseil d'État avait jugé, par une décision du 30 décembre 2009, *Département du Gers* (n° 308514), que ces textes organisent une police spéciale dont l'État est seul détenteur. Restait en débat la question de savoir si ce pouvoir de police spéciale exclut toute intervention résiduelle du maire sur le fondement de son pouvoir de police générale. Une telle question avait été tranchée par l'assemblée du contentieux s'agissant de la police spéciale des communications électroniques confiée à l'État par le code des postes et des communications électroniques. Par trois décisions du 26 octobre 2011 (n°s 326492, 329904, 341767 et 341768), l'assemblée du contentieux avait exclu la compétence du maire pour édicter des prescriptions de police à caractère réglementaire. Les trois décisions



réseraient la question de la combinaison des deux polices, notamment en cas de péril imminent habilitant le maire à s’immiscer dans l’exercice de la police spéciale par d’éventuelles mesures individuelles.

S’agissant des OGM, le Conseil d’État a retenu, comme il l’avait fait pour l’implantation d’antennes relais de téléphonie mobile, que le législateur a conféré aux autorités nationales une police spéciale de la dissémination volontaire d’OGM, dont l’objet est, conformément au droit de l’Union européenne, de prévenir les atteintes à l’environnement et à la santé publique pouvant résulter de l’introduction intentionnelle de tels organismes dans l’environnement. Et le Conseil d’État a dès lors estimé que le maire ne saurait en aucun cas s’immiscer dans l’exercice de cette police spéciale par l’édiction d’une réglementation locale (24 septembre 2012, *Commune de Valence*, n° 342990).

Procédure

Récusation

La possibilité pour les parties de demander la récusation des juges est depuis longtemps l’un des corollaires de l’équité du procès. Dès 1919, le Conseil d’État lui reconnaît le caractère de règle générale de procédure applicable devant toute juridiction dès lors qu’elle n’est pas incompatible avec son organisation ou n’est pas écartée par une disposition expresse (CE, 24 juillet 1919, *Ducos*).

Applicable même sans texte, cette règle est pourtant instituée par le code de justice administrative. L’article R. 721-1 prévoit que la récusation d’un membre de la juridiction peut être prononcée à la demande d’une partie s’il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité. L’article R. 621-6 étend cette possibilité aux experts et sapiteurs.

C’est à propos de l’application de ce second article que le Conseil d’État a été saisi d’une demande d’avis sur le fondement de l’article L. 113-1 du code de justice administrative. Le Conseil d’État était confronté à la question de la conciliation à opérer entre les termes du deuxième alinéa de l’article R. 621-6, qui prévoit que la décision rendue par la juridiction sur une demande de récusation à laquelle l’expert n’acquiesce pas spontanément est « non motivée », et l’article L. 9 du code de justice administrative, qui dispose que « les jugements sont motivés ».

Trois questions ont été examinées par le Conseil d’État. La première, qui constituait une précaution méthodologique, était de savoir si les décisions rendues sur la récusation d’un expert étaient bien des « jugements » au sens de l’article L. 9. La section du contentieux a répondu positivement sur ce point, au motif notamment qu’une telle décision est susceptible d’être contestée en appel ou en cassation, critère récurrent, dans la jurisprudence, du caractère juridictionnel d’une décision.

La deuxième question portait sur la conciliation des textes évoquée ci-dessus. En réponse, la section du contentieux a choisi de procéder à une interprétation des dispositions réglementaires de l’article R. 621-6 conforme aux dispositions législatives de l’article L. 9. Le Conseil d’État a estimé que le pouvoir réglementaire n’avait pas entendu déroger au principe posé par le législateur, mais seulement en aménager la portée lorsque la motivation d’une décision sur une demande de récusation



serait susceptible de porter atteinte à la vie privée, à la probité ou à la réputation de l'expert. Il s'agit donc pour le juge, non de rendre une décision non motivée, mais d'adapter sa motivation à la nature des arguments soulevés par l'auteur de la demande de récusation, cette modulation pouvant aller jusqu'à la simple indication du sens de la décision. La section a indiqué que cet aménagement participait d'une « *bonne administration de la justice* ».

Enfin, le Conseil d'État devait se prononcer sur l'existence d'une obligation de motiver de telles décisions résultant des stipulations de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La section du contentieux a répondu par la négative en affirmant, d'abord, que l'action en récusation d'un expert ne porte ni sur des droits et obligations de caractère civil, ni sur une accusation en matière pénale. Cela paraissait s'imposer, la Cour européenne des droits de l'homme ayant elle-même jugé (CEDH, 11 décembre 2003, *Schreiber et Boetsch c. France*) que l'applicabilité de l'article 6§1 à l'objet du litige ne faisait pas entrer, par connexité, une procédure de récusation née à propos de ce litige dans le champ de cet article (Sec., 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n° 355151).

Recours en révision

Par une décision rendue le 16 mai 2012, la section du contentieux est revenue sur une jurisprudence ancienne et constamment confirmée depuis la décision d'assemblée du 6 février 1931 *Société des automobiles Berliet*, selon laquelle le recours en révision ne peut être exercé que si un texte l'a expressément prévu et selon les modalités fixées par ce texte.

Le recours en révision est une voie de rétractation aboutissant à la ré-instruction ou au re-jugement d'une affaire pourtant définitivement jugée. Il a toujours été conçu comme une voie d'exception. Deux motifs justifient une telle sévérité : le premier tient à la nécessité d'encadrer les atteintes susceptibles d'être portées à la chose jugée ; le second tient à l'habitude du pouvoir réglementaire, lorsqu'il ouvrait une telle voie de recours, de l'adapter au plus près des particularismes de la juridiction concernée.

Par exemple, le code de justice administrative ne prévoit un recours en révision que contre les décisions du Conseil d'État (article R. 834-1), contre lesquelles aucune voie de recours ordinaire n'est ouverte. Trois hypothèses sont envisagées par le code de justice administrative : la décision juridictionnelle a été rendue sur pièces fausses ; une partie a été condamnée faute d'avoir produit une pièce décisive qui était retenue par son adversaire ; la décision est intervenue sans qu'aient été observées les dispositions du code de justice administrative relatives à la composition de la formation de jugement, à la tenue des audiences ainsi qu'à la forme et au prononcé de la décision.

L'application rigoureuse de la jurisprudence *Société des automobiles Berliet* avait pour effet de restreindre l'exercice du recours en révision dès lors que celui-ci n'est prévu, par le code de justice administrative, que devant le Conseil d'État et, par d'autres textes, devant les juridictions financières (Cour des comptes, chambres régionales des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière) et les juridictions des pensions militaires d'invalidité. À l'exception de ces juridictions et en l'état de la jurisprudence, le requérant n'avait pas la possibilité d'exercer un recours en révision.



En outre, la sévérité de cette jurisprudence contrastait avec l'évolution plus libérale de la jurisprudence en matière d'ouverture du recours en rectification d'erreur matérielle. Le recours en rectification d'erreur matérielle est l'autre voie de droit pour contester une décision définitive rendue par une juridiction administrative et permet d'obtenir la rectification d'une décision entachée d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire. En vertu de la jurisprudence, ce recours est ouvert sans texte devant toute juridiction statuant en dernier ressort.

La section du contentieux a fait évoluer le régime du recours en révision en admettant que le recours en révision existe même sans texte en prenant le soin de définir strictement le champ d'application de la solution : elle a jugé qu'il n'était ouvert que devant les juridictions pour lesquelles aucun texte n'a prévu l'existence d'une telle voie de recours, c'est-à-dire à l'exclusion des tribunaux et des cours administratives d'appel, régis par le code de justice administrative, qui n'envisage un tel recours que devant le Conseil d'État. La section a donc interprété le silence du code sur les tribunaux et les cours comme une manifestation de la volonté du pouvoir réglementaire de soustraire les juridictions administratives de droit commun au recours en révision. Il est en revanche ouvert devant toutes les autres juridictions administratives.

Enfin, pour préciser le nouveau régime de ce recours en révision, la section du contentieux a défini deux cas d'ouverture du recours en révision : lorsque la décision juridictionnelle a été rendue sur pièces fausses ou lorsqu'elle l'a été faite pour la partie perdante d'avoir produit une pièce décisive qui était retenue par l'adversaire. Elle a en outre indiqué que ce recours n'est ouvert qu'aux parties à l'instance passée en force de chose jugée, et que le délai de recours est de deux mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque (Sec., 16 mai 2012, *Serval*, n° 331346).

Pouvoirs du juge de plein contentieux

La section du contentieux, en jugeant l'affaire *Mme Labachiche* le 27 juillet 2012, a précisé l'office du juge dans une matière, le contentieux du revenu minimum d'insertion, devenue depuis le revenu de solidarité active, qui illustre les différentes facettes du contentieux de pleine juridiction. Dans ce type de litige, le juge de plein contentieux n'est pas seulement saisi d'une décision. Il est aussi saisi d'une situation.

Le Conseil d'État avait jusqu'alors rendu plusieurs décisions dont la combinaison n'était pas évidente. Dans une décision *Département du Nord* du 25 novembre 1998 (n° 181282), il avait jugé, s'agissant d'une action en récupération d'aides versées, qu'il appartient aux juridictions de l'aide sociale non d'apprécier la légalité de la décision prise mais de se prononcer elles-mêmes sur le bien-fondé de la mesure prise par la collectivité publique d'après l'ensemble des circonstances de droit et de fait dont il est justifié par l'une et l'autre des parties..

Puis, dans une décision *Wéry* du 27 mars 2000 (n° 200591), confirmée par une décision *Tordo* du 23 avril 2007, le Conseil d'État avait jugé, s'agissant des décisions prises sur des demandes de remise gracieuse, qu'il appartient aux juridictions de l'aide sociale non seulement d'apprécier la légalité de la décision mais encore de se prononcer elle-même sur le bien-fondé de la demande. Cette solution avait ensuite été confirmée dans un avis *Mme Lavie* du 7 juin 2010 (n° 337411), où le Conseil d'État avait affirmé qu'il appartient au tribunal administratif, saisi d'une demande



dirigée contre une décision suspendant le versement de l'allocation de revenu de solidarité active ou radiant l'intéressé de la liste des bénéficiaires de cette allocation, non seulement d'apprécier la légalité de cette décision, mais aussi de se prononcer sur les droits du demandeur à cette allocation jusqu'à la date à laquelle il statue, compte tenu de la situation de droit et de fait applicable au cours de cette période.

L'affaire *Mme Labachiche* a été l'occasion pour la section du contentieux de redéfinir avec précision l'office du juge dans le domaine du revenu minimum d'insertion et du revenu de solidarité active, où coexistent censure formelle des décisions administratives illégales et règlement au fond des litiges.

En premier lieu, la section du contentieux s'est prononcée sur le cas des décisions par lesquelles l'administration, sans remettre en cause des versements déjà effectués, détermine les droits d'une personne à l'allocation de revenu minimum d'insertion pour l'avenir. Elle a jugé que, dans ce cas, il appartient au juge administratif, non de se prononcer sur les éventuels vices propres de la décision attaquée, mais d'examiner les droits de l'intéressé sur lesquels l'administration s'est prononcée, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction. Le Conseil d'État a précisé qu'il appartient alors au juge administratif d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, la décision attaquée en fixant lui-même les droits de l'intéressé, pour la période en litige, à la date à laquelle il statue. Si le juge ne peut y procéder, le Conseil d'État a alors indiqué que celui-ci doit renvoyer l'intéressé devant l'administration afin qu'elle procède à la détermination des droits sur la base des motifs du jugement.

En second lieu, la section du contentieux s'est prononcée sur les décisions par lesquelles l'administration remet en cause les droits versés pour le passé. Elle a jugé que, lorsque le recours est dirigé contre une décision qui, remettant en cause des paiements déjà effectués, ordonne la récupération de montants d'allocation de revenu minimum d'insertion que l'administration estime avoir été indûment versés, il appartient au juge d'examiner d'abord les moyens tirés, le cas échéant, des vices propres de cette décision pour en prononcer, s'il y a lieu, l'annulation. Cette éventuelle annulation ne fera toutefois pas obstacle à ce que l'administration, si elle s'y croit fondée et si, en particulier, aucune règle de prescription ne s'y oppose, reprenne régulièrement, sous le contrôle du juge, une nouvelle décision. Dans le cas où, en revanche, aucun vice propre n'est de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée, le Conseil d'État a jugé qu'il appartient alors au juge d'examiner les droits de l'intéressé sur lesquels l'administration s'est prononcée afin d'y statuer lui-même et d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, la décision.

La section a ainsi entendu ménager un équilibre entre efficacité du contrôle des décisions par le juge et garantie pour les bénéficiaires de voir leur situation tranchée directement par le juge (Sec., 27 juillet 2012, *Mme Labachiche épouse Beldjerrou*, n° 347114).

Pouvoir d'appréciation du juge en matière de référé

Le code de justice administrative prévoit, à côté des trois référés d'urgence (référé-suspension, référé-liberté et référé mesures utiles), des référés qui ne requièrent pas la condition d'urgence. Parmi ces référés figure, à l'article L. 554-12 du code de justice administrative, un référé qui permet d'obtenir la suspension de décisions prises après enquête publique en matière d'urbanisme et de protection de la nature et de l'environnement.



L'article L. 554-12 du code de justice administrative prévoit que, lorsqu'une décision est prise après avis défavorable du commissaire-enquêteur ou de la commission d'enquête, le juge des référés « fait droit » à la demande de suspension de la décision dès lors que la requête comporte un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision.

La jurisprudence considérait traditionnellement qu'il y avait automaticité de la suspension lorsque les deux conditions posées par cet article étaient satisfaites. La décision du 29 mars 2004 *Commune de Soignolles-en-Brie et autres* (n° 258563) avait jugé que le juge des référés était tenu, dans ce cas, de faire droit à la demande de suspension.

Cette solution a toutefois été modifiée par la décision rendue par la section du contentieux le 16 avril 2012 dans une affaire *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres* (n° 355792). La section du contentieux a reconnu à ce juge des référés spécial un pouvoir d'appréciation en opportunité.

En l'espèce, étaient en cause deux arrêtés ministériels : l'un modifiait le dispositif de la circulation aérienne en région parisienne, pour les trois aéroports d'Orly, du Bourget et de Paris-Charles-de-Gaulle ; l'autre créait une région de contrôle terminale et une zone de contrôle, associées aux aérodromes de Paris. Les requérants demandaient au juge des référés la suspension de l'exécution de ces arrêtés.

La section du contentieux a estimé qu'il était possible pour le juge des référés de ne pas faire droit à la demande de suspension, alors même que les deux conditions posées par l'article L. 554-12 du code de justice administrative seraient réunies. La section a néanmoins pris soin de préciser qu'une telle solution devait présenter un caractère exceptionnel et être justifiée par une atteinte d'une particulière gravité à l'intérêt général en cas de suspension.

Au cas d'espèce, il a été jugé que les deux conditions posées par l'article L. 554-12 du code de justice administrative étaient remplies, mais qu'une suspension de l'exécution des actes attaqués aurait compromis la continuité et la sécurité du trafic aérien et, ainsi, porté à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité. En conséquence, la section du contentieux a estimé qu'il y avait lieu de rejeter les requêtes tendant à la suspension des arrêtés ministériels en cause.

Cette solution transpose au référé de l'article L. 554-12 du code de justice administrative la jurisprudence *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame* (Ass., 13 février 1976, n° 99708), relative au sursis à exécution. Selon cette jurisprudence, même lorsque les conditions pour prononcer un tel sursis sont remplies, il appartient au juge administratif d'apprécier dans chacun des cas qui lui sont soumis s'il y a lieu d'ordonner le sursis à exécution de la décision attaquée.

La jurisprudence *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame* avait déjà été transposée au référé-suspension par une décision du 15 juin 2001 *Société Robert Nioche et ses fils* (n° 230637). Cette décision a jugé que, même lorsque les conditions fixées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative sont remplies (à savoir l'urgence et un moyen de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée), il appartient au juge des référés d'apprécier si, à titre exceptionnel, il convient néanmoins de ne pas ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée ou de certains de ses effets. Le Conseil d'État a opéré la même transposition pour le référé spécial de l'article L. 554-12 du code de justice administrative (Sec., 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, nos 355792 et 355867).



Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité

Poursuivant l'élaboration des principes jurisprudentiels rendus nécessaires depuis l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil d'État a enrichi ceux de ces principes relatifs à l'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Les grands principes de cette articulation avaient été posés par une décision d'Assemblée du 13 avril 2011 (*Mme M'Rida*, n° 349219). À l'occasion d'un contentieux mettant en cause les mêmes dispositions législatives, relatives à la cristallisation des pensions, le Conseil d'État a apporté des précisions complémentaires.

La décision *Mme M'Rida* avait donné le mode d'emploi à suivre par les juridictions administratives, lorsque le juge du litige n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions présentées devant lui en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel. Dans pareille hypothèse, et lorsqu'un moyen en ce sens est soulevé devant lui, le juge du litige 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.

L'affaire *Mme Ouarie* constituait une hypothèse inverse, où le juge administratif avait écarté l'application d'une loi pour inconventionnalité avant que la question de constitutionnalité ne soit jugée. Le Conseil d'État a jugé que la circonstance qu'une décision du Conseil constitutionnel déclare, postérieurement, ces dispositions contraires à la Constitution et renvoie au législateur la détermination des conditions et limites de la remise en cause des effets passés de ces dispositions ne conduit pas le juge de cassation à remettre en cause cet arrêt (20 juin 2012, *Mme Ouarie*, n° 349216).

Réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel

Par sa décision *Mme Dana* du 26 mars 2012, le Conseil d'État s'est prononcé sur la portée des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel.

Dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution, le Conseil constitutionnel peut juger qu'une loi est conforme à la Constitution tout en émettant une ou plusieurs réserves d'interprétation. Dans une telle hypothèse, le Conseil constitutionnel juge que la loi n'est conforme à la Constitution qu'à la condition d'être interprétée dans le sens qu'il indique dans sa décision. Cette technique jurisprudentielle, solidement établie dans le cadre du contrôle des lois avant leur promulgation prévu par l'article 61 de la Constitution, a également été utilisée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, contrôle des lois promulguées prévu par l'article 61-1 de la Constitution, qui est issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de faire application, pour trancher un litige dont il était saisi, d'une loi que le Conseil constitutionnel avait, dans le cadre de son contrôle des lois non promulguées, déclarée conforme à la Constitution sous une réserve d'interprétation. L'assemblée du contentieux avait alors jugé que l'interprétation de la loi ainsi donnée par le Conseil constitutionnel s'imposait au juge administratif (11 mars 1994, *SA « La Cinq »*, n° 115052). Même sans s'y référer directement, le Conseil d'État faisait application de l'article 62 de la Constitution, qui dispose que « *les décisions du Conseil constitutionnel (...) s'imposent (...) à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».



Par la décision *Mme Dana*, le Conseil d'État a, dans la lignée de cette jurisprudence, adopté une solution identique pour les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et statue ainsi sur une loi déjà entrée en vigueur. Le Conseil d'État a jugé, en se référant à l'article 62 de la Constitution, que les réserves d'interprétation dont le Conseil constitutionnel assortit la déclaration de conformité à la Constitution d'un article de loi s'imposaient au juge administratif dans tous les litiges où il doit faire application de cet article (26 mars 2012, *Mme Dana*, n° 340466).

Avis des autorités administratives indépendantes

Les autorités administratives indépendantes (AAI) interviennent dans différents champs de la vie économique, sociale et culturelle. Les décisions, avis ou recommandations que ces autorités prennent ou rendent à raison de leur activité, font l'objet d'un contentieux croissant.

Dans une décision *Société Casino Guichard-Perrachon*, le Conseil d'État s'est penché sur la question de savoir si pouvaient faire l'objet d'un recours contentieux les avis consultatifs rendus par l'Autorité de la concurrence à la demande du Gouvernement, des collectivités territoriales ou d'organismes chargés d'une mission de service public ou défendant un intérêt public (article L. 462-1 du code de commerce). Le Conseil d'État a apporté une réponse négative.

Lorsque l'Autorité de la concurrence émet un avis, elle est libre de faire toutes les préconisations relatives à la question de concurrence qui lui est soumise. L'Autorité s'adresse alors tout à la fois au législateur, aux ministres intéressés et aux opérateurs économiques. Le Conseil d'État a jugé que les prises de position et recommandations formulées à cette occasion, lorsqu'elles ne revêtent pas le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité de la concurrence pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance, ne constituent pas des décisions faisant grief. Elles ne sont alors pas faire l'objet d'un recours contentieux.

Dans l'affaire dont il était saisi, le Conseil d'État a constaté que l'avis, qui portait sur la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, ne formulait pas d'appréciations emportant des effets de droit. Il a donc jugé que cet avis n'était pas susceptible de recours et a rejeté comme irrecevable la demande d'annulation de cet avis (SSR, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193).

Contradictoire et secret de la défense nationale

À l'occasion d'un litige formé par une association de vétérans des essais nucléaires, le Conseil d'État a tranché une question de procédure concernant la communication de documents administratifs couverts par le secret de la défense nationale.

L'association requérante avait demandé au ministre de la défense la communication de différents rapports concernant les essais nucléaires ayant eu lieu entre 1960 et 1996 dans le Sahara et en Polynésie française. Le ministre ayant refusé, l'association s'était tournée vers le tribunal administratif.

Les articles L. 2312-1 et suivants du code de la défense prévoient qu'une juridiction peut, à l'occasion d'un litige, demander à l'administration la déclassification et la communication d'informations protégées au titre du secret de la défense nationale. En pareil cas, une procédure spécifique est prévue : l'administration saisit la



Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), autorité administrative indépendante chargée de donner un avis sur cette demande de déclassification en prenant en considération les exigences de la justice, le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. Le sens de cet avis est public, mais l'administration reste libre de le suivre ou pas.

En l'espèce, le tribunal administratif avait ordonné au ministre de saisir la CCSDN d'une demande d'avis sur le déclassé et la communication des rapports demandés, de se prononcer à nouveau au vu de cet avis de la CCSDN, et, dans le cas où il estimerait que la classification et le refus de communication de tout ou partie de ces documents seraient justifiés par le secret de la défense nationale, de verser au dossier de l'instruction écrite contradictoire tous éléments d'information sur les raisons de l'exclusion des documents en cause, dans des formes préservant le secret de la défense nationale. Le ministre contestait cette décision du tribunal administratif.

Le Conseil d'État a rejeté le pourvoi en cassation du ministre.

Le Conseil d'État a notamment tranché la question de savoir si la procédure de saisine de la CCSDN peut être engagée à l'occasion d'un litige qui n'a pour objet que la communication de documents classifiés, ou si, comme le soutenait le ministre, celle-ci ne pourrait être poursuivie qu'à l'occasion d'une procédure ayant un autre objet, telle une demande indemnitaire. Il a jugé que la faculté offerte au juge d'engager la procédure de saisine de la CCSDN n'est exclue par aucun texte ni aucun principe dans le cas des recours en excès de pouvoir relatifs à la communication de documents administratifs couverts par le secret de la défense nationale, et ce alors même que la commission d'accès aux documents administratifs est par ailleurs compétente, sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, pour rendre un avis sur la communication de tels documents.

Le Conseil d'État a également validé la décision du tribunal administratif d'ordonner au ministre, dans le cas où il refuserait in fine la déclassification des documents demandés, de verser au dossier de l'instruction écrite contradictoire tous éléments d'information sur les raisons de l'exclusion des documents en cause, dans des formes préservant le secret de la défense nationale. Cette injonction s'inscrit dans la droite ligne d'une jurisprudence bien établie (CE, Ass., 6 novembre 2002, *M. Moon Sun Myung c/ CNIL*, n° 194295) selon laquelle il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, de prendre toutes mesures propres à lui procurer les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige, y compris dans les cas où les informations dont la communication est sollicitée sont couvertes par un secret garanti par la loi ou concernent la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique.

Suivant ces principes, si l'administration invoque l'un de ces motifs pour refuser de communiquer des documents, il lui appartient de verser au dossier de l'instruction écrite contradictoire tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées et les raisons de leur exclusion, de façon à permettre au juge administratif de se prononcer en connaissance de cause sans porter, directement ou indirectement, atteinte aux secrets garantis par la loi ou imposés par des considérations tenant à la sûreté de l'État, à la défense et à la sécurité publique. Le Conseil d'État a réaffirmé cette ligne jurisprudentielle et précisé qu'il n'y a pas lieu d'y déroger lorsque l'on se situe dans le cadre de la procédure spécifique de saisine de la CCSDN (20 février 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 350382).



Contrôle des conflits d'intérêts

En vertu de l'article L. 1151-3 du code de la santé publique, les actes médicaux « à visée esthétique » dont la mise en œuvre présente un danger grave ou une suspicion de danger grave pour la santé humaine peuvent être interdits par décret pris après avis de la Haute Autorité de santé.

En 2010, sur le fondement de ces dispositions, le ministre de la santé avait saisi la Haute Autorité de santé d'une demande d'avis sur les dangers sanitaires s'attachant aux techniques aminçissantes dites de « lyse adipocytaire », consistant en la destruction des cellules graisseuses. La Haute Autorité de santé avait confié à trois membres de son service « Évaluation des actes professionnels » ainsi qu'à deux médecins référents le soin de réaliser une étude d'évaluation. Elle a rendu son avis le 17 décembre 2010. À la suite de cet avis, un décret du 11 avril 2011 et relatif à l'interdiction de la pratique d'actes de lyse adipocytaire à visée esthétique a été adopté.

Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre ce décret a été conduit à se prononcer sur un moyen tiré du défaut d'impartialité des membres de l'équipe d'évaluation diligentée par la Haute Autorité de santé. Il était soutenu d'une part que les déclarations d'intérêts de certains membres n'avaient pas été publiées et, d'autre part, que l'un de ces membres était en situation de conflits d'intérêts à raison de ses liens avec un praticien ayant pris publiquement position contre le recours à certaines techniques de lyse adipocytaire.

Pour répondre à ce moyen, le Conseil d'État a consacré une solution déjà mise en œuvre dans un précédent de 2011 (CE, 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n° 334396). Il a jugé que ne peut être regardé comme un défaut d'impartialité la seule absence de publication d'une déclaration d'intérêts. Mais, confronté à un tel moyen, il a précisé que le juge doit en revanche prendre une mesure d'instruction en vue de faire verser cette déclaration au dossier du litige, afin de déterminer si d'éventuels liens d'intérêts auraient été de nature à entacher l'avis rendu d'un manquement à l'impartialité. Rendue dans le secteur la santé, cette solution apparaît aisément transposable à tous les autres domaines dans lesquels des organismes indépendants jouent un rôle consultatif ou décisionnaire et dont les membres doivent déclarer leurs intérêts (17 février 2012, *Mme Arigon-Lali*, n° 349431).

Responsabilité

Causalité et action en responsabilité

Dans une affaire jugée le 24 avril 2012, le Conseil d'État a statué sur une demande d'indemnisation présentée en réparation du préjudice moral causé aux requérants par le suicide de leur fils, intervenu alors que celui-ci se trouvait en détention. Le dommage trouvait sa cause dans les agissements conjoints de l'administration pénitentiaire et d'un établissement public de santé..

Selon la jurisprudence, lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la



condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux (Conseil d'État, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890).

Dans la décision rendue le 24 avril, le Conseil d'État a jugé que les requérants pouvaient légalement invoquer à l'encontre de l'administration pénitentiaire, indépendamment du cas où la faute commise serait exclusivement imputable à l'établissement public de santé où a été soigné le détenu, une faute du personnel de santé de l'unité de consultation et de soins ambulatoires de l'établissement public de santé auquel est rattaché l'établissement pénitentiaire s'il s'avère que cette faute a contribué à la faute du service public pénitentiaire.

La solution retenue par la décision *Madranges*, à propos d'un dommage résultant de fautes commises par le service de médecine préventive d'une université et un centre hospitalier, a donc été réaffirmée alors même qu'en l'espèce, l'unité de consultation et de soins ambulatoires de l'établissement pénitentiaire, dans laquelle le personnel médical et paramédical intervenait, était placée sous l'autorité du centre hospitalier auquel cet établissement pénitentiaire était rattaché.

Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que dans une telle configuration, l'État peut, s'il l'estime fondé, exercer une action en garantie contre l'établissement public de santé.

Cette décision s'inscrit dans le mouvement qui tend, en droit de la responsabilité administrative, à ouvrir aux victimes une forme de « guichet unique ». L'action publique fait intervenir, sans doute davantage que par le passé, un grand nombre d'acteurs, souvent étroitement imbriqués. Il est de bonne administration de la justice de ne pas opposer aux requérants qui recherchent l'indemnisation d'un préjudice causé dans le cadre d'agissements de l'administration le fait de n'en avoir pas isolé les différentes composantes (24 avril 2012, *M. et Mme Massioui*, n° 342104).

Régime de présomption de faute

Une décision *Mlle Bussa* du 17 octobre 2012 (n° 348440) a été l'occasion pour le Conseil d'État de déterminer s'il y avait lieu de reconnaître un régime de présomption de faute en cas de divulgation d'informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant né sous X.

Le contentieux administratif de la responsabilité distingue le régime de faute prouvée et celui de faute présumée. En principe, c'est à celui qui allègue une faute de l'administration qu'il incombe de la prouver. Néanmoins, dans certains cas qui résultent soit de la loi soit de la jurisprudence, la faute de l'administration peut être présumée : c'est alors à l'administration mise en cause qu'il appartient d'établir qu'elle n'a pas commis la faute que le demandeur lui impute.

Les régimes de présomption de faute à l'encontre de l'administration se caractérisent par une très forte atténuation de la charge de la preuve incombant à la victime. Ils ont été dégagés par la jurisprudence dans des cas où l'existence d'une faute est certaine, qu'elle se manifeste par un préjudice pour celui qui la subit et qu'il est impossible, ou très difficile, pour la victime d'établir précisément l'origine exacte de cette faute.

Le domaine médical s'est particulièrement prêté à la reconnaissance de tels régimes de faute présumée : ainsi, dans le cas où un geste courant à caractère bénin emporte des conséquences dommageables, sans rapport avec l'état initial du patient, leur



survenue est présumée révéler une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier (19 mars 1969, *Assistance publique à Paris c/ Dlle Bey*, n° 71682 et 71686, et 21 octobre 2009, *Mme Altet-Caubissens*, n°314759).

Dans les faits de l'affaire *Mlle Bussa*, une enfant née sous X avait été recueillie en qualité de pupille de l'État par le service d'aide sociale à l'enfance du département des Alpes-Maritimes, puis confiée à un couple l'ayant adoptée. Une quinzaine d'années après la naissance de l'enfant, sa mère biologique avait pu obtenir communication des informations relatives au nouvel état civil de cet enfant et au nom de ses parents adoptifs. Elle s'était alors manifestée de manière insistante et répétée auprès d'eux pendant plusieurs années. Ces derniers avaient saisi le juge administratif d'une demande de réparation du préjudice moral lié à la divulgation fautive de données confidentielles par les services du département. Le tribunal puis la cour avaient rejeté leurs requêtes, au motif que les requérants n'apportaient pas la preuve qui leur incombait que les services du département auraient commis une faute de nature à engager la responsabilité de ce département.

Le Conseil d'État a censuré ce raisonnement pour erreur de droit. Il a retenu l'existence d'une présomption de faute du service de l'aide sociale à l'enfance du département lorsqu'une information relative à l'identité d'un enfant adopté né sous X, que la loi interdit de divulguer, est révélée à un tiers. Le régime de responsabilité de droit commun fondé sur la faute prouvée, retenu par les juges du fond, a donc été écarté.

La présomption de faute vaut ici à l'encontre du département : même s'il n'intervient pas à titre exclusif dans la procédure d'adoption des pupilles, il se trouve au cœur du dispositif et, ainsi, dépositaire sur le plan juridique du secret des origines de l'enfant. Le Conseil d'État a donc estimé que le fait qu'un tiers – en l'espèce la mère biologique – ait eu connaissance des informations confidentielles relatives à la nouvelle identité de cet enfant et à celle de ses parents adoptifs révélait une faute dans le fonctionnement du service de l'aide sociale à l'enfance du département, de nature à engager la responsabilité de ce dernier.

Cette présomption de faute peut néanmoins être réfutée : les services de l'aide sociale à l'enfance du département peuvent s'exonérer de leur responsabilité s'ils démontrent que la divulgation des informations en cause est imputable à un tiers ou à une faute de la victime (17 octobre 2012, *Mlle Bussa*, n° 348440).

Règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux

Dix ans après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, le Conseil d'État est venu préciser, par un avis contentieux rendu le 17 septembre 2012, l'articulation entre la procédure de règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux et ses éventuels prolongements contentieux d'une part, et la procédure contentieuse de droit commun d'autre part.

En premier lieu, le Conseil d'État a tranché les questions qui se posent quand la victime commence par adresser une réclamation à l'hôpital, se voit notifier une décision de rejet, puis saisit la commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI).

Le législateur a prévu que le délai de recours contentieux contre la décision de rejet est suspendu en cas de saisine de la CRCI (dernier alinéa de l'article L. 1142-7, du code de la santé publique). Le Conseil d'État a toutefois précisé que si la CRCI est saisie alors que la décision de rejet est devenue définitive, le délai de recours n'est pas



rouvert et son expiration fait obstacle à ce que la réparation du dommage puisse être mise à la charge de l'hôpital. La commission pourra certes être conduite à prendre parti sur la question de savoir si le dommage engage la responsabilité de l'hôpital, afin de déterminer s'il ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale. Mais à la suite d'un avis imputant le dommage à l'hôpital, ni l'assureur de celui-ci, ni l'Office national de l'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) par substitution, n'auront à faire une offre d'indemnisation. Et si l'ONIAM indemnise la victime, puis se retourne contre l'hôpital en qualité de subrogé de celle-ci, l'hôpital pourra lui opposer le caractère définitif de la décision rejetant la réclamation préalable.

L'avis contentieux du Conseil d'État a mis toutefois à la charge de l'hôpital deux obligations qui viennent atténuer la rigueur de la solution. D'une part, lorsqu'il notifie à la victime le rejet de sa réclamation, l'hôpital doit lui indiquer non seulement qu'elle dispose d'un délai de deux mois pour saisir le tribunal administratif, mais aussi que ce délai est suspendu en cas de saisine de la CRCI. À défaut de cette double indication, le délai ne courra pas. D'autre part, si la victime saisit la CRCI alors que le rejet de sa réclamation est devenu définitif, l'hôpital doit informer l'ONIAM de cette circonstance en joignant les justificatifs. Faute de l'avoir fait au plus tard à la date à laquelle l'office a fait une offre d'indemnité à la victime, il perd la possibilité d'invoquer la forclusion pour faire échec à une action subrogatoire de l'office.

En deuxième lieu, le Conseil d'État a tranché le sort de l'action engagée contre l'hôpital par l'ONIAM subrogé dans les droits de la victime : si l'ONIAM indemnise la victime sans y être tenu puis exerce devant le tribunal administratif le recours subrogatoire prévu à l'article L. 1142-5 du code de la santé publique, l'établissement peut utilement lui opposer le caractère définitif de la décision pour faire échec à ce recours subrogatoire. L'avis a, pour ce faire, constaté que le législateur n'a pas dérogé au principe selon lequel le subrogé, qui ne saurait avoir plus de droits que le subrogeant, ne peut engager l'action que pour autant que la victime le pourrait encore.

En dernier lieu, s'agissant de l'action des caisses de sécurité sociale contre le responsable d'un dommage corporel, le Conseil d'État a jugé que les dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, bien qu'elles qualifient cette action de subrogatoire, ne permettent pas au responsable d'opposer à la caisse l'irrecevabilité de l'action de la victime. La solution s'inscrit dans la lignée de plusieurs précédents dont aucun ne concernait l'hypothèse de la forclusion mais qui retenaient que les dispositions de l'article L. 376-1 ne font pas dépendre de l'exercice d'un recours par la victime ou ses ayants droit la possibilité pour la caisse de présenter des conclusions tendant au remboursement par le responsable de l'accident des prestations versées à la victime (17 septembre 2012, *Office national de l'indemnisation des accidents médicaux*, n° 360280).

Urbanisme

La section du contentieux a jugé qu'un plan d'occupation des sols (POS) ou un plan local d'urbanisme (PLU) ne peuvent limiter ou interdire l'implantation de lotissements sur le territoire d'une commune. La question, qui n'avait pas reçu jusqu'alors de solution jurisprudentielle, préoccupait de nombreuses communes qui ont interdit dans des zones d'habitat diffus la réalisation de grands programmes d'habitat groupé, communément appelés « lotissements ».



Pour adopter cette solution, la section du contentieux du Conseil d'État a, d'abord, rappelé la définition juridique de la notion de « lotissement » donnée par l'article L. 442-1 du code de l'urbanisme : il s'agit de la faculté pour un propriétaire de procéder à la division de sa parcelle en vue de l'implantation de bâtiments (CE, 28 juin 1996, *M. Durnez*, n° 164480). La section du contentieux en a déduit que la faculté de lotir participe de l'exercice du droit à disposer de ses biens qui est une composante du droit de propriété. Elle a ainsi fait sien le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011.

La faculté de lotir relevant de l'exercice du droit de propriété, seul le législateur est compétent pour l'encadrer. Or la section du contentieux a constaté qu'il n'existait pas de disposition législative du code de l'urbanisme, dans sa version applicable aux faits de l'espèce, habilitant les communes à interdire l'implantation de lotissements.

La section du contentieux a donc jugé que les dispositions d'un règlement du POS qui interdisent l'implantation d'un lotissement, même dans une zone délimitée, étaient illégales pour avoir été prises sans habilitation législative.

Cette solution, qui est également valable pour les règlements de PLU, rattache donc le droit de lotir au droit de disposer d'un terrain et met davantage l'accent, dans l'interprétation de la définition légale de la notion de « lotissement », sur la composante d'opération de division foncière que sur celle de construction de bâtiments. Elle a pour effet de priver de portée les dispositions des règlements des POS et PLU des communes qui interdisent par principe, dans certaines zones, les « lotissements » (Sec., 27 juillet 2012, *M. Hoffmann*, n° 342908).



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

Avertissement : cette 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 2013 sont précédées du signe () dans le texte - ni, bien entendu, la confirmation de la solution qu'elles retiennent par le Conseil d'État.*

Actes

Deux jugements sont à signaler en ce qui concerne la notion d'acte administratif.

* Le tribunal administratif de Caen a jugé que si l'arrêté préfectoral portant création d'une zone de développement de l'éolien ne constitue pas une décision réglementaire, il ne présente pas davantage le caractère d'une décision administrative individuelle. Il s'agit ainsi d'une décision d'espèce. Le tribunal en a déduit que toute personne intéressée peut demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation de cet arrêté à la condition que celui-ci soit devenu illégal à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicton (24 juillet 2012, *Association La Brise des Fiefs*, n° 1200177).

Dans un jugement du 2 août 2012, le tribunal administratif de Toulon a jugé que ni la lettre du préfet adressée au président du conseil général évoquant la réalisation d'une aire de grand passage pour les gens du voyage sur un terrain déterminé, ni le fait que des travaux d'aplanissement du sol de ce terrain aient été réalisés, ne révélaient l'existence d'une décision de principe du préfet de créer une telle aire ou d'une décision d'exécution comportant la réalisation des travaux nécessaires à cette implantation. Si le schéma directeur du département du Var pour l'accueil et l'habitat des gens du voyage prévoyait sur le terrain en cause la réalisation de cette aire, le tribunal a relevé que c'est à la commune ou à l'établissement de coopération communale compétent, et non au préfet, qu'il appartient de mettre à la disposition des gens du voyage une aire aménagée. Il a donc considéré qu'il était saisi d'un recours dirigé contre des actes préparatoires ne faisant pas grief (2 août 2012, *Société camping caravanning de Port Porthuau* et *SARL d'exploitation du camping Port Porthuau*, n° 1001569).

Aide sociale

Par un jugement du 13 septembre 2012, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé que le congrès de la Nouvelle-Calédonie avait méconnu les dispositions du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs... la sécurité matérielle* » en portant de six mois à dix ans la durée préalable de résidence pour bénéficier de l'aide sociale aux personnes âgées et en écartant ainsi de la solidarité, pendant une durée aussi longue, des personnes âgées défavorisées et vulnérables, lesquelles, au surplus, ne peuvent bénéficier du complément retraite de solidarité (13 septembre 2012, *Mme L.*, n° 1200116).

Arts et lettres

Par un arrêt du 31 juillet 2012, la cour administrative d'appel de Paris a jugé que l'exercice du droit de préemption par l'État, sur le fondement du code du patrimoine, en vue de l'acquisition d'une œuvre d'art pouvant être qualifiée de trésor national, était compatible avec les principes issus du droit de l'Union européenne. La cour s'est fondée sur les dispositions du traité instituant la Communauté européenne (devenu traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), qui admettent, par dérogation au principe de libre circulation des marchandises, des restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées notamment par des raisons de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. La cour a estimé en l'espèce que la figure sculptée dite « figure à crochets Yipwon », sur laquelle l'État avait exercé son droit de préemption au profit du musée du quai Branly, était une production originale de l'art statuaire du XVII^e siècle de Papouasie-Nouvelle-Guinée qui présentait un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'art et avait, par suite, les caractéristiques d'un trésor national (31 juillet 2012, *M. B.*, n° 10PA01590).

Collectivités territoriales

Dans le domaine des collectivités territoriales, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ont tranché des litiges qui intéressent tant l'intercommunalité, que l'action extérieure des collectivités ou les relations des collectivités avec l'État ou bien encore qui portent sur l'usage des langues régionales.

S'agissant de l'intercommunalité, la cour administrative d'appel de Douai a jugé, dans un arrêt rendu le 2 février 2012, que les collectivités territoriales ne peuvent décider de constituer ou d'adhérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 que dans le respect des lois qui, en application de l'article 72 de la Constitution, fixent les conditions de leur libre administration. Tel est le cas des dispositions du code général des collectivités territoriales qui régissent les agences départementales. Ces dispositions prévoient que l'agence départementale est un établissement public qui assure une mission d'assistance d'ordre technique, juridique ou financier en vue de l'exercice par les collectivités territoriales concernées de leurs compétences. Dans



ces conditions, la cour a jugé qu'un département ne peut légalement constituer une agence départementale sous forme d'association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 (2 février 2012, *Département de l'Oise*, n° 10DA00798).

Pour sa part, le tribunal administratif de Caen a jugé qu'un conseil municipal ne pouvait légalement organiser une consultation de sa population sur la question du rattachement de la commune à un nouvel établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dans le cadre de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Le préfet du Calvados avait décidé la création d'un nouvel EPCI issu de la fusion de la communauté d'agglomération de Caen la Mer et de la communauté de communes des Rives de l'Odon et du rattachement des communes de Colleville-Montgomery et Ouistreham. Ces deux communes avaient décidé d'organiser une consultation de leur population sur le point de savoir si elle souhaitait que le conseil municipal donne son accord à ce projet. Saisi par le préfet du Calvados, le tribunal a jugé qu'une telle consultation était illégale dès lors qu'elle ne portait pas sur un sujet relevant de la compétence de la commune. En effet, sur cette question, les conseils municipaux doivent seulement être consultés pour avis, de sorte que la commune ne peut être regardée comme détenant une compétence propre en la matière (20 mars 2012, *Préfet du Calvados*, n° 1200181).

De son côté, le tribunal administratif de Poitiers s'est prononcé, dans un jugement du 7 juin 2012, sur le bénéfice par une commune du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) en cas de transfert de compétences à un établissement public de coopération intercommunale. En vertu du code général des collectivités territoriales, une commune ne peut pas bénéficier de ce fonds au titre de travaux qui relèvent de la compétence transférée. Le tribunal a néanmoins jugé que le transfert de la compétence en matière d'assainissement à la communauté d'agglomération ne portait que sur la collecte, le transport et l'épuration des eaux usées, mais pas sur l'assainissement des eaux pluviales. Il a donc admis le droit d'une commune à bénéficier du FCTVA pour des travaux qu'elle avait personnellement réalisés sur ses collecteurs d'eaux pluviales (7 juin 2012, *Commune de Royan*, n° 1003079).

* S'agissant de l'action extérieure des collectivités, le tribunal administratif de Lyon a annulé, par un jugement du 5 avril 2012, une délibération du conseil régional de Rhône-Alpes approuvant une convention de financement pour la restauration de la basilique Saint-Augustin d'Hippone à Annaba en Algérie. Il a considéré qu'il résultait des dispositions de l'article L. 1115-1 du code général des collectivités territoriales que sauf cas d'urgence et pour les aides à caractère humanitaire, les conventions de coopération décentralisée ne peuvent être conclues qu'avec les autorités locales étrangères, à l'exclusion de toute personne n'ayant pas ce caractère. En l'espèce, les cocontractants, pour la partie algérienne, de la convention de financement comprenaient, outre la Wilaya (entité administrative correspondant à une région) et la commune d'Annaba, l'association diocésaine d'Algérie, personne morale de droit privé qui ne pouvait être regardée comme autorité locale au sens de ces dispositions (5 avril 2012, *Association libre pensée et d'action sociale du Rhône*, n° 1007858).

* S'agissant des rapports des collectivités territoriales avec l'État, le tribunal administratif de Grenoble a jugé, le 6 avril 2012, que les départements, bien qu'ils disposent d'une compétence générale en matière d'aide sociale, ne peuvent normalement se substituer à l'État, compétent en vertu du code de l'action sociale et des familles, pour intervenir en matière d'hébergement d'urgence des personnes sans abri qui se trouvent en situation de détresse médicale, psychique et sociale. Cependant, le tribunal a introduit une dérogation au cas où les départements se trouvent contraints,



dans le cadre de leur compétence générale en matière d'aide sociale, d'accueillir, en urgence, des personnes en situation de grande détresse relevant en principe du dispositif d'hébergement d'urgence à la charge de l'État mais que celui-ci n'a pas été en mesure d'assurer en raison d'une carence caractérisée de ses services. Dans cette hypothèse, a jugé le tribunal administratif, les départements sont fondés à demander une indemnisation à l'État pour avoir supporté des charges qui ne leur incombaient pas mais auxquelles ils ne pouvaient pas se soustraire (6 avril 2012, *Département de l'Isère*, n° 1003760).

Enfin, par un arrêt du 3 juillet 2012, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé qu'une commune peut légalement décider d'apposer au dessous des panneaux d'entrée d'agglomération indiquant le nom de cette commune en français, des panneaux comportant la traduction en langue régionale de ce nom, sans même avoir à justifier de l'existence de circonstances particulières ou de considérations d'intérêt général. Pour la cour, une telle décision n'est contraire, ni à la Constitution, ni à la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel. La cour a en outre précisé que la circonstance que le code de la route n'a pas prévu cette possibilité de traduction est sans influence sur la légalité de la décision en cause (3 juillet 2012, *Commune de Villeneuve-lès-Maguelone*, n° 10MA04419).

Compétences juridictionnelles

Les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ont examiné des affaires qui posaient tant la question de la compétence des juridictions françaises que celle de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire.

S'agissant de la compétence des juridictions françaises, la cour administrative d'appel de Douai a jugé, par un arrêt rendu le 29 mai 2012, que les juridictions françaises étaient incompétentes pour connaître d'un litige relatif à un marché public qui comporte une clause attribuant compétence exclusive aux tribunaux ordinaires de Bruxelles/Belgique. Pour admettre cette exception d'incompétence, la cour a fait application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et a relevé que le marché public en litige entrait dans le champ d'application de ce règlement, dès lors qu'il ne se rattachait pas à l'exercice de la puissance publique (29 mai 2012, *SA King consult*, n° 10DA01035 et n° 12DA00117).

S'agissant de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire et, en premier lieu, de la reconnaissance de la compétence du juge administratif, la formation plénière de la cour administrative d'appel de Versailles a jugé, dans un arrêt du 16 juillet 2012, que l'injonction adressée par le directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à un professionnel de se conformer aux obligations du code de la consommation, présente le caractère d'une décision administrative faisant grief, détachable des procédures judiciaires susceptibles d'être par ailleurs engagées en vue de faire cesser les manquements constatés. La cour a donc jugé que cette injonction pouvait être contestée devant le juge administratif (16 juillet 2012, *Société Canal + France et Société Canal + distribution*, n° 10VE03618).



En ce qui concerne, en second lieu, les cas où le juge administratif a décliné sa compétence, le tribunal administratif de Toulouse, dans un jugement du 27 juin 2012, a jugé que le litige tendant à la réparation des préjudices qui trouveraient leur source dans l'occupation par une commune de locaux relevant du domaine privé du département était porté devant une juridiction incompétente pour en connaître, alors même que les locaux sont affectés aux besoins d'un service public. Il s'agissait en l'espèce des locaux abritant un centre culturel multimédia soumis aux dispositions de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (27 juin 2012, *Département de l'ARIEGE*, n° 0803208).

De son côté, dans un jugement du 20 décembre 2012, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand, saisi d'un recours formé à l'encontre d'un contrat passé entre une société d'autoroute et une société privée, a estimé que les opérations de dépannage et de remorquage d'urgence faisant l'objet du contrat ne font pas participer les entreprises de dépannage aux travaux publics confiés par l'État à la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône. Par conséquent, il a jugé que ce contrat, passé entre deux sociétés de droit privé, ne pouvait être qualifié de contrat administratif et ne relevait donc pas de la compétence du juge administratif (20 décembre 2012, *SARL Chantelle Auto et SARL Garage Michel*, n° 1101365).

Pour sa part, le tribunal administratif de Nantes a jugé qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des décisions par lesquelles le juge de l'application des peines place un condamné sous surveillance électronique mobile. Le tribunal a considéré qu'il s'agissait d'une mesure qui modifie les limites de la peine et qui n'est donc pas détachable de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Seul le juge judiciaire peut être saisi pour contrôler ces décisions (13 novembre 2012, *M. O.*, n° 0906723).

Comptabilité

Par un arrêt rendu le 10 avril 2012, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que les facilités de paiement accordées par un comptable public, telles un échéancier de paiement pour le recouvrement d'une créance, confèrent des droits au débiteur, mais qu'ils n'ont pas pour autant le caractère de droits acquis insusceptibles d'être remis en cause pour l'avenir. Notamment, a jugé la cour, le comptable public peut se fonder sur l'amélioration des capacités contributives du débiteur pour remettre en cause l'échéancier initialement accordé, alors même que cet échéancier ne comportait aucune clause expresse de révision des modalités de paiement (10 avril 2012, *M. D.*, n°s 10DA01394 et 2DA00029).

Contrats

Le contentieux contractuel a amené les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs à prendre position sur de nombreuses questions, notamment dans le cadre des recours en contestation de la validité du contrat ou en contestation de la validité d'une mesure de résiliation du contrat, mais aussi à propos des biens de retour d'une concession ou encore s'agissant des partenariats public-privé.



S'agissant du recours en contestation de la validité du contrat exercé par les concurrents évincés, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a jugé que l'attributaire du contrat, mis en cause, le cas échéant, par le juge, n'est pas recevable à présenter, dans la même instance, des conclusions indemnitaires à l'encontre du pouvoir adjudicateur tendant à la réparation des préjudices susceptibles de résulter de la résiliation ou de l'annulation du contrat litigieux. Il a en effet estimé que, à la différence des conclusions indemnitaires que peut présenter à titre accessoire le concurrent évincé, les conclusions indemnitaires de l'attributaire du contrat portent sur un litige distinct et doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentées à l'appui d'un recours de plein contentieux distinct de celui formé par le concurrent évincé (30 octobre 2012, *Sté Francilia c. Commune de Sarcelles*, n° 1102422).

Le tribunal administratif de Lille, pour sa part, était saisi d'un déféré préfectoral dirigé à la fois contre la délibération d'un conseil de communauté urbaine habilitant son président à signer un contrat de délégation de service public et contre ce contrat. Par un jugement du 14 février 2012, il a annulé la délibération pour insuffisance de motivation. En revanche, statuant en qualité de juge du plein contentieux sur la validité du contrat, il a considéré que l'illégalité de la délibération ne pouvait conduire à une annulation du contrat lui-même, aucun autre moyen n'apparaissant de nature à emporter une telle mesure. En conséquence, après avoir pris en compte les motifs d'intérêt général en présence et les droits des cocontractants, le tribunal a décidé de prononcer la poursuite de l'exécution du contrat (14 février 2012, *Préfet du Nord*, n° 1005777).

A noter également que le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé que le délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, permettant à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, est un délai spécifique à ce type de recours. Il a donc considéré que l'article R. 421-6 du code de justice administrative qui dispose que, devant les tribunaux administratifs de Mayotte, de la Polynésie française, de Mata-Utu et de Nouvelle-Calédonie, le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 421 1 est porté à trois mois, est inapplicable (14 juin 2012, *GIE de transport interprovincial*, n° 1200036).

En ce qui concerne plus précisément l'appréciation des offres et le choix de l'attributaire, la cour administrative d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 5 juillet 2012, a estimé que lorsque le cahier des clauses techniques générales a spécifié les garanties attendues d'un marché d'assurances et demandé aux candidats de chiffrer d'éventuelles variantes, la pratique des réserves ne saurait modifier substantiellement la solution de base sans entacher l'offre d'irrégularité, en l'absence de chiffrage séparé d'une variante. En application de ce principe, elle a considéré que l'offre contestée était irrégulière et elle a annulé le marché à la demande d'un concurrent évincé, en l'absence de motifs d'intérêt général y faisant obstacle (5 juillet 2012, *Cabinet d'assurances Axa Laroche*, n° 11BX00828).

Le tribunal administratif de Bastia, dans un jugement du 6 décembre 2012, a jugé que la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de son obligation d'informer les candidats évincés des motifs de rejet de leur offre n'a pas constitué une irrégularité de nature à entraîner l'annulation ou la résiliation du marché. Le tribunal a pris en compte la circonstance que ces motifs avaient été expliqués par le pouvoir adjudicateur dans son mémoire en défense et qu'ils ont ainsi pu être discutés par la partie requérante. Le tribunal a en outre jugé que cette irrégularité n'était pas à



l'origine du préjudice, comprenant les frais de présentation de l'offre et le manque à gagner, dont la société requérante demandait réparation (6 décembre 2012, *M. S. et M. S.*, n° 1100851).

S'agissant du recours en contestation de la validité d'une mesure de résiliation, le tribunal administratif de Bastia a jugé, le 19 décembre 2012, que la résiliation d'un marché ne peut être regardée comme fondée sur un motif d'intérêt général dès lors qu'elle est intervenue parce que celui-ci a été signé alors que le maître d'ouvrage ne détenait pas les autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux et qu'il ne pouvait ignorer la difficulté qu'il aurait pour les obtenir. Le tribunal a estimé, dans les circonstances de l'espèce, que la société prestataire était fondée à demander que la résiliation du marché soit prononcée aux torts du maître d'ouvrage et que celui-ci soit condamné à lui rembourser l'intégralité des dépenses engagées utilement pour la réalisation du marché, comme celles supportées du fait de cette résiliation ainsi que de son manque à gagner (19 décembre 2012, *Société Alabama Media SAS*, n° 1200213).

Dans un jugement du 28 juin 2012, le tribunal administratif de Toulon a jugé quant à lui qu'une décision constatant la caducité d'une convention d'aménagement d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) constituait une mesure d'exécution de ce contrat et que le recours dirigé contre cette décision relevait du plein contentieux. Le tribunal, se fondant sur une stipulation de la convention prévoyant sa résolution en l'absence des autorisations nécessaires à l'aménagement de la zone, a en outre confirmé la caducité de la convention. Il a enfin refusé de faire droit à la demande de la société requérante tendant à une reprise des relations contractuelles, en estimant notamment que les éventuelles illégalités externes affectant la délibération litigieuse ne constituaient pas des vices d'une gravité suffisante (28 juin 2012, *Société Sainte Eulalie Développement*, n° 1002027)

S'agissant de l'application de la théorie des biens de retour (à propos de laquelle, v. *supra*, CE, Assemblée, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*), deux décisions sont à signaler.

La cour administrative d'appel de Lyon a jugé, dans un arrêt rendu le 16 février 2012, que la passation d'une convention d'exploitation de remontées mécaniques n'est pas subordonnée à la condition que la commune, chargée de l'organisation et l'exécution du service des remontées mécaniques, se rende préalablement propriétaire, à l'amiable ou par voie forcée, des remontées existantes. La cour a estimé que si les règles qui gouvernent les concessions de service public imposent que les biens nécessaires au fonctionnement du service public appartiennent à la collectivité concédante dès l'origine, ce principe ne trouve pas nécessairement à s'appliquer à toute convention d'exploitation d'un équipement, lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il l'a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci. La cour a précisé que si lesdits biens sont nécessaires à l'exploitation du service, il appartient à la collectivité de se réserver la faculté d'en faire l'acquisition au terme de la convention (16 février 2012, *Société Télépente des Gets*, n° 10LY02315).

* Par un jugement du 9 mars 2012, le tribunal administratif de Nice a jugé que s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand



l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle. En pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire. Par application de ces principes, il a enjoint à l'ancien aménageur d'une zone d'aménagement concertée (ZAC) de faire retour à une commune, comme le prévoient les stipulations du contrat qui les liait, de terrains de cette commune acquis par lui et dont il était demeuré propriétaire (9 mars 2012, *Syndicat mixte pour l'aménagement et l'exploitation de la station d'Isola 2000 et commune d'Isola*, n° 0703648).

Enfin, dans le domaine des partenariats public-privé (PPP), la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé, par un arrêt du 26 juillet 2012, la délibération du conseil municipal de Biarritz autorisant le maire à signer un contrat de partenariat en vue de la réalisation de la « cité du surf et de l'océan » et de l'extension de l'aquarium du musée de la mer. La cour a rappelé que le contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations d'urgence ou de complexité. S'agissant du projet de « cité du surf et de l'océan », la cour a relevé qu'au regard de l'état d'avancement du projet, la commune n'avait pas été dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique de ce projet. Elle a donc jugé que la condition relative à la complexité n'était pas remplie. S'agissant du musée de la mer, la cour a estimé qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que les caractéristiques techniques, fonctionnelles et économiques des ouvrages présentaient un degré de complexité tel qu'ils justifiaient de déroger au droit commun de la commande publique. La cour a notamment écarté les arguments de la commune sur la taille du nouveau bassin, la nécessité de travaux souterrains, la proximité d'autres ouvrages et la présence du public ou encore sur les perspectives de rapprochement entre la cité et le musée (26 juillet 2012, *M.*, n° 10BX02109).

Contributions et taxes

En matière fiscale, sont à signaler des arrêts et des jugements qui ont pris position tant sur différentes questions relatives au bien-fondé de l'imposition que sur plusieurs aspects de la procédure d'établissement de cette imposition.

* Par un arrêt du 3 juillet 2012, la cour administrative d'appel de Versailles a jugé que les dispositions du code général des impôts qui prévoient une retenue à la source sur les dividendes perçus de sociétés françaises par des sociétés ayant leur domicile fiscal dans d'autres États membres de la Communauté européenne que la France sont constitutives d'une restriction discriminatoire à la liberté de circulation des capitaux prévue par le traité instituant la communauté européenne dès lors qu'elles s'appliquent à des sociétés dont l'activité, relevant d'une gestion désintéressée et sans but lucratif, est similaire à celles d'organismes établis en France qui sont dans ce cas exonérés de toute imposition (10 août 2012, *Versorgungswerk Der Zahnärztekammer Aus Berlin*, n°s 10VE01167-10VE01909).

Par un jugement du 29 décembre 2012, le tribunal administratif de Versailles a jugé que les articles 145 et 216 du code général des impôts, qui définissent le champ d'application et les modalités du régime fiscal des sociétés mères, sont des textes de droit national pris pour la transposition de la directive dite « mère-fille » du 23 juillet 1990 alors même qu'ils n'ont pas été formellement modifiés lors de la transposition



de ladite directive. Le tribunal a ensuite considéré que ces textes devaient être interprétés à lumière de cette directive, y compris dans des situations de pur droit interne (société mère et filiale ayant leur siège en France). En l'espèce, le tribunal a considéré que l'administration fiscale ne pouvait appliquer aux dividendes versées par une filiale française à la société mère de même nationalité, des conditions plus strictes que celles de la directive (29 décembre 2012, *Technicolor SA*, n° 09661).

* Par un jugement du 9 février 2012, le tribunal administratif de Montreuil a jugé que l'attribution d'un nom de domaine par l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC) constituée, pour la définition du bénéfice net, un élément d'immobilisation incorporelle à inscrire à l'actif du bilan. Le tribunal a relevé que l'attribution du nom de domaine confère à son titulaire un droit d'usage exclusif de ce nom sur le réseau Internet et lui permet d'en tirer régulièrement des revenus, soit en l'exploitant, soit en confiant à un tiers cette exploitation. Il a aussi relevé que l'attribution du nom, bien que délivrée pour une durée limitée, est renouvelable tacitement sans limitation du nombre de renouvellements et que son titulaire dispose d'un droit de priorité (9 février 2012, *Société EBAY France*, n° 1000879).

Par vingt jugements du 21 juin 2012, le tribunal administratif de Montpellier a jugé que la valeur locative de logiciels doit être prise en compte pour la détermination des bases imposables à la taxe professionnelle dans le cas où ils sont exclusivement dédiés à certains équipements ou matériels et sont indispensables à leur fonctionnement en vue de la réalisation de l'objet social du redevable. Il a ainsi estimé que, bien qu'ils constituent par nature des éléments incorporels, les logiciels mis en œuvre par un opérateur de téléphonie mobile, dès lors qu'ils ont été conçus pour répondre exclusivement aux besoins des matériels informatiques utilisés par le redevable, et ne sont dotés d'aucune fonctionnalité autonome, doivent être regardés comme la composante indissociable des immobilisations corporelles dont l'entreprise avait disposé pour les besoins de son activité professionnelle imposable dans chacun de ses établissements (21 juin 2012, *Société anonyme Bouygues Télécom*, nos 0905605 à 1002599).

Par un jugement du 28 décembre 2012, le tribunal administratif de Versailles a jugé, en se fondant notamment sur les travaux préparatoires de la loi ayant institué le dispositif du « bouclier fiscal », que les prestations compensatoires versées dans le cadre d'un divorce devaient, au même titre que les pensions alimentaires au sens strict, être retranchées du revenu imposable pour la détermination du taux d'imposition déclenchant le bénéfice du « bouclier fiscal » (28 décembre 2012, *M. et Mme G*, n° 0903770).

* Le tribunal administratif de Nancy a jugé, par un jugement du 29 mai 2012, que la circonstance que le gérant majoritaire d'une société à responsabilité limitée détienne 45 % des parts de ladite société ne suffit pas à le faire regarder comme maître de l'affaire pouvant déterminer en fait les décisions de la société. Il a donc jugé que l'administration fiscale ne pouvait, en vertu des dispositions combinées des articles 12, 13 et 83 du code général des impôts, retenir les sommes inscrites en charges à payer pour l'assiette de son impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires, dès lors qu'il n'était pas prouvé que le gérant majoritaire les aurait eues à sa disposition dès leur inscription (29 mai 2012, *M. B.*, n° 1001243).

Par un jugement du 2 octobre 2012, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a jugé que la numérotation des parts cédées ne saurait, à elle seule, faire échec à la présomption instituée par l'article 39 *duodecies* du code général



des impôts qui prévoit que, pour déterminer le prix d'acquisition qui entre dans le calcul de la plus value de cession, les parts cédées sont réputées être les parts les plus anciennes du portefeuille (2 octobre 2012, *M. F.*, n° 1001416).

Par un arrêt du 18 octobre 2012, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé que le respect des conditions prévues par le code général des impôts pour que les investissements mis à disposition d'une entreprise dans le cadre d'un contrat de location puissent bénéficier de la réduction d'impôt pour investissement outre-mer ne concerne pas l'obligation d'agrément ministériel préalable à l'opération. La cour en a déduit que l'investissement réalisé par le loueur n'est pas subordonné à un agrément préalable se rapportant à l'activité du locataire (18 octobre 2012, *Ministre c/ M et Mme C*, n° 11NC00231).

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, par un jugement rendu le 11 octobre 2012, a prononcé la décharge de rappels de taxe sur la valeur ajoutée compte tenu des conditions dans lesquelles l'administration fiscale a exploité des informations fournies par les autorités judiciaires suisses. Le tribunal a jugé que l'administration fiscale française, lorsqu'elle utilise des informations communiquées dans le cadre de la convention européenne d'entraide judiciaire, est tenue non seulement de respecter les règles fixées par cette convention mais aussi les réserves formulées par les autres États. En l'espèce, la Suisse avait formulé une réserve selon laquelle elle n'accorde l'entraide judiciaire qu'à la condition expresse que les résultats des investigations et les renseignements contenus dans les documents et dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie. Or l'administration fiscale avait exploité à des fins fiscales des documents bancaires transmis par les instances judiciaires suisses aux instances judiciaires françaises à la seule fin de la répression d'infractions pénales (11 octobre 2012, *M. F.*, n° 1001395).

Le tribunal administratif de Limoges a jugé qu'il résulte des dispositions du livre des procédures fiscales relatives à la vérification des comptabilités informatisées que la remise par le contribuable au vérificateur d'une copie des fichiers de ses écritures comptables sous forme dématérialisée doit donner lieu à un document écrit, daté et signé par le vérificateur et le contribuable, afin, notamment, de formaliser l'accord du contribuable sur la remise de la copie de ses fichiers, de s'assurer de l'origine des copies mises en possession du vérificateur et de la nature du support choisi, ainsi que d'attester de la réalité de la remise de copies de fichiers, en vue de garantir au contribuable la restitution prévue par le texte des copies remises (18 octobre 2012, *SARL Gascoin*, n^{os} 1100745 et 1100747).

Par un arrêt du 6 décembre 2012, la cour administrative d'appel de Nancy a fait une application de la règle selon laquelle nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Elle a jugé qu'une société de gestion immobilière qui, lors de l'acquisition de ses immeubles, a déclaré opter pour son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), puis a déclaré la TVA sur ses locations et obtenu un remboursement de taxe non imputable, n'est pas recevable à se prévaloir de l'irrégularité de son option pour faire échec à son obligation de régularisation de la TVA antérieurement déduite résultant de la cession ultérieure des immeubles (6 décembre 2012, *SARL Julival*, n° 11NC01075).

Le tribunal administratif de Nancy, par un jugement lu le 10 juillet 2012, a rejeté pour irrecevabilité une demande d'annulation d'une condition d'un agrément délivré à une société en vue d'obtenir une exonération d'impôts. Cet agrément est accordé



lors de la reprise d'une entreprise dans les conditions prévues par l'article 44 *septies* du code général des impôts. Il est subordonné au respect d'engagements et de conditions. Le tribunal a jugé que l'agrément forme un tout indivisible et que, par suite, les conclusions tendant à l'annulation d'une seule des conditions de cet agrément sont irrecevables (10 juillet 2012, *Société Sérypress Ne*, n° 1100455).

Cultes

Statuant sur renvoi du Conseil d'État (Ass., 19 juillet 2011, n° 309161), la cour administrative d'appel de Nantes, a jugé, par un arrêt rendu en formation plénière le 20 décembre 2012 que la communauté urbaine du Mans avait pu légalement, sans méconnaître les principes issus de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, aménager un abattoir temporaire pendant la période de l'Aïd El Kebir. Elle a relevé que cet abattoir, destiné à préserver le réseau d'assainissement collectif des effets des abattages clandestins antérieurement constatés et à prévenir tout danger sanitaire, présentait un intérêt public local. Elle a aussi constaté que les modalités de fonctionnement de l'abattoir ne méconnaissaient pas les principes d'égalité et de neutralité dans la mesure où il est ouvert à tout usager potentiel et peut accueillir des abattages autres que rituels. La cour a également estimé que la mise à disposition de cet abattoir à une association, dont les activités sont partiellement cultuelles, ne constituait pas une aide à un culte, dans la mesure où l'association rembourse mensuellement à la communauté urbaine les charges de fonctionnement de l'établissement (20 décembre 2012, *Communauté urbaine du Mans - Le Mans Métropole*, n° 11NT02082).

Domaine

Dans le contentieux du domaine des personnes publiques, l'essentiel des affaires à signaler portent sur l'occupation du domaine public, que ce soit sous l'angle de l'autorisation ou de la convention nécessaire pour occuper le domaine public ou celui de la redevance à verser pour cette occupation.

* Par un arrêt rendu le 26 juin 2012, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que l'utilisation d'une dépendance du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage qui appartient à tous ne nécessite la délivrance d'aucune autorisation et ne donne pas lieu à assujettissement au paiement d'une redevance au titre de cette utilisation. Elle a tiré les conséquences de cette règle en annulant une délibération par laquelle une commune avait instauré une redevance d'utilisation du domaine public pour tous distributeurs automatiques bancaires installés en façade de bâtiment et accessibles directement depuis le domaine public ainsi que pour tous les commerces pratiquant des ventes ou activités diverses au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le domaine public (26 juin 2012, *M. C. et autres c/ commune d'Avignon*, nos 11MA01675 et n° 11MA01676).

Le tribunal administratif de Bastia a jugé, le 12 avril 2012, que si le code du commerce prévoit qu'en cas de fusion-absorption, la société absorbée transmet de plein droit l'ensemble des droits réels dont elle dispose, cette transmission ne saurait concerner les concessions d'occupation du domaine public, qui présentent un caractère



personnel et ne créent pas de droit réel transmissible sur le domaine public, à moins que l'autorité administrative n'ait donné son accord (12 avril 2012, *Société Village Center Loisirs*, nos 1100518 et 1100749).

Par un jugement du 25 septembre 2012, le tribunal administratif de la Polynésie française a jugé que la location par la Polynésie française des biens meubles et immeubles dépendant de l'ensemble immobilier affecté à la Présidence de la Polynésie française pour l'organisation de manifestations ne portait atteinte ni à la liberté du commerce et de l'industrie, ni aux règles de la concurrence. Il a considéré que les prestations proposées n'étaient pas disponibles sur le territoire de la ville de Papeete, qui détermine le périmètre du marché pertinent à prendre en compte, que le niveau de redevances exigées tenait suffisamment compte des coûts directs et indirects de la mise à disposition des équipements et locaux loués et que, cette mise en location, constituant une modalité de gestion du domaine public et de valorisation du patrimoine, répondait à un intérêt public relevant de la compétence et des obligations incombant à cette collectivité (25 septembre 2012, *Conseil des professionnels de l'hôtellerie*, n° 1200171).

* Par un jugement rendu le 28 août 2012, le tribunal administratif de Nancy, se fondant sur une lecture combinée des dispositions des articles L. 2133-3 du code général de la propriété des personnes publiques et L. 1311-5 et L. 1311-7 du code général des collectivités territoriales, a jugé qu'une collectivité territoriale peut résilier unilatéralement avant terme, pour un motif d'intérêt général, tout contrat d'occupation du domaine public, y compris un bail emphytéotique, et ce même sans clause expresse le prévoyant au contrat (28 août 2012, *Mme P.*, nos 1001975 et 1001976).

Par un jugement du 6 novembre 2012, le tribunal administratif de Paris a jugé que les dispositions de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, aux termes desquelles la redevance doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, ne font pas obstacle à ce que la redevance d'occupation domaniale soit déterminée à la suite d'une procédure d'enchères au cours de laquelle chacun des candidats à l'occupation du domaine public est invité à présenter une proposition financière en fonction des avantages de toute nature qu'il escompte de l'autorisation. Il importe toutefois que l'autorité gestionnaire du domaine ait communiqué au préalable aux différents candidats l'ensemble des bases objectives leur permettant de chiffrer leur offre (6 novembre 2012, *Société 20 Minutes*, n° 1108623).

Droits civils et individuels

Les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ont rendu des arrêts et des jugements intéressant les droits et libertés, notamment en matière de bioéthique, de respect de la vie privée, de liberté d'établissement, ou encore à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

* En matière de bioéthique, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a jugé, par un jugement du 13 mars 2012, que l'autorisation nécessaire à la préparation et à la conservation de tissus de thérapie cellulaire ne pouvait être délivrée que sous réserve de justifier d'une finalité thérapeutique avérée. Il a ainsi confirmé la décision de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) retirant



l'autorisation délivrée à une société qui avait développé une activité consistant dans l'extraction de cellules souches présentes dans la pulpe des dents humaines extraites par des dentistes ou des stomatologues et leur conservation dans une banque de cellules souches. Cette préparation et cette conservation étaient destinées à un usage ultérieur par les personnes qui en sont à l'origine, en contrepartie du règlement d'un prix correspondant à de telles prestations. Le tribunal a considéré qu'à la date de la décision contestée, et même si des recherches en ce sens sont en cours, il n'existe pas d'usage thérapeutique avéré pour ces cellules souches. Une telle banque « de précaution » est donc contraire à la législation en vigueur (13 mars 2012, *SAS Institut Clinident Biopharma*, n° 1102070).

En matière de respect de la vie privée, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé, dans un arrêt du 23 février 2012, que la circonstance qu'une femme se serait opposée à la prise de photographies lors de son accouchement n'est pas, à elle-seule, susceptible d'ouvrir droit à réparation pour violation du droit au respect de la vie privée dont le droit à l'image est une composante, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que les clichés auraient été pris à des fins autres que thérapeutiques et dans un but autre que celui d'être versés au dossier médical de l'intéressée, lequel est couvert par le secret médical. Pour la cour, le centre hospitalier, en prenant ces clichés, n'a pas davantage, pour les mêmes motifs, porté atteinte au principe de la dignité de la personne humaine. La cour a également jugé que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée. Elle en a déduit que si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel, direct et certain (23 février 2012, *M. A.*, n° 10NT01752).

Par un jugement du 13 juillet 2012, le tribunal administratif de Paris a annulé les décisions par lesquelles le Garde des sceaux a imposé aux réalisateurs d'un documentaire relatif au transfert des détenus de la maison d'arrêt Jacques Cartier vers le centre pénitentiaire Rennes-Verzèze d'assurer l'anonymat physique et patronymique des personnes détenues apparaissant dans le film lors de diffusions télévisuelles. Le tribunal a estimé que les décisions attaquées méconnaissaient les dispositions de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dès lors qu'il ne ressortait pas du contenu du documentaire que celui-ci serait de nature à faire obstacle à la réinsertion des personnes concernées ou qu'il comporterait des images dégradantes pour les intéressés. En effet, le film n'abordait nullement les faits pour lesquels les personnes détenues qui témoignaient avaient été condamnées et ne décrivait que leurs conditions de détention, en particulier les changements intervenus dans leur quotidien du fait de leur transfert vers un nouveau centre pénitentiaire (13 juillet 2012, *Société Candela production*, n° 121622).

S'agissant de la liberté d'établissement, le tribunal administratif de la Polynésie française a annulé, par un jugement du 6 mars 2012, le refus du conseil des ministres de la Polynésie française d'autoriser un ressortissant du Grand-Duché de Luxembourg à acquérir un bien immobilier en Polynésie française. Pour ce faire, il a estimé que la délibération de l'assemblée territoriale de la Polynésie française du 21 novembre 1996, soumettant à autorisation préalable l'acquisition de tout bien immobilier par des étrangers, y compris des ressortissants des États membres de l'Union européenne, sur le fondement de laquelle avait été prise la décision attaquée, était contraire aux dispositions de la décision 2001/822/CE du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer garantissant la liberté d'établissement, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux (6 mars 2012, *M. H.*, n° 1100479).



Dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés près le tribunal administratif de Nice a fait droit, par une ordonnance du 25 mai 2012, à une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la maison départementale des personnes handicapées d'accorder à une personne paraplégique une subvention pour l'achat d'un nouveau fauteuil roulant. Il a d'abord considéré que le requérant justifiait d'une situation d'urgence dans la mesure où il se trouvait dans l'impossibilité de se déplacer librement en raison de la vétusté de son fauteuil roulant, alors qu'un ergothérapeute était venu constater l'urgence à doter le demandeur d'un fauteuil roulant. Il a ensuite estimé que le retard de la maison départementale des personnes handicapées pour répondre à la demande de subvention était anormalement long et portait une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir (25 mai 2012, *M. B.*, n° 1201764).

Éducation

En matière d'éducation, les tribunaux administratifs se sont penchés tant sur l'obligation d'instruction des enfants, que sur les inscriptions dans les écoles primaires ou sur la première année commune aux études de santé.

Par un jugement du 8 mars 2012, le tribunal administratif de Pau a confirmé la décision par laquelle l'inspecteur de l'académie des Pyrénées-Atlantiques a mis en demeure des parents de scolariser leur fils, âgé de 12 ans. Le tribunal, qui a rappelé qu'en vertu du code de l'éducation « *l'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans* », a constaté que l'enseignement dispensé à l'enfant dans sa famille était insuffisant. Il s'est notamment appuyé sur des contrôles effectués par les services de l'éducation nationale qui mettaient en évidence différentes lacunes dans l'instruction de l'enfant (8 mars 2012, *M. et Mme M.*, n° 1001742).

