



CONSEIL D'ÉTAT

Rapport public 2010

Activité juridictionnelle
et consultative des
juridictions administratives



La
documentation
Française

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

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

Yves ROBINEAU, Yannick MOREAU, Bernard STIRN, Marie-Dominique HAGELSTEEN, Pierre-François RACINE, Michel PINAULT, Olivier SCHRAMECK, présidents de section.

Christophe DEVYS, secrétaire général du Conseil d'État.

Frédéric TIBERGHEN, rapporteur général de la section du rapport et des études.

Jean-François DEBAT, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études.

Directeur de la publication : Olivier SCHRAMECK

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Rapports publics du Conseil d'État dans la Collection « Études et documents du Conseil d'État »

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

Collection « Les études du Conseil d'État »

- *Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, 1999.
- *Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, 1999.
- *L'utilité publique aujourd'hui*, 1999.
- *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, 1999.
- *La norme internationale en droit français*, 2000.
- *L'influence internationale du droit français*, 2001.
- *La publication et l'entrée en vigueur des lois
et de certains actes administratifs*, 2001.
- *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation
du domaine public*, 2002.
- *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, 2004.
- *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, 2004.
- *Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, 2006.
- *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication*, 2006.
- *Pour une politique juridique des activités spatiales*, 2006.
- *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit
national*, 2007.
- *Le droit de préemption*, 2008.
- *L'implantation des organisations internationales sur le territoire français*, 2008.
- *La révision des lois bioéthiques*, 2009

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- *Années 1988 à 2002* (disponibles).
- *Année 2003-2004*, Documents d'études 6.21.

Collection « Les études de la Documentation française »

- *Le Conseil d'État*, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

- *La justice administrative en pratique*, n^{lle} édition, 2001.
- *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*,
n^{lle} édition à paraître.



Sommaire

■ Éditorial

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État7

I. Rapport d'activité

■ Activité juridictionnelle 19

Bilan d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État..... 21

Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État..... 37

Bilan de la jurisprudence du Conseil d'État..... 41

Analyse des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs..... 65

■ Activité consultative 81

Assemblée générale, commission permanente et questions communes aux différentes formations 83

Section de l'intérieur..... 135

Section des finances 163

Section des travaux publics 189

Section sociale..... 209

Section de l'administration..... 239

Récapitulatif des statistiques pour 2009 263

■ Activité de la section du rapport et des études 265

Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2009 267

Études, colloques et conférences du Conseil d'État..... 277

Activité internationale de la juridiction administrative..... 281

Activité de la délégation au droit européen du Conseil d'État..... 291

■ Activité de la cellule de veille européenne 295

■ Activité des services de formation et d'inspection du Conseil d'État 299

Activité de formations 301

Mission permanente d'inspection des juridictions administratives..... 309



■ Activité des juridictions spécialisées	311
Cour nationale du droit d’asile	313
Commission centrale d’aide sociale	325
Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale	327
Section des assurances sociales du Conseil national de l’Ordre des médecins	329
Chambre disciplinaire nationale de l’Ordre des chirurgiens-dentistes	330
Section des assurances sociales du conseil national de l’Ordre des chirurgiens-dentistes	332
Chambre de discipline du Conseil national de l’Ordre des pharmaciens	334
Section des assurances sociales du Conseil national de l’Ordre des pharmaciens	336
Chambre disciplinaire nationale et section des assurances sociales du Conseil national de l’Ordre des sages-femmes	337
Chambre supérieure de discipline de l’Ordre des vétérinaires	338
Chambre nationale de discipline des architectes	340
Haut Conseil du commissariat aux comptes	341
Bilan statistique de l’activité des juridictions administratives spécialisées	342
■ Avis du conseil d’État en 2009	343



Éditorial

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

Le rapport d'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives dresse chaque année le bilan de l'activité du Conseil d'État, des cours administratives d'appel, des tribunaux administratifs et des juridictions administratives spécialisées. Pour autant, ce rapport ne saurait être figé dans sa structure et sa présentation : il prend toute sa part dans la démarche d'ouverture et de dialogue que le Conseil d'État renforce en direction des citoyens et des acteurs publics.

Il s'enrichit en particulier d'une nouvelle rubrique composée d'une sélection de décisions des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Il confronte aussi toute une série d'indicateurs essentiels de l'activité de la juridiction administrative, comme ses délais de jugement, aux résultats passés, inscrivant ainsi son action dans une dynamique d'efforts et de progrès. Il fait enfin une large part aux initiatives prises par la juridiction administrative pour mener résolument son développement dans le cadre élargi d'un droit public européen.

Le bilan 2009 sera ainsi l'occasion de revenir sur une année de réformes qui se poursuivent dans la démarche, amorcée il y a trois ans, de renouvellement de l'action et des méthodes dévolues à l'activité consultative et juridictionnelle des juridictions administratives.

L'activité contentieuse de la juridiction administrative en 2009

Pour la première fois cette année, le rapport d'activité présente, sous un bilan unique, les résultats d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État, en suivant le cheminement du dossier contentieux en premier ressort, en appel puis en cassation. Bénéficiant des réformes engagées depuis 3 ans et d'une relative stabilisation de la demande de

justice, les juridictions administratives consolident la tendance au redressement de leur situation et parviennent, en 2009, à un équilibre satisfaisant.

En 2009, les **tribunaux administratifs** et les **cours administratives d'appel** ont jugé sensiblement plus d'affaires - respectivement 187 200 et 28 200 en données nettes - qu'ils n'en ont enregistrées - soit 172 200 et 28 000 en données nettes -. Par conséquent le délai prévisible moyen de jugement, en première instance, a été réduit de plus d'un mois pour atteindre un seuil inférieur à un an - soit 11 mois et 25 jours - ; il s'est stabilisé à 1 an et 8 jours pour les juridictions d'appel - soit 15 jours de moins qu'en 2008.

Ces bons résultats témoignent de l'assainissement de la situation des juridictions administratives. Dans les tribunaux administratifs, le nombre des affaires en stock diminue de 8,4% par rapport à 2008 (données nettes) ; cette diminution atteint même 17,5% pour la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans. La même tendance s'observe au sein des cours administratives d'appel, qui diminuent de 23 % leur stock d'affaires de plus de 2 ans.

Si cette performance doit être saluée, les juridictions administratives seront néanmoins confrontées, dans les prochains mois, à de nouveaux défis d'ores et déjà prévisibles, au titre desquels on peut citer la montée en puissance de nouveaux contentieux tel celui issu du droit au logement opposable (DALO) qui représentait déjà, en 2009, 6,2% des dossiers enregistrés devant les tribunaux administratifs, ou celui relatif au revenu de solidarité active (RSA), dont l'impact ne s'est pas encore fait pleinement ressentir. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel devront également adapter leurs méthodes et procédures au traitement des questions prioritaires de constitutionnalité, dont les justiciables feront probablement pleinement usage. La demande de justice devrait continuer à croître en 2010, mais la poursuite des efforts consentis ces dernières années devrait permettre à la juridiction administrative d'y faire face.

Les résultats de la **section du contentieux** du Conseil d'État font écho aux performances observées au sein des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Ils témoignent de l'accentuation des tendances observées ces dernières années, à savoir des résultats d'ensemble satisfaisants et la capacité à mobiliser efficacement la diversité de ses formations de jugement.

L'année 2009 est ainsi marquée par une légère augmentation, hors ordonnances du président de la section du contentieux, du nombre des affaires jugées par rapport à 2008, qui représentent 8 816 dossiers, contre 8 751 l'année précédente. Le taux de couverture des affaires enregistrées – au nombre de 8 606 – par les affaires jugées est supérieur à 100 % et le stock des affaires en instance passe, pour la première fois, sous le seuil symbolique des 8 000 dossiers, ce qui est inédit depuis 30 ans. A cette performance quantitative s'ajoute un effort très notable pour la résorption des dossiers les plus anciens : le nombre d'affaires en stock enregistrées depuis plus de trois ans, qui était de 140 en mai 2008, est passé à 35 en décembre 2009, ce qui permet d'envisager leur extinction avant 2011. De même, on ne décompte plus que 610 dossiers de plus de 2 ans à juger à la fin de l'année 2009.

Le recours à tout l'éventail des formations de jugement constitue également un trait marquant de l'activité de l'année 2009. Il témoigne en amont d'une bonne prise en compte de la difficulté des affaires à juger et d'une capacité satisfaisante à analyser et à orienter des dossiers enregistrés. A ce titre, près de la

moitié des affaires jugées en 2009 l'ont été par ordonnances - dont 722 ordonnances du juge des référés intervenant en majorité dans le domaine des refus de visas d'entrée en France. Les jugements des sous-sections jugeant seules ont représenté près de 40% de l'activité totale de la section, les affaires soumises aux sous-sections réunies et devant l'assemblée et la section étant moins nombreuses en 2009 - mais plus complexes et d'une grande portée juridique.

Comme les années précédentes, ces tendances favorables ne sauraient pour autant masquer la fragilité structurelle de l'équilibre atteint, qui impose vigilance pour l'avenir : l'on assiste en effet déjà, sur les premières semaines de l'année 2010, à une augmentation des affaires enregistrées par rapport à la même période de 2009, alors que les effectifs de magistrats de la section du contentieux restent réduits, sans jamais avoir retrouvé leur niveau du début des années 2000.

Les fortes contraintes pesant sur l'activité de la section du contentieux n'ont cependant pas altéré la qualité et la créativité dont la jurisprudence a su faire preuve en 2009 pour répondre à des questions nouvelles et souvent difficiles. Parmi les décisions qui ont marqué l'année on relèvera, dans le domaine des activités économiques de la puissance publique, l'arrêt Commune d'Olivet du 8 avril 2009 en matière de délégations et de contrats passés par les autorités publiques, dont la grande portée économique se confirme de semaine en semaine, notamment en matière de délégations d'eau remises en concurrence, et l'arrêt du 28 décembre 2009 Ville de Béziers, relatif aux pouvoirs du juge des contrats saisi par les parties contractantes.

Le Conseil d'État a continué à faire évoluer sa jurisprudence dans un sens favorable à la garantie des droits fondamentaux : en matière de droit des détenus, elle a renforcé, dans la ligne des arrêts d'assemblée de 2007, les garanties attachées au droit à la vie familiale et aux conditions de détention ; elle a précisé en matière de droit d'asile les conditions d'accueil et l'hébergement des demandeurs d'asile ; elle a eu à traiter de questions délicates en matière de fichiers – on retiendra notamment les deux décisions rendues sur les fichiers CRISTINA et ELOI. Elle a enfin été marquée par deux décisions majeures, celle relative au décompte du temps de parole du Président de la République par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, avec la décision d'assemblée du 8 avril 2009 M. Hollande et M. Mathus, et l'avis contentieux Mme Hoffman-Glemane du 16 février 2009 sur la responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites par le régime de Vichy, dont la solution a été jugée totalement compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme par un arrêt du 24 novembre 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme.

La résonance croissante entre la jurisprudence du Conseil d'État et le droit européen marque la participation grandissante de l'institution, à l'instar des autres cours suprêmes européennes, à la construction d'un droit public européen. On peut à ce titre relever la décision d'assemblée Mme Perreux, du 30 octobre 2009, qui consacre, 30 ans après, l'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit sur l'autorité en droit interne des directives non transposées.

2009, année de consolidation du mouvement de réformes de la juridiction administrative

Au titre des actions prioritaires entreprises au cours de l'année 2009, figurent la consolidation de la qualité du service rendu au justiciable et l'amélioration des conditions d'accès à la juridiction administrative. L'installation d'un nouveau tribunal administratif à Montreuil, en septembre 2009, répond à la progression du contentieux dans le département de la Seine-Saint-Denis - qui a augmenté de 73 % sur la période 2002-2007 - et va permettre le rééquilibrage de l'activité des tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et de Versailles. La même volonté prévaut dans la poursuite des travaux de rénovation de l'ensemble des tribunaux administratifs, qui se prolongeront en 2010, afin d'améliorer l'accueil du public et de mieux répondre aux attentes du justiciable.

Pour communiquer plus largement et complètement et expliquer les actions et les résultats de la juridiction administrative, le site internet du Conseil d'État a été refondu en 2009. Il donne désormais au citoyen un accès direct à une plateforme virtuelle d'information, qui permet de consulter une base de jurisprudence «en ligne». Y figurent également les travaux de recherche et d'expertise de l'institution, ainsi qu'un large espace dévolu aux échanges et aux dialogues nourris par les cycles des colloques et conférences du Conseil d'État qui portent sur un ensemble de thèmes et d'actualités juridiques. Distingué par le jury du rendez-vous annuel des professionnels de la communication, le site internet du Conseil d'État, qui couvre également les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, représente aujourd'hui un relais essentiel tourné vers la société civile. Il constitue également un point d'appui indispensable pour assurer une diffusion élargie de la jurisprudence et des travaux du Conseil d'État, tant en français que dans les principales langues étrangères.

S'agissant des réformes contentieuses et statutaires, l'année 2009 a été marquée en premier lieu par la mise en œuvre du décret du 7 janvier 2009, dont les nouvelles mesures ont été, à l'épreuve d'à peine quelques mois, largement intégrées dans les habitudes procédurales du Conseil d'État comme des juridictions d'appel et de premier ressort. Le rapporteur public a désormais remplacé dans les faits comme dans les esprits le commissaire du gouvernement, le déroulement des audiences a évolué dans le sens du renforcement des garanties accordées aux parties et les règles d'accès aux conclusions des rapporteurs publics ont été précisées.

L'année 2009 a également permis de poursuivre des réflexions déjà engagées sur les méthodes de travail de la section du contentieux. A ce titre, l'expérience de calendriers de procédures a inspiré des mesures réglementaires, à paraître en 2010, mais d'ores et déjà mises en œuvre à titre expérimental dans deux sous-sections. Un audit des secrétariats de sous-sections, mené entre septembre et décembre 2009, a évalué la bonne mesure de leurs périmètres de compétence et dégagé des pistes d'action pour optimiser l'organisation du travail juridictionnel. La consolidation des moyens dévolus à l'aide à la décision, qui ont été considérablement développés depuis cinq ans, a enfin permis de stabiliser les équipes d'assistants de justice des sous-sections au niveau où ils devraient produire le plus de résultats pour l'avenir.

2009 est également l'année où les fondements de réformes majeures pour l'avenir auront été posés.

Le rôle de cour suprême du Conseil d'État doit être renforcé en réduisant les compétences qu'il exerce en premier ressort. Tel est l'objet du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives. Ce même décret réforme l'expertise devant la juridiction administrative, prévoit un nouveau mode de clôture de l'instruction et, parmi de multiples autres innovations procédurales, concrétise la procédure de «l'amicus curiae», en permettant aux juridictions administratives d'entendre de manière contradictoire toute personne qualifiée susceptible d'éclairer des débats contentieux particulièrement complexes.

Depuis le 1^{er} mars 2010, tout justiciable peut invoquer, à l'occasion d'une instance devant une juridiction administrative ou judiciaire, la non-conformité de dispositions législatives déjà entrées en vigueur avec des droits et des libertés que la Constitution garantit. Il incombera au Conseil d'État et à la Cour de cassation de juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question. Le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 a précisé les règles de procédure applicables à la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives et judiciaires. Un autre décret du même jour, le décret n° 2010-149, organise la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité. Plus d'une vingtaine de ces questions ont été transmises au Conseil d'État en mars 2010.

Les réformes engagées par le Conseil d'État ont été doublement confortées par le droit constitutionnel et le droit européen.

A l'occasion de l'examen de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009), le Conseil constitutionnel a souligné qu'il n'existait que deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution avec à leur sommet le Conseil d'État et la Cour de cassation. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, dans son arrêt UFC que Choisir de Côte d'Or du 30 juin 2009, la compatibilité de principe de la double fonction consultative et juridictionnelle au sein d'une même institution. Son arrêt Mme Etienne, du 15 septembre 2009, juge quant à lui que les règles issues du décret du 1^{er} août 2006 sur la présence du rapporteur public au délibéré, sauf opposition d'une partie à l'instance, sont compatibles avec les exigences du procès équitable et conformes à la Convention européenne des droits de l'homme.

Une activité consultative renforcée pour le Conseil d'État

Le rôle que le Conseil d'État occupe dans la vie publique tient aujourd'hui largement à son activité consultative, notablement renforcée par les dispositions issues de la révision constitutionnelle de 2008 : le Conseil d'État peut donner son avis sur les propositions de loi déposées par les parlementaires. Pour la première fois en 2009, toutes les sections administratives ont contribué

à l'examen de la proposition de loi dite « Warsmann » de simplification du droit, présentée par le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale.

L'activité consultative a été soutenue en 2009 : plus de 1200 textes ont été examinés par les formations administratives du Conseil d'État. 94% des projets de loi et d'ordonnance examinés l'ont été dans un délai inférieur à 2 mois, alors que les objectifs fixés par le Parlement préconisaient un examen de 80% des textes sur la même durée. Au total, l'activité consultative de l'année 2009 a donné lieu à la convocation de 36 assemblées générales, 8 commissions permanentes et 2 commissions spéciales. Ces formations ont eu à examiner de nombreux textes faisant écho aux grands débats ayant traversé la société française. Toutes les sections ont eu à connaître de projets relatifs à la mise en place de politiques publiques complexes, délicates, voire controversées, relatives à la situation économique et sociale de notre pays.

Le Conseil d'État a ainsi été saisi à plusieurs reprises de projets de texte d'application de l'article 7 de la charte de l'environnement qui prévoit une participation du public aux décisions ayant une incidence en matière d'environnement. En matière d'urbanisme, l'assemblée générale a eu à connaître du projet de loi sur le « Grand Paris ». Le Premier ministre a demandé au Conseil d'État, à l'heure de la révision des lois de bioéthique, d'évaluer la législation en vigueur et de proposer des pistes d'évolution : l'assemblée générale a ainsi adopté l'étude *La révision des lois de bioéthique*, apportant une forte contribution au débat national engagé par les assises de la bioéthique de l'été 2009. Cinq lois organiques issues de la loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République de 2008 ont également été examinées par l'assemblée générale.

L'examen du projet de loi de finances a été, comme les années précédentes, l'occasion pour le Conseil d'État de constater la dégradation des délais de saisine, qui n'ont pas permis cette année de procéder dans des conditions satisfaisantes à un examen approfondi du projet de texte. L'assemblée générale n'a pu en revanche que se féliciter de l'examen des dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 sur le champ d'application et le contenu des études d'impact, études que les considérations générales du Conseil d'État établies en 2006 sur le thème de la sécurité juridique et de la complexité du droit avaient fortement préconisées. L'année 2009 a permis au Conseil d'État de préciser le champ d'application de ces études ainsi que leur contenu.

Une ouverture plus grande sur la société et sur le monde

Le Conseil d'État s'inscrit résolument dans un cadre européen et entretient un dialogue soutenu avec les juridictions européennes et étrangères. Pour mieux répondre aux attentes des citoyens, il met en débat avec l'ensemble de ses partenaires, nationaux et étrangers, les questions essentielles qui marquent les préoccupations du monde dans lequel nous évoluons. A ce titre, l'organisation de colloques et conférences a constitué en 2009 un relais privilégié pour réunir, sur des thèmes d'intérêt commun, des représentants des administrations, des



élus nationaux et locaux, des professionnels du droit, des représentants des institutions et des juridictions européennes ou de la société civile, qu'il s'agisse d'associations, d'entreprises ou d'organismes professionnels. On peut citer, en complément de la poursuite du cycle des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, l'organisation des Conférences du Conseil d'État, consacrées à la régulation économique, qui ont permis en quatre rencontres de dresser le bilan et de poser les perspectives de la régulation économique d'après-crise.

L'année 2009 a enfin été l'occasion de mener de nombreux échanges en Europe et dans le monde. Soixante-trois délégations provenant de trente-quatre États différents ont été accueillies au Conseil d'État, au titre desquelles celles du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, de la Cour administrative fédérale d'Allemagne, du Tribunal suprême d'Espagne et des Conseils d'État de Colombie et du Luxembourg, conduites par leurs présidents respectifs, ainsi que celle du Lord Chancelier et ministre de la justice du Royaume-Uni. Cette action, résolument ouverte vers l'extérieur, s'est également poursuivie par la participation à de nombreuses rencontres ou séminaires à l'étranger, au titre desquels on peut citer les rencontres franco-américaines du réseau « internationalisation du droit », organisées à New-York et consacrées à la propriété intellectuelle, ou encore le colloque sur la dignité humaine organisé au Parlement européen à l'occasion des 90 ans du tribunal administratif de Strasbourg. Par ailleurs, plusieurs missions importantes ont eu lieu à l'étranger : en Ukraine, au Canada, en Chine, en Israël et au Royaume-Uni, à l'occasion de la dernière séance du comité d'appel de la Chambre des Lords, institution vieille de plus de six siècles.

L'année 2009 a témoigné pour le Conseil d'État et la juridiction administrative d'une capacité forte à percevoir les attentes et les enjeux de la société en apportant, par son action consultative comme juridictionnelle, une réponse renouvelée et adaptée aux évolutions qui la traversent. La place toujours éminente que le Conseil d'État et la juridiction administrative occupent dans notre pays démontre aussi la permanence du lien de confiance que lui accordent les pouvoirs publics et les citoyens pour défendre l'intérêt général et les droits des justiciables. La promotion du rôle du Conseil d'État et de la juridiction administrative dans la vie publique, comme conseil et comme juge, mais aussi la défense comme l'illustration de notre modèle juridique, en France et hors de nos frontières, restent les priorités de notre action. Ces priorités qui sont fondées sur une volonté constante d'adaptation, de renouvellement et de rayonnement, sont les seules voies qui puissent nous permettre de rester fidèles à notre histoire, à notre office, et à l'héritage que nous avons reçu en qualité de gardien de l'intérêt général, du droit et des libertés.



Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BCE	Banque centrale européenne
BEI	Banque européenne d'investissement
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CES	Confédération européenne des syndicats
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Cons. const.	Conseil constitutionnel
COREPER	Comité des représentants permanents
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
FEDER	Fonds européen de développement régional
FEOGA	Fonds européen d'orientation et de garantie agricole
FSE	Fonds social européen
GOPE	Grandes orientations de politique économique
GP	Gazette du Palais
IFOP	Instrument financier d'orientation de la pêche
JCP	La Semaine juridique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
LOLF	Loi organique n° 2001-692 du 1 ^{er} août 2001 relative aux lois de finances
MOC	Méthode ouverte de coordination
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
RDP	Revue de droit public et de la science politique
REACH	Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
SEBC	Système européen de banques centrales
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UEM	Union économique et monétaire



RAPPORT D'ACTIVITÉ

Activité juridictionnelle



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

Activité des tribunaux administratifs

Les tribunaux administratifs, qui ont augmenté le nombre d'affaires jugées, dans un contexte exceptionnel de ralentissement des flux contentieux, sont parvenus en 2009 à réduire à moins d'un an leur délai prévisible moyen de jugement.

Affaires enregistrées

En 2009, les tribunaux administratifs ont enregistré 172 195 affaires nouvelles en données nettes et 180 246 en données brutes, soit une diminution, par rapport à 2008, de 2,3 % en données nettes et de 0,9 % en données brutes. Cette diminution contraste singulièrement avec la croissance ininterrompue du contentieux observée depuis 2002.

Cette diminution globale découle de celle de la plupart des principaux contentieux portés devant le juge administratif : celui des étrangers, qui représente 25,2 % du total, diminue en volume de 3 % ; celui de la police, qui représente 12,1 % du total, diminue de 7,3 % ; le contentieux fiscal, qui représente 11,5 % du total, diminue de 0,7 % ; celui de la fonction publique, qui constitue 10 % du total, diminue de 1,5 % ; celui de l'urbanisme et de l'environnement, enfin, qui constitue 7,2 % du total, diminue de 15,7 %.

Ces diminutions ne sont pas entièrement compensées par les progressions observées dans d'autres domaines. On mentionnera celle du contentieux des marchés et contrats (+ 6,5 %), qui représente 3,4 % du contentieux total, et celle du contentieux du travail (+ 3,8 %), qui représente 4 % de ce total. Mais la progression la plus marquante est, sans surprise, celle du contentieux du logement : + 35,8 %, soit plus de 10 650 affaires, qui constituent 6,2 % du contentieux total en 2009. C'est la traduction immédiate de la montée en puissance du contentieux du droit au logement opposable (DALO), qui a représenté près de 4 800 affaires nouvelles en 2009 – dont 86,7 % en Île-de-France, et 54,9 % au seul tribunal administratif de Paris. Le terme de montée en puissance n'est pas employé au hasard : si le nombre des recours contre les décisions négatives des commissions est resté relativement stable tout au long de l'année (100 à 150 par mois), celui des recours formés dans le cadre de la procédure spécifique de

l'article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation a progressé régulièrement, passant de l'ordre de 300 par mois au deuxième trimestre 2009 à 400, puis 500, au cours du quatrième trimestre. En d'autres termes, si l'on en restait à ces niveaux mensuels, il faudrait escompter plus de 7 000 recours en 2010, et près de 10 000 si la montée en puissance de ce contentieux se poursuivait au même rythme qu'en 2009. Le contentieux du revenu de solidarité active (RSA), en revanche, n'affecte pas encore significativement l'activité des tribunaux administratifs. Dans un contexte de démarrage plus lent que prévu du dispositif, il est trop tôt pour se prononcer sur le degré de conflictualité associé à ce nouveau dispositif et sur l'efficacité du recours administratif préalable obligatoire devant le président du conseil général.