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, faisant application de l'article L. 212-8 du code de l'éducation, a jugé que l'autorité municipale qui a autorisé, à titre dérogatoire, l'inscription dans une école de sa commune d'un enfant n'y résidant pas ne peut remettre en cause cette inscription, s'agissant d'une scolarité primaire, qu'à la fin du cycle suivi par l'enfant. Par suite, un maire qui a autorisé un enfant à s'inscrire de manière dérogatoire en classe de CE2 au titre de l'année scolaire 2011-2012, ne peut sans commettre d'erreur de droit refuser l'inscription à titre dérogatoire de l'intéressé, pour l'année scolaire 2012-2013, en classe de CM1 dans la même école dès lors que le troisième cycle de l'école élémentaire comprend les classes de CE2, de CM1 et de CM2 (8 novembre 2012, *M. O. et Mme L. c Commune de Saint-Leu-la-Forêt*, n° 1206144).

Le tribunal administratif d'Orléans a annulé, le 23 octobre 2012, une décision du président de l'Université de Tours refusant à une étudiante le redoublement en première année commune aux études de santé (PACES) au motif de son mauvais classement, mais sans faire état d'aucune possibilité de réorientation. Il s'est pour cela fondé sur les dispositions de la loi du 7 juillet 2009 portant création de la PACES, qui a entendu faciliter la réorientation des étudiants inscrits en PACES obtenant, en fin de première année, un classement rendant improbable une réussite ultérieure au concours, en leur permettant de s'inscrire dans d'autres filières. Il a jugé qu'aucune disposition n'autorise le président de l'Université à refuser, en l'absence de tout dispositif de réorientation, le redoublement à un étudiant de PACES qui remplissait les autres conditions prévues par les textes (23 octobre 2012, *Mlle X.*, n° 1102400).



Élections

Le tribunal administratif de Paris, par un jugement du 6 décembre 2012, a annulé l'élection des représentants étudiants au conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER). Il a estimé, d'une part, que les étudiants doivent nécessairement être élus par un corps électoral représentant équitablement toutes les catégories d'établissements et tenant compte de la population étudiante, et a considéré que le corps électoral tel qu'il est déterminé par le code de l'éducation est contraire au principe d'égalité, dans la mesure où il instaure une représentation largement déséquilibrée des différentes catégories d'établissement et des étudiants. Le tribunal a, d'autre part, relevé que le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche avait modifié la liste des électeurs six jours après le délai fixé par l'arrêté organisant les élections, ce qui avait obligé certaines organisations étudiantes à modifier leur liste de candidats et avait réduit la durée de la campagne électorale de près d'un tiers (6 décembre 2012, *Mme C et M. V.*, n^{os} 1214145-1214177).

Équipements

Par un jugement du 5 juillet 2012, le tribunal administratif de Lyon a rejeté une demande d'annulation d'un arrêté du ministre de la santé et des sports inscrivant le « Grand stade » de l'Olympique Lyonnais sur la liste des enceintes déclarées d'intérêt général. Le tribunal a notamment jugé qu'une déclaration d'intérêt général prise sur le fondement de l'article 28 de la loi du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques a pour objet de combler les lacunes de la France en matière d'équipements de grande capacité destinés à accueillir notamment des événements sportifs internationaux, en conférant une sécurité juridique accrue à la réalisation, par les collectivités territoriales, des ouvrages et équipements nécessaires au fonctionnement et à la desserte d'enceintes sportives privées. Compte tenu de cet objet, il a jugé qu'il n'appartient pas au ministre chargé des sports de contrôler le montage financier et la viabilité économique du projet préalablement à son inscription sur cette liste. Par ailleurs, le tribunal a jugé que la déclaration d'intérêt général ne conduisant pas par elle-même à l'engagement de dépenses publiques, elle ne pouvait être assimilée à une aide d'État devant être notifiée à la Commission européenne en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (5 juillet 2012, *M. B.*, n^o 1105870).

Étrangers

Le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a jugé que la détention d'une autorisation provisoire de séjour ne confère pas à son titulaire, qui a quitté le territoire national, le droit d'y revenir, même s'il y demeurerait régulièrement. Il a donc estimé que la décision refusant à l'intéressé l'entrée sur le territoire français ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale d'aller et venir (26 octobre 2012, *M. O.*, n^o 1208538).

Par un arrêt du 7 juin 2012, la cour administrative d'appel de Nancy a tranché un litige où se posaient des questions relatives à la composition de la commission du titre de séjour. Elle a jugé, d'une part, que la loi n'avait pas entendu exclure les



magistrats des personnalités qualifiées nommées par le préfet. Elle a jugé, d'autre part, que le directeur départemental de la police de l'air et des frontières devait en revanche être exclu par principe dès lors que ses fonctions, qui consistent notamment à veiller au respect de la régularité de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire, peuvent faire naître un doute objectivement justifié sur son impartialité (7 juin 2012, *Préfet du Bas-Rhin c/M.W.*, n^{os} 11NC01768, 11NC01769).

Le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a jugé, le 26 octobre 2012, que lorsqu'un étranger demande le bénéfice du statut de réfugié et que celui-ci lui est refusé par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et, le cas échéant, par la Cour nationale du droit d'asile, le préfet est tenu de lui refuser la délivrance de la carte de résident portant la mention « réfugié », alors même qu'il dispose de tout pouvoir de régulariser à un autre titre la situation du demandeur. Le tribunal a donc estimé que le moyen tiré du défaut de motivation en droit de la décision refusant le titre de séjour ainsi sollicité était inopérant (26 octobre 2012, *M. S. et a.*, n^{os} 1201305, 1201306 et 1201351).

Par un arrêt du 2 novembre 2012, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que les conditions de l'interpellation d'un étranger sont sans influence sur la légalité de l'arrêté ordonnant son placement en rétention et relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire, notamment du juge des libertés et de la détention. Elle a jugé qu'en conséquence, il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur la régularité des conditions de l'interpellation et de la garde à vue qui ont, le cas échéant, précédé le placement en rétention dans un local relevant de l'administration pénitentiaire d'un étranger en situation irrégulière pendant le temps nécessaire à l'organisation de son départ (2 novembre 2012, *M. B.*, n^o 11BX03046).

Fonction publique

Plusieurs jugements sont à signaler en droit de la fonction publique, sur différents aspects du statut et de la carrière des agents publics.

* Concernant le temps de travail, le tribunal administratif de Lyon, par un jugement du 29 février 2012, a annulé une délibération du conseil d'administration du service départemental d'incendie et de secours (SDIS) du Rhône qui fixait notamment le régime de travail des sapeurs-pompiers professionnels logés en casernement. Le tribunal a fait application de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, en vertu de laquelle la durée maximale hebdomadaire du travail est plafonnée à 48 heures, y compris dans le cas de services de garde. Il a constaté qu'en fixant un temps de présence annuel de 2600 heures avec 5 semaines de congés pour les sapeurs-pompiers logés en casernement, le SDIS du Rhône avait défini une durée hebdomadaire moyenne de travail excédant le plafond fixé par la directive. Il a précisé que le fait que les agents choisissent d'être logés en casernement ou qu'il existe, en droit interne, un rapport d'équivalence entre temps de présence sur le lieu de travail et temps de travail effectif était sans conséquence sur l'illégalité du dispositif (29 février 2012, *Syndicat autonome SDIS 69*, n^o 0906854).

Concernant la rémunération, dans un jugement rendu le 29 mars 2012, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé qu'il résulte de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, ainsi que



du décret du 26 août 2010 relatif au régime de maintien des primes et indemnités, qu'un fonctionnaire victime d'un accident survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui a repris ces dernières sous le régime du temps partiel thérapeutique doit percevoir, pour les périodes non travaillées, les mêmes primes et indemnités que pour les périodes travaillées, réserve faite des primes et indemnités modulables en fonction des résultats et de la manière de servir ou de celles rétribuant des sujétions particulières (29 mars 2012, *Mme M.*, n° 1100381).

Concernant la discipline, le tribunal administratif de Poitiers a fait application, dans un jugement rendu le 21 novembre 2012, du principe selon lequel la procédure disciplinaire et la procédure de mise en disponibilité d'office pour raison de santé, dans le cas d'un fonctionnaire territorial, constituent des procédures distinctes et indépendantes. En vertu de ce principe, l'inaptitude temporaire et médicalement constatée d'un fonctionnaire à l'exercice de ses fonctions ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action disciplinaire. Le tribunal a précisé que la date d'exécution de l'exclusion temporaire de fonctions d'un agent placé en disponibilité d'office pour raison de santé, et par suite hors position d'activité, ne pouvait légalement être fixée que postérieurement à l'expiration de la période de placement dans cette position de disponibilité (21 novembre 2012, *M. Pascal V.*, 1201748).

* Toujours en matière de discipline, le tribunal administratif de Nice a annulé, par un jugement du 15 février 2012, la sanction de mise à la retraite d'office prise à l'encontre d'un fonctionnaire, compte tenu du délai qui s'est écoulé entre la date à laquelle l'administration a eu connaissance des faits reprochés à l'intéressé et celle de la sanction. Le tribunal a rappelé qu'aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire, ni même ne fait obligation à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire d'engager une telle procédure. Mais il a précisé qu'il appartient cependant à cette autorité, sauf à méconnaître un principe général du droit disciplinaire, de respecter un délai raisonnable entre le moment où elle a connaissance de faits commis par son agent, susceptibles de donner lieu à sanction disciplinaire, et le moment où elle décide de lui infliger une telle sanction. En l'espèce, une période de près de sept ans s'était écoulée entre la date où le requérant a été mis en examen et placé sous contrôle judiciaire et, consécutivement, suspendu de ses fonctions par l'administration et celle où la sanction de mise à la retraite d'office a été prise. Et deux années avaient séparé la date à laquelle l'intéressé a été informé de l'engagement d'une procédure disciplinaire à son encontre, de celle à laquelle il a été sanctionné. L'administration ne justifiant par aucun motif la durée de ces délais, la procédure disciplinaire a été jugée irrégulière, faute d'avoir respecté un délai raisonnable (15 février 2012, *M. H.*, n^{os} 1101571 et 110176).

Logement

Par un arrêt du 20 septembre 2012, la cour administrative d'appel de Paris, se prononçant sur un contentieux indemnitaire lié au droit au logement opposable (DALO), a jugé que l'absence de mise à disposition, par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, d'un logement en faveur d'un demandeur déclaré prioritaire par la commission de médiation ainsi que l'inexécution d'un jugement du tribunal administratif ordonnant à cette autorité d'assurer le relogement du demandeur et de sa famille constituaient des fautes de nature à engager la responsabilité de l'État.



S'agissant du montant de l'indemnisation des préjudices subis du fait de ces fautes, la cour a considéré, dans ce cas d'espèce, où le demandeur avait été contraint de vivre avec son épouse et trois enfants, durant près de quatre ans, dans un logement de 28 m², qu'il y avait lieu d'évaluer celui-ci à 4 000 euros, tous intérêts compris (20 septembre 2012, *M. B.*, n° 11PA04843).

Nature et environnement

Dans le domaine de l'environnement, les tribunaux administratifs se sont notamment prononcés sur des questions de procédure administrative, telles que la concertation, l'étude d'impact, l'évaluation environnementale ou l'enquête publique.

* Par un jugement du 19 avril 2012, le tribunal administratif de Toulon a annulé un arrêté préfectoral autorisant l'extension d'une installation de stockage non dangereux pour insuffisance de l'étude environnementale. Il a, pour ce faire, appliqué les dispositions de la directive 92/43/CEE, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et la flore sauvage, transposées dans le code de l'environnement. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le tribunal a jugé que l'évaluation devait identifier l'ensemble des incidences du projet sur les intérêts protégés. En l'espèce, une évaluation ne portant pas sur plusieurs espèces animales protégées présentes sur un site Natura 2000 et n'envisageant pas les incidences indirectes du projet sur le milieu aquatique ne satisfaisait pas aux conditions posées par la directive et le code de l'environnement (19 avril 2012, *Société nationale de protection de la nature et d'acclimatation de France, Association éthique environnement*, n° 1001546).

Le tribunal administratif de Toulouse, par un jugement du 15 novembre 2012, a annulé l'arrêté préfectoral approuvant le plan de prévention des risques technologiques (PPRT) de la société ESSO SAF sur le territoire de la commune de Toulouse. Il a jugé que les mesures de publicité relatives à la mise en œuvre de la concertation préalable n'étaient pas suffisantes. Il a également estimé que le dossier soumis à enquête publique n'était pas complet et que l'avis rendu par le commissaire enquêteur n'était suffisamment motivé. Il a aussi relevé que le PPRT, qui peut délimiter des secteurs dans lesquels le droit d'expropriation peut être exercé, ne pouvait en revanche légalement fixer une liste des immeubles devant faire l'objet d'une expropriation (15 novembre 2012, *Société ESSO SAF et autres*, n°s 1001280, 1003126, 1003199 et 1003241).

Par un jugement rendu le 10 décembre 2012, le tribunal administratif de Basse-Terre a annulé un arrêté du préfet de Guadeloupe accordant une dérogation, pendant six mois, à l'interdiction de l'épandage aérien de produits phytopharmaceutiques afin de lutter contre la cercosporiose qui affecte les bananeraies. Le tribunal a jugé que si le préfet pouvait accorder une telle dérogation, c'est à la condition que son objet et son but soient précisément définis. Or, en l'espèce, le tribunal a relevé que la dérogation avait été accordée pour 18 des 26 communes situées sur la Grande Terre et la Basse Terre sans définition préalable des périodes d'épandage. En outre, le tribunal a estimé que l'évaluation des incidences de l'épandage sur l'environnement était insuffisante (10 décembre 2012, *Association SOS environnement et autres*, n°s 120956 et a.).



* A côté des questions de procédure, un jugement du tribunal administratif de Cayenne, rendu le 15 mars 2012, est à signaler dans le domaine de la chasse. Le tribunal a été conduit à faire application de la règle selon laquelle la chasse est entièrement libre en Guyane. Il a annulé un arrêté par lequel le préfet de Guyane avait entendu réglementer le nombre de spécimens par espèce autorisé par sortie de chasse en se fondant sur les articles R. 412-8 et R. 412-9 du code de l'environnement relatifs à la capture de certaines espèces. Mais le tribunal a jugé que l'activité de chasse, qui fait l'objet d'un titre spécifique au sein du code de l'environnement, ne peut être confondue avec l'action tendant à capturer un animal (15 mars 2012, *Association Tcho Dans Bois*, n° 1100774).

Ouvrage public

Deux affaires concernant les ouvrages publics sont à signaler : elles concernent toutes les deux une question d'implantation de l'ouvrage.

Par un arrêt du 2 février 2012, la cour administrative d'appel de Lyon a fait application du principe selon lequel lorsque le juge administratif est saisi simultanément d'une demande d'annulation d'un refus de détruire un ouvrage et d'une demande tendant à ce que la destruction soit ordonnée, le plein contentieux de l'exécution absorbe le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge ne statuant qu'une fois sur l'existence d'un intérêt général justifiant le maintien de l'ouvrage. La cour a refusé de prononcer une injonction de déplacer une installation électrique dès lors que l'emprise irrégulière ne concernait que quelques centimètres et que les inconvénients d'ordre esthétique que la présence de cette installation entraînait n'étaient pas supérieurs à ceux qui auraient résulté de sa dépose. La cour a en outre pris en compte le coût d'une telle opération, nécessitant la dépose et l'enfouissement de la totalité des lignes de la propriété et l'encastrement des coffrets nécessaires à leur reprise de branchement (2 février 2012, *Commune de Crolles*, n°s 11LY01101 et 11LY01002).

Par un jugement du 13 décembre 2012, le tribunal administratif de Nîmes, saisi d'une demande d'annulation d'un refus de la société ERDF de déplacer un poste de transformation électrique implanté sans autorisation sur une propriété privée, a jugé que cette situation n'a pu être régularisée par le bénéfice de la prescription acquisitive trentenaire prévue à l'article 690 du code civil, dont se prévalait ERDF. Il a en effet estimé que les servitudes mentionnées à cet article sont celles établies sur un fonds pour le service d'un autre fonds, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'ouvrage public en cause n'ayant pas la nature d'un fonds au sens de cet article. Il en a donc déduit qu'en l'absence de l'accord du propriétaire, aucune régularisation appropriée ne paraît possible. En revanche, en rapprochant, d'une part les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraînerait pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, et d'autre part, les conséquences du déplacement de l'ouvrage, le tribunal a estimé que ce déplacement serait de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général. Il a, par suite, estimé que la société ERDF a pu à bon droit refuser d'y procéder (13 décembre 2012, *M. P. C/ERDF*, n° 1103075).



Procédure

La cour administrative d'appel de Lyon, par un arrêt du 22 mars 2012, a jugé que lorsqu'à la suite de l'annulation pour irrégularité d'un jugement, la cour, plutôt que d'évoquer, choisit de renvoyer les parties devant le tribunal, ce dernier ne se trouve saisi que des seuls conclusions, moyens et exceptions que les parties lui avaient présentés avant l'intervention de ce jugement ou qu'elles ont produits, après y avoir été invitées par le tribunal, lors de l'instance de renvoi. La cour a ainsi transposé à l'appel la solution adoptée par le Conseil d'État en cas d'annulation d'un arrêt en cassation et de renvoi de l'affaire à la cour (22 mars 2012, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative / Centre hospitalier universitaire de Grenoble*, n° 10LY02717).

Dans un jugement rendu le 27 mars 2012, le tribunal administratif de Rouen a jugé que l'absence de consultation préalable du Conseil départemental de l'éducation nationale (CDEN) à propos des tarifs des transports scolaires a constitué une irrégularité susceptible d'avoir exercé une influence sur la décision prise par un département d'augmenter les tarifs des transports scolaires dont il assure la gestion et a privé les parents d'élèves, le personnel éducatif et les collectivités intéressées d'une garantie. Le tribunal a toutefois estimé que si cette irrégularité entachait d'illégalité la décision attaquée, il y avait lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter les effets rétroactifs et de différer les effets de l'annulation, qui est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets (27 mars 2012, *M. et Mme F. et Conseil départemental des parents d'élèves des écoles publiques de Seine-Maritime*, nos 1102131 et 1102482).

Responsabilité

Le contentieux de la responsabilité des personnes publiques a conduit les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs à aborder différentes conditions de mise en jeu de cette responsabilité.

S'agissant de la responsabilité de l'État du fait des lois, la cour administrative d'appel de Versailles a jugé, par un arrêt du 26 juin 2012, que la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée en raison de l'entrée en vigueur de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif à l'égard d'un fabricant de cendriers publicitaires les commercialisant auprès de cafés et de restaurants. La cour a estimé que le manque à gagner dû à la baisse de chiffre d'affaires et la dépréciation du fonds de commerce du fabricant ne sont pas, en l'espèce, directement liés à l'entrée en vigueur de cette interdiction de fumer. La cour a relevé que cette interdiction, prise en vue de protéger la santé publique, concerne les lieux affectés à un usage collectif et comporte la possibilité d'emplacements réservés aux fumeurs. Elle ne conduit donc pas à une interdiction générale et absolue de la vente de cendriers publicitaires (26 juin 2012, *M. et Mme A.*, n° 11VE02892).

S'agissant de la responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté, par un jugement du 4 janvier 2012, la demande indemnitaire d'une requérante qui entendait notamment engager la



responsabilité de l'État à raison d'un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nancy et annulé par le Conseil d'État. Le tribunal a rappelé que, dans le cas d'une décision de justice annulée, seule une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle est susceptible d'ouvrir droit à indemnité. En l'espèce, il a estimé que tel n'était pas le cas, le motif d'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel portant sur une question d'autorité de chose jugée en première instance (4 janvier 2012, *Mme R.*, n^{os} 0801276 et 0802369).

Concernant la notion de collaborateur occasionnel du service public, le tribunal administratif de Caen a reconnu cette qualité au commissaire-enquêteur. Un commissaire-enquêteur, membre d'une commission d'enquête désignée pour l'enquête publique préalable aux travaux relatifs à l'établissement d'une ligne électrique à très haute tension, avait été condamné, par la juridiction civile, à verser des dommages-intérêts à deux personnes du public qui participaient à l'enquête publique. Il avait sollicité, en vain, de l'État le bénéfice de la protection fonctionnelle prévue par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Le tribunal a jugé que les dispositions du code de l'environnement relatives au commissaire-enquêteur ne lui donnent pas la qualité d'agent public et qu'il ne peut donc bénéficier de la protection fonctionnelle. Le tribunal a cependant précisé que cette circonstance ne fait pas obstacle à ce qu'il forme une action indemnitaire contre l'État fondée sur l'obligation générale à laquelle ce dernier est tenu de garantir les collaborateurs occasionnels du service public contre les risques que leur fait courir leur participation à l'exécution du service public, afin d'obtenir la réparation des dommages subis du fait de cette participation et à raison d'une faute non détachable de sa mission (11 juillet 2012, *M. A.*, n^o 1001936).

* Dans une affaire concernant un mineur placé auprès du service d'aide sociale à l'enfance, victime d'agressions sexuelles de la part de l'époux de l'assistante maternelle à laquelle il était confié, le tribunal administratif de Grenoble a jugé que la responsabilité d'un département était engagée à l'égard de ce mineur et de son père compte tenu des carences du service d'aide sociale à l'enfance. Ces carences se caractérisaient notamment par un suivi insuffisant du mineur, lequel n'avait pas fait l'objet de rapports de situation et dont le dossier unique était vide, par un contrôle insuffisant de l'assistante maternelle qui ne respectait pas les mesures préconisées par le service, et enfin par l'absence de réactivité en dépit des alertes qui avaient été adressées au service. Le tribunal a précisé que la circonstance que l'enfant avait été placé auprès du service d'aide sociale à l'enfance en raison des difficultés rencontrés par ses parents ne saurait constituer une faute du père de la victime susceptible d'exonérer le département de sa responsabilité (13 juillet 2012, *M.*, n^o 1005941).

* Enfin, une décision intéresse la question de la subrogation. Dans le cadre d'un litige opposant une collectivité publique à son assureur et portant sur la mise en œuvre des garanties prévues par le contrat, l'assureur peut, au titre de l'article L. 121-12 du code des assurances, opposer à la collectivité l'impossibilité dans laquelle il se trouve de bénéficier de la subrogation. Par un jugement du 30 mars 2012, le tribunal administratif de Grenoble a considéré que cette condition était remplie s'agissant de dommages causés à des tiers par des travaux publics pour lesquels, du fait de la réception prononcée par le maître de l'ouvrage, ni celui-ci, ni son assureur par voie de subrogation, ne peuvent rechercher la responsabilité contractuelle ou décennale des constructeurs (30 mars 2012, *Commune de la Tronche*, n^{os} 0801101 et 0903299).



Santé publique

Par un jugement du 6 avril 2012, le tribunal administratif de Montpellier a considéré que l'affiche représentant Albert Camus, une cigarette aux lèvres, apposée sur la façade d'une médiathèque portant le nom de l'écrivain, ne peut être regardée comme constituant une publicité directe ou indirecte en faveur du tabac au sens de l'article L 3511-2 du code de la santé publique et n'a pas pour objet d'encourager ou de suggérer la consommation tabagique aux jeunes usagers de la médiathèque et aux tiers passant à proximité. Le tribunal a relevé l'existence d'autres photographies de l'auteur sans cigarette, mais il a estimé, dans le cadre d'un contrôle restreint, que la reproduction contestée d'Albert Camus était notoirement associée à son image et que son remplacement ne pouvait être exigé en l'absence d'atteinte manifeste aux objectifs de santé publique (6 avril 2012, *M. T.*, n° 1002975).

Travail

Dans le domaine du travail, les affaires à signaler jugées par les cours et les tribunaux concernent, d'une part, la politique de l'emploi et, d'autre part, les licenciements de salariés protégés.

S'agissant de la politique de l'emploi, la cour administrative d'appel de Nantes, par un arrêt du 24 janvier 2012, a jugé qu'un demandeur d'emploi ne peut contester la décision par laquelle Pôle Emploi a refusé son inscription à titre rétroactif sur la liste des demandeurs d'emploi par le motif que sa radiation de cette liste serait illégale. La cour a fait application du principe selon lequel l'illégalité d'un acte administratif 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 et a considéré que le refus d'inscription rétroactive n'était pas une mesure prise pour l'application de la décision de radiation. En outre, la cour a jugé que l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi ne pouvait avoir un caractère rétroactif, sauf si elle est prise en exécution d'une décision de justice qui implique nécessairement la réinscription de l'intéressé (24 janvier 2012, *Pôle Emploi c/ Mme C.*, n° 10NT02080).

De son côté, le tribunal administratif de Toulouse, saisi d'une question préjudicielle posée par un conseil de prud'hommes, a jugé qu'une convention conclue entre l'État et l'employeur dans le cadre du dispositif de contrat d'accompagnement dans l'emploi, qui ne prévoit aucune mesure permettant la réalisation du projet professionnel du bénéficiaire d'un tel contrat n'est pas conforme aux dispositions du code du travail. En revanche, il a estimé qu'une convention qui prévoit une procédure de validation des acquis n'est pas illégale du seul fait qu'aucune action de formation professionnelle ou d'accompagnement n'est prévue, alors que la nécessité de telles mesures pour la réalisation du projet professionnel ne ressort pas des pièces du dossier (8 mars 2012, *Mme T.*, n° 1104216).

S'agissant des licenciements, le tribunal administratif de Nîmes, dans quatorze jugements du 10 mai 2012, a annulé les autorisations de licenciement des salariés protégés de la société Établissements Richard Ducros accordées par l'inspecteur du travail au mandataire judiciaire à la liquidation de cette entreprise. Il a constaté que la totalité des parts sociales de la société avaient été cédées quelques mois



auparavant à une société de holding et que les organes de direction ne disposaient plus d'autonomie à l'égard du président de cette société. Il a alors jugé que les Établissements Richard Ducros constituaient une composante d'un groupe et que dans une telle configuration, les recherches de reclassement de ces salariés auraient dû être conduites par le mandataire judiciaire en lien avec le groupe. Le tribunal a censuré les autorisations de licenciement dans la mesure où l'inspecteur du travail n'avait pas exercé de contrôle sur ce point (10 mai 2012, *X c. Directeur régional du travail et de l'emploi Languedoc-Roussillon*, n°s 1102568 et autres).

* Le tribunal administratif d'Orléans, dans un jugement du 11 septembre 2012, a jugé que l'inspecteur du travail est habilité à contrôler la réalité du motif économique du licenciement, pour motif économique, d'un salarié protégé, alors même qu'il s'agit d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, lorsque l'entreprise avait mis en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi qui devait permettre des départs volontaires à l'exclusion de licenciements (11 septembre 2012, *Société Steris Surgical Technologies*, n° 1101356).

Urbanisme

* Par un arrêt du 18 juin 2012, rendu en formation plénière, la cour administrative d'appel de Paris, statuant sur la légalité du permis de construire délivré à la Fondation Louis Vuitton en vue de l'édification d'un musée d'art contemporain dans le Bois de Boulogne, a jugé que les dispositions de la loi du 26 mai 2011 qui avaient rétroactivement validé les permis de construire dont la légalité pouvait être affectée du fait de l'annulation partielle, par le Conseil d'État, du plan local d'urbanisme de la ville de Paris, étaient incompatibles avec les stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La cour a en effet estimé que si cette validation législative reposait sur des motifs d'intérêt général, tenant en particulier au fait que la création du musée d'art contemporain envisagé présentait un intérêt culturel, urbanistique, architectural et économique de nature à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation, ces motifs ne revêtaient cependant pas, en l'espèce, un caractère impérieux, qui eût été seul susceptible de justifier l'atteinte ainsi portée au droit à un procès équitable reconnu à tout justiciable (18 juin 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création, Ville de Paris*, n°s 11PA00758-11PA00812).

* Par un jugement du 21 septembre 2012, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté le recours formé par une société de production d'énergie éolienne contre le refus opposé par le préfet du Gard à une nouvelle demande de permis de construire pour un parc éolien, déposée à la suite de l'annulation par le tribunal d'un premier refus. La société requérante invoquait notamment les motifs du jugement d'annulation. Mais le tribunal a relevé que si le préfet avait, comme le prescrit l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme, fait application des dispositions d'urbanisme en vigueur à la date d'intervention de la décision annulée, il avait opposé un nouveau refus en tenant compte notamment de l'intervention d'une décision du Conseil d'État précisant les conditions d'implantation d'éoliennes en zone de montagne et remettant en cause le motif retenu par le jugement d'annulation (21 septembre 2012, *Société Un Coup de Vent C/ Préfet du Gard*, n° 1002833).



Saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus de permis de construire pour une mosquée, le tribunal administratif de Lille a jugé, le 12 avril 2012, qu'un tel édifice culturel est au nombre des « *bâtiments et équipements publics de toute nature* » admis par le plan d'occupation des sols dans la zone de construction envisagée, et n'est pas incompatible avec la vocation générale de cette zone, qualifiée par le même document de « *zone urbaine pavillonnaire* ». Il a toutefois rejeté la requête du pétitionnaire après avoir procédé, à la demande de la commune, à une substitution de motifs, le maire pouvant refuser le projet comme ne répondant pas aux exigences du règlement du plan d'occupation des sols en matière de stationnement (12 avril 2012, *Association Musulmane du Littoral*, n° 1102244).

Par un jugement du 13 décembre 2012, le tribunal administratif de Montreuil a jugé qu'une autorisation de construire délivrée à titre précaire, en vertu de l'article L. 433-1 du code de l'urbanisme, est, par sa nature même, accordée à titre dérogatoire aux règles d'urbanisme applicables. Il a donc jugé que l'autorité compétente qui délivre une telle autorisation doit indiquer les motifs qui justifient qu'à titre exceptionnel il soit dérogé aux règles d'urbanisme (13 décembre 2012, *Association Montreuil 93 et cadre de vie*, n° 1201866).

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

Procédure

La procédure suivie par la Cour et la composition de ses formations de jugement ont donné lieu à deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC)

Dans la première question, il était soutenu que la présence du rapporteur, agent de l'exécutif, aux côtés des juges indépendants composant les formations de jugement prévues à l'article L. 732-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) était contraire, en particulier, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui garantit le droit au recours effectif et au procès équitable devant une juridiction indépendante et impartiale. La Cour, pour juger que cette question ne présentait pas un caractère sérieux justifiant sa transmission au Conseil d'État, a estimé que « la composition des sections, qui constituent les formations de jugement de la Cour nationale du droit d'asile telle qu'elle est fixée par l'article L. 732-1 du même code, ne mentionne pas le rapporteur qui n'est pas membre des formations de jugement ». En effet, les seules dispositions régissant la situation du rapporteur devant la Cour sont de nature réglementaire et ne relèvent donc pas de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (CNDA, 9 mai 2012, *M.M.*, n° 10008278 R).

La seconde question portait sur le même article L. 732-1 du CESEDA et soutenait que la présence au sein de la formation de juges nommés par l'exécutif parmi des personnalités qualifiées proposées par le ministre de tutelle de l'OFPPRA, était contraire aux principes constitutionnels de séparation des pouvoirs, d'indépendance de la justice



et d'impartialité des juges. La Cour a aussi rejeté cette question au motif qu'aucun changement de circonstance n'était intervenu depuis la décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, qui a déclaré conformes à la Constitution les dispositions fixant la composition des formations de jugement aujourd'hui codifiées à l'article L. 732-1 (CNDA, 21 février 2012, *M. N.*, n° 11009087 R).

Sections réunies

Le juge des référés du Conseil d'État a reconnu la CNDA seule compétente pour connaître des décisions du directeur général de l'OFPPRA refusant d'examiner la demande d'asile d'un étranger dont l'identification des empreintes digitales était impossible. (CE, 28 décembre 2011, *OFPPRA*, n°s 55012 et 3555022). La Cour, dans sa formation de sections réunies, a jugé que le refus du directeur général de l'office d'examiner la demande d'asile d'un étranger et les éléments qu'il a produits à l'appui de cette demande prive ce dernier de la garantie essentielle selon laquelle l'autorité de détermination se prononce toujours sur son droit éventuel à une protection internationale. Pour assurer le respect effectif de cette garantie essentielle, la Cour précise qu'à côté du pouvoir traditionnel du juge de l'asile dont la décision se substitue à celle de l'office, la Cour peut annuler la décision du directeur général et renvoyer le demandeur d'asile devant l'office pour que celui-ci se prononce sur sa demande de protection internationale (CNDA, SR, 21 février 2012, *Mlle Y.*, n° 11032252 R).

Établissement de la nationalité ou de l'absence de nationalité

Le juge de l'asile a obligation de se prononcer sur la nationalité ou l'absence de nationalité du demandeur d'asile avant de déterminer si l'intéressé peut se voir reconnaître la qualité de réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire. Mais le demandeur d'asile est de son côté tenu de présenter tous éléments et informations permettant d'établir sa nationalité. La CNDA a ainsi estimé qu'il y avait lieu de rejeter le recours de requérants dont les craintes exprimées ne pouvaient être tenues pour fondées, dès lors que les allégations et les éléments produits ne permettaient en aucune façon d'attester de leur origine, de leur nationalité ou de leur parcours de telle sorte que le juge de l'asile était dans l'incapacité de déterminer avec une certitude suffisante leur nationalité ou leur absence de nationalité (CNDA, 6 juillet 2012, *M. et Mme T.*, n°s 12008037 et 12008038 C+).

Motifs conventionnels

La Cour a estimé que l'article 10 paragraphe 1 e) de la directive 2004/83/CE, dite « qualification »¹⁰, permettait de considérer qu'une personne qui ne fait état d'aucun engagement politique personnel, peut néanmoins être considérée comme faisant l'objet de persécutions du seul fait de sa connaissance d'exactions commises par un responsable politique et chef de guerre dans la région du Kivu en République démocratique du Congo qui l'avait asservie pendant plus de dix ans (CNDA, 18 octobre 2012, *Mlle K.*, n° 12015618 C+).

10 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.



En revanche, elle a rejeté le recours d'une personne qui s'était livrée, depuis son arrivée en France à des activités politiques dans le seul but d'obtenir la qualité de réfugié (CNDA, 3 mai 2012, *M. K.*, n° 12003008 C+).

Enfin, les mesures légitimes et proportionnées prises par les autorités publiques d'un pays à l'égard d'une personne qui a exprimé des opinions racistes ou incitant à la haine raciale ne sont pas constitutives de persécutions au sens de la Convention de Genève, (CNDA, 21 mai 2012, *M. W.*, n° 08019247 C+).

Protection des autorités

Le demandeur d'asile, titulaire d'un passeport délivré dans son pays de nationalité et qui en a obtenu la prorogation par les autorités consulaires à deux reprises depuis son arrivée en France, pour des raisons de convenance personnelle, doit être regardé comme ayant entendu se placer sous la protection des autorités de ce pays et ne peut valablement prétendre qu'il craint d'y être persécuté (CNDA, 9 février 2012, *Mlle L.*, n° 11016239 C+).

En ce qui concerne la pratique de l'excision au Sénégal, la Cour estime qu'il ressort des sources d'information géopolitique publiques pertinentes, émanant notamment de l'UNICEF, que dans ce pays le taux de prévalence des mutilations génitales féminines est de 28 % et que cette pratique, qui est pénalement réprimée et effectivement combattue par les autorités publiques, connaît une régression continue. En outre, le père de la requérante, qui se déclare très opposé à cette pratique, et qui vient d'une région qui n'est pas particulièrement affectée par cette tradition, est en mesure de protéger son enfant (CNDA, 17 octobre 2012, *M. et Mlle D.*, n°s 10024173 et 09022842 C+).

Exclusion du bénéfice d'une protection

La Cour applique les principes posés par la CJUE dans ses décisions du 9 novembre 2010 *Allemagne c./ B.* n° C-57/09 et *Allemagne c./ D.*, n° C-101/09, en jugeant que « l'exclusion du statut de réfugié d'une personne ayant appartenu à une organisation criminelle ou terroriste est subordonnée à un examen individuel permettant d'établir l'existence de raisons sérieuses de lui imputer une responsabilité personnelle en tant qu'organisateur, auteur ou complice de crimes graves de droit commun ou d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies, notamment à partir de l'examen des fonctions qu'elle exerçait dans cette organisation et de son degré de responsabilité personnelle (...) ». Au cas présent, la durée de l'engagement et le haut niveau de responsabilité de l'intéressé au sein de la force « Al Qods », chargée des opérations extérieures au sein des Gardiens de la Révolution, notoirement connu pour son soutien matériel à des opérations terroristes, a convaincu le juge qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le requérant a « nécessairement couvert de son autorité des agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » justifiant son exclusion du bénéfice de la protection internationale en application des articles 1er F c) de la Convention de Genève et L 712-2 c) du CESEDA (CNDA, 5 avril 2012, *M. M.*, n° 10004811 C+).

Les clauses d'exclusion spécifiques à la protection subsidiaire qui figurent à l'article L. 712 -2 du CESEDA ne peuvent s'appliquer que dans la mesure où les craintes alléguées par le demandeur ne relèvent pas des dispositions de l'article 1 A 2 de



la Convention. Ainsi, après avoir considéré que les crimes de droit commun pour lesquels un requérant avait été condamné aux Pays-Bas n'avaient pas de mobiles politiques et que les poursuites engagées dans son pays d'origine pour trafic de stupéfiants et blanchiment d'argent n'étaient pas constitutives d'une persécution politique, la Cour a admis que ce requérant était exposé, en cas de retour dans son pays d'origine, à des traitements inhumains et dégradants mais l'a exclu du bénéfice de la protection subsidiaire, en faisant application de l'article L. 712-2 b) et d) du CESEDA qui visent respectivement les crimes graves de droit commun et la menace grave pour l'ordre public sur le territoire français (CNDA, 20 septembre 2012, *M. M.*, n° 10018884 C+).

Enfin, dans une affaire où l'OFPRA avait opposé la clause d'exclusion de l'article 1^{er} F, b) de la Convention de Genève à un haut responsable d'un mouvement politico-religieux irakien après avoir admis le bien-fondé de ses craintes de persécutions, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer cette exclusion prévue par la Convention de Genève, ou par le CESEDA au titre de la protection subsidiaire, dès lors que les craintes et menaces graves qu'il invoquait n'étaient pas fondées. (CNDA, 9 février 2012, *M. H.*, n° 10015626 C+).

Réexamen d'une demande d'asile

La décision Thiam du Conseil d'État (CE, 3 juillet 2009, *M. Thiam*, n° 291855 B) juge que l'annulation, postérieurement à la dernière décision de la Cour, d'une décision déterminant le pays de destination, en raison des risques encourus par l'intéressé en cas de retour dans son pays d'origine, constitue un fait nouveau justifiant que la Cour procède au réexamen de l'ensemble des faits soumis à son appréciation.

Deux décisions de la Cour précisent les contours de cette jurisprudence en fonction du motif pour lequel cette mesure d'éloignement a été annulée. Ainsi, lorsque l'annulation du juge de l'éloignement est fondée, soit sur un vice de procédure (CNDA, 16 juillet 2012, *Mlle L.*, n° 12000377 R), soit sur une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH (CNDA, 14 novembre 2012, *M. et Mme B.*, nos 12004441 et 12004427 R) ces motifs n'impliquent pas que la Cour procède à un réexamen de l'ensemble des faits soumis à son appréciation.



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 (BAJ)

Demandes d'aide juridictionnelle

En 2012, 3 544 dossiers ont été enregistrés au BAJ, contre 3549 en 2011, soit une diminution de 0,14 %.

Ces demandes concernent, en premier lieu, le droit des étrangers qui représente 57,67 % des demandes d'aide juridictionnelle, soit 2044 affaires enregistrées en 2012, contre 1838 en 2011.

Sur ces 2 044 affaires, 830 demandes concernent des refus de titre de séjour (contre 778 en 2011), 1 155 (56,5 %) le contentieux des réfugiés (contre 1 037 en 2011) et 26 des arrêtés de reconduite à la frontière (contre 55 en 2011), 30 des expulsions et 3 des extraditions.

Les pensions représentent également un contentieux important puisque 166 dossiers, soit 4,68 %, ont été enregistrés en 2012 (contre 385 en 2011), dont 110 dossiers concernent des pensions militaires d'invalidité et 56 des pensions de retraite (agents de l'État et des collectivités).

Trois autres grands types de contentieux ressortent des statistiques : le contentieux de la fonction publique (149 dossiers enregistrés en 2012) celui des naturalisations-réintégrations (43 dossiers) et, enfin, le contentieux fiscal (116 en 2012).

512 demandes ont été enregistrées sous forme de référés (14,45 % des dossiers), dont 354 demandes de référé suspension, 95 demandes de référé-injonction et 64 demandes de référé « mesures utiles ».



Décisions rendues

Le nombre de décisions rendues en 2012 s'élève à 3 683 contre 4 110 en 2011, chiffre qui correspond à la forte résorption du stock, en particulier s'agissant des dossiers de pension. Le différentiel de 139 dossiers entre les sorties et les entrées correspond à la poursuite de l'effort réalisé en vue du traitement en temps réel des demandes d'AJ.

Ces décisions se répartissent entre :

- 3 531 ordonnances du président du BAJ, contre 3 879 en 2011.

- 124 décisions ont été prises par le bureau d'aide juridictionnelle statuant en formation collégiale, contre 219 en 2011.

Cette répartition situe la part des ordonnances du président à 95,87 % du total des décisions rendues.

Stock, durée de traitement et délai de notification

Le stock qui était de 182 dossiers au 1^{er} janvier 2012 est passé à 49 au 1^{er} janvier 2013.

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 de 2 mois et 17 jours en 2010 à 54 jours en 2011, a été réduite à 25 jours en 2012 .

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 2012, 3 019 rejets ont été prononcés contre 3 217 en 2011, tandis que le nombre d'aides accordées est passé de 740 en 2011 à 425 en 2012, conséquence de la baisse des demandes portant sur le contentieux des pensions (en particulier lié à la cristallisation des pensions).

Le taux d'admission, qui était de 18 % en 2011, est donc passé à 11,54 %.

Le BAJ a également prononcé 4 désistements, 88 incompétences, 31 non-lieux et 116 caducités.

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 : 44 décisions du BAJ (dont 14 admissions), soit 1,33 % du total des décisions rendues.



- Cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs (autres que les référés) : 425 décisions du BAJ (dont 75 admissions), soit 11,54 %.

- Cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs en matière de référé : 501 décisions du BAJ (dont 58 admissions), soit 13,60 %.

- Cassation des décisions rendues par les cours administratives d'appel : 1 247 décisions du BAJ (dont 165 admissions), soit 33,86 %.

- Cassation des décisions par les autres juridictions (réfugiés, P.M.I.) : 1 391 décisions du BAJ (dont 108 admissions), soit 37,77 %.

520 décisions ont été rendues en matière de référé (dont 354 référés suspension, 95 référés injonction, 64 référés « mesures utiles »), soit 14,12 % des décisions.

La répartition des dossiers par principales matières est la suivante :

- Contentieux des étrangers : 786 décisions prises concernent des refus ou retraits de titres de séjour, soit 21,34 % du total des décisions (avec 58 admissions), 1 308 décisions prises le sont en matière de réfugiés, soit 35,51 % du total (avec 79 admissions) et 30 (dont 1 admission) en matière de reconduite à la frontière, soit 0,85 %.

- Contentieux des pensions : 174 dossiers traités, (dont 41 admis), 110 concernent le contentieux des pensions militaires d'invalidité (soit 2,99 % des décisions rendues) et 64 concernent les pensions de retraite.

- Contentieux de la fonction publique : 156 décisions (soit 4,24 %), dont 20 admissions.

Statistiques

Tableau 1 – Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle de 2006 à 2012

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Affaires traitées	3 372	3 803	3 020	3 472	4 110	3 683
Aides accordées	301	271	330	664	740	425
Rejets	2 970	3 532	2 690	2 681	3 217	3 019

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
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
2002	615	2007	621	2012	49



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

	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Premier ressort	44	27	14	-	-	2
Appel	32	6	25	-	-	-
Cassation TA (référés)	501	434	58	-	3	4
Cassation TA (autres)	393	281	50	1	2	47
Cassation CAA	1247	1034	165	1	5	1
Cassation (autres juridictions)	1391	1213	108	1	3	7

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

	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Réfugiés	1308	1161	79	1	1	7
Pensions militaires d'invalidité	110	85	27	-	2	1
Pensions de retraite	64	50	14	-	-	-
Fonction publique	156	129	20	-	-	2
Reconduite à la frontière	31	30	1	-	-	-
Contentieux fiscal	110	91	9	-	-	1
Naturalisation	42	35	4	-	1	1



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

Le code de justice administrative 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 le suivi des demandes d'exécution des décisions de justice ; la section du rapport et des études du Conseil d'État 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 code de justice administrative, 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 code de justice administrative, 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 code de justice administrative, 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 nécessaires pour 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, dans tous les cas, de la compétence de la juridiction d'appel.

Les articles L. 911-4, R. 921-5 et R. 921-6 du code de justice administrative 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 :

- 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, dans le délai d'un mois suivant la notification de cette décision, de la décision de classement administratif de sa demande.

L'article R. 921-8 prescrit à chaque président de tribunal administratif et à chaque président 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 code de justice administrative, d'une demande présentée par l'administration à laquelle il revient d'exécuter une décision d'une juridiction administrative et souhaitant être éclairée sur les modalités d'exécution de cette décision de justice.

Réforme du code de justice administrative sur l'exécution des décisions

L'année 2012 a été marquée par une réforme du livre IX du code de justice administrative - dans sa partie réglementaire - relative aux procédures d'exécution des décisions de justice au Conseil d'État. Elle a fait l'objet du chapitre II du décret n° 2012-1088 du 28 septembre 2012, paru au Journal officiel du 29 septembre 2012.

Cette modification a eu essentiellement pour but d'inscrire dans le code ce qui jusqu'alors relevait de simples pratiques.

Il s'agit d'abord du comité restreint. Ce comité restreint est composé du président et du président adjoint de la section du rapport et des études, du rapporteur et de trois membres du Conseil d'État, dont un président de sous-section de la section du contentieux (article R. 931-6). Le rapporteur est le délégué à l'exécution des décisions de justice.

Sur décision du président de la section du rapport et des études, ce comité peut être saisi dans les trois hypothèses suivantes. En premier lieu, il peut être saisi pour avis de la question soumise au Conseil d'État par une demande d'éclaircissement présentée par l'autorité intéressée en cas d'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, ou de rejet total ou partiel de conclusions présentées en défense par une collectivité publique (article R. 931-1). En deuxième lieu, il peut être saisi pour avis d'une demande d'aide à l'exécution présentée par une partie intéressée en cas de difficultés pour obtenir l'exécution d'une décision rendue par le Conseil d'État ou par une juridiction administrative spécialisée (article R. 931-2). En troisième lieu, il peut être saisi pour avis lorsque le Conseil d'État est saisi d'une demande d'astreinte (article R. 931-6). En pratique, seules les questions les plus délicates lui sont soumises.



De plus, l'article R. 931-6 du code de justice administrative a été profondément modifié pour préciser et clarifier la procédure d'instruction d'une demande d'astreinte enregistrée devant la section du contentieux et transmise à la section du rapport et des études. Ainsi, celle-ci est chargée d'accomplir, par tout moyen et dans le cadre d'une procédure non juridictionnelle, les diligences qu'elle estime nécessaires pour obtenir l'exécution de la décision de justice.

À cette fin, le président de la section du rapport et des études désigne un rapporteur au sein de cette section et il peut décider que l'affaire sera soumise, pour avis, au comité restreint. La note rédigée par la section du rapport et des études au terme de son examen du dossier expose le contexte de fait et de droit de l'affaire et décrit les diligences accomplies et, si le comité restreint a été saisi, indique la composition dans laquelle il a siégé et le sens de l'avis rendu.

Les mémoires et les pièces produits devant la section du rapport et des études ainsi que la note qui a été rédigée par elle sont joints au dossier qui est renvoyé à la sous-section du contentieux compétente qui en assure l'instruction conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux, c'est-à-dire que la note adressée par la section du rapport et des études à la section du contentieux est une pièce du dossier contentieux qui, comme telle, est communiquée aux parties.

L'article R. 931-7 du code de justice administrative a été modifié pour préciser la procédure d'astreinte d'office. Un article R. 931-7-1 a été ajouté pour prévoir la procédure de liquidation d'astreinte par le Conseil d'État statuant au contentieux.

Synthèse de l'activité en matière d'aide à l'exécution en 2012

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 code susmentionné.

Commentaires généraux sur la gestion des procédures d'exécution

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. Tant au niveau de la section du rapport et des études du Conseil d'État que des tribunaux et des cours administratives d'appel, les affaires trouvent très majoritairement leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution. Si la part des affaires examinées par les cours administratives d'appel réglées en phase amiable est en baisse (79 % en 2012 pour 86 % en 2011), la tendance s'inverse pour les tribunaux administratifs (72 % en 2012 pour 64 % en 2011), soit au total 74 % des dossiers réglés en phase non juridictionnelle, ce qui se rapproche des moyennes habituellement constatées



(ce taux était de 71 % en 2011). Cela confirme l'importance de cette phase pour le règlement des difficultés d'exécution des décisions de justice.

Plusieurs juridictions ayant connu une hausse des procédures juridictionnelles mettent en avant la mauvaise volonté, voire l'absence de réponse, de l'administration saisie en phase administrative. La persistance de certains requérants à vouloir obtenir davantage que ce à quoi leur donnait droit la décision de justice a également pu provoquer, non seulement la multiplication des échanges avec les parties en phase administrative, mais aussi une ouverture plus fréquente de procédures juridictionnelles.

Comme les années précédentes, les observations des chefs de juridiction montrent la concentration des affaires relatives à l'exécution des décisions de justice sur un nombre réduit de matières, à savoir le contentieux relatif aux étrangers, lié plus souvent à un retard dans l'exécution qu'à un refus d'exécuter à proprement parler ; le contentieux de la fonction publique, dont la part reste excessive au regard de son importance dans l'ensemble des décisions de justice administrative et, de manière nouvelle, le contentieux de l'urbanisme. Des domaines tels que les marchés publics, les collectivités territoriales ou la fiscalité, représentent un nombre beaucoup plus modeste de dossiers.

Au-delà des situations particulières, deux faits marquants relatifs aux difficultés d'exécution des décisions de justice ressortent des observations formulées par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. D'une part, l'administration, centrale comme territoriale, invoque souvent le contexte budgétaire défavorable pour justifier les retards de paiement, entraînant une multiplication des litiges strictement financiers. D'autre part, plusieurs juridictions ont souligné les retards récurrents d'exécution des décisions par les préfetures, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une mauvaise volonté de leur part, mais plutôt d'un effet de l'encombrement des services préfectoraux. À ces deux tendances lourdes s'ajoute la difficulté pour les petites collectivités territoriales d'appréhender leurs obligations juridiques. En revanche, les obstacles techniques liés au déploiement du projet Chorus, s'ils persistent, ont plutôt tendu à diminuer.

En ce qui concerne la procédure, trois juridictions se sont félicitées d'avoir procédé à une réorganisation du service de l'exécution. Le tribunal administratif de Montpellier a ainsi confié le suivi de l'exécution des jugements, dès le stade administratif, à un magistrat assisté d'un greffier, comme l'avait déjà fait celui de Toulon. Les présidents de ces deux juridictions ont mis en avant les résultats nettement positifs de cette centralisation des dossiers. En conférant des moyens accrus au suivi de l'exécution et en confortant l'autorité des interlocuteurs qui en sont chargés, elle a en effet permis une meilleure exécution des décisions de justice en phase non juridictionnelle, une rigueur accrue dans l'instruction des demandes, et l'accélération de leur traitement. Cette nouvelle organisation incite de plus le magistrat concerné à sensibiliser ses collègues aux problématiques de l'exécution, là où une dilution des responsabilités les rend invisibles. L'intérêt de centraliser les dossiers d'exécution a également été souligné par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand.

Plusieurs juridictions ont également signalé les difficultés qu'elles rencontrent au niveau de l'exécution des décisions prises dans le cadre de l'application de la loi instituant le droit au logement opposable (DALO). Bien que l'exécution des décisions juridictionnelles prises en application de cette loi obéisse aux règles définies à l'article R. 778-8 du code de justice administrative et ne relève pas de l'article L. 911-4



du code de justice administrative, il a semblé opportun d'en faire mention. En effet, la liquidation des astreintes DALO représente une charge de travail lourde, tant pour le greffe que pour les magistrats, car elle suppose de nombreuses manipulations. Ainsi, il a été signalé que la rédaction des ordonnances nécessite un travail de tri important en fonction de la situation du requérant (non-relogement, relogement au-delà du délai donné, non-relogement indépendant du fait de l'administration, etc.).

La section du rapport et des études du Conseil d'État, pour sa part, a été saisie depuis le mois d'avril 2011, à quatorze reprises, de demandes d'exécution de jugements de tribunaux interrégionaux de tarification sanitaire et sociale (TITSS). Les deux tiers de ces demandes concernaient la tarification de centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS). Les jugements des différents TITSS annulant ou réformant les dotations globales de financement des CHRS relevaient des « abattements injustifiés », « abusifs » ou encore « non fondés » de la part du préfet.

Ces contentieux semblent provenir de réformes des systèmes de financement et de tarification des CHRS impulsées par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 (article 69-VIII) et la loi de finances pour 2009 (article 180) qui ont notamment modifié les articles L. 314-3 et L. 314-4 du code de l'action sociale et des familles. Afin de réduire les coûts des établissements médico-sociaux, le ministre peut désormais fixer par arrêté des tarifs plafonds vers lesquels les établissements doivent converger. L'objectif est, qu'à terme, les tarifications fixées se situent sous la limite imposée par ces plafonds. Toutefois, cette convergence doit s'étaler sur plusieurs années afin de permettre aux établissements de « rationaliser leurs coûts ». Les établissements dépassant ce coût moyen se voient alors fortement contraints de réduire leurs charges par le tarificateur, entraînant parfois des contentieux quand les abattements effectués sont insuffisamment motivés. Concernant l'inexécution des jugements des TITSS, le manque de crédits semble être à l'origine de la hausse notable du nombre de dossiers dont la section du rapport et des études est saisie. Les crédits fixés par la loi de finances pour les CHRS sont répartis par le ministre chargé de l'action sociale en dotations régionales strictement limitatives. C'est lorsque, chaque année, les nouveaux arrêtés fixant ces dotations sont édictés, que les autorités de tarification (les services des directions départementales de la cohésion sociale pour les CHRS) commencent la campagne budgétaire pour établir les dotations globales des établissements et qu'elles peuvent alors payer les sommes nées des contentieux sous la forme de crédits non reconductibles.

Dans ce cadre, les marges de manœuvre des autorités de tarification pour exécuter les jugements des TITSS sont déjà limitées, puisqu'il faut généralement attendre les dotations des années suivantes pour pouvoir verser les sommes résultant des jugements. Toutefois, par le passé, le Gouvernement libérait en fin d'année des crédits précédemment gelés permettant d'exécuter les jugements. Cela ne semble pas avoir été le cas en 2011 et 2012. De plus, les contraintes pesant sur les finances publiques ont entraîné une nette diminution des dotations régionales limitatives destinées aux CHRS. Dans ces conditions, l'exécution des jugements des TITSS est fortement retardée, ce qui est préjudiciable pour les finances publiques, puisque ce retard augmente la charge des intérêts moratoires.



Commentaires particuliers à certaines affaires d'exécution

Il apparaît tout d'abord intéressant de citer deux décisions rendues par le Conseil d'État à la fin décembre 2011 et notifiées en janvier 2012, qui n'ont pas été connues à temps pour être mentionnées dans le rapport annuel de l'année 2011 mais dont les conséquences en matière d'exécution justifient qu'il en soit fait mention.

Dans une première affaire (CE, 23 décembre 2011, *M. Poirot*, n° 324474), le Conseil d'État est revenu sur les modalités de reconstitution des droits sociaux des agents publics illégalement évincés. En effet, il a décidé qu'il appartenait à l'administration non seulement de prendre à sa charge la part patronale des cotisations nécessaires à la reconstitution de la carrière de l'agent, mais également leur part salariale, « *sauf à ce que l'agent ait bénéficié d'une indemnité destinée à réparer le préjudice matériel subi incluant les sommes correspondantes* ». Jusqu'ici, le devoir de « *régularisation des cotisations afférentes à sa période d'éviction* » (CE, 7 octobre 1998, *Bousquet*, n° 186909) était entendu comme n'incluant que la part patronale.

Dans une seconde affaire (CE, 23 décembre 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes - Bagnols - Uzès - Le Vigan*, n° 347178), le Conseil d'État a considéré que l'admission à la retraite d'un agent public irrégulièrement évincé mettait fin à l'obligation de reconstitution juridique de sa carrière qui découle de l'annulation de la décision de licenciement. Par suite, il a jugé que l'admission à la retraite, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, fait obstacle à ce que l'exécution de la décision juridictionnelle implique la réintégration effective de l'intéressé dans son emploi ou dans un emploi équivalent. Ainsi, l'agent irrégulièrement évincé peut seulement, le cas échéant, demander la réparation du préjudice qu'ont pu entraîner sa mise à la retraite et la liquidation anticipée de sa pension, lorsque celle-ci est la conséquence du licenciement illégal.

Sur un autre point, à la suite de la décision du Conseil d'État du 18 juillet 2008, *M. Stilinovic*, n° 304962, qui a amorcé une évolution jurisprudentielle, la cour administrative d'appel de Marseille, suivant les conclusions du rapporteur public, a distingué les pertes financières indemnisables et celles qui ne le sont pas, non plus selon le critère de l'exercice effectif des fonctions, mais selon celui de l'objet de la prime. Elle distingue ainsi les primes inhérentes aux fonctions que l'agent aurait exercées en l'absence de la mesure illégale, qui doivent être indemnisées ; celles qui auraient eu vocation à rétribuer la qualité ou la quantité du travail de l'agent, qui ouvrent un droit à une réparation partielle au titre de la perte de chance ; et enfin les indemnités visant à compenser des frais de l'agent qui n'ont pas été engagés, puisqu'il n'a pu exercer effectivement ses fonctions, qui ne sauraient faire l'objet d'une compensation (CAA Marseille, 20 mars 2012, *M. Lefèvre et M. Moyer*, n° 09MA03275 et n° 09MA02957).

Par ailleurs, une évolution sensible concernant l'appréciation de la tardiveté à exécuter semble se dessiner. Jusqu'ici, lorsque l'administration avait pris les mesures d'exécution même au-delà du délai imparti par la décision prononçant l'astreinte, la section du rapport et des études proposait au juge un non-lieu à liquidation, malgré la mauvaise volonté parfois manifestée par l'administration. Elle a récemment revu sa position en considérant qu'il n'y avait pas d'automatisme entre l'exécution même hors délai et le prononcé d'un non-lieu à liquidation mais qu'il fallait prendre en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce. Dans ses conclusions sous une décision récente du Conseil d'État (CE, 12 décembre 2012, *M. Escalas*, n° 332082 et n° 336634), le rapporteur public a, suivant ainsi la proposition de la section du



rapport et des études, appelé le Conseil d'État à ne pas se « borner à déclarer qu'il n'y a pas lieu de liquider l'astreinte ou à déduire ce non-lieu de l'exécution, en dépit du ou malgré le caractère tardif de l'exécution », et à établir que « s'il n'est pas procédé à la liquidation, c'est par exception ». Et si le Conseil d'État a décidé qu'il n'y avait pas lieu à liquidation, c'est en retenant expressément les circonstances de l'espèce.

De plus, sur l'année 2012, la section du rapport et des études a constaté une augmentation sensible du nombre de demandes d'exécution portant sur des contentieux relatifs, d'une part, à des titres de pension de retraite des agents de l'État et, d'autre part, à des dossiers de pensions militaires d'invalidité.

Elle a été notamment saisie d'une demande tendant à obtenir l'exécution d'une décision par laquelle le Conseil d'État avait annulé le refus du ministre de l'éducation nationale de valider les services accomplis par le requérant en qualité d'étudiant hospitalier (CE, 10 octobre 2011, *M. Charbonneau*, n° 338634).

En effet, le service des pensions de l'éducation nationale avait indiqué à l'intéressé que les services dont il demandait la validation étant déjà retenus dans le calcul de sa retraite servie par le régime général, il était impossible que les cotisations afférentes à ces services fassent l'objet d'une procédure d'annulation et d'un reversement au Trésor et, que, dès lors, ces services ne pouvaient pas être pris en compte pour sa retraite de l'État, leur validation ne pouvant en aucun cas permettre de cumuler des droits correspondant aux mêmes services au régime général et au régime spécial des fonctionnaires. Il a été rappelé à ce service que l'autorité absolue qui s'attache à une décision d'annulation prise par le juge de l'excès de pouvoir impliquait qu'en l'espèce le service des pensions de l'éducation nationale prenne en compte la période litigieuse au titre du régime spécial des fonctionnaires et que les services de la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail procèdent, quant à eux, à une révision du dossier du régime général de l'intéressé et au rachat des trimestres considérés.

Les diligences de la section du rapport et des études ont permis de donner satisfaction au requérant qui s'est finalement vu notifier un nouveau titre de pension dans le cadre du régime spécial des fonctionnaires avec une revalorisation grâce au rachat de ses trimestres effectués en tant qu'étudiant hospitalier.

Demandses d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2012

La section du rapport et des études a traité en 2012 neuf demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du code de justice administrative. Ce chiffre se situe dans la moyenne constatée ces dernières années.

La section a été saisie d'une demande d'éclaircissement délicate émanant du ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche quant à la portée de la décision rendue par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État le 23 décembre 2011 (CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Danthony et autres*, n° 335033), qui a annulé le décret n° 2009-1533 du 10 décembre 2009 portant création de l'École Normale Supérieure (ENS) de Lyon. Ce décret avait opéré la fusion de l'ENS de Lyon et de l'ENS de Fontenay-Saint-Cloud. L'annulation de ce décret, différée au 30 juin 2012, a été justifiée, d'une part, par le défaut de consultation de chacun des deux comités techniques paritaires



(CTP) en ce qui concerne le principe de la fusion entre les deux ENS, préalablement à la réunion des conseils d'administration des deux écoles et, d'autre part, par les modalités de délibération des conseils d'administration des deux ENS. Le ministre souhaitait être éclairé sur les consultations auxquelles il convenait de procéder pour qu'un nouveau décret puisse être régulièrement pris, compte tenu de la disparition, depuis la fusion des deux établissements, des instances dont la consultation était nécessaire préalablement à l'édition d'un nouveau décret.

Après avoir relevé que, si l'annulation par le juge d'un acte administratif repose sur un vice de forme lié à une irrégularité dans la consultation d'une instance, alors l'administration doit en principe en tirer les conséquences de la décision juridictionnelle en consultant cet organisme dans des conditions régulières, la section du rapport et des études a estimé que la consultation des CTP des deux anciens établissements était impossible du fait de la disparition de ces instances en raison de la fusion des deux établissements et de l'impossibilité matérielle de les reconstituer intégralement. Elle a ajouté qu'une nouvelle consultation du comité technique paritaire de l'ENS fusionnée n'offrirait pas, du point de vue des agents, des garanties équivalentes à celles des CTP des deux anciennes écoles. Dans ces conditions, la section a considéré que la formalité de consultation des CTP, à quelque stade de la procédure d'élaboration du décret que ce soit, s'apparentait à une formalité impossible. De même, pour la consultation des conseils d'administration de chacun des anciens établissements, la section a estimé, pour des raisons semblables à celles développées plus haut, que la reconstitution, qui serait nécessaire, de ces conseils d'administration s'apparentait à une formalité impossible.

Cette même affaire a permis de préciser la nature exacte de la demande d'éclaircissement prévue par l'article R. 931-1 du code de justice administrative. En effet, un des requérants à l'origine de la demande d'annulation du décret précité, ayant eu connaissance de la demande présentée par le ministre à la section du rapport et des études, a demandé à cette dernière la communication de sa réponse. Un refus lui a été opposé au motif que la réponse à une demande d'éclaircissement de l'administration constitue un avis consultatif émis par le Conseil d'État et que seul le ministre, destinataire de la réponse, était susceptible de lui communiquer s'il le souhaitait. Le requérant a contesté le caractère d'avis non communicable de la réponse à une demande d'éclaircissement et saisi la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en ce sens. Le 13 avril 2012, la CADA a émis un avis défavorable à la communication en confirmant que la réponse apportée par la section du rapport et des études à de telles demandes constitue un avis au sens des dispositions du 1^o du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

La section du rapport et des études a été saisie d'une demande d'éclaircissement sur les modalités d'exécution d'une décision du Conseil d'État (CE, 7 décembre 2011, *Centre hospitalier du Mans c/ Syndicat F.O.*, n° 349485) rejetant un pourvoi contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes qui confirmait l'annulation d'un arrêté du 11 août 2005 du directeur général du centre hospitalier limitant aux formations, événements familiaux, exercice syndical et grève, les absences susceptibles de générer des droits à constitution de jours de récupération du temps de travail. Le centre hospitalier intéressé s'interrogeait sur la portée de cette décision à l'égard des agents ayant pris leur retraite depuis la prise de l'arrêté. La section a indiqué que l'annulation de l'arrêté du 11 août 2005, acte réglementaire, n'impliquait par elle-même aucune mesure individuelle de restitution, et qu'il revenait aux agents ou anciens agents intéressés de présenter une demande, s'ils le souhaitaient, en vue



d'obtenir la prise en compte de leurs congés maladie. Les réponses à ces demandes constitueraient alors d'éventuels litiges distincts susceptibles, le cas échéant, d'être portés devant le juge. Cette réponse est conforme à un avis du Conseil d'État (CE, 13 mars 1998, *Mme Vindevoegel*, n° 190751), qui a considéré que « *s'il appartient à l'autorité administrative de tirer toutes conséquences du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé, l'exécution de ce jugement n'implique pas que le juge [...] enjoigne à l'administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte* ».

La section du rapport et des études a enfin été saisie d'une demande d'éclaircissement à la suite de l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 22 janvier 2008 fixant les modalités de réduction des demandes d'actions France Télécom présentées par les salariés, agents, anciens salariés et anciens agents de l'entreprise (CE, 21 novembre 2011, *Syndicat national CFE - CGC de France Télécom*, n° 314652). Le ministre de l'économie avait, dans sa demande d'éclaircissement, soulevé trois questions. D'abord, il s'interrogeait quant à la possibilité de recourir à des formules de souscription bénéficiant d'un financement bancaire sans contrevenir à la loi du 6 août 1986. La section du rapport et des études a estimé que la décision du Conseil d'État ne sanctionnait que la proportion dans laquelle ces formules avaient été privilégiées, sans rejeter la possibilité d'y recourir. Ensuite, le ministère de l'économie souhaitait connaître quelles seraient les caractéristiques d'un arrêté répondant aux prescriptions de la loi. La section du rapport et des études a rappelé que la prise d'un nouvel arrêté ne constituait pas une mesure d'exécution de la décision juridictionnelle, dans la mesure où l'annulation d'un acte réglementaire se suffit à elle-même. Enfin, le ministre de l'économie interrogeait le Conseil d'État sur les conséquences de la décision juridictionnelle sur les contrats conclus entre les souscripteurs, l'État, France Télécom et les établissements de crédit. La section a donc rappelé que l'annulation d'un acte détachable du contrat, en l'occurrence l'arrêté du 22 janvier 2008, ne saurait avoir par elle-même d'incidence sur la validité et l'exécution du contrat en cours, en l'espèce les contrats de souscription et les contrats de crédit, mais qu'elle pouvait toutefois justifier la saisine du juge du contrat à l'initiative de l'une des parties à un contrat potentiellement mis en cause par l'annulation d'un tel acte.

Parfois, la section du rapport et des études doit poser les limites de sa saisine. Dans une affaire récente, une commune l'a saisie d'une demande d'éclaircissement sur les modalités d'exécution d'un jugement (TA Toulon, 22 juin 2012, *Société Omnium de gestion et de financement (OGF)*, n° 1000396) qui annulait un contrat de délégation de service public. La commune anticipait la nécessité de passer un nouveau contrat et s'interrogeait sur les modalités d'organisation d'une nouvelle procédure de délégation de service public. La section du rapport et des études lui a indiqué que cette question ne relevait pas de l'exécution de la décision de justice et qu'il ne lui appartenait pas de répondre à des consultations juridiques.



Statistiques

Les statistiques agrégées pour 2012 font apparaître une augmentation des saisines en ce qui concerne les tribunaux administratifs et le Conseil d'État, et une diminution pour les cours administratives d'appel : 2 159 affaires enregistrées en 2012 (dont 146 devant le Conseil d'État, 504 devant les cours administratives d'appel et 1 509 devant les tribunaux administratifs), contre 2 069 en 2011. Encore une fois et 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 2 277 en 2012 (140 par le Conseil d'État, 502 par les cours et 1 635 par les tribunaux) contre 2 016 en 2011, soit un taux de couverture de 96 % pour le Conseil d'État, de 100 % pour les cours administratives d'appel et de 108 % pour les tribunaux administratifs.

Le Conseil d'État a vu son nombre de saisines augmenter, sauf en ce qui concerne les demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études, qui sont passées de 11 en 2011 à 9 en 2012.

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

	CE	CAA	TA	Total
Affaires enregistrées	146	504	1 509 ⁽¹⁾	2 159
Affaires réglées	140	502	1 635 ⁽²⁾	2 277

⁽¹⁾ dont une série de 44 dossiers au tribunal administratif de Cayenne et une autre de 23 dossiers au tribunal administratif de Montpellier

⁽²⁾ dont une série de 44 dossiers au tribunal administratif de Cayenne

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

Conseil d'État	2009	2010	2011	2012
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	116 4	122 7	79 11	93 9
Autres saisines	12	13	8	3
Procédures d'astreinte (dont liquidation d'astreinte)	38 3	43 6	38 9	50 19
Total	166 ⁽¹⁾	178	125	146

⁽¹⁾ 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 1 ^{er} janvier 2012	39
Affaires enregistrées au cours de l'année	146
Affaires réglées dans le cadre de l'aide à l'exécution <i>(dont réponses à des demandes d'éclaircissement)</i>	102
<i>(dont autres saisines)</i>	9 4
Affaires réglées dans le cadre de la procédure d'astreinte <i>(dont liquidation d'astreinte)</i>	38 11
Total des affaires réglées	140
Affaires en instance au 31 décembre 2012	45

Cours administratives d'appel

Affaires enregistrées	504
Affaires réglées en phase administrative	398
Affaires passées en phase juridictionnelle	106
Décisions juridictionnelles rendues <i>(dont liquidations prononcées)</i>	104 3
Total des affaires réglées	502

Tribunaux administratifs

Affaires enregistrées	1 509
Affaires réglées en phase administrative	1 173
Affaires passées en phase juridictionnelle	410
Décisions juridictionnelles rendues <i>(dont liquidations prononcées)</i>	462 19
Total des affaires réglées	1 635



Tableau 4 – Évolution de l'activité des juridictions administratives en matière d'exécution, de 2006 à 2012

Conseil d'État	2009	2010	2011	2012
Affaires enregistrées <i>(dont séries)</i>	166 -	178 -	125 -	146 -
Affaires réglées <i>(dont séries)</i>	167 -	173 -	127 -	140 -
Affaires en instance au 31 décembre 2012	36	41	39	53

Cours administratives d'appel	2009	2010	2011	2012
Affaires enregistrées <i>(dont séries)</i>	579 -	569 -	568 -	504 -
Affaires réglées <i>(dont séries)</i>	519 -	548 -	630 -	502 -

Tribunaux administratifs	2009	2010	2011	2012
Affaires enregistrées <i>(dont séries)</i>	1 211 -	1 270 -	1 376 ⁽¹⁾ 50	1509 ⁽²⁾ 67
Affaires réglées <i>(dont séries)</i>	1 163 -	1 193 -	1 259 -	1635 -

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

⁽²⁾ dont une série de 44 dossiers au tribunal administratif de Cayenne et une autre de 23 dossiers au tribunal administratif de Montpellier



4.3. Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Inspection des juridictions administratives

Les missions d'inspection en 2012

En 2012, la mission a procédé à l'inspection des cours administratives d'appel de Lyon et de Douai et de huit tribunaux administratifs : Besançon, Nantes, Pau, Nancy, Marseille, Toulouse, Strasbourg et Caen. La mission a par ailleurs débuté une mission d'inspection auprès des juridictions disciplinaires de l'ordre des médecins, mission qui se développera au cours de l'année 2013

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 et 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 Bordeaux, Rennes, Montpellier et Melun pour vérifier les suites données aux rapports élaborés en 2011. Il a pu être constaté avec satisfaction que les principales recommandations émises lors des missions ont été mises en œuvre par les chefs de juridiction.

Les référentiels de mission comprenant plus de quatre-vingt points analysés au cours d'une mission, regroupés au sein de quatre sous-ensemble (« management de la juridiction », « activité juridictionnelle », « gestion de la juridiction » et « la juridiction et les justiciables »), ont été complétés en 2012 sur quelques points tels la qualité des mentions portées par les rapporteurs publics sur le logiciel SAGACE pour informer les parties du sens de leur conclusion ou l'utilisation de l'application Chorus.

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

Un référentiel spécifique d'audit des juridictions administratives spécialisées en matière disciplinaire a été élaboré pour l'inspection des juridictions de l'ordre des médecins et pourra être utilisé, moyennant quelques ajustements pour toute mission de ce type.

Le chef de la mission a été chargé d'assurer le relais entre la section du contentieux du Conseil d'État et les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel pour la diffusion des bonnes pratiques s'agissant des nouvelles méthodes de rédaction des décisions instaurées au sein de la juridiction administrative. À cet effet, il participe au comité de pilotage mis en place au sein de la section du contentieux.

Présidence de groupes de travail

Poursuivant ses travaux qui avaient conduit en 2011 à la remise de son rapport sur les conditions d'application des dispositions de l'article L. 732-1 du code de justice administrative 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, le groupe de travail présidé par le chef de la mission a remis son rapport définitif sur la deuxième partie de ses travaux. Après diffusion d'un pré-rapport soumis à concertation de l'ensemble des membres des juridictions, il a fait toute une série de 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 au traitement plus satisfaisant des contentieux sociaux.

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 code de justice administrative, est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, 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 code de justice administrative, la présidence du jury du concours de recrutement complémentaire. 641 candidats se sont inscrits pour le concours ouvert au titre de l'année 2013 pour 30 postes ouverts au concours (respectivement 608 candidats en 2011 pour 40 postes). 60 candidats ont été déclarés admissibles et tous les postes ont été pourvus à l'issue de l'épreuve orale.

La loi du 12 mars 2012 ayant modifié l'intitulé du concours devenu concours de recrutement direct et ayant institué un concours interne, le chef de la mission a proposé, après concertation, une modification du concours externe par l'adjonction d'une épreuve supplémentaire à l'écrit et à l'admission, une définition des épreuves du concours interne et un élargissement du programme du concours avec le souci de conserver un concours de recrutement de haut niveau de spécialistes de droit public ayant une ouverture sur le monde contemporain. Ces propositions ont été reprises dans le décret 2012-1088 du 28 septembre 2012 définissant les épreuves du concours et de l'arrêté du même jour définissant le programme des épreuves. Le nouveau concours sera organisé en 2013 au titre du recrutement 2014.

S'agissant des autres modes de recrutement dans le corps des conseillers de tribunal administratif et de cours 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 cours administratives d'appel pour procéder à la sélection des candidats. Cette formation, qui comprend des membres élus du corps et une des personnes qualifiées siégeant au sein du conseil supérieur, a procédé à la présélection sur dossier et aux auditions des candidats. Le rapport est



ensuite présenté au conseil supérieur par le chef de la mission. Ont été ainsi recrutés quatre premiers conseillers et sept conseillers au tour extérieur. À noter que pour sa première année de mise en application, le conseil supérieur a utilisé la possibilité offerte par les dispositions de l'article 82 de la loi du 12 mars 2012 permettant de reporter sur le grade de conseiller les emplois non proposés au grade de premier conseiller. Enfin, six conseillers ou premiers conseillers ont été recrutés en détachement dont un au titre de 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 au bureau du Conseil d'État, aux auditions des candidats aux postes de maître des requêtes (deux recrutements) et de conseiller d'État (un recrutement).

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, modalités qui 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, le chef de la mission a participé aux conférences de gestion, en gardant toutefois sa liberté d'appréciation.

En application de l'article L. 236-1 du code de justice administrative, le chef de la mission a saisi, après instruction, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en vue d'une mesure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ayant fait l'objet d'une condamnation pénale.

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-quatre réclamations ont été enregistrées en 2012 : 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.