La plupart des tribunaux administratifs ont bénéficié de cette diminution des entrées en 2009. N'y font exception de manière marquée que Cayenne (+ 64,7 % en données nettes), Limoges (+ 15,6 %), et Marseille (+ 4,1 %), ainsi que, dans une moindre mesure toutefois, Nantes (+ 1,3 %), Rennes (+ 1,1 %), Toulouse (+ 0,7 %), Paris (+ 1 %) et Cergy (+ 0,2 %) – à raison, pour ces deux derniers tribunaux, du contentieux DALO. Les autres juridictions franciliennes profitent en revanche d'une diminution appréciable des entrées : – 6 % à Versailles et – 7 % à Melun. On retrouve des baisses du même ordre à Amiens (– 6,5 %), Clermont-Ferrand (– 7,2 %), Lille (– 6,7 %), Lyon (– 6 %), Montpellier (– 7 %), Pau (– 7,2 %), Nouméa (– 5,3 %) et Saint-Denis de La Réunion (– 7,5 %), et plus marquées encore à Bordeaux (– 14,8 %), Châlons-en-Champagne (– 11,2 %), Caen (– 10,7 %), Dijon (– 10,3 %), Rouen (– 9,4 %) et Nancy (– 9,3 %) ou, pour l'outre-mer, à Papeete (– 32 %), Basse-Terre (– 32 %) et Fort-de-France (– 17,1 %).

Affaires réglées

Le **nombre d'affaires jugées** par les tribunaux administratifs en 2009, qui s'élève à 187 236 en données nettes, et à 195 908 en données brutes, a quant à lui continué de progresser significativement, de 1,9 % en données nettes et de 2 % en données brutes par rapport à 2008.

Cette progression globale recouvre des évolutions contrastées selon les matières. Elle s'observe particulièrement, en 2009, en contentieux du logement (+ 56,1 %), de la police (+ 13,3 %) et de la fonction publique (+ 7 %). On observe à l'inverse une diminution du nombre d'affaires jugées en matière fiscale (– 2,7 %) et en contentieux des étrangers (– 10,7 %).

L'évolution est également contrastée s'agissant des **procédures de référé**. Le nombre d'affaires traitées par les tribunaux administratifs dans le cadre de la procédure de référé-suspension (10 566, soit 5,6 % du total des affaires jugées) est resté stable par rapport à 2008. En revanche, le nombre d'affaires traitées dans le cadre du référé-liberté a très fortement progressé (2 395 dossiers, soit une augmentation de 36 % par rapport à 2008), et le nombre de référés « *mesures utiles* » (1 338 dossiers) a diminué, à l'inverse, de 25 %.

La progression des sorties au niveau national recouvre enfin des situations très variables d'un tribunal administratif à l'autre. Le nombre d'affaires traitées augmente pour 18 tribunaux, mais baisse pour 19. De façon générale, cette évolution s'explique largement, sinon complètement, par celle des effectifs des juridictions.

De façon globale, en effet, le **nombre d'affaires traitées par magistrat** est stable en métropole (280 en 2009 comme en 2008) et augmente en outre mer (191 en 2009 contre 177 en 2008), la moyenne nationale progressant à 276,3 en 2009 contre 275,6 en 2008 (données nettes).

Taux de couverture et stock d'affaires en instance

Du fait de la baisse des entrées et de l'augmentation des affaires jugées, le **taux de couverture** (ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées) atteint un niveau très élevé : au plan national, il s'établit à 108,7 %, en données nettes, en 2009, contre 104,2 % en 2008. Ce taux de couverture est supérieur à 100 % pour la très grande majorité des tribunaux administratifs. Il n'est inférieur à 100 % que dans 9 juridictions, l'écart dépassant 2 % dans 5 tribunaux seulement (dont Montreuil, qui n'a été en mesure de tenir des audiences qu'à compter du 1^{er} novembre).

Le **nombre d'affaires en stock** continue donc de diminuer. Il s'établit, au 31 décembre 2009, à 184 623 dossiers en données nettes et à 195 108 dossiers en données brutes, soit une réduction de 7,1 % et 7,3 %, respectivement, par rapport à la situation observée au 31 décembre 2008. Cette réduction se double d'un rajeunissement du stock, puisque le volume d'**affaires enregistrées depuis plus de deux ans** diminue de 16,9 % : au nombre de 40 865, ces affaires ne représentent plus que 22,1 % du total d'affaires en stock.

Fin décembre 2009, les matières les plus représentées parmi les affaires en instance sont les suivantes : le contentieux fiscal (19,8 % du total), celui de la fonction publique (13,9 %), celui de la police (13,8 %), celui des étrangers (11 %) et celui de l'urbanisme (8,9 %).

Délais

La conjonction de la progression du nombre d'affaires jugées et de la réduction du stock d'affaires en instance se traduit par une nouvelle et significative amélioration du **délai prévisible moyen de jugement**, qui s'établit en 2009 à 11 mois et 25 jours en moyenne nationale, soit une réduction de 1 mois et 4 jours par rapport à 2008.

Le délai prévisible moyen de jugement est inférieur à ce seuil de 1 an dans une grande majorité de tribunaux, et il est même inférieur à 8 mois dans 10 d'entre eux. Il reste cependant supérieur à 1 an dans une quinzaine de tribunaux. Il est notamment de plus de 2 ans à Basse-Terre (2 ans 1 mois 27 jours), de plus de 1 an et 5 mois à Grenoble (1 an 5 mois 26 jours), Toulouse (1 an 5 mois 20 jours) et Saint-Denis de La Réunion (1 an 5 mois 2 jours), et de plus de 1 an et 2 mois à Châlons-en-Champagne (1 an 4 mois 5 jours), Toulon (1 an 3 mois 4 jours), Bordeaux (1 an 2 mois 14 jours) et Rennes (1 an 2 mois 1 jour).

Le **délai moyen de jugement constaté** – 1 an 3 mois 2 jours en 2009 – reste légèrement supérieur à celui de 2008 – 1 an 2 mois 22 jours –. Le maintien de ce délai s'explique cependant par l'effort des tribunaux pour juger prioritairement leurs affaires les plus anciennes.

Le **délai moyen de jugement constaté pour les affaires ordinaires** (c'est-à-dire hors contentieux de référé et dont le traitement est enserré par la loi dans des délais particuliers et hors affaires réglées par ordonnance) s'est établi en 2009 à 2 ans 2 mois et 27 jours, soit une réduction de 18 jours par rapport à 2008.

Ces résultats attestent indéniablement un remarquable assainissement de la situation générale des tribunaux administratifs. Ce constat n'autorise cependant pas à relâcher les efforts engagés.

D'une part, cet assainissement reste à parachever dans un certain nombre de juridictions, tout en veillant à préserver le haut niveau de qualité des jugements rendus. D'autre part, de façon générale, il convient aussi de rapprocher les délais constatés, y compris pour les affaires ordinaires, du délai prévisible moyen de jugement, et pour ce faire de réduire en priorité le nombre et la part, dans le stock des tribunaux, des affaires en instance depuis plus de deux ans.

Les juridictions risquent d'être confrontées en 2010 à un contentieux de nouveau croissant, compte tenu en particulier de la reprise envisageable d'un certain nombre de contentieux sensibles à la situation économique (notamment l'urbanisme), et de la montée en puissance des contentieux nouveaux (déjà observable pour le DALO et prévisible pour le RSA). À cela s'ajoutera, à compter du 1^{er} mars 2010, l'exigence de traitement diligent des questions prioritaires de constitutionnalité, dans le cadre d'une garantie nouvelle dont les requérants feront probablement pleinement usage.

L'adaptation engagée des méthodes et des moyens de la juridiction administrative demeurera d'actualité et se traduira en 2010 par le renforcement prioritaire des juridictions les plus sollicitées.



Statistiques

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

		Données brutes			Données nettes		
		2008	2009	Évolution 2009-2008	2008	2009	Évolution 2009-2008
Affaires enregistrées	TA de Métropole	175 552	173 618	- 1,10 %	170 242	166 716	- 2,07 %
	TA d'outre mer	6 263	6 628	5,83 %	6 071	5 479	- 9,75 %
	Total	181 815	180 246	- 0,86 %	176 313	172 195	- 2,34 %
Affaires traitées	TA de Métropole	186 413	189 075	1,43 %	178 480	181 522	1,70 %
	TA d'outre mer	5 696	6 833	19,96 %	5 331	5 714	7,18 %
	Total	192 109	195 908	1,98 %	183 811	187 236	1,86 %
Affaires en instance	TA de Métropole	202 991	187 806	- 7,48 %	191 624	177 657	- 7,29 %
	TA d'outre mer	7 468	7 302	- 2,22 %	7 167	6 966	- 2,80 %
	Total	210 459	195 108	- 7,29 %	198 791	184 623	- 7,13 %
	Dont affaires de plus de deux ans	53 164	43 809	- 17,60 %	49 176	40 865	- 16,90 %

Délais moyens de jugement en 2008 et 2009

	Données brutes		Données nettes	
	2008	2009	2008	2009
Délai prévisible moyen de traitement des affaires en stock	1 an 1 mois et 4 jours	11 mois et 29 jours	1 an et 29 jours	11 mois et 25 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification – ou « délai constaté global »	1 an 3 mois et 14 jours	1 an 3 mois et 12 jours	1 an 2 mois et 22 jours	1 an 3 mois et 2 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1 an 4 mois et 20 jours	1 an 4 mois et 17 jours	1 an 3 mois et 28 jours	1 an 4 mois et 8 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et hors affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers)	1 an 8 mois et 19 jours	1 an 7 mois et 24 jours	1 an 7 mois et 28 jours	1 an 7 mois et 19 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et hors affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers et compte non-tenu des ordonnances) – ou « délai constaté pour les affaires ordinaires »	2 ans 3 mois et 25 jours	2 ans 3 mois et 6 jours	2 ans 3 mois et 15 jours	2 ans 2 mois et 27 jours

Tribunaux administratifs – Stock et flux, juridiction par juridiction, pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009

Données nettes, juridictions classées dans l'ordre alphabétique	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en instance	
	2009	Évolution 2009-2008	2009	Évolution 2009-2008	2009	Évolution 2009-2008
Amiens	3 324	- 6,47 %	3 467	- 1,73 %	3 436	- 3,94 %
Bastia	1 258	- 5,41 %	1 255	- 9,91 %	809	- 0,12 %
Besançon	1 958	- 5,55 %	2 005	- 7,00 %	1 325	- 3,50 %
Bordeaux	5 031	- 14,79 %	5 808	3,64 %	7 005	- 9,79 %
Caen	2 609	- 10,65 %	3 058	5,74 %	1 420	- 23,86 %
Cergy-Pontoise	13 884	0,22 %	15 159	- 2,23 %	12 430	- 37,68 %
Châlons-en-Champagne	2 492	- 11,22 %	2 443	- 14,76 %	3 293	5,41 %
Clermont-Ferrand	1 903	- 7,22 %	2 039	- 7,90 %	1 154	- 12,58 %
Dijon	2 594	- 10,34 %	2 707	2,89 %	2 550	- 3,56 %
Grenoble	5 826	- 0,51 %	6 472	14,35 %	9 644	- 4,68 %
Lille	7 491	- 6,70 %	7 390	- 7,99 %	6 572	1,25 %
Limoges	1 811	15,64 %	2 018	6,15 %	1 175	- 12,70 %
Lyon	7 600	- 5,98 %	7 536	- 3,20 %	7 924	0,58 %
Marseille	9 004	4,10 %	8 616	- 5,90 %	7 720	5,97 %
Melun	8 946	- 7,04 %	9 422	2,21 %	10 575	- 3,98 %
Montpellier	5 624	- 6,96 %	6 541	- 5,33 %	4 574	- 16,61 %
Montreuil (*)	1 613	/0	1 079	/0	6 767	/0
Nancy	2 426	- 9,27 %	2 464	- 7,92 %	1 692	- 2,14 %
Nantes	7 520	1,33 %	7 944	4,29 %	8 460	- 4,92 %
Nice	4 814	- 32,16 %	6 263	- 20,22 %	5 942	- 19,57 %
Nîmes	3 656	- 10,11 %	4 240	- 2,95 %	2 342	- 19,90 %
Orléans	4 290	- 2,01 %	5 156	0,68 %	3 442	- 20,29 %
Paris	20 498	0,99 %	26 286	6,09 %	20 104	- 22,12 %
Pau	2 599	- 7,18 %	2 823	- 2,32 %	2 866	- 5,97 %
Poitiers	3 022	- 2,89 %	3 078	6,99 %	2 400	- 2,24 %
Rennes	5 462	1,07 %	5 586	2,21 %	6 535	- 4,89 %
Rouen	3 477	- 9,41 %	4 065	- 2,77 %	3 586	- 13,63 %
Strasbourg	5 685	0,00 %	5 699	4,36 %	6 342	0,32 %
Toulon(**)	3 256	572,73 %	2 955	1 131,25 %	3 726	9,88 %
Toulouse	5 345	0,75 %	5 580	17,42 %	8 216	2,79 %
Versailles	11 698	- 5,99 %	12 368	- 3,03 %	13 631	- 4,56 %
Total Métropole	166 716	- 2,07 %	181 522	1,70 %	177 657	- 7,29 %
Basse-Terre	752	- 38,86 %	1 016	- 4,33 %	1 917	- 12,10 %
Cayenne	1 016	64,67 %	784	42,81 %	874	37,42 %
Fort-de-France	625	- 17,11 %	903	29,56 %	802	- 25,26 %
Mata-Utu	10	- 64,29 %	25	38,89 %	6	- 70,00 %
Nouvelle-Calédonie	393	- 5,30 %	492	25,51 %	123	- 39,71 %
Polynésie française	503	- 32,03 %	591	- 15,33 %	180	- 32,84 %
Saint-Barthélemy	32	100,00 %	30	275,00 %	209	1,46 %
Saint-Denis et Mamoudzou	2 009	- 7,46 %	1 743	- 4,60 %	2 480	11,61 %
Saint-Martin	107	69,84 %	98	145,00 %	344	5,52 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	32	- 13,51 %	32	- 20,00 %	31	0,00 %
Total outre mer	5 479	- 9,75 %	5 714	7,18 %	6 966	- 2,80 %
Total général	172 195	- 2,34 %	187 236	1,86 %	184 623	- 7,13 %

(*) Ouverture du TA de Montreuil le 2 novembre 2009.

(**) Évolution 2009-2008 non significative pour le TA de Toulon en raison de son ouverture le 3 novembre 2008.

Activité des cours administratives d'appel

Les cours administratives d'appel, dans un contexte de légère décroissance du contentieux, ont, en moyenne nationale, renoué avec l'équilibre et réduit leur délai prévisible moyen de jugement, désormais à peine supérieur à un an.

Affaires enregistrées

En 2009, les cours administratives d'appel ont enregistré 28 059 affaires en données nettes et 29 268 affaires en données brutes soit, par rapport à 2008, une progression de 0,9 % en données nettes et une diminution de 1,6 % en données brutes. Cette stabilisation contraste avec la progression très marquée constatée en 2007 (+ 26 % en données nettes) et encore marquée en 2008 (+ 4,7 %).

Cette stabilisation résulte d'un double phénomène : le nombre d'affaires susceptibles d'appel jugées par les tribunaux administratifs (142 313 affaires) n'a progressé que très légèrement (+ 0,6 % par rapport à 2008) ; quant au taux d'appel, il est resté quasiment stable (il atteint un niveau de 19,7 % soit 0,05 % de plus qu'en 2008).

L'évolution est cependant variable selon les cours. En données nettes, les entrées diminuent fortement à Douai (- 12,2 %) et à Marseille (- 11,3 %). Elles progressent à Nancy (+ 1,5 %), Bordeaux (+ 2,2 %), Versailles (+ 2,5 %) et Lyon (+ 2,8 %), et de façon plus marquée à Nantes (+ 4,4 %) et surtout Paris (+ 10,6 %). Là encore, ces évolutions fortement contrastées s'expliquent par une évolution très hétérogène du nombre d'affaires susceptibles d'appel jugées par les tribunaux administratifs du ressort (+ 11,9 % à Bordeaux, - 11,5 % à Douai, + 3,9 % à Lyon, - 1,2 % à Marseille, + 1 % à Nancy, + 2,9 % à Nantes, - 0,3 % à Paris, - 0,6 % à Versailles) et par des variations du taux d'appel également variables selon les ressorts de cour (+ 1,7 % à Bordeaux, - 0,1 % à Douai, - 0,2 % à Lyon, - 2,3 % à Marseille, + 0,1 % à Nancy, + 0,3 % à Nantes, + 2,4 % à Paris, + 0,5 % à Versailles).

La répartition entre les différentes matières est marquée par une progression significative des contentieux de la police (+ 25,4 %), de la fonction publique (+ 17,3 %), de l'urbanisme (+ 13,5 %) et du contentieux fiscal (+ 4 %) et, à l'inverse, par une diminution significative du contentieux des étrangers (- 8,5 %). Ce dernier représente 44,4 % du total des entrées en 2009 (contre 48,9 % en 2008). Mais l'évolution de chaque contentieux varie d'une cour à l'autre. Ainsi, le contentieux des étrangers diminue dans toutes les cours sauf à Nancy (+ 12,2 %). Le contentieux fiscal diminue de plus de 20 % à Douai et Marseille mais augmente ailleurs, en particulier à Lyon (+ 34,58 %). Le contentieux de l'urbanisme diminue à Nancy et Paris mais augmente dans les autres cours. Le contentieux de la police diminue à Lyon et Douai, mais augmente de façon significative ailleurs, en particulier à Paris (+ 82,3 %). Le contentieux de la fonction publique augmente partout, sauf à Douai.

Affaires réglées

En 2009, les cours ont jugé 28 202 affaires en données nettes, et 29 307 affaires en données brutes, soit une progression de 3,6 % en données nettes et de 6,6 % en données brutes. Cette progression est particulièrement marquée à Versailles (+ 18,4 %), Nancy (+ 12,9 %), Paris (+ 10,3 %) et Marseille (+ 7,1 %), et encore sensible à Lyon (+ 2,7 %). Les sorties diminuent en revanche à Nantes (- 7,1 %), Douai (- 8,3 %) et Bordeaux (- 12,6 %).

Ces évolutions s'expliquent par celle des effectifs (en diminution légère à Bordeaux et Nantes, mais aussi à Lyon) et surtout par celle du **nombre d'affaires traitées par magistrat**, en progression notable à Versailles, Paris, Marseille, Nancy et Lyon. Globalement, le nombre d'affaires traitées par magistrat s'établit en 2009 à 115,4 (données nettes) soit une progression de 5,7 % par rapport à 2008.

Taux de couverture et affaires en instance

Le **taux de couverture** (ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées), au niveau national, s'améliore nettement par rapport à 2008 : il s'établit en 2009 à 100,51 % (données nettes) contre 97,96 % en 2008. Il n'est inférieur à 100 % qu'à Versailles (95,8 %), Nantes (92,3 %) et surtout Paris (84,3 %), et voisin ou très supérieur à 105 % dans toutes les autres cours.

Le **nombre d'affaires en stock** s'établit, au 31 décembre 2009, à 28 814 dossiers en données nettes et 31 087 en données brutes, soit une réduction de 0,5 % en données nettes et une augmentation (+ 0,6 %) en données brutes. Cette réduction s'accompagne d'un rajeunissement du stock, puisque le volume des **affaires enregistrées depuis plus de deux ans** a été réduit de 18,7 % : au nombre de 1479, ces affaires ne représentent plus que 5,1 % du stock total.

Les principales matières représentées dans le stock d'affaires en instance sont le contentieux des étrangers (37,9 % du total en données nettes), le contentieux fiscal (21,7 %), le contentieux de l'urbanisme et de l'environnement (8,8 %) et le contentieux de la fonction publique (5,9 %). Les autres matières représentent chacune moins de 5 % de la totalité du stock.

Délais

La conjonction de la progression du nombre d'affaires jugées et de la réduction du nombre d'affaires en instance se traduit par une diminution de 13 jours du **délai prévisible moyen de jugement**, qui s'établit en 2009 à 1 an et 8 jours. Ce délai est significativement inférieur à 1 an à Bordeaux (7 mois 16 jours), Douai et Nantes (9 mois 6 jours), Nancy (9 mois 25 jours) et Lyon (11 mois 1 jour). Il est de 1 an et 1 jour à Versailles, en diminution de 1 mois et 17 jours par rapport à 2008. Il s'établit à 1 an 1 mois et 16 jours à Paris, en hausse de 1 mois et 3 jours. Il s'élève à 1 an 6 mois 29 jours à Marseille, en diminution toutefois de 2 mois et 5 jours par rapport à 2008.

Le **délai moyen de jugement constaté** s'établit en appel, en 2009, à 1 an 1 mois et 24 jours, soit une réduction de 14 jours par rapport à 2008.

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 2009 à 1 an 3 mois et 22 jours, soit une réduction de 1 mois et 3 jours par rapport à 2008.

Les cours administratives d'appel, comme les tribunaux administratifs, et à proportion des résultats de ceux-ci, seront sans aucun doute davantage sollicitées en 2010. Mais la poursuite de l'effort qui y a été engagé, conjugué au renforcement, dès 2010, des cours de Versailles et de Paris, devrait permettre de consolider, dans chaque juridiction, la situation globalement saine rétablie en 2009.

Statistiques

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

	Données brutes			Données nettes		
	2008	2009	Évolution 2009-2008	2008	2009	Évolution 2009-2008
Affaires enregistrées	29 733	29 268	- 1,56 %	27 802	28 059	0,92 %
Affaires traitées	27 485	29 307	6,63 %	27 235	28 202	3,55 %
Affaires en instance	30 918	31 087	0,55 %	28 825	28 814	- 0,04 %
Dont affaires de plus de deux ans	1 871	1 602	- 14,38 %	1 820	1 479	- 18,74 %

Délais moyens de jugement en 2008 et 2009

	Données brutes		Données nettes	
	2008	2009	2008	2009
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	1 an 1 mois et 15 jours	1 an et 22 jours	1 an et 21 jours	1 an et 8 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification dit « délai constaté global »	1 an 2 mois et 7 jours	1 an 1 mois et 23 jours	1 an 2 mois et 8 jours	1 an 1 mois et 24 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1 an 2 mois et 10 jours	1 an 1 mois et 26 jours	1 an 2 mois et 11 jours	1 an 1 mois et 27 jours
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et compte non tenu des ordonnances) – dit « délai constaté pour les affaires ordinaires »	1 an 4 mois et 25 jours	1 an 3 mois et 22 jours	1 an 4 mois et 25 jours	1 an 3 mois et 22 jours

Stock et flux du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009

Données nettes, juridictions classées dans l'ordre alphabétique	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en instance	
	2009	Évolution 2009-2008	2009	Évolution 2009-2008	2009	Évolution 2009-2008
Bordeaux	2 926	2,20 %	3 445	- 12,56 %	2 159	- 19,53 %
Douai	1 720	- 12,16 %	1 804	- 8,29 %	1 384	- 5,46 %
Lyon	2 899	2,84 %	3 484	2,71 %	3 205	- 14,14 %
Marseille	4 519	- 11,34 %	4 831	7,09 %	7 630	- 3,53 %
Nancy	1 891	1,50 %	2 036	12,92 %	1 668	- 10,99 %
Nantes	2 843	4,41 %	2 625	- 7,08 %	2 014	19,53 %
Paris	7 081	10,64 %	5 971	10,31 %	6 736	19,22 %
Versailles	4 180	2,48 %	4 006	18,38 %	4 018	4,99 %
Total général	28 059	0,92 %	28 202	3,55 %	28 814	- 0,04 %

Activité de la section du contentieux du Conseil d'État

Affaires enregistrées

Le nombre total d'affaires enregistrées en 2009 a légèrement diminué en raison, d'une part, de la baisse du nombre des appels contre les jugements des tribunaux administratifs (l'année 2008 avait été marquée par le contentieux des élections municipales et cantonales), et, d'autre part, d'une diminution des affaires relevant de la compétence du président de la section du contentieux (règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative et recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle). En données nettes, globalement, le nombre des pourvois en cassation diminue légèrement (- 3,6 %) ; en revanche les affaires relevant de la compétence du Conseil d'État en premier ressort progressent (+ 17 %). Le nombre des affaires jugées, si l'on fait abstraction des affaires de séries, excède celui des affaires enregistrées.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Données brutes							
Affaires enregistrées	10 213	12 868	12 572	11 578	11 745	11 840	11 361
Décisions rendues	11 209	11 528	12 124 ⁽¹⁾	12 700	12 527	11 714	11 106
Données nettes							
Affaires enregistrées	9 905	12 074	11 196	10 271	9 627	10 250	9 744
Décisions rendues	11 135	11 001	11 270 ⁽¹⁾	11 242	9 973	10 304	10 059
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux⁽²⁾							
Affaires enregistrées	8 746	10 581	9 102	8 945	8 531	8 746	8 606
Décisions rendues	9 943	9 516	9 706 ⁽¹⁾	9 736	8 780	8 751	8 816

⁽¹⁾ Ces chiffres ne tiennent pas compte de 500 affaires réglées par ordonnance en 2005.