Coopération internationale

Deux coopérations internationales ont été menées en 2012 :

À la demande de la Cour administrative suprême de Thaïlande, le chef de la mission a présenté les techniques d'inspection mises en œuvre et notamment l'utilisation des référentiels.

À la demande du gouvernement malgache, un membre de la mission a participé à une mission conjointe avec l'inspection générale des services judiciaires afin de mettre en place une inspection des juridictions malgaches.



Activité consultative



Présentation générale

Le bilan de l'activité consultative du Conseil d'État propose une sélection de près de 200 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 2012.

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, 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 plus de 150 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 quinzaine de grands sujets transversaux relatifs à l'action administrative regroupe 80 avis qui s'inscrivent dans des rubriques telles que, par exemple, le respect de la hiérarchie des normes, les libertés et les principes fondamentaux, les consultations, l'organisation et la gestion de l'administration, les collectivités territoriales, le droit des étrangers, la commande publique, la domanialité, l'outre-mer, l'Union européenne... 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 (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, plus de 80 avis apportent un éclairage juridique et institutionnel sur la mise en œuvre d'une vingtaine 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.

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. 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.

4. Les avis rendus par le Conseil d'État sur une question posée par le Gouvernement ou par une collectivité d'outre-mer sont consultables dans leur intégralité sur le site Internet du Conseil d'État (www.conseil-etat.fr, rubrique « décisions, avis et publications »).



1. Observations d'ordre général

1.1. Une activité consultative toujours soutenue

L'activité de l'ensemble des formations consultatives a été, en 2012, soutenue, bien que légèrement inférieure à celle constatée en 2011, compte tenu de l'incidence des deux consultations électorales nationales de l'année sur cette activité. Que l'on raisonne en termes de nombre de projets de texte, de séances ou de délais d'examen, l'on constate trois périodes contrastées qui se sont succédé : une forte activité consultative habituelle en fin de quinquennat et de législature ; puis une accalmie en raison des consultations électorales nationales et du renouvellement des équipes gouvernementales ; enfin une intensification des saisines du Conseil d'État en raison de la reprise de la production normative du travail gouvernemental à partir du mois d'août 2012.

L'assemblée générale du Conseil d'État : 49 textes examinés en 32 séances

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 32 séances en 2012, dont 5 séances plénières (34 en 2011, dont 9 séances plénières). Elle a examiné 49 textes et rapports (55 en 2011 dont 5 propositions de loi), dont 27 projets de loi, 3 projets d'ordonnance et 10 demandes d'avis présentés par le Gouvernement. L'assemblée générale a également délibéré sur 2 projets de rapport. À noter qu'elle n'a examiné aucune proposition de loi ; il est vrai que le calendrier électoral de l'année ne s'y prêtait pas.

Comme en 2011, 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 4 projets de loi de finances dont 3 rectificatives, en assemblée générale comme en commission permanente. Il convient de relever qu'en 2012, 5 projets de loi ont comporté des dispositions importantes visant à définir un nouveau cadre



budgétaire et financier de l'État et à tirer les conséquences de la crise monétaire et financière sur l'organisation et le fonctionnement du système bancaire national.

La commission permanente: une activité marquée par l'urgence

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 2012, l'activité de la commission permanente a été dense puisqu'elle a examiné 12 textes en 7 séances, autant que l'année précédente, en 11 séances.

La commission permanente a notamment examiné le projet de loi autorisant la ratification du traité instituant le Mécanisme européen de stabilité (MES), le projet de loi de programmation des finances publiques pour 2012 à 2017, le projet de loi relatif à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social ainsi que le projet de loi portant création des emplois d'avenir.

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 1104 textes et demandes d'avis, soit 116 de moins qu'en 2011 pour les raisons déjà exposées. Plus précisément, ce sont 151 projets de loi, d'ordonnance et de loi du pays (187 en 2011 et 156 en 2010), 668 décrets réglementaires (813 en 2011 et 810 en 2010), 272 décrets individuels, arrêtés et décisions (202 en 2011 et 223 en 2010) ainsi que 13 avis (19 en 2011 et 20 en 2010) qui ont été soumis à leur examen. Une analyse plus fine des statistiques, par section et par type de texte ou d'avis, figure ci-après en page 333.

Des délais moyens d'examen toujours très maîtrisés

Il était observé l'an passé que la complexité des projets de texte examinés en assemblée générale comme en commission permanente ne s'était pas traduite, pour autant, par un allongement du délai moyen relevé entre l'enregistrement des textes et leur examen (42 jours en 2011, 43 jours en 2010). La particularité de l'année 2012, en raison du calendrier électoral, a conduit à une activité très concentrée avant et après la période des consultations électorales nationales (il n'y a eu que trois séances d'assemblée générale entre le 19 avril et le 28 juin 2012). Il s'en est suivi



une réduction très forte du délai moyen d'examen pour les textes soumis à l'avis de l'assemblée générale, réduit à 24 jours. Cette situation reste exceptionnelle. 89 % des textes ont été examinés dans un délai de moins de deux mois (80 % en 2011).

Les textes examinés par la commission permanente l'ont été en moyenne en 15 jours (12 en 2011).

S'agissant des délais d'examen par les sections administratives, 91 % des projets de loi, d'ordonnance et de décret dont elles ont été saisies sont traités en moins de deux mois.

Enfin, après l'examen des textes par l'assemblée générale ou par la commission permanente, la transmission au Gouvernement des minutes et notes du Conseil d'État intervient toujours 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 page 333.

Des conditions de travail sensiblement améliorées

L'année 2012 a été marquée par une amélioration très sensible des conditions de travail grâce à la modernisation de la salle de l'assemblée générale et de celles des sections qui ont facilité le déroulement des séances. L'équipement informatique de chacun des postes de travail des membres des formations consultatives, l'ergonomie générale de salles non conçues initialement pour une activité numérisée et dématérialisée, facilitent les recherches en séance et favorisent une réflexion collégiale encore meilleure.

1.2. Remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte

Trois remarques peuvent être faites sur les délais de saisine, la composition des dossiers accompagnant les projets de texte et la question récurrente des consultations préalables obligatoires.

Les difficultés inhérentes aux saisines en urgence

L'ensemble des formations consultatives du Conseil d'État se sont toujours efforcées, comme il se doit, de faire face aux urgences signalées par le Gouvernement dans un contexte marqué, en 2012, par des ordres du jour chargés en fin ou en début de



législature et par l'urgence de certaines saisines, difficilement évitable au cours de telles périodes. S'il est des cas où la saisine en extrême urgence du Conseil d'État se justifie pleinement comme, par exemple, celui de certains articles de projets de loi de finances, initiale ou rectificatives, où l'État a dû accorder sans délai sa garantie à des établissements de crédit en difficultés, aux fins d'éviter tout phénomène de contagion dans le secteur bancaire, en revanche, la saisine en extrême urgence du Conseil d'État du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne (DDAUE) en matière économique et financière, ayant notamment pour objet d'assurer la transposition de trois directives de l'Union, impliquant la tenue d'une commission permanente le 30 juillet 2012 n'était pas réellement justifiée. En effet, s'il avait alors été soutenu que cette saisine en urgence s'expliquait par la certitude de faire adopter ce projet de loi par le Parlement réuni en session extraordinaire avant la fin du mois de septembre 2012, ce projet de loi n'a toujours pas été adopté au début de l'année 2013, en raison de l'encombrement du calendrier parlementaire. De plus, même si la transposition nationale de cette directive a connu certaines vicissitudes, il appartenait aux administrations de tout mettre en œuvre pour assurer, dans les délais, une bonne insertion de cette norme de l'Union européenne dans le droit national. En outre, eu égard à l'extrême complexité et à la longueur du titre 1^{er} du projet de loi, le Conseil d'État aurait dû être consulté beaucoup plus tôt aux fins d'être en mesure d'apporter une plus grande sécurité juridique au Gouvernement.

De la même façon, s'agissant du second projet de décret portant relèvement du plafond du Livret A, la section des finances n'a pu que regretter une saisine en extrême urgence (quatre jours séparant la saisine de l'examen en section) alors que ce projet de décret qui avait pour objet de procéder à un deuxième relèvement de 25 % du plafond du Livret A, déjà rehaussé d'un même pourcentage par le décret n° 2012-1056 du 18 septembre 2012, lui-même examiné dans des conditions d'extrême rapidité, avait été annoncé dès le Conseil des ministres du 22 août 2012. Bien plus, cette édicition de la norme dans l'urgence n'a pas permis, pour ces deux décrets, de déterminer leur applicabilité ultramarine, de sorte qu'il a fallu édicter deux autres décrets à cette fin. Finalement, ce sont quatre décrets qui ont été pris alors qu'un seul aurait suffi.

Une autre illustration de ce dysfonctionnement est fournie par la section sociale qui a été saisie à deux reprises de projets d'ordonnance un mois avant l'expiration du délai d'habilitation, alors que le Gouvernement disposait respectivement de douze et dix-huit mois pour adopter ces ordonnances (projet d'ordonnance relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, projet d'ordonnance relatif aux allocations de logement à Mayotte). Les modalités de programmation du conseil des ministres consistant à prévoir une « marge de sécurité » d'une semaine, au cas où un conseil des ministres devrait être annulé, ne laisse en réalité qu'un délai de trois semaines pour examiner des textes souvent longs et complexes. Ce délai peut être encore restreint lorsque, comme cela a été le cas pour l'ordonnance relative aux allocations de logement à Mayotte, le Gouvernement voulait publier le décret d'application concomitamment. La planification du travail gouvernemental doit permettre, pour ces échéances



connues longtemps à l'avance, de saisir le Conseil d'État dans un délai raisonnable et proportionné à la longueur et à la complexité des textes.

Composition des dossiers

La liste des pièces devant composer les dossiers accompagnant les projets de texte soumis au Conseil d'État 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 droit de l'Union et 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 n'étaient pas suivies avec toute l'attention requise. Ainsi en a-t-il été à l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne (DDAUE) déjà évoqué : les prescriptions en matière de transposition des normes de l'Union européenne en droit interne n'ont pas été respectées. Les tableaux de transposition fournis au Conseil d'État, lacunaires et entachés d'insuffisances, n'étaient pas directement exploitables. Le Conseil a dû se charger de l'élaboration de tels documents complexes, dans un délai peu conciliable avec la date d'examen du projet par la commission permanente.

Les questions relatives aux consultations obligatoires

Pour ce qui est des consultations obligatoires, plusieurs sections ont constaté, 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. Ainsi, pour la section des finances, en a-t-il été tout particulièrement des consultations de la Commission européenne, des organes délibérants des collectivités ultramarines ou de certains organismes tels que le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière. Insatisfaisante est la solution parfois retenue consistant à procéder, malgré ce, à un examen au fond du projet de texte lorsqu'il présente un caractère d'urgence marquée, la section devant procéder ultérieurement à un nouvel examen du projet, une fois réalisées les consultations de mise et aux fins d'en tirer les enseignements utiles. Le Conseil d'État rappelle qu'il est impératif de respecter pleinement l'ensemble des obligations consultatives avant de le saisir dans des conditions conformes à la Constitution.

Le Conseil d'État souhaite, par ailleurs, attirer l'attention du Gouvernement sur la faible utilisation de la procédure de consultation publique sur Internet instituée par l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration



de la qualité du droit. Cette disposition législative permet d'organiser une telle consultation en lieu et place de celle de commissions consultatives prévues par la loi ou le règlement ; ces dernières conservent la possibilité de se réunir pour donner leur avis dans le cadre de la consultation publique.

En dehors du domaine de l'environnement, où la consultation publique sur Internet résulte souvent non d'une faculté mais d'une exigence découlant de l'article 7 de la Charte de l'environnement, cette possibilité paraît très peu utilisée. Il conviendrait de déterminer si ce faible recours s'explique soit par une méconnaissance de ces dispositions dans les différents ministères, soit par un choix délibéré dont il conviendrait alors d'analyser les motifs.

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

Le Conseil d'État a relevé que, même si des 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, notamment pour répondre aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution qui dispose que les études d'impact doivent comporter une « *évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales* » des projets de loi.

Les prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009 étant modulées en fonction de la nature ou de l'objet du projet de loi considéré, seuls seront succinctement exposés quelques exemples d'observations que le Conseil d'État a été conduit à formuler, en 2012, à l'occasion de l'examen de plusieurs projets de loi.

Exigences requises pour les lois ordinaires – Exemples d'insuffisances relevées

Projet de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transport

Saisi d'un projet de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transport, le Conseil d'État (section des travaux publics) a disjoint l'un de ses articles qui, s'agissant des conventions passées avec l'État et ses établissements publics au regard de la règle d'interdiction d'indexation sur le niveau général des



prix, introduisait à l'article L. 112-3 du code monétaire et financier une nouvelle exception à cette interdiction. L'étude d'impact ne comportait aucune indication ni sur la différence de situation pouvant exister en la matière entre l'État et les collectivités territoriales ainsi qu'entre leurs établissements publics ni sur des motifs d'intérêt général de nature à expliquer la différence de traitement résultant du projet du Gouvernement. Compte tenu des insuffisances de l'étude d'impact, le Conseil d'État n'était pas en mesure d'apprécier si le fait de réserver l'avantage en cause aux conventions passées avec l'État ou ses établissements publics constituait ou non une atteinte injustifiée au principe d'égalité.

L'étude d'impact dont un projet de loi doit être assorti en application de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 n'est en effet pas un simple exercice formel. Elle concourt à justifier la portée et le bien-fondé juridique de la mesure envisagée.

Réforme bancaire et financière

Saisi du projet de loi portant réforme bancaire et financière, le Conseil d'État (section des finances) a considéré que l'étude d'impact jointe à la saisine initiale du Gouvernement ne répondait pas aux prescriptions de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009. Il a estimé nécessaire que ce document soit complété par des informations plus précises pour justifier, notamment, l'option retenue par le Gouvernement consistant à concevoir un dispositif de séparation des activités des banques tel que prévu au titre I^{er}, ainsi que la portée de ce dispositif dans le contexte actuel du système bancaire français.

Projets de loi portant transposition d'une directive de l'Union européenne

À l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne (DDAUE), déjà mentionné, singulièrement de son titre II ayant pour objet d'assurer la transposition de la directive 2010/78/UE dite « OMNIBUS I », le Conseil d'État (section des finances) n'a pu que déplorer l'absence, à la date de sa saisine du projet de loi, d'une véritable étude d'impact concernant le titre II du projet de loi et satisfaisant aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. Ce n'est que par la voie d'une seconde saisine rectificative, faisant suite à une demande en ce sens de sa part, qu'il a reçu, le jour de la réunion de l'assemblée générale, une étude d'impact modifiée satisfaisant pour l'essentiel aux exigences ci-dessus rappelées.

Projets de loi autorisant la ratification d'une convention internationale

Saisi du projet de loi autorisant la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, le Conseil d'État a attiré l'attention du Gouvernement sur la nécessité de compléter, mieux que ne le faisait la seconde version de l'étude d'impact transmise au Conseil d'État le jour même de l'assemblée générale, les développements de cette étude relatifs aux



« conséquences économiques, financières, sociales et environnementales » de ce traité, notamment pour ce qui est de son impact sur la gestion des finances publiques.

À de nombreuses reprises, à l'occasion de l'examen de projets de loi autorisant la ratification des conventions internationales, le Conseil d'État (section des finances) a été conduit à demander au Gouvernement, aux fins d'assurer la bonne information du Parlement, de compléter les études d'impact accompagnant ces projets de loi d'indications aussi précises que possible sur leur articulation avec le droit de l'Union européenne ou sur leur cohérence dans l'ordre international. Par exemple, s'agissant de l'accord de sécurité sociale entre la France et l'Uruguay, il a été pris note de l'engagement du Gouvernement de joindre le projet d'arrangement administratif à cette étude d'impact, lorsqu'il présenterait ce projet de loi au Parlement.

Projet de loi portant création du contrat de génération

Le Conseil d'État (section sociale) a estimé que l'étude d'impact accompagnant le projet de loi portant création du contrat de génération ne comportait aucune estimation, même sommaire, de l'impact sur l'emploi de la réforme. Le seul nombre qui figurait était celui de 100 000 embauches éligibles à l'aide financière en année pleine, mais le Gouvernement n'expliquait pas l'origine de ses sources ni la part des véritables créations d'emploi comprises dans ces chiffres. Cette explication apparaissait d'autant plus nécessaire que ce nombre servait à calculer le coût de la mesure, d'environ 900 millions d'euros en année pleine, et que l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 impose d'indiquer « la méthode de calcul retenue » pour la détermination des coûts. Les difficultés méthodologiques inhérentes à l'anticipation des effets sur l'emploi d'une réforme de ce type ne doivent pas conduire à éluder l'exercice. À la demande du Conseil d'État, le Gouvernement a complété son étude d'impact avant l'examen du projet de loi par l'assemblée générale, en donnant une estimation de l'impact net sur l'emploi accompagnée d'explications sur la méthode de calcul retenue et les hypothèses sous-jacentes.

Exigences requises pour les lois de finances

Plusieurs articles de projets de loi de finances ont été regardés comme comportant une évaluation préalable insuffisante au regard des exigences de la loi organique de 2009 et de ses dispositions modifiant la LOLF. Dès le premier projet de loi de finances pour 2012, le Conseil d'État, à l'occasion de l'examen d'un article créant une taxe sur les transactions financières, avait appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que l'évaluation préalable relative à cet article, prescrite par les dispositions des articles 51 et 53 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances dans leur rédaction issue des dispositions de l'article 12 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, était trop succincte et ne permettait pas d'apprécier de manière suffisante les effets qui résulteraient du dispositif de taxation envisagé, en particulier s'agissant de son impact économique sur la place financière de Paris. Il avait recommandé au



Gouvernement de compléter cette évaluation préalable avant la transmission de ce texte au Parlement. En outre, il avait insisté sur la nécessité d'adopter, dans cette évaluation préalable, une présentation clairement différenciée de l'objet propre à chacune des trois taxes instaurées par ce projet d'article, la taxe sur les transactions financières poursuivant essentiellement un objectif de rendement budgétaire, tandis que les prélèvements instaurés sur les opérations de courtage de haute fréquence et les contrats de couverture sur défaut souverain d'un État ont pour objet de décourager l'exercice de telles pratiques sur le territoire français.

Il en a été de même à l'occasion de l'examen de l'article du projet de loi de finances pour 2013 ayant pour objet de modifier et de durcir la taxe sur les logements vacants. Alors même que la loi ne définissait pas les critères permettant de caractériser une situation de « *déséquilibre entre l'offre et la demande de logements entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant* », l'évaluation préalable ne permettait pas d'apprécier l'effectivité de la mesure incitative, notamment ses effets pour lutter contre la rétention de logements.

De telles observations ont dû être également formulées à l'occasion de l'examen de l'article portant création d'un nouveau dispositif de soutien fiscal en faveur de l'investissement locatif social, eu égard en particulier au caractère incitatif de la mesure, à l'importance des montants budgétaires en jeu et aux effets de la mesure sur le secteur d'activités économiques qu'elle affecte. Dans chacune de ces hypothèses, il a été recommandé au Gouvernement de compléter dûment l'évaluation préalable, notamment en se référant à la jurisprudence pertinente du Conseil constitutionnel.

Enfin, ce caractère insuffisant de l'évaluation préalable a été tout particulièrement relevé lors de l'examen de l'article instituant une contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus dans le même projet de loi de finances.



2. Sélection d'affaires marquantes de l'année

Si tous les textes ou demandes d'avis soumis à l'examen du Conseil d'État présentent à l'évidence un enjeu marqué, certaines d'entre eux méritent d'être encore plus particulièrement soulignés.

En raison, soit de l'évolution du contexte économique international, soit d'évolutions propres à la société française, l'année 2012 aura été marquée par plusieurs événements d'une ampleur telle qu'il a été nécessaire d'y répondre de manière appropriée et circonstanciée par des projets de normes ayant directement des répercussions sensibles et concrètes.

Ainsi, en a-t-il été notamment des mesures arrêtées pour répondre à la crise financière et monétaire ; des projets gouvernementaux en faveur de l'emploi ; de réformes accompagnant les évolutions de la société telles que le renforcement de la lutte contre le harcèlement sexuel ou l'ouverture du mariage à deux personnes de même sexe ; des projets de loi relatifs à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme ; du renforcement des exigences de la participation du public aux décisions en matière d'environnement ; des mesures concernant la mobilisation du foncier public en faveur du logement social ; des mesures visant à assurer l'équilibre des nominations entre les hommes et les femmes dans la fonction publique ; ou encore d'importants aménagements du droit électoral en matière d'élections locales pour tenir compte à la fois des évolutions de la société et de celles des territoires.



2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière

Comme en 2011 et toujours en raison de la crise financière qui perdure, le Conseil d'État a été saisi de deux séries de projets de texte : d'une part, cinq projets ayant pour objet de définir un nouveau cadre budgétaire et financier de l'État et, d'autre part, deux projets destinés à tirer les conséquences de cette crise sur l'organisation et le fonctionnement du système bancaire national.

2.1.1. Définir un nouveau cadre budgétaire et financier pour l'État

C'est dans le contexte économique et financier de crise de certaines dettes souveraines au niveau de l'Union européenne ainsi que de renforcement de la discipline budgétaire des États que cinq projets de loi, d'une nature et d'une portée bien différentes, ont été soumis à l'examen du Conseil d'État. Chronologiquement et non en termes de hiérarchie des normes, ces cinq projets de texte peuvent s'exposer succinctement comme suit :

Projets de loi autorisant la ratification, d'une part, du traité instituant le Mécanisme européen de stabilité (MES) et, d'autre part, de la décision du Conseil européen modifiant l'article 136 TFUE en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro

Le traité instituant le Mécanisme européen de stabilité (ci-après MES), signé le 2 février 2012 par les 17 États membres de la zone euro, met en place une organisation financière internationale dotée d'un capital propre qui a pour objet, en vue de préserver la stabilité de la zone euro, de soutenir par ses concours financiers, en liaison avec le Fonds monétaire international (FMI), les États membres en difficulté qui s'engagent à respecter une stricte « conditionnalité ». Sa capacité d'intervention est de 500 Mds €. Cette organisation se substitue au Fonds européen de stabilité financière (FESF), société de droit luxembourgeois bénéficiant de la garantie des États de la zone euro. Lors de son examen en commission permanente, le Conseil d'État a relevé que ce traité, signé par 17 États membres de l'Union européenne sur 27, intervient dans le champ de l'Union économique et monétaire et mobilise, pour son application, les institutions de l'Union européenne, en particulier la Commission européenne. Se fondant notamment sur l'arrêt de la Cour de justice du 30 juin 1993 *Parlement c. Conseil et Commission* (C-181/91 et C-248/91), il a estimé que ses stipulations, lesquelles ne portent pas sur des compétences exclusives de l'Union, étaient compatibles avec le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dès lors, elles pouvaient entrer en



vigueur sans modification préalable de ces traités. Cette analyse a été confirmée en tous points par un arrêt d'Assemblée Plénière de la Cour de justice du 27 novembre 2012 *Pringle c. Irlande* (C-370/12). Le même arrêt d'Assemblée Plénière de la CJUE a également confirmé le bien-fondé de la position de la commission permanente selon laquelle la modification de l'article 136 du TFUE, telle que décidée le 25 mars 2011, ne constituait pas un préalable juridiquement nécessaire à la mise en place effective du traité MES, même si elle a pour objet de conférer à ce mécanisme un fondement dans les traités européens.

Projet de loi autorisant la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG)

Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) a été signé à Bruxelles le 2 mars 2012 par les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque. Il s'agit d'un traité intergouvernemental qui n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les traités fondateurs de l'UE (TUE et TFUE) et qui ne relève pas du droit primaire de l'Union. Toutefois, le TSCG comporte des liens très étroits avec le droit de l'UE et engage ses parties signataires « *en tant qu'États membres de l'UE* ». Ayant initialement eu vocation à être incorporé dans le droit primaire de l'Union, il n'a pu se voir conférer une telle portée faute de consensus, mais ses stipulations énoncent expressément que l'ensemble des parties signataires se fixent pour objectif d'intégrer ultérieurement les dispositions de ce traité dans le cadre juridique de l'UE.

L'objet de ce traité est avant tout de renforcer les dispositifs existants pour redéfinir les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'Union économique et monétaire (UEM) notamment ceux résultant du Pacte de stabilité et de croissance, issu du Traité de Maastricht de 1992 et actuellement régi par les articles 120 à 126 et 136 du TFUE. À cet effet, il comporte une règle d'équilibre budgétaire selon laquelle l'objectif de moyen terme de chaque pays doit être de parvenir à un solde structurel annuel des administrations publiques (APU) n'excédant pas, sauf circonstances exceptionnelles, 0,5 % du PIB, au lieu de 1 % dans le dispositif actuel, ainsi qu'un mécanisme de correction déclenché automatiquement en cas d'écart important par rapport à cet objectif de méconnaissance substantielle à cette règle.

Le Conseil d'État a été saisi de ce projet de loi autorisant la ratification du TSCG quelques jours après la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-653 DC du 9 août 2012 jugeant que, pas plus que les engagements antérieurs de discipline budgétaire dans le droit fil desquels il s'inscrit, il ne porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Par suite, aucune modification préalable de la Constitution n'était nécessaire. Dès lors, il n'a pas eu à se pencher sur la question de la conformité à la Constitution de ce traité. En revanche, procédant à un examen de la conformité de ce traité intergouvernemental au droit primaire de l'Union, il a considéré que la ratification du traité ne soulevait pas de difficultés au regard des engagements européens antérieurs de la France. En effet, si le TSCG touchait à des compétences de l'Union, mais en aucun cas à des compétences exclusives, et mobilisait les institutions et procédures européennes pour sa mise en œuvre, il ressortait de ses stipulations mêmes que tout risque de contrariété avec le droit de l'Union européenne était écarté et que les missions supplémentaires confiées aux



institutions de l'Union, notamment la Commission européenne, devraient s'exercer dans un cadre conforme aux traités européens originaires et au droit dérivé.

Projet de loi organique relatif au pilotage des finances publiques

Une semaine après l'examen du projet de loi autorisant la ratification du TSCG, le Conseil d'État, saisi d'un projet de loi organique relatif au pilotage des finances publiques, a examiné les principaux problèmes posés par les dispositions du projet de texte ayant pour principal objet de mettre en œuvre le « pacte budgétaire » qui fait l'objet du titre III du TSCG. Prenant en compte l'interprétation faite par le Conseil constitutionnel dans sa décision susmentionnée du 9 août 2012, il a considéré que ce projet, comme cela ressortait clairement de la décision du Conseil constitutionnel, ne comportait pas à l'égard du Gouvernement et du Parlement d'éléments de contrainte juridique, c'est-à-dire une possibilité de sanction par le Conseil constitutionnel, en ce qui concerne le contenu même de la politique budgétaire. Un tel projet était par suite substantiellement différent du projet de loi constitutionnelle relative à l'équilibre des finances publiques examiné en 2011 et non abouti, dont le premier volet consistait à transformer les actuelles lois de programmation des finances publiques en lois-cadres (Rapport public 2012, p. 142).

Ce projet de loi organique comprend pour l'essentiel quatre séries de dispositions : en premier lieu, la définition du contenu des lois de programmation des finances publiques (LPFP), qui sont l'instrument de cadrage d'ensemble et à moyen terme des finances publiques et ont été introduites dans la Constitution par la révision du 23 juillet 2008 ; cette définition répond aux exigences du TSCG, mais ne change en rien la nature des LPFP, lesquelles fixent des orientations pluriannuelles ne s'imposant pas juridiquement aux lois de finances, ni aux lois de financement de la sécurité sociale ; en deuxième lieu, l'indication, dans la loi de finances de l'année, sous la forme d'un article liminaire, de la « position » des finances des administrations publiques dans la trajectoire de moyen terme, de façon à assurer l'articulation entre la loi de finances et la LPFP de la « position » des finances des APU ; en troisième lieu, l'institution d'un Haut conseil des finances publiques (HCFP), instance indépendante adossée à la Cour des comptes et chargée d'émettre un avis sur les prévisions macroéconomiques sur lesquelles reposent le projet de LPFP, le projet de loi de finances et le projet de loi de financement de la sécurité sociale et sur la cohérence du projet de loi de finances avec le cadrage de moyen terme de l'ensemble des APU ; en quatrième et dernier lieu, l'organisation, sans automaticité ni obligation juridiquement contraignante par la voie d'une procédure faisant intervenir le HCFP dans son déclenchement, du mécanisme de correction prévu par le TSCG en cas d'écart important par rapport à l'objectif de solde.

Pour ce qui est du contenu des LPFP, lesquelles sont prévues par des dispositions ajoutées à l'article 34 de la Constitution lors de la révision de 2008 qui ne prévoient pas de renvoi à la loi organique, le projet est pris sur le fondement du vingt-deuxième et dernier alinéa de l'article 34, aux termes duquel « *Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique* ». À l'occasion de l'examen de ce projet de loi organique, le Conseil d'État a vérifié que le choix du Gouvernement, parmi les deux termes de l'alternative telle que définie par la décision du Conseil constitutionnel du 9 août 2012 aux fins de traduire l'obligation



prescrite par l'article 3 du TSCG, « *de faire prendre effet à ces règles dans son droit national ... au moyen de dispositions ... dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires ... sont garantis de quelque autre façon* », satisfaisait bien aux exigences de cette décision. Ce terme de l'alternative, se traduisant par le choix d'une solution non contraignante et ne prenant pas la forme constitutionnelle, respecte pleinement les prérogatives du Gouvernement dans l'élaboration de la politique budgétaire ainsi que celles du Parlement dans l'adoption des lois financières qui la traduisent, c'est-à-dire essentiellement leur liberté quant au contenu de cette politique et de ces lois. En outre, il ne peut être dérogé au principe d'annualité budgétaire.

Le Conseil d'État a considéré que les règles budgétaires du § 1 de l'article 3 du TSCG s'imposaient par elles-mêmes, y compris au législateur financier, en vertu de l'article 55 de la Constitution, mais que le § 2 du même article exigeait en outre de la France qu'elle adopte de nouvelles dispositions dans son droit national aux fins de leur conférer plein effet. C'est de ces dispositions, qui font « *prendre effet* » aux règles budgétaires, et non de ces règles elles-mêmes, que le « *plein respect* » et la « *stricte observance* » doivent être garantis « *de quelque autre façon* », comme l'a jugé le Conseil constitutionnel. Enfin, ces dispositions, même si elles ne sont pas contraignantes dans la solution retenue par la France, doivent cependant s'appliquer tout au long des processus budgétaires et, par suite, être permanentes tout en concernant en outre l'ensemble des APU. De l'examen auquel il s'est livré, le Conseil d'État en a déduit que le parti choisi par le Gouvernement, au regard de l'alternative entre dispositions contraignantes, de préférence constitutionnelles, et dispositions d'une autre nature pour faire « *prendre effet* » au mécanisme de correction, était conforme à la Constitution. En outre, le Conseil d'État s'est livré à un contrôle de conventionnalité en vérifiant l'absence de toute contrariété entre le projet de loi organique et l'ensemble des normes du droit de l'Union européenne.

Projet de loi de programmation des finances publiques pour 2012 à 2017

Le Conseil d'État (commission permanente) a été saisi pour la troisième fois d'un projet de loi de programmation des finances publiques, élaboré en application de l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution. À l'occasion de l'examen de ce projet de loi de programmation, le Conseil d'État a implicitement considéré que les dispositions figurant dans la partie programmatique d'une telle loi deviennent caduques lors de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi de programmation. Par suite, et alors même que certaines de ces dispositions auraient une portée générale, elles ne peuvent être maintenues en vigueur que si elles sont expressément reprises dans la nouvelle loi. Tel est notamment le cas d'un article relatif à l'utilisation, pour réduire le déficit public, d'éventuels surplus du produit des impositions de toute nature établies au profit de l'État. Le Conseil d'État a attiré l'attention du Gouvernement sur la circonstance que, eu égard aux principes de sécurité juridique et d'intelligibilité de la norme, il y aurait néanmoins lieu d'abroger expressément ces dispositions programmatiques devenues caduques.

L'examen du projet de loi portant ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) et du projet de



loi organique relatif à la programmation et à la gouvernance des finances publiques a conduit le Conseil d'État à examiner l'incidence de la programmation pluriannuelle sur les projets de loi de financement de la sécurité sociale. Les finances sociales sont en effet touchées par les obligations nouvelles nées de ce traité. C'est dans la loi de finances que figurera un tableau de synthèse retraçant l'ensemble des prévisions, comprenant le solde de la LFSS de la même année. C'est l'exigence constitutionnelle de l'examen par le Parlement du PLFSS avant le projet de loi de finances qui a conduit à admettre cette présentation portant sur deux exercices différents entre les deux projets de lois à caractère financier.

2.1.2. Tirer les conséquences de la crise en matière d'organisation et de fonctionnement du secteur bancaire

Le secteur bancaire et financier est certainement celui qui a été le plus concerné par la crise qui frappe les pays occidentaux depuis près de cinq ans. Tant les autorités de l'Union européenne que les autorités nationales se sont efforcées de mettre en œuvre des politiques appropriées à ce secteur, aux fins de prévenir les défaillances soudaines d'établissements de crédit, lesquelles présentent un risque majeur en raison de l'effet de contagion qui s'y attache et du rôle essentiel joué par le secteur bancaire dans le financement de l'économie.

L'Union européenne, s'agissant du secteur financier, a adopté cinq règlements et une directive ayant pour objet de remédier à ces insuffisances. La directive concernée est celle n° 2010/78/UE du 24 novembre 2010, relative aux compétences des Autorités européennes de surveillance en matière financière (Autorité bancaire européenne – ABE – Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles – AEAPP – ; Autorité européenne des marchés financiers – AEMF –).

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi portant transposition de la directive 2010/78 et d'une demande d'avis sur la conformité à la Constitution d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, en cours de négociation, établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprise d'investissement. Il a également été saisi d'un projet de loi portant réforme bancaire et financière, fruit d'une inspiration davantage nationale.

2.1.2.1. La transposition de la directive «Omnibus I»

Tel était l'objet du titre II du projet de loi DDADUE déjà mentionné et examiné par la commission permanente du Conseil d'État. Il a été relevé que les trois autorités européennes de surveillance précitées ont vocation à travailler de concert avec les autorités de surveillance des États membres. Elles regroupent, sous une présidence permanente des représentants à haut niveau de l'ensemble de ces autorités nationales, lesquelles demeureront responsables de la surveillance courante des



différents établissements ou sociétés relevant de leur champ d'application. En outre, il a été créé un comité mixte pour assurer la coopération et coordonner l'échange d'informations. Ce sont là les premières étapes d'une véritable Union bancaire européenne qu'appelaient de ses vœux le rapport du groupe présidé par M. Jacques de Larosière, encore plus ambitieux d'ailleurs en ce qu'il envisageait d'accorder davantage de pouvoirs aux autorités européennes de surveillance, proposition qui s'est heurtée à certaines réticences de gouvernements nationaux.

Concrètement, la directive 2010/78/UE opère la mise à jour de onze directives existantes en ce qui concerne les compétences conférées aux trois autorités européennes de surveillance. L'exercice de transposition a été finalement assez simple puisqu'il se limite à modifier deux articles du code monétaire et financier. La Commission permanente, au-delà de la vérification de la complétude de la transposition et de sa fidélité, ainsi que l'exige la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 (Loi sur l'économie numérique), s'est essentiellement interrogée sur la question de savoir si les dispositions pertinentes de la directive 2010/78/UE ne portaient pas une atteinte excessive aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence constitutionnelle. Elle a considéré que tel n'était pas le cas dès lors que les nouvelles Autorités européennes de surveillance ne disposaient, elles-mêmes, d'aucun pouvoir de sanction, mais seulement d'une compétence pour édicter des injonctions, sous forme de décisions individuelles, de se conformer à telle ou telle obligation européenne existante. En outre, les décisions individuelles adoptées par les autorités européennes sont susceptibles de recours devant la Cour de justice de l'Union européenne ou d'une « médiation contraignante », même s'il n'existe dans l'un et l'autre cas aucune procédure comparable à celle du référé suspension. C'est pour l'ensemble de ces motifs que le Conseil d'État a estimé que le projet n'était comparable ni à la création du mandat d'arrêt européen ni à l'institution du Parquet européen telle que prévue à l'article 86 TFUE. La première avait exigé une modification constitutionnelle de l'article 88-2 par la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 26 mars 2003 ; la seconde avait justifié la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008. En l'espèce, aucune des dispositions du projet n'a été regardée comme constituant une atteinte excessive aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

2.1.2.2. La demande d'avis sur la proposition de directive en cours de négociation « redressement et résolution des établissements financiers »

Le Conseil d'État a été saisi par le ministre de l'économie et des finances d'une demande d'avis tendant à vérifier si la proposition de directive « redressement et résolution des établissements financiers », actuellement en cours de négociation, est compatible avec la Constitution française, notamment pour ce qui est de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété, du principe de participation des travailleurs et du droit à un recours juridictionnel effectif, la saisine ayant été élargie au contrôle de la compatibilité avec les principes constitutionnels de liberté contractuelle et d'égalité entre les créanciers, et à la possibilité de prévoir une applicabilité immédiate aux contrats et produits financiers en cours ainsi qu'aux situations légalement constituées.



Cette proposition de directive de près de 200 pages confère aux autorités de résolution, européenne ou nationales, compétence pour adopter des mesures extrêmement intrusives, notamment au stade de la résolution, telle que la possibilité d'évincer l'ensemble de la direction d'un établissement de crédit et de la remplacer par un administrateur spécial, la possibilité de céder tout ou partie des activités de cet établissement, celle de procéder à la séparation des actifs, c'est-à-dire de transférer tout ou partie des actifs, droits ou engagements de l'établissement à une structure de gestion d'actifs, ou encore celle d'engager la procédure dite de « renflouement interne » consistant en la dépréciation et conversion de créances en titres de participation pouvant inclure l'annulation d'actions ou de tout ou partie des créances.

Le Conseil d'État a relevé que « *L'objectif recherché par la proposition est de parvenir à ce que, en cas de défaillance, les établissements financiers soient liquidés selon un régime de procédure collective aussi proche que possible que celui de droit commun et parallèle à celui-ci, et non plus par la voie d'injection massive de capitaux publics* ». En effet, l'analyse d'impact de la proposition de directive relève que « *l'ampleur des liens de dépendance entre les établissements crée un risque de crise systémique lorsque les problèmes affectant une banque peuvent se répandre de proche en proche dans l'ensemble du système. En raison de ce risque systémique et de la fonction économique importante des établissements, la procédure normale d'insolvabilité peut ne pas être appropriée dans certains cas, et l'absence d'instruments efficaces pour gérer les établissements en crise a trop souvent nécessité un recours aux deniers publics pour rétablir la confiance dans des établissements, même de taille relativement modeste, afin d'empêcher que les défaillances en cascade d'établissements ne portent gravement atteinte à l'économie réelle* ». Par ailleurs, le Conseil d'État a bien pris acte des motifs d'intérêt général tels qu'énoncés à l'article 26 de la proposition.

Se prononçant sur la compatibilité avec la Constitution des dispositions pertinentes de la proposition de directive et se fondant sur sa propre expérience de plusieurs défaillances bancaires intervenues en France depuis 2010 (Dexia, Crédit immobilier de France, SA Banque Peugeot), le Conseil d'État relève à titre liminaire que la nouvelle procédure collective *sui generis* applicable aux seuls établissements de crédit et entreprises d'investissement, dont le régime est organisé par la proposition de directive, a essentiellement pour objet de répondre à la situation critique de défaillance, imminente ou avérée, d'un établissement, même de taille relativement modeste, et aux conséquences extrêmement graves qui en résulteraient non seulement pour lui mais également, par effet de contagion, pour l'ensemble du système bancaire, pour la stabilité financière, le financement de l'économie, le contribuable, ainsi que les déposants, épargnants et clients. Compte tenu de l'extrême urgence pouvant s'attacher à la mise en œuvre des mesures de sauvetage des établissements défaillants, que ce soit par la voie du redressement ou de la résolution, de telles mesures ont également pour objet essentiel la préservation, autant que faire se peut dans un tel contexte de crise, des droits des déposants, clients, créanciers et actionnaires, lesquels, en l'absence de telles dispositions spécifiques, seraient encore davantage affectés.

Il a rendu son avis en se fondant sur des motifs d'intérêt général que la proposition de directive s'est assignés, à savoir assurer la stabilité financière, la protection des



déposants, la préservation des fonctions essentielles de financement de l'économie et la protection du contribuable en évitant le recours aux financements publics par la voie d'aides d'État.

Pour l'ensemble de ces motifs, et se fondant sur une analyse de l'atteinte portée à chacun des six principes constitutionnels en cause, l'avis conclut que la proposition de directive établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, dans la rédaction qui lui a été soumise, paraît, en l'état, conforme à la Constitution.

2.1.2.3. Le projet de loi portant réforme bancaire et financière

Les crises ou défaillances des établissements financiers depuis environ cinq ans ont bien montré combien la notion de risque est au cœur de l'activité bancaire. C'est précisément aux fins de prévenir ces risques, ou d'en minimiser la portée que le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi portant réforme bancaire et financière.

Son titre 1^{er}, faisant écho aux préconisations du rapport Liikanen ainsi qu'au courant de pensée propre à la France depuis plusieurs années, est relatif à la séparation des activités utiles au financement de l'économie et des activités spéculatives. Ses dispositions imposent la filialisation des opérations de marché sans lien avec les opérations des clients et elles organisent une supervision renforcée des activités de marché. De plus, elles interdisent, pour ces filiales, certaines activités spéculatives, par exemple sur les dérivés des matières premières agricoles ou par la voie du « trading » à haute fréquence.

Son titre II est relatif à la mise en place du régime de résolutions bancaires. Il s'agit en quelque sorte d'une « transposition par anticipation » de la proposition de directive en cours de négociation, ci-dessus mentionnée, ayant fait l'objet d'une demande d'avis posée au Conseil d'État. L'ensemble des mesures de préventions et de résolutions bancaires est placé sous la responsabilité de l'« Autorité de contrôle prudentielle » (ACP), laquelle devient ainsi l'« Autorité de contrôle prudentiel et de résolution » (ACPR). Tout comme au niveau de l'Union européenne est institué un Fonds de garantie de dépôt et de résolution, correspondant de l'Autorité bancaire européenne et de ses homologues des 26 autres États membres de l'Union.

Son titre III, intitulé « Surveillance macro-prudentielle », a également pour objet de respecter, parfois par anticipation, les engagements européens de la France : dans le cadre de la mise en œuvre des accords de Bâle III, il est prévu de mettre en place de nouvelles mesures « macro-prudentielles » qui devraient permettre d'assurer la stabilité du système financier dans son ensemble. La mise en place de ces nouvelles mesures nécessite une réforme du conseil de régulation financière et du risque systémique comprenant notamment un renforcement substantiel de ses pouvoirs.

Enfin, son titre IV est consacré à l'élargissement des compétences de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

À l'occasion de l'examen de ce projet de loi, le Conseil d'État s'est assuré qu'il a bien été satisfait à l'ensemble des obligations consultatives requises, notamment pour



ce qui est de la Banque centrale européenne et, très classiquement, il a procédé à un certain nombre de disjonctions aux fins d'assurer le respect des articles 34 et 37 de la Constitution. S'agissant de l'option du Gouvernement relative à la séparation des activités bancaires, le Conseil d'État a relevé que l'obligation de cantonnement ou de filialisation édictée par le projet de loi n'avait pas la même portée que celle recommandée par le rapport Liikanen. Elle est plus restreinte, dès lors notamment que s'en trouvent exclues la plupart des activités « *Market making* » mal traduit en langue française par les mots « tenue de marché ». Mais il s'agit là d'un choix de pure opportunité dont le Conseil d'État ne peut que prendre acte. En outre, s'agissant de l'examen de conformité du projet de loi à la Constitution, le Conseil d'État a considéré que l'atteinte portée par le projet à la liberté d'exercer une activité économique était justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants. Pour ce qui est du respect du principe du droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil d'État a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, au stade des mesures de résolutions, l'absence d'une procédure de référé-suspension pouvait être admissible, au regard de l'exigence constitutionnelle. En revanche, il a attiré l'attention du Gouvernement sur les risques d'inconventionnalité susceptibles d'entacher une telle disposition. Quant à l'atteinte au principe d'égalité, puisque seules les quatre principales banques françaises seront probablement soumises à l'obligation de séparation, il a considéré que ces quatre banques n'étaient pas placées dans une situation identique à celle des autres banques plus modestes, pour lesquelles le coût du cantonnement ou de la filialisation aurait représenté une charge difficilement supportable. Enfin, s'agissant de la conformité du projet de loi avec le droit de l'Union européenne, le Conseil d'État a pu éprouver une certaine surprise de voir transposer par anticipation une proposition de directive en cours de négociation sur les défaillances et les résolutions bancaires. Toutefois, après s'être assuré que le régime prévu correspondait pour l'essentiel à la proposition de directive de l'Union, et compte tenu de la mise en jeu de la garantie de l'État à l'occasion de défaillances bancaires par lui examinées depuis quatre ans, il a considéré que, eu égard aux enjeux majeurs et aux objectifs recherchés, cette façon de légiférer, même si elle n'est pas orthodoxe au regard des préconisations formulées dans l'étude adoptée par l'assemblée générale du 27 février 2007, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires en droit national*, une telle articulation entre le droit national et le droit de l'Union en cours d'élaboration pouvait être admise.

2.2. Actions en faveur de l'emploi

L'année a été marquée par des projets de loi et de décret mettant en œuvre le priorité donnée à l'emploi par les pouvoirs publics. Ces projets visent à apporter des réponses aux difficultés économiques et à la forte augmentation du chômage qu'a connues



notre pays depuis la crise financière de 2008. Ils sont relatifs aux emplois d'avenir, au contrat de génération et au chômage partiel des salariés.

2.2.1. Projets de loi et de décret sur les emplois d'avenir

Les emplois d'avenir sont des contrats aidés réservés aux jeunes peu ou pas qualifiés ou rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi. Ils ne se distinguent pas de manière fondamentale de précédents dispositifs de contrats aidés, et empruntent d'ailleurs le régime juridique des contrats d'accompagnement dans l'emploi (CAE) ou des contrats initiative-emploi (CIE) sous réserve de quelques adaptations. Les emplois d'avenir se caractérisent cependant par un fort ciblage sur les jeunes rencontrant les plus grandes difficultés, en particulier les jeunes peu ou pas qualifiés et les jeunes résidant dans les zones urbaines sensibles ; ils sont particulièrement destinés aux 470 000 jeunes de 16 à 25 ans sans diplôme qui ne sont ni en emploi ni en formation. Afin d'accroître les perspectives d'insertion des bénéficiaires d'emplois d'avenir, la durée de l'aide financière peut aller jusqu'à trois ans, contre deux seulement dans de précédents dispositifs. Le Gouvernement prévoyant à terme la conclusion de 150 000 emplois d'avenir, il s'agit d'un des principaux instruments de la politique de l'emploi du Gouvernement issu des consultations électorales de 2012.

Le projet de loi portant création des emplois d'avenir instaure également des « emplois d'avenir professeur ». L'objectif du dispositif est de favoriser l'accès de jeunes issus de milieux défavorisés aux métiers du professorat et de pourvoir aux besoins de recrutement importants de l'éducation nationale dans les prochaines années. Les emplois d'avenir professeur sont destinés à des jeunes étudiants, titulaires de bourse de l'enseignement supérieur et se destinant aux métiers du professorat. Ceux-ci sont recrutés par des établissements publics locaux d'enseignement (collèges et lycées), pour exercer des activités d'appui éducatif compatibles avec la poursuite de leurs études.

Le titre du projet de loi consacré aux emplois d'avenir a appelé peu d'observations du Conseil d'État. Il a été observé qu'il n'était pas possible de prévoir un régime spécifique pour ces emplois dans les départements et collectivités d'outre-mer sans que les conseils de ces collectivités n'aient été préalablement consultés.

En ce qui concerne les emplois d'avenir professeur, le Conseil d'État a estimé, en premier lieu, qu'aucune règle constitutionnelle n'interdisait au législateur de soumettre ces contrats au droit privé, alors même que les bénéficiaires de ces contrats exerceront des activités d'appui éducatif et participeront ainsi à l'exécution d'un service public administratif auquel le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 confère un caractère constitutionnel. Ce caractère est sans incidence en ce qui concerne la détermination du statut des agents associés ou participant à l'exécution du service : en effet, si, en principe, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents de droit public quel que soit leur emploi, le législateur a toujours la faculté de recourir à des personnels régis par le code du travail dans un service public administratif ou un établissement public



administratif. Le Conseil d'État ne s'est en revanche pas prononcé sur la question de savoir si les sujétions inhérentes à l'exécution de certains services dits « régaliens » (justice, police, service pénitentiaire, défense, etc.) feraient par elles-mêmes obstacle à ce qu'un régime de droit privé soit conféré aux agents chargés de les assurer.

Il a considéré, en second lieu, que les contrats en cause, eu égard à leur objet et à leurs caractéristiques, ne constituent pas des « emplois permanents » au sens de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de l'article 2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, ni davantage des « emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais sont seulement des mesures, à finalité sociale, de préparation à l'emploi et d'insertion professionnelle dans les métiers de l'éducation.

En conséquence, la loi peut réserver le bénéfice de ce dispositif à des étudiants boursiers qui s'engagent, en contrepartie de l'aide octroyée, à se présenter à des concours de recrutement des corps enseignants de l'éducation nationale. Cette condition est en rapport avec la finalité sociale poursuivie par le législateur.

Par ailleurs, il est possible, parmi les étudiants répondant à la condition mentionnée ci-dessus, de donner une priorité aux étudiants qui effectuent leurs études dans une académie ou dans une discipline connaissant des besoins particuliers de recrutement et qui justifient, soit de résider dans une zone urbaine sensible, soit d'avoir effectué tout ou partie de leurs études secondaires dans un établissement situé dans une zone urbaine sensible au sens de l'article 412 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire ou dans un établissement relevant de l'éducation prioritaire. Ces conditions paraissent en effet pertinentes au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et ne méconnaissent pas, en conséquence, le principe d'égalité devant la loi.

Après que la loi a été déférée au Conseil constitutionnel, celui-ci a émis une réserve d'interprétation dans sa décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012. Si le Conseil a considéré que les « emplois d'avenir professeur » n'étaient pas des emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et pouvaient donc être réservés à des étudiants boursiers, il a jugé qu'à l'inverse, les « emplois d'avenir », s'ils étaient conclus sous la forme de contrat à durée indéterminée, seraient des emplois publics au sens de cet article. L'article 6 de la Déclaration imposant que les emplois publics ne soient pourvus qu'en tenant compte de la capacité, des vertus et des talents, le Conseil constitutionnel a décidé qu'ils ne pouvaient être réservés à des jeunes dépourvus de qualification, et que les personnes publiques ne pourraient donc recourir aux « emplois d'avenir » que dans le cadre de contrat à durée déterminée. Lors de l'examen du projet de décret relatif à l'emploi d'avenir, le Conseil d'État a indiqué au Gouvernement qu'il était nécessaire de tirer les conséquences explicites de cette réserve d'interprétation. Le décret a donc réservé à des contrats à durée déterminée les emplois d'avenir dans les fonctions publiques.

Le Conseil d'État a également examiné le projet de décret relatif à l'emploi d'avenir professeur, qui fixe notamment la composition et le rôle de la commission chargée



de vérifier l'aptitude des candidats à un emploi d'avenir professeur dans un établissement public local d'enseignement.

Le Conseil d'État a estimé nécessaire de préciser le régime de ces emplois compte tenu de l'habilitation donnée par le législateur au décret en Conseil d'État. À cet effet, il a complété le projet du Gouvernement en prévoyant que le salaire mensuel du bénéficiaire d'un emploi d'avenir professeur est égal au produit du montant du salaire minimum interprofessionnel de croissance par le nombre moyen mensuel d'heures de travail et en encadrant les règles régissant la durée de travail des emplois avenir professeur.

Enfin, le projet de décret précise que les étudiants recrutés sur des emplois d'avenir professeur accomplissent, dans les établissements d'enseignement et dans les écoles, sous la direction des autorités chargées de l'organisation du service, des fonctions d'appui éducatif et qu'à ce titre, sous l'autorité des enseignants, ils peuvent participer aux séquences d'enseignement, aux actions de soutien scolaire, ainsi qu'à toute activité de nature éducative organisée au sein de l'établissement ou de l'école.

2.2.2. Projet de loi portant création du contrat de génération

Le dispositif du contrat de génération, qui associe l'objectif d'insertion professionnelle des jeunes et celui de maintien dans l'emploi des seniors, résulte d'un engagement pris par le Président de la République. Le Gouvernement a saisi les partenaires sociaux de ce projet de réforme en application de l'article L. 1 du code du travail, sur la base d'un document d'orientation en date du 4 septembre 2012. Un accord national interprofessionnel a été conclu le 19 octobre 2012, recueillant la signature de l'ensemble des organisations d'employeurs et de salariés. Le Conseil d'État a été conduit à examiner le projet de loi qui en est issu.

La question de la conformité au principe d'égalité de la différence de traitement entre les entreprises, selon qu'elles ont un effectif supérieur ou inférieur à 300 salariés, s'est posée. En effet, la différence de traitement entre ces deux catégories d'entreprises est significative dès lors que les entreprises de plus de 300 salariés sont soumises à une obligation de conclure un accord ou de réaliser un plan d'action dont la méconnaissance peut être sanctionnée par une pénalité, alors que les entreprises de moins de 300 salariés qui concluent un accord ou réalisent un plan d'action bénéficient d'une aide publique. Le Conseil d'État a cependant estimé que la différence de traitement entre ces entreprises reposait bien sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi. En réservant l'aide aux entreprises de moins de 300 salariés, le projet entend limiter les effets d'aubaine pour les grandes entreprises, qui ont par leur taille un flux constant d'embauches de jeunes qu'elles peuvent mettre en binôme avec des salariés âgés. Par ailleurs, il est légitime de n'imposer une obligation de négocier un accord ou de réaliser un plan d'action qu'à des entreprises d'une certaine taille, compte tenu de la moindre structuration du dialogue social et de la gestion des ressources humaines dans les petites entreprises.



Le Conseil d'État a considéré que le législateur pouvait confier directement à Pôle Emploi la gestion de ce dispositif sans mise en concurrence préalable, en se fondant sur l'application à cet établissement public à caractère administratif de l'exception dite *in house* dans sa conception dégagée par l'arrêt *Teckal* de la CJCE du 18 novembre 1999 (C-107/98). Il a considéré, ainsi qu'il l'avait observé lors de la création de Pôle Emploi, que la présence d'une majorité de représentants des partenaires sociaux au sein de son conseil d'administration ne remettait pas en cause son caractère d'établissement public administratif.

2.2.3. Décrets successifs sur le chômage partiel

Le chômage partiel a été depuis 2008 une des principales solutions mises en œuvre pour permettre aux entreprises de faire face à une diminution de leur activité tout en conservant leurs salariés. Le système français a été réformé à plusieurs reprises depuis la crise pour en renforcer le caractère attractif. Il fait cependant l'objet de critiques pour sa complexité et pour ses résultats inférieurs à ceux du système allemand, qui a été massivement utilisé et joué un rôle central dans la faible augmentation du chômage connue par ce pays malgré la récession.

Le Conseil d'État a été saisi de deux nouvelles modifications au cours de l'année 2012, afin de développer l'accès à l'allocation spécifique de chômage partiel, qui est à la charge de l'État. Un premier décret en date du 9 mars 2012 a notamment supprimé l'autorisation administrative préalable, pour permettre un recours plus fréquent des entreprises au chômage partiel chaque fois que ce dispositif semble à même d'éviter des licenciements collectifs. Mais il s'est avéré que la suppression d'une telle autorisation plaçait beaucoup de petites et moyennes entreprises dans une situation d'incertitude juridique, qui les conduisait à ne pas faire usage du chômage partiel. C'est pourquoi cette suppression a été remise en cause. Un second décret en date du 19 novembre 2012 a procédé au rétablissement d'une autorisation préalable de placement des salariés en position de chômage partiel, qui permet de sécuriser juridiquement le recours à une telle mesure.

Le Conseil d'État a considéré que l'autorisation de placement en position de chômage partiel n'entraînait pas par elle-même de dépense publique dès lors que le versement de l'allocation spécifique à l'employeur n'intervenait qu'après la transmission à l'administration d'une demande accompagnée d'un relevé des heures réellement chômées par chaque salarié. Ainsi, la demande d'autorisation pouvait faire l'objet d'une décision implicite d'acceptation faute de réponse de l'administration dans le délai prévu, en application d'une disposition réglementaire, alors même que l'article 22 de la loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations exclut la possibilité d'une telle décision implicite pour des « *demandes présentant un caractère financier* ».



2.3. Projet de loi relatif au harcèlement sexuel

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 qui a déclaré contraire à la Constitution, comme trop imprécis, l'article 222-33 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, le Conseil d'État a examiné un projet de loi sur le harcèlement sexuel. Alors que le délit de harcèlement sexuel, créé par la loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, était initialement défini comme « *le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions* », la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a modifié cette rédaction en disposant que « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Le Conseil constitutionnel a jugé que les éléments constitutifs de l'infraction de harcèlement n'étaient pas suffisamment définis et qu'elle méconnaissait dès lors le principe de légalité des délits et des peines. La décision abrogeant immédiatement l'article 222-33 du code pénal, abrogation applicable à toutes les affaires en cours, l'adoption d'une nouvelle loi était urgente pour assurer la répression de ces comportements. Le projet de loi relatif au harcèlement sexuel a été le premier projet de loi soumis au Conseil d'État par le Gouvernement issu de l'élection présidentielle de 2012.

Le Conseil d'État a veillé à ce que, tout en assurant son efficacité à la répression, la définition du délit de harcèlement sexuel respecte l'exigence constitutionnelle de légalité des incriminations. Est retenue une définition proche de celle des directives de l'Union européenne 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Elle incrimine des comportements, imposés et répétés, qui présentent une « connotation sexuelle » et qui soit portent atteinte à la dignité de la personne en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent un environnement hostile, intimidant ou offensant pour la victime. Est en outre incriminée une pression, même non répétée, ayant pour but d'obtenir des faveurs sexuelles (réelle ou que la victime a toutes raisons de supposer).

Des circonstances aggravantes sont par ailleurs définies (abus de l'autorité conférées par les fonctions, mineurs de quinze ans, particulière vulnérabilité de la victime, existence de complices). À été disjoint de cette liste, le fait que l'auteur ait agi à raison de l'appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion, ou à raison de son orientation sexuelle. Cette circonstance aggravante, a considéré le Conseil d'État, est à la fois non pertinente au regard la nature de l'infraction et trop difficile à établir.

Le code du travail et le statut général de la fonction publique (loi du 13 juillet 1983) comportent leur propre définition du harcèlement moral et du harcèlement sexuel, dans le cadre respectivement des relations du travail et de l'administration. La définition du harcèlement sexuel par le code du travail et la peine dont il assortit cette



infraction s'inspirent étroitement de l'article 222-33 du code pénal avant l'abrogation de cet article par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012. Ils encourent la même critique. Le projet de loi a donc procédé à leur mise en cohérence avec la nouvelle définition du code pénal.

2.4. Projet de loi ouvrant le mariage à deux personnes de même sexe

Le Conseil d'État a rendu un avis favorable au projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, tout en assortissant cet avis de plusieurs observations.

Ni les obligations internationales de la France, ni le droit constitutionnel ne s'opposent à un tel choix du législateur. Il convient toutefois d'en mesurer l'incidence sur la notion même de mariage, que le code civil ne définit pas, mais qu'il fonde sur deux éléments jusqu'alors indissociables : l'altérité des sexes et la présomption de paternité, laquelle donne automatiquement un père à l'enfant de la femme mariée qui accouche.

Eu égard à la portée d'un texte qui modifie un élément fondateur de l'institution du mariage, et compte tenu des conséquences, insuffisamment appréhendées par l'étude d'impact accompagnant le projet, qu'un tel changement apportera à un grand nombre de législations, dans l'ordre pratique comme dans l'ordre symbolique, le Conseil d'État a souligné l'importance qui s'attachait au maintien du projet dans son périmètre initial : ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe dans les mêmes conditions que pour les autres couples, sans changer en rien les règles applicables à ces derniers.

En effet, les développements qu'est de nature à susciter le projet dans des domaines connexes peuvent être porteurs d'enjeux fondamentaux, en particulier bioéthiques. Il en serait ainsi de l'assistance à la procréation en dehors des hypothèses médicales aujourd'hui admises, principalement l'infertilité. Ces développements appelleraient un débat public préalable, dans l'esprit de la législation relative à la bioéthique, que traduit l'article L. 1412-1-1 du code de la santé publique.

Par ailleurs, le projet de loi écarte, sous condition de résidence en France ou de nationalité française de l'autre époux, la loi personnelle de l'époux étranger en tant qu'elle fait obstacle au mariage entre personnes de même sexe. Cette exception, qui déroge à la règle traditionnelle du droit international privé français en matière de mariage, n'aura toutefois pas d'effet lorsqu'une convention bilatérale comporte des dispositions contraires. Par souci de sécurité juridique et d'intelligibilité de la loi, le Conseil d'État a introduit explicitement cette réserve.



En outre, l'ouverture des mariages entre personnes de même sexe aux étrangers risque de favoriser les mariages que la doctrine a qualifiés de « boiteux », en ce qu'ils produisent des effets en France mais s'avèrent nuls selon la loi étrangère des époux. Dans des hypothèses exceptionnelles, mais qui doivent être prises en considération, ces mariages pourraient même exposer certains étrangers à des sanctions pénales dans leur pays d'origine. Le Conseil d'État a donc invité le Gouvernement à informer les officiers d'état civil, afin de leur permettre d'alerter l'étranger concerné des conséquences que pourrait avoir sur celui-ci son mariage avec une personne du même sexe, s'il venait à être connu de ses autorités nationales, surtout en cas de retour dans son pays d'origine.

S'agissant de l'adoption, le critère déterminant doit être l'intérêt de l'enfant. Or, l'étude d'impact ne traitait pas des questions multiples et complexes que soulève l'ouverture de l'adoption aux conjoints de même sexe, tant dans le cadre de l'adoption internationale que, plus généralement, au regard de l'appréciation que les services et autorités compétentes seront amenés à faire de l'intérêt de l'enfant et qui est opérée, en droit positif, de manière concrète, au cas par cas.

Le projet de loi n'accordait pas, à l'épouse de la mère qui accouche, les droits qui sont actuellement accordés au père de l'enfant (congé de paternité) dans les mêmes circonstances. Si l'épouse de la mère ne dispose, à ce moment, d'aucun lien de filiation à l'égard de l'enfant, il n'en demeure pas moins que ces prestations sont accordées au père dans l'intérêt du nouveau-né et de la femme qui vient d'accoucher, pour assurer une présence familiale à leurs côtés. Or l'épouse de la mère est le seul membre du foyer susceptible d'accueillir le nouveau-né et la mère ou, lorsque celle-ci est morte en couches, le nouveau-né. Une telle différence de traitement serait injustifiée au regard de la finalité de la loi qui l'établit et, en conséquence, contraire au principe d'égalité. Le Conseil d'État a toutefois constaté qu'un amendement à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, déposé le 26 octobre 2012 par le Gouvernement, faisait disparaître cette rupture d'égalité, dans un cadre au demeurant plus large. Dans ces conditions, il a estimé que le présent projet de loi ne devrait être complété sur ce point que si l'amendement ne prospérait pas.

Enfin, la disparition des termes : « père », « mère », « mari » ou « femme » dans diverses législations, et leur remplacement par « parents » ou « époux » telle qu'elle résulte du projet du Gouvernement, ont une valeur symbolique importante. Le Conseil d'État n'a admis cette rédaction qu'en raison de la diversité des situations appréhendées par la loi lorsqu'elle emploie ces termes, cette diversité lui ayant paru faire obstacle à l'application d'une simple « grille de lecture » de substitution. Le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que ce choix rédactionnel au niveau de la loi n'implique aucunement la disparition générale des mots : « père », « mère », « mari » ou « femme » dans les documents de la vie quotidienne.



2.5. Prévention et lutte contre le terrorisme

À la suite des événements tragiques survenus en mars 2012 à Toulouse et Montauban, le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi comportant plusieurs mesures tendant à la prévention et à la répression du terrorisme. Un nouveau projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme lui a été soumis en septembre.

2.5.1. Projet de loi relatif à la prévention et à la répression du terrorisme

Le premier projet de loi prévoyait en particulier de réprimer l'apologie du terrorisme et la provocation au terrorisme par un délit figurant non plus dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse, mais dans le code pénal, au chapitre relatif aux actes de terrorisme, afin de rendre applicables les règles de procédure et de poursuites de droit commun, ainsi qu'une partie des moyens d'investigations qui sont déjà ceux de la lutte anti-terroriste. Parce qu'elles sont actuellement soumises au régime des délits de presse, ces infractions sont, par exemple, prescrites à l'issue d'un délai de trois mois et ne permettent pas le recours à la détention provisoire. Le juge des référés restera en outre compétent pour ordonner, à la demande du ministère public, toute mesure empêchant l'accès à un service de communication en ligne qui diffuserait des messages comportant de telles provocations ou apologies. La compatibilité de ces dispositions avec la liberté d'opinion et la liberté de communication ne soulève aucune interrogation.

Si le Conseil d'État a émis un avis favorable à l'adoption du projet dans son ensemble, il en a cependant disjoint un article punissant de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la consultation habituelle (sauf aux fins d'information, de recherche scientifique ou de constitution de preuves) de sites diffusant des messages provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes.

De telles dispositions, sans véritable précédent dans notre législation ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union européenne, permettaient d'appliquer des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions portaient à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme.

La création de cette nouvelle incrimination n'aurait pas eu pour conséquence de donner aux magistrats et aux membres de la police judiciaire des moyens



d'investigation dont ils ne disposeraient déjà et dont la mise en œuvre serait seule de nature à prévenir la commission de graves atteintes aux personnes ou aux biens à la suite d'un processus d'« auto-radicalisation ». D'ores et déjà, toute personne à l'encontre de laquelle il existe une raison quelconque de soupçonner, y compris en raison du contenu ou de l'objet de ses communications électroniques, qu'elle est susceptible de préparer un acte de terrorisme peut faire l'objet, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou d'une information judiciaire, de mesures d'investigation permettant d'intercepter ou capter ces communications ou d'en reconstituer l'historique. La surveillance d'une telle personne peut, en outre, être organisée dans le cadre de la police administrative.

Le Conseil d'État a par ailleurs relevé que notre législation comportait déjà plusieurs « infractions obstacle », au nombre desquelles, notamment, l'association de malfaiteurs terroriste prévue et réprimée par l'article 421-2-1 du code pénal, permettant de procéder à l'arrestation de personnes préparant la commission d'actes de terrorisme sans attendre que leur projet soit entré dans une phase d'exécution.

Il a noté, enfin, que, cantonnée à la consultation de sites terroristes, l'incrimination ne faisait pas obstacle à la possibilité de prendre connaissance, autrement que par un service de communication en ligne, de messages provoquant au terrorisme ou faisant l'apologie de celui-ci.

Il lui est apparu qu'en tout état de cause, l'incrimination n'était pas de nature à atteindre l'objectif recherché par le Gouvernement : empêcher la radicalisation susceptible de résulter de la réception de tels messages.

Il convient de noter que ce projet de loi, adopté en conseil des ministres le 11 avril 2012, n'a pas été par la suite inscrit à l'ordre du jour d'une assemblée parlementaire.

2.5.2. Projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme

En septembre, le Conseil d'État a examiné un nouveau projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme qui a deux finalités principales.

En premier lieu, le projet tend tout d'abord à proroger (du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2015) trois dispositifs destinés à faciliter la prévention et la répression du terrorisme, institués à titre temporaire par la loi du 23 janvier 2006 (relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers) et déjà prorogés une première fois par une loi n° 2008-1245 du 1^{er} décembre 2008 :

- contrôles d'identité effectués dans les trains internationaux à proximité des frontières (article 78-2 du code de procédure pénale) ;
- possibilité pour certains services spécialisés de requérir les opérateurs de téléphonie et les fournisseurs d'accès et d'hébergement Internet pour qu'ils leur communiquent certaines données de connexion (article L. 34-1-1 du code des postes et



communications électroniques et article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique) ;

- accès de certains agents des services de police et de gendarmerie spécialisés dans la lutte contre le terrorisme à certains traitements automatisés de données, tels que le fichier des immatriculations ou le système national de gestion des permis de conduire (article L. 222-1 du code de la sécurité intérieure).

Ces trois dispositifs ont été examinés par le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, lorsqu'ils ont été institués. Certains d'entre eux ont néanmoins connu des évolutions depuis lors (extension à la protection des intérêts fondamentaux de la Nation pour l'accès aux fichiers ; limitation à la lutte contre la criminalité transfrontalière pour les contrôles d'identité à proximité des frontières).

En second lieu, le projet ratifie l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

La section de l'intérieur avait déjà examiné un projet de loi ayant cet objet le 10 avril 2012.

Afin de ne pas alourdir les débats parlementaires de dispositions relatives aux armes, le présent projet ne reprend pas les compléments et correctifs dont il avait été alors jugé indispensable d'accompagner la ratification, s'agissant de la réforme de la législation sur les armes résultant de la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012, dont l'entrée en vigueur est fixée au 6 septembre 2013 et qui conduit à transférer du code de la défense au code de la sécurité intérieure une partie de cette législation. À la place, le projet comporte une demande d'habilitation afin de prendre lesdites mesures par ordonnance.

Ce procédé a été admis en raison de l'urgence s'attachant à l'adoption des prorogations figurant à l'article 1^{er}.



2.6. Participation du public en matière environnementale

L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose que « *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* ». La loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite « Grenelle II », a défini à l'article L. 120-1 du code de l'environnement les conditions de cette participation du public, en la réservant aux décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics. Par la décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé que cette restriction n'était pas conforme à la Constitution. Un nouveau projet de loi a donc été soumis au Conseil d'État. À cette occasion, le Conseil d'État a apporté plusieurs précisions sur les modalités de mise en œuvre du principe de participation du public et sur les conséquences à tirer de précédentes décisions du Conseil constitutionnel.

En premier lieu, le Conseil d'État a considéré que la procédure de participation du public à l'élaboration de certaines décisions de l'État ayant une incidence sur l'environnement, prévue par l'article L. 120-1 du code de l'environnement, avait un fondement et un champ d'application distincts de la procédure de consultation ouverte sur Internet instituée par l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui concerne toutes les consultations préalables à l'édiction d'un acte réglementaire. La procédure de l'article L. 120-1 du code de l'environnement met en œuvre un principe de valeur constitutionnelle institué par la Charte et applicable aux seules décisions qui en relèvent. Elle est obligatoire pour l'élaboration de ces décisions et ne se substitue à aucune consultation, contrairement à la procédure mise en place en application de la loi du 17 mai 2011.

En deuxième lieu, le Conseil d'État a attaché une importance particulière au caractère effectif de la participation du public, qui doit aller au-delà d'une simple consultation ; à cet effet, il a estimé qu'il convenait qu'un délai suffisant s'écoule entre la fin du recueil des observations du public et l'adoption de la décision soumise à ce dernier, de manière à permettre à l'autorité compétente de prendre en considération ces observations. De même, tout en estimant que la réalisation de la synthèse de ces observations n'était pas une condition de la régularité externe de la décision, il a considéré qu'il convenait d'assurer la publication de cette synthèse au plus tard lors de la publication de la décision, de manière à permettre au public de constater le contenu de la participation et les conséquences que l'autorité compétente en a, le cas échéant, tirées.

En troisième lieu, certaines dispositions du projet faisant suite à la censure de plusieurs dispositions législatives par le Conseil constitutionnel dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité, dans des décisions antérieures à celles du 23 novembre 2012, le Conseil d'État a dû déterminer les conséquences à tirer



de ces décisions ; en effet, dans deux cas, les dispositions censurées avaient été modifiées par le législateur entre la date de la décision faisant l'objet du litige, qui fixe la rédaction du texte soumise au Conseil constitutionnel, et la date où ce dernier a statué. Or les déclarations d'inconstitutionnalité et les abrogations prononcées par le Conseil constitutionnel portent exclusivement sur le texte dans sa rédaction applicable au litige qui pose la question prioritaire de constitutionnalité.

Une première décision du Conseil constitutionnel n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 a abrogé le second alinéa de l'article L. 511-2 du code de l'environnement alors que cette disposition avait été modifiée par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, avant donc que le Conseil constitutionnel ne statue. Le Conseil d'État, se fondant sur les motifs et le dispositif de cette décision, a estimé que la disposition censurée par ce dernier devait être regardée comme totalement abrogée, malgré la retouche que lui avait apportée ultérieurement le législateur. Il a considéré que les motifs de la décision, par laquelle le Conseil constitutionnel a reporté l'abrogation au 1^{er} janvier 2013, signifiaient que celui-ci avait jugé que sa décision créerait, en l'absence de report de l'abrogation, un vide juridique privant le public de la publication des projets de décrets de nomenclature relatifs aux installations enregistrées, et ce alors même que le législateur avait rectifié les termes de l'article jugé inconstitutionnel pour en élargir le champ d'application.

Le Gouvernement ne souhaitant pas instituer de procédure particulière d'information et de participation du public à l'élaboration des décrets de nomenclature des installations classées, mais seulement leur rendre applicables les dispositions générales prévues à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, il n'y avait donc pas lieu de compléter l'article L. 511-2.

Une seconde décision du Conseil constitutionnel n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012 a censuré le 5° de l'article L. 211-3 du code de l'environnement. Cette disposition autorisait le préfet à délimiter des zones de protection des captages d'eau et à y établir, dans certaines conditions, des « *programmes d'action à cette fin* ». La censure du Conseil constitutionnel, qui a qualifié les décisions de délimitation de décisions ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte, se fonde sur l'absence de procédure de participation du public préalable à leur adoption. La rédaction de l'article L. 211-3 censurée par le Conseil constitutionnel est antérieure à l'intervention de la loi n° 2012-788 du 12 juillet 2010 - dite « Grenelle II » - qui a modifié ces dispositions pour ajouter un cas de zones pouvant faire l'objet de cette délimitation et de ces programmes, sans prévoir de procédure particulière de participation.

Il résultait des visas, des motifs et du dispositif de la décision du Conseil constitutionnel que ce dernier avait jugé que le législateur avait substitué une nouvelle rédaction à la disposition censurée. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel s'est borné, dans les motifs comme dans le dispositif de sa décision, à en déclarer l'inconstitutionnalité et à faire prendre effet à cette inconstitutionnalité au 1^{er} janvier 2013, comme il le fait lorsque lui est soumise une disposition législative ultérieurement abrogée. Toutefois, comme exposé plus haut, la loi du 12 juillet 2010 n'a pas abrogé la disposition censurée ; elle l'a complétée sans résoudre l'inconstitutionnalité relevée par le Conseil constitutionnel.



Le Conseil d'État a considéré que les dispositions censurées étaient maintenues telles que complétées par le législateur puisque le Conseil constitutionnel n'avait pas prononcé leur abrogation et qu'elles pouvaient être maintenues dès lors que la nouvelle rédaction de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, élargie aux décisions d'espèce, offrait aux décisions entrant dans leur champ une procédure constitutionnelle de participation du public à leur élaboration. Il a néanmoins estimé qu'il convenait de réécrire le 5° de l'article L. 211-3 devenu illisible à la suite de sa modification par la loi du 12 juillet 2010.

2.7. Mobilisation du foncier public en faveur du logement

Le Conseil d'État a été saisi à deux reprises, à quelques semaines d'intervalle, du projet de loi relatif à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social du fait de la censure constitutionnelle du texte initial pour un motif de procédure.

Cette situation exceptionnelle l'a conduit à préciser en assemblée générale la manière dont il conçoit sa fonction de conseiller du Gouvernement, quand le texte présenté est la reprise d'une rédaction délibérée et votée par le Parlement, appelée à être à nouveau soumise à la représentation nationale. Il considère que son contrôle doit alors essentiellement porter sur la conformité aux normes juridiques supérieures que la loi est tenue de respecter. Il s'est ainsi abstenu de toute refonte du texte ou réécriture de certains de ses articles, au nom de considérations légistiques qu'il aurait fait valoir s'agissant d'un projet résultant exclusivement du travail gouvernemental. Il n'en a pas moins disjoint plusieurs dispositions n'ayant pas leur place dans un projet de loi, parce que relevant de la compétence du pouvoir réglementaire ou se bornant à demander au Gouvernement de présenter des rapports au Parlement.