⁽²⁾ 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.

Le nombre total d'affaires enregistrées est passé, en données brutes, de 11 840 en 2008 à 11 361 en 2009. Après déduction des affaires de séries et des affaires réglées par ordonnances du président de la section du contentieux, le chiffre des entrées passe de 8 746 en 2008 à 8 606 en 2009. L'ensemble des pourvois en cassation représente 53 % du total des entrées, en données nettes, contre 52 % en 2008. Les pourvois dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel ainsi que ceux dirigés contre les décisions rendues en matière de référé connaissent une sensible diminution (respectivement - 4 % et - 14 %). En revanche, les affaires relevant de la compétence du Conseil d'État en premier ressort, en données nettes, augmentent d'environ 400 affaires en raison notamment de la hausse très significative des affaires de refus de visa d'entrée en France tant en requêtes au fond qu'en requêtes en référé. En ce qui concerne le contentieux des étrangers, à la différence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le Conseil d'État est peu saisi en matière de titres de séjour et de mesures autoritaires de sorties du territoire. Le contentieux des réfugiés, quant à lui, après avoir connu une importante diminution depuis l'année 2006 (555 affaires enregistrées contre 394 en 2007 et 260 en 2008), semble se stabiliser avec 261 affaires enregistrées en 2009.

Affaires réglées

Si l'on fait abstraction des affaires de séries et des affaires relevant de la compétence du président de la section du contentieux, 8 816 décisions ont été rendues contre 8 751 en 2008. Ce chiffre des sorties comparé à celui des entrées (8 606) fait apparaître un excédent d'environ 200 affaires. Le stock qui, pour la première fois, passe en dessous du seuil de 8 000 affaires a ainsi diminué de 2,8 %. Ceci est d'autant plus remarquable que les effectifs ont été tendus au cours de l'année. L'apport efficace des cellules d'aide à la décision mérite à cet égard d'être souligné.

Référés

En 2009, le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 755 requêtes contre 682 en 2008 soit une progression de 10,7 % qui s'explique par la croissance très importante du contentieux des refus de visa d'entrée en France. En effet, à lui seul, ce contentieux représente près de 59 % des requêtes en référé enregistrées.

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 703 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel contre 770 en 2008 soit une diminution de 8,7 %.

Délais

En ce qui concerne les délais de jugement, en données nettes, le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock se maintient à 9,5 mois en 2009 (rapport entre le stock en fin d'année et la capacité de jugement durant l'année). Le délai moyen de l'instance pour les affaires ordinaires est de 18 mois et 9 jours contre 18 mois et 18 jours en 2008, et celui des pourvois en cassation, hors les

décisions rendues en matière de référé, est de 14 mois et 19 jours contre 14 mois et 15 jours en 2008. Les délais de jugement sont donc sensiblement les mêmes que l'année précédente. La section du contentieux a poursuivi ses efforts pour assainir le stock. Les affaires enregistrées depuis plus de deux ans représentent 7,5 % des affaires en instance. Quant au nombre de dossiers en stock enregistrés depuis plus de 3 ans, il a été réduit de 140 (au 31 mai 2008) à 35 (au 31 décembre 2009).

Expérimentation des *téléprocédures*

L'année 2009 a été la cinquième année de l'expérimentation des *téléprocédures* qui permettent la dématérialisation de la totalité de la procédure relative au contentieux fiscal de l'assiette. Cette expérimentation a été prorogée jusqu'au 31 décembre 2012.

Du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009, 361 pourvois ont été déposés par cette voie par les neuf avocats au Conseil d'État participant à cette expérimentation (355 en 2008, 431 en 2007 et 358 en 2006), ce qui représente 90 % des pourvois déposés dans le domaine du contentieux fiscal de l'assiette par ces avocats (95 % en 2008, 91 % en 2007 et 76 % en 2006) et environ 41 % du total de ce contentieux présenté au cours de la même période par les avocats au Conseil d'État (41 % également en 2008 et 29 % en 2007). L'extension de cette procédure à l'ensemble des avocats au Conseil d'État a été engagée en septembre 2008 avec un plan de formation proposé à l'ensemble des cabinets d'avocats. Seuls deux avocats ont depuis lors adhéré à cette procédure.

Par ailleurs, le périmètre de cette expérimentation a été étendu au contentieux de la fonction publique militaire en février 2009. Le Conseil d'État est ainsi amené à gérer soit une procédure de type « *asymétrique* » où les échanges se font par la voie papier traditionnelle avec l'une des parties et par la voie électronique avec l'autre partie (en l'occurrence le ministre de la défense), soit une procédure entièrement dématérialisée.



Statistiques

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

	2005	2006	2007	2008	2009
Affaires enregistrées	11 196 [12 572]	10 271 [11 578]	9 627 [11 745]	10 250 [11 840]	9 744 [11 361]
Décisions rendues ^(b)	11 270 ^(c) [12 124] ^(c)	11 242 [12 700]	9 973 [12 527]	10 304 [11 714]	10 059 [11 106]

^(a) Les chiffres entre crochets incluent les séries.

^(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 73 en 2009 (soit 11 033 décisions qui règlent définitivement un dossier).

^(c) Ces chiffres ne tiennent pas compte de 500 affaires réglées par ordonnance en 2005.

Tableau 2 – Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée, Conseil d’État, cours administratives d’appel et tribunaux administratifs^(a)

	Conseil d’État		Cours administratives d’appel		Tribunaux administratifs	
	2008	2009	2008	2009	2008	2009
Affaires enregistrées	10 250 (11 840)	9 744 (11 361)	27 802 (29 733)	28 059 (29 268)	176 313 (181 815)	172 195 (180 246)
Affaires réglées ^(b)	10 270 (11 680)	9 986 (11 033)	27 235 (27 485)	28 202 (29 307)	183 811 (192 109)	187 236 (195 908)
Affaires restant en instance ^(c)	8 149 (9 174)	7 916 (9 553)	28 825 (30 918)	28 814 (31 087)	198 791 (210 459)	184 623 (195 108)

^(a) Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

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

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

Tableau 3 – Affaires enregistrées et décisions rendues par matière (Conseil d’État)^(a)

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2008	2009	2008	2009
Agriculture	156	259	288	242
Aide sociale	106	116	136	89
Armées	29	65	26	44
Collectivités territoriales	246	141	254	134
Comptabilité publique	23	11	22	8
Contentieux fiscal	1 228	1 267	1 432	1 322
Culture	15	13	17	11
Décorations	2	1	3	2
Domaine – voirie	100	118	112	95
Droits des personnes et libertés publiques	326	255	430	284
Économie	138	76	73	53
Éducation – recherche	73	107	86	59
Élections	615	219	271	528
Environnement	74	89	93	68
Établissements publics	11	10	9	17
Étrangers	1 868	2 155	1 755	2 059
Expropriation	70	38	54	51
Fonctionnaires et agents publics	2 145	2 026	2 087	1 635
Juridictions	419	116	149	135
Logement	38	71	37	56
Marchés et contrats	291	280	323	374
Pensions	535	865	514	675
Police	266	237	252	250
Postes et télécommunications	8	11	12	14
Professions	252	318	291	233
Radiodiffusion et télévision	38	65	52	53
Rapatriés	30	45	25	83
Santé publique	142	156	192	181
Sécurité sociale et mutuelles	62	54	69	70
Sports	25	17	35	17
Transports	74	42	56	66
Travail	183	223	198	179
Travaux publics	85	73	131	89
Urbanisme et aménagement	575	575	637	581
Divers	20	22	23	16

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

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

	2008		2009	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 605	25	3 044	31
Appels des jugements des tribunaux administratifs	720	7	304	3
Cassation des arrêts des cours administratives d’appel	2 994	29	2 854	29
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	706	7	605	6
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) ^(a)	1 065	10	1 076	11
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	649	6	684	7
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	275	3	224	2
Demandes d’avis (article L. 113-1 du code de justice administrative)	10	ns	19	ns
Divers	1 226	12	934	10
Total	10 250	100	9 744	100

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

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

	2008	2009
Assemblée du contentieux	3	9
Section du contentieux	32	30
Sous-sections réunies	1 427	1 340
Sous-sections jugeant seules	3 433	3 724
Ordonnances du juge des référés	664	722
Ordonnances du président de la section du contentieux (y compris celles prises au titre des recours contre les décisions du bureau d’aide juridictionnelle)	1 559	1 220
Ordonnances des présidents de sous-section	3 152	2 941
Total	10 270	9 986

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

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

	2008		2009	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins d’1 an	44 %	36 %	42 %	36 %
Entre 1 et 2 ans	36 %	41 %	39 %	42 %
Entre 2 et 3 ans	14 %	16 %	14 %	16 %
Plus de 3 ans	6 %	7 %	5 %	6 %

^(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 décembre 2008 sur 9 174 affaires	au 31 décembre 2009 sur 9 553 affaires
Moins d’1 an	68,8 %	69,9 %
Entre 1 et 2 ans	23,9 %	22,6 %
Entre 2 et 3 ans	6,0 %	6,9 %
Plus de 3 ans	1,3 %	0,6 %

Tableau 8 – Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2008	2009	2008	2009
Premier ressort	614	637	596	610
Référé suspension (article L. 521-1 du CJA)	513	564	494	538
Référé injonction (article L. 521-2 du CJA)	66	52	66	52
Autres référés ^(a)	35	21	36	20
Appel (article L. 521-2 et autres du CJA)	68	118	68	114
Total	682	755	664	724

^(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	
	2008	2009	2008	2009
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l’article L. 522-3 du CJA	186	150	205	149
Ordonnances de référé suspension (article L. 521-1) ^(b)	427	396	434	403
Ordonnances de référé en matière de contrats	62	63	57	90
Décisions rendues en matière de référé fiscal	2	0	1	1
Autres ordonnances de référé ^{(b) (c)}	93	94	121	86
Total	770	703	818	729

^(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.

Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État

Activité du bureau d'aide juridictionnelle

En 2009, le bureau a enregistré 3 187 affaires contre 3 286 en 2008, soit une diminution de près de 5 %, confirmant encore la tendance à la baisse des enregistrements des années précédentes.

Ces demandes ont concerné pour l'essentiel le droit des étrangers qui représente à lui seul près de 47 % de l'ensemble des affaires enregistrées, proportion en augmentation par rapport à l'année précédente où ce contentieux ne représentait que 40 % des demandes (1 506 affaires enregistrées en 2009 contre 1 315 en 2008 réparties de la manière suivante : 657 demandes en matière de refus de titre de séjour, 141 en matière de contentieux des visas, 537 en matière de contentieux des réfugiés, et 129 concernant des arrêtés de reconduite à la frontière). La seconde grande masse est toujours représentée par le contentieux des pensions ; 400 demandes ont été enregistrées (soit 12,5 % de l'ensemble des demandes) en 2009 en la matière. Nous assistons cependant à une diminution de ce type de contentieux de près de 21 %, 509 demandes ayant été enregistrées en 2008. Parmi ces 400 dossiers, 204 dossiers concernent le contentieux des pensions militaires d'invalidité (203 en 2008), le reste étant constitué de dossiers de pensions de retraite ; ainsi c'est ce dernier qui a connu une large diminution sans doute à raison de la stabilisation des suites liées à la jurisprudence *Griesmar*. Enfin, trois autres grands types de contentieux ressortent des statistiques : le contentieux de la fonction publique (141 dossiers enregistrés en 2009 contre 219 en 2008), le contentieux lié aux demandes de naturalisation (91 dossiers en 2009 contre 239 en 2008) et enfin le contentieux fiscal (près de 90 dossiers enregistrés en 2009).

Les demandes présentées en vue de soutenir des pourvois en cassation formés contre des arrêts de cours administratives d'appel ont comme l'année précédente connu une légère décline, revenant de 1 460 en 2008 à 1 272 en 2009 (1 589 en 2007), soit une diminution de près de 13 %, de même que les demandes présentées en vue de soutenir des pourvois présentés contre les décisions rendues par les tribunaux administratifs statuant en premier et dernier ressort (453 en 2009 contre 546 en 2008). Concernant ces dernières, il est observé pour la première fois un mouvement à la baisse : si l'année précédente avait connu une nette

augmentation des demandes liées à ce niveau de saisine (+ 24 % entre 2007 et 2008), l'année 2009 est marquée en la matière par une réduction de 17 %.

Les demandes relatives à des jugements rendus par les tribunaux administratifs statuant en matière de référé ont quant à elles augmenté de manière sensible passant de 308 en 2008 à 357 en 2009, soit une hausse de 15 %.

Enfin, si les demandes présentées au soutien de pourvois en cassation formés contre des décisions de juridictions administratives spécialisées ont connu une relative stabilité passant de 750 en 2008 à 774 en 2009, les demandes présentées au soutien de requêtes de premier ressort ont quant à elles connu une nette augmentation, passant respectivement de 156 à 232, augmentation partiellement liée à l'accroissement des demandes en matière de contentieux des refus de visa.

Le nombre d'affaires réglées en 2009 s'élève à 3 020, en diminution de près de 20 % par rapport à l'année précédente.

Le bureau a tenu 20 séances au cours desquelles 659 affaires ont été examinées, maintenant ainsi le nombre de dossiers étudiés en bureau à un peu plus de trente par séance. Par ailleurs, 2 338 demandes ont été traitées par ordonnances.

Le taux d'admission, qui a augmenté, s'élève à 10,9 % (330 dossiers admis à l'aide juridictionnelle) en 2009 contre 7,2 % en 2008 (271 dossiers admis).

La répartition des dossiers admis par principales matières est la suivante :

- contentieux des étrangers : 35 %, dont 21 admissions en matière de refus ou retrait de titre de séjour (taux d'admission : 3,2 %), 52 en matière de visas (taux d'admission : 42 %), 19 en matière de réfugiés (taux d'admission : 4,3 %) et 11 en matière de reconduite à la frontière (taux d'admission : 9,4 %);
- contentieux des pensions : 29 % (taux d'admission : 25 % dont 48 dossiers admis en matière de pensions militaires d'invalidité, soit un taux d'admission de 22 %);
- contentieux de la fonction publique : 6 % (taux d'admission : 13,8 %).

La répartition des dossiers admis selon le niveau de saisine est la suivante :

- premier ressort : 27 % (taux d'admission : 46 %);
- cassation des décisions rendues par les cours administratives d'appel : 27 % (taux d'admission : 6,8 %);
- cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs en premier et dernier ressort : 22 % (taux d'admission : 15 %);
- cassation des décisions rendues par les juridictions administratives spécialisées : 18,5 % (taux d'admission : 9,6 %);
- cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs en matière de référé : 4 % (taux d'admission : 3,6 %);
- autres types de saisine : 1,5 % (taux d'admission : 11 %).

Le délai moyen mis par le bureau d'aide juridictionnelle pour statuer a diminué de plus d'un mois passant de 4 mois et 23 jours en 2008 à 3 mois et 18 jours en 2009.

Enfin, au 31 décembre 2009, le nombre de dossiers en stock s'élevait à 874.

Statistiques

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

	2006	2007	2008	2009
Affaires traitées	3 771	3 372	3 803	3 020
Aides accordées	358	301	271	330
Rejets	3 407	2 970	3 532	2 690

Tableau 2 – Évolution du stock au 31 décembre

Année	Nombre d'affaires en stock au 31 décembre	Année	Nombre d'affaires en stock au 31 décembre
1996	714	2003	698
1997	362	2004	562
1998	559	2005	1 108
1999	666	2006	815
2000	1 083	2007	621
2001	676	2008	889
2002	615	2009	874

Tableau 3 – Sens des décisions rendues en 2009 par principaux types de saisines

Saisine	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Premier ressort	193	95	89	3	4	2
Appel	25	5	2	0	0	18
Cassation TA (référés)	358	340	13	1	3	1
Cassation TA (autres)	476	386	72	3	5	10
Cassation CAA	1 295	1 197	89	7	2	0
Cassation (autres juridictions)	635	569	61	2	2	1

Tableau 4 – Sens des décisions rendues en 2009 par principaux types de matières

Matière	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Réfugiés	441	421	19	0	1	0
Pensions militaires d'invalidité	221	170	48	1	0	2
Pensions de retraite	160	111	47	0	1	1
Fonction publique	158	128	22	2	5	1
Reconduite à la frontière	117	104	11	0	0	2
Contentieux fiscal	107	101	6	0	0	0
Naturalisation	104	103	1	0	0	0

Bilan de la jurisprudence du Conseil d'État

Actes législatifs et administratifs

Plusieurs décisions ont concerné les conditions d'abrogation ou de retrait des actes administratifs au regard des exigences qui découlent de la sécurité juridique et des droits acquis.

Par une décision du 6 mars 2009 (*M.*, n° 306084), la section du contentieux du Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles il est possible d'abroger les décisions individuelles explicites créatrices de droits. L'administration ne peut revenir sur l'appréciation qu'elle a portée, même à tort, au regard des éléments qui étaient soumis à son examen pour prendre une telle décision que dans le délai de quatre mois suivant son édicition. Il en résulte un rapprochement, dans cette mesure, avec les règles du retrait, sous réserve de la fraude, de dispositions législatives ou réglementaires contraires et du cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire. En l'espèce, le Conseil d'État a constaté le caractère de décision créatrice de droits de la décision d'inscription au tableau par un conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes. Les droits acquis qui résultent de cette inscription limitent la possibilité de radier un praticien. Certes la radiation est toujours possible dans le cas où l'intéressé cesse de remplir des conditions nécessaires à l'inscription, du fait de circonstances postérieures à celle-ci. Elle ne l'est pas, en revanche, dans le cas où est en cause la détention des diplômes requis pour pratiquer : le caractère suffisant de ces diplômes a, en effet, été apprécié lors de l'inscription.

La section du contentieux a jugé que le maintien par l'administration du versement d'un avantage financier à un agent public, alors que celui-ci ne remplit plus les conditions pour en bénéficier, constitue une erreur de liquidation et non une décision accordant un avantage financier qui lui aurait créé des droits (12 octobre 2009, *M. F.*, n° 310300). Ne s'applique donc pas, dans ce cas, le régime protecteur du retrait d'une décision individuelle créatrice de droits (retrait possible en cas d'illégalité dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision). Au contraire, il appartient à l'administration de corriger l'erreur de liquidation et de réclamer le reversement des sommes payées à tort, sans que l'agent intéressé puisse se prévaloir de droits acquis à l'encontre d'une telle demande de reversement. Toutefois, en maintenant indûment le versement, l'administration peut-être considérée comme ayant commis une négligence fautive qui engage sa responsabilité. La charge des reversements est allégée en proportion de cette faute (en l'espèce, les trois quarts de la somme ne sont pas recouverts).

Par une décision du 6 novembre 2009 (*Réseau ferré de France*, n° 296011), la section du contentieux a jugé qu'il découlait des principes de sécurité juridique et de continuité du service public que les modifications des règles relatives à la composition du conseil d'administration d'un établissement public ne sont applicables, sauf dispositions expresses contraires et même si elles ne nécessitent pas de mesure d'application, qu'à compter du plus prochain renouvellement utile du ou des mandats concernés ou, au plus tard, lors du renouvellement général de ce conseil. En l'espèce, la loi du 15 mai 2001, modifiant la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, imposait de modifier la composition du conseil d'administration de Réseau ferré de France pour y inclure un représentant des consommateurs ou des usagers parmi les personnalités choisies en raison de leur compétence. En l'absence de disposition expresse prévue par la loi du 15 mai 2001 sur le sort de mandats en cours, cette désignation ne pouvait intervenir que lors de la plus prochaine vacance utile d'un mandat dans cette catégorie ou, au plus tard, lors du prochain renouvellement du conseil d'administration de cet établissement.

Communications électroniques

La société Bouygues Telecom a contesté devant le Conseil d'État une décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) fixant les conditions et le calendrier de rétrocession d'une partie des fréquences utilisées par les opérateurs de téléphonie mobile, en vue de leur réattribution au titulaire de la quatrième licence de téléphonie mobile. Saisi de cette requête, le Conseil d'État a, tout d'abord, admis sa recevabilité, en jugeant que la décision par laquelle l'ARCEP, en application de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, fixe les conditions du renouvellement de l'autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques constitue une décision faisant grief et non une simple mesure préparatoire. Il a également décidé d'exercer un contrôle entier sur les décisions touchant à l'attribution et au renouvellement d'autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques. Enfin, le Conseil d'État a jugé qu'en l'espèce, aucune discrimination au détriment de Bouygues Telecom ne pouvait être retenue, ni s'agissant du schéma de répartition future des bandes de fréquences alors envisagé par l'ARCEP, ni s'agissant du calendrier de rétrocession retenu. Sur ce dernier point, le Conseil d'État a relevé, à l'appui de cette appréciation, que si les obligations mises à la charge de Bouygues Telecom étaient effectivement différentes de celles de ses deux concurrents, une telle différence de traitement était objectivement justifiée, au regard de la nécessité de permettre au titulaire de la quatrième licence de déployer son réseau dans des conditions satisfaisantes et de la circonstance que Bouygues Telecom devait faire face à des contraintes de trafic moindres que celles des deux autres opérateurs concernés. Le Conseil d'État a également souligné que les différents opérateurs avaient été mis à même d'anticiper les conséquences des restitutions de fréquences envisagées et que les risques de dégradation de son service invoqués par Bouygues Telecom résultaient principalement de ses propres choix techniques et commerciaux (27 avril 2009, *Société Bouygues Telecom*, n° 312741).

Le Conseil d'État a également été saisi d'une requête introduite par les sociétés Orange France et SFR contre la décision de l'ARCEP fixant l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal sur les réseaux de téléphonie

mobile pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 31 décembre 2010. S'agissant, en premier lieu, de la méthode utilisée pour procéder au calcul des plafonds tarifaires applicables, il a jugé légal, eu égard à l'objectif de promotion de l'efficacité économique assigné à l'ARCEP par les dispositions de l'article D. 311 du code des postes et des communications électroniques, que cette dernière se fonde, non plus sur des coûts complets, mais sur des coûts incrémentaux de long terme ; il a également admis que puissent être pris en compte, pour évaluer ces coûts, non seulement les coûts effectivement supportés par les opérateurs, reconstitués à partir d'éléments tirés de leur comptabilité, mais aussi les coûts théoriques que supporterait un opérateur efficace sur le même marché. S'agissant, en second lieu, des plafonds tarifaires retenus par l'ARCEP, le Conseil d'État a admis le principe d'une asymétrie en faveur de l'un des opérateurs, la société Bouygues Telecom, justifiée par sa situation différente sur le marché des prestations de terminaison d'appel vocal ; toutefois, compte tenu de la circonstance que cette situation n'était qu'en partie subie, il a jugé que la compensation du déficit enregistré par Bouygues Telecom sur ce marché, grâce à l'octroi de plafonds tarifaires plus élevés, ne pouvait être que partielle et transitoire. Il a partiellement annulé la décision attaquée, estimant que la différenciation tarifaire qu'elle instaurait entre les opérateurs était manifestement disproportionnée au regard de l'objectif qui lui était assigné. Le Conseil d'État a jugé, à cette occasion, qu'une telle différenciation tarifaire, prise sur le fondement de l'article L. 38 du code des postes et des communications électroniques, ne revêtait pas le caractère d'une aide d'État (24 juillet 2009, *Société Orange France et Société française du radiotéléphone*, n^{os} 324642 et 324687).

Comptabilité publique et budget

Une décision du 6 novembre 2009 (*Société Prest'Action*, n^o 297877) a été l'occasion pour la section du contentieux du Conseil d'État d'apporter une importante précision à la notion de recettes publiques, au sens du décret n^o 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique (RGCP), et aux conséquences à tirer d'une telle qualification. En premier lieu, la section a jugé que la compétence exclusive des comptables publics pour procéder au recouvrement des recettes publiques exclut qu'une collectivité puisse, en l'absence de dispositions législatives l'habilitant à conclure une convention de mandat, confier le recouvrement de recettes publiques à un tiers qui n'est ni mandataire, ni régisseur, au sens respectivement des articles 14 et 18 du RGCP. Elle a, en second lieu, jugé que les recettes retirées, par le cocontractant d'une collectivité, de son activité propre, exercée dans le cadre du contrat, constituent des recettes commerciales et non des recettes publiques au sens du RGCP ; sont en revanche des recettes publiques les sommes versées à la collectivité en vertu du contrat.

Contributions et taxes

Saisi de litiges fiscaux dans lesquels l'administration, pour défendre la légalité des suppléments d'impôt établis par ses soins, invoquait l'existence d'une fraude à la loi, le Conseil d'État a confirmé la définition jurisprudentielle de cette notion en matière fiscale. Selon cette définition, la fraude à la loi est qua-

lifiée lorsque les actes que l'administration prétend écarter comme ne lui étant pas opposables procèdent d'un but exclusivement fiscal et font une application de la règle de droit contraire aux objectifs poursuivis par ses auteurs. En l'espèce, tout en reconnaissant le but exclusivement fiscal d'opérations d'emprunts de titres et d'achats à réméré de titres, effectuées par une société autour de la date de distribution des dividendes afin de bénéficier de l'avoir fiscal qui était alors attaché à ces distributions, le Conseil d'État a jugé que ces opérations, qui s'étaient traduites effectivement par l'élimination de la double imposition frappant les dividendes perçus par un actionnaire, n'avaient pas méconnu les objectifs poursuivis par le législateur en adoptant les dispositions relatives à l'avoir fiscal (7 septembre 2009, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Axa*, n° 305586).