Sur le fond, le Conseil d'État a estimé que l'aliénation avec une décote pouvant atteindre 100 %, équivalant à une gratuité, du foncier de l'État, mais aussi de ses établissements publics selon des procédures tenant compte de leurs spécificités, était compatible avec la protection constitutionnelle de la propriété publique. Les contreparties exigées des acquéreurs, les dispositions anti-spéculatives prévues par le texte, comme les garanties permettant de s'assurer, pendant une durée en rapport avec l'effort consenti par la collectivité, du respect de l'objectif d'intérêt général qu'est la construction de logements sociaux, lui ont paru conformes à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La commission permanente a toutefois été amenée à préciser la nature des « circonstances locales » susceptibles de justifier des conditions plus favorables, ce libellé du projet initial étant trop vague.

Le Conseil d'État a estimé que l'abrogation, par le projet de loi, de la disposition du code de la construction et de l'habitation qui permet au titulaire du droit d'usage sur un immeuble faisant l'objet d'une procédure de réquisition d'éviter celle-ci, en



prenant l'engagement d'effectuer les travaux nécessaires pour mettre fin lui-même à la vacance et en soumettant un échéancier à l'approbation du préfet, pouvait porter une atteinte excessive au droit de propriété constitutionnellement garanti. Afin de concilier le respect de celui-ci et l'objectif, également de valeur constitutionnelle, que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, le Conseil d'État a apporté aux articles L. 642-10 et L. 642-12 du code de la construction et de l'habitation des modifications maintenant la possibilité pour le propriétaire de proposer des travaux, tout en évitant qu'il ne puisse être fait un usage dilatoire de cette faculté.

Le Conseil d'État a estimé compatibles avec la jurisprudence constitutionnelle les nouvelles obligations des collectivités compétentes en matière d'urbanisme et leurs modalités de mise en œuvre. La question se posait plus particulièrement pour le prélèvement financier majoré applicable en cas de carence. S'il peut être qualifié de sanction, les possibilités de modulation prévues permettent de lui reconnaître un caractère proportionné aux comportements qu'il censure et son plafonnement à 7,5 % des dépenses réelles de fonctionnement des communes concernées paraît rester compatible avec le principe de libre administration des collectivités territoriales.

En revanche, lors de l'examen du premier projet de loi, le Conseil d'État disjoint un article prévoyant la possibilité, lorsqu'un arrêté préfectoral a été pris avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi à l'encontre d'une commune n'ayant pas tenu ses engagements de réalisation de logements sociaux et lui a imposé une majoration du prélèvement défini à l'article L. 302-7 du code de la construction et de l'habitation, d'accroître cette majoration dans les conditions nouvellement définies. Elle a, en effet, estimé qu'une telle augmentation constituerait l'aggravation d'une sanction présentant le caractère d'une punition et ne pouvait, sans méconnaître le principe de non-rétroactivité des peines, s'appliquer aux manquements constatés au titre de la troisième période triennale d'application de l'article L. 302-9-1 du code de la construction et de l'habitation.

Le second projet soumis par le Gouvernement, tenant compte de cette analyse, a prévu, sur l'année 2013, l'obligation, pour les communes en état de carence reconnue, de réaliser au moins un tiers de leur objectif triennal. Leur éventuelle défaillance, sur une période postérieure à la publication de la loi, pourrait alors, sans contrevenir au principe de non-rétroactivité, être sanctionnée selon la procédure et les critères figurant dans le texte. Le Conseil d'État a néanmoins relevé que l'opposabilité de la rédaction du projet du Gouvernement impliquait l'adoption de celui-ci avant la fin de l'année 2012.



2.8. Promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la fonction publique

Une importante disposition visant à renforcer la lutte contre les discriminations hommes-femmes dans la fonction publique figure désormais au statut général des fonctionnaires. L'article 6 *quater* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est issu d'un amendement à la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Il prévoit une proportion minimale de personnes de chaque sexe à respecter, sous peine de sanctions financières, pour les nominations aux emplois de direction des trois fonctions publiques. Cette proportion sera de 20 % en 2013, de 30 % entre 2014 et 2017 et de 40 % les années suivantes.

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de décret d'application de l'article 6 *quater*. Il a estimé qu'en édictant cet article, le législateur a entendu faire application du second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

Le Conseil d'État a considéré que l'expression « *responsabilités professionnelles et sociales* », figurant dans le texte constitutionnel issu de la révision du 23 juillet 2008, visait non seulement la participation à des instances collégiales ou représentatives mais aussi l'accès à des fonctions de responsabilités de nature professionnelle, de la nature de celles attachées aux emplois de direction de la fonction publique régis par le projet sous examen. En tout état de cause, le Conseil d'État dans sa fonction consultative ne devant rejeter une disposition réglementaire que si sa base légale est manifestement contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, en l'absence d'une telle contrariété manifeste de l'article 6 *quater* de la loi du 13 juillet 1983, aucun obstacle ne s'oppose à l'adoption du projet de décret le mettant en œuvre.

Le Conseil d'État a également observé que si le projet de décret contraint le pouvoir de nomination à respecter les proportions qu'il détermine, ce dispositif ne saurait cependant lui permettre de s'affranchir de l'exigence constitutionnelle de capacité posée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.



2.9 Réforme des élections locales

2.9.1. Réforme des élections locales – Représentation des collectivités territoriales

Le Conseil d'État a examiné un projet de loi organique relatif à l'élection des conseillers municipaux, des délégués communautaires et des conseillers départementaux et un projet de loi relatif au calendrier électoral, à l'élection des conseillers départementaux au scrutin binominal majoritaire et portant diverses dispositions de droit électoral. Ces dispositions réaménagent les élections départementales et municipales et rétablissent le mode de scrutin régional antérieur à la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Elles prévoient la concomitance des élections départementales et régionales et fixent leur prochaine échéance à mars 2015, c'est-à-dire un an après la date qui avait été prévue pour les élections territoriales. Diverses mesures intéressent la démocratie communale et intercommunale. La recherche de la parité entre hommes et femmes est le fil conducteur de ces dispositions.

Le projet de loi met fin au renouvellement par moitié des conseillers généraux, mais conserve la durée du mandat (six ans) et le scrutin majoritaire à deux tours. Sera élu dans chaque canton non plus un conseiller, mais un « binôme », composé d'un homme et d'une femme, ayant chacun un remplaçant du même sexe. Le binôme sera solidaire au regard du mode d'élection et du contentieux électoral. Il devra recourir à un mandataire financier unique et disposer d'un compte de campagne unique.

Le Conseil d'État a admis la constitutionnalité de cette réforme au regard des dispositions du second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* »

La carte cantonale devra être intégralement redessinée, de façon, d'une part, à maintenir les effectifs actuels des assemblées départementales (à une unité près), ce qui conduit à diviser par deux le nombre de cantons ; d'autre part, à assurer une meilleure représentativité des élus par la prise en compte des évolutions démographiques, parfois considérables, survenues dans le passé. Les critères de ce remodelage ont été précisés par le Conseil d'État.

En outre, le projet de loi abaisse à 1 000 habitants le seuil de population communale au delà duquel les conseillers municipaux sont élus au scrutin de liste avec obligation d'alterner les candidats de l'un et l'autre sexe. Seront en conséquence applicables aux communes de 1 000 habitants et plus les dispositions – jusqu'alors applicables aux seules communes de 3 500 habitants et plus – relatives aux déclarations de candidatures, aux opérations de vote, au mode de scrutin et au remplacement des conseillers municipaux.



Cette obligation nouvelle de constituer des listes complètes paritaires pour les élections municipales, qui touche 6 550 communes, vise à atteindre, dans ces communes, l'objectif constitutionnel d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats municipaux. Toutefois, les autres incidences de cette mesure, sa faisabilité même, n'ont pas été suffisamment étudiées dans l'étude d'impact. Or, cette mesure doit également respecter un autre principe : celui du pluralisme de l'élection, qui est au fondement de la démocratie. Aussi, le Conseil d'État a-t-il estimé devoir recommander au Gouvernement de procéder avec prudence et progressivité sur la voie de l'abaissement du seuil du scrutin de liste pour les élections municipales.

2.9.2. Élections sénatoriales – Possibilité d'un vote pondéré

Au rapport de la section de l'intérieur, le Conseil d'État a répondu à une demande d'avis du ministre de l'intérieur sur la possibilité d'un vote pondéré, au sein du collège électoral des sénateurs, afin d'assurer une meilleure représentation de chacune des trois catégories de collectivités territoriales, ainsi qu'une meilleure prise en compte de la population de chacune.

Le dispositif actuel laisse en effet subsister des disparités de représentation importantes entre communes. Les moins peuplées disposent d'un nombre de délégués nettement supérieur à leur poids démographique dans le département. Par ailleurs les conseillers généraux et les conseillers régionaux ne représentent qu'une très faible part du collège (respectivement 2,6 % et 1,21 % sur la France entière).

Les caractéristiques d'un vote pondéré sur lesquelles l'attention du Conseil était spécialement appelée sont celles proposées par la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par M. Lionel Jospin (proposition n° 10). Il consiste à remplacer le système des délégués supplémentaires par un coefficient de pondération affecté au vote, d'une part, des conseillers municipaux des communes les plus peuplées, selon une échelle proportionnée à leur poids démographique, d'autre part, au vote des conseillers généraux et régionaux de telle sorte que les représentants du département et de la région disposent, pour chacune de ces deux collectivités, de 15 % du total des votes pondérés.

Dans sa décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000 sur la loi relative à l'élection des sénateurs, le Conseil constitutionnel a énoncé les principes de valeur constitutionnelle qui régissent la composition du collège électoral du Sénat. Le considérant 5 de cette décision énonce « *qu'il résulte des dispositions de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que, par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées ; qu'en outre, la représentation des communes doit refléter leur diversité ; qu'enfin, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits*



de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la population qui y réside ».

En dehors des délégués supplémentaires, auxquels la loi ne peut avoir recours, comme le juge cette décision, que dans une proportion limitée, seule la pondération permet de prendre en compte la population. Elle est même la seule méthode possible pour remédier à la sous représentation actuelle des départements et des régions. On peut donc estimer que la possibilité de la pondération résulte implicitement, mais nécessairement, de la décision du 6 juillet 2000 qui, au surplus, lie explicitement, s'agissant de l'élection des sénateurs, le principe d'égalité devant le suffrage énoncé par l'article 3 de la Constitution à la prise en compte de la population.

Un vote pondéré pour l'élection du Sénat n'est pas non plus exclu par la décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979 (loi portant modification des dispositions du titre I^{er} du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes) qui, dans le cas particulier de l'élection des représentants des employeurs au sein de la juridiction prud'homale, censure le vote plural (en fonction du nombre des salariés de l'entreprise) parce que la différenciation qui en résulte est incompatible avec la finalité de la loi qui l'institue.

Toutefois, le Conseil constitutionnel pourrait hésiter à tirer de la solution implicite de 2000 des conséquences aussi radicales que le vote plural. S'il n'est pas condamné par avance par la jurisprudence, le principe du vote pondéré pour l'élection du Sénat n'est donc pas exempt de tout risque constitutionnel.

2.9.3. Activité de la Cour nationale du droit d'asile Élection des conseillers départementaux

Le Conseil d'État a été saisi par le ministre de l'intérieur de la question de savoir dans quelles conditions réaliser, dans la perspective des réformes électorales en cours, la nouvelle délimitation des cantons. Comme rappelé ci-dessus, ces réformes prévoient en particulier que l'élection à l'assemblée départementale se fera selon un mode de scrutin « binominal » majoritaire à deux tours, dans le cadre cantonal, chaque « binôme » de candidats étant composé d'un homme et d'une femme.

Trois questions principales se trouvaient posées.

1. Amplitude de l'écart démographique qui pourrait être admise entre les cantons d'un même département

Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (notamment n° 2011-634 DC du 21 juillet 2011) que l'organe délibérant d'une collectivité territoriale doit être élu sur des bases essentiellement démographiques, selon une répartition des sièges et une délimitation des circonscriptions respectant au mieux l'égalité devant le suffrage.

Comme le jugent les précédents (notamment : n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter



par ordonnance les circonscriptions électorales, cons. 24 ; n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, cons. 26), et conformément à la pratique ayant inspiré le tracé global des cartes électorales depuis une trentaine d'années, les disparités démographiques admissibles entre circonscriptions composant la collectivité dont il s'agit d'élire l'assemblée délibérante, ici le département, ne doivent pas, sauf exception spécialement justifiée par des réalités géographiques ou des impératifs d'intérêt général, excéder de plus ou de moins de 20 % la population moyenne des circonscriptions de cette collectivité.

La décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 (cons. 38) juge implicitement, mais nécessairement, que méconnaît le principe d'égalité devant le suffrage le tracé de la carte électorale d'une région dans laquelle la population d'une circonscription s'écarte, sauf raison impérieuse, de la moyenne de plus de 20 %. En déclarant que, dans les régions en cause, la fixation du nombre de conseillers territoriaux était contraire au principe d'égalité devant le suffrage, le Conseil constitutionnel a étendu aux élections territoriales les limites, validées par lui, que le législateur s'était assignées en 1986 puis en 2009 en vue de délimiter les circonscriptions électorales pour l'élection des députés au sein d'un même département.

Le tracé intégral d'une nouvelle carte cantonale serait soumis à ces exigences. Elles sont plus rigoureuses que celles auxquelles la jurisprudence administrative confronte des redécoupages partiels (Ass., *Guinde et département des Bouches-du-Rhône*, 21 janvier 2004) ou le refus de procéder à la révision de la carte cantonale dans un département déterminé (Ass., *Boulangier*, 21 janvier 2004).

2. Motifs d'intérêt général justifiant une dérogation au principe de redécoupage sur des bases essentiellement démographiques

Si l'organe délibérant d'une collectivité doit être élu sur des bases essentiellement démographiques, il peut être tenu compte d'autres considérations. Toutefois, ces considérations ne peuvent intervenir que dans une mesure limitée.

La portée de la règle fondamentale selon laquelle les disparités démographiques entre circonscriptions électorales de la même collectivité doivent être, autant que faire se peut, réduites ne saurait être atténuée qu'en fonction de considérations géographiques spécialement justifiées ou d'impératifs précis d'intérêt général.

Ainsi, si aucun impératif d'intérêt général n'impose que toute collectivité d'outre-mer constitue au moins une circonscription électorale, il peut en aller autrement, même lorsque la population de cette collectivité est faible, en raison de son particulier éloignement d'un département ou d'une collectivité d'outre-mer (n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, cons. 20 à 24 ; n° 2011-637 DC du 28 juillet 2011, cons. 5 à 7). Il en va de même, s'agissant de la carte cantonale métropolitaine, des territoires insulaires isolés du continent. Une considération géographique plus générale que l'insularité peut conduire à admettre des tempéraments à la recherche stricte de l'égalité démographique : qu'aucune partie de la circonscription ne soit inaccessible (ou très difficilement accessible) à partir d'une autre.



En dehors des réalités géographiques, les hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel a reconnu ou n'a pas reconnu le caractère d'« impératif d'intérêt général » à telle ou telle considération manifestent que cette notion est d'interprétation stricte. Ne sauraient dès lors constituer des impératifs d'intérêt général, au sens de cette jurisprudence, des considérations culturelles, économiques ou sociologiques tirées par exemple de complémentarités économiques au sein de telle zone, de la continuité sociale entre deux quartiers ou de l'avantage, ici, de marier un tissu urbain et rural, là, au contraire, de préserver une spécificité rurale. Relève en revanche de l'impératif d'intérêt général le souci de ne pas perturber le bon fonctionnement de l'administration locale. Il permet de s'écarter, dans une mesure raisonnable et limitée, de la recherche de l'égalité démographique afin de sauvegarder une solidarité administrative intercommunale bien établie, en particulier dans les zones rurales.

3. Respect des limites des circonscriptions

Dans la perspective d'un nouveau tracé des cantons, et alors même que cette règle n'est pas une obligation de valeur constitutionnelle, il y a deux fortes raisons d'opportunité de respecter, sauf exception justifiée par la recherche de l'égalité démographique ou par un impératif d'intérêt général, les limites des circonscriptions législatives.

D'une part, les circonscriptions législatives ont toujours été définies, sauf exception, comme des ensembles de cantons. Leur délimitation se traduit donc par la modification des listes de cantons composant les circonscriptions. Réciproquement, l'emboîtement des cantons dans les circonscriptions législatives facilitera le nouveau tracé des cantons en se fondant sur la carte des circonscriptions existante. Au demeurant, du fait de l'intervention de l'ordonnance du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, ratifiée par la loi n° 2010-165 du 23 février 2010, elle-même reconnue non contraire à la Constitution par la décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, les circonscriptions législatives ont désormais des populations très voisines dans un même département. Il serait donc judicieux d'inscrire la carte cantonale à l'intérieur de chaque circonscription législative.

D'autre part, définir les circonscriptions législatives, sauf exception, comme des regroupements contigus de cantons entiers restreint en outre la possibilité de procéder à des délimitations arbitraires.

Pour les mêmes raisons de bonne administration que celles plaidant en faveur de l'emboîtement des cantons dans les circonscriptions législatives, il convient, sauf raison impérieuse, d'inclure une commune dans un seul canton et de définir les cantons comme des ensembles contigus de communes entières. Seules les grosses communes devraient pouvoir être séparées entre cantons différents, comme telle est aujourd'hui la règle.



3. Thèmes transversaux de l'activité consultative

Une quinzaine de grands sujets transversaux relatifs à l'action administrative a été identifiée. Si ces thèmes 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 (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.

Au total cette partie regroupe 80 avis.

3.1. Actes et respect de la hiérarchie des normes

3.1.1. Domaines respectifs de la loi et du règlement

Domaine de la loi

Poinçons de garantie du titre des ouvrages en métaux précieux – Droits exclusifs attribués à un opérateur unique – Domaine de la loi

Saisi d'un projet de décret prévoyant les conditions dans lesquelles des professionnels habilités et des organismes de contrôle agréés peuvent apposer sur des ouvrages en métaux précieux, pour le compte de l'administration des douanes, le poinçon de garantie du titre en recourant au procédé de marquage au laser, le Conseil d'État (section des finances) a considéré que le droit exclusif d'élaborer, de vendre et de transférer à ces professionnels et organismes de contrôle les fichiers informatiques supportant la version dématérialisée des poinçons de garantie, que le Gouvernement voulait attribuer à un opérateur unique désigné par arrêté du ministre chargé du budget et du ministre chargé de l'industrie, portait atteinte à la liberté d'entreprendre et relevait ainsi du domaine de la loi.



Pouvoir réglementaire autonome

Compétence du pouvoir réglementaire – Exercice du pouvoir de police générale du Premier ministre – Matière ayant fait l'objet d'une intervention du législateur

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif au poids total roulant autorisé des véhicules terrestres à moteur, a considéré que si l'article 92 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a inséré dans le code de la route un article L. 312-1, ces dispositions, qui constituent un empiètement de la loi sur le domaine réglementaire, ont pour seul effet de limiter pour l'avenir à 44 tonnes la circulation des véhicules et ensembles routiers équipés de cinq essieux et ne privent pas le pouvoir réglementaire de la compétence qui est la sienne de déterminer le poids total en charge autorisé des véhicules en vertu des articles R. 312-1 et suivants du code de la route.

Compétence du pouvoir réglementaire – Conditions et limites du droit à l'accès aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet d'ordonnance relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et d'un projet de décret relatif au système d'échange pour la troisième période d'échange. Le point 3 de l'article 10 de la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 modifiée prévoit que les États membres doivent utiliser, pour la moitié au moins, les recettes tirées de la mise aux enchères des quotas de gaz à effet de serre pour une ou plusieurs des neuf fins mentionnées à cet article et informer la Commission de l'utilisation de ces recettes et des mesures prises à cet effet. Pour autant, le Conseil d'État a considéré que l'obligation d'informer le public de la mise en œuvre de ces mesures ne procède pas de l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « 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 » ; elle relève dès lors du domaine réglementaire. La section des travaux publics a par suite été d'avis de faire figurer cette obligation dans la partie réglementaire du code de l'environnement.

3.1.2. Adoption, application et disparition des actes législatifs et administratifs

Contresigning des décrets signés par le Premier ministre – Décrets d'application de la loi de financement de la sécurité sociale

Aux termes de l'article 22 de la Constitution, les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution. Les ministres chargés de l'exécution d'un acte réglementaire sont ceux qui ont compétence pour



signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte. Il en résulte que lorsqu'un décret constitue une mesure d'application de la loi de financement de la sécurité sociale, et quel que soit l'impact qu'il peut avoir sur les comptes sociaux, il doit être contresigné par le ministre de l'économie et des finances, qui, en vertu des dispositions de son décret d'attributions, est chargé, en liaison avec le ministre des affaires sociales et de la santé et le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, de la préparation de la loi de financement de la sécurité sociale et en suit l'exécution.

Par ailleurs, lorsqu'un décret édicte des mesures qui ont une incidence directe sur les comptes sociaux, les contresigns du ministre de l'économie et des finances et du ministre délégué auprès de ce ministre, chargé du budget sont nécessaires. Lorsqu'un décret édicte des mesures qui n'ont pas d'incidence directe sur les comptes sociaux, il n'est pas nécessaire qu'il soit contresigné ni par le ministre de l'économie et des finances ni par son ministre délégué chargé du budget. C'est le cas notamment d'un décret qui porte sur la répétition des indus en matière d'indemnités journalières ou d'un décret concernant les pénalités prononcées à l'encontre des entreprises pharmaceutiques.

3.1.3. Ordonnances de l'article 38 de la Constitution

Champ de l'habilitation – Dispositions de projets d'ordonnance entrant ou non dans le champ d'habilitation

Saisi d'un projet d'ordonnance relatif au transfert des personnels et des biens des départements et des régions aux collectivités de Guyane et de Martinique prise sur le fondement du I de l'article 15 de la loi du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, le Conseil d'État (section de l'administration) lui a donné un avis favorable, après avoir cependant disjoint des dispositions dont l'unique objet était de prévoir, pour leur application en Guyane et en Martinique, le remplacement, dans la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, dans la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et dans la loi du 12 juillet 1984 relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale, de la référence au département ou à la région par la référence à la collectivité territoriale et de la référence au conseil général ou au conseil régional par la référence à l'assemblée de la collectivité. Le Conseil d'État a en effet estimé que le remplacement de références ainsi prescrit résultait déjà de l'article 16 de la loi du 27 juillet 2011 qui dispose que, pour l'application en Guyane et en Martinique « *des dispositions législatives autres que celles modifiées par la présente loi* », la référence au département, au département d'outre-mer, à la région ou à la région d'outre-mer est remplacée par la référence à la collectivité territoriale, et que la référence au conseil général ou au conseil régional est remplacée par la référence à l'assemblée. Ainsi, le législateur ayant lui-même procédé, par une disposition de portée générale, à l'actualisation des



références de l'ensemble des textes législatifs, rendue nécessaire par la réforme des institutions en Guyane et en Martinique, les dispositions disjointes du projet étaient inutiles et, par suite, n'entraient pas dans le périmètre de l'habilitation donnée par le législateur au Gouvernement.

Délégation de pouvoir législatif – Possibilité de recours à la délégation du pouvoir législatif prévue par l'article 38 de la Constitution – Loi de finances – Impossibilité

Le Conseil d'État a disjoint un article qui avait notamment pour objet d'autoriser le Gouvernement à prendre, par ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour rendre applicables à Mayotte, avec les adaptations appropriées, les législations fiscale et douanière en vigueur en métropole et dans les départements et régions d'outre-mer. En effet, il ressort des articles 34 et 47 de la Constitution que les lois de finances sont régies, quant à leur contenu et à leur procédure d'élaboration, par des règles spéciales constituant un ensemble distinct de celles applicables aux lois. Par conséquent, la délégation du pouvoir législatif prévue par l'article 38 de la Constitution ne peut se combiner avec ces règles spéciales et n'est par suite pas applicable aux lois de finances. En outre, la LOLF a défini de manière limitative le domaine de compétence facultatif de la loi de finances au 7° du II de son article 34. S'il n'a pas exclu que puissent trouver leur place en loi de finances des mesures qui, bien que ne figurant pas formellement au 7° du II de l'article 34 de la LOLF, sont de même nature que celles qui y sont énumérées, le Conseil d'État a considéré que ni l'article 34 de la LOLF, ni aucun autre article de cette loi organique ne peut être regardé comme habilitant le législateur financier à déléguer les prérogatives qu'il tient de cette loi au pouvoir exécutif, fût-ce pour prendre des mesures qui entreraient dans le champ de compétence facultatif de la loi de finances.

Loi de ratification – Lois de ratification d'ordonnances – Absence d'obligation de production d'une étude d'impact – Conditions

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de loi ratifiant deux ordonnances portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'urbanisme, du code de la construction et de l'habitation ainsi que de diverses lois relatives au logement, a considéré que lorsque des modifications de l'ordonnancement juridique intervenues entre la publication d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution et le projet de loi de ratification de cette ordonnance ont pour effet de rendre inintelligibles des dispositions issues de l'ordonnance, il y a lieu de compléter le projet de loi de ratification en procédant aux adaptations nécessaires desdites dispositions issues de l'ordonnance.

Le Gouvernement n'est cependant pas tenu de produire une étude d'impact lorsque les adaptations consistent seulement à rectifier des références à un code devenues erronées à la suite de la restructuration de ce code après la publication de l'ordonnance.



3.1.4. Office du Conseil d'État dans ses attributions consultatives

Décret d'application d'une disposition législative – Question prioritaire de constitutionnalité – Conditions de disjonction par le Conseil d'État

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à la contribution spéciale et à la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement d'un étranger dans son pays d'origine, le Conseil d'État s'est pour la première fois prononcé sur les conséquences qu'il devait tirer, dans sa fonction consultative, de la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, lorsqu'il est saisi d'un projet de décret mettant en œuvre une disposition législative susceptible d'être déclarée inconstitutionnelle. Avant la création de la QPC, il ne revenait pas au Conseil d'État dans sa fonction consultative de s'interroger sur la constitutionnalité de la loi servant de base au décret dont il était saisi (système dit de la « loi écran »).

Désormais, compte tenu de la possibilité offerte à tout citoyen de contester, à l'occasion de leur application, les lois contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution et de la place de celle-ci au sommet de notre ordre juridique, le Conseil d'État, auquel il appartient, dans sa fonction consultative, de conseiller le Gouvernement quant au respect de la hiérarchie des normes, a considéré qu'il ne pouvait maintenir cette position. Toutefois, il ne lui a pas paru non plus possible d'aligner son contrôle sur celui auquel il procède quand il examine la conformité aux conventions internationales des lois dont les projets de décret font application. Alors que le contrôle de conventionnalité peut être opéré par tout juge, le contrôle de constitutionnalité demeure réservé au Conseil constitutionnel. Si, dans son rôle de conseiller du Gouvernement, le Conseil d'État, siégeant en formation consultative, peut appeler l'attention du Gouvernement sur certains risques constitutionnels, il ne lui appartient pas de préjuger l'appréciation que ferait de telle ou de telle disposition législative le juge constitutionnel. Ce n'est donc que lorsque la disposition législative dont il est fait application est manifestement contraire à la Constitution que le Conseil d'État doit donner un avis défavorable au projet du Gouvernement.

L'application de ce principe a conduit au cours de l'année 2012 à des solutions diverses selon les cas rencontrés.

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la contribution spéciale et à la contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement d'un étranger dans son pays d'origine, le Conseil d'État n'a pu que disjoindre l'article 4 du projet de décret. Son unique objet était de mettre en œuvre une disposition législative relative aux sanctions pouvant être infligées aux donneurs d'ordre d'entreprises employant des étrangers en situation irrégulière, manifestement contraire aux principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines tels qu'ils résultent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.



En revanche, dans deux autres affaires, le Conseil d'État a estimé qu'il n'y avait pas de contrariété manifeste à la Constitution. Le Conseil a d'abord été saisi d'un projet de décret faisant application de la loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet. Cette loi, votée en urgence dans le contexte des difficultés de la raffinerie de Petit-Couronne, permet que les biens des dirigeants fassent l'objet d'une saisie dans l'attente du jugement au fond sur leur responsabilité dans la défaillance de la société. Ces biens peuvent être cédés, les sommes résultant de la cession devant être consignées ou, le cas échéant, utilisées « *pour les besoins de la gestion des affaires du propriétaire, y compris pour assurer le respect des obligations sociales et environnementales résultant de la propriété de ces biens* ». Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a estimé, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a admis la vente d'objets saisis à titre conservatoire par l'administration douanière (décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, *M. Wathik*), que cette loi n'était pas manifestement contraire à la Constitution.

Le Conseil d'État a également été saisi d'un projet de décret faisant application de l'article 529-6 du code de procédure pénale, qui prévoit une procédure transactionnelle spécifique pour lutter contre le non-paiement du péage autoroutier. La transaction est proposée au contrevenant par un agent assermenté de l'exploitant d'une autoroute ou d'un ouvrage d'art. Cette disposition législative soulève des interrogations au regard des principes constitutionnels régissant la procédure pénale et, plus particulièrement, la transaction pénale, notamment en raison du défaut d'homologation par l'autorité judiciaire (cf. décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 du Conseil constitutionnel) et du caractère privé de la personne morale qui exploite l'autoroute. Toutefois, le Conseil d'État (section de l'intérieur) n'a pas estimé se trouver dans l'hypothèse d'un décret assurant l'exécution d'une disposition législative violant manifestement, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des droits ou libertés constitutionnellement garantis.

3.2. Collectivités territoriales

Pouvoir réglementaire des collectivités territoriales – Articulation avec le pouvoir réglementaire du Premier ministre – Principe d'égalité

Le Conseil d'État a été saisi d'une demande d'avis par le ministre de l'intérieur et le ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique sur les conditions d'exercice par les collectivités territoriales du pouvoir réglementaire qu'elles tiennent de l'article 72 de la Constitution.

Si le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales n'est mentionné explicitement par la Constitution que depuis la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, celle-ci a entendu consacrer le droit en vigueur, dégagé notamment par la décision



n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la Corse. À la différence du pouvoir réglementaire du Premier ministre, il n'est pas inconditionné : il doit avoir un fondement législatif et ne peut intervenir que dans un domaine de compétence de la collectivité territoriale concernée.

Une des questions posées par l'avis était de savoir si les collectivités territoriales pouvaient faire usage de leur pouvoir réglementaire sans y avoir été spécialement habilitées par la loi ou par le règlement national. S'il appartient à chaque texte législatif régissant les compétences des collectivités territoriales de préciser les règles dont l'édiction est confiée aux collectivités territoriales pour l'exercice de cette compétence, ce pouvoir peut cependant résulter implicitement des dispositions législatives attributives d'une compétence ou aménageant une compétence déjà attribuée. Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales peut également s'exercer sur le fondement général des dispositions des articles L. 1111-2, L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4433-1 du code général des collectivités territoriales, relatifs aux « *clauses générales de compétence* » des différents niveaux de collectivité. C'est cependant alors dans une double limite : la matière doit être spécifiquement liée aux affaires de la collectivité, comme il en va de l'organisation et du fonctionnement d'un service public local ; ce pouvoir réglementaire sans base textuelle précise doit s'exercer dans le respect des lois et règlements (ce qui suppose notamment que la Constitution n'ait pas réservé la compétence du législateur ou que la loi ou le décret n'aient pas épuisé la matière), des compétences des autres collectivités territoriales et des principes de valeur supra-réglementaire (notamment celui de la proportionnalité des contraintes et, là encore, le principe d'égalité). Enfin, l'absence de renvoi au décret par une loi régissant une compétence locale est interprétée par le juge administratif comme habilitant indirectement une collectivité territoriale à arrêter elle-même les règles qu'appelle l'exercice de cette compétence, dès lors qu'aucun décret n'est nécessaire

Une autre question portait sur les limites au pouvoir réglementaire des collectivités territoriales résultant du principe d'égalité. Le Conseil d'État a rappelé que le principe d'égalité ne s'impose pas avec la même intensité selon les domaines, car ceux-ci ne bénéficient pas tous de la même protection constitutionnelle. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques (la liberté de l'enseignement par exemple) et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent ne sauraient dépendre des décisions de collectivités territoriales et ainsi varier sur l'ensemble du territoire. Dans les autres matières, l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire aux collectivités territoriales n'est pas, par elle-même, contraire au principe d'égalité. Quant à l'attribution par la loi aux collectivités territoriales de pouvoirs de dérogation à la norme nationale, ou de pouvoirs d'adaptation de la norme nationale, elle respecte le principe d'égalité si les deux conditions suivantes sont remplies : la modulation locale dans l'application d'une norme législative repose sur une différence objective de situation entre territoires ou collectivités ou sur une raison d'intérêt général ; dans un cas comme dans l'autre, la différence de traitement en résultant est en rapport direct avec la ou les finalités de la législation dans le cadre de laquelle le législateur décide de confier aux collectivités territoriales ce pouvoir réglementaire.



Enfin, le Conseil d'État a indiqué au Gouvernement qu'il serait vain de chercher à définir dans une disposition législative, générale et transversale, les cas et conditions dans lesquels la loi peut confier aux collectivités territoriales le pouvoir de fixer ou d'adapter les modalités de son application. Une telle disposition ne pourrait que tirer les conséquences nécessaires de la Constitution et n'aurait dès lors pas de portée normative propre. En outre, la difficulté de sa rédaction la rendrait peu intelligible, suscitant ainsi une forte insécurité juridique.

3.3. Commande publique

Contrats publics – Contrat de partenariat

Le projet de décret complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics, auquel le Conseil d'État a donné un avis favorable, a posé une nouvelle exigence en matière d'information conditionnant le lancement de la consultation et la signature future de ces contrats. Il rend obligatoire, en sus de l'évaluation préalable, la confection d'une étude portant sur les conséquences globales de l'opération projetée sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. Le projet concerne les contrats de partenariats conclus par l'État ou un établissement public national doté d'un comptable public ou un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique. Cette exigence concerne également les projets de baux d'un loyer annuel supérieur à un million d'euros hors taxes conclu sur le fondement de l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques et les baux emphytéotiques conclus par les établissements publics de santé.

3.4. Consultations

3.4.1. Questions générales

Notion de commission administrative à caractère consultatif au sens du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006

L'examen de deux projets de décret a conduit le Conseil d'État (section de l'intérieur) à retenir une interprétation stricte de la notion de commission administrative à caractère consultatif au sens du décret du 8 juin 2006 modifié relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère



consultatif, limitant ainsi les inconvénients des effets implicitement abrogatifs de ce décret.

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif au renouvellement de la Commission du fonds de soutien à l'expression radiophonique locale, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a considéré qu'un organe collégial ayant à la fois des attributions purement consultatives et des fonctions décisionnelles ou codécisionnelles (proposition ou avis conforme) ne peut être regardé comme une commission à caractère consultatif soumise à la règle de caducité énoncée à l'article 2 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 modifié relatif à la création, à la composition et au fonctionnement des commissions administratives à caractère consultatif.

Ainsi en est-il de la commission du fonds de soutien à l'expression radiophonique locale, qui existe depuis 1982 et dont les règles d'organisation et de fonctionnement ont été refondues par le chapitre II du décret n° 2006-1067 du 25 août 2006, pris pour application de l'article 80 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. En effet, les articles 6 à 8 du décret du 25 août 2006 lui confient la mission d'instruire les demandes de « *subvention sélective à l'action radiophonique* » et de « proposer » au ministre chargé de la communication les services de radio bénéficiaires et, pour chacun d'eux, le montant de la subvention sélective attribuée. Participant, par son pouvoir de proposition, à la décision finale, la commission n'exerce pas une fonction purement consultative. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu aujourd'hui de prolonger son existence de cinq ans.

De même, le Conseil national de la recherche archéologique est, aux termes de l'article R. 545-2 du code du patrimoine, chargé, d'une part, d'émettre des avis sur diverses questions de recherche archéologique et, d'autre part, de proposer au ministre chargé de la culture les objectifs généraux de la recherche, d'assurer une mission de prospective scientifique et l'harmonisation nationale des programmations interrégionales, ainsi que d'établir chaque année la liste des experts, prévue à l'article R. 531-12, compétents pour déterminer la valeur d'objets provenant de fouilles archéologiques et de découvertes fortuites. Il ne peut être regardé, à ce second titre, comme une commission consultative au sens du décret du 8 juin 2006. Était donc sans objet le projet de décret, dont avait été saisie la section de l'intérieur, qui tendait, en application de l'article 2 du décret du 8 juin 2006, à proroger les dispositions du code du patrimoine qui ont institué le Conseil national de la recherche archéologique.

Création d'une commission administrative à caractère consultatif – Exigence d'une étude de nécessité prévue par l'article 2 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006

Examinant un projet de décret réaménageant les règles relatives au transport, au dépôt et à la collecte des fonds, bijoux et métaux précieux par les transporteurs de fonds, qui crée une commission nationale de la sécurité des transports de fonds chargée d'étudier les problèmes des professionnels du secteur du transport de fonds et de faire des propositions en vue d'améliorer leur sécurité, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a considéré que le décret du 8 juin 2006 conserve toute sa portée utile lors de la création d'une commission administrative à caractère purement consultatif et a vérifié qu'était annexée au projet l'étude de nécessité prévue par ce décret.



Caducité d'une commission administrative à caractère consultatif – Commission de sûreté des aérodromes

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif à la sûreté de l'aviation civile, a considéré que les commissions de sûreté des aérodromes, créées par le décret n° 2002-24 du 3 janvier 2002, qui doivent être consultées avant que le préfet ne prenne une sanction administrative en cas de manquement aux dispositions en matière de sûreté, entrent dans le champ d'application du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif. Dès lors, par application des articles 2 et 17 de ce décret, les dispositions réglementaires instituant les commissions de sûreté des aérodromes ont été implicitement abrogées à l'issue d'un délai de trois ans suivant la publication du décret du 8 juin 2006. Ces commissions ne figurant pas dans la liste des commissions du ministère de l'écologie prorogées par le décret n° 2009-620 du 6 juin 2009, elles sont privées d'existence légale depuis le 9 juin 2009.

Pendant, la section a admis que, par une saisine rectificative, le Gouvernement procède à l'étude préalable prévue par l'article 2 du décret du 8 juin 2006 précité et recrée ces commissions.

Caducité d'une commission administrative à caractère consultatif – Prorogation en cas de consultation prévue par la loi – Conseil national de l'habitat

Le Conseil national de l'habitat a été créé par le décret n° 83-465 du 8 juin 1983. Or, le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif prévoit que les dispositions réglementaires antérieures au 9 juin 2006 ayant institué des commissions administratives consultatives placées auprès de l'État étaient abrogées au terme d'un délai de trois ans à compter de cette date. Toutefois, l'article 4 du décret n° 2009-613 du 4 juin 2009 proroge, sans condition de délai, les dispositions réglementaires instituant les commissions administratives à caractère consultatif créées avant le 9 juin 2006, dont la consultation est prévue par la loi.

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret portant modification de la composition du Conseil national de l'habitat, a relevé que la consultation du Conseil national de l'habitat était prévue par les articles 1 et 8 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement. Dès lors, les dispositions réglementaires instituant ce conseil doivent être regardées comme ayant été prorogées sans condition de délai.



3.4.2. Consultations propres à la fonction publique et aux militaires

Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPT) – Consultation se substituant à celle de plusieurs comités techniques ministériels ou d'établissements publics

Le Conseil d'État (section de l'administration) a considéré que si le projet de décret relatif au recours administratif préalable obligatoire (RAPO) qui s'applique aux agents de certains services de l'État et concerne les conditions de dépôts des recours contentieux en assortissant le recours administratif préalable de la possibilité de saisir, à titre consultatif, un tiers de référence, il n'affectait cependant pas les garanties statutaires au sens et pour l'application des lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 et n° 84-16 du 11 janvier 1984 pas plus qu'il ne constituait un projet de décret relatif à la situation de l'ensemble des agents publics de l'État. Dans ces conditions, le Conseil d'État a estimé que le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE) n'avait pas à être consulté sur les fondements des 4° et 5° du I de l'article 2 du décret n° 2012-225 du 16 février 2012. En revanche, il a considéré que ce projet de décret était relatif à l'organisation et au fonctionnement des administrations choisies pour être le siège de l'expérimentation du RAPO. Si, à ce titre, les comités techniques des services ou ministères concernés sont normalement compétents pour en connaître en application du 1° de l'article 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques, le Conseil d'État a estimé que ce projet avait pu être valablement soumis au seul Conseil supérieur de la fonction publique de l'État sur le fondement du II de l'article 2 du décret du 16 février 2012 qui prévoit que celui-ci peut connaître des projets de textes relevant de la compétence de plusieurs comités techniques ministériels ou d'établissements publics et que la consultation du CSFPE se substitue alors à celle des comités techniques.

Conseil supérieur de la fonction militaire – Condition et statut des militaires – Absence – Décorations

Examinant un projet de décret modifiant la loi du 30 avril 1921 instituant une Croix de guerre spéciale au titre des théâtres extérieurs d'opérations, le Conseil d'État a considéré que, si les récompenses, au sens des articles D. 4137-6 et D. 4137-7 du code de la défense, sont un élément du statut des militaires, cette notion ne couvre pas les décorations même lorsqu'elles sont décernées ou attribuées à titre militaire. Comme il ressort de l'article D. 4137-4 « *Des récompenses liées au service ou à l'exercice d'une activité professionnelle, autres que les décorations et citations avec croix régies par les dispositions d'un décret spécifique, peuvent être attribuées aux militaires. Il appartient au chef de récompenser les subordonnés qui le méritent* », la décoration, même accordée à titre militaire et pour des faits d'armes, rend d'abord hommage au citoyen et sa nature ne relève pas directement du cadre statutaire ou professionnel. En conséquence, dès lors que le projet était dépourvu de caractère statutaire, il n'y avait pas lieu de consulter le Conseil supérieur de la fonction militaire, lequel, en application de l'article L. 4124-1 du code de la défense, exprime son avis sur les questions de caractère général relatives à la condition et au statut des militaires.



Consultation des organisations syndicales représentatives – Bilan social de l'entreprise – Obligation non satisfaite par la consultation du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière

L'article 4 de la loi n° 77-769 du 12 juillet 1977 relative au bilan social de l'entreprise, prévoit que les conditions d'application des dispositions du code du travail relatives au bilan social aux établissements publics de l'État et des collectivités locales non visés aux articles L. 438-1 et L. 438-9 (devenus L. 2323-68 et L. 2323-77) du code du travail, ainsi qu'aux services de l'État, dont les conditions de fonctionnement sont assimilables à celles d'une entreprise « *sont fixées par des décrets en Conseil d'État pris après avis des organisations syndicales les plus représentatives au plan national* ». Le Conseil d'État a estimé, s'agissant d'un projet de décret instituant le bilan social dans les établissements publics hospitaliers, que l'avis du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière (dans lequel siègent les organisations syndicales les plus représentatives de la fonction publique hospitalière) n'était pas suffisant. Il ne pouvait tenir lieu, en effet, de la consultation des organisations syndicales les plus représentatives au niveau national exigée par la loi. Le Gouvernement s'est conformé à cette position en procédant à la consultation, comme il devait le faire, des cinq confédérations syndicales représentatives au niveau national.

Conseil supérieur des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel (CSTACAA) – Téléprocédures

Au rapport de la section de l'intérieur, une commission spéciale a examiné un projet de décret généralisant, devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, l'usage des « téléprocédures ». La commission spéciale a estimé obligatoire et visé l'avis rendu en l'espèce par le CSTACAA, dont les attributions à l'égard des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel sont, en vertu de l'art. L. 232-1 du code de justice administrative, analogues à celles que confère aux comités techniques l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984.

Conseil supérieur des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel (CSTACAA) – Mesure n'affectant pas directement l'organisation ou le fonctionnement des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

Le Conseil d'État (section de l'administration) a estimé que le projet portant expérimentation de la procédure de recours administratif préalable obligatoire, alors même qu'il vise à prévenir les contentieux et qu'il est susceptible d'alléger la charge qui pèse sur les juridictions concernées, n'affectait directement ni l'organisation, ni le fonctionnement des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Il n'avait donc pas à être soumis au CSTACAA.

Attribution d'une compétence de premier ressort à la cour administrative d'appel de Paris – Arrêtés prévus par l'article L. 2122-11 du code du travail – Avis du CSTACAA obligatoire

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret attribuant à la cour administrative d'appel de Paris, en premier et dernier ressort, le contentieux des arrêtés prévus par l'article L. 2122-11 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale



et réforme du temps de travail, qui prévoit que le ministre chargé du travail arrête la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, ainsi que par branche professionnelle.

Le Conseil d'État a estimé obligatoire l'avis du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

L'article L. 232-1 du code de justice administrative définit en effet la compétence consultative du CSTACAA par renvoi aux dispositions de l'article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État) relatives aux comités techniques. Or, l'attribution d'une compétence dérogatoire de premier ressort à la Cour administrative d'appel de Paris, par les problèmes de principe qu'elle soulève, peut être regardée comme une « *question relative à l'organisation des services* », au sens du II de l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

Décret apportant diverses modifications à la partie réglementaire du code de justice administrative – Avis du CSTACAA obligatoire

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret apportant diverses modifications à la partie réglementaire du code de justice administrative.

Son objet principal est de fixer les modalités d'application des dispositions de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 (relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique) s'agissant du recrutement des membres du Conseil d'État et du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Compte tenu de l'incidence des règles de recrutement sur l'organisation des juridictions administratives, l'avis du conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (qui a été effectivement recueilli) revêtait un caractère obligatoire sur ce projet.

Comités techniques – Obligation de consultation – Existence – Centre national de gestion

Saisi d'un projet de décret relatif à la composition du conseil d'administration du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable en relevant que si, en vertu de l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, ces comités connaissent des questions et des projets de textes relatifs, notamment, aux « *problèmes généraux d'organisation des administrations, établissements ou services* » et aux « *conditions générales de fonctionnement des administrations et services* », les comités techniques doivent dorénavant, en vertu de l'article 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État, être notamment consultés sur les « *questions et projets de texte relatifs à l'organisation et au fonctionnement des administrations, établissements ou services* ».



Le Conseil d'État estime, d'une part, que cette modification de rédaction implique un élargissement de l'obligation de consultation des comités techniques par rapport à l'obligation antérieure de consultation des comités techniques paritaires. Seuls, toutefois les projets de textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des administrations suffisamment significatifs sont soumis à cette obligation de consultation.

Il estime, d'autre part, eu égard à la portée des dispositions du projet qui lui était soumis tendant à modifier la composition du conseil d'administration du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière, qui ajoute un représentant de la direction générale de la cohésion sociale et qui porte de quatre à cinq le nombre de sièges attribués à la représentation des praticiens hospitaliers et des personnels enseignants et hospitaliers titulaires, que le projet de décret devait être regardé comme un projet de texte relatif « à l'organisation et au fonctionnement » de cet établissement public au sens du deuxième alinéa de l'article 34 précité. Il devait donc être soumis préalablement, pour avis, au comité technique de l'établissement.

Comités techniques – Obligation de consultation – Existence – Établissements pénitentiaires

Les règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires annexés au projet de décret soumis à la section, quoique portant essentiellement sur les droits et obligations des personnes incarcérées, évoquent, consacrent, voire aménagent les règles de fonctionnement de ces établissements, à propos de leur application aux détenus. Dans ces conditions, l'avis du comité technique de l'administration pénitentiaire est requis sur un tel décret, dont l'objet se rattache aux rubriques énumérées par l'article 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011.

Il faut noter que ni les décrets n° 2010-634 et n° 2010-635 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale, ni le décret n° 2011-980 du 23 août 2011 relatif à l'armement des personnels de l'administration pénitentiaire, n'ont été regardés par le Conseil d'État (section de l'intérieur) comme devant être soumis pour avis à ce comité technique.

Comités techniques – Obligation de consultation – Absence – Notion d'organisation et de fonctionnement des services

Le Centre civil et militaire de formation et d'entraînement aux événements de nature nucléaire, radiologique, biologique, chimique et explosive, placé sous la tutelle des ministres de l'intérieur et de la défense, aura pour mission d'améliorer nos capacités d'intervention face aux menaces de nature nucléaire, radiologique, biologique, chimique et explosive. Sa création n'est soumise à l'avis obligatoire d'aucun comité technique établi auprès des services centraux de la défense ni, pour la gendarmerie nationale, des services centraux de l'intérieur, dès lors que l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984, dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 (relative à la rénovation du dialogue social), dispense de cette consultation pour les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement de tels services, même employant des personnels civils. Il dispose en effet que « *les comités techniques établis dans les services du ministère de la défense, ou du ministère de l'intérieur pour la*



gendarmerie nationale, employant des personnels civils ne sont pas consultés sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services ».

3.4.3. Consultation de divers organismes

Autorité de la concurrence – Pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente – Absence

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif aux modalités de majoration du prix de transport liée à l'instauration de la taxe alsacienne et de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises, a considéré que les dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce selon lesquelles « *l'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : [...] 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* » n'étaient pas applicables. En effet, cette majoration, si elle affecte le prix final, ne constitue pas une pratique uniforme en matière de prix dès lors que les transporteurs restent entièrement libres de fixer leurs tarifs.

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif à la modernisation des missions des vétérinaires titulaires d'un mandat sanitaire, a disjoint les dispositions du projet définissant le contenu et les modalités d'élaboration des tarifs de rémunération de certaines des interventions des vétérinaires sanitaires faute, pour ces dispositions, d'avoir été soumises pour avis à l'Autorité de la concurrence en vertu des dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce précité.

En effet, les dispositions du projet prévoyant la conclusion, d'une part, de conventions annuelles déterminant, au plan national, le montant des actes vétérinaires correspondant à certaines prestations des vétérinaires sanitaires, d'autre part, de conventions annuelles fixant, au plan départemental, le montant des « frais d'approche » assumés par ces vétérinaires pour effectuer ces prestations, ont pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix.

Or, ces dispositions instituent bien un régime nouveau dans la mesure où, d'une part, les dispositions de l'article L. 203-4 du code rural et de la pêche maritime n'ont pas tranché toutes les questions sur lesquelles porte le projet de décret et où, d'autre part, ce projet, en substituant des conventions nationales aux conventions tarifaires départementales introduit une modification majeure, qui a pour effet une uniformisation totale des prix de ces actes au plan national.

Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) – Norme concernant les collectivités territoriales – Absence

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret pris pour l'application des articles 19 et 20 de la loi du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, a considéré que la consultation de la Commission consultative d'évaluation des normes (art. L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales) n'était pas obligatoire, bien que ce décret prévoie que le Syndicat des transports d'Île-de-France



(STIF) supporte la charge financière finale de l'acquisition par la Société du Grand Paris des matériels roulants destinés à être utilisés sur le réseau de transport du Grand Paris, ainsi que de leur entretien. En effet, le projet de texte ne concerne qu'un seul établissement public local et porte sur une opération limitée à la région Ile-de-France. Il ne s'agit donc pas d'une norme concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics au sens de l'article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales (cf. Extension du champ d'activité de Pôle Emploi à Mayotte, Rapport public 2010 p. 90).

De la même manière, le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi d'un projet de décret relatif à l'évolution de certains loyers pris en application de l'article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, a considéré que si les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent être propriétaires de locaux d'habitation et les donner en location dans les mêmes conditions que celles en vigueur sur le marché locatif privé, une telle activité n'entre pas dans leurs attributions propres attachées à leur qualité de personnes publiques. Le projet de décret prévoyant d'encadrer l'évolution de certains loyers sur le marché locatif privé n'avait donc pas à être soumis pour avis à la CCEN.

Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) – Norme concernant les collectivités territoriales – Existence – Mesure concernant plusieurs collectivités territoriales

Examinant le projet d'ordonnance relative aux transferts des biens et obligations ainsi que des personnels des départements et régions de Guyane et de Martinique aux collectivités uniques chargées de leur succéder, le Conseil d'État (section de l'administration) a constaté qu'il concernait plusieurs collectivités territoriales et que les mesures qu'elle prévoyait ne pouvaient manquer d'avoir sur elles un impact financier. Dans ces conditions, le Conseil d'État a estimé nécessaire la consultation de la commission consultative d'évaluation des normes, en application du 2^e alinéa de l'article L. 1211-4-2 du code général de collectivités territoriales. Si cette disposition ne mentionne que les « *mesures réglementaires créant ou modifiant des normes de caractères obligatoires pour les collectivités territoriales* », l'ordonnance à intervenir gardera une valeur réglementaire tant qu'elle n'aura pas été ratifiée par une loi de ratification.

Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) – Téléprocédures devant la juridiction administrative – Norme à caractère obligatoire pour les collectivités territoriales – Absence

La commission spéciale a estimé que le décret relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs pouvait être regardé comme non soumis à l'obligation de consultation de la commission consultative d'évaluation des normes prévue par l'art. L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales (prévoyant sa consultation « *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* »), dès lors qu'il ne faisait peser aucune obligation sur les collectivités territoriales. À cette fin, le



projet a été clarifié pour prévoir que, si le greffe pourrait adresser, par le moyen de l'application informatique, aux personnes morales de droit public non inscrites dans cette application, toutes les communications et notifications prévues par le livre VI du code de justice administrative, les collectivités territoriales ne seraient jamais tenues d'en prendre connaissance en consultant l'application mais pourraient toujours demander à recevoir communication ou notification du document par voie postale.

Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières – Obligation de consultation – Absence

L'article L. 614-2 du code monétaire et financier impose la consultation préalable du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières sur tout projet d'ordonnance traitant de questions relatives au secteur bancaire. Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet d'ordonnance relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, (période 2013-2020), a cependant estimé que cette consultation n'était pas obligatoire sur les modifications apportées au code monétaire et financier qui visait à mettre en œuvre le point 3 de l'article 18 du règlement n° 1031/2010 de la Commission européenne du 12 novembre 2010. Ce dernier permet aux banques et aux établissements de crédit de soumissionner à ces enchères pour le compte de leurs clients, sous réserve que l'État membre ait habilité son autorité compétente pour ce secteur à les y autoriser. Les modifications apportées par le projet d'ordonnance au code monétaire et financier, se bornent en effet à désigner l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) comme autorité compétente et concernent dès lors les compétences de l'ACP plutôt que le secteur bancaire.

3.4.4. Consultation ouverte sur Internet

Article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 – Articulation avec la participation du public prévue par l'article L. 120-1 du code de l'environnement

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins. Il a constaté qu'étaient obligatoires, d'une part, la consultation du Conseil supérieur de l'énergie, en application des dispositions de l'article 45 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz et, d'autre part, la publication préalable du projet par la voie électronique dans des conditions permettant au public de formuler des observations, conformément aux dispositions de l'article L. 120-1 du code de l'environnement.

Le Gouvernement a choisi de faire application des dispositions de l'article 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dont les conditions d'application ont été fixées par le décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'Internet. Ces dispositions permettent de procéder à une consultation ouverte sur Internet, qui se substitue alors aux consultations obligatoires de commissions consultatives. La consultation du projet



par voie électronique a donc permis, à elle seule, de satisfaire aux deux obligations mentionnées plus haut. Dans ces circonstances, les visas du décret doivent comporter tant la mention de l'article L. 120-1 du code de l'environnement que celle de la loi du 17 mai 2011 et du décret du 8 décembre 2011 précités.

3.5. Domanialité

Domaine public hertzien – Démembrement du domaine public – Usufruit – Cession définitive – Interdiction

À l'occasion de l'examen d'un article du projet de loi de finances pour 2013, le Conseil d'État a admis qu'il pouvait être procédé à la cession de l'usufruit d'une partie du domaine public hertzien de l'État. Toutefois, il n'a retenu cette solution que sous réserve qu'il soit satisfait aux deux conditions suivantes : d'une part, que soient respectées les exigences constitutionnelles telles que précisées par le Conseil constitutionnel dans sa décision 94-346 DC du 21 juillet 1994 relative à la loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, où il a jugé que les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due... « *font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ; ...* » ; d'autre part, que soient garantis la continuité du service public et le contrôle permanent de l'État sur les conditions dans lesquelles il sera fait usage de cet usufruit et que soient également prévues les sanctions susceptibles d'être infligées en cas de manquement de l'usufruitier à ses obligations notamment la possibilité du retour à l'État de l'usufruit. En l'espèce, il a considéré qu'un régime prévoyant la cession définitive de l'usufruit du domaine public hertzien de l'État, ce dernier n'en conservant que la nue-propriété, ne satisfaisait pas à cette condition. Dès lors, il a inséré dans l'article une disposition prévoyant qu'un décret en Conseil d'État fixerait la durée de cet usufruit.

Concessions de logement – Nature du régime des concessions de logement – Absence de caractère statutaire

Le régime des concessions de logement des agents de l'État ne constitue pas, pour les fonctionnaires civils de l'État, un élément statutaire, car l'attribution d'un logement par nécessité absolue de service ou par utilité de service est liée à la fonction exercée et non au statut. En revanche, ce régime, en tant qu'il concerne les personnels de tous grades de la gendarmerie, lesquels sont logés par nécessité absolue de service dans des casernements ou des locaux annexes à ceux-ci en vertu des dispositions de l'article L. 145-2 du code de la défense, est une obligation statutaire prévue par la



loi. Il appartient donc au décret en Conseil d'État relatif au régime des concessions de logement d'en préciser les modalités.

Domaine national de Chambord – Notion de domanialité publique globale

Au regard de ses caractéristiques physiques, le domaine national de Chambord, intégralement classé monument historique et acquis par l'État en 1930, est aujourd'hui le seul domaine national issu du domaine royal, ayant conservé son unité et son intégrité, malgré plusieurs changements de propriétaires.

Saisi d'une demande d'avis émanant du ministre de la culture et de la communication, le Conseil d'État a estimé qu'au regard des critères de la domanialité publique fixés par les dispositions de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques devaient être regardés comme appartenant au domaine public de l'État, d'une part, le château, ses parterres et le plan d'eau, la mairie, la salle des fêtes, l'ancien pigeonnier, le cimetière et le mur d'enceinte, qui sont affectés à des services publics et font l'objet d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ces services, d'autre part, l'église, les voies ouvertes à la circulation, la place Saint Louis, et les parcs de stationnement, qui sont affectés à l'usage direct du public.

Il a également considéré que constituaient des dépendances indivisibles du château et, en conséquences, incluses dans le domaine public, les écuries du maréchal de Saxe qui accueillent des activités de présentation et d'animation pour les visiteurs, aujourd'hui assurées dans le cadre des missions de l'établissement public du domaine national de Chambord.

Les autres immeubles du domaine, occupés, pour la plupart, par divers commerces dont la clientèle est essentiellement touristique, ne peuvent être regardés comme concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public et comme constituant un accessoire indissociable de ce dernier au sens des dispositions de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

Cependant, le Conseil d'État a considéré que le domaine national de Chambord constituait de manière indivise un ensemble historique exceptionnel d'un seul tenant, dont l'emprise foncière est délimitée par un mur d'enceinte continu, où s'exerce le service public - principalement culturel et touristique - et que, dès lors, sous la seule réserve de la forêt qui relève du domaine privé par détermination de la loi, le domaine national de Chambord appartient dans sa globalité au domaine public de l'État, y compris et sans que puisse avoir d'incidence la qualification donnée aux actes relatifs à leur occupation, les immeubles ne relevant pas de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.



3.6. Droit des étrangers

Contrôle aux frontières – Transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 – Contrôles d'identité dans la zone dite « des 20 km »

Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a été saisi d'un projet de loi aménageant les dispositions législatives sur l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, dont l'objet principal est d'assurer la mise en conformité des dispositions relatives à la retenue des étrangers, pour vérification de leurs titres de séjour, avec la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite « directive retour », telle qu'interprétée par la Cour de cassation dans des arrêts du 5 juillet 2012. Ces arrêts s'inscrivent dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (*El Dridi c/ Italie*, 28 avril 2011 ; *Achugbabian c/ France*, 6 décembre 2011), selon laquelle la directive retour serait privée d'effet utile si une poursuite pénale (et, partant, une garde à vue) était possible contre un étranger en situation irrégulière, sans avoir épuisé au préalable les procédures d'éloignement prévues par cette directive. Cette interprétation implique d'importantes modifications de l'incrimination de séjour irrégulier et une redéfinition des procédures relatives au contrôle et à la vérification de la régularité de séjour, propres à assurer, dans le cadre d'une contrainte proportionnée, la mise en œuvre des procédures administratives d'éloignement.

Le projet de loi crée un régime de retenue dans un local de police d'un étranger qui n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France. La retenue ne peut durer que le temps strictement nécessaire à la vérification de sa situation au regard du droit au séjour et, le cas échéant, au prononcé et à la notification de décisions d'éloignement et de placement en rétention en vue de cet éloignement. Elle ne peut dépasser seize heures. Le Conseil d'État a estimé que ce régime était conforme au principe de proportionnalité entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis énoncé par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

Le nouveau dispositif doit en outre tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur les contrôles aux frontières (*Melki et Abdeli c/ France*, 22 juin 2010), selon laquelle les contrôles policiers prévus par les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006, dit « code frontières Schengen », dans la zone « des 20 km » (frontières intérieures), en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, doivent être encadrés de telle sorte que leur mise en œuvre ne puisse avoir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. Le Conseil d'État a donc veillé à ce que, lorsque la vérification des titres de séjour se fait au voisinage d'une frontière intérieure de l'espace Schengen, elle ne puisse équivaloir à un contrôle systématique.



3.7. Juridictions administratives et judiciaires

Juridictions administratives spécialisées – Contentieux du contrôle technique des professions de santé

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de décret relatif au contentieux du contrôle technique des professions de santé. Les juridictions concernées sont les sections des assurances sociales placées auprès des ordres des professions de santé, qui sont compétentes pour prononcer les sanctions ayant trait aux relations entre les professionnels de santé et l'assurance-maladie, et qui se distinguent des juridictions disciplinaires des mêmes ordres.

Il a en premier lieu observé que, selon une jurisprudence constante, dans l'hypothèse d'une modification dans la dévolution de la compétence juridictionnelle, si la nouvelle règle de compétence est applicable immédiatement, la juridiction précédemment compétente le demeure pour trancher des litiges qui ont été tranchés en premier ressort par une instance de cette juridiction. Il a en conséquence écarté le transfert aux sections des assurances sociales des ordres des masseurs-kinésithérapeutes, des pédicures-podologues et des infirmiers nouvellement créées des affaires devant être jugées en appel par la section des assurances sociales de l'ordre national des médecins, précédemment compétente pour ces professions.

En deuxième lieu, il résulte de l'article L. 145-4 du code de la sécurité sociale, tel qu'interprété par la jurisprudence du Conseil d'État que les règles du contrôle technique applicables aux professions médicales doivent être étendues par décret aux pharmaciens « *sous réserve des adaptations rendues nécessaires par d'éventuelles difficultés nées de l'exécution du contrôle des services techniques* ». À cet effet, le projet de décret introduit, en application de la décision du Conseil d'État *Mme Barbier* du 25 février 2005 (n° 253593), une disposition prévoyant que les sanctions d'interdiction de servir des prestations aux assurés sociaux peuvent être assorties de sursis. En revanche, aucune extension ou adaptation n'était proposée s'agissant de l'introduction de la règle de confusion avec les sanctions prononcées par les juridictions disciplinaires à raison des mêmes faits prévue pour les autres professions médicales par l'article L. 145-2. Le Conseil d'État avait déjà relevé au contentieux l'illégalité de l'absence d'extension aux pharmaciens de la règle de non confusion prévue par l'article L. 145-2 (CE, 2 juin 2010, *Caisse primaire d'assurance maladie des Yvelines*, n° 309091). Le décret a donc été complété sur ce point.

En troisième lieu, le délai d'appel a été fixé au délai de droit commun de deux mois. Le délai d'un mois, initialement retenu par le Gouvernement, ne se justifie, à l'inverse des juridictions disciplinaires, par aucune condition d'urgence particulière. Eu égard au caractère technique de ce contentieux, le délai d'un mois est trop bref pour permettre d'étayer juridiquement l'appel.

En quatrième lieu, le Conseil d'État a estimé que l'effet suspensif de l'appel ne pouvait être fixé que par un texte de niveau législatif, comme c'est le cas de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique s'agissant des juridictions disciplinaires.



Cet effet suspensif étant prévu à l'article 22 du décret du 26 octobre 1948, réputé avoir valeur législative, cette disposition a été maintenue en vigueur. En revanche, aucune disposition du même type n'existant en matière d'opposition, cette voie de rétractation ne peut se voir reconnaître un effet suspensif. La disposition en ce sens a donc été disjointe.

En dernier lieu, si, eu égard aux garanties présentées par les services médicaux de l'assurance maladie, la participation des médecins-conseils aux sections des assurances sociales des différents ordres n'a pas paru, en tant que telle, ainsi qu'il a déjà été jugé, méconnaître les principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ou le droit au procès équitable, il en va différemment lorsque la représentation de l'assurance maladie prévue à l'article L. 145-1 du code de la sécurité sociale s'exerce par l'intermédiaire d'agents des caisses soumis à l'autorité hiérarchique des organismes soumis au contrôle de la juridiction. Tel est le cas aux articles R. 145-10 et R. 145-11 en vigueur pour les sections des assurances sociales de l'ordre des pharmaciens où siègent, en qualité d'assesseurs, des « *administrateurs de caisse ou des agents de direction* ». Dans ces conditions le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable que sous réserve d'une modification prévoyant la représentation de l'assurance maladie par les seuls pharmaciens conseils.

3.8. Libertés et principes fondamentaux

3.8.1. Principe d'égalité

Téléprocédures devant les juridictions administratives – Différence de traitement selon la représentation par un avocat – Méconnaissance du principe d'égalité – Absence

L'application, dite Télérecours, doit permettre la communication électronique de tous les actes de procédure, mais aussi, pour les avocats et les administrations, un accès à l'ensemble de leurs dossiers contentieux en cours (y compris aux documents ayant fait l'objet de transmissions dématérialisées).

Le choix de réserver l'utilisation de l'application aux parties représentées par un avocat ou un avocat aux conseils, ainsi qu'aux personnes morales de droit public et organismes privés chargés d'une mission de service public, n'est pas contraire au principe d'égalité devant les procédures juridictionnelles (cf. décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012), dès lors que :

- La différence faite ne procède pas de distinctions arbitraires. Elle se justifie par l'importance du service d'assistance et de gestion des incidents qu'il faudrait mettre en place si l'ensemble des requérants pouvait immédiatement utiliser l'application,



perspective qui n'est nullement exclue dans un second temps. En outre, l'identification des administrations et des avocats (qui ont, pour la plupart, un certificat électronique dans le cadre du « *réseau privé virtuel des avocats* ») est plus aisée que celle de personnes initialement inconnues de la juridiction. Repose donc sur des motifs objectifs et rationnels, en lien direct avec la finalité du décret (qui s'inscrit dans une démarche progressive faisant suite à une phase expérimentale) la volonté de limiter, au moins dans un premier temps, l'usage de l'application à des partenaires familiers de la juridiction, étant précisé que les administrations sont, en première instance, en situation de défendeurs et se verront imposer plus d'obligations que les avocats.

- Sont assurées en outre aux justiciables des garanties équivalentes, notamment quant au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense, puisque le choix opéré en l'espèce n'a d'incidences que sur le coût d'un envoi par lettre recommandée avec avis de réception (si le requérant veut être certain de la bonne réception de sa requête) et sur les 24 ou 48 heures gagnées par celui qui envoie sa requête à la limite du délai de recours. En tout état de cause, la jurisprudence admet que l'envoi de la requête par télécopie ou par courrier électronique ordinaire conserve le délai, sous réserve d'être confirmé ultérieurement par une signature manuscrite.

Juridictions judiciaires spécialisées – Tribunaux maritimes – Composition des tribunaux – Principe d'égalité

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet d'ordonnance réformant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Elle vise notamment à restaurer les juridictions pénales spécialisées compétentes pour juger des infractions maritimes, après la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 90 de ce code, relatif à la composition des tribunaux maritimes commerciaux, par la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a estimé que, compte tenu de la spécificité du monde maritime et de l'existence, durant plusieurs siècles, de juridictions échevinales statuant sur les manquements disciplinaires et les infractions pénales commis en mer par les professionnels de la marine marchande, le principe d'égalité ne faisait pas obstacle au maintien, dans ce secteur spécialisé, d'une juridiction spécifique, à condition que sa composition respecte les principes d'indépendance et d'impartialité. Il a considéré en l'espèce qu'une juridiction comprenant trois magistrats de l'ordre judiciaire, dont son président, et deux assesseurs maritimes sélectionnés au regard de leur expérience de la navigation maritime, selon des modalités garantissant leur impartialité, satisfaisait à ces principes.



3.8.2. Principe de sécurité juridique

Sécurité juridique – Conséquences à tirer de l’annulation à effet différé d’un acte réglementaire par le juge administratif

La question des conséquences à tirer de la jurisprudence *AC !* (Ass, 11 mai 2004) s’est posée à propos d’un projet de décret portant « nouvelle création » d’un établissement public dont les statuts ont été annulés, pour vice de forme, avec effet différé, par le Conseil d’État statuant au contentieux.

La section de l’intérieur a en effet examiné un projet de décret tendant à substituer pour l’avenir de nouveaux statuts à ceux régissant encore l’École nationale supérieure (ENS) de Lyon, lesquels devaient disparaître rétroactivement de l’ordonnancement juridique le 30 juin 2012 par l’effet différé de la décision rendue par l’assemblée du contentieux du Conseil d’État le 23 décembre 2011.

La décision du Conseil d’État du 23 décembre 2011 (n° 335 033) annule, pour vice de procédure, à compter du 30 juin 2012, le décret n° 2009-1533 du 10 décembre 2009 fusionnant l’École normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud (lettres et sciences humaines) et l’École normale supérieure de Lyon (sciences).

Le projet de décret se substitue au décret n° 2009-1533 du 10 décembre 2009, alors que celui-ci est encore en vigueur. Ces nouveaux statuts entreront en vigueur le 1^{er} juin 2012 et abrogeront à cette date le décret du 10 décembre 2009, soit avant l’intervention de l’annulation différée. La procédure suivie doit donc être regardée non comme une nouvelle fusion de l’École normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud (lettres et sciences humaines) et de l’École normale supérieure de Lyon (sciences), mais comme un prolongement et une modification des statuts en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012.

Il y avait lieu de consulter sur ce projet non les comités techniques des écoles fusionnées, formalité qui serait d’ailleurs impossible, comme l’a relevé la section du rapport et des études (délégation à l’exécution des décisions de justice), mais l’actuel comité technique de l’ENS de Lyon.

Sur le fond, le contenu du projet est très proche de celui du décret du 10 décembre 2009. Ainsi, les missions de l’école, son organisation administrative et le régime de la scolarité sont inchangés, à l’exception d’une clarification apportée dans la représentation des élèves au sein du conseil de discipline.

Le Conseil d’État ayant réputé définitifs les effets produits par le décret du 10 décembre 2009 avant le 30 juin 2012, le mandat des organes actuels de l’ENS de Lyon est prorogé jusqu’au 31 décembre 2013. Son règlement intérieur est reconduit. Le budget de 2012 est celui adopté en début d’année sous l’empire des dispositions du décret du 10 décembre 2009. Les dispositions abrogées par le décret du 10 décembre 2009 demeurent abrogées. Les biens, droits et obligations de l’École normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud (lettres et sciences humaines) et de l’École normale supérieure de Lyon (sciences), qui avaient été transférés à l’établissement public créé par le décret du 10 décembre 2009, demeurent affectés à l’établissement créé par le nouveau décret.



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

Droit de propriété – Associations agréées pour la protection de l'environnement

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret pris pour l'application des dispositions de l'article 134 de la loi du 12 juillet 2010, dite « Grenelle 2 » précisant les conditions dans lesquelles, lors de la dissolution d'une association de protection de l'environnement agréée, les terrains non bâtis, dont l'association s'était rendue propriétaire à des fins de protection de l'environnement et grâce à un concours financier majoritairement public, sont dévolus par l'autorité administrative à un établissement public de l'État ou à une collectivité territoriale. S'interrogeant sur la constitutionnalité de la procédure au regard du droit de propriété, la section a constaté que l'intérêt public n'était pas contestable et que l'origine du transfert de propriété était imputable à la dissolution volontaire ou judiciaire de l'association, la puissance publique se bornant à désigner le bénéficiaire d'un actif particulier pour un motif d'intérêt général. Elle a toutefois tenu à préciser dans le texte du projet le principe selon lequel – les actifs servant en priorité à désintéresser les créanciers – la dévolution ne peut porter que sur l'actif net. Elle n'intervient donc logiquement qu'à l'issue de la procédure de liquidation et elle ne concerne que son éventuel « *boni* de liquidation ».

3.9. Organisation et gestion de l'administration

3.9.1. Établissements publics

Dirigeants d'établissements publics – Limite d'âge – Réforme des retraites – Prolongation d'activité

Le Conseil d'État a été saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis relative à la limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'État.

Cette limite d'âge est prévue à l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 modifiée relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, et applicable en l'absence de dispositions particulières prévues par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement public. L'article 7 a été modifié, en dernier lieu, par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites. La limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'État, auparavant égale à 65 ans,



est désormais « *fixée conformément au premier alinéa de l'article 1^{er}* ». Or, l'article 1^{er}, qui régit la limite d'âge des fonctionnaires de l'État, prévoit, dans sa rédaction issue de la loi du 9 novembre 2010, que « *sous réserve des reculs de la limite d'âge pouvant résulter des textes applicables à l'ensemble des agents de l'État, la limite d'âge des fonctionnaires civils de l'État est fixée à soixante-sept ans lorsqu'elle était, avant l'intervention de cette loi du 9 novembre 2010, fixée à soixante-cinq ans.* ». Toutefois, le relèvement de la limite d'âge des fonctionnaires de l'État ne s'effectue pas de manière immédiate. En vertu des articles 28 et 29 de cette même loi, il s'effectue progressivement, de manière croissante par génération, à raison de quatre ou de cinq mois par génération, dans les conditions fixées par décret.

Le Conseil d'État a estimé que le relèvement à 67 ans de la limite d'âge applicable, aux dirigeants des établissements publics de l'État devait s'effectuer selon les mêmes modalités, c'est-à-dire selon un calendrier tenant compte de l'année de naissance des intéressés. La nouvelle rédaction de l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984 a également pour effet de rendre applicables aux dirigeants de ces établissements les dispositions autorisant, dans certaines conditions, une « *prolongation d'activité* » ou un « *maintien en activité* ». Il s'agit, en particulier de l'article 4 de la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite par ancienneté (reculs d'âge pour charges de famille) et de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 (carrières dites « incomplètes »).

Dans la mesure où le législateur a, depuis 1984, fixé une limite d'âge unique pour l'ensemble des dirigeants des établissements publics de l'État, sans établir de distinction entre les dirigeants issus de la fonction publique et ceux qui n'en sont pas issus, la limite d'âge de soixante-sept ans et les modalités de son relèvement progressif s'appliquent à tous les dirigeants d'établissements publics, même lorsqu'ils ne sont pas issus de la fonction publique. Ces dirigeants non issus de la fonction publique peuvent également bénéficier de reculs de limite d'âge, les dispositions de l'article 4 de la loi du 18 août 1936 et de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 ayant été étendues ou transposées aux agents non titulaires de l'État par l'article 6-1 de la loi du 13 septembre 1984.

Enfin, en l'absence de distinction opérée par le législateur, il n'y a pas davantage lieu de distinguer, s'agissant tant du relèvement progressif de la limite d'âge en fonction de l'année de naissance que des reculs de limite d'âge résultant des textes mentionnés ci-dessus, selon que le dirigeant occupe un emploi rémunéré et ouvrant droit à pension ou des fonctions exercées à titre gratuit ou seulement indemnisées.

3.9.2. Recours administratif préalable obligatoire

Recours administratif préalable obligatoire des agents civils de l'État – Expérimentation.

Le projet de décret relatif à l'expérimentation du recours administratif préalable obligatoire aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'État (RAPO) répondait à une préconisation contenue dans une étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008. Il a été présenté sur le fondement d'une habilitation législative, issue de l'article 14



de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, dite loi Warsmann. Celui-ci a ajouté un second alinéa à l'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 modifiée relative au référé devant les juridictions administratives qui dispose : « *A titre expérimental et pour une durée de trois ans à compter de la promulgation de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle font l'objet, à l'exception de ceux concernant le recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire, d'un recours administratif préalable obligatoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Cette expérimentation fait l'objet d'un rapport remis chaque année au Parlement, jusqu'au terme de celle-ci* ».