Convention européenne des droits de l'homme

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'un recours ministériel contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris ordonnant la suspension de l'expulsion d'un étranger vers l'Algérie. L'ordonnance attaquée avait admis l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction. L'étranger visé par l'arrêté d'expulsion avait en effet introduit un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et avait obtenu de celle-ci une décision, prise sur le fondement de l'article 39 de son règlement, indiquant qu'il était souhaitable de ne pas procéder à une expulsion pendant la durée de la procédure. Le juge des référés du Conseil d'État, pour confirmer l'ordonnance attaquée, a jugé que les mesures provisoires prescrites par la Cour EDH sur le fondement de l'article 39 de son règlement ont pour objet de garantir l'effectivité du droit au recours individuel devant cette cour, prévu à l'article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que leur inobservation constitue un manquement à ces dernières stipulations. Il en a déduit que le Gouvernement français est tenu de respecter ces mesures, sauf existence d'une exigence impérieuse d'ordre public ou de tout autre obstacle objectif l'empêchant de s'y conformer (30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales c/ M.*, n° 328879).

Par une décision du 6 novembre 2009, la section du contentieux du Conseil d'État a jugé que le droit au respect du domicile protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique également, dans certaines circonstances, aux locaux professionnels où des personnes morales exercent leurs activités. S'agissant des pouvoirs de visite des locaux professionnels que la loi du 6 janvier 1978, modifiée en 2004, confère à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la section a admis que la faculté donnée au responsable des locaux de s'opposer à la visite, laquelle ne peut alors avoir lieu qu'avec l'autorisation et sous le contrôle du juge judiciaire, offre une garantie suffisante au regard de ces stipulations. Toutefois, elle a jugé que, pour que cette garantie revête un caractère effectif, le responsable des locaux ou son représentant doit être préalablement informé de son droit de s'opposer à la visite et mis à même de l'exercer (6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300). Il revient

désormais au législateur de tirer toutes les conséquences de cet arrêt pour que la CNIL puisse continuer à exercer ses pouvoirs de contrôle efficacement.

Par une décision du 28 décembre 2009 (*M^{me} Boudaa épouse Azzi*, n° 308231), la section du contentieux a rappelé qu'en application des stipulations de ce même article 8 de la convention, protégeant la vie privée et familiale, il appartient à l'autorité administrative qui envisage de procéder à l'éloignement d'un ressortissant étranger en situation irrégulière d'apprécier si, eu égard notamment à la durée et aux conditions de son séjour en France, ainsi qu'à la nature et à l'ancienneté de ses liens familiaux sur le territoire français, l'atteinte que cette mesure porterait à sa vie familiale serait disproportionnée au regard des buts en vue desquels cette décision serait prise. Le Conseil d'État a ensuite précisé que la circonstance que l'étranger relèverait, à la date de cet examen, des catégories ouvrant droit au regroupement familial ne saurait, par elle-même, intervenir dans l'appréciation portée par l'administration sur la gravité de l'atteinte à la situation de l'intéressé, mais que cette dernière peut en revanche tenir compte, au titre des buts poursuivis par la mesure d'éloignement, de ce que le ressortissant étranger en cause ne pouvait légalement entrer en France pour y séjourner qu'au seul bénéfice du regroupement familial et qu'il n'a pas respecté cette procédure.

Détenus

Un détenu avait saisi le juge des référés du tribunal administratif d'une demande de suspension d'une décision de changement d'affectation. Le détenu devait être transféré d'une maison centrale proche du domicile de sa famille à une autre située à plus de 800 kilomètres de ce domicile. Le juge avait regardé cette décision d'affectation comme une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours et rejeté en conséquence la demande de suspension. Le Conseil d'État, saisi par la voie de la cassation, a jugé au contraire que cette décision, rendant plus difficile l'exercice par le détenu de son droit à conserver une vie familiale en détention, était susceptible de porter atteinte à l'un de ses droits fondamentaux et devait, par conséquent, pouvoir être contestée. Statuant sur la demande de suspension présentée, le Conseil d'État a jugé que le moyen tiré d'une atteinte illégale au droit fondamental du détenu à une vie familiale n'était pas pour autant de nature à créer en l'espèce un doute sérieux sur la légalité de la décision d'affectation, dès lors qu'il ressortait des pièces du dossier que son transfèrement avait été motivé par la suspicion de son implication dans les préparatifs d'une évasion et que la nouvelle affectation ne rendait pas impossible toute visite de la famille (27 mai 2009, *M.*, n° 322148).

Le Garde des Sceaux a saisi le Conseil d'État d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qui avait annulé, à la demande d'un détenu, une décision de l'administration pénitentiaire l'inscrivant au répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS). Le Garde des Sceaux contestait le principe même de la recevabilité d'une requête dirigée contre une décision d'inscription au répertoire DPS, qu'il estimait relever de la catégorie des mesures d'ordre intérieur. Pour déterminer si la décision litigieuse était susceptible de recours, le Conseil d'État a apprécié la nature et l'importance de ses effets sur la situation du détenu. Il a relevé à cet égard que l'inscription au répertoire DPS a pour effet d'intensifier les mesures particulières de surveillance, de précaution et de contrôle à l'égard du détenu et que ce dispositif est de nature à affecter tant

sa vie quotidienne, par les fouilles, vérifications des correspondances ou inspections fréquentes dont il fait l'objet, que les conditions de sa détention, en orientant notamment les choix du lieu de détention, l'accès aux différentes activités ou les modalités d'escorte en cas de sortie de l'établissement. Le Conseil d'État en a déduit que l'inscription au répertoire DPS doit être regardée, par ses effets concrets, comme faisant grief et comme telle susceptible de recours pour excès de pouvoir. Il a donc rejeté le pourvoi du ministre (30 novembre 2009, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M.*, n° 318589).

Domaine

À l'occasion de l'examen du litige opposant une commune à une société qu'elle avait autorisée, par convention, à occuper des locaux dépendant de son théâtre municipal pour y exploiter un café-restaurant, le Conseil d'État a été conduit à s'interroger sur les critères qui déterminent, en matière d'actes de gestion du domaine privé des personnes publiques, la répartition des compétences juridictionnelles entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. En effet, ayant jugé que les locaux en cause relevaient du domaine privé de la commune, le Conseil d'État se trouvait saisi d'une demande d'annulation de la décision par laquelle le maire avait rejeté la demande tendant au renouvellement du bail résultant de cette convention, décision relative à la gestion du domaine privé de la commune. Sa section du contentieux a jugé que la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître des conclusions tendant à l'annulation d'une telle décision, qu'elle prenne la forme d'une délibération de l'organe délibérant de la commune ou, comme en l'espèce, d'un acte du maire, soulève une difficulté sérieuse. Elle a, par conséquent, renvoyé la question de compétence au tribunal des conflits, en application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849 (28 décembre 2009, *Société Brasserie du théâtre*, n° 290937).

Élections

L'article L. 52-1 du code électoral prohibe, pendant la durée de la campagne électorale, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale «*par la voie de presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle*». L'application de ces dispositions aux usages d'internet est une question qui se pose de plus en plus souvent en jurisprudence (l'assimilation d'un site internet à un «*moyen de communication audiovisuelle*» est certaine : 2 juillet 1999, *Élections cantonales du Portel*, n° 201622). Par une décision du 8 juillet 2002 (*Élections municipales de Rodez*, n° 239220), le Conseil d'État avait d'abord jugé qu'un site internet ouvert par un candidat, même pour le seul bénéfice de la campagne, ne pouvait être considéré comme une publicité commerciale prohibée, dès lors que l'accès au site relève du choix des internautes. Il a précisé, par une décision du 13 février 2009 (*Élections municipales de la commune de Fuveau*, n° 317637), que le référencement commercial du site d'un candidat sur un moteur de recherche sur internet revêt en revanche le caractère d'un procédé prohibé de publicité commerciale, puisqu'il a pour finalité d'attirer vers lui des internautes qui effectuent des recherches, même dépourvues de tout lien avec les élections municipales. La démarche commerciale du référencement, qui conduit à solliciter l'électeur, entraîne la qualification de publicité commerciale.

Par une décision de section du 8 juin 2009, le Conseil d'État a annulé les opérations électorales en vue de la désignation des conseillers municipaux de la commune d'Aix-en-Provence, en raison du caractère exceptionnellement violent des attaques ayant visé, au cours de la campagne, l'un des candidats. En particulier, un tract anonyme, qui contenait des imputations injurieuses et diffamatoires mettant en cause la vie privée ou la probité de ce candidat et de certains des membres de sa liste, et qui a été évoqué par la presse et sur internet, a excédé largement les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale et excluait une défense utile de la part des intéressés. En outre, la candidate et maire sortant a, dans un article publié dans l'édition spéciale d'un hebdomadaire de diffusion nationale, tenu des propos, non démentis, mettant clairement en cause la vie privée de ce candidat et de certains membres de sa liste. Dans ces conditions, bien que l'intéressée ait démenti être à l'origine du tract litigieux et qu'elle n'ait pas systématiquement cité les noms des personnes mises en cause, les propos et les insinuations d'une nature et d'une gravité inadmissibles tenus au cours de la campagne ont constitué une manœuvre qui, compte tenu de leur retentissement d'ensemble, de l'écart réduit des voix séparant les listes arrivées en tête et en l'absence d'éléments permettant au Conseil d'État d'en mesurer les conséquences sur la répartition des suffrages, a été de nature à fausser les résultats du scrutin (8 juin 2009, *Élections municipales d'Aix-en-Provence*, n° 321974).

Le second tour des élections municipales de Corbeil-Essonnes, le 16 mars 2008, avait été remporté par la liste menée par le maire sortant, avec un écart de 170 suffrages. Par une décision du 8 juin 2009, la section du contentieux a jugé qu'alors même que l'ampleur exacte de dons d'argent de la part de ce maire sortant à destination des habitants de cette commune n'avait pu être précisément déterminée, divers éléments établissaient l'existence de ces dons et leur ampleur significative. Elle en a déduit que de tels faits, qui traduisaient une pratique persistante, y compris pendant la période électorale, devaient être regardés comme intervenus en vue des élections et comme ayant pu affecter la libre détermination des électeurs. En conséquence, ils étaient de nature à altérer la sincérité du scrutin et à en vicier les résultats, eu égard notamment au faible écart de voix. Les élections ont été annulées, et le maire sortant déclaré inéligible pour un an en tant que conseiller municipal, dès lors que son compte de campagne ne pouvait être validé (8 juin 2009, *Élections municipales de Corbeil-Essonnes*, n° 322236).

Le tribunal administratif de Nancy avait annulé pour manœuvre les élections municipales des 9 et 16 mars 2008 dans la commune de Saint-Dié-des-Vosges, remportées au second tour par la liste conduite par le maire sortant par un écart de 156 suffrages. Cette commune avait concédé l'exploitation d'un système de production et de distribution de chauffage urbain à une société qui avait pour clients abonnés deux bailleurs de logements sociaux. Le tribunal avait qualifié de manœuvre l'envoi à plusieurs centaines d'électeurs occupant les logements gérés par ces bailleurs, dans les jours précédant immédiatement le premier tour de ces élections, d'un courrier signé du directeur général de l'urbanisme et des services techniques de la mairie qui leur annonçait le reversement, dans le courant de l'été, d'une somme de 100 euros par habitation en raison d'un trop-perçu constaté sur le compte des charges destinées à la maintenance du système de chauffage. La section du contentieux, par une décision du 8 juin 2009, a jugé au contraire que cette diffusion n'avait pas eu le caractère d'une manœuvre qui

aurait pu altérer la sincérité du scrutin dès lors que le courrier litigieux, qui ne comportait aucune information inexacte sur la situation de ce compte, faisait suite à une lettre de la société concessionnaire informant la commune de l'existence de ce trop-perçu et l'interrogeant sur la destination qu'elle souhaitait lui donner à l'échéance du contrat de concession en cause (8 juin 2009, *Élections municipales de Saint-Dié-des-Vosges*, n° 321911).

Le Conseil d'État a également jugé que l'annonce, par le ministre de la défense venu rencontrer le régiment en garnison dans la ville de Montauban, que ce régiment ne figurait pas parmi les unités devant supporter des baisses d'effectifs mais pourrait, au contraire, connaître un renforcement de ses effectifs, n'avait pas non plus revêtu, en l'espèce, le caractère d'une manœuvre de nature à altérer la sincérité du scrutin municipal. Le Conseil d'État a relevé, à l'appui de cette appréciation, que le ministre s'était gardé devant les militaires de toute allusion aux élections et de toute intervention dans la campagne électorale. Il a jugé que ne constituait pas non plus une manœuvre sa participation à une réunion politique, le soir même, en l'absence de lien entre les annonces faites dans le cadre de ses fonctions ministérielles et le soutien apporté à une candidate en sa qualité de chef de parti (24 juillet 2009, *Élections municipales de Montauban*, nos 322221, 322550 et 322595).