Le projet de décret limite le champ de l'expérimentation aux décisions faisant grief prises par l'autorité dont relève un agent dans le cadre de son affectation dans un ministère ou un service expérimentateur. Il s'agit des décisions refusant l'attribution, réduisant le montant ou supprimant le versement d'un des éléments de rémunération mentionnés au premier alinéa de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, des décisions défavorables en matière de détachement, de mise en position hors cadres, de réorientation professionnelle et de placement en disponibilité, des décisions défavorables relatives à la réintégration à l'issue d'un détachement, d'un placement en disponibilité, d'une mise en position hors cadres et d'un congé parental, enfin des décisions relatives au classement indiciaire des agents à l'issue d'un avancement de grade ou d'une promotion interne.

Participent à l'expérimentation, dont le terme est fixé au 16 mai 2014, les services du Premier ministre (SGG, DSAF), le ministère de la justice et des libertés, avec 65 000 agents, hors magistrats, et l'académie de Lyon (pour le ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative).

Le Conseil d'État a souligné que les décisions qui relèvent du champ d'application du RAPO peuvent être explicites ou implicites. L'article 1^{er} du projet de décret précise que, lorsqu'elles sont explicites, ces décisions mentionnent que les agents relevant du champ de l'expérimentation peuvent demander, lors de la présentation du RAPO, la saisine à titre consultatif d'un tiers de référence et que l'avis de ce tiers ne lie pas l'administration. La mise en œuvre effective de l'expérimentation implique que, d'une part, les décisions explicites relevant de l'expérimentation, soient assorties de ces mentions et que, d'autre part, les agents relevant de l'expérimentation soient informés que, à peine d'irrecevabilité, les recours contentieux à l'encontre de décisions implicites, relevant de l'expérimentation, devront être précédés d'un RAPO.



3.9.3. Relations entre les citoyens et l'administration

Article 19-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations – Obligation d'inviter l'auteur d'une demande à la régulariser

Un projet de décret relatif aux médicaments de thérapie innovante prévoyait que le directeur général de l'Agence nationale de la sécurité du médicament et des produits de santé, saisi d'un dossier incomplet de demande d'autorisation d'un établissement ou d'un organisme en vue de pratiquer des activités relatives aux médicaments de thérapie innovante préparés ponctuellement, avait la possibilité de prononcer l'irrecevabilité de la demande par une décision motivée indiquant les délais de recours, sans inviter le demandeur dans un délai déterminé à compléter son dossier des pièces manquantes ou incomplètes. Cette disposition a été disjointe par le Conseil d'État en ce qu'elle méconnaissait les dispositions de l'article 19-1 introduit dans la loi dite « DCRA » du 12 avril 2000 telle que modifiée par la loi du 17 mai 2011, aux termes desquelles « *lorsqu'une demande adressée à une autorité administrative est affectée par un vice de forme ou de procédure faisant obstacle à son examen et que ce vice est susceptible d'être couvert dans les délais légaux, l'autorité invite l'auteur de la demande à la régulariser en lui indiquant le délai imparti pour cette régularisation, les formalités ou les procédures à respecter ainsi que les dispositions légales et réglementaires qui les prévoient* ».

3.10. Outre-mer

3.10.1. Questions concernant l'ensemble des collectivités d'outre-mer

Concurrence outre-mer – Saisine de l'Autorité de la concurrence – Respect des prérogatives de l'État – Principe de liberté d'établissement en matière commerciale

Si les solutions à apporter aux difficultés structurelles que rencontrent les économies ultramarines sont de nature multiple, il ressort de l'analyse de leurs caractéristiques que l'un des facteurs d'amélioration consisterait à faciliter le jeu de la concurrence et à s'intéresser aux conditions de fonctionnement des marchés locaux. Les mesures attendues visent à renforcer la transparence des prix et à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. C'est dans ce contexte et aux fins de tenter de remédier à ces difficultés que le Conseil d'État, au rapport de la section des finances et de la section de l'intérieur, a examiné un projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer.

Les dispositions de son chapitre 1^{er} modifient, d'une part, le code de commerce afin de mettre en œuvre des mesures d'organisation des marchés pour corriger les situations de monopole et renforcer les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence et, d'autre part, le code des postes et des communications électroniques s'agissant des réseaux publics de communications mobiles intra-nationales.

À l'occasion de l'examen de ce chapitre 1^{er}, deux questions de droit se sont posées. À l'article 3 du projet, le Conseil d'État (section des finances) a estimé nécessaire de conférer un caractère facultatif à la saisine de l'Autorité de la concurrence par le ministre chargé de l'économie, dès lors qu'une demande des collectivités d'outre-mer mentionnées dans le projet lui est adressée en ce sens. En effet, le projet du Gouvernement ne permet pas de préserver la liberté d'appréciation du ministre et, par suite, de garantir pleinement le respect des prérogatives de l'État dans ses rapports avec les collectivités territoriales. Or, les dispositions du dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution confient à l'État et aux autorités qui s'expriment en son nom dans les collectivités territoriales de la République, la charge des intérêts nationaux et du contrôle administratif ainsi que du respect des lois. Un dispositif qui contraindrait le ministre à saisir l'Autorité de la concurrence à la demande d'une collectivité territoriale, alors que celui-ci estimerait ne pas avoir en l'espèce à faire usage du pouvoir propre de saisine qu'il tient de l'article L. 462-5 du code de commerce, n'apparaît pas compatible avec le respect des prérogatives propres de l'État en matière d'application des lois. Il n'apparaît pas davantage cohérent d'instaurer à la charge de l'État une obligation de saisir une autorité de régulation ou une juridiction à la demande d'un tiers, alors qu'il ne peut être envisagé de le priver du droit de se désister ultérieurement de sa saisine.

L'article 5 du projet prévoyait qu'en cas « *d'existence d'une position dominante, détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, de nature à soulever des préoccupations de concurrence du fait des prix ou des marges qu'elle permet de pratiquer, l'Autorité de la concurrence peut, eu égard aux contraintes particulières de ces territoires découlant notamment de leurs caractéristiques géographiques et économiques, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, leur enjoindre de lui proposer des engagements* ». Le Conseil d'État a veillé à ce qu'un tel dispositif ne méconnaisse pas la jurisprudence de la CJUE, notamment l'arrêt de la Cour de justice (CJUE, *Commission c. Royaume d'Espagne*, 24 mars 2011, C-400/08), en tant qu'il constituerait une restriction à la liberté d'établissement. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'ouverture d'établissements commerciaux ne peut être conditionnée à des critères économiques, comme leur incidence sur le commerce de détail préexistant ou le degré d'implantation de l'entreprise sur le marché. Or, l'article 6 du projet, en ce qu'il prévoit que la commission d'aménagement commercial « *tient compte de la puissance économique déjà détenue dans la zone par l'entreprise qui sollicite une autorisation* », paraissait difficilement compatible avec le principe de liberté d'établissement tel qu'interprété par la Cour de justice. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a procédé à la réécriture de l'article L. 752-6-1 du code de commerce en évitant la référence à la notion de puissance économique.



Compte tenu du parti pris rédactionnel retenu par le Gouvernement se référant à des concepts de portée générale tels que « *position dominante* », « *préoccupation de concurrence du fait de prix et de marges abusifs qu'une telle position permet de pratiquer* », ou encore « *contraintes particulières, géographiques ou économiques* » des collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution, le Conseil d'État a considéré, dans le droit fil de la position qu'il avait exprimée lors de l'examen du projet de loi de modernisation de l'économie, au printemps 2008, que de telles références n'étaient pas constitutives de critères économiques susceptibles d'entacher d'inconventionnalité cet article.

3.10.2. Collectivités régies par l'article 73 de la Constitution

Article 73 de la Constitution – Non-extension d'une loi – Conformité à l'article 73

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet d'ordonnance portant extension et adaptation à Mayotte du code de la construction et de l'habitation ainsi que de diverses lois relatives au logement, a considéré que le choix du Gouvernement de ne pas rendre applicables à Mayotte les dispositions relatives au droit au logement opposable (articles L. 441-1-4, L. 441-2-3, L. 441-2-3-2 et L. 441 2 3-3 du code de la construction et de l'habitation) issues de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, ainsi que le prélèvement sur les ressources fiscales des communes n'ayant pas atteint l'objectif de proportion de logements locatifs sociaux issu, notamment, de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (article L. 302-7 du même code), était compatible avec le régime de l'identité législative.

Faisant, à cette occasion, application des principes dégagés dans l'avis adopté lors de son assemblée générale du 20 mai 2010 (n° 383887), il a, en effet, constaté, en premier lieu, que le projet d'ordonnance procède à un rapprochement très substantiel, non seulement du droit de la construction et de l'habitation applicable à Mayotte avec celui applicable en métropole par rapport à la situation actuelle en rendant effective dans ce département la législation telle qu'elle existait en métropole en 2007, mais également de la politique de l'État en matière de construction de logement social et d'accès au logement des personnes défavorisées.

En second lieu, il a relevé que l'absence quasi-totale, à ce jour, de logements locatifs sociaux – au sens du code de la construction et de l'habitation – à Mayotte rend matériellement impossible l'entrée en vigueur de ces dispositions, qui supposent, pour être applicables, l'existence d'un parc de tels logements et que les perspectives d'évolution dans ce domaine ne permettent pas d'envisager, dans un délai raisonnable, la constitution d'un parc suffisant.

Droit applicable – Applicabilité à Mayotte d'un texte modifiant le code du travail

L'application de l'article 73 de la Constitution à Mayotte a pour effet de soumettre cette collectivité au régime de l'identité législative. Les lois et les règlements y seront désormais applicables sans mention expresse de cette applicabilité. Toutefois, ainsi que cela a été rappelé par le Conseil d'État dans son avis du 20 mai 2010, les



lois et règlements, même d'origine locale, s'appliquant spécifiquement dans une collectivité d'outre-mer relevant du régime de la spécialité législative à la date où cette dernière accède au régime de l'identité législative, ne sont pas abrogés par le seul effet du passage à ce régime. Ils y demeurent en vigueur après l'instauration, dans cette collectivité, du régime de l'identité législative aussi longtemps qu'ils ne sont pas modifiés ou abrogés, expressément ou implicitement. L'existence et le maintien en vigueur d'un code du travail propre à Mayotte, dont les dispositions se rapprochent progressivement de celles du code du travail métropolitain avec toutefois le rythme et les exceptions rendus nécessaires par la prise en compte des particularités économiques et sociales de ce département, conduisent à en déduire une présomption de ce que l'intention du législateur, lorsqu'il modifie le code du travail sans modifier le « *code du travail applicable à Mayotte* », est de ne pas modifier le droit du travail applicable dans cette collectivité. Cette présomption serait renversée dans le cas d'une loi de souveraineté, ce qui n'est pas le cas de l'article 61 de la loi de finances pour 2012, ou s'il ressortait des travaux préparatoires que l'intention du législateur a bien été de rendre le texte applicable à Mayotte.

Droit applicable – Nécessité de prévoir expressément l'applicabilité de certaines dispositions du code du travail – Absence

Lors de l'examen d'ordonnances et de décrets complétant le code du travail applicable à Mayotte, le Conseil d'État a été conduit à disjoindre, dans ces textes, les dispositions relatives à certaines institutions à caractère national qui existent en application de dispositions législatives et réglementaires du code du travail, comme Pôle Emploi ou l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph). En effet, dès lors que la partie législative du code du travail applicable à Mayotte se réfère aux dispositions à caractère général relatives à ces institutions, seules les dispositions spéciales relatives à l'intervention de ces institutions à Mayotte sont nécessaires dans les dispositions réglementaires de ce code.

Soins des mineurs – Convention internationale des droits de l'enfant et Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes – Méconnaissance

L'article L. 6416-5 du code de la santé publique, maintenu en l'état par le projet d'ordonnance portant extension et adaptation du code de l'action sociale et des familles à Mayotte dont avait été saisi le Conseil d'État (section sociale), prévoit que les frais d'hospitalisation, de consultation et d'actes externes dans les établissements de santé à Mayotte sont à la charge des personnes concernées lorsqu'elles ne sont pas affiliées au régime d'assurance maladie-maternité de Mayotte. Seuls les soins dont le défaut peut entraîner une altération grave et durable de l'état de santé ou qui relèvent de la lutte contre des maladies transmissibles graves peuvent être pris en charge en tout ou partie par l'État, lorsque les ressources des personnes concernées sont inférieures à un montant fixé par une décision du représentant de l'État. Ces dispositions sont incompatibles avec les stipulations de la convention internationale des droits de l'enfant, notamment son article 3.1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant (cf. la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 7/6/2006, *Association Aides et autres*, n° 285576), et celles de l'article 12 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Ces



conventions internationales imposent que les frais concernant les mineurs et ceux destinés à préserver la santé de l'enfant à naître soient pris en charge en totalité lorsque les ressources des personnes concernées sont trop faibles pour qu'elles puissent s'acquitter d'une participation financière. Le Conseil d'État a donc modifié l'article L. 6416-5 pour introduire la gratuité des soins concernant les mineurs et de ceux destinés à préserver la santé d'un enfant à naître.

Article 72-2 de la Constitution – Obligation de compenser les charges liées à la création d'une compétence

Antérieurement à l'adoption de l'ordonnance n° 2012-785 du 31 mai 2012 portant extension et adaptation du code de l'action sociale et des familles au Département de Mayotte, le conseil général de Mayotte était déjà libre d'exercer la compétence en matière d'aide sociale aux personnes âgées et handicapées à titre facultatif. Il s'était effectivement saisi de cette compétence, en créant, par son règlement départemental d'aide sociale, des prestations inspirées de celles ayant cours en métropole. Pour autant, l'ordonnance en question ayant rendu obligatoire l'exercice de ces compétences par cette collectivité, il découle de l'article 72-2 de la Constitution que l'État a l'obligation de compenser au profit de cette collectivité les charges qui découlent de l'exercice de cette compétence à titre désormais obligatoire.

3.10.3. Collectivités régies par l'article 74 de la Constitution

Répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales d'outre-mer – Collectivités régies par l'article 74 de la Constitution – Saint-Martin – Travail des étrangers

Le Conseil d'État (section sociale), saisi d'un projet de décret transposant la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, a observé que ce décret ne pouvait s'appliquer à Saint-Martin, alors même que la directive en cause est applicable dans cette « région ultrapériphérique » de l'Union Européenne. En effet, l'article L.O. 6313-1 du code général des collectivités locales prévoit que les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Martin, à l'exception de celles intervenant dans les matières qui relèvent de la loi organique en application de l'article 74 de la Constitution ou de la compétence de la collectivité en application de l'article L.O. 6314-3 de ce même code. Or, le 4° de cet article dispose que l'accès au travail des étrangers relève de la compétence de Saint-Martin. Par suite, les décrets pris en cette matière ne peuvent y être applicables. Il appartient donc à la collectivité d'en fixer les voies et moyens de la transposition de la directive.



3.10.4. Nouvelle-Calédonie

Loi du pays – Drapeau de la Nouvelle-Calédonie

Saisi en application de l'article 100 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné une proposition de loi du pays de Nouvelle-Calédonie, déposée au congrès de Nouvelle-Calédonie par les membres du Front de libération national kanak et socialiste (FLNKS) le 5 avril 2011, tendant à faire du drapeau kanak (adopté le 24 septembre 1984 par le congrès fondateur du FLNKS) le « signe identitaire » marquant, aux termes de l'article 5 de la même loi organique, « *la personnalité de la Nouvelle-Calédonie aux côtés de l'emblème national* ».

C'est la treizième proposition de loi du pays de Nouvelle-Calédonie dont soit saisi le Conseil d'État.

Sur le fond, la proposition de loi du pays, en tant qu'elle fait le choix du drapeau kanak comme signe identitaire marquant, en application de l'article 5 de la loi organique statutaire, « *la personnalité de la Nouvelle-Calédonie aux côtés de l'emblème national* », ne méconnaît aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ou organique. En vertu de cet article 5, c'est librement que le congrès choisit les signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie, pourvu qu'il le fasse à la majorité des trois cinquièmes de ses membres.

S'agissant en revanche de la rédaction de la proposition, qui mêle des éléments directement et non directement normatifs, il est suggéré de la revoir dans le sens suivant :

- un article unique énonçant que : « *Le signe identitaire marquant, conformément à l'article 5 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, la personnalité de celle-ci aux côtés de l'emblème national est le drapeau dont la description est annexée à la présente loi du pays.* » ;
- une annexe subdivisée non en articles, mais en deux chapitres (description, signification) regroupant, le premier, ce qui figure aux articles 4 et 2 de la proposition (dans cet ordre), c'est-à-dire la description proprement dite du drapeau, puis (dans le second chapitre) ce qui figure à l'article 3 de la proposition, c'est-à-dire la signification des couleurs.

Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie – Droit civil et procédure civile – Compétence partagée en matière de responsabilité

En vertu du 18° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, cette collectivité est compétente en matière de procédure civile, alors que l'État est compétent pour le droit civil en vertu du 4° du III de l'article 21 de cette même loi. L'existence même de la publicité foncière, par les garanties qu'elle apporte au droit de propriété, et le principe fondamental d'une responsabilité effective en cas de faute commise par le service chargé de la publicité foncière, notamment de défaut de publication des actes, décisions judiciaires ou inscriptions requises, ou de l'omission de celles-ci, relèvent du droit civil et, par suite, ressortissent à la compétence de l'État. En revanche, sont de la compétence



de la Nouvelle-Calédonie l'organisation de cette publicité foncière et la mise en œuvre de la responsabilité, qu'elle soit dévolue à la personne du conservateur des hypothèques ou à une personne publique, telle que la Nouvelle-Calédonie. La création du service chargé de la publicité foncière doit être regardée comme relevant du 23° de l'article 22 de la loi organique (compétence de la Nouvelle-Calédonie). À cet égard, la désignation précise du débiteur (le conservateur des hypothèques ou la collectivité publique dont il dépend) figurant dans l'article 2450 du code civil, n'est pas une disposition de droit civil, au sens du 4° du III de l'article 21 de la loi organique, bien que formellement incluse dans ce code. Dès lors, et sans qu'il soit besoin d'étendre à la Nouvelle-Calédonie les dispositions de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, une loi du pays peut, dès l'institution de la contribution immobilière, substituer la responsabilité de la Nouvelle-Calédonie à celle du conservateur des hypothèques néo-calédonien.

Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie – Compétence partagée en matière de pensions

Selon les dispositions « symétriques » de l'article L. 5 du code des pensions civiles et militaires de retraite et du 5° de l'article 6 du décret du 4 janvier 1954 portant création et organisation de la caisse locale de retraites de la Nouvelle-Calédonie, le régime de retraite appelé à liquider la pension d'un fonctionnaire ayant servi successivement dans l'une des fonctions publiques de l'État et dans l'une des fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie prend en compte la totalité des services, quelle que soit la fonction publique au sein de laquelle ces services ont été accomplis. C'est le régime dit « d'interpénétration des carrières ».

La Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux « collectivités territoriales de la République » mais par son titre XIII relatif spécifiquement à la Nouvelle-Calédonie. Cependant, si la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites a substitué la notion de « collectivités territoriales d'outre-mer » à celle de « territoires d'outre-mer », il ne résulte pas des travaux préparatoires de cette loi que la nouvelle rédaction du 5° de l'article L. 5 issue de l'article 43 de la loi précitée ait entendu se référer aux seules collectivités territoriales mentionnées à l'article 72 de la constitution ni mettre fin au régime dit d'interpénétration. Une telle interprétation aurait d'ailleurs pour effet de créer un vide juridique susceptible de restreindre les droits des affiliés. Dans ces conditions, le régime d'interpénétration des carrières doit être considéré comme toujours applicable.

Dès lors que la définition du régime des retraites applicables aux fonctionnaires ayant effectué leur service dans l'une des fonctions publiques locales entre, en application du 14° de l'article 22 de la loi organique, dans les compétences de la Nouvelle-Calédonie, il est loisible à la loi du pays de prévoir une modification du système actuel d'interpénétration des carrières. Cependant eu égard aux incidences réciproques sur chacun des régimes de retraite d'une telle réforme, celle-ci ne saurait s'accomplir autrement que sous la forme d'une modification concertée des deux législations nationale et locale, qui sont de même niveau constitutionnel.



3.11. Relations internationales et conventions internationales

3.11.1. Champ d'application de l'article 53 de la Constitution

« Accord mixte » négocié par la Commission au nom de l'Union européenne et de ses États membres – Champ d'application de l'article 53 – Existence – Transport aérien

Le Conseil d'État a examiné de nombreux projets de loi autorisant la ratification d'« accords mixtes » négociés par la Commission au nom de l'Union et de ses États membres. Ils ont pour objet d'ouvrir les marchés et d'encourager les investissements, tout en garantissant des conditions de concurrence loyale et des normes strictes pour le transport aérien, notamment dans les domaines de la sécurité, de la sûreté et de la protection de l'environnement. Ils traduisent une politique globale engagée dès 2005 pour faire suite aux arrêts de la Cour de justice du 5 novembre 2002 dits arrêts « Ciel ouvert ». C'est ainsi qu'en 2012 le Conseil d'État (section des finances) a examiné trois projets de loi autorisant la ratification du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part et les États-Unis d'Amérique, d'autre part ; celui autorisant la ratification de l'accord sur la création d'un espace aérien commun entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part ; et enfin celui autorisant la ratification de l'accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part. La section des finances a considéré que ces trois projets d'accords internationaux entraient dans le champ d'application de l'article 53 de la Constitution et exigeaient par suite une ratification par la voie parlementaire, pour deux raisons : en premier lieu, ces accords visent à libéraliser le trafic aérien par des concessions mutuelles et, par suite, les prestations de services marchands. Comme tels, ils entrent dans la catégorie des « traités de commerce » au sens de l'article 53 de la Constitution ; en second lieu, ces accords touchent à des matières législatives telles que droits de douane, contrôle capitalistique des compagnies aériennes, sûreté et sécurité aérienne.

Quant à leur applicabilité outre-mer, il résulte clairement de leurs stipulations mêmes que l'on a entendu en exclure les pays et territoires d'outre-mer (PTOM), mais non les régions ultrapériphériques (RUP). Il en résulte qu'il y avait lieu de consulter la seule collectivité d'outre-mer ne constituant pas un PTOM, au sens du droit de l'Union européenne, à savoir Saint-Martin, laquelle est compétente en matière d'impôts, droits et taxes.



3.11.2. Contrôle de conventionnalité

Accords internationaux – Partenariat de défense – Infractions commises à l'étranger - Garanties des droits des personnes incriminées – Acceptabilité des termes de l'accord – Existence

Saisi d'un projet de loi autorisant la ratification du traité instituant un partenariat en matière de coopération militaire entre la République française et la République du Sénégal, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable, tout en formulant les observations suivantes. Le paragraphe 1 de l'article 15 de ce traité stipule que les infractions commises par un membre du personnel de l'État d'origine ainsi que par les personnes à charge relèvent de la compétence des juridictions de l'État d'accueil, sous certaines réserves figurant au 2 du même article, qui permettent à l'État d'origine d'exercer par priorité son droit de juridiction. En cas de poursuites devant les juridictions de l'État d'accueil, le paragraphe 7 du même article énonce les exigences relevant du droit à un procès équitable ainsi que le droit pour les personnes condamnées à purger leur peine, conformément aux dispositions de l'article 42 de la convention de coopération en matière judiciaire entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal signée à Paris le 29 mars 1974, dans l'État d'origine en cas de condamnation par les juridictions de l'État d'accueil. Cet article 42, dont les commissaires du Gouvernement ont indiqué qu'il ne soulevait pas de difficulté d'application, prévoit que « *Chaque État peut réclamer et obtenir le transfèrement d'un de ses ressortissants condamné à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus grave par une juridiction de l'autre État, pour lui faire purger sa peine sur son territoire* ».

En revanche, le traité signé le 18 avril 2012 avec le Sénégal ne comporte pas la clause figurant dans certains accords similaires et selon laquelle aucune peine contraire aux engagements résultant des conventions internationales auxquelles l'une ou l'autre des États signataires est partie ne sera requise ni prononcée à l'encontre d'un membre du personnel ou d'une personne à charge de l'État d'origine auteur d'une infraction. Or, si le Sénégal a aboli la peine de mort en 2004, son code pénal prévoit toujours des peines de travaux forcés. Ainsi, l'article 287 du code pénal sénégalais prévoit des travaux forcés à perpétuité pour punir les crimes d'assassinat, de meurtre ou d'empoisonnement. Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la question de savoir si la peine des travaux forcés à perpétuité est susceptible de constituer un traitement inhumain et dégradant, au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État a considéré que cette difficulté pouvait être surmontée au vu de l'ensemble des garanties prévues et surtout de l'assurance, compte tenu des stipulations combinées du traité de coopération militaire et de la convention de coopération en matière judiciaire de 1974, qu'au cas où une peine de travaux forcés serait prononcée à l'encontre d'un militaire français ou d'une personne à charge, cette peine ne serait pas exécutée par suite du transfèrement en France de l'auteur de l'infraction.



3.11.3. Échange de données à caractère personnel

Accords de coopération policière – Transferts d’informations et de données – Loi informatique et libertés

Saisi de trois projets de loi autorisant l’approbation de l’accord de coopération policière entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Serbie, de celui de coopération en matière de sécurité intérieure avec le Gouvernement de l’État des Émirats arabes unis et de celui relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure, de sécurité civile et d’administration conclu avec le Gouvernement de la République libanaise, le Conseil d’État (section des finances) a rappelé au Gouvernement que les transferts d’informations et de données susceptibles d’être effectués en application de ces accords s’opèrent dans le cadre des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés.



3.12. Sanctions

Sanction pénale ou sanction administrative – Attestation d’achèvement de travaux

Saisi d’un projet de décret relatif à l’attestation à établir lors de l’achèvement des travaux de réhabilitation thermique de bâtiments et aux sanctions pénales en cas de défaut de communication de documents, le Conseil d’État (section des travaux publics) a disjoint la disposition instituant une sanction pénale (amende prévue pour la contravention de la 5^e classe) pour non-communication des documents exigés au titre de l’article L. 151-1 du code de la construction et de l’habitation.

Le Conseil d’État a en effet considéré qu’une sanction pénale n’était pas la réponse la mieux adaptée à la non-communication de documents techniques et qu’elle risquait de ne pas être mise en œuvre. Il a préconisé la voie de la sanction administrative, plus appropriée et plus efficace.

Sanctions pénales – Proportionnalité des peines

Saisi d’un projet de décret relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu’au tracé des câbles et pipelines sous-marins, le Conseil d’État a disjoint les dispositions du projet punissant d’une peine d’amende prévue pour les contraventions de 5^e classe, la construction, l’exploitation ou l’utilisation sans autorisation des installations et ouvrages en cause.

En effet, ces peines apparaissent comme insuffisamment sévères par rapport à la gravité des agissements qu’elles ont pour objet de sanctionner et à l’importance des sommes qui peuvent se trouver en jeu dans ces opérations, rapportées notamment aux peines dont la partie législative du code de l’environnement punit des agissements d’une gravité comparable.

En outre, les dispositions disjointes ne traitent pas, ainsi qu’elles le devraient, de la question du tribunal compétent pour des infractions et délits commis dans la zone économique ou dans la zone de protection écologique.



3.13. Traitement de données à caractère personnel

Des nombreuses affaires dont a connu le Conseil d'État en 2012, on retiendra plus particulièrement celles relatives aux conditions de création et de mise en œuvre de ces traitements, à la définition des données sensibles, à la protection électronique mobile et aux « logiciels de rapprochement judiciaire ».

3.13.1. Conditions de création des traitements de données à caractère personnel

Données sensibles – Données relatives à la santé – Traitements soumis à autorisation par décret – Dopage – Agence française de lutte contre le dopage

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret autorisant l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) à créer un traitement dénommé « Traitement automatisé de données à caractère personnel visant à orienter les contrôles antidopage et à préfigurer le profil biologique des sportifs ».

Le « *profil biologique du sportif* » (ou « passeport biologique du sportif ») a vocation à déjouer une technique de dopage - difficilement décelable dans le cadre des habituels contrôles ponctuels - qui réside dans l'absorption de petites doses du produit interdit sur une longue période précédant la compétition. Le profil biologique sera établi à partir des prélèvements biologiques réalisés dans le cadre des opérations de contrôle, prévues par l'article L. 232-12 du code du sport, destinées à mettre en évidence l'utilisation de procédés prohibés ou à déceler la présence dans l'organisme de substances interdites.

Le projet de décret vise à mettre en œuvre un traitement ayant pour finalités de mieux orienter les contrôles ponctuels de façon pérenne, de détecter l'absorption de certaines substances à partir de leurs effets sur la santé des sportifs, de concourir à la dissuasion du dopage et à la protection de la santé des sportifs.

Le traitement porte sur des données hématologiques mesurées dans les échantillons de sang du sportif qui sont des données « sensibles » au sens du I de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui prohibe la mise en œuvre de tels traitements, sauf dans les cas qu'il définit. Le Conseil d'État a estimé que le traitement pouvait être légalement fondé sur les dispositions combinées du IV de l'article 8 et du II de l'article 26 de cette loi. Il a considéré en effet, que bien que l'AFLD soit une personne morale distincte de l'État, ce traitement devait être regardé comme mis en œuvre pour le compte de l'État, car relevant de la politique publique de lutte contre le dopage.



Le Conseil d'État a, en outre, vérifié que la description du traitement et, plus particulièrement, les précautions dont il est assorti pour préserver la vie privée des sportifs, s'agissant notamment du nombre limité et de la qualité des personnes et institutions qui auront accès aux données, ont reçu l'avis favorable de la CNIL qui sera publié en même temps que le décret.

Données sensibles – Données relatives à la santé – Traitements soumis à autorisation par décret – Taux d'invalidité

Le Conseil d'État a estimé que le taux d'invalidité qui détermine l'incapacité permanente reconnue pour l'attribution de droits aux prestations d'invalidité devait être regardé comme une donnée relative à la santé au sens du I. de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En effet, si ce taux d'invalidité ne fournit, par lui-même, aucune information sur la nature de l'affection en cause, il permet toutefois d'en connaître la gravité. Par suite, la mise en œuvre, pour le compte de l'État, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel qui porte sur des données parmi lesquelles figure le taux d'invalidité doit être autorisée par décret en Conseil d'État dans les conditions prévues par le II de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978.

Données à caractère personnel – Photo d'identité – Mentions figurant dans la demande à la CNIL

Saisi d'un projet de décret autorisant la mise en œuvre, par le ministère de la défense, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Alliance », le Conseil d'État (section de l'administration) a estimé qu'il n'était pas possible de mentionner, dans la liste des données à caractère personnel annexée à ce projet, la photo d'identité des personnels concernés par le traitement.

En effet, la photo d'identité constitue par elle-même une donnée à caractère personnel au sens de l'article 2 la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dont la mention, dans un projet de décret autorisant un traitement automatisé doit, conformément à l'article 30 de cette loi, faire l'objet de l'avis de la CNIL exigé par l'article 27 de la même loi.

Or, la mention de la photo d'identité ne figurait ni dans le dossier technique ni dans le projet de décret qui avaient été communiqués à la CNIL. Cette circonstance est susceptible d'entacher d'illégalité le décret, dès lors que la consultation de la CNIL constitue une garantie procédurale pour les personnels concernés.

3.13.2. Définition des données sensibles

Données sensibles – Absence – Origine géographique

Le décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la prévention des atteintes à la sécurité publique (PASP) et le décret n° 2011-340 du 29 mars 2011 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion de l'information et la prévention des atteintes à la sécurité publique (GIPASP) font figurer tous deux,



parmi les « données sensibles » (au sens de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), pouvant être enregistrées dans le traitement, l'« origine géographique ».

Cette information – qui, conformément aux instructions du ministre de l'intérieur en date du 18 octobre 2009, se limite à l'indication des lieux de naissance, de résidence ou d'activité des intéressés – ne peut être considérée comme faisant « *apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* » au sens du I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 (cf. 10/1 SSR, *Kaberseli*, 19 juin 1992 et 10/9 SSR, *Fristot et Charpy*, 19 juillet 2010).

Aussi, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a-t-il émis un avis favorable au projet de décret qui corrige les décrets précités afin de faire figurer ces mentions non plus parmi les données sensibles, listées à l'article 3 des deux décrets (signes physiques particuliers, activités politiques et religieuses...), mais parmi les autres données collectées, listées à leur article 2.

Le Conseil d'État a cependant estimé devoir expliciter la formule imprécise d'« *origine géographique* » par la référence, de nature objective et factuelle, aux « *lieu de naissance, lieu de résidence et zones d'activité* ».

3.13.3. Usages des traitements de données à caractère personnel

Logiciels de rapprochement judiciaire – Conditions de mise en œuvre

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi d'un projet de décret qui fait suivre le chapitre II du titre IV du livre I^{er} de la partie réglementaire du code de procédure pénale par un chapitre III (« Des logiciels de rapprochement judiciaires »), dont la base légale est aux articles 230-20 à 230-27 du même code. Ce chapitre III, qui comprend les articles R. 40-39 à R. 40-41, traite des aspects généraux des logiciels de rapprochement judiciaire (conservation des données rassemblées au cours de l'enquête, rôle du magistrat saisi de l'enquête ou chargé de l'instruction, contrôle par un magistrat du parquet hors hiérarchie...).

Il a émis un avis favorable à ce projet compte tenu des précisions qui suivent. L'utilisation d'un logiciel de rapprochement judiciaire dans le cadre d'une enquête déterminée donnera lieu à la création d'un traitement de données à caractère personnel. Conformément à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 (LOPPSI, cons 71), chacun de ces traitements devra être autorisé par le parquet lors de l'ouverture de l'enquête et contrôlé par la suite par l'autorité judiciaire jusqu'à la clôture des investigations, les données étant effacées au plus tard trois ans après leur enregistrement. L'autorisation de création pourra toutefois être implicite dans le cas des enquêtes de flagrance.



Traitement de données – Protection électronique mobile – Effectivité d’une mesure judiciaire d’interdiction de rencontrer la victime

Le Conseil d’État (section de l’intérieur) saisi d’un projet de décret visant à organiser l’expérimentation prévue par l’article 6 de la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a émis un avis favorable compte tenu des considérations qui suivent.

Lorsque l’auteur, supposé ou avéré, de telles violences fait l’objet d’une mesure judiciaire comportant une interdiction de rencontrer la victime et un placement sous surveillance électronique mobile, la victime se voit proposer de porter elle-même un dispositif électronique.

Le Conseil d’État a estimé que le projet de décret risquait d’instituer une nouvelle zone d’interdiction, de caractère mobile, centrée sur la personne protégée. Or, à défaut d’habilitation législative, le pouvoir réglementaire est incompétent pour ce faire, même à titre expérimental. Il a donc proposé un dispositif d’effet équivalent et faisant appel aux mêmes procédures techniques, mais tendant seulement à assurer l’effectivité des interdictions de rencontre ou de contact, dont sont assorties les mesures de contrôle judiciaire, de suivi socio-judiciaire et de liberté conditionnelle. L’effectivité des interdictions est recherchée par un mécanisme d’alerte ou d’intervention se déclenchant en fonction des localisations respectives de la personne surveillée et de la personne protégée.

3.14. Union européenne

3.14.1. Élargissement de l’Union européenne

La Croatie : le vingt-huitième État membre de l’Union européenne

Le Conseil d’État a procédé, en fin d’année, à l’examen du projet de loi autorisant la ratification du traité relatif à l’adhésion de la République de Croatie à l’Union européenne. La Croatie a déposé sa candidature à l’adhésion le 21 février 2003. Le Conseil européen des 17 et 18 juin 2004 lui a réservé un accueil favorable en reconnaissant à la Croatie le statut de pays candidat et en décidant de convoquer une conférence intergouvernementale bilatérale avec la Croatie, dès le début de 2005, « aux fins d’engager des négociations ». Le traité signé à Bruxelles le 9 décembre 2011 permettra à la République de Croatie de devenir, à compter du 1^{er} juillet 2013, le 28^e État membre de l’Union européenne (UE). La Croatie, couvrant plus de 55 000 km² et près de 4,3 millions d’habitants, est le premier État des Balkans occidentaux à rejoindre l’Union européenne.



Dès lors que ce traité a vocation à s'appliquer à l'ensemble du territoire de la République française, dans les mêmes conditions que les traités sur l'Union européenne, sur le fonctionnement de l'Union européenne et que le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (article 355 TFUE), le Conseil d'État a demandé qu'il soit procédé à la consultation, selon la procédure d'urgence, de l'ensemble des collectivités ultramarines.

Un acte final récapitule la liste des textes arrêtés à savoir le traité d'adhésion, l'acte relatif aux conditions et aux modalités d'adhésion de la Croatie ainsi que ses neuf annexes, le protocole relatif à la cession de quotas d'émission à la Croatie dans le cadre du protocole de Kyoto et la version croate des trois traités fondateurs de l'Union européenne, accompagnés des traités qui les ont modifiés et complétés (traités d'adhésion des 21 États membres ayant rejoint la Communauté puis l'UE depuis le traité de Rome). En outre, quatre déclarations sont annexées à l'acte final. Cette structure est identique à celle des précédents traités d'adhésion, c'est-à-dire ceux de l'élargissement du 1^{er} mai 2004. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'a décelé aucune question particulière de droit.

3.14.2. Aides d'État

Garantie de l'État accordée à un établissement de crédit en difficulté – Aides d'État – Existence – Notification complète – Exigence non requise

Saisi, dans le cadre du projet de loi de finances pour 2013, d'un article octroyant la garantie de l'État au groupe Crédit immobilier de France (ci-après CIF), le Conseil d'État n'a pu lui donner un avis favorable. En effet, la garantie ainsi octroyée est constitutive d'une aide d'État, au sens des articles 107 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Or, elle n'a pas fait l'objet d'une notification jugée complète par la Commission européenne. Toutefois, le Conseil d'État a procédé à l'examen technique des dispositions en cause qui n'ont pas soulevé d'observations de principe, sous réserve que soient ajoutés un paragraphe prévoyant le contrôle de l'État sur le CIF pendant la période de mise en œuvre de la garantie de l'État et un autre paragraphe prévoyant un rapport au Parlement sur l'exécution de cette garantie.

Garantie de l'État accordée à un établissement de crédit en difficulté – Aides d'État – Existence – principe de sécurité juridique – Exigence d'une notification préalable

Saisi, dans le cadre du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012, d'un article relatif à l'octroi de la garantie de l'État à la société Banque PSA Finance, filiale de la société Peugeot S.A., pour son refinancement, le Conseil d'État n'a pu lui donner un avis favorable, faute d'une notification préalable de ce projet à la Commission européenne, en application du 3 de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Selon le Gouvernement, compte tenu de la situation du bénéficiaire de cette garantie et surtout des conditions de rémunération dont cette garantie est assortie, en comparaison de celles des prêts parallèlement consentis par un « pool » bancaire, il n'y a pas d'avantage économique et donc pas d'élément d'aide publique dans ce dispositif, de sorte que sa notification préalable



en application du régime des aides d'État n'était pas requise. Le Conseil d'État a toutefois estimé que le Gouvernement ne justifiait pas suffisamment que cette garantie n'était pas constitutive d'une aide d'État, au regard notamment des lignes directrices relatives aux aides d'État sous forme de garanties fixées par la Commission dans sa communication du 20 juin 2008. Au demeurant, les risques juridiques et financiers qui s'attachent au fait d'éluider cette qualification, en cas de contrariété au droit de l'Union européenne, sont trop grands pour ne pas imposer une notification préalable à la Commission européenne.

3.14.3. Transposition de directive de l'Union européenne

Directive « Solvabilité II » – Transposition par voie d'ordonnance – Prévision d'un délai d'habilitation excédant le délai de transposition – Inconstitutionnalité – Absence

La transposition en droit interne des directives de l'Union européenne est, pour la France, une obligation au regard du droit de l'Union européenne, mais aussi de la Constitution, compte tenu de son article 88-1. À l'occasion de l'examen du projet de loi portant réforme du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles, le Conseil d'État a constaté qu'outre son objet purement assurantiel qui sera exposé infra (4.5.2.), le projet de loi comportait également une habilitation à transposer la directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, dite « Solvabilité II », laquelle refond et codifie 13 directives existantes et modifie substantiellement les règles prudentielles en matière d'assurance et de réassurance. Le Conseil d'État a estimé qu'une loi qui, en application de l'article 38 de la Constitution, habilite le Gouvernement à transposer une directive par ordonnance n'ouvre qu'une faculté et ne procède pas elle-même à cette transposition. Aussi ne méconnaît-elle, par elle-même, les exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution telles que les a interprétées le Conseil constitutionnel. En particulier, une disposition d'habilitation dont le terme est fixé au-delà de la date limite impartie aux États membres pour prendre les mesures nationales nécessaires à la mise en œuvre de la directive ne saurait être regardée comme, de ce seul fait, contraire à la Constitution, pas plus que ne pourrait l'être pour sa tardiveté une loi procédant directement à cette transposition. Dès lors, et sous réserve que des justifications suffisantes aient pu lui être présentées, comme cela a été le cas en l'espèce, le Conseil d'État a admis un tel dépassement.



3.14.4. Application des normes de l'Union européenne

Information préalable de la Commission européenne – Normes techniques – Directive n° 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques – Obligation de notification préalable à la Commission – Absence

Saisi d'un projet de décret relatif aux autorisations temporaires d'utilisation (ATU) des médicaments, qui permettent l'utilisation dans certaines conditions de médicaments non couverts par une autorisation de mise sur le marché (AMM), le Conseil d'État (section sociale) a considéré que ce projet n'avait pas à être notifié à la Commission européenne en application de la directive n° 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

D'une part, les ATU dites « nominatives », délivrées en vue de la délivrance à un patient nommément désigné, n'entrent pas dans le champ d'application de la directive.

D'autre part, en ce qui concerne les ATU dites « de cohorte », qui permettent la délivrance à plusieurs patients, l'article 10 de cette directive prévoit que l'obligation de notification à la Commission des projets de règle technique n'est pas applicable aux dispositions par lesquelles les États membres « *se conforment aux actes communautaires contraignants qui ont pour effet l'adoption de spécifications techniques ou de règles relatives aux services* ». L'article 83 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 permet aux États membres de prévoir un dispositif d'autorisation d'utilisation à titre dérogatoire de médicaments pour des groupes de personne et présente une forte similarité avec le système français. Il figure dans un règlement, norme d'application directe, et prévoit un dispositif particulier de notification à l'Agence européenne du médicament.

Au vu de tous ces éléments, le Conseil d'État a considéré que cet article qui ne laisse qu'une marge de manœuvre restreinte aux États membres, permettait au Gouvernement français de modifier substantiellement le régime des ATU de cohorte, qui constitue bien un dispositif conforme aux « actes communautaires contraignants qui ont pour effet l'adoption de spécifications techniques » sans qu'il soit tenu de notifier son projet à la Commission européenne.

Directive n° 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux – Restriction à la mise en service de dispositifs portant le marquage CE – Notification a posteriori à la Commission

Il résulte des dispositions de la directive n° 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux, et notamment de son article 4, que « *les États membres ne font pas obstacle, sur leur territoire, à la mise sur le marché et à la mise en service des dispositifs portant le marquage CE* ». Le mécanisme mis en place par les articles L. 165-11 et L. 165-12 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction résultant de l'article 37 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé,



doit s'analyser comme un tel obstacle, puisqu'il prévoit que les établissements de santé ne peuvent acheter certains dispositifs médicaux, alors même que ceux-ci seraient revêtus du marquage CE, et qu'un tel achat est susceptible de conduire à une sanction financière.

Le Conseil d'État a indiqué au Gouvernement que ces dispositions législatives, ainsi que le projet de décret examiné, qui constitue une partie de leurs dispositions d'application, doivent respecter les dispositions de la directive. Elles doivent être notifiées à la Commission européenne, au titre de l'article 22 de la directive. De plus, les mesures de restriction à la libre circulation des dispositifs médicaux, telles que la non inscription, ou l'inscription sous conditions, sur la liste prévue au I de l'article L. 165-11 du code de la sécurité sociale, qui conditionne l'autorisation d'achat par les établissements, peuvent s'analyser comme la mise en œuvre de la clause de sauvegarde prévue à l'article 8 qui doit être notifiés *a posteriori* à la Commission, laquelle peut s'y opposer si elles n'apparaissent pas proportionnées.

3.14.5. Incompatibilité entre le droit de l'Union européenne et un autre engagement international de la France – Placement de main d'oeuvre

En vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, l'article 29 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services a supprimé toute obligation de déclaration préalable à laquelle étaient soumis les opérateurs dont l'activité consistait à effectuer du placement de main d'œuvre. Le Conseil d'État a, par voie de conséquence, donné un avis favorable à l'abrogation des dispositions réglementaires du code du travail relatives à cette déclaration préalable. Mais ces dispositions entrent, pour l'exercice d'une activité de placement sur son territoire national, dans le champ de la convention de l'OIT n° 96 dite convention sur les bureaux de placement payants (1949, révisée) que la France a ratifiée en 1952, s'engageant par là même à la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative. En cas de conflit de lois internationales, comme en l'espèce entre l'article 5 de la convention OIT n° 96 et l'article 9 de la directive 2006/123/CE, il appartient au Gouvernement de tirer toutes les conséquences que prévoit, d'ailleurs, les stipulations de l'article 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « *pour éliminer les incompatibilités constatées* », et, s'il subsiste une difficulté de conciliation entre stipulations internationales, il lui appartient de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la mesure administrative qu'il édicte a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette mesure a été prise. En l'espèce, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 23 juillet 2010 que la suppression de l'obligation de cette déclaration préalable, qui doit être regardée comme une « autorisation » au sens des dispositions des articles 4 et 9 de la directive précitée, a répondu expressément à l'obligation de transposition des objectifs de ces stipulations.



En outre, la Conférence internationale du travail de l'OIT, lors de sa 81^e session en 1997, a adopté la convention n° 181 dite convention sur les agences d'emploi privées, qui révisé la convention n° 96 et, contrairement à cette dernière, a pour objectifs de permettre aux agences d'emploi privées d'opérer tout en protégeant les travailleurs recourant à leurs services. La France n'a pas encore ratifié cette convention, mais a fait part de son intention de le faire très prochainement, à l'instar de douze autres États membres de l'Union européenne.

Compte tenu de l'ensemble de ces données, le Gouvernement était tenu d'abroger les dispositions réglementaires incompatibles avec les objectifs poursuivis par la directive du 12 décembre 2006 en supprimant toute obligation de déclaration préalable à laquelle était soumis l'opérateur dont l'activité consistait à effectuer du placement de main d'œuvre.



4. Politiques publiques

Cette partie du rapport fait ressortir que le Conseil d'État non seulement vise à assurer la sécurité juridique de la mise en œuvre des politiques publiques, mais aussi qu'il se prononce sur le contenu de ces politiques, notamment au travers de la définition des conditions de leur mise en place, dans le souci de favoriser les pratiques de bonne administration.

80 avis apportent un éclairage juridique et institutionnel sur la mise en œuvre d'une vingtaine de grandes politiques publiques.

4.1. Agriculture

Organisme à vocation sanitaire – Organisations vétérinaires à vocation technique – Associations sanitaires régionales

Pris en application de la réforme du système d'épidémiosurveillance, de prévention et de lutte contre les maladies animales et végétales, un projet de décret relatif à la reconnaissance des organismes à vocation sanitaire a été soumis à l'avis du Conseil d'État (section des travaux publics). Ce projet prévoit, notamment, la constitution des conseils régionaux d'orientation de la politique sanitaire animale et végétale, l'organisation de la procédure de reconnaissance des organismes à vocation sanitaire (OVS), celles des organisations vétérinaires à vocation technique (OVVT) et des associations sanitaires régionales (ASR) qui sont des fédérations d'organismes et qui élaborent notamment un schéma régional de maîtrise des dangers sanitaires qu'elles soumettent à l'approbation des autorités de l'État. Le projet définit, en outre, les modalités de délégation des missions de surveillance et de prévention sanitaire.

Le Conseil d'État a émis un avis favorable à ce projet de décret qui, par ailleurs, modifie la structure de la partie réglementaire du code rural et de la pêche maritime (livre II du CRPM consacré à l'alimentation, la santé publique vétérinaire et la protection des végétaux) pour l'adapter aux conséquences réglementaires de la réforme.



4.2. Budget et comptabilité publique

4.2.1. Dispositions pouvant figurer en loi de finances

Majoration du plafond d'autorisation d'annulation de dettes aux États bénéficiant de l'initiative en faveur des pays pauvres très endettés – Place en loi de finances

L'un des articles du projet de loi de finances pour 2013 majore le plafond d'autorisation permettant au ministre chargé de l'économie d'accorder des annulations de dettes aux États bénéficiant de l'initiative en faveur des pays pauvres très endettés. Il s'agit d'un effort additionnel de la part de la France allant au-delà de l'effort décidé par la communauté financière internationale. Compte tenu des engagements de la France et des annulations de dettes intervenues et à prévoir d'ici fin 2013, cet article budgétaire augmente le plafond de 200 millions d'euros pour le porter de 2650 à 2850 millions d'euros. Les précédents relèvements des plafonds de remises de dettes, intervenus depuis l'entrée en vigueur de la LOLF, ont été effectués par la voie de la loi de finances qui demeure le seul vecteur possible pour ce type de mesure, consistant en une éventuelle minoration de recette budgétaire. En effet, bien que cette mesure ne puisse être rattachée précisément à l'une des rubriques de l'article 34 de la LOLF, il résulte de l'ensemble des dispositions de cet article, d'une part, et de l'article 24 de la même loi organique prévoyant le cas de figure d'un défaut de remboursement de prêts consentis par l'État, d'autre part, qu'il est pleinement justifié qu'elle prenne sa place en loi de finances.

4.2.2. Dispositions devant figurer en loi de finances

Habilitations législatives antérieures à la LOLF autorisant le pouvoir réglementaire à modifier le régime d'une garantie de l'État – Abrogation implicite par l'article 34 de la LOLF – Existence – Compétence exclusive de la loi de finances – Disjonction d'un projet de décret étendant l'objet d'une garantie

Le projet de décret relatif à certaines garanties délivrées par la Compagnie française d'assurance du commerce extérieur (COFACE) en matière aéronautique, pris sur le fondement du b) du 1° de l'article L. 432-2 du code des assurances accordant à la COFACE la garantie de l'État pour ses opérations de garantie dite « *pure et inconditionnelle* » dans le secteur aéronautique, modifie l'article R. 442-8-7 du code des assurances qui précise que cette garantie a pour objet l'exportation d'avions « *appartenant à la catégorie des gros porteurs* », en l'étendant aux « *aéronefs civils de masse maximale certifiée au décollage supérieure à 15 tonnes* ». Ce faisant, le projet de décret modifie l'objet de la garantie et, par suite, son régime au sens de

l'article 34 de la LOLF. Il résulte du texte même de la LOLF, confirmé par la teneur des travaux parlementaires, que le législateur organique a entendu donner au Parlement une vision claire de l'étendue de l'engagement financier pris au titre des garanties, en instaurant un nouveau régime juridique pour les garanties de l'État. Par suite, l'entrée en vigueur de l'article 34 de la LOLF a, implicitement mais nécessairement, abrogé les habilitations législatives antérieures inconciliables, comme en l'espèce, avec son propre contenu. Dès lors, si les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire sur le fondement d'une habilitation législative antérieure demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 34 de la LOLF, cette dernière disposition fait en revanche obstacle à la compétence du pouvoir réglementaire pour modifier, sur la base de l'habilitation législative antérieure, le régime d'une garantie de l'État, une telle modification ressortissant désormais exclusivement à la compétence de la loi de finances. L'extension de l'objet de la garantie « *pure et inconditionnelle* » ne pouvant figurer que dans un article de loi de finances, le Conseil d'État a donc disjoint le projet de décret relatif à certaines garanties délivrées par la COFACE en matière aéronautique. L'habilitation, issue de l'article 83 de la loi de finances rectificative pour 2001, est intervenue antérieurement à l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2005, de l'article 34 de la LOLF qui précise au 5° de son II que la loi de finances « *autorise l'octroi de garanties de l'État et fixe leur régime* ». Tirant les conséquences de cet avis, le Gouvernement a proposé l'instauration de cette garantie dans le projet de loi de finances pour 2013.

4.2.3. Dispositions ne pouvant figurer en loi de finances

Plafonds d'autorisation d'emplois – Autorités publiques indépendantes – Autorités administratives indépendantes (AAI) – Établissements à autonomie financière – Non

Le Conseil d'État (commission permanente) n'a pu que disjointer les trois articles du projet de loi de finances pour 2013 tendant à la fixation de plafonds d'autorisation d'emplois des opérateurs de l'État, des établissements à autonomie financière et des autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale ainsi que des autorités administratives indépendantes dont les effectifs ne sont pas inclus dans un plafond d'autorisation des emplois rémunérés par l'État, dès lors que ces propositions ne trouvent de fondement dans aucune des dispositions de l'article 34 de la LOLF relatif au contenu des lois de finances, ni dans aucun autre article de cette même loi organique.



4.2.4. Comptabilité publique

Gestion budgétaire et comptable publique – Opérateurs – Pilotage des organismes publics – Réparation de l'ordonnateur et du comptable – Contrôleur budgétaire – Contrôle et audit internes

Le Conseil d'État a été saisi de deux projets de décret relatifs à la gestion budgétaire et comptable : le premier, comprenant 240 articles, posant les nouvelles règles de fond et de procédure ; le second, constitué de près de 300 articles, devant être regardé comme essentiellement un texte de « toilettage » de différents codes ou dispositions de nature réglementaire. Le nouveau décret dit « gestion budgétaire et comptable publique (GBCP) » se substituera désormais au règlement général sur la comptabilité publique (RGCP) et il fondera l'application des règles de la gestion publique sur un critère d'appartenance à la catégorie des « administrations publiques » (APU). Cette nouvelle catégorie des APU peut inclure des personnes morales de droit privé, lorsqu'elles sont majoritairement financées par des fonds publics, notamment des contributions obligatoires ou des concours de l'État. Ce champ d'application élargi répond à l'objectif d'une gouvernance renforcée et cohérente des finances publiques, puisque c'est sur ce périmètre que sont présentés les engagements européens de la France. Toutes les administrations publiques sont concernées par les dispositions générales du décret. Celui-ci traduit l'influence croissante exercée par la comptabilité privée sur la comptabilité publique. La refonte du RGCP aura été un vaste chantier d'une durée de près de dix années, de la même façon que, en son temps, en 1962, le RGCP avait lui-même procédé à la consolidation en un seul texte de dispositions disséminées dans près de 4000 textes de nature juridique très différente au regard de la hiérarchie des normes. Toutefois, cet important travail n'a pas pour seul objet de réunir des normes comptables. En effet, les règles budgétaires et comptables rassemblées dans ce décret ont vocation à améliorer la gestion de l'État et de ses opérateurs. C'est ainsi que le décret rend obligatoire, pour l'État, une programmation des crédits et des emplois, sur deux ans au moins. De même enrichit-il le cadre budgétaire et comptable actuel des organismes publics en ajoutant à la comptabilité générale usuelle la tenue d'une comptabilité budgétaire en autorisations d'engagement, en crédits de paiement et en emplois, analogue à celle de l'État. Cette évolution a pour objet d'améliorer le pilotage de ces organismes publics qui se sont considérablement développés depuis une trentaine d'années. Enfin, l'exigence de qualité des comptes publics est étendue à l'ensemble des APU. Tout en maintenant le principe cardinal de séparation de l'ordonnateur et du comptable, garantie d'une bonne gestion et facteur de prévention des conflits d'intérêts, le nouveau décret GBCP organise leur coopération aux fins de parvenir à une gestion plus efficace. Il confirme, en le modernisant, le rôle du contrôleur budgétaire. Enfin, et c'est là la marque de la nouvelle gestion de l'administration publique, il généralise l'obligation de mise en œuvre de dispositifs de contrôle et d'audit internes.



4.3. Communication

Avis – Téléphonie mobile – Communications électroniques – Obligations d'intérêt général imposées aux opérateurs – Conditions de constitutionnalité

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'une demande d'avis par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, relative à la possibilité d'imposer aux opérateurs de téléphonie mobile le financement de l'acheminement de communications des pouvoirs publics destinées au public pour l'avertir de dangers imminents et atténuer les effets de catastrophes majeures, ainsi que des investissements correspondants.

Le Conseil d'État a estimé que, si l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) dispose que « *l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect de règles portant sur (...) f) bis L'acheminement des communications des pouvoirs publics destinés au public pour l'avertir des dangers imminents ou atténuer les effets des catastrophes majeures* », cette seule mention ne saurait suffire pour permettre à l'État de laisser intégralement, et quel qu'en soit le montant, la charge financière de cet acheminement aux opérateurs. En effet, les différentes obligations aujourd'hui imposées aux opérateurs par le titre I^{er} du livre II du CPCE font l'objet de régimes variés de compensation financière selon la nature des règles en cause. Eu égard à l'économie générale des dispositions dans lesquelles il s'insère, le f) bis de l'article L. 33-1, issu de l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011, ne peut être lu que comme ayant entendu soumettre cette prestation à une juste rémunération des opérateurs.

Le Conseil d'État en a déduit que Gouvernement devrait donc modifier la rédaction du f) bis du I l'article L. 33-1 du CPCE pour y prévoir le caractère gratuit de l'acheminement des communications de sécurité civile. Il a examiné la constitutionnalité et la conventionnalité d'une telle disposition.

Sur le plan constitutionnel, une catégorie de personnes peut être mise à contribution dans un but d'intérêt général, à condition que cette contribution soit définie de façon précise et non arbitraire et que la charge en résultant pour elles ne soit pas disproportionnée. Au regard de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'obligation imposée aux opérateurs de se doter d'un dispositif du type *Cell broadcast* et d'acheminer gratuitement des messages de sécurité civile appelle les observations suivantes.

En premier lieu, le législateur, en considérant que l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public inclut des prescriptions exigées par l'ordre public et la sécurité publique ainsi que l'acheminement des appels d'urgence et des communications destinées à avertir le public des dangers imminents, poursuit des fins d'intérêt général justifiant la mise à contribution des opérateurs (cf. CC, décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000).



En deuxième lieu, la définition des caractéristiques de l'équipement, d'une part, l'évaluation des volumes et des fréquences des messages d'alerte, d'autre part, qui pourraient l'une et l'autre être déterminées dans un cahier des charges, apporteraient les précisions nécessaires pour regarder la contribution pesant sur les opérateurs comme énoncée de façon non arbitraire et reposant sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts poursuivis.

En troisième lieu, cette obligation, même honorée à titre gratuit, en l'état des données fournies par le Gouvernement quant aux volumes et aux coûts d'exploitation, ne serait pas regardée du point de vue des charges de fonctionnement, comme disproportionnée par rapport aux capacités contributives des opérateurs.

En quatrième lieu, s'agissant de l'équipement, en revanche, la recherche de la sécurité juridique incite à prévoir une participation de l'État aux frais d'investissement, surtout si le type de technologie utilisé est unilatéralement imposé à chaque opérateur et ne présente pas d'intérêt commercial accessoire pour celui-ci.

Sur le plan conventionnel, ni les directives dites du « paquet télécom » (directives 2002/20/CE et 2002/22/CE du 7 mars 2002 modifiées), ni les autres règles résultant du droit de l'Union européenne ou des engagements internationaux de la France ne s'opposent à ce qu'une telle obligation soit imposée aux opérateurs de télécommunications.

Le Conseil d'État a donc conclu que le législateur devrait prévoir une participation de l'État à l'investissement occasionné par l'adoption par les opérateurs de téléphonie mobile de la technologie *Cell broadcast* et que la clé de répartition de cette participation pourrait être définie par voie conventionnelle.



4.4. Concurrence et consommation

Étiquetage des denrées alimentaires – Mention « sans OGM » – Erreur manifeste d'appréciation – Absence – Conformité au droit de l'Union européenne

Le Conseil d'État (section des finances) a examiné un projet de décret relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires issues des filières qualifiées « *sans organismes génétiquement modifiés* » (ci-après OGM). Fondé sur l'article L. 214-1 du code de la consommation, il pour objet de permettre aux producteurs de denrées alimentaires issues de filières qualifiées « *sans organismes génétiquement modifiés* » d'apposer, à titre facultatif, des mentions particulières d'étiquetage faisant ressortir l'absence d'OGM dans la composition d'une denrée alimentaire, selon les conditions qu'il énonce et les différents contrôles qu'il prévoit. Les deux principales questions posées étaient, d'une part, celle de la cohérence du projet et, d'autre part, celle de sa conformité au droit de l'Union européenne.

S'agissant de la cohérence du projet, la section a concentré son examen sur la crédibilité du seuil de 0,1% d'OGM (à condition que cette présence soit fortuite et techniquement inévitable) et sur celle du rayon de 3 km autour de l'emplacement des ruches pour la production de miel sans OGM (cette distance est celle jugée raisonnable pour éviter que les abeilles qui butineraient dans des champs de cultures OGM à proximité des ruches, ne contribuent à fabriquer un miel comprenant des OGM). Se fondant sur différents avis du Haut Conseil de biotechnologie ainsi que de l'Agence nationale chargée de la sécurité alimentaire, de l'alimentation, de l'environnement et du travail, la section a considéré que ces données quantifiées n'étaient pas entachées d'une erreur manifeste d'appréciation.

Sur la conformité du projet au droit de l'Union européenne, le Conseil d'État a modifié un article qui comportait une ambiguïté, d'ailleurs relevée par la Commission européenne dans ses observations en réponse à la notification du projet en application de la directive 98/34 du 22 juin 1998 modifiée prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes techniques. En effet, sa rédaction pouvait laisser penser qu'il constituait « *une mesure d'effet équivalant à une restriction aux importations* » prohibée par l'article 34 TFUE, en tant que les produits légalement fabriqués ou commercialisés dans un autre État membre, dans un État partie de l'Espace Économique Européen ou en Turquie portant la mention « sans OGM », selon la législation de l'État en cause, ne seraient pas autorisés à être commercialisés en France. En reprenant la jurisprudence dite *Cassis de Dijon* - CJCE 20 février 1979, 120/78 et en rappelant que « *Les produits légalement fabriqués ou commercialisés dans un autre État membre de l'Union européenne ou en Turquie, ou légalement fabriqués dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ne sont pas soumis aux exigences du présent décret* », la section des finances s'est attachée à éviter tout risque d'inconventionnalité.



4.5. Crédit, monnaie, services financiers

4.5.1. Banque

Banque publique d'investissement – Cohérence du projet – Conformité au droit de l'Union européenne – Caractère approprié du mode de gouvernance

Outre le projet de loi portant réforme bancaire et financière exposé ci-dessus en 2.1.2.3., le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi relatif à la création de la banque publique d'investissement (ci-après BPI). La constitution du groupe public de financement et d'investissement BPI est, selon l'exposé des motifs du projet de loi, une « *plateforme de l'expansion des entreprises, en particulier des très petites entreprises (TPE) des petites et moyennes entreprises (PME) et des entreprises de taille intermédiaire (ETI), dont l'économie française a aujourd'hui besoin* ». Le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a fondé sa réflexion sur les trois interrogations suivantes : pourquoi procéder par la loi alors que ce projet n'a pour objet que de réorganiser des groupes publics ou fortement contrôlés par l'État ? Les dispositions dérogatoires au code de commerce qui définissent la composition du conseil d'administration de la SA BPI-Groupe et donnent à l'État un droit de veto sur certaines décisions, sont-elles de nature à porter atteinte à la liberté de circulation des capitaux, prévue à l'article 63 TFUE, tel qu'interprété par la jurisprudence de la CJUE sur les « *golden shares* » ? Enfin, le mode de gouvernance choisi est-il cohérent ?

Pour répondre à la première question, il a été considéré qu'il avait fallu une loi pour modifier l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 instituant l'établissement public et la société anonyme Oséo et qu'il faut à nouveau une loi pour modifier substantiellement le régime de cette catégorie d'établissement public. En tout état de cause, une loi est requise pour confier à une société anonyme (le FSI) des missions d'intérêt général.

Sur la deuxième question, il n'existe pas de contrariété avec le droit de l'Union, du type de celle censurée par la CJUE dans son arrêt du 10 novembre 2011 *Commission contre Portugal C-212/09* (« *golden shares* » détenues par l'État au sein de « *Galp Energia* »), dès lors que la BPI constitue un groupe public et qu'il n'existe aucun actionariat privé, à l'exception de 10% du capital de l'ancienne société anonyme OSEO ayant vocation à être transformée en filiale « *financement du groupe BPI-Groupe* ».

Sur la troisième question, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de préciser les dispositions figurant à l'article 4 du projet, qui sont relatives aux comités régionaux d'orientation institués par dérogation au code de commerce au sein de la société anonyme BPI-Groupe, aux fins d'indiquer les proportions respectives des trois catégories de membres qui les composent (représentants de l'État, représentants de la région et personnalités choisies en raison de leur compétence). Le Conseil d'État a complété le texte qu'il a adopté,



en prévoyant que le nombre de membres nommés au titre de chacune de ces trois catégories ne pourrait excéder la moitié, ni être inférieur au quart du nombre de membres du comité.

En outre, il a souligné l'intérêt, en raison de l'importance des missions et du rôle dévolu à l'établissement public BPI-Groupe et à la société anonyme BPI-Groupe, et alors que le projet de loi prévoit la nomination par décret tant du directeur général de cette société que du président de l'établissement public, de faire figurer l'un ou l'autre de ces deux emplois sur la liste fixée par la loi organique prise en application du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, cette loi déterminant les emplois ou fonctions pour lesquels le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée parlementaire.

4.5.2. Assurance

Réserve de capitalisation des entreprises d'assurance – Taxe exceptionnelle – Contribution complémentaire sur assiette identique – Conformité à la Constitution – Conditions

L'article 23 de la loi de finances initiale pour 2011 avait déjà mis à la charge des entreprises d'assurance une taxe exceptionnelle sur le montant de leur réserve de capitalisation, apprécié à l'ouverture de l'exercice en cours à la date de promulgation de cette loi, le 29 décembre 2010. Un article du projet de loi de finances pour 2013 avait pour objet d'instituer une contribution complémentaire à cette taxe, sur une assiette strictement identique à celle de la taxe exceptionnelle instituée par la loi de finances pour 2011. Le Conseil d'État, s'appuyant notamment sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-654 DC du 9 août 2012, a estimé que la nouvelle contribution ne pouvait être assise sur le montant de la réserve de capitalisation des entreprises d'assurance constaté en 2010 sans tenir compte d'une éventuelle diminution de la réserve entre cette date et celle du fait générateur de la nouvelle contribution. Dans le cas contraire, l'imposition revêtirait un caractère rétroactif non justifié par un motif d'intérêt général autre que budgétaire. La contribution complémentaire serait dès lors susceptible, d'une part, d'affecter une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, d'introduire une rupture d'égalité devant les charges publiques entre les différents contribuables, selon que le montant de leur réserve aurait ou non évolué depuis 2010. En conséquence, le Conseil d'État a donné à cet article un avis favorable, sous réserve que l'assiette de la contribution complémentaire, déterminée par référence à la réserve de capitalisation constituée en 2010, soit réduite au montant de cette réserve existant à la date de l'ouverture de l'exercice en cours à la date de publication de la loi de finances pour 2013, si celui-ci est inférieur au montant de la réserve constaté en 2010.



Réforme du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles – Caisse centrale de réassurance – Garantie de l'État – Aide d'État – Absence

L'économie générale du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles, issu d'une loi du 13 juillet 1982, repose sur l'inclusion obligatoire d'une garantie particulière et non plafonnée. Celle-ci est couverte par une « surprime » dont la tarification est réglementée dans les contrats d'assurance de dommages aux biens. Cette garantie joue pour les dommages matériels directs non assurables, hors risques agricoles ayant eu pour cause déterminante « *l'intensité anormale d'un agent naturel* » (inondations, sécheresse, séismes...). Les assureurs peuvent réassurer cette extension d'assurance auprès de la Caisse centrale de réassurance, laquelle bénéficie, à ce titre, de la garantie de l'État.

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi portant réforme de ce régime d'indemnisation des catastrophes naturelles qui en précise le champ d'application et les conditions de mise en œuvre. Il rend ainsi possible, dans certaines limites, une modulation de la surprime en fonction de l'exposition aux risques de l'assuré. Il restreint l'indemnisation des dommages causés aux bâtiments par la sécheresse (« subsidence »), à ceux qui compromettent la solidité du bâtiment ou le rendent impropre à sa destination et exclut du régime des catastrophes naturelles ces mêmes dommages pour les constructions nouvelles, lesquels relèveront désormais de la responsabilité décennale des constructeurs. Enfin, il prévoit la déchéance des droits de l'assuré si le bien assuré a été construit dans une zone inconstructible d'un plan de prévention des risques naturels prévisibles, postérieurement à l'édiction de ce plan et sans permis de construire.

Parmi les questions de droit posées par ce projet de loi, deux méritent plus particulièrement d'être soulignées. Le législateur a-t-il épuisé sa compétence ? La garantie de l'État à la Caisse centrale de réassurance est-elle une aide de l'État au regard du droit de l'Union européenne ?

Sur le premier point, les articles L. 125-1 et suivants du code des assurances prévoient que les contrats d'assurance de dommages d'incendie et autres dommages aux biens incluent la garantie des dommages causés par les effets des catastrophes naturelles et précisent les cas et conditions de déclenchement de l'indemnisation à ce titre. Cette extension obligatoire de garantie reste toutefois un élément du contrat de droit privé passé entre l'assureur et l'assuré sur un marché concurrentiel dans lequel les prix ne sont en principe pas réglementés, de sorte que si le législateur peut, pour des raisons d'intérêt général, prévoir également des règles relatives à la tarification de la prime d'assurance additionnelle correspondante, il n'est pas tenu de le faire. Le Conseil d'État a considéré, au vu de l'article L. 125-2 du code des assurances, que la réforme proposée, avait pour but de permettre aux assureurs de tenir compte, dans une certaine mesure, des effets des catastrophes naturelles auxquels sont exposés les assurés et des dispositions qu'ils ont prises ou peuvent prendre pour les prévenir ou les limiter. La réforme proposée avait pour objet de prévoir que le taux de la cotisation additionnelle pourrait désormais varier entre un minimum et un maximum fixés par décret en Conseil d'État. Il a estimé que le législateur peut, sans méconnaître sa propre compétence, ne pas préciser les conditions et critères



selon lesquels ce taux sera déterminé pour chaque contrat et renvoyer ainsi cette précision à la relation commerciale entre assureurs et assurés.

Sur le second point, la Caisse centrale de réassurance bénéficie de la garantie de l'État pour ses opérations de réassurance des engagements des assureurs au titre de l'extension « catastrophes naturelles » que doivent obligatoirement comporter les contrats d'assurance de dommages aux biens, notamment les contrats multirisques habitation. Il y avait lieu, par suite, d'examiner si une telle garantie était constitutive d'une aide d'État, au sens que lui donne l'Union européenne. Le Conseil d'État a estimé qu'un projet de loi qui, sans toucher aux conditions dans lesquelles la CCR intervient dans le dispositif, modifie les dispositions du code des assurances définissant le périmètre et les conditions de déclenchement de cette extension des contrats d'assurance ainsi que les règles de tarification qui lui sont propres ne s'analyse pas comme une modification du régime de la garantie accordée par l'État à cette société. Dès lors, et sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur le point de savoir si cette garantie est constitutive d'une aide d'État au sens des articles 107 et 108 TFUE, il a été considéré que cette réforme n'avait pas à être notifiée à la Commission européenne.

4.6. Cultes

Conformité aux statuts – Types des associations diocésaines – Absence

L'examen des affaires liées aux congrégations religieuses a conduit le Conseil d'État (section de l'intérieur) à préciser la notion d'association diocésaine.

Les associations diocésaines, dont les statuts types font l'objet de l'échange de lettres de 1923 et 1924 entre le Président Poincaré et le Nonce Mgr Ceretti, échange de lettres qui constitue un accord international, correspondent, pour l'église catholique, aux associations régies par les articles 18 et 19 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

En conséquence, une association ne peut bénéficier des biens d'une congrégation catholique dissoute qu'à la condition que ses statuts satisfassent aux statuts types des associations diocésaines. En l'espèce la dévolution des biens de la congrégation de la communauté S., après abrogation de ses titres d'existence légale, à l'association de la communauté S., dont les statuts ne correspondent pas à ceux des associations diocésaines, n'a pu recueillir l'avis favorable du Conseil d'État. Elle pourrait faire l'objet d'une appréciation différente si, à l'avenir, le cadre juridique actuellement imparti aux associations diocésaines évoluait en vue de répondre à de nouveaux besoins de l'Église catholique. Un échange de lettres entre le Saint Siège et le Gouvernement français a déjà permis, par le passé, de rendre possibles de telles évolutions.



4.7.1. Organisation de la défense

Conseils supérieurs

Le Conseil d'État (section de l'administration) a donné un avis favorable à un projet de décret modifiant le code de la défense et visant à rationaliser l'organisation du « Conseil supérieur interarmées », des « conseils supérieurs d'armée », (terre, marine et air) et des « conseils supérieurs des formations rattachées ».

Ces modifications ont été rendues nécessaires par la nouvelle organisation du ministère de la défense et les nouvelles attributions établies par le décret n° 2009-869 du 15 juillet 2009, relatif aux attributions du ministre de la défense, chef d'état-major des armées et des chefs d'état-major de l'armée de terre, de la marine et de l'armée de l'air. Parmi ces modifications, il s'agit notamment de la création du service d'infrastructure de la défense (SID) et du service du commissariat des armées (SCA), services qui se sont ajoutés aux « formations rattachées » existantes du ministère de la défense : service de santé des armées (SSA), service des essences des armées (SEA) notamment et direction générale de l'armement (DGA).

4.7.2. Services de guerre

Décoration – Notion de service de guerre – Croix de Guerre

En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 30 avril 1921 la Croix de guerre des théâtres d'opérations extérieurs est destinée à commémorer les citations individuelles obtenues aux divers échelons des armées, au cours des opérations exécutées depuis le 11 novembre 1918 pour « *services de guerre caractérisés directement liés à l'expédition.* »

La Croix de guerre TOE s'inscrit dans la tradition militaire de la France et la notion de « services de guerre » qui la fonde n'a jamais été circonscrite à la notion de « guerre déclarée » dans les formes constitutionnelles.

Le Conseil d'État (section de l'administration) a examiné un projet de décret modifiant la loi du 30 avril 1921 instituant une Croix de guerre spéciale au titre des théâtres extérieurs d'opérations afin de permettre au ministre de la défense de déléguer au chef d'état-major des armées la compétence de décerner cette décoration à un niveau inférieur à celui de l'armée et de préciser les règles de forclusion des demandes d'attribution de la croix de guerre des théâtres extérieurs d'opérations passés, présents et à venir.



Le Conseil d'État a admis la compétence du pouvoir réglementaire dans la mesure où le régime juridique de la croix de guerre TOE défini par la loi du 30 avril 1921 n'affecte pas une matière législative relevant de l'article 34 de la Constitution.

Sur le fond, le projet de décret a pris acte de la révision constitutionnelle de 2008 qui fixe le régime des « interventions des forces armées à l'étranger », en actualisant la terminologie de la loi de 1921 (« intervention à l'étranger » au lieu d'« expédition ») et renvoyé à un décret le soin de fixer les zones et les périodes ouvrant droit à l'attribution de croix « *lorsque la nature des opérations le justifie* ».

4.7.3. Statut des militaires

Reconversion des militaires – Cumul d'activités – Devoir d'information

Le Conseil d'État (section de l'administration) a donné un avis favorable à un projet de décret pris pour l'application de la loi n° 2011-14 du 5 janvier 2011 relative à la reconversion des militaires et fixant le cadre réglementaire des nouvelles mesures relatives à la reconversion des militaires.

Entrent dans le champ du décret, les militaires réunissant les conditions pour bénéficier d'un congé de reconversion, d'un congé pour création ou reprise d'entreprise ou pouvant être autorisés à cumuler des activités accessoires à leur activité principale, mesures prévues par l'article L. 4138-2 modifié par la loi du 5 janvier 2011 et par les articles L. 4139-5-1 et L. 4139-6-1 du code de la défense, créés par la même loi.

Le décret définit les modalités de rémunération du congé de reconversion en cas d'exercice d'une activité rémunérée et de prise en compte de certaines positions statutaires ou activités opérationnelles s'agissant de la période de deux années pendant laquelle des fractions de congé de reconversion peuvent être effectuées, ainsi que les modalités d'accès au congé pour création ou reprise d'entreprise et les conditions de rémunération.

S'agissant du cumul d'activités, le projet étend les activités susceptibles d'être autorisées, à la vente de biens fabriqués par le militaire et renforce le devoir d'information du militaire vis-à-vis du commandement.

4.7.4. Justice militaire

Justice militaire – Police judiciaire militaire – Conditions d'exercice sur le territoire national

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret prévoyant, notamment, la création d'une nouvelle unité de police judiciaire de la gendarmerie nationale, dénommée « brigade de recherches prévôtales » et se proposant d'ajouter la mention de cette unité à la liste, figurant à l'article R. 15-22 du code de procédure pénale, énumérant certains services ou unités de la gendarmerie nationale disposant d'une compétence



de police judiciaire sur l'ensemble du territoire national, le Conseil d'État (section de l'administration) a rappelé l'interprétation à donner à l'article L. 411-1 du code de justice militaire. Selon les termes de cet article: « *Des prévôtés constituées par la gendarmerie sont établies aux armées : / 1° En temps de guerre, sur le territoire de la République ; / 2° En tous temps, lorsque de grandes unités, formations ou détachement des armées stationnent ou opèrent hors du territoire de la République. / Le ministre de la défense fixe l'organisation des prévôtés et leurs conditions d'établissement.* »

Ces dispositions ont toujours été interprétées comme ne prévoyant, en temps de paix, l'existence de prévôtés qu'en dehors du territoire national, sur les théâtres de stationnement ou d'opérations des forces armées, et comme n'attribuant une compétence de police judiciaire militaire aux prévôtés que sur le théâtre où chacune d'elles est établie.

La « brigade de recherches prévôtales » envisagée par le projet et destinée à exercer, sur le territoire national, des missions de police judiciaire militaire et, notamment, à réaliser des enquêtes rendues nécessaires par des enquêtes initiées par des prévôtés, devra, pour demeurer conforme aux dispositions législatives sus-analysées, satisfaire à deux conditions :

En premier lieu, la compétence territoriale de la nouvelle unité, laquelle n'aura pas le caractère d'une prévôté, devra s'entendre comme limitée au seul territoire national. Ceci exclut que cette unité puisse, en tant qu'unité de police judiciaire, être déplacée, totalement ou partiellement, en dehors du territoire national sur un théâtre de stationnement ou d'opérations. En revanche, rien ne fait obstacle à ce que, comme l'envisage le Gouvernement, certains des membres de la nouvelle brigade soient affectés temporairement dans une prévôté, en raison de l'importance ou de la nature des affaires traitées par cette dernière.

En second lieu, la « brigade de recherches prévôtales », nouvelle unité de police judiciaire de la gendarmerie nationale, spécialisée dans des missions induites par des affaires suivies par les prévôtés, ne relèvera pas, s'agissant de la procédure judiciaire, du commandement de la gendarmerie prévôtale établi sur le territoire national. C'est dire que, pour les affaires qui la concernent, limitées, comme il a été dit ci-dessus, au seul territoire national, elle devra faire l'objet d'une saisine directe par l'autorité judiciaire.



4.8. Énergie

Tarif de première nécessité de l'électricité – Réserve à EDF et aux distributeurs non nationalisés – Compatibilité avec le droit de l'Union européenne

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret automatisant la procédure d'attribution du tarif de première nécessité et du tarif spécial de solidarité et modifiant le décret n° 2004-325 du 8 avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité et le décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité.

À l'occasion de l'examen de ce projet, qui a pour seul objet l'automatisation de la procédure d'attribution des droits au tarif de première nécessité de l'électricité et au tarif spécial de solidarité pour la fourniture du gaz, le Conseil d'État (section des travaux publics) a relevé, comme l'avaient fait, dans leurs avis, l'Autorité de la concurrence et la Commission de régulation de l'énergie, que les dispositions de l'article L. 121-5 du code de l'énergie, qui réservent à Électricité de France ainsi que, dans leur zone de desserte, aux entreprises locales de distribution chargées de la fourniture, la mise en œuvre de la tarification spéciale dite « produit de première nécessité » mentionnée à l'article L. 337-3 du même code, instituent un dispositif qui, d'une part, est susceptible de nuire au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché de l'électricité et d'autre part, pourrait ne pas être compatible avec les dispositions de la directive 2009/72/CE du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009. De plus, il oblige le bénéficiaire potentiel de la tarification spéciale, dans le cas où son fournisseur n'est pas habilité à délivrer l'électricité à cette tarification, à changer de fournisseur pour bénéficier de celle-ci. Ce dispositif entre donc en contradiction avec l'objectif visé par le projet de décret qui consiste, par l'automatisation, à faciliter et à simplifier l'obtention du tarif spécial par les consommateurs en situation de précarité énergétique.

Le Conseil d'État a estimé que le Gouvernement devrait apporter les modifications aux dispositions en cause de l'article L. 121-5 du code de l'énergie pour échapper à ces critiques.

Bonus-malus pour les consommateurs domestiques d'énergies dites de réseau – Nature juridique – Conformité au principe d'égalité

Le Conseil d'État a été saisi par la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, d'une demande d'avis concernant la possibilité de mettre en place par voie législative un dispositif mettant à la charge de chaque consommateur domestique d'une énergie dite « de réseau » (électricité, gaz naturel ou chaleur) un malus prenant la forme d'une hausse du tarif unitaire facturé par le fournisseur d'énergie si sa consommation dépasse une quantité d'énergie appelée « volume de base » et le faisant bénéficier dans la limite de ce volume d'un bonus prenant la forme d'une réduction de ce tarif.



Le dispositif envisagé par le Gouvernement, qui a fait l'objet de la demande d'avis, présente les principales caractéristiques suivantes.

- Le but affiché est d'inciter les consommateurs domestiques à réduire leurs consommations d'énergies dites « de réseau » (électricité, gaz et chaleur) et seulement celles-ci.

- Un « volume de base » serait attribué à chaque site de consommation pour chacune de ces énergies, supposé correspondre aux besoins des occupants du ou des logements desservis par ce site. Il serait déterminé en fonction des conditions climatiques, du lieu d'implantation du site, de son mode principal de chauffage et du nombre de ses occupants habituels, tels que déclarés par l'abonné. La loi définirait le volume de base par référence au premier quartile de la consommation de l'énergie considérée, par unité de consommation, et préciserait les coefficients multiplicateurs appliqués en fonction du nombre de personnes résidant habituellement au lieu desservi ainsi que la fourchette des coefficients multiplicateurs appliqués en fonction de la zone climatique. Le deuxième occupant compterait pour 50 % d'une unité de consommation et chacun des suivants pour 30 %, cette part étant divisée par deux pour les enfants en garde alternée.

- L'assiette du bonus pour une énergie donnée serait la consommation de celle-ci dans la limite du volume de base. Celle du malus serait l'excédent de cette consommation sur ce volume. L'apparition du malus ne faisant pas disparaître le bonus, la pénalisation par un malus « net » ne commencerait que lorsque la valeur du malus « brut » dépasserait celle du bonus.

Le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de rédiger un texte qui respecte l'exigence d'intelligibilité de la loi et de veiller à ce que les charges que pourraient entraîner, pour les administrations et les juridictions, les risques de contestation et le coût de gestion du dispositif ne soient pas hors de proportion avec l'objectif poursuivi.

S'agissant de la nature juridique du dispositif, il a estimé qu'il ne s'agissait ni d'un ensemble d'obligations tarifaires faites aux fournisseurs, à la différence du « bonus-malus » en matière d'assurance, ni d'un système de péréquation entre consommateurs. De même que le « bonus-malus écologique » institué par l'article 67 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007, le bonus-malus énergie envisagé doit être analysé comme un dispositif double instituant d'une part, un impôt dissuasif et d'autre part, une aide, le premier finançant la seconde tout en poursuivant un objectif de lutte contre les surconsommations d'énergie.

Une des questions posées par la demande d'avis était de savoir si le dispositif envisagé pourrait, sans méconnaître aucune exigence constitutionnelle, ne s'appliquer qu'aux logements ayant, selon des critères à définir, le caractère de résidence principale ou habituelle. Le Conseil d'État a considéré qu'aucun intérêt général ne justifiait d'exempter certains sites de consommation de la taxation des surconsommations d'énergie au motif du caractère réputé occasionnel de l'occupation des logements qu'ils desservent, et que le malus ne pouvait donc que s'appliquer à tous les sites, qu'ils correspondent à des résidences habituelles ou à des résidences occasionnelles. En revanche, l'octroi d'une aide aux occupants des résidences non principales ou habituelles serait de nature à apporter un avantage injustifié aux foyers qui ont la



possibilité de répartir leurs consommations entre plusieurs résidences. Elle pourrait même dans certains cas permettre à un foyer de bénéficier de plusieurs bonus là où, pour une consommation totale identique, un autre foyer se verrait infliger un malus. Le bonus ne devrait donc être rendu possible que pour les résidences principales ou habituelles.

Dans la mesure où il ne peut être procédé de façon pertinente à des comparaisons fines relatives aux consommations totales toutes résidences confondues, le Conseil d'État a cependant admis que, sous les réserves qui précèdent, le dispositif puisse être appliqué avant la mise en place de « compteurs électriques intelligents » permettant de neutraliser les périodes d'inoccupation totale des logements et d'éviter des situations telles que, par exemple, celle dans laquelle un foyer, possédant une résidence secondaire, aurait une consommation totale supérieure à celle d'un autre qui n'en posséderait pas, tout en bénéficiant d'un bonus cependant que cet autre se verrait infliger un malus.

En revanche, s'agissant de la prise en compte, pour la répartition du malus, de la situation particulière des logements situés dans des immeubles pourvus de chauffages collectifs, le Conseil d'État a estimé que le respect du principe d'égalité supposerait tout au moins la mise en place effective des procédés d'appréciation des consommations individuelles que prévoit l'article L. 241-9 du code de l'énergie et dont le décret n° 2012-545 du 23 avril 2012 pris pour l'application de ce dernier impose, sauf en cas d'impossibilité technique, la réalisation au plus tard le 31 mars 2017. Seule la mise en place de ces procédés permettrait d'éviter qu'une résidence où l'on consomme peu fasse l'objet d'un malus parce située dans un immeuble où beaucoup d'énergie serait par ailleurs consommée.



4.9. Environnement

4.9.1. Charte de l'environnement

Article 7 de la Charte de l'environnement – Champ d'application – Installations classées

Saisi d'un projet de décret modifiant la nomenclature des installations classées, le Conseil d'État (section des travaux publics) a estimé qu'un tel décret constitue une décision ayant une incidence directe et significative sur l'environnement au sens des dispositions de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, prises pour l'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Il a, par suite, rajouté la mention de cet article dans les visas du projet de décret, auquel il a pu donner un avis favorable dès lors que le Gouvernement, bien qu'il ait estimé ne pas y être tenu, avait en fait respecté une procédure permettant la participation du public identique à celle prescrite par le II de l'article L. 120-1 précité.

Article 7 de la Charte de l'environnement – Champ d'application – Répartition des compétences entre la loi et le règlement – Incompétence du pouvoir réglementaire

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret portant application des articles L. 125-6 et L. 125-7 du code de l'environnement destiné à s'insérer dans le chapitre V du titre II du livre premier du code de l'environnement (partie réglementaire) consacré à l'information et à la participation des citoyens. L'article L. 125-6 impose à l'État de « *rendre publiques les informations dont il dispose sur les risques de pollution des sols* ». Il précise que « *ces informations sont prises en compte dans les documents d'urbanisme lors de leur élaboration et de leur révision* ».

Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions prévoyant la diffusion d'informations par l'État entrent dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement consacrant le droit de toute personne, « dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques », et qu'il appartient donc au seul législateur de définir les conditions et limites de l'accès du public à ces informations.

Au nombre de ces conditions et limites relevant du législateur figurent, notamment, la nature des risques de pollution et les catégories de terrains sur lesquels pèse l'obligation de publication de l'État ainsi que la nature des informations à rendre publiques. Les dispositions de l'article L. 125-6 ni aucune autre disposition législative ne définissant ces éléments et ceux-ci ne résultant d'aucun document dont l'élaboration est prévue par la loi, le Conseil d'État a estimé que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour les définir et constaté dès lors l'impossibilité d'adopter les dispositions d'application retenues par le Gouvernement.



Article 7 de la Charte de l'environnement – Procédure d'information et de participation du public – introduction de macro-organismes non indigènes utiles aux végétaux

Saisi d'un projet de décret relatif aux conditions d'autorisation d'entrée sur le territoire et d'introduction dans l'environnement de macro-organismes non indigènes utiles aux végétaux, notamment dans le cadre de la lutte biologique, le Conseil d'État (section des travaux publics) a constaté que ce projet est pris pour l'application de l'article L. 258-1 du code rural et de la pêche maritime qui institue des autorisations pouvant être analysées comme des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Le Conseil d'État a relevé que la délivrance de ces autorisations n'est assortie d'aucune disposition mettant en œuvre les principes d'information et de participation du public, en méconnaissance des exigences constitutionnelles posées par l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Toutefois, dès lors que ce projet de décret ne comporte aucune disposition liée à cette inconstitutionnalité, ce qu'en tout état de cause, il ne pourrait légalement faire, sauf à être entaché d'incompétence et, dès lors que l'inconstitutionnalité dont est entachée la loi n'empêche pas l'autorité administrative de mettre en œuvre des procédures d'information et de participation du public préalables à ces décisions d'autorisation afin que les dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement ne soient pas méconnues, le Conseil d'État a considéré qu'il pouvait procéder à l'examen au fond de ce projet de décret. Ce dernier, en effet, dispose à la date de son examen d'une base légale qui ne pourra qu'ultérieurement faire l'objet d'une éventuelle abrogation.

Le Conseil d'État a demandé en conséquence au Gouvernement de proposer au Parlement de compléter les dispositions de l'article L. 258-1 du code rural et de la pêche maritime afin de mettre en œuvre les principes d'information et de participation du public tant en ce qui concerne les décisions d'autorisation d'entrée sur le territoire que celles d'introduction dans l'environnement de macro-organismes non indigènes utiles aux végétaux.

4.9.2. Évaluation environnementale

Évaluation environnementale – Autorité compétente

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi de deux projets de décrets, l'un relatif à l'évaluation de certains plans et programmes ayant une incidence sur l'environnement, l'autre relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme, pris pour l'application des articles de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II.

Il s'agit, dans les deux cas, d'assurer une pleine transposition de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement. Le dispositif mis en place pour garantir la soumission à évaluation environnementale de tous les documents susceptibles d'avoir un impact sur l'environnement est identique pour



les deux catégories d'actes et repose sur la distinction entre les documents systématiquement soumis à évaluation environnementale et ceux qui ne le sont qu'après un examen au cas par cas par une autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement. À l'occasion de l'examen de ces deux projets, le Conseil d'État (section des travaux publics) a rappelé que la même autorité administrative ne pouvait être à la fois l'auteur ou le co-auteur du plan ou programme et l'autorité compétente pour se prononcer sur l'évaluation environnementale de ce plan ou programme, que ce soit pour décider de sa soumission à une évaluation environnementale ou pour se prononcer sur le rapport environnemental.

4.9.3. Installations classées pour la protection de l'environnement

Installations classées pour la protection de l'environnement – Garanties financières en vue de la mise en sécurité

Saisi d'un projet de décret relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, le Conseil d'État (section des travaux publics) a relevé que le projet modifie l'article R. 561-2 du code monétaire et financier de manière à autoriser que les garanties financières puissent désormais résulter non plus seulement de l'engagement de tiers, mais aussi d'une consignation entre les mains de la Caisse des dépôts et consignations. Le projet de décret incite en outre à ce que les garanties financières résultent de la consignation dont il s'agit plutôt que des autres modalités autorisées, en portant dans ce seul cas à dix ans le délai accordé pour la mise en conformité des installations existantes à leurs obligations de garanties financières alors que ce délai est fixé à six ans dans tous les autres cas. Or, en cas de liquidation judiciaire, l'affectation particulière des sommes consignées ne prive pas les créanciers privilégiés de leur droit d'être payés par préférence sur ces sommes. Le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur le fait que seules des dispositions législatives pourraient conduire à une affectation incontestable des sommes ainsi consignées à la mise en sécurité des installations après la cessation de leur activité.

4.9.4. Eau et milieux aquatiques et marins

Documents stratégiques de façade – Précision insuffisante d'un décret – Subdélégation illégale

Saisi d'un projet de décret relatif à la stratégie nationale pour la mer et le littoral et aux documents stratégiques de façade, le Conseil d'État (section des travaux publics) a disjoint l'article du projet dressant, en application de l'article L. 219-5 du code de l'environnement, la liste des plans, programmes, schémas autorisations et actes auxquels le document stratégique de façade est opposable. En effet, la rédaction proposée ne pouvait être acceptée tant en raison de l'imprécision de cette liste,



qui concerne des actes des collectivités territoriales comme de l'État, que de la subdélégation à un décret simple, alors que la loi renvoie à un décret en Conseil d'État (article L. 219-5 du code de l'environnement).

La rédaction d'un nouveau projet, d'une précision suffisante, paraît cependant conditionnée par l'interprétation préalable des dispositions peu claires de l'article L. 219-4 du code de l'environnement relatives aux effets du document stratégique de façade. Confrontée à cette difficulté, la section a estimé que l'exercice du pouvoir réglementaire gagnerait à être éclairé par une nouvelle intervention du législateur.

Compétence du pouvoir réglementaire – Absence – Mesures portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie

Saisi d'un projet de décret relatif à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, aux ouvrages et à leurs installations connexes sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipelines sous-marins, le Conseil d'État (section des travaux publics) a disjoint les dispositions relatives à l'agrément du tracé des pipelines sur le plateau continental et à celui du tracé des câbles sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique, qui atterrissent sur le territoire français.

En effet, ni la convention internationale relative à la protection des câbles sous-marins du 14 mars 1884 et notamment son article 3, ni la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et notamment ses articles 60 et 79 ne sauraient constituer la base légale du projet de décret en tant qu'il instaure un régime d'autorisation pour la mise en place des îles artificielles, des installations, des ouvrages et de leurs installations connexes et un régime d'agrément de leur tracé pour la pose des câbles et pipelines sous-marins. Les mesures destinées à assurer la mise en œuvre de ces obligations internationales par la France doivent être définies dans le respect de la répartition des compétences entre législateur et pouvoir réglementaire résultant des articles 34 et 37 de la Constitution.

Le Conseil d'État a considéré que le renvoi opéré par la loi n° 76-655 du 16 juillet 1976 relative à la zone économique et à la zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République, aux « *compétences reconnues par le droit international relatives (...) à la mise en place et à l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages* » constitue une base légale suffisante pour l'instauration d'un régime d'autorisation par les articles 3 et suivants du projet de décret, l'article 60 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer stipulant dans son paragraphe 1 que : « *Dans la zone économique exclusive, l'État côtier a le droit exclusif de procéder à la construction et d'autoriser et réglementer la construction, l'exploitation et l'utilisation : a) d'îles artificielles (...)* ». En revanche, en l'absence de toute disposition législative explicite ou procédant, comme la loi du 16 juillet 1976 modifiée, à un renvoi aux stipulations d'une convention internationale, le Conseil d'État a disjoint les dispositions de l'article 19 du projet de décret instaurant un régime d'agrément du tracé des câbles et pipelines sous-marins, faute pour ces dispositions de disposer d'une base légale suffisante pour porter ainsi atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il y a été substitué des dispositions instaurant



une obligation de notification au préfet maritime du tracé des câbles et pipelines déjà posés, en cours de pose ou dont la pose est envisagée, dès lors que les pouvoirs de police de cette autorité en matière de préservation de la sécurité de la navigation et de la protection du milieu marin autorisent à le faire par la voie réglementaire.

4.9.5. Parcs et réserves

Parcs nationaux – Compétences du conseil d'administration

Saisi d'un projet de décret créant le parc national des Calanques, premier parc national à être entièrement créé selon la procédure résultant de la réforme des parcs nationaux opérée par la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006, le Conseil d'État (section des travaux publics) a pris acte de la difficulté de créer un parc national dans des espaces habités, utilisés et très fréquentés et de la nécessité de tenir compte des usages actuels en acclimatant progressivement une réglementation contraignante par le maintien à titre transitoire d'exceptions et de dérogations à certaines règles de protection communes aux parcs nationaux. Le Conseil d'État a cependant encouragé le Gouvernement à placer l'établissement public du parc dans une perspective de renforcement des mesures de protection, en particulier s'agissant des espaces maritimes du cœur du parc, en imposant au conseil d'administration de proposer au ministre chargé de la protection de la nature des mesures réglementaires et de gestion propres à améliorer cette protection, sur la base d'un bilan annuel des dispositions existantes établi par le directeur.

La section n'a toutefois pas admis que le conseil d'administration puisse réviser la liste des espèces envahissantes et celle des espèces qui peuvent être prélevées dans le cœur du parc ainsi que les modalités et quantités de ces prélèvements, estimant que pour opportune qu'elle puisse s'avérer, la possibilité de modifier par une délibération du conseil d'administration des dispositions approuvées par décret en Conseil d'État ne pouvait être compétemment édictée par le titulaire du pouvoir réglementaire en l'absence de toute habilitation législative sur ce point. La section n'a pu davantage accepter le pouvoir reconnu au conseil d'administration de l'établissement public de se substituer librement au directeur pour réglementer les activités sportives et de loisirs en milieu naturel pratiquées à titre individuel ou dans un groupe encadré par des professionnels, le cas échéant en abrogeant l'arrêté du directeur : elle a estimé que les dispositions législatives et réglementaires générales imposent un partage clair de l'activité normative de l'établissement public entre le conseil d'administration et le directeur et qu'il serait contraire aux principes de bonne administration et de sécurité juridique de faire dépendre cette répartition de l'appréciation discrétionnaire de l'un des organes dirigeants.



Compétence du pouvoir réglementaire – Absence – Libre administration des collectivités territoriales – Accès aux informations relatives à l’environnement détenues par les autorités publiques

A la suite des décisions rendues par la section du contentieux du Conseil d’État le 23 mars 2012 sur les recours formés contre les décrets adaptant la réglementation et la délimitation des parcs nationaux des Pyrénées et des Cévennes, par respectivement M. Jean Lassalle et autres (n° 328866) et la Commune de Hures-la-Parade (n° 337144), le Conseil d’État (section des travaux publics) a été saisi d’un projet de décret relatif aux parcs nationaux ayant pour objet de redéfinir, pour la préciser, la procédure applicable à la modification du décret de création d’un parc national, notamment des périmètres du cœur du parc et du territoire des communes ayant vocation à y adhérer ainsi que de sa charte. S’il a fait sien le constat du Gouvernement de la nécessité de disposer de règles explicites et claires, le Conseil d’État n’a pu néanmoins donner un avis favorable au projet. Il lui est en effet apparu que les principes régissant cette procédure, en particulier celui de l’obligation ou non de recueillir l’accord des communes, ne pouvaient être compétemment édictés par l’autorité titulaire du pouvoir réglementaire sans risquer de méconnaître le principe de libre administration des collectivités territoriales, dès lors qu’au périmètre du parc national sont associés les objectifs de protection et les orientations de sa charte qui, en vertu du III de l’article L. 331-3 du code de l’environnement, s’imposent aux documents d’urbanisme locaux dans un rapport de compatibilité. Le Conseil d’État a également relevé que les modifications des périmètres et de la charte d’un parc national constituaient des décisions publiques ayant une incidence directe et significative sur l’environnement et qu’il revenait à la loi, en vertu de l’article 7 de la Charte de l’environnement, de définir les conditions et limites du droit reconnu par cet article à toute personne de participer à leur élaboration. Le législateur est donc seul compétent pour définir les modalités d’information et de consultation du public sur ces projets de modification. Le Conseil d’État a donc engagé le Gouvernement à demander au législateur de définir les principes applicables à cette procédure de modification du décret de création d’un parc national, qui donneront une base légale explicite aux règles régissant celle-ci.

Parcs nationaux – Procédure de révision de la charte

L’article L. 331-2 du code de l’environnement issu de l’article 2 de la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 réformant le régime des parcs nationaux qui prévoyait que l’adhésion des communes à la charte d’un parc national serait constatée dans le décret de création d’un parc national et porterait donc sur le projet de charte, a été modifié par l’article 139 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l’environnement. L’avant-dernier alinéa de l’article L. 331-2 du code de l’environnement dispose désormais : « À compter de la publication du décret approuvant la charte ou sa révision, le représentant de l’État dans la région soumet celle-ci à l’adhésion des communes concernées ». Saisi de trois projets de décret portant approbation des chartes des parcs nationaux respectivement des Écrins, du Mercantour et des Pyrénées, le Conseil d’État (section des travaux publics), a considéré qu’il ressort des travaux préparatoires que le législateur a entendu faire application de cette nouvelle règle aux parcs existants à la date de la publication de



la loi : la modification de l'article L. 331-2 du code de l'environnement a ainsi privé d'effet les dispositions transitoires du 2° du I de l'article 31 de la loi du 14 avril 2006 précitée en ce qu'elles lui ont de contraire, c'est-à-dire en ce qu'elles prévoient que le décret approuvant la charte d'un parc national existant doit dresser la liste des communes qui ont exprimé préalablement leur adhésion à cette charte et fixer le périmètre des espaces du parc.

Le Conseil d'État a également considéré que les dispositions de l'article R. 331-7 du code de l'environnement selon lesquelles une évaluation environnementale doit être comprise dans les documents soumis avant enquête publique à la consultation des collectivités territoriales et des autres personnes visées à l'article R. 331-4 ne sont pas applicables à la procédure d'élaboration de la charte d'un parc national existant à la date de la publication de la loi du 14 avril 2006 précitée. En effet, par la décision du 23 mars 2012, *M. Jean Lassalle et autres* (n° 328866), la section du contentieux du Conseil d'État a jugé qu'aucune disposition législative ni réglementaire n'imposait que l'adaptation par des décrets en Conseil d'État, prévue par le I de l'article 31 de la loi du 14 avril 2006, des décrets de création des parcs existants s'effectue conformément aux dispositions du code de l'environnement issues de ladite loi et de ses décrets d'application, dès lors que ces décrets en Conseil d'État n'ont pas le caractère de décret de création d'un parc national.

Au surplus, les dispositions d'entrée en vigueur différée de l'article R. 331-7 du code de l'environnement prévues par l'article 4 du décret n° 2011-1030 du 29 août 2011 relatif aux chartes de parcs nationaux et par l'article 29 du décret n° 2011-2020 du 29 décembre 2011 relatif aux parcs nationaux peuvent être interprétées comme ayant entendu dispenser de l'obligation de transmission du rapport environnemental les procédures d'élaboration des chartes pour lesquelles la consultation des collectivités publiques et personnes morales intéressées étaient achevées au 1^{er} janvier 2012, ce qui a bien été le cas pour les chartes des parcs nationaux des Écrins, du Mercantour et des Pyrénées.



4.10. Fiscalité

L'année 2012 aura été marquée par d'importantes réformes de la fiscalité. Même s'il n'est pas envisageable, dans le cadre du présent rapport d'en exposer la totalité de façon détaillée, il sera dressé un bref rappel des principales mesures intervenues et du rôle joué par le Conseil d'État lors de l'examen de certains projets d'articles fiscaux des quatre lois de finances de l'année 2012. Le Conseil d'État a examiné huit séries de dispositions fiscales concernant respectivement : une modification de la fiscalité sur les revenus (4.10.1), une modification de l'impôt sur la fortune (4.10.2), de nouvelles modalités d'imposition des revenus des capitaux mobiliers (4.10.3), un renforcement de la fiscalité sur les sociétés (4.10.4), une évolution de la TVA (4.10.5 et 4.10.6), une fiscalité spécifique applicable au secteur bancaire (4.10.7), le régime fiscal des donations (4.10.8) et, enfin, un durcissement général des procédures fiscales (4.10.9).

Comme il le fait à l'occasion de l'examen de chaque projet de loi de finances, le Conseil d'État a procédé à l'examen, pour chaque projet d'article fiscal, de la constitutionnalité de ses dispositions en se fondant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État s'est également livré à un contrôle de conventionnalité, tant au regard du droit de l'Union européenne qu'à celui du droit du Conseil de l'Europe, essentiellement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'à un contrôle de la cohérence interne et de la qualité législative des projets d'articles fiscaux.

4.10.1. Fiscalité sur les revenus

La création d'une tranche supplémentaire au barème progressif de l'impôt sur le revenu (IR)

La loi de finances pour 2006 (n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 art. 75) a procédé à la refonte globale du barème progressif de l'impôt sur le revenu, à compter de l'imposition des revenus de l'année 2006. Le nombre de tranches a été ramené de sept à cinq, suivant une répartition progressive des taux d'imposition de 0 %, 5,5 %, 14 %, 30 % et 40 % pour la tranche des revenus les plus hauts. La tranche de 40% a été portée à 41% par la loi de finances pour 2011 (n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, art. 2 et 6). Le Conseil d'État a été saisi d'un projet d'article créant une 6^e tranche pour la fraction de revenus, (par part de quotient familial) supérieure à 150 000 € avec un taux marginal fixé à 45 %. Cette mesure, sans effet pour 99,4 % des foyers fiscaux, affectera 50 000 foyers fiscaux, la hausse d'impôt moyenne supportée par ces derniers étant évaluée à 6 410 €. Le Conseil d'État n'a formulé aucune observation sur cet article résultant d'un choix d'opportunité du Gouvernement.

Toutefois, dans sa décision du 29 décembre 2012 n° 2012-662 DC (loi de finances pour 2013) (csts 17 à 21), le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant la constitutionnalité de la mesure, en a tiré les conséquences concernant une catégorie de revenus, les « retraites chapeaux », supportant déjà la contribution de 21 % prévue à l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale. Considérant que le taux marginal d'imposition était ainsi excessif au regard des facultés contributives du contribuable, il a déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de cet article.

Décote applicable à l'impôt sur le revenu – Seuils d'exonération et de taxation à taux réduit des contributions sociales – Abattements en matière de fiscalité directe locale, au bénéfice des ménages modestes

Cet article du même projet de loi de finances avait pour objet de neutraliser les effets de l'absence d'indexation du barème de l'impôt sur le revenu, à la fois pour les ménages non imposables en 2012 dont les revenus ont augmenté dans la même proportion que l'indice des prix hors tabacs de 2012 par rapport à 2011 (soit 2 % environ), et pour les ménages modestes dont la cotisation d'impôt est inférieure au seuil de la décote. Il entend également corriger les effets du gel du barème sur les autres prélèvements et impositions dont les seuils d'exonération ou d'abattements sont liés à la cotisation d'impôt sur le revenu ou soumis à condition de ressources indexées sur le barème de cet impôt. Pour les mêmes motifs, cet article n'a appelé aucune observation de la part du Conseil d'État.

Abaissement du plafond de l'avantage procuré par le quotient familial

Il en a été de même pour cet article du même projet de loi de finances, cette mesure visant, à titre principal, à diminuer le plafond de l'avantage procuré par l'application du quotient familial. Le régime du quotient familial, prévu aux articles 194 et suivants du code général des impôts, vise à adapter le montant de l'impôt aux facultés contributives de chaque foyer. Malgré son nom, le quotient familial n'est pas uniquement un instrument de la politique familiale, du cadre de laquelle il a débordé largement dès l'origine, mais également un élément de la politique sociale en faveur de plusieurs catégories de personnes peu favorisées dans leur existence et dont le législateur a traditionnellement reconnu la spécificité : invalides, parents isolés. Dès lors qu'il repose sur la division du revenu imposable en fonction du nombre de parts du foyer fiscal, le quotient familial tend à atténuer assez nettement la progressivité de l'impôt en fonction du revenu. Mais les effets du quotient familial sont plafonnés depuis 1982 (art. 12 loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981) : l'avantage maximum en impôt résultant d'une demi-part additionnelle de quotient familial ne peut ainsi excéder un certain montant, actualisé chaque année en fonction de l'évolution des tranches du barème de l'impôt sur le revenu. Pour le cas général, ce montant a été fixé à 2 336 € par la loi de finances pour 2011. Se fondant sur la décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998 (Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999), validant la diminution du montant du plafond de l'avantage procuré par le quotient familial lié à la suppression par cette loi de financement, de toute condition de ressources pour l'attribution des allocations familiales, le Conseil d'État a admis la constitutionnalité de cette mesure, alors surtout qu'elle était accompagnée de dispositions destinées à neutraliser ces effets pour certaines catégories défavorisées ou vulnérables.



La Contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus

Cet article du projet de loi de finances pour 2013 visait à la création, après l'institution par la loi de finances pour 2012 (art. 2 de la loi n° 2011 1977 du 28 décembre 2011) de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus codifiée à l'article 223 *sexies* du CGI, d'un nouveau prélèvement exceptionnel dit « de solidarité sur les très hauts revenus d'activité » taxant la fraction des revenus d'activité professionnelle supérieure à 1 million d'euros. Cette taxe n'avait vocation à s'appliquer qu'au titre des revenus perçus en 2012 et 2013. Le Conseil d'État a bien relevé que les assujettis à la taxe sont les contribuables passibles de l'impôt sur le revenu lorsque l'un des membres du foyer fiscal perçoit des revenus d'activité professionnelle dépassant 1 million d'euros. Il s'agit d'une taxe individuelle: concrètement, si chaque membre du couple perçoit plus d'1 million d'euros de revenus d'activité, chacun supportera la taxe sur la fraction de revenus dépassant le million. Si un seul membre du couple tire de son activité professionnelle plus d'un million d'euros, la contribution exceptionnelle sera prélevée sur la fraction dépassant le million d'euros.

Dès lors, le Conseil d'État s'est posé la question de savoir si l'absence de prise en compte des facultés contributives du foyer était contraire à la Constitution, notamment au vu des décisions du Conseil constitutionnel n° 81-133 DC sur l'impôt sur les grandes fortunes et n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 (Pacte civil de solidarité) ainsi que les décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2001) et n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 (loi de finances rectificative pour 2000). Certes, ces décisions pouvaient conduire à une certaine hésitation sur la constitutionnalité de l'absence de prise en compte des revenus du foyer. Toutefois, le Conseil d'État a admis le projet d'article, tout en attirant l'attention du Gouvernement sur la nécessité de faire apparaître plus clairement, dans l'exposé des motifs et l'évaluation préalable, les objectifs spécifiques qu'il poursuivait par l'institution de cette nouvelle taxe temporaire, distincte de l'impôt général sur le revenu et pesant exclusivement sur la catégorie de contribuables que constituent les titulaires de revenus d'activité très élevé. Il a conclu à la constitutionnalité de ce projet d'article pour quatre motifs : en premier lieu, l'objectif du Gouvernement était de taxer les contribuables tirant de leur activité professionnelle plus de 1 million d'euros. Il s'agissait moins d'une mesure de rendement que d'une mesure visant à renforcer la cohésion nationale dans un contexte de crise économique et financière : ne pas taxer les foyers dont l'un des conjoints perçoit une rémunération de 1,999 M€ au motif que son conjoint ne perçoit aucun revenu, aurait été contraire à l'objectif poursuivi ; en deuxième lieu, la taxe était temporaire : l'effort demandé était exceptionnel et n'aurait porté que sur les revenus d'activités 2012 et 2013. Or, dans sa décision 2012-654 DC du 9 août 2012, le Conseil constitutionnel a admis, s'agissant de la cotisation exceptionnelle sur la fortune, l'absence d'un dispositif de plafonnement, au motif notamment qu'il s'agissait d'une mesure non renouvelable ; en troisième lieu, la décision susmentionnée du Conseil constitutionnel n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 (csts 29 et suivants) portait sur un dispositif affectant les contribuables les plus modestes. À l'inverse, en l'espèce, la taxe exceptionnelle et temporaire de solidarité affectait les niveaux de revenus des plus aisés, soit moins de 0,1 % des contribuables. Elle ne portait que sur les revenus d'activité, alors que ceux-ci ne



constituent qu'une part décroissante des revenus totaux au fur et à mesure que l'on monte dans la hiérarchie des revenus déclarés. En outre, elle n'était assise que sur une seule fraction de cette partie de revenus, celle supérieure à 1 million d'euros pour les revenus d'activités imposés au barème de l'impôt sur le revenu, le quotient conjugal trouvant à s'appliquer ; en quatrième et dernier lieu, le Conseil d'État a relevé qu'un régime de taxation forfaitaire sans prise en compte des revenus du foyer et des charges de ce dernier ne constitue pas une nouveauté en droit fiscal français, ainsi qu'en attestent la contribution sociale généralisée ou le prélèvement forfaitaire libérateur.

Le Conseil d'État avait relevé que, tel que fixé à 18% de la fraction dépassant le million d'euros, le taux de cette contribution exceptionnelle de solidarité parvenait à une taxation globale au taux de 75% de la fraction d'activité excédant 1 million d'euros. La question se posait de savoir si un tel taux aboutissait à une imposition confiscatoire. Se fondant sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 et 2010-99 QPC du 11 février 2011 (admission d'une imposition cumulée supérieure à 85% des revenus), prenant en compte la décision susmentionnée n° 2012-654 DC du 9 août 2012 et observant que la contribution exceptionnelle au taux de 18% ne conduisait à une imposition cumulée de 75% que sur la seule fraction de revenu dépassant 1 million d'euros, le Conseil d'État a considéré que le caractère confiscatoire d'une imposition sur le revenu doit s'apprécier au regard du taux effectif d'imposition et non au regard du taux d'imposition sur une fraction du revenu. Même en raisonnant en termes de taux d'imposition « facial », il a estimé qu'un taux de 18% conduisant à un taux d'imposition marginal de 75% ne revêtait pas un caractère confiscatoire.

Par sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 (loi de finances pour 2013) susmentionnée, le Conseil constitutionnel a censuré l'ensemble de cet article comme méconnaissant le principe d'égalité devant les charges publiques, dès lors que deux foyers fiscaux bénéficiant du même niveau de revenu issu de l'activité professionnelle pourraient se voir assujettis à cette contribution ou, au contraire, en être exonérés, selon la répartition des revenus entre les contribuables composant ce foyer (csts 67 à 74).

Postérieurement, le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'économie et des finances, a émis un avis le 21 mars 2013 sur les conditions de constitutionnalité d'une contribution sur les très hauts revenus, analogue à celle initialement prévue par l'article 12 de la loi de finances pour 2013, et déclarée contraire à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

L'abaissement du plafonnement global de certains avantages fiscaux en matière d'impôt sur le revenu

Le Conseil d'État a donné un avis favorable à un article du même projet de loi de finances pour 2013 abaissant le plafonnement global de certains avantages fiscaux afférents à l'impôt sur le revenu, consistant à dissuader les contribuables de cumuler le bénéfice de plusieurs avantages fiscaux « choisis » et, pour ce faire, à abaisser à 10 000 euros, au lieu d'un montant de 18 000 euros majoré de 4 % du revenu imposable, le plafond de la réduction de l'impôt dû procurée par ces avantages. Le



Conseil d'État, se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010 (Loi de finances pour 2011), a considéré que tant le principe même de cet article que les deux exceptions prévues à ce plafonnement global (souscriptions au capital de sociétés pour le financement du cinéma et de l'audiovisuel et réduction d'impôt dite « Malraux » au titre des dépenses supportées en vue de la restauration complète d'un immeuble bâti dans les secteurs sauvegardés, les quartiers anciens dégradés et les zones protégées) ne présentaient pas de difficulté au regard du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques. En particulier, il a estimé qu'il y avait lieu de raisonner « *niche fiscale par niche fiscale* ».

A l'inverse, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-662 DC susmentionnée (csts 122 et 123), a considéré qu'il y avait lieu de prendre en compte l'ensemble des niches fiscales et qu'en laissant subsister un plafonnement proportionnel aux revenus imposables applicables à deux catégories d'avantages fiscaux attachés à des opérations d'investissement, le législateur permettait à certains contribuables de limiter la progressivité de l'impôt sur le revenu dans des conditions entraînant une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

Imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu des dividendes et des produits de placement à revenu fixe

Le Conseil d'État a donné un avis favorable à deux articles du projet de loi de finances pour 2013 qui imposent au barème progressif de l'impôt sur le revenu, respectivement, les dividendes et les produits de placement à revenu fixe ainsi que les gains de levée d'option et d'attribution d'actions gratuites. Depuis longtemps, les dividendes sont imposés au barème de l'IR, après application d'un abattement de 40 %, destiné à éliminer la double imposition des bénéficiaires distribués par les entreprises et d'un abattement fixe selon la situation familiale du contribuable. Par ailleurs, les produits de placement à revenu fixe sont imposés au barème de l'IR. Toutefois, les contribuables peuvent opter pour un prélèvement forfaitaire libératoire au taux de 21 % pour les revenus distribués et au taux de 24 % pour les produits de placement à revenus fixes. Cette option a pour effet de libérer de l'IR les revenus auxquels s'applique le prélèvement et ces revenus subissent des prélèvements sociaux à hauteur de 15,5 % à compter du 1^{er} janvier 2012. L'article fiscal soumis à l'examen du Conseil d'État dans le cadre du projet de loi de finances pour 2013 avait pour objet de supprimer l'option pour l'imposition libératoire à un taux forfaitaire des dividendes et des produits de placement à revenu fixe et, par suite, de soumettre l'ensemble de ces revenus au barème progressif de l'IR, à l'exception des contrats d'assurance-vie et de l'épargne solidaire. Le Conseil d'État s'est interrogé sur les trois questions de droit suivantes.

En premier lieu, la possibilité ouverte aux contribuables appartenant à un foyer fiscal ne percevant pas plus de 2 000 € d'intérêts par an, d'opter pour la taxation forfaitaire au taux de 24%, par dérogation à l'application du barème, pouvait-elle être validée ? Le Conseil d'État a considéré que même si cette mesure dérogatoire bénéficiait aux contribuables, percevant un faible montant d'intérêts par an et favorisait ainsi ceux imposés dans les tranches les plus élevées du barème, elle pouvait être admise, eu égard à la simplification qui s'y attachait.



En deuxième lieu, l'augmentation du taux de la retenue à la source prélevée sur les bons anonymes de 60 % à 75 %, portant le montant total des prélèvements y compris sociaux sur ces produits qui ne font pas l'objet d'une interdiction légale, à 90,5 %, pouvait-elle être acceptée ? En première analyse, ce taux global peut être regardé comme confiscatoire, alors même que ces produits ne sont pas interdits. Par suite, le Conseil d'État avait bien mesuré le risque d'une censure constitutionnelle, une telle charge au regard de la capacité contributive pouvant être regardée comme confiscatoire. Toutefois, compte tenu de la circonstance que ces bons anonymes constituent traditionnellement l'un des moyens d'échapper à l'impôt, ou de le contourner et alors surtout qu'une autre solution aurait consisté à les interdire purement et simplement, il a finalement accepté cette disposition.

A l'inverse, le Conseil constitutionnel, même s'il a relevé que l'identité des détenteurs de ces bons et titres n'était pas indiquée à l'administration fiscale, a censuré dans sa décision susmentionnée n° 2012-662 DC, cette partie du dispositif comme faisant peser une charge excessive au regard de la capacité contributive considérée.

En troisième lieu, la perte du caractère libératoire des prélèvements forfaitaires effectués sur les intérêts et dividendes perçus à compter du 1^{er} janvier 2012 était-elle justifiée par un motif général suffisant, tant au regard de la Constitution qu'à celui de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH ? En effet, en retirant le caractère libératoire du prélèvement effectué sur les dividendes et intérêts versés depuis le 1^{er} janvier de l'année 2012, le projet d'article pouvait être regardé comme excédant la « petite rétroactivité » fiscale. Toutefois, se fondant tout à la fois sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sur sa propre jurisprudence, contentieuse et administrative, il a considéré que deux motifs étaient de nature à justifier une telle mesure : d'une part, la suppression du prélèvement forfaitaire libératoire s'intègre dans une réforme d'ensemble visant à renforcer l'équité du régime d'imposition des revenus des capitaux mobiliers. C'est ainsi que 4,8 millions de contribuables imposés dans les tranches inférieures du barème étaient à l'inverse pénalisés par l'imposition aux taux forfaitaires, alors que 6,2 millions de contribuables imposés dans les tranches supérieures étaient favorisés ; d'autre part, la suppression de ce prélèvement forfaitaire et le passage au barème constituait une imposition de rendement non négligeable ainsi que l'exposait l'évaluation préalable.

Le Conseil constitutionnel a été d'un avis différent en considérant que bien qu'étant assujetti au prélèvement fiscal libératoire, le contribuable s'était acquitté de son impôt et qu'aucun motif d'intérêt général ne justifiait la rétroactivité de la mesure.

Imposition au barème progressif de l'IR des gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des particuliers

Les gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisés par des résidents sont imposables à l'IR dès le premier euro de cession au taux proportionnel de 19 % (2 de l'article 200 A du CGI) par voie de rôle, avec un an de décalage par rapport à l'année de réalisation du revenu. L'article fiscal présenté dans le cadre du projet de loi de finances pour 2013 avait pour objet d'imposer au barème progressif de l'IR ces gains de cession ainsi que les plus values latentes ou en report d'imposition et les créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix, à l'exception



des gains réalisés lors de la cession de parts de créateurs d'entreprise et des plus values réalisées par des non-résidents détenant une participation substantielle. Le Conseil d'État a admis cette mesure, dès lors que, applicable aux seuls gains nets réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013, elle n'était pas rétroactive et qu'elle encourageait la détention longue des titres, en cohérence avec l'objectif poursuivi par l'institution de l'abattement.

4.10.2. Fiscalité sur le patrimoine

Une contribution exceptionnelle sur la fortune au titre de l'année 2012

Le Conseil d'État a été saisi, dans le cadre du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, d'un projet d'article fiscal instituant, à la charge des personnes redevables de l'ISF au titre de l'année 2012, une contribution exceptionnelle sur la fortune pour l'année 2012, calculée sur la base d'un barème progressif similaire à celui appliqué pour le calcul de l'ISF dû au titre de l'année 2011 et s'appliquant aux seuls foyers les plus aisés (environ 300 000) en imposant la capacité contributive que procure la détention d'un patrimoine élevé. L'ISF a été créé par la loi de finances pour 1989 afin de financer une partie du revenu minimum d'insertion. Il a remplacé l'impôt sur les grandes fortunes (IGF), créé en 1982 et supprimé en 1987. C'est un impôt annuel progressif sur le capital qui concerne le patrimoine des personnes physiques. À compter de l'année 2012 l'ISF est calculé, selon un barème comportant deux taux moyens applicables au premier euro de patrimoine lorsque le seuil de 1 300 000 euros est franchi. Les taux s'établissent à 0,25 % entre 1 300 000 € et 3 000 000 € de patrimoine imposable et 0,50 % au-delà. Deux mécanismes de décote permettent de lisser les effets de seuil. Le Gouvernement a considéré que la réforme de l'ISF opérée en 2011 avait, d'une part, allégé la charge pesant sur les contribuables disposant des patrimoines les plus élevés, contrairement à l'objectif d'une juste répartition de la charge fiscale et, d'autre part, réduit considérablement le rendement de l'ISF dans un contexte où le respect de l'équilibre des finances publiques est un élément essentiel de la crédibilité internationale de la France. Par suite, cet article fiscal proposait d'instituer, à la charge des personnes redevables de l'ISF au titre de l'année 2012, une contribution exceptionnelle établie après déduction de l'ISF dû au titre de l'année 2012. Elle assurait la progressivité de l'effort demandé aux redevables assujettis. Elle n'était due que par les contribuables tenus de payer l'ISF au titre de l'année 2012, c'est-à-dire au-delà du premier seuil fixé à 1 300 000 euros, essentiellement par l'institution de deux nouvelles tranches de 1,65 % pour une valeur nette du patrimoine comprise entre 7, 71 M et 16, 79 M d'euros et de 1,8 % pour une même valeur supérieure à ce dernier chiffre. Le Conseil d'État a considéré que cet article ne méconnaissait pas le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ni celui de la non rétroactivité, non plus qu'il n'affectait des situations légalement acquises. Confirmant l'analyse faite par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012 (csts 26 à 37) a jugé que cette contribution exceptionnelle n'était pas contraire au principe



d'égalité devant les charges publiques, ne revêtait aucun effet rétroactif et n'affectait pas les situations légalement acquises.

Une modification du barème de l'ISF

Le projet d'article fiscal présenté à cet effet figurait dans le projet de loi de finances pour 2013. La réforme proposée avait deux objets : d'une part, mettre à contribution, en vue du redressement des finances publiques, les foyers les plus aisés, en imposant la capacité contributive que procure la détention d'un patrimoine important ; et, d'autre part, renforcer l'équité entre les redevables de la fiscalité sur le patrimoine. Le Gouvernement proposait de modifier le barème de l'ISF pour 2013 sans toucher à son champ d'application ni au régime assez complexe des exonérations et des réductions d'impôt. Alors que, ainsi qu'il a déjà été mentionné, le barème de l'ISF en vigueur pour 2012 comportait deux taux moyens d'imposition applicables au premier euro de patrimoine, le Gouvernement proposait de retenir un barème très proche, dans sa construction, de celui applicable en 2011. Le barème 2013 comportera 7 tranches au lieu de 6, de 0 % pour une valeur nette du patrimoine inférieure à 800 000 euros à 1,8 % pour une même valeur nette supérieure à 10 000 000 euros, avec un plafonnement de l'ISF au taux de 75 % au lieu de 85 % en 2011. En contrepartie, le projet élargissait la base des revenus pris en compte dans le calcul du plafonnement de l'ISF, afin de limiter les comportements d'optimisation fiscale de certains redevables qui sont en mesure de minorer artificiellement leurs revenus et d'obtenir, grâce au mécanisme du plafonnement, le remboursement d'une partie de leur ISF. Ainsi en était-il notamment d'une partie des intérêts des plans d'épargne-logement, de la variation de la valeur de rachat des bons ou contrats de capitalisation ou encore des placements de même nature comme les contrats d'assurance-vie, des produits capitalisés dans les trusts. Le Conseil d'État a donné un avis favorable à cet article. Il a néanmoins appelé l'attention du Gouvernement sur l'intérêt qu'il y aurait, en termes d'équité, à atténuer l'effet de seuil qui affecte les patrimoines entrant dans le régime d'imposition de l'ISF au titre de 2013, en prévoyant, par exemple, un mécanisme de décote ou tout autre dispositif de lissage en faveur des contribuables concernés. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision déjà mentionnée n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 a validé l'essentiel de ce dispositif (csts 90 à 94).

Toutefois, contrairement au raisonnement tenu par le Conseil d'État qui avait admis le bien fondé des mécanismes évitant les schémas d'optimisation fiscale, ou même de contournement fiscal, en acceptant la prise en compte, dans le dénominateur du calcul du plafonnement de l'ISF, des revenus non encore réalisés mais qui auraient pu l'être si le contribuable en avait ainsi décidé, le Conseil constitutionnel a procédé à une censure partielle de ce dispositif. En effet, il a censuré, comme méconnaissant l'exigence de prise en compte des facultés contributives, l'intégration dans le revenu du contribuable, pour le calcul du plafonnement de l'ISF et de la totalité des impôts dus au titre des revenus de l'année, des sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a effectivement disposé au cours de la même année (cst 95). En outre, le Conseil constitutionnel, s'agissant de la fraction de la valeur des parts ou actions correspondant aux éléments du patrimoine des sociétés qui ne sont pas nécessaires à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société, a censuré une disposition de l'article



intégrant cette fraction dans l'assiette de l'ISF en considérant que le législateur ne pouvait asseoir l'ISF sur ces éléments du patrimoine, dès lors qu'il n'était pas établi que ces biens étaient, dans les faits, à la disposition de l'actionnaire ou de l'associé (cst 96).

Prévention des schémas d'optimisation fiscale – « Donation-cession » de titres de sociétés – Caractère abusif – Inconstitutionnalité

Dans le cadre du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012, le Conseil d'État a été saisi d'un article intitulé « Prévention des schémas d'optimisation fiscale dits de « donation-cession » de titres de sociétés ». Cet article avait pour objet de limiter la possibilité de recourir à des montages d'optimisation fiscale par la voie du mécanisme de donation-cession de titres. L'article 150-0 A du code général des impôts (CGI) prévoit l'imposition des plus-values mobilières à l'impôt sur le revenu, le fait générateur de l'imposition étant constitué par le transfert de propriété à titre onéreux des valeurs mobilières, des droits sociaux ou des droits assimilés. Les titres faisant l'objet d'une donation ou d'une succession font seulement l'objet d'une taxation aux droits de mutation à titre gratuit assise sur leur valeur vénale au jour de la mutation, nette de l'abattement applicable selon le lien de parenté entre le donateur et le donataire (100 000 € en cas de donation en ligne directe). En revanche, le transfert de propriété à titre gratuit ne constitue pas un fait générateur de l'impôt sur le revenu, ni des prélèvements sociaux. Par suite, la donation de titres, couramment pratiquée par exemple au bénéfice des enfants du contribuable, a pour effet de « purger » la totalité de la plus-value résultant de la différence entre le prix d'acquisition des titres et la valeur de ces derniers lors de la donation, alors même que les donataires peuvent céder les titres reçus à très brève échéance. Les services fiscaux ont observé qu'il était fréquemment recouru à de tels montages en matière patrimoniale, consistant à faire donation de titres recelant une forte plus-value, pouvant être en report, en sursis d'imposition ou simplement latente, généralement au bénéfice d'enfants, permettant ainsi d'éluider l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux sur des sommes qui ne sont alors soumises qu'aux droits de mutation à titre gratuit. En effet, de telles donations bénéficient notamment des abattements applicables en la matière, alors qu'elles auraient été assujetties aux impositions sur la plus-value si la cession des titres avait été réalisée par le donateur et avait été suivie d'une donation par cette même personne d'un montant en numéraire égal au produit de leur cession. De tels montages ont été considérés comme abusifs par le Gouvernement, même s'ils ne constituent généralement pas, à proprement parler, un abus de droit relevant de l'article L. 64 du LPF (CE, 10 juin 1981 *Ministre du budget contre M. X*, n° 19079, p. 248 ; 30 décembre 2011, *M. et Mme Motte-Sauvaige*, T. Rec., n° 330940). C'est la raison pour laquelle le projet d'article soumis au Conseil d'État avait pour objet, en substance, de requalifier les faits, comme en cas d'abus de droit, dans toutes les hypothèses de cession rapide des titres opérée après la donation. La mesure proposée consistait ainsi, en cas de cession moins de trois ans après la donation des titres transmis par le donataire, à modifier l'assiette de la plus-value de cession sur laquelle sera taxé le donataire : le prix d'acquisition retenu serait non pas, comme aujourd'hui, la valeur des titres retenue pour le calcul des droits de mutation, mais leur valeur ou prix d'acquisition par le donateur, augmenté des droits de mutation éventuellement supportés par



le donataire. Parallèlement, la durée de détention serait décomptée à partir de l'acquisition des titres par le donateur. Le Conseil d'État, tout en ayant conscience que la réforme projetée avait pour objet de faire échec à sa propre jurisprudence susmentionnée, a considéré que la réforme proposée devait s'analyser en une mesure anti-abus n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux opérations manifestement les plus « optimisantes », alors que les successions comportant des valeurs mobilières, quand bien même elles entraîneraient elles aussi une « purge » des plus-values, ne seraient pas visées, non plus que la conservation pendant un certain délai des titres par le donataire. Dès lors, sa constitutionnalité pouvait être admise.

A l'inverse, le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2012-661 DC du 29 décembre 2012 (loi de finances rectificative pour 2013 (3)) (csts 20 à 25), a estimé que les dispositions en cause faisaient peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire « *sans lien avec leur situation, mais liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières* ». Considérant en outre que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières était à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations était intervenue à la seule fin d'éluider le paiement de l'imposition des plus-values, il a jugé que le législateur n'avait « *pas retenu de critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi* ». Dès lors, il a déclaré contraire à la Constitution l'ensemble de cet article de ce projet de loi de finances rectificative ci-dessus exposé.

4.10.3. Fiscalité sur les sociétés

Un article du projet de loi de finances pour 2013 a procédé à l'élargissement du crédit d'impôt recherche (CIR) à certaines dépenses d'innovation en faveur des PME et à un renforcement de la sécurité juridique du dispositif. Toutefois, dans le cadre des quatre lois de finances dont il a été saisi au cours de l'année 2012, le Conseil d'État a examiné de nombreux articles fiscaux procédant au renforcement de la fiscalité sur les sociétés. Ainsi en a-t-il été, pour ce qui est du premier projet de loi de finances rectificative pour 2012, d'un article rehaussant le taux de la contribution supplémentaire à l'apprentissage et celui du quota d'alternant dans les entreprises de plus de 250 salariés ; à l'occasion du deuxième projet de loi de finances pour 2012 de la suppression de l'avantage fiscal lié à la provision pour investissement prévu à l'article 237 bis A du code général des impôts, de l'élimination des distorsions entre le régime fiscal des subventions et celui des apports, d'une modification de l'impôt sur les bénéfices conduisant à une non déductibilité des abandons de créances à caractère financier, de certains dispositifs de lutte contre les transferts abusifs des déficits, d'une contribution exceptionnelle sur la détention de produits pétroliers, de l'instauration d'un versement anticipé d'une contribution exceptionnelle sur l'impôt sur les sociétés ; lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2013, de la modification du régime des acomptes d'impôt sur les sociétés applicable aux grandes entreprises, de la taxation des sommes placées en réserve de la capitalisation des entreprises d'assurance, de l'aménagement de la déductibilité des charges foncières



et de l'aménagement du mécanisme de report en avant des déficits des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ; enfin, pour ce qui est du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012, de l'aménagement des modalités d'imposition en cas de transfert de siège ou d'établissement stable hors de France, de la modification des dispositions relatives à la taxe poids lourds et des ajustements consécutifs à la suppression de la taxe professionnelle .

À l'occasion de l'examen chacun de ces articles, le Conseil d'État s'est livré à un contrôle de constitutionnalité, de conventionnalité, de cohérence interne et de qualité législative. S'il a procédé à de nombreuses réécritures et formulé plusieurs recommandations, aucune des dispositions examinées n'a fait l'objet d'une disjonction.

Un doublement de la taxe sur les risques systémiques

L'article 42 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a institué, à compter du 1^{er} janvier 2011, une taxe dite de risque systémique, destinée, d'une part, à dissuader les banques de prendre des risques excessifs, en rendant plus coûteuse cette prise de risques et, d'autre part, à compenser le coût pour le contribuable de la résolution des crises bancaires. Sont ainsi assujetties au paiement de cette taxe les entreprises du secteur de la banque mentionnées à l'article L. 612-2 du code monétaire et financier, c'est-à-dire non seulement les établissements de crédit, mais également les prestataires de services d'investissement, les entreprises de marché, les établissements de paiement et les compagnies financières. Dans le cadre du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, le Gouvernement a entendu modifier ce régime très récent en poursuivant un triple objectif : en premier lieu, doubler, à compter de 2013, le taux de la taxe de risque systémique, prévue à l'article 235 ter ZE du CGI, pesant sur certaines banques et entreprises assimilées ; en deuxième lieu, rendre effective, dès l'année 2012, cette augmentation attendue du produit de la taxe en créant, au titre de cette même année, une taxe additionnelle dont le montant sera égal à celui de la taxe de risque systémique versée au titre de l'année 2012 ; en troisième et dernier lieu, aménager les critères d'évaluation des exigences minimales en matière de fonds propres des entreprises assujetties, dans le cas des groupes de sociétés, plus précisément des sociétés se trouvant sous « contrôle conjoint ». Le Conseil d'État a considéré que ce projet ne contrevenait à aucun principe constitutionnel, notamment celui de la non-rétroactivité.

L'institution de la taxe sur les transactions financières, puis le doublement de son taux

La taxe sur les transactions financières a été instituée par l'article 5 de la première loi de finances rectificative pour 2012 (n° 2012-354 du 14 mars 2012) et elle s'applique aux acquisitions à titre onéreux d'actions émises par les sociétés françaises dont la capitalisation boursière excède un milliard d'euros. Son assiette est assise et son taux est de 0,1%. Le redevable de la taxe est l'opérateur fournissant des services d'investissement, c'est-à-dire ayant exécuté l'ordre d'achat du titre ou ayant négocié pour son compte propre, quel que soit son lieu d'établissement. La taxe est collectée et reversée au Trésor par le dépositaire central des titres français (Euroclear France). À l'occasion de l'examen de cet article, le Conseil d'État en a disjoint certaines dispositions qui prévoyaient d'instaurer des sanctions spécifiques encourues par les prestataires de services financiers, lesquelles s'élevaient respectivement à 40 % des



sommes éludées avec un minimum de 10 000 € en cas de défaut de transmission des informations relatives aux opérations taxables et à 5 000 € en cas de retard de transmission de ces informations. Le montant des amendes pouvant ainsi être mises à la charge des redevables de la taxe sur les transactions financières lui a en effet paru disproportionné au regard des exigences du principe de nécessité des peines et des sanctions. S'agissant du taux de 40%, uniforme et non modulable, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur l'existence d'une question prioritaire de constitutionnalité, alors en cours d'examen au Conseil constitutionnel, sur renvoi du Conseil d'État (SSR, 15 décembre 2011, *Ardoin*, n° 327204).

Avant même l'entrée en vigueur effective de cette taxe, et dès le deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, le Gouvernement a entendu doubler le taux de cette taxe, qui passe ainsi de à 0,1 à 0,2 %, aux fins d'en accroître le rendement. Cet article n'a appelé aucune observation de la part du Conseil d'État.

4.10.4. TVA et autres impôts indirects

L'institution de la TVA « compétitivité »

Le principe de la TVA sociale est d'affecter une partie des recettes provenant de la TVA au financement de la protection sociale en contrepartie d'une baisse des charges sociales pesant sur le travail. Longuement étudiée, débattue et, le cas échéant, critiquée, l'institution d'une telle TVA a été prévue dans le premier projet de loi de finances rectificative au début de l'année 2012. Pour l'essentiel, le projet d'article relevait le nouveau taux normal, taux de droit commun, de 1,6 point pour s'établir désormais à 21,2 %, c'est-à-dire à un taux s'inscrivant dans la moyenne des taux adoptés par les 26 autres États membres de l'Union européenne. Le taux normal est applicable à toutes les opérations imposables pour lesquelles aucun autre taux n'est prévu. En outre des dispositions spécifiques ont été prévues tout à la fois pour les départements de Corse et pour ceux d'outre-mer. Enfin, cette mesure était assortie d'un nouveau droit de consommation sur les tabacs. Cette nouvelle TVA « compétitivité » était affectée à la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) ainsi qu'un surcroît de CSG sur les revenus du capital venant compenser l'allègement de cotisations d'allocations familiales. Il a été procédé à cette affectation par l'institution d'un nouveau compte de concours financiers. Le Conseil d'État a examiné plus particulièrement deux questions.

En premier lieu, une telle disposition avait-elle, pour sa totalité, sa place en loi de finances rectificative, ou bien relevait-elle pour partie d'un projet de loi de financement de la sécurité sociale, autrement dit les mesures ci-dessus décrites relevaient-elle du domaine exclusif ou partagé d'une telle loi ? Au regard des articles 30, 35 et 36 de la LOLF et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la notion de « dispositif financier d'ensemble », ainsi que de sa propre jurisprudence, le Conseil d'État a admis que cet article avait bien sa place en loi de finances rectificative.

En second lieu, était-il justifié d'instituer un nouveau compte de concours financiers ? Pour justifier le recours à un compte d'avances, l'explication avancée par le Gouvernement se fondait sur la circonstance qu'une telle création de compte



de concours financiers se justifiait par la volonté d'assurer un véritable suivi de la bonne mise en œuvre de la compensation entre l'État et la sécurité sociale, et sur la difficulté qu'il y aurait à affecter directement de la TVA nette à l'ACOSS, sans décalage dans le temps. En effet, la recette de TVA nette n'apparaît pas instantanément dans la caisse des comptables, mais seulement après imputation, sur la TVA brute, des remboursements et restitutions. Enfin, le Gouvernement n'avait pas souhaité effectuer une compensation empruntant un circuit budgétaire, mais une pure compensation fiscale.

A ces deux questions le Conseil d'État a répondu par l'affirmative.

L'abrogation de la TVA « compétitivité »

Avant même l'entrée en vigueur de la mesure précédemment décrite, prévue au 1^{er} octobre 2012, le deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, examiné au mois de juin par le Conseil d'État, a procédé à l'abrogation de cette TVA dite « compétitivité ». Pour des raisons d'opportunité politique que le Conseil d'État n'a pas à apprécier, le nouveau Gouvernement a décidé d'abroger purement et simplement la TVA dite « compétitivité » ou « sociale ». Ont ainsi été abrogés notamment : la hausse d'1,2 point du taux normal de TVA et ses accessoires, à savoir la correction des droits sur les tabacs, du Fonds de compensation de la TVA et du régime forfaitaire des agriculteurs ; la création du compte de concours financiers ; l'affectation de 6,7 points de TVA à la CNAF ; la suppression de l'affectation à la sécurité sociale de la fraction d'assiette de TVA brute sur les alcools, au titre du financement des heures supplémentaires ; enfin, la modification du barème des cotisations « famille ». À l'inverse, certaines dispositions corrélatives adoptées lors de la première loi de finances rectificative ont été conservées soit avec des modifications, soit à l'identique : notamment l'augmentation de deux points du taux du prélèvement social ; la clé de répartition du prélèvement social entre la CNAF et la CNAV ; l'application à compter du 1^{er} janvier 2013 au lieu du 1^{er} octobre 2012 de la suppression de l'affectation aux organismes de sécurité sociale des assiettes de TVA brute. Le Conseil d'État a considéré que cet article ne posait pas de question de droit présentant une difficulté particulière.

4.10.5. Procédures fiscales

Fiscalité sur les sociétés – Crédit d'impôt recherche – Renforcement des sanctions en cas de fraude fiscale – Charge de la preuve

Un article du projet de loi de finances pour 2013 a procédé à l'élargissement du crédit d'impôt recherche à certaines dépenses d'innovation en faveur des PME et à un renforcement de la sécurité juridique du dispositif. Toutefois, dans le cadre des quatre projets de loi de finances dont il a été saisi au cours de l'année 2012, le Conseil d'État a examiné de nombreux articles fiscaux conduisant à un durcissement des procédures fiscales. Ainsi en a-t-il été, pour ce qui est du premier projet de loi de finances rectificative pour 2012, du renforcement des sanctions pénales prévues en cas de fraude fiscale et d'un article de portée générale consacré à la lutte contre



la fraude ; pour ce qui est du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, de mesures anti-abus consistant à renverser la charge de la preuve pour des transferts vers des pays à fiscalité privilégiée ou concernant des schémas de désinvestissement dits « coquillards » ; enfin, lors de l'examen du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 de la lutte contre fraude à la TVA sur la vente des véhicules d'occasion, du marquage obligatoire aux fins d'assurer une meilleure traçabilité des produits du tabac et de la consolidation du dispositif des « coups d'achat » sur Internet, de l'harmonisation des délais de réclamation applicable en matière fiscale et des réparations des préjudices subis, de l'obligation de présentation d'une comptabilité dématérialisée à l'occasion d'un contrôle fiscal, d'une adaptation des procédures de lutte contre les fraudes les plus graves, d'un renforcement de la lutte contre les fraudes patrimoniales les plus graves et, enfin, de la prévention des schémas d'optimisation fiscale dits de « donation-cession » de titres de sociétés.

Le Conseil d'État a examiné attentivement chacun de ces articles, car les réformes de procédure en matière fiscale posent très souvent de délicates questions telles que le respect du contradictoire, du principe d'égalité des armes, de la proportionnalité des sanctions, du principe de sécurité juridique... En l'espèce, l'examen des nombreux articles ci-dessus mentionnés a conduit à de nombreuses réécritures et à la formulation de plusieurs observations et recommandations, mais n'a révélé aucune méconnaissance d'un principe constitutionnel ou des engagements européens de la France.



4.11. Fonction publique

4.11.1. Principe de participation

Conseil commun de la fonction publique – Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière – Droits syndicaux

Le Conseil d'État (section de l'administration) a poursuivi en 2012 l'examen des décrets rendus nécessaires pour la mise en œuvre de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social.

Il a ainsi donné un avis favorable au projet de décret instituant le nouveau Conseil commun de la fonction publique. Ce texte précise les compétences consultatives de cette nouvelle instance de dialogue social et en fixe les modalités d'organisation et de fonctionnement. Le Conseil commun est compétent pour examiner toute question d'ordre général commune aux trois fonctions publiques et intéressant la situation des agents publics relevant de ces dernières dont il est saisi soit par le ministre chargé de la fonction publique, soit à la demande écrite des deux tiers des membres d'un de ses collèges. Le Conseil commun sera ainsi obligatoirement saisi des projets de loi ou d'ordonnance modifiant la loi du 13 juillet 1983 ou dérogeant à cette loi, pour les trois fonctions publiques ainsi que des projets de loi, d'ordonnance ou de décret ayant un objet commun aux trois fonctions publiques et ayant une incidence sur la situation statutaire des agents titulaires ou sur les règles générales de recrutement et d'emploi des agents non titulaires. La consultation du Conseil commun de la fonction publique, lorsqu'elle est obligatoire en application des dispositions du présent décret ou de toute autre disposition législative ou réglementaire, remplace celle du ou des conseils supérieurs compétents, sauf si la consultation successive de l'un et de l'autre de ces deux types d'organismes est expressément prévue dans le même texte.

Le Conseil commun de la fonction publique pourra également examiner également toute question commune à au moins deux des trois fonctions publiques relative, notamment aux valeurs de la fonction publique, aux évolutions de l'emploi public et des métiers de la fonction publique, au dialogue social, à la mobilité et aux parcours professionnels, à la formation professionnelle tout au long de la vie, à l'égalité entre les hommes et les femmes, à l'insertion professionnelle des personnes handicapées, à la lutte contre les discriminations, à l'évolution des conditions de travail, l'hygiène, la santé et la sécurité au travail et à la protection sociale complémentaire.

Le Conseil d'État (section de l'administration) a également donné un avis favorable au projet de décret relatif au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière et à l'observatoire national des emplois et des métiers de la fonction publique hospitalière, la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2010 impliquant des modifications substantielles dans la composition et le fonctionnement du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, notamment en raison de la suppression du



paritarisme. Le décret détermine la composition, l'organisation et le fonctionnement du conseil supérieur. Il précise également la composition et le fonctionnement de la commission des recours en maintenant le caractère paritaire de celle-ci compte tenu de sa mission. Il comporte un chapitre relatif aux missions, à la composition et au fonctionnement de l'observatoire national des emplois de la fonction publique hospitalière, instance de suivi de l'évolution de l'emploi dans cette fonction publique, dont le fonctionnement adopte des règles communes.

À l'occasion de l'examen du décret modifiant le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique, le Conseil d'État (section de l'administration) a constaté que celui-ci opérait une distinction entre certaines catégories d'avantages bénéficiant à tous les syndicats régulièrement constitués : droit de tenir des réunions statutaires ou d'information dans le service mais en dehors des horaires, droit d'affichage, droit de distribuer des tracts et de prélever des collectes dans l'enceinte du service mais en dehors des locaux ouverts au public, détachement pour mandat syndical, autorisations spéciales d'absence pour congrès syndicaux ou organismes directeurs des syndicats nationaux, des fédérations ou confédérations et d'autres catégories d'avantages matériels particuliers (locaux, réunion d'information, crédits de temps syndical) qui ne bénéficient qu'aux organisations représentatives. Le Conseil d'État a observé que, dans le cadre des lois du 13 juillet 1983 et du 11 janvier 1984 ainsi que du décret du 28 mai 1982, ce type d'avantages était réservé aux organisations représentatives ou les plus représentatives. Il a estimé que la loi du 5 juillet 2010 qui est venue modifier les lois précitées de 1983 et de 1984, si elle abandonne toute présomption de représentativité, entend renforcer la légitimité et la responsabilité des syndicats en privilégiant le critère de l'audience telle que mesurée aux élections professionnelles. Il a notamment considéré que la notion de représentativité telle que définie dans le projet était pertinente et en rapport avec la nature des droits ou avantages en cause. Ainsi, s'agissant de la mise à disposition de locaux et de la tenue de la réunion mensuelle d'information prise sur le temps de travail, le critère de la représentativité est exclusivement celui du résultat aux élections en termes de sièges. Le Conseil d'État a estimé qu'un tel critère ne dénaturait pas la loi du 5 juillet 2010, qui fait de l'audience le critère essentiel pour la mise en œuvre du principe de participation.

4.11.2. Déroulement de carrière

Recrutement sans concours

Saisi d'un projet de décret portant création du statut particulier du cadre d'emplois des sapeurs et caporaux de sapeurs-pompiers professionnels destiné à remplacer le statut particulier du cadre d'emplois des sapeurs-pompiers professionnels non officiers régi par le décret n° 90-851 du 25 septembre 1990 en ce qui concerne les sapeurs et caporaux, le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé qu'à l'article 3 est créé un nouveau grade de sapeur de 2^e classe dont le recrutement s'effectue sans concours, en sus du recrutement par concours au grade de sapeur de 1^{ère} classe. Si cette procédure de recrutement sans concours est effectivement possible au



cas précis par application du d) de l'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le Conseil d'État a rappelé que s'applique à ce type de recrutement particulier le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics « *sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » énoncé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Il a donc complété le projet du Gouvernement en élargissant le recrutement par cette voie à des catégories de personnels, autres que celle des sapeurs-pompiers volontaires, mais susceptibles d'avoir acquis le même niveau d'expérience professionnelle. Il a relevé en outre que la commission mentionnée à l'article 7 du décret serait appelée à examiner le contenu des qualifications acquises par les candidats avant leur nomination. L'intervention de cette commission dans la procédure d'accès sans concours au cadre d'emploi des sapeurs et caporaux constitue, de l'avis du Conseil d'État une garantie du respect du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics rappelé ci-dessus.

Statut d'emploi – Caractère statutaire – Absence – Mesure d'organisation du service

Le Conseil d'État (section de l'administration) a estimé que le projet de décret relatif à l'emploi de chef de services administratifs et financiers de la Caisse des dépôts et consignations ne revêtait pas de caractère statutaire et constituait une mesure d'organisation du service. Il est donc loisible à ce texte de renvoyer à un arrêté le soin de fixer le nombre des emplois.

Procédure de classement de sortie de l'École nationale d'administration (ENA) – Commission de suivi de la procédure

Le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet de décret modifiant le décret n° 2002-50 du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'École nationale d'administration et qui a pour objet d'une part, de conférer à une « commission de suivi » un rôle actif dans le déroulement de la procédure de classement des élèves de l'École nationale d'administration, d'autre part, de pérenniser le classement de sortie en prévoyant que, sous réserve des dispositions de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, les élèves exercent leur choix entre les postes offerts selon l'ordre de leur classement.

La commission de suivi de la procédure d'affectation des élèves instituée par le projet de décret est chargée d'assurer la régularité et le bon déroulement de cette procédure en veillant, notamment, à l'égalité de traitement des élèves par les administrations et les institutions d'emploi sollicitées. Elle conseille, en tant que de besoin, les élèves sur leur choix d'affectation et, en cas de difficultés ou lorsqu'elle estime que la procédure n'a pas été respectée, elle formule des observations qui sont ultérieurement reprises dans un rapport remis au Premier ministre.

Eu égard à son objet, le Conseil d'État a estimé que cette commission de suivi ne constituait pas une commission administrative consultative au sens de l'article 2 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement des commissions administratives à caractère consultatif, et qu'il n'y a donc pas lieu de renouveler cette commission dont la durée de vie est indéterminée.



4.11.3. Dispositions statutaires particulières

Fonctionnaires des administrations parisiennes – Extension des règles régissant la fonction publique de l'État

Il appartient au Gouvernement, en vertu de l'habilitation qu'il tient de l'article 118 de la loi du 24 janvier 1984, selon des modalités différentes suivant que sont en cause des dispositions législatives nouvelles modifiant cette loi ou des modifications apportées à des textes réglementaires eux-mêmes déjà applicables, d'apprécier, au cas par cas, s'il y a lieu d'appliquer aux personnels des administrations parisiennes les changements ou compléments apportés par la loi aux dispositions d'ordre statutaire relatives à la fonction publique territoriale et, dans la négative, s'il convient d'étendre à ces personnels des règles régissant la fonction publique de l'État ou d'édicter des dispositions spécifiques.

Le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé que, depuis la publication du décret du 24 mai 1994, le Gouvernement a entendu rendre applicables aux personnels des administrations parisiennes plusieurs des modifications apportées à la loi du 26 janvier 1984, en reportant la date de référence figurant à l'article 4 de ce décret, retenant celle du 1^{er} septembre 1995 par le décret n° 96-892 du 7 octobre 1996, puis celle du 1^{er} septembre 1997 par le décret n° 99-732 du 26 août 1999, enfin celle du 1^{er} juin 2001 par le décret n° 2003-96 du 5 février 2003 qui a procédé à la dernière modification.

Compte tenu du délai écoulé, le Conseil d'État n'a pu, en conséquence, qu'approuver le projet de décret soumis à son examen qui fixe désormais au 30 mars 2012 la date de référence à la loi du 26 janvier 1984, permettant ainsi de rendre applicable aux agents des administrations parisiennes, qui relèvent de la fonction publique territoriale, les modifications nombreuses qui ont été introduites dans cette loi depuis le 1^{er} juin 2001 ainsi que, dans les mêmes conditions, les dispositions des décrets pris pour l'application de ceux des articles de la loi du 26 janvier 1984 qui leur sont applicables en vertu de ce décret.

Il a appelé cependant l'attention du Gouvernement sur la nécessité de veiller à actualiser dans des délais raisonnables la date de référence à la loi précitée du 26 janvier 1984.

Il a enfin observé que si l'article 19, de la loi n° 2012-347 dispose que la personnalité qualifiée, appelée à présider la commission d'évaluation professionnelle chargée de sélectionner les candidats à une titularisation dans les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale, est désignée par le président du centre de gestion du ressort de la collectivité ou de l'établissement public intéressé et si l'article 23 de la même loi rend applicable les dispositions de cet article 19 à la titularisation des agents contractuels de droit public des administrations parisiennes, il n'existe pas, pour ces administrations, de centre de gestion.

Le projet de décret pris pour l'application de la loi précitée adopté par le Conseil d'État prévoit que, pour les administrations parisiennes, la personnalité qualifiée mentionnée à l'article 19 de la loi est désignée par le ministre chargé des collectivités locales.



Le Conseil d'État a estimé qu'il appartient au décret pris pour l'application du chapitre II du titre I^{er} de la loi de désigner l'autorité qualifiée, alors surtout que le statut des personnels des administrations parisiennes peut, en vertu de l'article 118 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, déroger aux dispositions statutaires régissant la fonction publique territoriale.

Il a estimé que le choix du ministre chargé des collectivités locales comme autorité de désignation de la personnalité qualifiée, appelée à présider la commission d'évaluation professionnelle pour l'accès réservé aux corps des administrations parisiennes, est de nature à apporter, en termes d'impartialité par rapport à la collectivité ou l'établissement recruteur, des garanties non inférieures à celle que constitue le choix, par le législateur, du président du centre de gestion comme autorité de désignation de la personnalité qualifiée dans le cas de l'accès réservé aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale.

Administrateurs civils – Accès au grade fonctionnel – Conditions requises

Le Conseil d'État (section de l'administration) a estimé devoir préciser l'encadrement de la délégation de pouvoir prévue par le décret en Conseil d'État à l'arrêté pour définir les fonctions que devront avoir exercées les administrateurs civils pour pouvoir être inscrits au tableau d'avancement pour l'accès au grade d'administrateur général, grade à accès fonctionnel, institué par le décret. Le projet soumis au Conseil d'État se bornait à reprendre les termes de l'article 58 de la loi du 11 janvier 1984, et à prévoir que les fonctions en cause devraient avoir été des fonctions « *d'un niveau particulièrement élevé de responsabilité* ». Le Conseil d'État a précisé que ces fonctions devraient avoir été des fonctions « d'encadrement, de direction, d'expertise et de contrôle », étant entendu que le terme « expertise » devrait être entendu comme couvrant des fonctions appelant un haut niveau de compétence spécifique, par exemple dans le domaine juridique.

Douanes et droits indirects – Emplois de direction et corps des contrôleurs

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 2007-400 du 22 mars 2007 fixant le statut particulier des personnels de catégorie A des services déconcentrés de la direction générale des douanes et droits indirects, le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé qu'un article de ce projet précisait les obligations des agents de catégorie A exerçant les fonctions de surveillance, de recherche ou de police judiciaire énumérées par l'arrêté du 13 mars 2008 pris en application de l'article 42 du décret susmentionné. À ce titre, le projet soumis au Conseil d'État prévoyait que ces agents étaient armés et qu'ils étaient astreints, notamment, à porter l'uniforme et les insignes de leur grade. Afin d'éviter que le port systématique de cet uniforme et de ces insignes ne devienne une condition de régularité des opérations menées par ces agents, le Conseil d'État a estimé préférable de prévoir, sur ce point, une simple possibilité de les astreindre à ce port.

Statut des « internes » – Qualité d'agents publics et conditions de stage

Saisi d'un projet de décret modifiant le statut des internes et relatif aux fonctions hospitalières des étudiants en médecine, en odontologie et en pharmacie et aux stagiaires associés, le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé, en



premier lieu, que les internes, comme les étudiants en médecine, en odontologie et en pharmacie sont définis, à compter de la deuxième année du deuxième cycle universitaire, comme des agents publics dans le cadre de leurs fonctions hospitalières (articles R. 6153-46, R. 6153-68 et R. 6153-79 du code de la santé publique). Il en résulte notamment que les stages accomplis, dans ces fonctions, par ces agents, en cas de redoublement de la deuxième année du deuxième cycle, ainsi que par les auditeurs, qui leur sont assimilés, doivent donner lieu à rémunération comme il est prévu pour les autres stages réalisés au cours de ces cursus universitaires, lorsqu'il y a service fait. Une disposition prévoyant que ces stages ne sont pas rémunérés a donc été disjointe.

En second lieu, le Conseil d'État a disjoint les dispositions du projet qui supprimaient le droit au congé parental et au congé de solidarité familiale pour les stagiaires associés, praticiens étrangers qui accomplissent un complément de formation en France pour une durée de six mois, renouvelable une fois. En effet, cette exclusion ne peut être justifiée, au regard du principe d'égalité, ni par la durée de ce stage, ni par l'intérêt général, ni encore par les nécessités du service.

Sapeurs-pompiers professionnels – Exercice de responsabilité et hiérarchie des grades et des emplois

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels, le Conseil d'État (section de l'administration) relève que ce texte dispose que, sans préjudice des missions qui leur sont confiées par leur statut particulier, les sapeurs-pompiers professionnels ont vocation à occuper, en fonction de leur grade, les emplois opérationnels et d'encadrement mentionnés dans un tableau de concordance. En revanche, aucune de ses dispositions n'autorise un sapeur-pompier professionnel à exercer provisoirement des fonctions relevant du grade supérieur si les circonstances l'exigent du fait de l'absence ou de l'indisponibilité de supérieurs hiérarchiques compétents.

Il a admis qu'il puisse en aller ainsi s'agissant des dispositions en cause, mais il rappelle qu'en application de la jurisprudence contentieuse, l'exercice par un sapeur pompier professionnel de responsabilités relevant du grade supérieur est possible, voire même nécessaire, lorsqu'une situation d'urgence le commande.

Recherche d'affectation – Nomination en surnombre – Mise en disponibilité d'office

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 2007-1930 du 26 décembre 2007 portant statut particulier du corps des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, le Conseil d'État (section de l'administration) a disjoint une disposition prévoyant qu'à défaut d'avoir été nommé en surnombre, et au plus tard à la fin de la seconde année de recherche d'affectation, le fonctionnaire est placé en position de disponibilité d'office sans limitation de durée ou admis à la retraite s'il remplit les conditions nécessaires.

La situation de recherche d'affectation, telle que prévue par l'article 50-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, peut prendre fin avant le terme de deux ans en cas de refus successifs



de trois offres d'emploi public fermes et précises dûment constatées par le directeur général du Centre national de gestion. En revanche, au terme de la période de deux ans, le placement en disponibilité d'office sans limitation de durée ou l'admission à la retraite, si l'intéressé remplit les conditions nécessaires, ne peuvent intervenir sans qu'aient été proposées préalablement à celui-ci au moins trois offres d'emploi public fermes et précises. En effet, le dernier alinéa de l'article 50-1 de la loi, qui offre une possibilité de nomination en surnombre des fonctionnaires qui, moins de quatre mois avant la fin de la période de recherche d'affectation, se sont vu présenter moins de trois offres d'emploi fermes et précises correspondant aux conditions prévues à cet article, et qui précise que la période de recherche d'affectation est alors prolongée afin de permettre la présentation de nouvelles offres, ne saurait être interprétée comme autorisant la mise en disponibilité d'office de fonctionnaires n'ayant pas bénéficié d'une telle nomination en surnombre.

A cette occasion, le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'élaborer un projet de décret en Conseil d'État précisant, d'une part, le contenu du projet personnalisé d'évolution professionnelle et du suivi individualisé du directeur en recherche d'affectation, prévus par l'article 50-1 susmentionné, d'autre part, la procédure de présentation d'offres d'emploi fermes et précises, en tenant compte, notamment, de la spécificité des règles de nomination dans les emplois en cause, lesquelles ne peuvent intervenir que sur proposition du directeur général de l'Agence régionale de santé ou du préfet, selon le type d'établissement concerné, s'agissant des emplois de directeur, ou sur proposition du directeur de l'établissement, s'agissant des emplois de directeur-adjoint.

Corps interministériel des services sociaux – Avis d'assemblée générale des 28 et 29 mai 2009 – Ministère « chef de file »

Le Conseil d'État (section de l'administration) saisi de deux projets de décret portant statuts particuliers du corps interministériel des assistants de service social des administrations de l'État et du corps interministériel des conseillers techniques de service social des administrations de l'État leur a donné un avis favorable.

S'inscrivant dans le cadre général de l'avis d'assemblée générale des 28 et 29 mai 2009 (n° 382741) il a rappelé qu'à défaut de désignation par le décret statutaire d'une autorité interministérielle de rattachement (Premier ministre ou ministre chef de file), le corps interministériel relève, par l'effet combiné des articles 20 et 21 de la Constitution, du Premier ministre et que, dans ce cas, en vertu de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1983, la totalité des actes de gestion peut être déléguée aux ministres employeurs des membres d'un corps, tandis que le ministre de la fonction publique est chargé, par délégation du Premier ministre, de fixer les règles harmonisant cette gestion déconcentrée, dans des matières telles que le règlement des épreuves des concours ou la fixation des taux de promotion.

S'agissant de la répartition des effectifs d'assistants et des conseillers de service social au sein des administrations de l'État, le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé que celle-ci se caractérisait par une forte hétérogénéité du nombre d'agents actuellement gérés par les différents ministères. Il a notamment constaté que le seuil de cinquante agents (seuil en dessous duquel il n'est pas possible de déconcentrer



les actes impliquant une appréciation et une comparaison des mérites d'agents d'un corps) n'était pas atteint dans plusieurs départements ministériels.

La section de l'administration a inféré de cette situation particulière qu'il n'était pas possible de retenir une organisation analogue à celle retenue pour le corps interministériel des attachés d'administration centrale dans laquelle le Premier ministre délègue à chaque administration-employeur la gestion complète des membres du corps relevant de son périmètre d'affectation. (cf. décret n° 2011-1317 du 17 octobre 2011 portant statut particulier du corps interministériel des attachés d'administration de l'État).

En conséquence, pour tenir compte de cette spécificité, le Conseil d'État (section de l'administration) a admis, dès lors qu'aucun texte législatif ou réglementaire ni aucun principe général du droit n'y faisait obstacle, que les deux corps interministériels des assistants de service social des administrations de l'État et des conseillers techniques de service social soient placés sous l'autorité du ministre chargé des affaires sociales, désigné ministre « chef de file ». Celui-ci constituera l'autorité de rattachement et de gestion des personnels affectés auprès d'une administration ayant fait le choix de transférer leur gestion au ministère chargé des affaires sociales, lorsque l'effectif des intéressés est inférieur à cinquante agents. Les autres administrations accueillant plus de cinquante agents continuent à recruter, nommer et gérer leurs personnels.

4.11.4. Agents contractuels

Application de la loi du 12 mars 2012

Le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé que l'article 2 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire dispose que, par dérogation à l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, l'accès aux corps de fonctionnaires de l'État dont les statuts particuliers prévoient un recrutement par la voie externe peut être ouvert par la voie de modes de recrutement réservés valorisant les acquis professionnels, dans les conditions prévues et précisées par des décrets en Conseil d'État, pendant une durée de quatre ans à compter de la date de publication de la loi.

Il a relevé également que les articles 13 et 24 de la loi du 2 mars 2012 prévoient, par dérogation aux statuts de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, des dispositions analogues pour ces deux fonctions publiques, dont les modalités d'application doivent être précisées par des décrets en Conseil d'État.

Le Conseil d'État a estimé que, si la loi du 12 mars 2012 précitée impose au Gouvernement de prendre les dispositions réglementaires fixant les conditions générales d'organisation des recrutements réservés qu'elle prévoit dans les trois fonctions publiques, il n'était pas tenu, en l'espèce, d'épuiser sa compétence et qu'il lui était loisible de prévoir un premier décret s'appliquant à la seule fonction publique de l'État.



4.12.1. Droit civil et commercial

Médiation en matière civile et commerciale – Litiges mettant en jeu des prérogatives de puissance publique

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale dont l'objet est d'établir une législation cadre régissant la médiation au sein de l'Union européenne.

L'article L. 771-3 du code de justice administrative, dans la rédaction de cet article issue de l'ordonnance du 16 novembre 2011, écartait du champ de la médiation les litiges mettant en jeu des prérogatives de puissance publique. Le projet de loi de ratification dont le Conseil d'État avait été initialement saisi supprimait cette disposition. Cette suppression aurait pu donner à penser que le champ de la médiation comprendrait dorénavant l'exercice de missions de souveraineté, alors que les actes ou omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (« *acta jure imperii* ») sont exclues de la directive et que le règlement de différends relatifs aux activités régaliennes par une personne privée se heurterait à une exigence constitutionnelle (pour le Conseil constitutionnel, voir en dernier lieu n° 2012-651 DC du 22 mars 2012 relative à la loi de programmation pour l'exécution des peines). La disposition a donc été rétablie.

4.12.2. Nationalité

Nationalité – Opposition à l'acquisition de la nationalité par mariage (article 21-4 du code civil)

Les décrets d'opposition à l'acquisition de la nationalité par mariage, pour défaut d'assimilation ou indignité, dont est saisi le Conseil d'État (section de l'intérieur) en nombre croissant et sur lesquels elle rend un avis le plus souvent favorable, conduisent à faire deux observations au titre de 2012.

Le refus, par les services départementaux, de diligenter une enquête sociale, quels qu'en soient les motifs, est trop souvent à déplorer. Il interdit à la section de se prononcer en pleine connaissance de cause. Selon les affaires, il peut induire un biais dans le sens de l'excès de rigueur ou de l'excès d'indulgence.

En matière d'opposition du Gouvernement à l'acquisition de la nationalité par mariage, la question de l'appartenance à des mouvances religieuses extrémistes s'est posée de manière récurrente au cours de l'année 2012.



Aux termes du premier alinéa de l'article 21-4 du code civil : « *Le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger dans un délai de deux ans à compter de la date du récépissé prévu au deuxième alinéa de l'article 26 ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du jour où la décision judiciaire admettant la régularité de la déclaration est passée en force de chose jugée* ».

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a relevé que l'administration tirait souvent des conséquences erronées, pour fonder son opposition à l'acquisition de la nationalité par mariage, de l'appartenance de l'intéressé à telle ou telle mouvance, confondant notamment indignité et défaut d'assimilation.

Le motif tiré de l'indignité ne peut reposer sur cette appartenance que d'une part, si celle-ci est effectivement établie et, d'autre part, si la mouvance en cause exerce une action hostile contre l'ordre public ou les valeurs de la République.

Quant au motif tiré du défaut d'assimilation, il doit être déduit du comportement de l'intéressé, tels que le confinement de l'épouse au domicile ou le refus de serrer la main d'un fonctionnaire de l'autre sexe et non de sa seule appartenance à telle ou telle obédience.

Enfin, le défaut d'assimilation ne peut être confondu avec l'indignité, même dans le contexte d'une pratique religieuse rigoriste :

- Le défaut d'assimilation réside dans des attitudes personnelles ou familiales révélant non une hostilité active à l'égard des valeurs de la République (séparation de la religion et de l'État, égalité entre les femmes et les hommes), mais une ignorance ou une absence d'intériorisation de ces valeurs ;
- L'indignité exige, pour sa part, une action militante ou prosélyte à l'encontre de ces valeurs.

Si l'administration retient à tort un motif, alors qu'elle aurait pu fonder valablement son opposition sur l'autre, il est souvent trop tard pour opérer une substitution de base légale devant le Conseil d'État. Une telle requalification est toutefois possible si, les délais le permettant, la section décide un supplément d'instruction dans le respect du contradictoire.



4.13. Logement

Taxe sur les logements vacants – Droit de propriété – Compétence du législateur

Un projet d'article de la loi de finances pour 2013 avait pour objet de modifier le régime de la taxe sur les logements vacants, inchangé depuis la création de cet impôt par la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. Il s'agit de combattre la « rétention » de logements susceptibles d'être offerts à la location, ou cédés, en allant plus loin qu'une disposition de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012, issue d'un amendement parlementaire et augmentant le taux de cette taxe. Il a été procédé à une réforme d'ensemble du régime initial de la taxe sur les logements vacants (TLV) : nouveau seuil abaissé à 50 000 habitants pour les communes concernées ; modification de la définition de la « vacance », un logement étant réputé vacant si, pendant une année et non plus deux années consécutives, il n'est pas occupé pendant 90 jours consécutifs, et non plus 30 ; enfin, à l'assiette ainsi élargie, s'applique un taux progressif nettement renforcé puisqu'il peut atteindre 25% de la valeur locative, ce qui correspond à une taxe d'habitation « pleine ».

Le Conseil d'État a considéré en premier lieu qu'un tel projet ne portait pas une atteinte excessive au droit de propriété, en se référant à la décision du Conseil constitutionnel n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, ainsi qu'à la décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012 (deuxième loi de finances rectificative pour 2012) ; en deuxième lieu, il s'est efforcé de mieux définir l'assiette de la taxe ; en troisième lieu, il a estimé nécessaire, pour éviter toute incompétence négative du législateur, que soient fixés par la loi les critères permettant de caractériser une situation de déséquilibre entre l'offre et la demande de logements entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant ; en quatrième et dernier lieu, il a recommandé au Gouvernement de faire référence, dans l'exposé des motifs ou les débats parlementaires, aux réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel aux paragraphes 16 à 19 de sa décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998 relatives à la taxe sur les logements vacants, en tant qu'elles n'ont pas été formellement reprises dans la loi : ces réserves constituent en effet le support de la conformité à la Constitution du dispositif soumis à l'examen du Conseil d'État, comme d'ailleurs de celui adopté en 1998.

Ces réserves ont au demeurant été réitérées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

Mise en place d'un dispositif de soutien fiscal en faveur de l'investissement locatif social

Dans le même projet de loi de finances, figurait un article visant à l'instauration d'un nouveau régime fiscal en faveur de l'investissement locatif, en remplacement de l'actuel dispositif dit « Scellier » qui venait à échéance le 31 décembre 2012.

Si le projet soumis à l'examen du Conseil d'État s'inspire, pour l'essentiel, du dispositif « Scellier » tel que codifié à l'article 199 *septvicies* du CGI, il lui apporte un certain



nombre de correctifs : réduction d'impôt calculée sur la base du prix de revient du logement que les contribuables ont acquis neuf, ou en l'état futur d'achèvement, dans la limite de 300 000 € ; inclusion de ce nouveau dispositif dans le plafonnement global des « niches fiscales » ; calcul d'un nouveau plafond pour les zones géographiques se caractérisant par un « déséquilibre particulièrement important » entre l'offre et la demande de logements ; nouvelle définition des logements éligibles ; exigence du respect des prescriptions relatives aux performances énergétiques et subordination de l'avantage fiscal à l'engagement du contribuable de louer les biens pendant une durée minimale de 9 ans. Enfin, cette réduction d'impôt s'applique aux seuls logements classés dans l'une des zones géographiques se caractérisant par un déséquilibre entre l'offre et la demande de logements. Le Conseil d'État a considéré qu'un tel dispositif n'était contraire à aucun principe constitutionnel.

Aménagement du régime d'imposition des plus-values immobilières

Un article du projet de loi de finances pour 2013 avait essentiellement pour objet d'aménager le régime des impositions des plus-values immobilières (PVI) réalisées par les particuliers. Il prévoyait la mise en place d'un régime spécifique d'imposition des PVI applicable aux cessions de terrains à bâtir et la création, pour les autres PVI, d'un abattement exceptionnel de 20 % pour une durée de détention qui sera applicable uniquement en 2013. Le Gouvernement, considérant que les modalités de détermination de l'assiette imposable des PVI contribuaient à la rareté de l'offre foncière et au renchérissement des prix du foncier constructible et estimant que l'application de l'abattement pour une durée de détention déterminée favorisait la rétention foncière des terrains constructibles, a tenté de rendre plus fluide le marché immobilier pour favoriser la construction de logements, notamment sociaux. À cet effet, le projet prévoyait la suppression, dès 2013, de l'abattement progressif pour durée de détention pour les terrains à bâtir ainsi que la soumission de ces plus-values immobilières au barème progressif de l'IR à compter du 1^{er} janvier 2015. Le Conseil d'État a considéré que l'ensemble de ces dispositions ne contrevenait à aucun principe constitutionnel.

A l'inverse, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2012-662 DC sur le projet de loi de finances pour 2013 (cst 101), a considéré que les plus-values immobilières sur les terrains à bâtir seront soumises au barème de l'IR dans les conditions ci-dessus décrites, à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus ci-dessus exposée, aux prélèvements sociaux prévus par l'article 16 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996, à la taxe obligatoire versée à l'Agence de services et de paiements ainsi que le cas échéant, à l'une des taxes facultatives alternatives que peuvent instituer les communes en matière de transport urbain. Faisant masse de l'ensemble de ces impositions, il en a déduit qu'un tel projet d'article était susceptible de conduire à un taux marginal maximal d'imposition de 82%. Ce taux constituant une charge excessive au regard de la capacité contributive considérée, il a procédé à la censure de la totalité de cet article.



4.14. Santé publique

4.14.1. Professions de santé

Plusieurs codes de déontologie de professions médicales et paramédicales ont fait l'objet de modifications significatives au cours de l'année écoulée. D'autres projets de décrets ont porté sur la compétence pour certains actes et certaines prescriptions, tant pour fixer les limites entre les activités des différents professionnels de santé que pour répondre à des besoins des patients ou à des exigences de santé publique. Un certain nombre de ces modifications ont pour fondement des dispositions du code de la santé publique modifiées ou créées par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

Codes de déontologie des professions médicales – Pouvoir réglementaire – Conseil national de l'ordre – Répartition des compétences

Aux termes de l'article L. 4127-1 du code de la santé publique, un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État. Le terme « préparé » doit être entendu comme impliquant l'existence d'une proposition du conseil national de l'ordre, qui a un pouvoir d'initiative pour l'élaboration ou la modification de toute disposition d'ordre déontologique réglementant l'exercice de la profession qu'il représente. Cependant, ce pouvoir d'initiative ne prive pas le Premier ministre de son pouvoir réglementaire. Lorsque le conseil national de l'ordre prépare une disposition, le Gouvernement peut la modifier dès lors que les modifications ou adjonctions apportées au projet ne sont pas radicalement différentes ou nouvelles par rapport à celles qui étaient proposées ou qu'elles ont pour objet d'adapter le texte réglementaire aux dispositions législatives applicables (cf. la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 30 avril 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, n° 173044). Tel est par exemple le cas lorsque le conseil national de l'ordre des médecins prépare une disposition relative au devoir d'information du patient qui est contraire aux dispositions nouvelles issues de la loi du 21 juillet 2009.

Lorsque le conseil national de l'ordre prépare une disposition, le Gouvernement ne peut prononcer sa disjonction que pour des motifs de légalité. Le Conseil d'État (section sociale) exerce un contrôle sur la légalité de cette disjonction. Tel est le cas d'une modification relative à l'exercice d'une activité médicale sur plusieurs sites, cette modification ayant pour effet de porter atteinte sans base légale à la liberté d'installation des médecins, s'agissant notamment de la première installation d'un lieu d'exercice libéral pour un médecin salarié dans un organisme privé.

Lorsque le conseil national de l'ordre ne prépare aucune disposition, le Gouvernement ne peut, de sa propre initiative, élaborer ou modifier une disposition du code de déontologie. Tel est, par exemple, le cas lorsqu'en l'absence de disposition préparée



par le Conseil national de l'Ordre des médecins, le Gouvernement édicte une disposition modifiant le code de déontologie médicale ayant pour objet de créer une nouvelle obligation déontologique relative au refus d'accès aux soins, et ce même si la disposition en cause a pour objet d'adapter le texte à de nouvelles dispositions législatives ; dans ce cas, il appartient au Gouvernement de saisir le Conseil national de l'Ordre des médecins afin qu'il prépare une modification du texte. Ce n'est qu'en cas de carence de l'Ordre qu'il pourra édicter la disposition réglementaire en cause pour la rendre conforme aux dispositions légales applicables.

Codes de déontologie des professions médicales – Compétences des professions de santé

Les sages-femmes, comme tout membre de professions médicales, sont habilitées par la loi à pratiquer sous leur propre responsabilité des actes médicaux en rapport avec leur sphère de compétence propre. Mais l'article L. 4151-1 du code de la santé publique précise que ces compétences propres sont exercées « *suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession* ». Cette construction a engendré la création d'un article réglementaire, l'article R. 4127-318, qui établit la liste des actes dit « frontières », enrichi de nouveaux alinéas à chaque nouvelle modification du code de déontologie. Les modifications apportées à l'article R. 4127-318 par le décret soumis au Conseil d'État concernent notamment, d'une part, la création d'un 1° rappelant le champ de compétence général des sages-femmes (« *La sage-femme est autorisée à pratiquer l'ensemble des actes cliniques et techniques nécessaires au suivi et à la surveillance des situations non pathologiques et au dépistage de pathologie, concernant : a) Les femmes à l'occasion du suivi gynécologique de prévention et de la réalisation de consultations de contraception ; b) Les femmes pendant la grossesse, l'accouchement et durant la période postnatale ; c) Le fœtus ; d) Le nouveau-né ;* ») et d'autre part, le maintien dans un 2° et la modification de la liste des actes dits « frontières ». Ces modifications sont apparues conformes aux évolutions législatives récentes, qui ont étendu de manière importante le champ de compétence des sages-femmes. En particulier, le maintien de la liste des actes « frontières », auxquels les professionnels se sont dits très attachés au cours des concertations conduites par le Gouvernement, est apparu souhaitable, notamment pour répondre aux interrogations des caisses d'assurance maladie, des mutuelles, des assurances et des autres professions de santé.

En revanche, la disposition qui permettait au Conseil national de l'ordre des sages-femmes (CNOSF) de définir lui-même les titres permettant aux sages-femmes une telle pratique a été disjointe. En effet, cette proposition a été formulée sans que l'Académie de médecine n'ait été consultée sur cette modification comme le prévoit le dernier alinéa de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique. Au surplus, la rédaction aujourd'hui en vigueur est précisément conforme à un avis de l'Académie de médecine, qui avait fixé la liste des titres autorisant les sages-femmes à pratiquer ces actes, qui ressortent en principe du monopole des médecins, et aucun texte législatif n'autorise les ordres professionnels, en dehors de cas bien spécifiques, à valider des titres permettant l'exercice de professions ou d'actes.



Monopole des pharmaciens pour la dispensation au public des médicaments – Dérogation

Le deuxième alinéa du III de l'article L. 5134-1 du code de la santé publique renvoie au décret les conditions de délivrance et d'administration des médicaments de contraception d'urgence dans les services universitaires et inter universitaires de prévention et de promotion de la santé (SUIMPPS) et permet aux infirmiers d'y procéder : il doit être regardé comme ayant entendu déroger au principe du monopole de la dispensation au public des médicaments par un pharmacien. Le projet de décret relatif à la délivrance de médicaments de contraception d'urgence par les services universitaires de médecine préventive peut, sur cette base, légalement confier au médecin responsable du service les obligations qui sont habituellement celles du pharmacien pour la tenue du registre obligatoire des médicaments délivrés sous prescription obligatoire.

Compétences des professions de santé – Pharmaciens d'officine – Possibilités dérogatoires de dispensation d'un médicament

L'article L. 5125-23-1 du code de la santé publique permet à titre exceptionnel au pharmacien d'officine de dispenser à un patient bénéficiant d'un traitement chronique les médicaments nécessaires à la poursuite du traitement, dans le cadre de la posologie initialement prévue, dans la limite d'une seule boîte par ligne d'ordonnance et sous réserve d'informer le médecin prescripteur. Il a été complété par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, s'agissant des contraceptifs oraux, lorsque la durée de validité d'une ordonnance datant de moins d'un an est expirée, par la possibilité du pharmacien de dispenser les médicaments nécessaires à la poursuite du traitement, sauf s'ils figurent sur une liste fixée par arrêté, pour une durée supplémentaire non renouvelable de six mois. Le Conseil d'État (section sociale), saisi du décret d'application de ce texte, a considéré que le Gouvernement ne pouvait pas, sans méconnaître la portée et l'esprit de la loi tel qu'ils ressortaient des débats parlementaires, ajouter dans le décret d'application une double limitation au renouvellement de la dispensation en prévoyant que la durée totale de traitement dispensé à partir d'une même ordonnance ne pourrait jamais être supérieure à un an et que la dispensation supplémentaire ne pourrait également pas excéder la durée de prescription initialement prévue sur l'ordonnance. Ces dispositions, qui restreignaient le champ d'application de l'article précité du code de la santé publique, ont été disjointes.

Compétences des professions de santé – Manipulateurs d'électroradiologie médicale - Obligation de surveillance d'un médecin – Méconnaissance

L'article L. 5126-5 du code de la santé publique prévoit que, par exception à la règle selon laquelle les pharmaciens exerçant au sein d'une pharmacie à usage intérieur doivent exercer personnellement leur profession, ils peuvent se faire aider par des préparateurs en pharmacie « *ainsi que par d'autres catégories de personnels spécialisés qui sont attachés à la pharmacie à usage intérieur à raison de leurs compétences* » et que « *ces personnes sont placées sous l'autorité technique du pharmacien chargé de la gérance* ». Si, en vertu de ces dispositions, il est loisible au pouvoir réglementaire de prévoir l'intervention d'auxiliaires médicaux au sein des



pharmacies à usage intérieur des établissements hospitaliers, c'est à la condition que leur concours s'effectue dans le respect des compétences assignées par la loi à ces professionnels. Or, il résulte de l'article L. 4351-1 du code de la santé publique que les manipulateurs d'électroradiologie médicale ne sont habilités à exercer des actes médicaux dont la liste est prévue par décret que « *sous la responsabilité et la surveillance d'un médecin en mesure d'en contrôler l'exécution et d'intervenir immédiatement* ». Méconnaît ces dispositions un projet de décret relatif aux actes réalisés par les manipulateurs d'électroradiologie médicale prévoyant de confier à ces auxiliaires médicaux la préparation au sein des pharmacies d'usage intérieur de médicaments radio pharmaceutiques consistant en des actes de pharmacie, pour lesquels ces professionnels se trouveraient placés sous l'autorité technique du pharmacien chargé de la gérance et non sous celle d'un médecin conformément à l'article L. 4351-1.

4.14.2. Médicaments et autres produits de santé

L'année 2011 avait été marquée par l'adoption de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, adoptée à la suite de l'affaire dite du « Médiateur ». La mise en œuvre de ces nouvelles orientations a été à l'origine d'un grand nombre de décrets d'application dont le Conseil d'État a eu à connaître en 2012. Plus largement, d'autres textes ont été examinés sur les autorisations temporaires d'utilisation, sur les dispositifs médicaux, et sur l'approvisionnement et la publicité sur les médicaments.

Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé – Organisation des commissions d'expertise consultatives placées auprès de l'Agence – Compétence de l'Agence

En vertu de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a succédé à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS). Le Conseil d'État a estimé, lors de l'examen du décret relatif à cette agence, que le pouvoir réglementaire pouvait se dessaisir de la compétence jusque là exercée par lui en ce qui concerne l'organisation des commissions d'expertise placées auprès de l'Agence. L'Agence est compétente, sur le fondement des dispositions prévues par la loi et le projet de décret d'application, pour prendre les décisions relatives à la création et à l'organisation des commissions d'expertise scientifique conseillant le directeur général, mesures qui relèvent de son organisation interne et sont nécessaires à l'exercice de ses missions. De même, Le directeur général de l'Agence peut se voir confier la compétence pour nommer les membres des commissions d'expertise scientifique placées auprès de lui pour le conseiller, compte tenu des pouvoirs de police sanitaire que lui confère l'article L. 5322-2 du code de la santé publique et de l'habilitation donnée au décret en Conseil d'État par l'article L. 5322-3 du code de la santé publique.



Approvisionnement en médicaments à usage humain – Pouvoirs du directeur de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé – Absence de base légale

Si les exigences de la régularité d'approvisionnement en médicaments relèvent de l'intervention publique, le Conseil d'État (section sociale) n'a pu retenir plusieurs dispositions du projet de décret relatif à l'approvisionnement en médicaments à usage humain qui, d'une part, confèrent au directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) des pouvoirs de contrainte vis-à-vis d'entreprises de fabrication de médicaments, et d'autre part, limitent les activités susceptibles d'être exercées par les grossistes répartiteurs ou par les distributeurs en gros à l'exportation et restreignent les activités d'exportation des grossistes répartiteurs à certaines catégories de médicaments. Ces dispositions ne reposent, en effet, sur aucune disposition législative habilitant le pouvoir réglementaire à prévoir, en cas de pénuries, un régime obligatoire et contraignant d'approvisionnement du marché national en médicaments et à réguler les exportations de ces mêmes produits.

Ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution – Limites de l'habilitation donnée par le législateur – Produits cosmétiques – Produits de tatouage

Saisi d'un projet d'ordonnance portant adaptation de la législation liée à l'application du règlement (CE) n° 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques, le Conseil d'État (section sociale) a rappelé qu'une habilitation donnée par le législateur à modifier un texte par ordonnance doit s'apprécier strictement notamment lorsque des infractions pénales sont en cause. Si, en l'espèce, il a considéré que la réglementation relative aux produits de tatouage pouvait être modifiée dans le cadre de l'habilitation, car les règles de fond figurant dans la législation française régissant les produits de tatouage sont définies par renvoi à la législation applicables aux produits cosmétiques, il a en revanche estimé que cette habilitation ne pouvait permettre au Gouvernement de créer de nouvelles incriminations pénales dans le champ des produits de tatouage. Il a par ailleurs disjoint des dispositions relatives à des sanctions qui méconnaissaient le principe de proportionnalité des délits et des peines, notamment en ne respectant pas la hiérarchie entre les infractions de fond et celles qui ont un caractère formel.



4.15. Sécurité et ordre public

4.15.1. Activités privées de sécurité

Code de déontologie – Restrictions apportées à la liberté d’expression – Limites du domaine d’un code de déontologie

Le Conseil d’État (section de l’intérieur) a examiné un projet de décret relatif au code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités de sécurité privées.

En vertu de l’article L. 632-1 du code de la sécurité intérieure, ce code est « préparé » par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) et « approuvé » par décret en Conseil d’État. Au regard des termes de cette habilitation, ni le Gouvernement, ni le Conseil d’État ne peuvent apporter au code des modifications qui, par leur nature ou par leur ampleur, ne pourraient plus le faire regarder comme préparé par le CNAPS. Ils ne peuvent non plus ajouter à ce code. Enfin, ils ne peuvent en disjoindre une disposition que pour illégalité.

En l’espèce, les motifs de légalité qui ont conduit à des disjonctions sont les suivants. En premier lieu, si l’obligation de discernement trouve sa place naturelle dans un code de déontologie, les règles restreignant la liberté d’expression doivent, en conformité avec le droit du travail, être conciliées avec les droits et libertés des salariés. En particulier, les restrictions à l’expression des convictions politiques et confessionnelles, dans l’exercice des fonctions, doivent être proportionnées aux missions et non faire l’objet d’une interdiction générale et absolue. En second lieu, les règles relatives aux contrats avec le client (obligation d’un contrat écrit, obligation de moyens et non de résultat) relèvent du droit des obligations et non d’un code de déontologie.

4.15.2. Points d’importance vitale

L’article 26 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a créé dans le code de la défense un article L. 1332-2-1 qui dispose : « *L’accès à tout ou partie des établissements, installations et ouvrages désignés en application du présent chapitre est autorisé par l’opérateur qui peut demander l’avis de l’autorité administrative compétente dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d’État. / L’avis est rendu à la suite d’une enquête administrative qui peut donner lieu à la consultation du bulletin n° 2 du casier judiciaire et de traitements automatisés de données à caractère personnel relevant de l’article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, à l’exception des fichiers d’identification. / La personne concernée est informée de l’enquête administrative dont elle fait l’objet* ».



Dans un contexte où la menace terroriste est ressentie comme croissante, le Conseil d'État a émis un avis favorable à ce nouvel article du code de la défense qui a pour but de mettre un terme aux insuffisances constatées dans le dispositif actuel d'accès à ces installations. L'opérateur d'importance vitale est le gestionnaire des accès, ce qui signifie qu'il est responsable de l'entrée des personnes dans l'un des points d'importance vitale placés sous son autorité. Pour assurer un contrôle efficace des entrées, une procédure d'habilitation préalable est instituée, éventuellement précédée d'une enquête administrative, dans les conditions et selon les modalités prévues par le projet. Pour autoriser une personne à accéder à un point d'importance vitale, l'opérateur pourra en effet demander, s'il l'estime nécessaire, l'avis de l'autorité administrative (en principe le préfet de département) qui le rendra à la suite d'une enquête consistant à vérifier l'identité d'un individu par tous les fichiers possibles afin d'avoir sa physionomie complète.

Les personnes concernées seront informées qu'elles font l'objet d'une telle enquête. À l'issue de celle-ci, le préfet émettra à destination de l'opérateur requérant un avis sur la personne susceptible d'être accréditée.

4.16. Sécurité sociale et action sociale

4.16.1. Sécurité sociale

Domaine des lois de financement de la sécurité sociale – Appartenance

Lors de l'examen du projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2013, le Conseil d'État a constaté que le respect de l'ONDAM – objectif national de dépenses d'assurance maladie – pour la troisième année consécutive renforce la portée de cet objectif dans la loi de financement de la sécurité sociale, alors même qu'il ne s'agit pas d'une disposition ayant un caractère impératif.

Le Conseil d'État a examiné comme chaque année l'appartenance au domaine des LFSS des dispositions du projet du Gouvernement. Il a considéré que les dispositions ayant pour objet d'interdire la publicité pour les médicaments non remboursés par la sécurité sociale, dont la dénomination est la reprise partielle de la dénomination de médicaments remboursés par elle, ont principalement pour effet de restreindre les ventes de médicaments non remboursés et n'ont qu'un effet trop indirect sur les dépenses de la sécurité sociale au sens de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale, pour pouvoir figurer dans une loi de financement de la sécurité sociale.

En revanche, il a admis une disposition modifiant le code monétaire et financier afin de permettre à des centres hospitaliers régionaux de procéder à l'émission de billets de trésorerie, compte tenu de l'impact direct sur les finances de ces établissements



qui gèrent des dépenses relevant de l'ONDAM. De même, il a estimé qu'avaient leur place en LFSS des dispositions restreignant l'activité des visiteurs médicaux dans les établissements de santé, l'impact de ces démarches de publicité sur les dépenses d'assurance-maladie étant suffisamment bien établi. Le Conseil constitutionnel a porté sur ces deux derniers points une appréciation différente (décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012).

4.16.2. Action sociale

Compétence du pouvoir réglementaire – Libre administration des collectivités territoriales – Modalités d'application de la loi

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif aux modalités d'orientation des bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA), de suspension de ce revenu et de radiation de la liste des bénéficiaires. Il a observé que le décret en Conseil d'État prévu par l'article L. 262-58 du code de l'action sociale et des familles pour déterminer les « modalités d'application » de la loi, peut prévoir que le président du conseil général, compétent en vertu de l'article L. 262-29 du CASF pour prendre une décision d'orientation du bénéficiaire du revenu de solidarité active, doit prononcer cette décision d'orientation dans un délai de deux mois. Une telle disposition ne porte pas atteinte à la libre administration des collectivités locales mais constitue une modalité d'application de la loi. De même, le décret en Conseil d'État peut prévoir, pour l'application de l'article L. 262-27 du code de l'action sociale et des familles (qui confère au bénéficiaire du RSA le droit à un accompagnement social et professionnel adapté à ses besoins) et du 2° de l'article L. 262-29 (selon lequel le bénéficiaire du RSA est orienté vers une insertion « sociale » lorsqu'il rencontre des difficultés de tous ordres à engager une démarche de recherche d'emploi), que le président du conseil général prend une décision d'orientation vers le dispositif d'insertion sociale, au terme du délai de deux mois mentionné ci-dessus. Une telle disposition ne porte pas atteinte à la libre administration des collectivités locales et permet l'application de la loi dans l'intérêt des bénéficiaires du RSA.

4.16.3. Protection sociale complémentaire

Contributions des employeurs au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance – Condition d'exonération de cotisations sociales en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale

En application des dispositions de l'article L. 242-1 du code de sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010, 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, lorsque ces garanties entrent dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du même 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. Lors de l'examen du projet de décret relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaires, pris pour l'application de ce texte, le Conseil d'État (section sociale) a estimé que répondaient à un caractère objectif, au sens de cette disposition, les critères suivants mentionnés à l'article R. 242-1-1 : 1° L'appartenance aux catégories de cadres et de non cadres résultant de l'utilisation des définitions issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention ; 2° Les tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite issus de la convention nationale mentionnée au 1° ou de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 ; 3° L'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au livre deuxième de la deuxième partie du code du travail ; 4° Le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou les accords mentionnés au 3° ; 5° L'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.

En revanche, il a disjoint du projet du Gouvernement les critères suivants : 1° L'appartenance aux catégories de cadres définies par référence au deuxième alinéa de l'article L. 3111-2 du code du travail (cadres dirigeants), critère jugé trop étroit pour être retenu ; 2° L'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement, critère jugé trop flou pour pouvoir être retenu.

Le Conseil d'État a estimé que pouvaient être considérées comme remplissant la condition de couverture de l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place : 1° Les prestations de retraite supplémentaire bénéficiant à des catégories établies à partir de critères mentionnés aux 1° et 3° de l'article R. 242-1-1 précité ; 2° Les prestations destinées à couvrir le risque de décès des cadres mentionnées au 1° ; 3° Les prestations destinées à couvrir les risques d'incapacité de travail, d'invalidité, d'inaptitude ou de décès, lorsque ce dernier est associé à au moins un des trois risques précédents, ou la perte de revenus en cas de maternité, bénéficiant à des catégories établies à partir des critères mentionnés aux 1° et 2°. En revanche, il a considéré que les prestations destinées à couvrir des frais de santé ou une perte de revenu en cas de maladie, ne peuvent bénéficier à des catégories établies à partir des critères mentionnés aux 1° et 2° que si l'ensemble des salariés de l'entreprise sont couverts. Les conditions d'exonération retenues, qui n'avaient pas fait l'objet d'un décret dans l'état antérieur de la loi, font déjà l'objet de contentieux, devant le juge judiciaire, par les entreprises, les syndicats et les branches professionnelles en cause.



4.17. Transports

Agrément des centres de contrôle technique des véhicules – Dispositions transitoires

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret modifiant certaines dispositions du code de la route relatives au contrôle technique des véhicules, dont l'objet était notamment de tirer les conséquences de deux décisions du Conseil d'État statuant au contentieux (21 octobre 2011, *Société Auto Bilan France*, n° 342498 et *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, n° 343 416), a modifié sensiblement la version proposée par le Gouvernement en acceptant que les agréments délivrés aux installations auxiliaires en vertu de l'article R. 323-13 du code de la route, dans sa rédaction antérieure à la publication de ce décret, puissent être maintenus « *dans l'intérêt de la sécurité routière pour une durée d'au plus quatre ans à partir de cette date de publication si les circonstances locales le justifient* », c'est-à-dire en fixant, pour un tel maintien, un délai (4 années au plus) et deux conditions : l'intérêt général (la sécurité routière) et les justifications locales (couverture du territoire national).

Dépannage sur autoroute – Sanctions pénales

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par le ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement d'un projet de décret tendant à sanctionner d'une amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe l'exercice du dépannage sur un ouvrage d'art concédé ou une autoroute par une personne n'ayant pas conclu à cet effet un contrat avec le gestionnaire de la voie, a considéré, dans la mesure où aucun texte ne prévoit de façon générale une telle obligation, qu'il convenait de limiter la portée du décret aux autoroutes concédées, dont les cahiers des charges réservent l'activité de dépannage à des professionnels liés par contrat au concessionnaire après mise en concurrence et obtention d'un agrément. Il a estimé en outre, les intérêts qu'il s'agit de protéger étant principalement ceux liés à la sécurité routière, qu'il convenait de définir l'infraction comme étant constituée par le défaut d'agrément plutôt que par le défaut de contrat, l'autorité préfectorale amenée à délivrer cet agrément étant à même d'apprécier les garanties professionnelles et financières attendues de l'entreprise.

Sécurité maritime – Autorité administrative compétente

L'article L. 5331-3 du code des transports, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011 portant diverses dispositions d'adaptation du code des transports au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes dispose : « *L'État détermine les conditions d'accueil des navires en difficulté./ L'autorité administrative enjoint s'il y a lieu à l'autorité portuaire d'accueillir un navire ayant besoin d'assistance. Elle peut également, s'il y a lieu, autoriser ou ordonner son mouvement dans le port / (...)* ».



Saisi d'un projet de décret ayant pour objet de désigner « l'autorité administrative » mentionnée à cet article, le Conseil d'État (section des travaux publics) n'a pu donner, pour des raisons tenant à l'efficacité de l'action administrative, un avis favorable au partage des compétences entre le préfet maritime et le préfet terrestre qu'envisageait le Gouvernement. Le projet entendait en effet attribuer au préfet maritime la compétence pour décider, lorsqu'un navire est en difficulté, s'il y a lieu ou non pour l'État de faire usage de son pouvoir d'enjoindre à une autorité portuaire d'accueillir le navire, tout en chargeant le préfet terrestre de procéder à cette injonction. La section a estimé contraire à une bonne administration d'organiser une telle dissociation de l'injonction elle-même entre deux autorités administratives de l'État en distinguant la décision d'enjoindre et le prononcé de l'injonction dans la situation envisagée qui, par hypothèse, appelle des mesures d'urgence. Elle a donc modifié le projet du Gouvernement afin d'attribuer compétence au préfet maritime pour notifier l'injonction d'accueil à l'autorité portuaire, le préfet de département étant chargé de veiller à l'exécution de la décision du préfet maritime.

Répercussion de l'éco-taxe poids lourds sur le prix du transport

Saisi d'un projet de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transport, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a considéré que la répercussion sur les professionnels du chargement de la taxe sur les véhicules de transport de marchandises acquittée par les transporteurs sous la forme d'une majoration forfaitaire du prix du transport, n'était contraire ni au principe de liberté contractuelle, ni au principe d'égalité.

4.18. Travail, emploi et formation professionnelle

Apprentissage – Accueil des apprentis – Entreprise de travail temporaire

Le Conseil d'État (section sociale), saisi de deux projets de décrets permettant l'accueil d'apprentis dans une autre entreprise que celle qui les emploie ou dans une entreprise de travail temporaire, a vérifié que les garanties du respect des règles légales relatives à l'apprentissage étaient assurées. Une première garantie, tant pour l'apprenti que pour l'employeur, consiste à préciser qu'un maître d'apprentissage est nommé au sein de l'entreprise d'accueil. Une telle disposition, qui ne s'impose pas nécessairement lorsque cet accueil vise simplement à compléter la formation « en ayant recours à des équipements ou des techniques » qui ne sont pas utilisés dans l'entreprise qui emploie l'apprenti, s'avère au contraire indispensable lorsque l'apprenti est susceptible de recevoir la moitié de sa formation pratique dans l'entreprise d'accueil. Une seconde garantie consiste à compléter la convention tripartite prévue à l'article R. 6223-11 du code du travail. Cet engagement constitue en effet le seul moyen juridique, pour l'entreprise qui a signé le contrat d'apprentissage,



de se retourner contre l'entreprise d'accueil et de lui permettre d'engager, le cas échéant, sa responsabilité contractuelle, en cas de non respect par cette dernière des obligations en matière de formation que le code du travail impose au seul employeur.

4.19. Urbanisme et aménagement

Opération d'intérêt national – Établissement public d'aménagement – Projet d'urbanisme et d'aménagement – Conditions

Saisi d'un projet de décret portant apport au profit de l'Établissement public d'aménagement de Bordeaux-Euratlantique du terrain d'emprise des abattoirs de la ville de Bordeaux en vue de la réalisation d'un vaste projet d'urbanisme et d'aménagement s'inscrivant dans le cadre d'une opération d'intérêt national, le Conseil d'État (section des travaux publics) a inséré une disposition selon laquelle « *l'État pourra, à première demande, se voir transférer en pleine propriété et à titre gratuit tout ou partie des terrains de l'ensemble immobilier [concerné] qui n'auront pas fait l'objet de cessions dans la cadre de l'opération d'aménagement ou dont le préfet de la Gironde constatera à l'occasion de l'approbation prévue à l'article L. 311-6 du code de l'urbanisme que la cession ne concourt pas aux objectifs fixés dans l'arrêté créant la ZAC* ». Le décret précise par ailleurs que les modalités de ce retour seront définies dans le cahier des charges, annexé à l'acte authentique constatant le transfert de propriété, établi par l'administration des domaines.



5. Index

A

Action sociale	320
– Revenu de solidarité active (RSA).....	320
Adoption	200
Agence française de lutte contre le dopage	253
Agriculture	263
– Prévention du risque sanitaire	
. <i>Épidémiosurveillance</i>	263
. <i>Maladies animales et végétales</i>	263
. <i>Schéma régional de maîtrise des dangers sanitaires</i>	263
Aides d'État	257
– Garantie de l'État.....	257
Assurances	271
– Caisse centrale de réassurance.....	273
– Garantie de l'État.....	272
– Indemnisation des catastrophes naturelles.....	272
Autorités administratives indépendantes (AAI)	265
– Autorité de la concurrence.....	229, 243
– Commission nationale informatique et libertés (CNIL).....	254
Autorités publiques indépendantes	265

B

Banque	270
– Banque publique d'investissement.....	270
– Réforme bancaire et financière.....	181, 193
Bioéthique	
– Procréation médicalement assistée.....	200
Budget et comptabilité publique	264
– Gestion budgétaire et comptable publique.....	266
– Lois de finances.....	182, 218, 264
. <i>Loi de programmation des finances publiques pour 2012 à 2017</i>	189
. <i>Loi organique relative au pilotage des finances publiques</i>	188
– Plafonds d'autorisation d'emplois.....	265

C

Collectivités territoriales	220
– Libre administration des collectivités territoriales.....	285
– Pouvoir réglementaire des collectivités territoriales.....	220
. <i>Pouvoirs d'adaptation de la norme nationale</i>	221
. <i>Principe d'égalité</i>	221
Comités techniques	227
– Établissements pénitentiaires.....	228
– Organisation et de fonctionnement des services.....	228
Commande publique	222
– Contrat de partenariat.....	222



Commissions administratives	
– Commission administrative à caractère consultatif	
. <i>Commission de sûreté des aérodromes</i>	<u>224</u>
. <i>Conseil national de l'habitat</i>	<u>224</u>
Communications électroniques	<u>267</u>
– Téléphonie mobile.....	<u>267</u>
Concurrence et consommation	<u>269</u>
– Étiquetage des denrées alimentaires	<u>269</u>
– Organisme génétiquement modifié (OGM).....	<u>269</u>
Constitution	
– Article 1er de la Constitution	<u>209</u>
– Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	<u>209</u>
– Article 53 de la Constitution.....	<u>249</u>
– Article 72 de la Constitution.....	<u>243</u>
– Article 73 de la Constitution.....	<u>244</u>
– Article 74 de la Constitution.....	<u>246</u>
– Droits et libertés garantis par la Constitution	<u>209</u>
– Ordonnances de l'article 38 de la Constitution	<u>217</u>
. <i>Champ de l'habilitation</i>	<u>217</u>
. <i>Délégation de pouvoir législatif</i>	<u>218</u>
. <i>Loi de ratification</i>	<u>218</u>
Consultations	
– Article 7 de la Charte de l'environnement.....	<u>205, 216</u>
– Article L. 120-1 du code de l'environnement.....	<u>231</u>
– Bilan social de l'entreprise.....	<u>226</u>
– Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières.....	<u>231</u>
– Comités techniques.....	<u>227</u>
– Comités techniques ministériels	<u>225</u>
– Commission administrative à caractère consultatif.....	<u>222</u>
– Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN)	<u>229</u>
– Conseil supérieur de la fonction militaire	<u>225</u>
– Conseil supérieur de la fonction publique de l'État.....	<u>225</u>
– Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière	<u>226</u>
– Conseil supérieur des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel.....	<u>226</u>
– Consultation ouvertes sur Internet.....	<u>179, 231</u>
– Consultations obligatoires.....	<u>179</u>
– Organisations syndicales représentatives.....	<u>226</u>
Contrats	
– Contrat de génération.....	<u>197</u>
– Contrat de partenariat	<u>222</u>
– Contrats aidés («emplois d'avenir»).....	<u>195</u>
Conventions internationales	
– Convention internationale des droits de l'enfant	<u>245</u>
– Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	<u>245</u>
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	<u>245</u>
Crédit, monnaie, services financiers	<u>270</u>
Crise financière	<u>186</u>
– Mécanisme européen de stabilité (MES)	<u>186</u>
– Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG).....	<u>187</u>
Cultes	<u>273</u>
– Associations diocésaines	<u>273</u>

D

Défense	274
– Conseils supérieurs.....	274
– Justice militaire.....	275
. <i>Police judiciaire militaire</i>	275
– Services de guerre	
. <i>Décoration</i>	274
– Statut des militaires.....	275
. <i>Cumul d'activités</i>	275
. <i>Reconversion des militaires</i>	275
Discriminations	
– Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.....	245
– Discriminations hommes-femmes.....	209
– Droits et libertés garantis par la Constitution.....	209
. <i>Article 1er de la Constitution</i>	209
. <i>Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen</i>	209
– Nominations aux emplois de direction.....	209
Domaine public	232
– Démembrement du domaine public.....	232
– Domaine national de Chambord.....	233
– Domaine public hertzien.....	232

E

Élections	
– Élections locales.....	210
. <i>Scrutin de liste</i>	210
– Élections municipales	
. <i>Égal accès des femmes et des hommes aux mandats municipaux (objectif constitutionnel)</i>	211
. <i>Pluralisme de l'élection</i>	211
Emploi et formation professionnelle	323
– Apprentissage.....	323
– Chômage partiel.....	198
– Entreprise de travail temporaire.....	323
Emplois d'avenir	195
– « Emplois d'avenir professeur ».....	195
Énergie	277
– Énergie « de réseau ».....	277
– Tarification.....	277
. <i>Bonus-malus de consommation d'énergies de réseau</i>	277
. <i>Tarif de première nécessité de l'électricité</i>	277
. <i>Tarif de solidarité du gaz</i>	277
Enfants	201
– Convention internationale des droits de l'enfant.....	245
– Mariage et adoption pour les couples de même sexe.....	200
Environnement	280
– Accès aux informations relatives à l'environnement.....	285
– Charte de l'environnement.....	205, 216, 280
– Eau.....	282
– Évaluation environnementale.....	281
– Installations classées.....	280, 282
– Parcs nationaux.....	284, 285



Établissements pénitentiaires	228
Établissements publics	239
– Centre national de gestion	227
– Contrats publics - Contrat de partenariat	222
– Création d'un établissement public	238, 270
– Dirigeants d'établissements publics	239, 271, 284
– Établissement public d'aménagement	324
– Établissement public du domaine national de Chambord	233
– Établissement public du parc national des Calanques	284
– Établissement public local	230
– Pôle Emploi	198
Étrangers	234
– Contrôle aux frontières	234
Étude d'impact	180
– Exigences requises pour les lois de finances	182
– Exigences requises pour les lois de ratification d'ordonnances	218
– Exigences requises pour les lois ordinaires	180
– Mariage et adoption pour les couples de même sexe	200, 201
– Réforme bancaire et financière	181
– Réforme des élections locales	211
Expérimentation	240

F

Femmes	245
– Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	245
– Égal accès aux mandats électoraux	210
– Équilibre des nominations dans la fonction publique	209
– Mariage et adoption pour les couples de même sexe	200
Fiscalité	287, 299
– Fiscalité sur le patrimoine	293
. <i>Barème de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)</i>	294
. <i>Contribution exceptionnelle sur la fortune</i>	293
. <i>Imposition des plus-values immobilières</i>	312
– Fiscalité sur les revenus	287
. <i>Barème progressif de l'impôt sur le revenu (IR)</i>	287, 291
. <i>Contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus</i>	289
. <i>Facultés contributives du foyer</i>	289
. <i>Imposition confiscatoire</i>	290
. <i>Imposition des dividendes et des produits de placement</i>	291
. <i>Imposition des gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des particuliers</i>	292
. <i>Quotient conjugal</i>	290
. <i>Quotient familial</i>	288
– Fiscalité sur les sociétés	296, 299
. <i>Crédit d'impôt recherche</i>	299
. <i>Taxe sur les risques systémiques</i>	297
. <i>Taxe sur les transactions financières</i>	297
– Fraude fiscale	299
Foncier public	207
Fonction publique	301
– Agents contractuels	308
– Conseil commun de la fonction publique	301
– Droits syndicaux	301
– Principe de participation	301

– Recrutement sans concours	302
– Statut général de la fonction publique.....	199
Fonction publique de l'État	
– Administrateurs civils.....	305
– Concessions de logement	232
– Corps interministériel	307
– Dirigeants d'établissements publics.....	239
– École nationale d'administration (ENA)	303
– Grade fonctionnel	305
– Mesure d'organisation du service.....	303
– Ministère « chef de file ».....	307
– Mise en disponibilité d'office.....	306
– Nomination en surnombre	306
– Recherche d'affectation.....	306
– Retraites.....	239
– Sapeurs-pompiers professionnels.....	306
– Statut d'emploi	303
Fonction publique hospitalière	
– Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction.....	227
– Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière	301
– Statut des « internes »	305

H

Harcèlement sexuel	199
Hiérarchie des normes	215
– Contreseing.....	216
– Décret d'application	219
– Domaine respectif de la loi et du règlement	
. <i>Domaine de la loi</i>	215
. <i>Pouvoir réglementaire</i>	216
. <i>Pouvoir réglementaire des collectivités territoriales</i>	220

I

Internet	231
-----------------------	-----

J

Juridictions administratives spécialisées	235
– Extension des règles du contrôle technique aux pharmaciens.....	235
– Participation des médecins-conseils.....	236
– Section des assurances sociales	235
Juridictions judiciaires spécialisées	
– Tribunaux maritimes	237
Justice	309
– Droit civil et commercial.....	309
. <i>Médiation en matière civile et commerciale</i>	309

L

Libertés et principes fondamentaux	236
– Droit de propriété.....	239, 311
. <i>Mobilisation du foncier public</i>	208



- Liberté contractuelle.....	239
- Liberté d'établissement en matière commerciale.....	242
- Liberté d'expression.....	318
- Liberté du commerce et de l'industrie.....	239, 283
- Principe d'égalité.....	236
- Sécurité juridique.....	238
Limite d'âge.....	239
Logement.....	207, 311
- Concessions de logement.....	232
- Droit de propriété.....	208, 311
- Évolution de certains loyers.....	230
- Imposition des plus-values immobilières.....	312
- Investissement locatif social.....	311
- Logements sociaux.....	208
- Logements vacants.....	311
- Mobilisation du foncier public en faveur du logement et renforcement des obligations de production de logement social.....	207
- Procédure de réquisition.....	207
Loi de financement de la sécurité sociale.....	216, 319
Loi écran.....	219

M

Mariage et adoption pour les couples de même sexe

- Intérêt de l'enfant.....	200
- Procréation médicalement assistée.....	200

Médicaments et produits de santé.....

- Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.....	316, 317
- Dispositifs médicaux.....	259
- Produits cosmétiques.....	317
- Publicité pour les médicaments non remboursés.....	319

N

Nationalité.....	309
- Nationalité par mariage.....	309

O

Objectif constitutionnel

- Égal accès des femmes et des hommes aux mandats municipaux.....	211
---	-----

Outre mer.....

- Article 72 de la Constitution.....	243
- Article 73 de la Constitution.....	244
- Article 74 de la Constitution.....	246
. <i>Compétence partagée en matière de pensions.....</i>	<i>248</i>
. <i>Compétence partagée en matière de responsabilité.....</i>	<i>247</i>
- Liberté d'établissement en matière commerciale.....	242
- Loi du pays.....	247
- Mayotte.....	244
. <i>Régime de l'identité législative.....</i>	<i>244</i>
- Nouvelle-Calédonie.....	247
- Saint-Martin.....	246

P

Peines	
– Principe de non-rétroactivité des peines	<u>208</u>
Principe de participation du public	<u>205</u>
Professions de santé	<u>235, 313</u>
– Codes de déontologie des professions médicales.....	<u>314</u>
– Codes de déontologie (sage-femme)	<u>313</u>
– Infirmiers.....	<u>235</u>
– Masseurs-kinésithérapeutes.....	<u>235</u>
– Médecins	<u>235</u>
– Pédicures-podologues	<u>235</u>
– Pharmaciens.....	<u>235</u>
Prolongation d'activité.....	<u>239</u>
Protection sociale complémentaire	<u>320</u>

Q

Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)	<u>236</u>
– Composition des tribunaux maritimes commerciaux	<u>237</u>
– Contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus.....	<u>289</u>
– Principe d'égalité devant les procédures juridictionnelles	<u>236</u>
– Principe de participation du public	<u>205</u>
– Taxe sur les transactions financières.....	<u>297</u>
Quotas	
– Équilibre des nominations dans la fonction publique.....	<u>209</u>
– Quotas d'émission de gaz à effet de serre	<u>216, 231</u>

R

Recours administratif préalable obligatoire	<u>240</u>
Réforme bancaire et financière.....	<u>181, 193</u>
Retraites	<u>239, 248, 306, 320</u>

S

Sanctions	<u>252</u>
– Proportionnalité des peines.....	<u>252</u>
– Sanction pénale ou sanction administrative.....	<u>252</u>
Santé publique.....	<u>313</u>
– Dopage.....	<u>253</u>
– Médicaments et produits de santé.....	<u>316</u>
. <i>Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé</i>	<u>317</u>
. <i>Agence nationale du médicament et des produits de santé</i>	<u>316</u>
. <i>Produits cosmétiques</i>	<u>317</u>
Sécurité et ordre public.....	<u>318</u>
– Activités privées de sécurité	<u>318</u>
– Liberté d'expression.....	<u>318</u>
– Points d'importance vitale	<u>318</u>
Sécurité sociale.....	<u>319</u>
– Dépenses de la sécurité sociale.....	<u>319</u>
– Objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM)	<u>319</u>
. <i>Publicité pour les médicaments non remboursés</i>	<u>319</u>
. <i>Visiteurs médicaux</i>	<u>320</u>



T

Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)	298
– TVA « compétitivité »	298
Téléprocédures	226, 230, 236
Terrorisme	
– Prévention et répression du terrorisme.....	202
– Sécurité et lutte contre le terrorisme.....	203
Traitement de données à caractère personnel	251, 253
– Commission nationale informatique et libertés (CNIL)	254
– Données relatives à la santé	253, 254
– Données sensibles	253, 254
– Logiciels de rapprochement judiciaire	255
Transports	322
– Transport aérien	249
– Transport maritime	
. <i>Sécurité maritime</i>	322
– Transport terrestre	
. <i>Contrôle technique des véhicules</i>	322
. <i>Éco-taxe poids lourds</i>	323
Travail	323
– Code du travail applicable à Mayotte	245
– Placement de main d'oeuvre	260
– Travail des étrangers	246

U

Union européenne	256
– Accord sur la création d'un espace aérien commun entre l'Union européenne et ses États membres.....	249
– Aides d'État	257
. <i>Garantie de l'État</i>	257
– Dispositifs médicaux	259
– Élargissement de l'Union européenne.....	256
. <i>Croatie</i>	256
– Notification a posteriori à la Commission.....	259
– Notification préalable à la Commission	259
– Placement de main d'oeuvre	260
– Régions ultrapériphériques (RUP)	249
– Transposition de directive	
. <i>Directive « redressement et résolution des établissements financiers »</i>	191
. <i>Transposition de la directive « Omnibus I »</i>	190
Urbanisme et aménagement	324
– Établissement public d'aménagement.....	324
– Opération d'intérêt national	324

6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État

6.1. L'activité consultative en 2012 : 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	429	12	-
Section des finances	151	19	8
Section des travaux publics	199	8	2
Section sociale	165	5	2
Section de l'administration	160	3	-
Sous total	1104	47	12
Section du rapport et des études	2	2	-
Total	1106	49	12

⁽¹⁾ projets de rapports et d'études pour la section du rapport et des études.

⁽²⁾ présentation du texte examiné au titre de la section administrative « pilote » ayant fait l'objet de la saisine.

	Dessaisissements	Retrait des textes par l'administration
Section de l'intérieur	1	14
Section des finances	3	4
Section des travaux publics	4	9
Section sociale	1	3
Section de l'administration	3	2
Total	12	32



2. Nombre de séances tenues par les formations consultatives

	Nombre de séances
Section de l'intérieur	84
Section des finances	86
Section des travaux publics	99
Section sociale	92
Section de l'administration	78
Section du rapport et des études(1)	11
Sous total	450
Assemblée générale	32
Commission permanente	7
Total	488

(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	Commission permanente	Total
Lois	14	65	21	9	-	-	109	27	12	39
<i>Dont proposition de loi (1)</i>	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Ordonnances	6	2	11	9	1	-	29	3	-	3
Lois du pays	2	4	-	5	2	-	13	1	-	1
Décrets réglementaires	131	77	164	142	154	-	668	6	-	6(2)
Décrets individuels, arrêtés, décisions	272	-	-	-	-	-	272	-	-	-
Avis	4	3	3	-	3	-	13	10	-	10
Sous total	429	151	199	165	160	0	1104	47	12	59
Rapports d'étude	-	-	-	-	-	2	2	2	-	2
Total	429	151	199	165	160	2	1106	49	12	61

(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, dernier alinéa).

(2) Auxquels s'ajoute un projet de décret examiné en commission spéciale.

4. Autorité de saisine des sections administratives

Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels, arrêtés, décisions	avis	Total	
109	29	13	668	272	13	1 104	100 %

nombre %

PARLEMENT	total	0	0	0	0	0	0	0	0%
Proposition de loi de l'Assemblée nationale	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Proposition de loi du Sénat	-	-	-	-	-	-	-	-	-
COLLECTIVITÉS D'OUTRE MER	total	0	0	13	0	0	1	14	1,3 %

MINISTÈRES	total	109	29	0	596	268	12	1 090	98,7%
Premier ministre	Total	21	11	-	14	-	4	50	4,5%
Agriculture	Total	-	-	-	27	-	-	27	2,4%
Affaires étrangères	Total	52	-	-	-	-	-	52	4,7%
Culture, communication	Total	-	-	-	20	-	1	21	1,9%
Défense, anciens combattants	Total	-	-	-	29	-	-	29	2,6%
Éducation nationale, enseignement supérieur, recherche	Ens. sup., recherche	-	-	-	12	4	-	16	1,4%
	Éducation nationale	-	-	-	20	-	-	20	1,8%
	Total	-	-	-	32	4	-	36	3,3%
Intérieur, outre-mer	Total	8	6	-	88	268	5	375	34%
Justice	Total	7	4	-	55	-	-	66	6%
Ministères financiers – économie, budget, finances, industrie, fonction publique	Économie	7	1	-	65	-	-	73	6,6%
	Budget	6	-	-	27	-	-	33	3%
	Industrie	-	-	-	11	-	-	11	1%
	Fonction publique	-	1	-	20	-	1	22	2%
	Total	13	2	-	123	-	1	139	12,6%
Ministères sociaux – travail, emploi, santé, solidarités, cohésion sociale, sports	Travail	3	2	-	32	-	-	37	3,4%
	Santé	-	2	-	70	-	-	72	6,5%
	Cohésion sociale	-	-	-	-	-	-	-	0%
	Sport	1	-	-	4	-	-	5	0,5%
	Affaires sociales	3	1	-	49	-	-	53	4,8%
	Total	7	5	-	155	-	-	167	15,1%
Politiques publiques territoriales – écologie, environnement, transports, logement, politique de la ville	Écologie/ Environnement	-	-	-	88	-	1	89	8,1%
	Transports	1	1	-	25	-	-	27	2,4%
	Logement	-	-	-	10	-	-	10	0,9%
	Ville	-	-	-	2	-	-	2	0,2%
	Total	1	1	-	125	0	1	128	11,6%



Méthode de calcul des délais : les délais sont calculés de la date d'enregistrement du projet de texte en section à la date de renvoi du projet de texte au Gouvernement (quelles que soient ses modalités d'examen en section, en assemblée générale ou en commission permanente)

5. Délais d'examen des textes par 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	31	29	49	-	109
Ordonnances	6	5	14	4	29
Décrets réglementaires	152	148	299	69	668
Total	189	182	362	73	806
En % des 806 textes examinés	733 textes examinés en moins de 2 mois : soit 91 %			9 %	100 %

6. Délais d'examen des textes par l'assemblée générale, 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	8	10	9	1	28
Ordonnances	1	-	-	2	3
Décrets réglementaires	1	1	3	1	6
Total	10	11	12	4	37
En % des 37 textes examinés	33 textes examinés en moins de 2 mois : soit 89 %			11 %	100 %

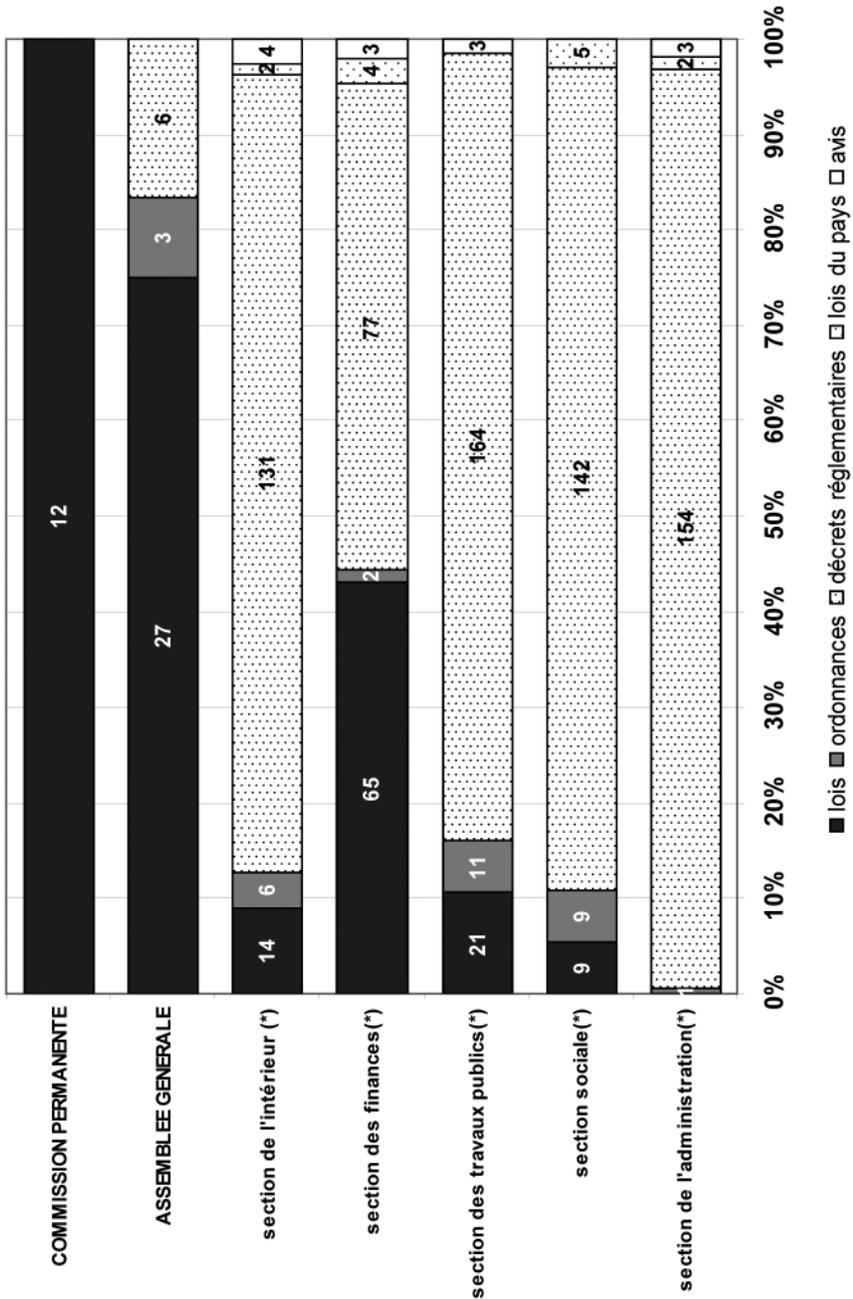
7. Délais d'examen des textes par la commission permanente (projets de loi)

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	7	2	3	0	12
En % des 12 textes examinés	58 % des textes sont examinés en moins de 15 jours La totalité des textes est examinée en moins de 2 mois				

8. Délais d'examen des textes soumis à l'assemblée générale ou à la commission permanente, tous textes confondus

	2010	2011	2012
Délais de passage en assemblée générale	43 jours	42 jours	24 jours
Délais de passage en commission permanente	11 jours	12 jours	15 jours

9. Graphique - Nombre de textes examinés par les formations consultatives en 2012 (hors décrets individuels, arrêtés et décisions)



(*) Les projets de lois examinés en section peuvent faire l'objet d'une dispense d'examen en assemblée générale.

6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2012

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	2012
Lois, ordonnances et lois du pays	124	146	192	156	186	151
Décrets réglementaires	859	708	736	810	813	668
Décrets individuels, arrêtés, décisions, remises gracieuses	269	287	254	223	202	272
Avis	16	14	31	20	19	13
Total	1 268	1 155	1 213	1 209	1 220	1104

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	2012
Section de l'intérieur	12	15	29	17	18	12
Section des finances	16	15	13	9	16	19
Section des travaux publics	6	6	4	11	7	8
Section sociale	10	7	5	11	5	5
Section de l'administration		2	9	3	5	3
Section du rapport et des études	6	3	5	5	4	2
Total	50	48	65	78	55	49

3. Nombre de textes examinés en section puis en commission permanente

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Section de l'intérieur	3	0	3	0	2	-
Section des finances	7	9	5	19	7	8
Section des travaux publics	1	0	0	0	1	2
Section sociale	1	2	0	0	1	2
Section de l'administration		1	0	0	1	-
Total	12	12	8	19	12	12

4. Nombre de séances d'assemblée générale et de commission permanente

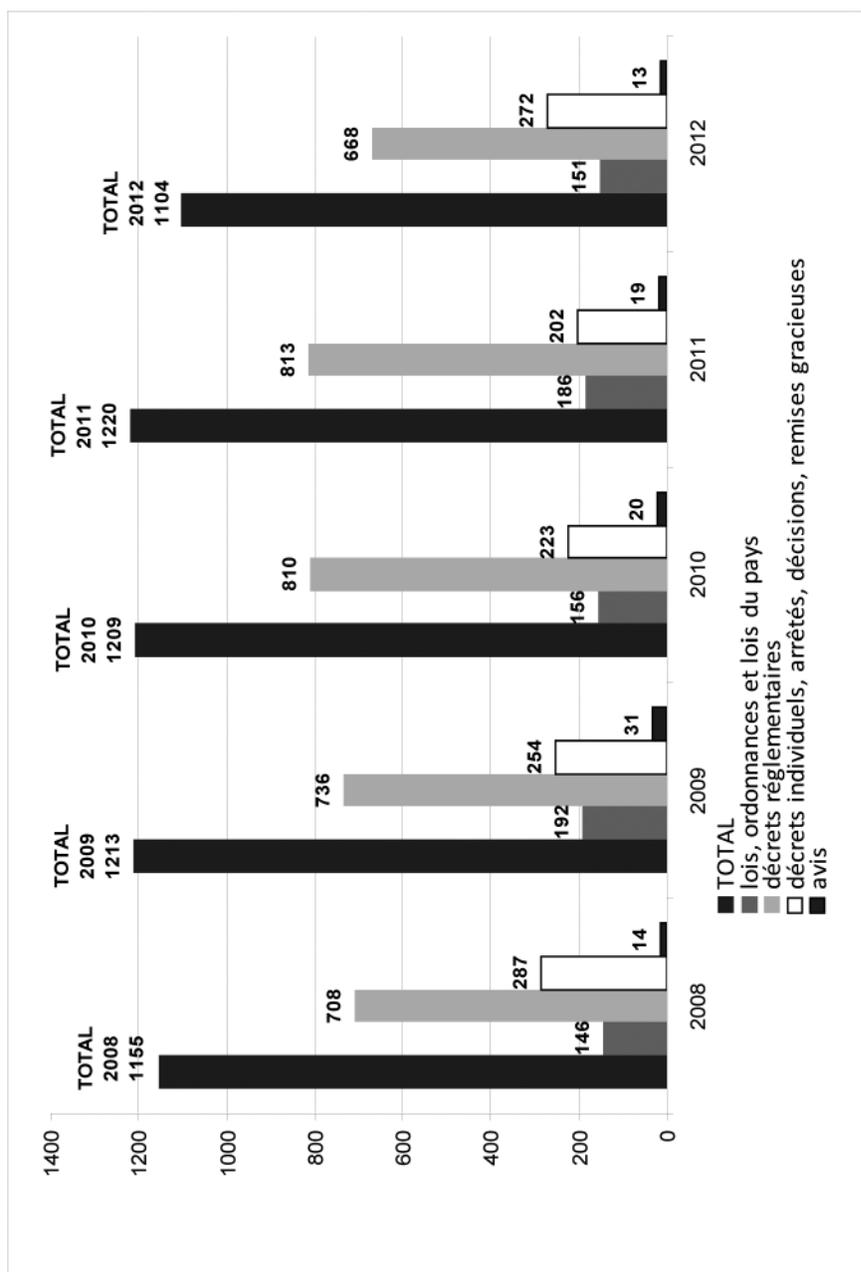
	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Assemblée générale ordinaire	25	22	24	30	25	27
Assemblée générale plénière	12	12	12	7	9	5
Commission permanente	9	11	7	7	11	7
Commission spéciale	0	3	2	2	0	1
Total	46	48	45	46	45	40

5. Nature des textes examinés en assemblée générale et en commission permanente

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Projets de loi	35	36	50	49	44	40
<i>dont conventions internationales</i>	8	2	2	13	5	5
<i>dont lois constitutionnelles</i>	2	2	0	0	1	0
<i>dont lois organiques</i>	1	3	9	6	3	2
Propositions de loi			1	2	5	0
Projets d'ordonnance	3	4	9	9	8	3
Projets de décret réglementaire	1	1	4	6	2	6
Demandes d'avis	5	4	4	7	4	10
Projets de rapport et d'étude	6	3	5	5	4	2
Total	50	48	73	78	67	61



6. Graphique - Évolution de l'activité consultative du Conseil d'État, de 2008 à 2012



7. Avis rendus par le Conseil d'État en 2012

Les avis rendus par le Conseil d'État sur une question posée par le Gouvernement ou par une collectivité d'outre-mer sont consultables dans leur intégralité sur le site Internet du Conseil d'État (www.conseil-etat.fr, rubrique « décisions, avis et publications »).

- Assemblée générale (section des finances), avis n° 386.093 du 9 février 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur relative au transfert à la collectivité territoriale de Corse de la compétence relative aux droits de mutation à titre gratuit.

Collectivité territoriale de Corse – Délégation de compétence fiscale globale à une collectivité territoriale – Absence – Principe d'égalité devant l'impôt – Possibilité d'affectation du produit des droits de mutation à titre gratuit – Existence – Possibilité d'expérimentation – Absence

- Section des travaux publics, avis n° 386.215 du 6 mars 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur relative au financement de l'acheminement de communications électroniques destinées au public pour le prévenir de dangers imminents en matière de sécurité publique ou de catastrophes naturelles.

Communication électronique – Téléphonie mobile – Charges financières des opérateurs – Gratuité de l'acheminement des communications de sécurité civile – Constitutionnalité et conventionalité – Existence – Frais d'investissement des opérateurs – Juste rémunération – Sécurité publique ou de catastrophes naturelles

- Assemblée générale (section de l'administration), avis n° 386.715 du 19 juillet 2012 – Demande d'avis du ministre de la culture et de la communication relative au régime de domanialité applicable au domaine national de Chambord.

Domaine public – Critère de domanialité – Unité d'un domaine indivis – Domaine national de Chambord

- Assemblée générale (section de l'intérieur), avis n° 387.095 du 15 novembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur et du ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique sur les conditions d'exercice, par les collectivités territoriales, du pouvoir réglementaire qu'elles tiennent de l'article 72 de la Constitution.

Collectivités territoriales – Pouvoir réglementaire – Articulation avec le pouvoir réglementaire du Premier ministre – Principe d'égalité

- Assemblée générale (section de l'intérieur), avis n° 387.141 du 22 novembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur relatif aux critères devant être respectés dans le cadre d'un remodelage de la carte cantonale des départements.

Élections – Définition de la nouvelle carte cantonale – Disparité démographique admissible – Impératif d'intérêt général – Limites des circonscriptions législatives



- Assemblée générale (section de l'administration), avis n° 387.104 du 6 décembre 2012 – Demande d'avis du Premier ministre relative à la limite d'âge des dirigeants des établissements publics de l'État.

Établissements publics – Dirigeant d'établissement public – Retraites – Limite d'âge – Prolongation d'activité

- Section des travaux publics, avis n° 387.026 du 4 décembre 2012 – Demande d'avis du président de la Polynésie française portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française pour l'élaboration des règles de composition des équipages à bord des navires de pêche polynésiens.

Compétence de l'État – Absence- Compétence de la Polynésie française – Existence – Compétence consultative du tribunal administratif de la Polynésie française – Droit du travail – Liberté d'exercice des activités professionnelles

- Assemblée générale (section des travaux publics), avis n° 387.195 du 6 décembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie concernant la mise en œuvre d'un dispositif de bonus-malus pour les consommateurs domestiques d'énergies dites de réseau.

Énergie – Énergies dites « de réseau » – Consommation domestique – Bonus-malus – Résidence principale ou habituelle – Exigence d'intelligibilité de la loi – Proportionnalité – Principe d'égalité

- Assemblée générale (section des finances), avis n° 387.107 du 13 décembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'économie et des finances sur la conformité à la Constitution de la proposition de directive (COM 2012/0150 COD) du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les directives 77/911CEE et 82/8911CE du Conseil ainsi que les directives 2001124/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011135/UE et le règlement UE n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil (dénommée proposition de directive « Redressement et résolution des établissements financiers »).

Établissements financiers – Défaillance – Contrats et produits financiers – Séparation des actifs – Directive de l'Union européenne – Constitutionnalité – Liberté d'entreprendre – Droit de propriété – Principe de participation des travailleurs – Accès au recours juridictionnel – Motifs d'intérêt général – Protection des déposants

- Assemblée générale (section de l'intérieur), avis n° 387.190 du 20 décembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur sur le remplacement des parlementaires qui optent pour un mandat incompatible avec le mandat de député ou de sénateur.

Cas de vacance du siège de député ou de sénateur – Élargissement des possibilités de remplacement par le suppléant – Existence – Cas de vice de l'élection – Mandats en cour

- Assemblée générale (section de l'intérieur), avis n° 387.191 du 20 décembre 2012 – Demande d'avis du ministre de l'intérieur sur l'introduction d'un mécanisme de vote pondéré pour les élections sénatoriales.

Élections – Sénat – Vote pondéré – Représentants des départements et des régions – Constitutionnalité

Études, débats, partenariats européens et internationaux



1. Les études et les débats

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. Elles procèdent 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, « *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. Les études auxquelles elles donnent lieu 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 révisions 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), la construction d'un espace pénal européen (*Réflexions sur l'institution d'un parquet européen*, 2011).

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, des 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 code de justice administrative, « *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 du Conseil d'État 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, l'analyse des modalités d'association du citoyen au débat public dans



son rapport *Consulter autrement, participer effectivement*, le Conseil d'État a choisi, en 2012, le sujet des agences (*Les agences : une nouvelle gestion publique ?*). S'il a retenu ce thème, c'est que cette forme d'organisation administrative de plus en plus présente dans la mise en œuvre des politiques publiques, suscite des interrogations multiples, tant sur la définition même de l'agence que sur les conditions dans lesquelles les pouvoirs publics y recourent.

1.1. L'étude annuelle « Les agences : une nouvelle gestion publique ? »

L'assemblée générale plénière du Conseil d'État a approuvé, le 5 juillet 2012, l'étude annuelle intitulée « *Les agences : une nouvelle gestion publique ?* ».

Cette étude marque la volonté du Conseil d'État de poursuivre la réflexion entamée en 2011 sur l'administration publique et ses modes de fonctionnement, après deux rapports consacrés en 2009 et 2010 à des politiques sectorielles. Centrée sur une question institutionnelle plus que sur une approche procédurale, ce thème fait en outre écho, plus de dix années après, à celui qui avait été consacré aux autorités administratives indépendantes en 2001.

Traiter du sujet des agences était une nécessité, car celles-ci demeuraient un « *impensé de la réforme de l'État* ». La multiplication de ces agences créées au coup par coup, la grande diversité de leurs fonctions, du régime juridique qui leur est applicable et de leurs modes de fonctionnement, imposaient une clarification. La réflexion engagée s'est déroulée en trois temps.

1. La France a largement développé le recours aux agences, de manière toutefois moins systématique que d'autres pays.

Parfois présentées comme une innovation récente, inspirée par les théories de la « nouvelle gestion publique » et importée de pays étrangers tels que les pays anglo-saxons ou la Suède, **les agences s'inscrivent en réalité dans une tradition française assez ancienne** qui est celle des offices et des établissements publics. Dès la première moitié du XX^e siècle, les gouvernements mettent en place des organismes autonomes auxquels est confiée la mise en œuvre d'une politique publique pour répondre à des défis qui excèdent les capacités des structures traditionnelles de l'administration.

S'il n'est donc pas neuf, le phénomène des agences connaît cependant **une indéniable accélération tout au long du XX^e siècle** et jusqu'aux années récentes, comme en témoigne le dénombrement auquel s'est livré le Conseil d'État en se fondant sur la définition des agences également proposée par l'étude. Les agences se sont étendues à l'ensemble des politiques publiques, notamment l'emploi et la formation continue dans les années 1960, la santé dans les années 1990 et même des domaines régaliens comme la délivrance de titres d'identité ou le contrôle des activités privées de sécurité dans les années récentes. Curieusement, cette extension n'a pendant

longtemps été **ni revendiquée par les responsables gouvernementaux ni perçue par les théoriciens de la réforme de l'État**. Il faut attendre les années 1990 et les rapports de Christian Blanc et de Jean Picq pour que le recours par l'État aux agences fasse l'objet de préconisations générales. Encore aujourd'hui, la création d'agences se fait au coup par coup et ne s'inscrit pas dans un plan d'ensemble.

La notion d'agences n'est pas aisée à cerner. Les catégories juridiques ne sont ici d'aucun secours : si l'établissement public administratif est le statut le plus couramment employé, on trouve des agences sous la forme de services à compétence nationale, d'établissements publics industriels et commerciaux, de groupements d'intérêt public ou même d'associations ou de sociétés. Les agences exercent des fonctions très variées, opérationnelles, d'expertise, de financement ou encore de mutualisation de moyens. Une définition peut toutefois être établie en distinguant la notion d'agence de celle d'autorité administrative indépendante et d'opérateur. L'agence n'est pas indépendante, elle est autonome : le pouvoir exécutif n'a pas vocation à intervenir dans sa gestion courante mais il lui revient de définir les orientations politiques que l'agence met en œuvre. Quant aux opérateurs, tels que les définit le droit budgétaire, si un grand nombre sont des agences, ce n'est pas le cas de la majorité. L'agence se définit donc par ces **deux critères cumulatifs : l'autonomie et l'exercice d'une responsabilité structurante dans la mise en œuvre d'une politique publique nationale**. On dénombre **une centaine** d'agences au sens de cette définition, qui représentent un budget total de 330 milliards d'euros et des effectifs de **145 000 emplois** (en équivalents temps plein), soit près de 8 % des effectifs de la fonction publique de l'État.

2. La place des agences au sein de l'État reste à définir.

Il n'est pas contestable que les agences renforcent de manière sectorielle les politiques publiques concernées. Elles permettent d'apporter des ressources nouvelles, sous forme de concours d'organismes extérieurs à l'État ou de ressources propres générées par leur activité. Elles facilitent le recrutement de personnes dotées de compétences inhabituelles dans les services de l'État. Leur spécialisation leur permet d'accomplir leurs missions avec un professionnalisme accru. Elles sont enfin un instrument efficace de partenariat avec les collectivités territoriales ou avec les acteurs de la société civile.

Les difficultés posées par le phénomène des agences se situent à un autre niveau, qui est celui de **la cohérence d'ensemble de l'action de l'État**. Selon les théories de la « nouvelle gestion publique », la délégation de la mise en œuvre des politiques à des agences permet aux administrations centrales de se recentrer sur un rôle de « stratège ». Cet idéal peine cependant à se traduire dans la réalité. Il est constaté de manière récurrente que les administrations centrales rencontrent des difficultés importantes à exercer leur rôle de pilotage ; elles sont en outre concurrencées par les agences sur les fonctions de conception des politiques publiques. Ces problèmes sont structurels et tiennent tant à l'inadaptation de l'organisation de la plupart des administrations centrales, qui ne font pas du pilotage des agences une de leurs missions prioritaires, qu'à leur difficulté à se doter en quantité et qualité suffisantes de compétences et de qualifications adaptées à l'exercice de fonctions stratégiques de conception, de contrôle et d'évaluation.



Les dernières grandes réformes de l'État que sont la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), la révision générale des politiques publiques (RGPP) et la réforme de l'administration territoriale de l'État (RÉATE) **n'ont traité le sujet que de manière partielle**, en se centrant pour l'essentiel sur l'État *stricto sensu*, malgré quelques avancées réalisées en matière de pilotage des opérateurs.

Cette évaluation de l'acquis des agences conduit à écarter des scénarios extrêmes, qui consisteraient soit à le remettre en cause soit à généraliser l'organisation en agences. Le scénario proposé est celui d'une clarification de la place des agences au sein de l'État, qui implique de traiter les problèmes récurrents constatés aujourd'hui : le caractère erratique de la création des agences, la faiblesse de l'État central et l'absence d'articulation cohérente entre les agences et les services de l'État au niveau territorial. Il repose sur l'idée que **les agences ne doivent pas être appréhendées comme des démembrements de l'État** mais comme des composantes de l'État entendu largement. C'est à renforcer la cohérence de cet ensemble formé par l'État et les agences – dénommé par l'étude « réseau État-agences » – que les propositions de l'étude s'attachent.

3. Pour un recours approprié aux agences.

L'étude annuelle 2012 propose 25 mesures regroupées autour des axes suivants.

Encadrer le recours aux agences ;

Il est souhaitable que le Gouvernement se dote de **lignes directrices sur le recours aux agences**, qui définiraient les critères justifiant leur création, guidant le choix de tel ou tel statut et les bonnes pratiques à adopter quant à leur pilotage. Quatre critères peuvent justifier la création d'une agence : l'utilité de la spécialisation dans des tâches de gestion à grande échelle, afin de dégager une efficacité accrue – **critère de l'efficacité** – ; la nécessité d'une expertise distincte de celle habituellement rencontrée dans les services de l'État – **critère de l'expertise** – ; le caractère prépondérant des partenariats avec les collectivités territoriales ou avec des acteurs de la société civile pour la mise en œuvre de la politique publique – **critère du partenariat** – ; la nécessité d'éviter l'intervention du pouvoir politique dans les processus récurrents de décision – **critère de la neutralité** –. Tout projet de création d'une agence devrait être accompagné d'une **étude d'impact** permettant de s'assurer qu'un ou plusieurs de ces critères sont remplis et que cette création n'est pas justifiée par de mauvaises raisons, comme celle de disposer de moyens plus importants et, espère-t-on, « sanctuarisés ». Les lignes directrices dans leur ensemble devraient être inscrites dans un instrument de type nouveau, qui pourrait être qualifié de « **directive d'organisation et de gestion administrative** », émanant du Premier ministre et adressé aux ministres, et qui serait doté d'un mécanisme de contrôle extérieur au cabinet du Premier ministre, donnant lieu notamment à une revue périodique de l'existence, du périmètre et des missions de chaque agence.

Organiser un cadre de références, commun aux agences et aux administrations de l'État ;

L'État et les agences devraient être dotés d'un cadre de références commun, en matière de valeurs, de budget et de ressources humaines, qui matérialiserait leur

appartenance à un même ensemble sans remettre en cause la nécessaire autonomie des agences. Le cadre de valeurs permettrait d'affirmer que des **valeurs communes de service public** unissent les personnels, aux statuts variés (fonctionnaires, contractuels de droit public et de droit privé), travaillant au sein de l'État ou des agences. La prévention des conflits d'intérêt tiendra une place toute particulière dans ce corpus de règles.

Définir un cadre budgétaire commun, portant sur la performance et la trajectoire d'évolution des comptes publics ;

Le renforcement en cours de la coordination des politiques budgétaires nationales au sein de l'Union européenne donne une nécessité accrue à une approche intégrée et pluriannuelle des comptes publics. Par ailleurs, la logique de performance voulue par la LOLF bute sur le fait que les agences jouent un rôle majeur dans l'atteinte des objectifs définis par le Parlement et que leur inscription dans ces objectifs n'est aujourd'hui pas pleinement assurée. La définition d'un cadre budgétaire commun, qui ne remettrait pas en cause l'autonomie financière des agences dotées de la personnalité morale, vise à répondre à ces deux exigences. Elle implique tout d'abord, dans le cadre des lois de finances tel qu'il est entendu aujourd'hui, d'une part de conforter et d'étendre le plafonnement mis en place par la loi de finances pour 2012 à l'ensemble des recettes fiscales affectées à des agences et, d'autre part **d'inscrire plus fermement les agences dans la programmation pluriannuelle des finances publiques.**

Des règles communes de gestion des ressources humaines ;

Les ressources humaines de l'État et des agences doivent être envisagées comme un ensemble commun. **La mobilité** des personnels entre l'État et les agences et entre les agences doit être systématiquement encouragée. Une **transparence accrue** des rémunérations est souhaitable : la rémunération nominale des principaux dirigeants et des indicateurs harmonisés des rémunérations des autres agents devraient être rendus publics. Cette publicité est de nature à permettre une interrogation sur les écarts de rémunération entre l'État et les agences, aujourd'hui mal documentés et mal maîtrisés mais notoires, en vue de les restreindre à ce qui est justifié par les missions confiées à ces dernières.

Rééquilibrer et clarifier les relations entre l'État central et territorial et les agences ;

Un renforcement significatif des administrations centrales sur leurs missions de conception, de contrôle et d'évaluation est nécessaire. Les contrats entre État et agences ne peuvent se borner à décrire les missions de l'agence et doivent définir de véritables priorités. Les structures des administrations centrales dédiées au pilotage des agences doivent avoir une taille suffisante, qui doit dépasser celle d'un bureau, comme c'est encore trop souvent le cas. Une gestion prévisionnelle des effectifs de cadres de haut niveau de l'État doit permettre d'adapter les recrutements à l'objectif **d'une administration centrale aux missions renouvelées et resserrées.** La clarification des relations entre les agences et l'État territorial passe par une remise en cause de l'idée, source de confusion, que le Préfet est le délégué territorial des agences.



D'autres influences que celles du pouvoir exécutif doivent s'exercer sur l'agence ;

N'envisager la gouvernance des agences que dans le cadre d'un tête-à-tête avec le pouvoir exécutif serait méconnaître la nature de ces organismes, qui ont vocation à être ouverts sur les partenaires extérieurs. Il est souhaitable que **le conseil d'administration**, où ces derniers sont souvent représentés, soit plus souvent qu'aujourd'hui **un lieu de dialogue stratégique** entre l'État et les partenaires les plus impliqués. De plus, **le rôle de contrôle et d'évaluation des politiques publiques du Parlement** doit pouvoir s'exercer à l'égard des agences.

Sur un thème encore peu exploré, l'étude annuelle 2012 du Conseil d'État se caractérise ainsi par un véritable apport doctrinal, par une prise de position dénuée d'ambiguïté sur un enjeu majeur de gouvernance publique et, enfin, par des propositions fortes et précises. **Le Conseil d'État**, par cette étude, **renouvelle le débat sur la notion de « démembrement de l'État »**, vocable qui s'était imposé depuis plusieurs décennies. Il ne partage pas l'idée selon laquelle les agences constitueraient un démembrement de l'État, qui serait incertain dans ses conséquences juridiques et contestable en termes de gestion et de conduite des politiques publiques. L'agence, comme le montre l'étude, ce n'est pas moins d'État ; **c'est l'État autrement**. Loin d'affaiblir l'État, le recours aux agences, s'il est pensé et ordonné, peut renforcer l'État.



1.2. Les colloques et les conférences du Conseil d'État

En 2012, la section du rapport et des études a organisé huit manifestations (trois colloques et cinq conférences), à l'ENA, en Sorbonne et au Conseil d'État. Ces manifestations qui ont recensé, au total, environ 1 800 inscriptions, ont réuni près de 1 300 participants.

La collection *Droits et Débats*, lancée en décembre 2011 à La documentation Française, a été enrichie de quatre nouvelles publications en 2012, l'une étant consacrée aux actes d'un cycle de conférences, les trois autres à des actes de colloques.

Statistiques d'activité, taux de participation et évaluation des colloques et conférences

L'activité 2012 : 8 manifestations événementielles rassemblant 1 300 participants

Deux colloques ont été organisés sur le thème des études annuelles 2011 et 2012 du Conseil d'État. Le colloque sur « Consulter autrement, participer effectivement » s'est tenu à l'ENA le 20 janvier 2012 ; le colloque sur « Les agences : une nouvelle gestion publique ? » s'est tenu au Conseil d'État le 19 octobre 2012. Ces deux colloques ont rassemblé près de 400 personnes.

Le colloque annuel du cycle des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, sur le thème « Le patrimoine immatériel des personnes publiques », organisé à l'ENA le 16 mars 2012 a, pour sa part, rassemblé 260 participants.

L'audience moyenne des colloques est stabilisée à une moyenne de 250 personnes présentes sur la journée. Cette audience répond à la fois aux modalités d'accueil retenues par le Conseil d'État et à la volonté de privilégier la mobilisation d'un public restreint, provenant d'horizons divers, mais qui reste spécialisé dans le domaine du droit public et de l'action administrative.

Enfin, les cinq premières conférences du nouveau cycle consacré aux Enjeux juridiques de l'environnement, organisées au cours de l'année 2012, ont réuni 600 participants. Ce format « resserré » de manifestations, caractérisé par l'organisation de 2 heures de débats dans des domaines sectoriels ou dans des branches spécialisées du droit public réunit, en moyenne, 120 participants, ce qui correspond au nombre de places pouvant être réservées au public en salle d'assemblée générale au Palais Royal.



La participation : un public spécialisé mais largement ouvert aux administrations et aux collectivités, aux professions du droit, aux partenaires économiques et sociaux, à l'université et au secteur privé et associatif

Le taux de participation aux colloques et conférences est en moyenne de 70 % (présents/inscrits).

Les 1 300 participants des colloques et conférences se répartissent comme suit, par origine professionnelle :

- 34 % d'entre eux exercent leur activité professionnelle dans une institution, une administration centrale ou déconcentrée, une agence ou un établissement public ou encore en collectivité territoriale ;
- 23 % sont affectés en juridiction administrative ou exercent une profession juridique (juristes, avocats, notaires...). La participation aux manifestations du Conseil d'État est d'ailleurs validée au titre de la formation continue des avocats ;
- 18 % proviennent du milieu universitaire ou d'écoles de formation (professeurs étudiants de Master ou élèves d'instituts d'études politiques essentiellement) ;
- 11 % sont des professionnels du monde de l'entreprise ou du secteur privé ;
- 8 % du public est membre d'organisations syndicales ou associatives ;
- enfin, parmi le public habituel, figurent également des représentants de la presse juridique (2 %) et des personnalités étrangères en visite au Conseil d'État (1 %).

L'évaluation : une documentation performante, des interventions de qualité et un débat utile

La section du rapport et des études sollicite le public des colloques et des conférences pour répondre à un « questionnaire de satisfaction » portant sur différents aspects liés aux contenus des débats. Ce questionnaire permet d'apprécier l'intérêt porté aux exposés des intervenants, à la structure des interventions, à la documentation remise aux participants, et d'identifier les points saillants qui ont retenus le plus l'intérêt de l'auditeur.

Il ressort du bilan annuel de ces enquêtes que les colloques sont perçus, pour deux tiers des participants, d'abord comme un espace de transmission et de réactualisation de savoirs spécialisés, puis comme un lieu de débat public, le temps imparti aux échanges avec les intervenants étant très apprécié du public. La structuration du colloque ou de la conférence, privilégiant les formes de dialogue entre les intervenants plutôt qu'un enchaînement d'interventions successives, est particulièrement appréciée par les participants (80 % de taux d'approbation). La qualité du contenu des interventions est également relevée, 15 % du public trouvant les débats « seulement » satisfaisants, tandis que près de 85% les trouvent excellents, très bons ou intéressants.

Si les colloques répondent aux attentes des participants sur le fond du sujet (75 %), l'outil plébiscité par 97 % des participants lors de l'« enquête-satisfaction » est la documentation remise au public. Les dossiers documentaires, spécialement élaborés pour l'occasion, sont en effet fortement appréciés à la fois pour suivre les débats, mais également pour une utilisation ultérieure. Ils sont versés, pour chaque manifestation, sur l'espace d'information qui leur est réservé sur le site Internet du Conseil d'État (rubrique « Actualité », « colloques, séminaires et conférences »).

L'élargissement du champ des compétences et des réflexions conjointes.

Les partenariats avec d'autres grandes institutions et administrations publiques ont été prolongés en 2012

La première conférence du cycle des Enjeux juridiques de l'environnement (mai 2012), consacrée au thème de l'environnement et de la formation juridique, s'est ainsi déroulée sous le patronage de la Sorbonne et en partenariat avec l'Agence d'évaluation, de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), en vue de réunir les professionnels du secteur de l'environnement et ceux du monde universitaire pour échanger sur la place accordée à la formation des acteurs du domaine.

La deuxième conférence du cycle (juin 2012), consacrée aux relations entre environnement et droit de la consommation, a notamment réuni des membres de la Cour de cassation, de la Commission des clauses abusives et un représentant des consommateurs (revue *Que choisir* ?).

La troisième conférence du cycle (septembre 2012), portant sur les questions relatives au droit de l'aménagement, a mis en présence des représentants de l'université, du barreau et du réseau juridique de France Nature Environnement.

La quatrième conférence (novembre 2012) s'est intéressée au droit des transports, et a notamment sollicité les témoignages de professionnels importants du secteur tels que l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) et Réseau ferré de France (RFF).

Enfin, la cinquième conférence (décembre 2012) a rassemblé, sur le thème du droit de l'énergie, des membres de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et du Réseau des agences régionales de l'énergie et de l'environnement.

Une collection d'actes pour pérenniser les débats et prolonger la réflexion

La collection *Droits et Débats* a prolongé, en 2012, la réflexion menée au sein des colloques et des conférences, en s'enrichissant de quatre nouveaux tomes : *Les développements de la médiation* ; *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques* ; *La démocratie environnementale* ; *Consulter autrement, participer effectivement*.



Chacun des ouvrages, qui retrace l'ensemble des interventions et des échanges avec la salle, est enrichi de références et d'annexes permettant au lecteur de disposer des outils et des références juridiques utiles pour appréhender pleinement les enjeux des débats.

Le relais des technologies de l'information

Depuis 2012 également, une version vidéo des colloques et conférences figure sur le site du Conseil d'État et est consultable en ligne. Figurent également sur le site Internet de l'Institution des interviews des modérateurs ou des présidents des tables rondes qui apportent leur regard sur les débats.

1.3. Les domaines privilégiés des études, des débats et des publications : le droit de l'environnement, le droit public économique et l'action publique

L'action événementielle et éditoriale de la section du rapport et des études a été particulièrement dynamique dans le domaine du droit de l'environnement, du droit public économique et a contribué aux réflexions sur la gestion publique, l'organisation des administrations et la gouvernance publique.

Le droit de l'environnement

La réflexion dans le domaine du droit de l'environnement s'est poursuivie en 2012 par la publication des actes du cycle des six conférences organisées, en 2010 et 2011, au Palais Royal sur le thème de « La démocratie environnementale » (tome 4 de la collection Droits et Débats). Cet ouvrage fait le point sur le droit, désormais constitutionnel, dont disposent les citoyens de participer à l'élaboration des décisions publiques, quelles que soient les formes que revêt cette participation : enquêtes publiques, procédures de débat public, procédures de concertation... Praticiens du droit, universitaires et experts exposent les enjeux de la participation du public, au travers de six thématiques : la démocratie environnementale aujourd'hui ; les sources de la démocratie environnementale ; l'enquête publique aujourd'hui ; la procédure du débat public 15 ans après la loi Barnier ; le droit à l'information environnementale est-il effectif ? ; l'étude d'impact et l'évaluation environnementale suivies d'un regard rétrospectif sur le cycle de conférences.

Le nouveau cycle de conférences, consacré aux enjeux juridiques de l'environnement, déjà mentionné, prolonge cette réflexion suscitée et approfondie par le Conseil d'État. Dans la continuité du large développement des questions environnementales dans les différentes branches du droit et dans de multiples secteurs d'activité, deux ans après l'adoption des lois Grenelle I et Grenelle II, le Conseil d'État a choisi de mettre en discussion des thématiques essentielles au droit de l'environnement. « Environnement et formation juridique », « environnement et droit de la consommation », « environnement et droit des transports », « environnement et droit de l'énergie » : telles ont été les thématiques retenues pour les quatre premières conférences du cycle qui ont eu lieu en 2012. La cinquième conférence, « environnement et police », s'est tenue en janvier 2013 et la conférence de clôture du cycle se tiendra en avril, sur le thème « Le devenir de l'administration de l'environnement ». Les actes de l'ensemble du cycle de conférences seront publiés au premier semestre 2013.

Une double expertise juridique en matière de domanialité publique : une publication sur les propriétés des personnes publiques et un colloque sur leur patrimoine immatériel

Troisième tome de la collection *Droits et Débats*, l'ouvrage retraçant les actes du colloque « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques » organisé en 2011 par le Conseil d'État à l'ENA, est disponible à La documentation Française. Il fait le point sur les mécanismes de valorisation du domaine public qui s'offrent aux administrations cinq ans après l'édiction du code général de la propriété des personnes publiques : l'exploitation des propriétés publiques ou leur cession.

Le colloque sur « Le patrimoine immatériel des personnes publiques » a été organisé en mars 2012 dans le prolongement du colloque sur la valorisation des propriétés publiques, centrée sur la dimension matérielle de ces propriétés. Le patrimoine immatériel constitue une part importante des biens possédés par l'État. Par opposition au patrimoine matériel, corporel, le patrimoine immatériel comprend divers éléments tels que les brevets, les marques, les licences, les fréquences, les savoir-faire, les bases de données, etc. Le premier objectif du colloque était de poser les contours de ce patrimoine, de dégager une définition plus précise de cette notion afin d'en cerner les caractéristiques ainsi que les enjeux. Dans un second temps, les intervenants se sont plus particulièrement attachés au domaine des informations publiques, qui tend vers son autonomisation, et pose d'importantes questions en termes de valorisation (juridique et financière) ainsi qu'au rôle joué par les différentes institutions publiques, acteurs à part entière de la gestion des biens incorporels de l'État. Les actes de ce colloque seront publiés au premier semestre 2013 à La documentation Française.



Les études annuelles 2011 et 2012 ont élargi le débat juridique aux réflexions sur la gestion publique, l'organisation des administrations et la gouvernance publique.

- Dans le prolongement de l'étude annuelle 2011 du Conseil d'État, le colloque « Consulter autrement, participer effectivement », qui s'est tenu en janvier 2012, a permis de mettre en débat les enjeux de la participation citoyenne à la prise de décision publique. Les actes de ce colloque sont également parus en 2012 à La documentation Française, sous le cinquième numéro de la collection *Droits et Débats*. La réflexion proposée qui approfondit le sens et l'utilité des consultations administratives ainsi que la participation des citoyens au processus de prise de décision publique, se prêtait naturellement au débat. Il était opportun de connaître le degré d'adhésion que suscitaient les propositions du Conseil d'État et la manière dont elles étaient accueillies par les instances décisionnaires elles-mêmes. Le colloque a ainsi été l'occasion de s'interroger sur les suites qui ont été données aux mesures préconisées par l'étude annuelle du Conseil d'État, sur celles qui sont envisagées et sur ce que l'on en attend. Il a également été l'occasion de mesurer la force du lien qui existe entre, d'une part, la qualité du débat public préalable à la décision publique et, d'autre part, l'acceptabilité et l'effectivité de celle-ci.

Par sa réflexion sur la consultation, le colloque a entendu s'inscrire dans la nécessaire démarche de la réforme de l'État. Tant Jean-Bernard Auby, professeur des universités et directeur de la chaire Mutation de l'action publique et du droit public, dans l'animation de sa table ronde, qu'Olivier Mongin, directeur de la revue *Esprit*, dans son intervention conclusive, ont tiré avec beaucoup de pertinence les enseignements des débats du colloque et ont livré leur réponse à la question que se posent les citoyens et les usagers : comment se préparer plus efficacement au constant mouvement de réforme de la société et de l'État ?

- En octobre 2012, la section du rapport et des études a organisé le colloque de valorisation de l'étude annuelle consacrée aux agences qui venait d'être publiée. Les deux tables rondes de la journée, selon le format désormais bien établi des colloques du Conseil d'État, ont permis de réunir des praticiens et des usagers des agences qui ont débattu, dans le cadre d'une première table ronde, présidée par Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, de l'état des lieux des agences en France et de leurs avantages et inconvénients. La seconde table ronde a eu pour ambition de mesurer la pertinence et le réalisme des propositions élaborées par le Conseil d'État. Enfin, l'intervention de clôture de Marylise Lebranchu, ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, a permis de resituer le phénomène des agences dans le cadre plus large de la réforme de l'État.

Les actes du colloque font l'objet du n° 8 de la collection *Droits et Débats* édité à La documentation Française.

2. Relations européennes et internationales

2.1. 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, composée d'un délégué, d'un délégué adjoint et de stagiaires étroitement associés à l'accomplissement de ses différentes missions, répond à de nombreuses questions de droit, contribue à l'activité d'étude et de colloques et effectue un travail de veille juridique.

La délégation au droit européen est saisie de très nombreuses questions portant de façon récurrente sur les thèmes suivants : outre les problèmes techniques ou rédactionnels relatifs à la transposition des normes de l'Union européenne, nombreuses sont les questions qui ont porté sur l'orthodoxie de la techniques de transposition, par recopie, par référence ou par renvoi ou encore sur l'acceptation 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, après s'être stabilisé à un rythme très soutenu d'environ 1 200, a décliné en 2012 pour s'établir à environ 900. Deux facteurs peuvent expliquer cette évolution : les deux ralentissements de l'activité gouvernementale et l'interruption des travaux parlementaires avant et après l'élection présidentielle, d'une part, une maîtrise sans cesse croissante du droit européen par l'ensemble des membres du Conseil d'État, d'autre part. Corrélativement, le niveau de difficulté des questions posées à la délégation s'en est trouvé substantiellement accru.

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. Tel est souvent le cas lorsque les questions posées émanent de membres de la section du contentieux, notamment en matière fiscale. Cette évolution n'est que la traduction de l'incidence croissante du droit de l'Union européenne 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, En effet, alors que perdure la crise financière et que la Commission européenne continue de multiplier les encadrements normatifs, formels ou informels, destinés à en prévenir la récurrence, notamment en 2012 en matière d'aides au secteur bancaire et financier, certains mécanismes dérogatoires figurant dans trois des quatre projets de loi de finances, initiale ou rectificatives, examinés au cours de l'année 2012, ont provoqué de multiples saisines de la délégation au droit européen. Tel a été le cas, par exemple, des projets d'articles de loi de finances apportant la garantie de l'État à des établissements de crédit en difficultés, comme le Crédit immobilier de France et la Banque Peugeot SA. En outre, l'interprétation du règlement n° 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 un changement des modalités mêmes du régime d'aides mais ne s'analysant pas en une modification de celui-ci, soit encore à sa suppression ; en troisième et dernier lieu, plus de 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. En effet, 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'obligation de dépôt des fonds des collectivités territoriales et de certains établissements publics au Trésor est-elle compatible avec la libre circulation des capitaux ?
- les stipulations du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG), traité intergouvernemental, sont-elles compatibles avec le droit originaire de l'Union européenne, notamment en tant qu'elles confèrent un rôle, pour son application, tant à la Commission européenne qu'à la CJUE ?
- les dispositions de ce qu'il est convenu d'appeler le « Six pack » et le « Two pack », ensemble complexe de sept règlements et d'une directive de l'Union ayant vocation à renforcer le mécanisme initialement qualifié de « Pacte de stabilité et de croissance »

sont-elles compatibles tant avec la Constitution qu'avec le droit originaire de l'Union (TUE, TFUE) ?

- le droit de l'Union européenne des aides d'État est-il applicable au secteur agricole, compte tenu des particularités de la PAC et, dans l'affirmative, le fait que la PAC prévoit de favoriser le développement d'un sous-secteur professionnel déterminé (l'agriculture biologique) dispense-t-il l'État membre du respect de l'obligation de notification à la Commission européenne prévue à l'article 108 §3 TFUE, même si ce dispositif précis n'a pas été expressément visé par les autorités de l'UE ? De tels financements peuvent-ils, en outre, être regardés comme concourant à la mise en place d'une organisation commune de marché ?

- comment doit être interprétée la directive 88/361/CEE modifiée du Conseil du 4 juin 1988 relative à la libre circulation des capitaux, prise en application de l'article 67 TCEE (devenu 63 TFUE) ? Plus précisément, le principe de libre circulation des capitaux, consacré par le même article 63 TFUE est-il applicable aux pays tiers et la circonstance qu'une convention d'assistance fiscale mutuelle ait été conclue avec le pays tiers considéré a-t-elle une incidence sur la fiscalisation des dividendes distribuées, compte tenu de la jurisprudence de la CJUE ?

- quel est le champ d'application exact de la directive dite « monnaie électronique » et cette dernière est-elle applicable à des services de paiement effectués à l'intérieur d'un réseau limité de prestataires de services ou pour un éventail limité de biens et de services ?

- alors que l'ouverture à l'actionnariat privé est pratiquement fermé dans le cadre d'une banque publique, est-il possible de prévoir un droit prioritaire s'attachant à une action possédée par l'État sans méconnaître la jurisprudence de la Cour relative aux « golden shares » telle que confirmée par l'arrêt du 8 juillet 2010 par l'arrêt *Commission c/ République portugaise* (aff. C-171/08) ?

- quelle est la portée exacte de la notion de « directive d'harmonisation maximale » et quelle est la marge d'appréciation qui reste offerte à un État membre qui la transpose, alors même qu'aucune alternative n'est prévue par les dispositions d'une telle directive ?

- eu égard à la multiplication des accords qualifiés de « mixtes » conclus entre, d'une part, l'Union européenne et ses États membres et, d'autre part, un ou plusieurs pays tiers, quelles sont les exigences constitutionnelles qui s'attachent en matière de loi autorisant la ratification de tels accords ? Est-il possible de prévoir certaines stipulations s'y ajoutant, compte tenu de la répartition des compétences, exclusives ou partagées de l'Union Européenne en matière de politique commerciale commune ?

- quelles sont les modalités d'application du droit de l'Union européenne dans les collectivités ultramarines placées sous la souveraineté de la France, plus particulièrement compte tenu de leur inscription à l'annexe II du TFUE ou, à l'inverse, de leur radiation de cette liste ?



- dans quelle mesure les modalités de paiement différé de l'imposition des plus-values latentes relatives à des actifs transférés à l'occasion d'un déplacement de siège au sein de l'UE sont-elles compatibles avec le droit de l'Union européenne, tel que notamment précisé par la jurisprudence de la Cour (arrêts du 11 mars 2004 de *Lasteyrie du Saillant*, aff. C-9/02 et du 6 septembre 2012 *Commission c. Portugal*, aff. C-38/10) ?

- est-il possible d'octroyer un droit exclusif ou spécial à un opérateur économique, se situant dans la mouvance de la sphère publique et pour une mission d'intérêt général et non de service public, sans procéder à une mise en concurrence préalable, en se fondant sur la jurisprudence *Teckal* telle que modifiée en dernier lieu par l'arrêt de la Cour de justice du 19 décembre 2012 *Università del salento*, aff. C-159/11 ?

- Une norme nationale prévoyant un conditionnement particulier et une dénomination spéciale pour certaines préparations magistrales, hospitalières ou officinales, entre-t-elle dans le champ d'application de la directive 98/34 relative aux normes techniques et, par suite, doit-elle faire l'objet d'une information préalable, sous peine de nullité, à la Commission européenne, en application de cette même directive ?

La contribution à l'activité d'étude et de colloques

L'étude intitulée *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, adoptée par l'assemblée générale plénière du 29 juillet 2010 et les normes de transposition de la directive 2008/52 qu'elle avait recommandées ont provoqué de nombreux colloques en 2012, après celui organisé par le Conseil d'État en 2011. Le délégué au droit européen a participé à plusieurs de ces manifestations, notamment celle organisée par le Barreau de Paris le 25 octobre 2012, le même Barreau ayant d'ailleurs retenu ce thème de la médiation comme thème essentiel de sa réflexion pour l'année 2013.

Il en a été de même pour l'étude *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen* adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 24 février 2011 qui continue de susciter un grand intérêt tant chez les parlementaires que dans les milieux universitaires. C'est ainsi que la délégation au droit européen a été auditionnée par les commissions des affaires européennes de l'Assemblée nationale et du Sénat, pour la seconde fois, de telles auditions s'inscrivant dans le cadre de la préparation de résolutions parlementaires, celle du Sénat étant intervenue le 11 décembre 2012.

Le délégué au droit européen est également intervenu lors de plusieurs colloques, notamment celui organisé par l'Union des avocats européens sur le thème de « La gestion des risques en Europe ; de l'effet pervers du principe de précaution ». En qualité de membre d'un jury de thèse, il a assisté à une soutenance à l'Université de Saint-Etienne d'une thèse de doctorat portant sur Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la CJUE.

Le rapporteur général de la section et le délégué au droit européen sont en relation constante, à un double titre. En premier lieu, l'élaboration de l'étude annuelle 2013

portant sur le thème « Le droit souple » implique de nombreux développements européens. La délégation au droit européen a constitué, à cet effet, un dossier de documentation aux fins de l'élaboration de cette étude. En second lieu, le délégué au droit européen a apporté son concours au rapporteur général tant pour la préparation des colloques organisés par le Conseil d'État, lorsqu'ils présentent une composante concernant le droit européen que pour la partie « Activité consultative » du présent rapport public.

De façon ponctuelle, la délégation au droit européen, en collaboration étroite avec la délégation aux relations internationales, participe à la réception de délégations de magistrats, d'universitaires, d'avocats ou d'étudiants de pays tiers. À ce titre, elle a notamment participé à la réception d'une délégation du Tribunal de l'Union européenne, d'une délégation de la commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen, d'un membre du Conseil d'État d'Italie, d'une délégation de la Cour suprême de Lituanie et du président de la Cour administrative suprême de la République Tchèque.

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 de l'Union européenne, 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 des ministères financiers.



2.2. La mission de veille juridique

Le bulletin de la délégation au droit européen

Le bulletin mensuel de la délégation 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. Depuis 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 en janvier 2013, un bulletin couvrant la période allant du 1^{er} juin au 31 décembre 2012. La publication du bulletin a repris normalement, sous sa forme mensuelle classique. Il est 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'Union, à des magistrats de la Cour de cassation, à des universitaires, aux services juridiques de certains ministères et à plusieurs autorités administratives indépendantes.

La lettre d'alerte de la délégation au droit européen

La délégation au droit européen est également chargée d'une mission de suivi des travaux législatifs de l'Union européenne, pour laquelle elle reçoit les mêmes documents que ceux transmis par les instances européennes au Gouvernement et au Parlement. À ce titre, elle accomplit une mission de veille des travaux des institutions de l'Union européenne au profit du Gouvernement voire, avec l'accord du Gouvernement, au bénéfice du Parlement, si ce dernier en exprime le souhait. Le Conseil d'État, par l'intermédiaire des présidents de section administrative, peut ainsi alerter, en temps utile, le Gouvernement et, le cas échéant, le Parlement, sur telle ou telle difficulté juridique susceptible d'apparaître au cours des négociations. Il peut également être conduit à proposer des solutions de nature à résoudre les difficultés ainsi identifiées ainsi qu'à préparer ou suivre les demandes d'avis ou d'études qui en résulteraient.

Dans le droit fil de ce travail et pour chaque proposition de texte suivie, la délégation constitue, lors de son adoption, un dossier de négociations utile aux rapporteurs des sections administratives à l'occasion de l'examen des projets de loi ou de décret pris pour la transposition de ces textes. Ce dossier comprend plusieurs éléments : un bref rappel du contexte de l'adoption du texte, un résumé de son dispositif, la mention de la base juridique retenue et des tableaux de correspondance entre les précédentes directives et la proposition considérée, lorsque cette dernière opère des modifications de celles-ci. La version anglaise du texte de la directive adoptée est jointe. Enfin, le dossier comporte des informations sur les éventuelles résolutions adoptées par le Parlement national sur la directive et la fiche d'impact simplifiée rédigée par le ministère pilote et présentant les textes nationaux devant faire l'objet d'une modification.



2.3. Présentation générale de l'activité internationale

Présentation générale

Le Conseil d'État a encore enregistré en 2012 un accroissement sensible de son activité internationale

Cette activité, qui couvre une centaine de pays dans le monde, emprunte des formes de plus en plus diversifiées : échanges avec les juridictions administratives suprêmes, participations aux réseaux juridiques européen et international, actions de coopération et de jumelage, missions d'expertise, participations à des colloques.

Au-delà de la promotion de la justice administrative française, de la fonction consultative et de la diffusion du savoir-faire dans le management judiciaire, ces actions concourent à renforcer l'influence de notre institution dans la défense du modèle juridique continental et dans la promotion du droit public européen. L'Europe demeure la première des priorités, car l'intégration européenne implique une convergence des pratiques juridiques nationales. Cette priorité se reflète dans la densité des échanges avec nos partenaires européens ainsi qu'avec l'ensemble des institutions et juridictions européennes.

L'action internationale du Conseil d'État tend par ailleurs à renforcer les liens avec des juridictions étrangères constituant des relais d'influence naturelle dans le monde de notre modèle juridique, que ce soit en Afrique, en Amérique latine ou au Proche et Moyen-Orient. Elle vise également à établir des coopérations avec des pays à fort potentiel en termes de rayonnement institutionnel et de droit comparé.

Toutes les composantes de la juridiction administrative contribuent au rayonnement international de la justice administrative française

Les différentes juridictions apportent leur concours aux actions menées sous l'égide du Conseil d'État dans leurs différents volets : accueil de délégations et de magistrats étrangers ; préparation et conduite de jumelages ; participation de magistrats des cours administratives d'appel (CAA) et des tribunaux administratifs (TA) à des missions d'expertise à l'étranger.

Les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs développent également leurs actions propres dans ce domaine

Ces actions sont nombreuses et diversifiées. Sans nullement prétendre à l'exhaustivité, il est possible de relever notamment :

- la contribution de magistrats de la CAA de Lyon aux travaux de l'Institut européen du droit de Bruxelles, de l'Institut universitaire européen de Florence ou bien encore de la Commission européenne ;
- les actions de coopération menées par la CAA de Marseille avec l'Algérie et la cour administrative d'appel d'Odessa ;
- le partenariat mis en place par la CAA de Paris avec la Cour administrative d'appel de Berlin ;
- l'accueil de magistrats tunisiens, ukrainiens, australiens et autrichiens par la CAA de Versailles ;
- l'accueil par le TA d'Orléans, à la demande du ministère des affaires étrangères et européennes, d'une quarantaine d'agents de recrutement local sensibilisés au contentieux des visas de séjour ;
- l'accueil, par le TA de Paris, d'une centaine de magistrats et fonctionnaires provenant d'une douzaine de pays différents ;
- la contribution du TA de Strasbourg à la formation des étudiants de la filière internationale de l'ENA, notamment sur le fonctionnement de la justice administrative.

Cette activité se déploie dans un environnement institutionnel

Cet environnement associe à la fois les services du Premier ministre, des partenaires ministériels comme le ministère de la justice et le ministère des affaires étrangères et européennes, les assemblées parlementaires (Assemblée nationale et Sénat) et d'autres institutions : le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et la Cour des comptes.

Les événements marquants de l'année 2012

Le Conseil d'État exerce depuis juin 2012, et pour deux ans, la présidence de l'ACA-Europe

Cette association, dont le siège est à Bruxelles, regroupe les Conseils d'État et juridictions suprêmes des 27 États membres de l'Union européenne. La Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne y sont également représentées.



L'ACA-Europe contribue, au regard même de son objet et par la qualité des actions qu'elle mène (colloques et séminaires, échanges de magistrats, diffusion des jurisprudences nationales) à l'application homogène du droit de l'Union et à la préservation des intérêts de tous les justiciables européens.

Le Conseil d'État a proposé à ses partenaires les principaux thèmes de travail pour les deux années à venir, qu'il s'agisse de thèmes transversaux, comme le développement d'une justice administrative efficace et de qualité ou les principes fédérateurs d'un droit public européen, ou de thèmes sectoriels (droit de l'environnement, la sécurité sanitaire, le droit économique et le droit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice).

Au total, sept séminaires ou colloques sont prévus jusqu'en juin 2014. Un premier séminaire consacré au droit européen de l'environnement s'est tenu à Bruxelles en novembre 2012. La présidence française entend également s'attacher, en soutien de l'action conduite par le secrétariat général de cette association, à sécuriser son financement pérenne et à renforcer les supports d'échanges entre les juristes et les magistrats des cours membres (Forum ACA).

Le Conseil d'État a assuré la conduite de deux actions de jumelage

La mise en œuvre d'actions de jumelage constitue une composante importante de l'activité internationale du Conseil d'État. Elle est, à la fois, un test de la capacité de notre institution à mener des actions de coopération d'envergure et un moyen de tisser des relations approfondies et durables avec la juridiction administrative bénéficiaire.

Notre intérêt est partagé, car si le Conseil d'État peut transmettre une expérience, des pratiques, un savoir-faire, ces actions contribuent en retour au rayonnement européen et international de la justice administrative française et à la valorisation du modèle juridique continental. Les juridictions que nous aidons peuvent aussi constituer des relais d'influence de ce modèle dans le monde.

Ces actions sont, par définition, au service de l'État de droit. Si cet État de droit est facilité par des traditions démocratiques et un contexte institutionnel et politique favorable, la justice administrative joue un rôle central dans sa consolidation durable, en sanctionnant les écarts de l'administration au droit et à la loi, mais aussi en veillant au respect de la hiérarchie des normes et en assurant la protection des droits fondamentaux contre les intrusions excessives de l'autorité administrative. Sans juge, il n'y a pas d'État de droit. Mais pour que l'État de droit puisse être une réalité, le juge doit en outre disposer d'un statut adapté, de pouvoirs suffisants et d'une organisation efficiente et autonome qui assure son indépendance et une impartialité incontestable.

Ce sont ces objectifs auxquels concourent les actions de jumelage.

Au cours de l'année 2012, le Conseil d'État a apporté son concours à deux programmes de jumelage menés en collaboration avec l'opérateur JCI, l'un avec la Tunisie de janvier à juillet 2012, l'autre en cours avec l'Ukraine depuis octobre 2011 et qui prendra fin en septembre 2013.

Concernant la Tunisie, il s'agissait d'aider à la modernisation du tribunal administratif, afin de rendre la justice de ce pays plus efficace et plus accessible. Concernant l'Ukraine, l'objectif est de renforcer l'efficacité et les capacités de gestion des cours administratives, à commencer par la Cour administrative supérieure d'Ukraine. Ces thématiques relient des actions de management judiciaire (documentation, formation des magistrats, système d'information, inspection des juridictions...) et d'amélioration du fonctionnement proprement juridictionnel (indépendance et rôle du juge, gestion des contentieux, amélioration de la qualité des jugements).

Le Conseil d'État, chef de projet, agit dans le cadre d'un partenariat avec des juridictions d'autres États membres de l'Union européenne (Allemagne et Belgique dans le cas de la Tunisie ; Lituanie et Suède dans le cas de l'Ukraine).

Ces jumelages divergent sur leur durée : un jumelage « léger » de 6 mois pour la Tunisie et un jumelage « long » de 24 mois pour l'Ukraine. Cette durée a des conséquences sensibles sur le budget (250 000 € pour la Tunisie et 1,5 M € pour l'Ukraine) et le déploiement de moyens (une vingtaine de missions d'experts pour la Tunisie ; une soixantaine pour l'Ukraine ; un conseiller résident sur place pour l'Ukraine).

Le bilan du jumelage avec la Tunisie, qui s'est inscrit dans le contexte bien particulier de la révolution de jasmin et du processus de transition politique du régime tunisien, est positif. Le projet, axé sur la politique de formation des magistrats et des greffiers, la documentation interne et externe de la juridiction et l'informatisation de sa gestion, a été entièrement réalisé et les actions menées ont répondu aux attentes du Tribunal administratif de Tunisie. Il s'est achevé sur la perspective de nouvelles actions de coopération avec la juridiction suprême tunisienne.

Le bilan intermédiaire du jumelage avec l'Ukraine, réalisé à mi-parcours en 2012, est encourageant. De nombreuses missions d'experts français, lituaniens et suédois avaient alors déjà été effectuées, en réponse aux besoins exprimés par notre partenaire ukrainien en matière d'indépendance juridictionnelle, de traitements des requêtes, d'améliorations procédurales et de formation des magistrats.

Ces projets de grande envergure qui associent des conseillers d'État, des magistrats administratifs et des agents des services du Conseil d'État, contribuent incontestablement à la diffusion du modèle juridique français.



Ingénierie d'un projet de jumelage

- **Identification du projet** : Le pays bénéficiaire identifie des besoins dans le cadre des orientations de la Commission européenne et établit des fiches de jumelage avec le concours de la Commission européenne
- **Lancement de propositions** : diffusion des fiches de jumelage aux points de contact nationaux des États membres, soulignant les résultats concrets souhaitables
- **Soumission de propositions** : le ou les État(s) membre(s) - seul ou en consortium - prépare(nt) et soumet(tent) une proposition désignant un conseiller-résident-jumelage (CRJ) et un chef de projet (CP) et expliquant les points d'approche clés sur la manière d'atteindre le résultat visé
- **Sélection de la proposition** : Le pays bénéficiaire évalue les propositions et, après présentation des propositions par les CRJ et les CP de l'État membre, effectue une sélection finale
- **Préparation et finalisation du plan de travail** : L'État membre et le pays bénéficiaire rédigent ensemble un contrat de jumelage assorti d'un plan de travail budgétisé détaillé exposant dans les grandes lignes des objectifs réalisables
- **Examen du contrat avec intervention de la Commission européenne** : La Commission européenne et l'unité de gestion évaluent le plan de travail de jumelage par le biais d'un comité de pilotage. Le contrat de jumelage est signé par toutes les parties
- **Mise en œuvre du projet** : Fixant son attention sur des objectifs réalisables, le CRJ exécute sur place le projet dans le pays bénéficiaire, avec le soutien du CP et de l'administration de l'État membre
- **Suivi et rapport** : l'avancement fait l'objet d'un suivi par la délégation de la Commission européenne et l'unité de gestion du pays bénéficiaire et est mesuré par des rapports intérimaires trimestriels et un rapport final
- **Évaluation** : Le projet de jumelage est évalué par un auditeur externe

Le Conseil d'État a renouvelé ses modes d'intervention

Dans le cadre de son partenariat avec le Forum global pour le droit, la justice et le développement créé à l'initiative de la Banque mondiale, le Conseil d'État s'est porté candidat pour créer et animer un groupe de travail (une communauté de pratiques) sur le thème générique des partenariats publics-privés (PPP) appliqués à des actions concrètes d'aide au développement (gestion de l'eau en zones périurbaines). Le Conseil d'État a ainsi animé, en décembre 2012 à Washington, avec le concours de l'Agence française de développement, un atelier consacré au thème des PPP lors de la Semaine du droit et du développement de la Banque mondiale.

Ce partenariat permet ainsi d'identifier à l'international le Conseil d'État à une action de valorisation du savoir-faire juridique national mise au service d'actions de développement.

L'intensification des échanges au sein de l'Europe

Ce volet prioritaire de notre action s'est traduit en 2012 notamment par :

- **les échanges développés au sein de l'association ACA-Europe.** Ces échanges portent sur des questions ou des thèmes intéressant l'ensemble des cours membres dans leur pratique régulière. C'est ainsi que ces cours ont pu confronter leurs expériences, en mars 2012, dans le cadre d'un séminaire portant sur « L'efficacité des pouvoirs des Hautes Cours administratives » Par ailleurs, la précédente présidence espagnole a organisé à Madrid, en juin 2012, un colloque portant sur la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- **le maintien de relations régulières avec les juridictions administratives suprêmes d'autres États membres de l'Union européenne.** En 2012, les échanges ont eu lieu en particulier avec des juridictions connaissant comme nous la dualité des missions, juridictionnelle et consultative, avec la visite d'une délégation du Conseil d'État aux Conseil d'État de Belgique et des Pays-Bas en mars 2012 et l'accueil à Paris en janvier 2012 du président du Conseil d'État de Grèce.

Cette année aura permis d'approfondir la relation bilatérale avec deux États membres ayant assez récemment adhéré à l'Union européenne, à savoir la Pologne et la Lituanie.

Concernant en premier lieu la Pologne, le Conseil d'État a accueilli une délégation de la Cour administrative suprême en janvier à Paris, dans le cadre d'un séminaire juridique. Le vice-président s'est par ailleurs rendu à Cracovie et Varsovie en octobre. Ce déplacement a été marqué par une visite à haute portée symbolique sur le site d'Auschwitz-Birkenau. Devant les étudiants de l'université Jagellonne de Cracovie, le vice-président a prononcé un discours portant sur la dynamique des droits fondamentaux. Enfin, il a été convenu de mettre en place, entre les deux juridictions, un dispositif d'échanges de jurisprudence.



Concernant en second lieu la Lituanie, une délégation de la Cour administrative suprême de ce pays conduite par son président a été accueillie au Palais Royal en septembre. Le séminaire juridique organisé à cette occasion a notamment permis d'échanger sur les expériences des deux juridictions en matière d'intégration du droit européen dans le droit national.

- **l'intensification des échanges avec les institutions européennes**, qui s'est traduite par plusieurs événements : la participation d'une délégation du Conseil d'État conduite par son vice-président à l'audience de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à Strasbourg en janvier 2012 ; la visite d'étude effectuée par plusieurs membres du Conseil d'État et de magistrats des TA et CAA auprès de la CEDH à Strasbourg en juin 2012 ; l'accueil au Conseil d'État d'une délégation du Tribunal de l'Union européenne conduite par son président en juillet ; la visite à Paris en septembre d'une délégation de la commission des affaires institutionnelles du Parlement européen ; enfin, la participation de membres du Conseil d'État au 60^e anniversaire de la Cour de justice de l'Union européenne ;

- **l'organisation d'un cycle de séminaires** avec la Cour suprême du Royaume-Uni consacré aux principes directeurs du **droit public européen** (égalité et non-discrimination ; proportionnalité ; subsidiarité et sécurité juridique) ;

- **l'échange de magistrats dans le cadre de visites d'études**. C'est ainsi que nous avons accueilli à Paris un magistrat et le secrétaire général du Conseil d'État d'Italie ainsi qu'un magistrat de la Cour administrative suprême de la République tchèque. Un auditeur du Conseil d'État a effectué une telle visite auprès du Conseil d'État d'Italie.

- hors de l'UE, le Conseil d'État a accueilli une délégation du tribunal fédéral de Suisse en mars.

Des actions de coopération internationale reposant sur plusieurs objectifs

La consolidation des liens avec des États susceptibles de servir de relais d'influence de notre modèle juridique dans le monde

Ceci vise en particulier le maintien d'échanges importants avec les pays d'Afrique du Nord : jumelage précité avec la Tunisie et visite à Paris de la présidente du tribunal administratif de Tunisie ; dans le cadre de l'accord de coopération avec l'Algérie, visites d'études de quatre magistrats algériens et participation de membres de deux Conseil d'État à deux séminaires juridiques à Alger, portant respectivement sur la responsabilité hospitalière et la rédaction et la motivation des décisions juridictionnelles.

Ceci vise également l'accueil de délégations et de magistrats de pays de l'Afrique subsaharienne (Côte d'Ivoire ; Sénégal ; Bénin) et le maintien de relations régulières avec le CE de Colombie.



Les liens ont été approfondis avec les juridictions suprêmes de deux pays s'inspirant ou souhaitant s'inspirer de notre modèle de justice administrative, le Liban et la Turquie.

Concernant le Liban, un séminaire de travail sur les marchés publics, auquel plusieurs membres du Conseil d'État ont pris part, a été organisé par le Conseil d'État du Liban à Beyrouth en février. Une délégation du Conseil d'État, conduite par son vice-président, s'est rendue au Liban en novembre. Cette visite a été l'occasion de définir un schéma de coopération entre les deux juridictions, prévoyant notamment l'organisation de visites d'études de magistrats libanais au Conseil d'État pour des visites d'étude en vue de les familiariser au fonctionnement de notre justice administrative.

S'agissant de la Turquie, il ressort d'une mission exploratoire effectuée en décembre 2012 par le délégué aux relations internationales auprès du Conseil d'État de Turquie, le souhait de ce dernier de profiter de définir un schéma de coopération, accompagnant de façon prioritaire leur souci de désencombrer la juridiction suprême par une meilleure régulation des flux de contentieux.

Des relations bilatérales approfondies

Le développement de relations, sous différentes formes (accueil de délégations, de magistrats, ou d'étudiants, organisation de séminaires) avec des pays importants en termes de rayonnement ou de droit comparé : les États-Unis (accueil d'étudiants provenant de plusieurs universités) ; le Brésil ; l'Inde ; la Chine ; la Corée du Sud.

Les cadres d'influence que constituent les enceintes internationales

C'est ainsi que l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA), créée en 1983, 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. Cette association a son siège au Conseil d'État. Par ailleurs, c'est le secrétaire général du Conseil d'État qui exerce traditionnellement la fonction de secrétaire général de cette association.

Une délégation du Conseil d'État conduite par son vice-président a participé au conseil d'administration qui s'est tenue à Abidjan en avril 2012. Cette année 2012 a par ailleurs été consacrée à la préparation du congrès qui aura lieu à Carthagène (Colombie) en avril 2013 et qui donnera lieu à un colloque international ayant pour thème « Le juge administratif et l'environnement ». Ce congrès devait décider d'un ajustement des statuts de l'AIHJA en vue de diversifier ses activités et d'en améliorer la gouvernance. Une nouvelle présidence de l'association, succédant à l'actuelle présidence colombienne, devrait être désignée à l'issue de ce congrès.



Sur un registre plus sectoriel, mais dans lequel notre institue exerce traditionnellement une grande influence, une importante délégation du Conseil d'État a pris part au 3^e congrès annuel de l'Association internationale des juges fiscaux qui s'est tenue à Munich en octobre 2012.

Enfin, le Conseil d'État a pris, comme les années précédentes, une part active dans le fonctionnement et le rayonnement de la Fondation pour le droit continental (participation d'un membre du Conseil d'État à la Convention des juristes de la Méditerranée organisée à Alger en décembre 2012 sous l'égide de cette fondation)

La valorisation du savoir-faire de la justice administrative française

La valorisation du savoir-faire de la justice administrative française concerne non seulement son fonctionnement juridictionnel et consultatif mais également le management judiciaire. Il faut relever à cet égard, les missions d'expertise effectuée notamment en Grèce (en vue d'alléger la charge des tribunaux administratifs locaux), en Thaïlande (formation et évaluation des magistrats), au Vietnam (procédure contentieuse et appui au renforcement de l'appareil gouvernemental), en Ouzbékistan (procédure contentieuse et égal accès à la justice), en Moldavie (intégration de la norme européenne dans l'ordre juridique interne), au Kazakhstan (suivi d'exécution des décisions de justice) et en Égypte (justice administrative et État de droit).

Deux membres du Conseil d'État sont également intervenus à Mexico en mars 2012, dans le cadre de la « 2^e journée internationale de la fonction consultative ». Le Conseil d'État était également présent dans un séminaire organisé en avril 2012 à Brasilia, séminaire portant sur l'organisation et le droit des services publics et les infrastructures routières.

Table des matières

■ Éditorial

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

■ Première partie – ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE 15

L'activité juridictionnelle en chiffres-clés..... 17

L'activité juridictionnelle en 2012 17

Évolution de l'activité juridictionnelle 2010-2012 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 22

 – 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 39

 – Présentation sommaire 39

 – Activité de la Cour nationale du droit d'asile 41

 – 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 55

 – La procédure de QPC devant la juridiction administrative 55

 – Les conditions de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel 56

 – Les effets des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de QPC 57

3. Analyse d'une sélection de décisions, d'arrêts et de jugements 59

3.1. Sélection de décisions marquantes du Conseil d'État..... 59

 – Actualité de la loi de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État 59



– Renforcement du droit à l’indemnisation des patients.....	62
– Réparation des préjudices consécutifs aux spoliations de biens intervenues du fait des législations antisémites.....	63
– Droit d’asile, orientation sexuelle et excision.....	64
– Renforcement des garanties pour les fonctionnaires responsables syndicaux.....	66
– Une série de contestations des tarifs réglementés du gaz et de l’électricité	68
– La construction des antennes de téléphonie mobile : quels pouvoirs pour le maire ?	72
– Le renouveau du contentieux contractuel : de nombreux prolongements	73
– Nouvelles précisions sur les aides d’État	76
3.2. Analyse de décisions juridictionnelles du Conseil d’État.....	79
– Actes	79
– Commerce	83
– Compétence juridictionnelle	84
– Comptabilité.....	85
– Concurrence	87
– Contrats	89
– Contributions et taxes	90
– Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales	95
– Domaine.....	96
– Droits civils et individuels	97
– Droit international.....	101
– Élections.....	102
– Fonction publique	104
– Nature et environnement.....	106
– Police	109
– Procédure	110
– Responsabilité.....	118
– Urbanisme	121
3.3. Analyse d’arrêts des cours administratives d’appel et de jugements des tribunaux administratifs	123
– Actes	123
– Aide sociale.....	124
– Arts et lettres.....	124
– Collectivités territoriales.....	124
– Compétences juridictionnelles.....	126
– Comptabilité.....	127
– Contrats	127
– Contributions et taxes	130
– Cultes	133
– Domaine.....	133
– Droits civils et individuels	134
– Éducation	136
– Élections.....	137
– Équipements.....	137
– Étrangers	137
– Fonction publique	138
– Logement	139
– Nature et environnement.....	140
– Ouvrage public.....	141
– Procédure	142
– Responsabilité.....	142
– Santé publique.....	144

– Travail	144
– Urbanisme.....	145
3.4. Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d’asile.....	146
4. Les missions qui concourent à l’activité juridictionnelle : aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives.....	151
4.1. Bilan d’activité du bureau d’aide juridictionnelle (BAJ).....	151
– Demandes d’aide juridictionnelle	151
– Décisions rendues	152
– Stock, durée de traitement et délai de notification.....	152
– Sens des décisions.....	152
– Nature des contentieux et matières concernées	152
– Statistiques.....	153
4.2. Bilan d’activité de l’exécution des décisions de la juridiction administrative.....	155
– Réforme du code de justice administrative sur l’exécution des décisions.....	156
– Synthèse de l’activité en matière d’aide à l’exécution en 2012.....	157
– Demandes d’éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2012	161
– Statistiques.....	164
4.3. Mission permanente d’inspection des juridictions administratives.....	167
– Inspection des juridictions administratives	167
– Participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel	168
– Coopération internationale.....	169
■ Deuxième partie – ACTIVITÉ CONSULTATIVE	171
– Présentation générale	173
– Notes méthodologiques.....	174
1. Observations d’ordre général.....	175
1.1. Une activité consultative toujours soutenue	175
– L’assemblée générale du Conseil d’État : 49 textes examinés en 32 séances.....	175
– La commission permanente: une activité marquée par l’urgence.....	176
– Les sections administratives : un niveau d’activité toujours élevé.....	176
– Des délais moyens d’examen toujours très maîtrisés	176
– Des conditions de travail sensiblement améliorées.....	177
1.2. Remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte.....	177
– Les difficultés inhérentes aux saisines en urgence.....	177
– Composition des dossiers.....	179
– Les questions relatives aux consultations obligatoires	179
1.3. La qualité des études d’impact ou des évaluations préalables.....	180
– Exigences requises pour les lois ordinaires – Exemples d’insuffisances relevées....	180
– Exigences requises pour les lois de finances	182



2. Sélection d'affaires marquantes de l'année	185
2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière	186
– 2.1.1. Définir un nouveau cadre budgétaire et financier pour l'État	186
– 2.1.2. Tirer les conséquences de la crise en matière d'organisation et de fonctionnement du secteur bancaire	190
2.2. Actions en faveur de l'emploi	194
– 2.2.1. Projets de loi et de décret sur les emplois d'avenir	195
– 2.2.2. Projet de loi portant création du contrat de génération	197
– 2.2.3. Décrets successifs sur le chômage partiel	198
2.3. Projet de loi relatif au harcèlement sexuel	199
2.4. Projet de loi ouvrant le mariage à deux personnes de même sexe	200
2.5. Prévention et lutte contre le terrorisme	202
– 2.5.1. Projet de loi relatif à la prévention et à la répression du terrorisme	202
– 2.5.2. Projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme	203
2.6. Participation du public en matière environnementale	205
2.7. Mobilisation du foncier public en faveur du logement	207
2.8. Promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la fonction publique	209
2.9 Réforme des élections locales	210
– 2.9.1. Réforme des élections locales – Représentation des collectivités territoriales	210
– 2.9.2. Élections sénatoriales – Possibilité d'un vote pondéré	211
– 2.9.3. Élection des conseillers départementaux – Tracé de la nouvelle carte cantonale	212
3. Thèmes transversaux de l'activité consultative	215
3.1. Actes et respect de la hiérarchie des normes	215
– 3.1.1. Domaines respectifs de la loi et du règlement	215
– 3.1.2. Adoption, application et disparition des actes législatifs et administratifs	216
– 3.1.3. Ordonnances de l'article 38 de la Constitution.....	217
– 3.1.4. Office du Conseil d'État dans ses attributions consultatives	219
3.2. Collectivités territoriales	220
3.3. Commande publique	222
3.4. Consultations	222
– 3.4.1. Questions générales	222
– 3.4.2. Consultations propres à la fonction publique et aux militaires.....	225
– 3.4.3. Consultation de divers organismes	229
– 3.4.4. Consultation ouverte sur Internet.....	231
3.5. Domanialité	232
3.6. Droit des étrangers	234
3.7. Juridictions administratives et judiciaires	235

3.8. Libertés et principes fondamentaux	236
– 3.8.1. Principe d'égalité	236
– 3.8.2. Principe de sécurité juridique	238
– 3.8.3. Principes constitutionnels du droit de propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté contractuelle	239
3.9. Organisation et gestion de l'administration	239
– 3.9.1. Établissements publics	239
– 3.9.2. Recours administratif préalable obligatoire	240
– 3.9.3. Relations entre les citoyens et l'administration	242
3.10. Outre-mer	242
– 3.10.1. Questions concernant l'ensemble des collectivités d'outre-mer	242
– 3.10.2. Collectivités régies par l'article 73 de la Constitution	244
– 3.10.3. Collectivités régies par l'article 74 de la Constitution	246
– 3.10.4. Nouvelle-Calédonie	247
3.11. Relations internationales et conventions internationales	249
– 3.11.1. Champ d'application de l'article 53 de la Constitution	249
– 3.11.2. Contrôle de conventionnalité	250
– 3.11.3. Échange de données à caractère personnel	251
3.12. Sanctions	252
3.13. Traitement de données à caractère personnel	253
– 3.13.1. Conditions de création des traitements de données à caractère personnel	253
– 3.13.2. Définition des données sensibles	254
– 3.13.3. Usages des traitements de données à caractère personnel	255
3.14. Union européenne	256
– 3.14.1. Élargissement de l'Union européenne	256
– 3.14.2. Aides d'État	257
– 3.14.3. Transposition de directive de l'Union européenne	258
– 3.14.4. Application des normes de l'Union européenne	259
– 3.14.5. Incompatibilité entre le droit de l'Union européenne et un autre engagement international de la France – Placement de main d'oeuvre	260
4. Politiques publiques	263
4.1. Agriculture	263
4.2. Budget et comptabilité publique	264
– 4.2.1. Dispositions pouvant figurer en loi de finances	264
– 4.2.2. Dispositions devant figurer en loi de finances	264
– 4.2.3. Dispositions ne pouvant figurer en loi de finances	265
– 4.2.4. Comptabilité publique	266
4.3. Communication	267
4.4. Concurrence et consommation	269
4.5. Crédit, monnaie, services financiers	270
– 4.5.1. Banque	270
– 4.5.2. Assurance	271
4.6. Cultes	273



4.7. Défense	274
– 4.7.1. Organisation de la défense	274
– 4.7.2. Services de guerre	274
– 4.7.3. Statut des militaires.....	275
– 4.7.4. Justice militaire	275
4.8. Énergie	277
4.9. Environnement	280
– 4.9.1. Charte de l’environnement	280
– 4.9.2. Évaluation environnementale.....	281
– 4.9.3. Installations classées pour la protection de l’environnement.....	282
– 4.9.4. Eau et milieux aquatiques et marins	282
– 4.9.5. Parcs et réserves	284
4.10. Fiscalité	287
– 4.10.1. Fiscalité sur les revenus	287
– 4.10.2. Fiscalité sur le patrimoine	293
– 4.10.3. Fiscalité sur les sociétés	296
– 4.10.4. TVA et autres impôts indirects.....	298
– 4.10.5. Procédures fiscales	299
4.11. Fonction publique	301
– 4.11.1. Principe de participation	301
– 4.11.2. Déroulement de carrière.....	302
– 4.11.3. Dispositions statutaires particulières	304
– 4.11.4. Agents contractuels	308
4.12. Justice	309
– 4.12.1. Droit civil et commercial	309
– 4.12.2. Nationalité.....	309
4.13. Logement	311
4.14. Santé publique	313
– 4.14.1. Professions de santé	313
– 4.14.2. Médicaments et autres produits de santé	316
4.15. Sécurité et ordre public	318
– 4.15.1. Activités privées de sécurité.....	318
– 4.15.2. Points d’importance vitale	318
4.16. Sécurité sociale et action sociale	319
– 4.16.1. Sécurité sociale	319
– 4.16.2. Action sociale.....	320
– 4.16.3. Protection sociale complémentaire	320
4.17. Transports	322
4.18. Travail, emploi et formation professionnelle	323
4.19. Urbanisme et aménagement	324
5. Index	325

6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État	333
6.1. L'activité consultative en 2012 : nombre de séances, nombre et nature des textes examinés, délais d'examen	333
6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2012	338
7. Avis rendus par le Conseil d'État en 2012	341
■ Troisième partie – ÉTUDES, DÉBATS, PARTENARIATS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX	343
1. Les études et les débats	345
1.1. L'étude annuelle « Les agences : une nouvelle gestion publique ? »	346
1.2. Les colloques et les conférences du Conseil d'État	351
– Statistiques d'activité, taux de participation et évaluation des colloques et conférences	351
– L'élargissement du champ des compétences et des réflexions conjointes.	353
1.3. Les domaines privilégiés des études, des débats et des publications : le droit de l'environnement, le droit public économique et l'action publique	354
– Le droit de l'environnement.....	354
– Une double expertise juridique en matière de domanialité publique : une publication sur les propriétés des personnes publiques et un colloque sur leur patrimoine immatériel.....	355
– Les études annuelles 2011 et 2012 ont élargi le débat juridique aux réflexions sur la gestion publique, l'organisation des administrations et la gouvernance publique.	356
2. Relations européennes et internationales	357
2.1. La mission d'expertise juridique en droit européen	357
– La réponse aux questions de droit.....	357
– La contribution à l'activité d'étude et de colloques.....	360
2.2. La mission de veille juridique	362
– Le bulletin de la délégation au droit européen.....	362
– La lettre d'alerte de la délégation au droit européen	362
2.3. Présentation générale de l'activité internationale	364
– Présentation générale	364
– Les événements marquants de l'année 2012.....	365
– L'intensification des échanges au sein de l'Europe	369
– Des actions de coopération internationale reposant sur plusieurs objectifs.....	370