Le Président de la République avait adressé au maire de Marseille, qui se présentait à nouveau aux élections municipales, une lettre rendant hommage à son action et annonçant des engagements de l'État en faveur de plusieurs projets dans la ville. La lettre avait été rendue publique au lendemain du premier tour et avait été utilisée par les partisans du maire comme un argument électoral. Elle ne pouvait cependant, a jugé le Conseil d'État, être regardée comme une manœuvre de nature à fausser les résultats du scrutin, eu égard à son contenu, au temps dont les adversaires du maire sortant ont disposé pour y répondre, et compte tenu de l'écart de voix (15 mai 2009, *Élections municipales de Marseille (3^e secteur)*, n° 322053).

Environnement

Le Conseil d'État a été saisi d'une demande d'annulation du décret n° 2007-359 du 19 mars 2007, pris en vue de la transposition d'obligations résultant de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (OGM) dans l'environnement. Il a jugé à cette occasion que l'article 7 de la charte de l'environnement, issu de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, et qui réserve à la loi le soin de définir « *les conditions et les limites* » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement, a implicitement mais nécessairement abrogé les dispositions de l'article L. 125-3 du code de l'environnement, en tant qu'elles renvoient au pouvoir réglementaire le soin de définir les modalités de l'information du public sur les effets de la dissémination volontaire d'OGM. En dépit d'une légère différence de rédaction, il a donné une portée similaire à l'article 3 de la charte, en l'interprétant comme réservant au législateur la définition des conditions de la prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement ou, à défaut, de la limitation de leurs conséquences. Le Conseil d'État a, par conséquent, prononcé une annulation pour incompétence de celles des dispositions du décret attaqué qui, depuis

l'entrée en vigueur des articles 7 et 3 de la charte, ne relevaient que de la compétence du législateur. Il a, cependant, décidé de reporter au 30 juin 2010 les effets de cette annulation afin d'éviter qu'il soit porté atteinte à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives (24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique – CRII GEN*, n° 305314).

À la suite d'une réévaluation des risques pour l'environnement du maïs génétiquement modifié MON 810, commercialisé par la société Monsanto, le ministre chargé de l'agriculture a, par arrêté du 7 février 2008, suspendu sa mise en culture sur le territoire national, en se fondant sur la clause de sauvegarde prévue à l'article 23 de la directive 2001/18/CE. La société Monsanto a demandé au Conseil d'État l'annulation de cette décision, en faisant valoir son illégalité au regard de l'article 12 de cette même directive, selon lequel son article 23 ne s'applique pas aux OGM lorsqu'ils ont été autorisés par une législation communautaire qui prévoit une évaluation des risques pour l'environnement. Or, la société Monsanto soutenait que le maïs MON 810 avait fait l'objet d'une autorisation de cette nature, délivrée dans le cadre du règlement communautaire (CE) n° 1829/2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés. Toutefois, ce règlement prévoyait seulement, s'agissant des produits mis sur le marché avant son entrée en vigueur, tels que le maïs MON 810, une poursuite de leur commercialisation assortie de l'organisation d'une procédure de renouvellement de leur autorisation de mise sur le marché. Le Conseil d'État a jugé que la question de l'articulation entre, d'une part, le régime de la dissémination des OGM résultant de la directive et, d'autre part, celui qui est applicable aux OGM constituant des aliments pour animaux en vertu du règlement, posait une difficulté sérieuse d'interprétation. Il a, en conséquence, saisi la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel (6 novembre 2009, *Société Monsanto SAS et autres*, n° 313605).

Étrangers

Par une décision du 6 mars 2009 (*M. Belrhalla*, n° 299035), la section du contentieux a précisé le sens à donner à l'article L. 524-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) issu de la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. Cet article permet aux étrangers ayant fait l'objet, avant l'entrée en vigueur de cette loi, d'une mesure d'expulsion par la suite abrogée, d'obtenir de plein droit, sous réserve de la menace à l'ordre public, la délivrance d'un visa de long séjour lorsqu'ils remplissent deux conditions cumulatives : relever, à la date de la mesure d'expulsion, des catégories mentionnées aux 1° et 4° de l'article L. 521-3 du CESEDA (article définissant les catégories d'étrangers ne pouvant faire l'objet d'une mesure d'éloignement) et remplir, à la date de leur demande de visa, les conditions posées aux 4° et 6° de l'article L. 313-11 (article définissant les catégories d'étrangers pouvant bénéficier d'une carte de séjour « *vie privée et familiale* ») ou au livre IV du même code relatif au regroupement familial. Il a été jugé que cette seconde exigence devait être entendue strictement. Les étrangers concernés doivent donc non seulement continuer à appartenir, à la date de la demande de visa, à la catégorie des conjoints ou parents de Français, mais aussi répondre aux conditions, soit de vie commune, soit d'entretien et d'éducation effectifs, nonobstant la circonstance que leur éloignement peut rendre ces conditions plus difficiles à remplir.

Le droit de solliciter le statut de réfugié, corollaire du droit d'asile, constitue pour les étrangers une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ce droit implique celui de demeurer en France le temps de l'examen de la demande d'asile, qui suppose lui-même un droit d'accès aux mesures prévues par la loi afin de garantir des conditions matérielles d'accueil décentes. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du cas d'étrangers se plaignant de n'avoir pu bénéficier de telles conditions d'accueil, le juge des référés du Conseil d'État a jugé qu'il ressort de l'ensemble des règles applicables en la matière que, si l'administration peut recourir à des modalités d'accueil différentes de celles qui sont prévues par les textes, par exemple lorsque les capacités de logement disponibles se trouvent temporairement épuisées, c'est à une double condition : d'une part, que le recours à des mesures non conformes à celles prescrites par les textes intervienne pour une durée aussi courte que possible ; d'autre part, qu'en tout état de cause les besoins fondamentaux des demandeurs d'asile soient satisfaits. En l'espèce, le juge des référés du Conseil d'État était saisi du cas d'un étranger à qui les services préfectoraux, lors du dépôt de sa demande d'asile, avaient seulement donné rendez-vous en vue de l'instruction de son dossier quatre semaines plus tard, sans lui remettre d'autorisation provisoire de séjour. En conséquence, ses demandes d'hébergement d'urgence n'avaient pu être satisfaites et il n'avait perçu aucune allocation financière. Dans ces conditions, après avoir relevé que l'administration n'avait pris aucune mesure afin de couvrir les besoins fondamentaux du demandeur, le juge des référés a jugé qu'il avait été porté une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice du droit d'asile. Il a, par conséquent, confirmé l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif d'Amiens enjoignant au préfet d'indiquer à l'étranger, dans un délai de 24 heures, un lieu d'hébergement susceptible de l'accueillir (17 septembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ M^{lle} Salah*, n° 331950).

Fonction publique

La section du contentieux, saisie d'une demande d'annulation du décret n° 2007-616 du 27 avril 2007 portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines, a jugé qu'il résulte des dispositions des articles 16 de la loi du 13 juillet 1983 et 26 de la loi du 11 janvier 1984 que les statuts particuliers doivent, en principe, prévoir le concours interne au nombre des modalités de la promotion interne. Il ne peut être dérogé à ce principe que si des dispositions législatives le prévoient : d'une part, les dispositions des articles 22, 22 bis, 24, 25 et 27 de la loi du 11 janvier 1984 autorisent à déroger au principe du recrutement par voie de concours, dans les conditions que ces articles déterminent et, d'autre part, il peut en être de même en vertu de dispositions législatives spéciales. En l'espèce, le décret attaqué, pris en l'absence de dispositions législatives spéciales et qui ne satisfaisait pas aux conditions permettant une dérogation en vertu de ces articles de la loi du 11 janvier 1984, a été annulé en tant qu'il n'avait pas prévu de concours interne, l'examen professionnel qu'il mettait en place ne pouvant être assimilé à un tel concours. La section du contentieux a en effet jugé que ne peut être considéré comme un concours interne un examen professionnel dont les modalités d'organisation prévoient que les membres du jury complètent leur appréciation des mérites des candidats par la consultation de leur dossier indi-



viduel administratif (6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922).

Par une décision du 8 avril 2009, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle* (n° 289314), la section du contentieux a réaffirmé le principe posé par la jurisprudence *Sieur Bréart de Boisanger* (1^{er} décembre 1961, n° 51481, à propos de l'emploi d'administrateur général de la Comédie-Française), selon lequel un fonctionnaire qui obtient l'annulation d'une décision l'ayant illégalement évincé d'un emploi unique bénéficie, en exécution de cette annulation, d'un droit à réintégration dans l'emploi unique dont il a été écarté, sans que l'employeur puisse lui opposer la nomination de son successeur à ce poste. Le Conseil d'État s'est donc refusé à étendre à ce domaine la logique de la décision de section du 10 octobre 1997, *Lugan*, (n° 170341), qui juge qu'en cas d'annulation d'un concours, lorsque la décision ultérieure prononçant la nomination du candidat retenu est devenue définitive, les droits créés par cette nomination font obstacle à ce que la décision puisse être rapportée ou déclarée caduque par l'autorité administrative. Dès lors que l'intéressé peut obtenir sa réintégration par le seul effet de l'annulation de son éviction et que, comme en l'espèce, la décision de révocation de l'intéressé et celle nommant son successeur sont divisibles, c'est-à-dire que la nomination du successeur n'est pas la cause du départ du titulaire, l'intéressé n'a pas d'intérêt à agir pour demander l'annulation de la décision de nomination de son successeur sur ce même poste – contrairement à la solution retenue lorsque les deux décisions sont indivisibles (section, 18 octobre 1968, *Vacher-Desvernais*, nos 60442 et 60446). Il est par ailleurs toujours possible au requérant de prononcer, à l'occasion de sa demande tendant à l'annulation de la décision le révoquant, des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à son administration de le réintégrer dans son poste nonobstant la nomination d'un successeur.

Un candidat au concours interne d'officier de la police nationale, qui n'avait pas été reçu à ce concours en raison d'une note éliminatoire attribuée lors de l'entretien avec le jury, a demandé au Conseil d'État l'annulation de la délibération finale de ce jury. Il faisait valoir que certaines des questions qui lui avaient été posées lors de l'entretien constituaient des discriminations à son égard. Le Conseil d'État a jugé à cette occasion que, s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui. En l'espèce, le Conseil d'État a considéré que le candidat apportait des éléments précis que l'administration ne contestait pas sérieusement, selon lesquels des membres du jury lui avaient posé des questions portant sur son origine et ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse. Il a jugé que de telles questions étaient étrangères aux critères devant permettre à un jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat et constituaient une distinction entre fonctionnaires prohibée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983. Cette discrimination révélant une violation du principe d'égal accès aux emplois publics, la délibération du jury du concours interne d'officier de la police nationale a été annulée (10 avril 2009, *M.*, n° 311888).

Par une décision du 17 juillet 2009, la section du contentieux a précisé le régime de retenues pour faits de grève applicable aux agents de la fonction publique territoriale, en particulier à ceux, comme les sapeurs pompiers, dont les obli-

gations de service sont définies sous la forme de périodes de garde. En vertu de l'article 87 de la loi du 26 janvier 1984, les fonctionnaires territoriaux ont droit, après service fait, à une rémunération fixée conformément aux dispositions de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983. Cet article prévoit que cette rémunération comprend notamment un traitement auquel est attribuée, selon l'article 3 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985, une valeur annuelle. L'absence de service fait par un fonctionnaire territorial, qui peut être due à sa participation à une grève, donne lieu à une retenue sur son traitement. Ainsi, à défaut de dispositions législatives applicables aux agents de la fonction publique territoriale précisant le régime de cette retenue, le montant de cette dernière doit être proportionné à la durée de la grève, en comparant cette durée aux obligations de service auxquelles les intéressés étaient soumis pendant la période au cours de laquelle l'absence de service fait a été constatée et au titre de laquelle la retenue a été opérée. La décision précise également comment cette règle de proportionnalité doit être appliquée au cas d'un agent qui assure son service sous la forme de gardes d'une durée de 24 heures, suivies d'une période de repos, et dont le nombre total de gardes est fixé pour l'année, alors que son traitement est liquidé mensuellement. Dans cette hypothèse il y a lieu, lorsque l'agent n'a pas accompli une ou plusieurs gardes auxquelles il était astreint, non de procéder à une retenue calculée par trentième de la part mensuelle de son traitement, mais de rapporter le nombre de gardes qu'il n'a pas accomplies au nombre moyen de gardes auquel il est astreint chaque mois, établi sur la base de son obligation de service annuelle, et d'appliquer le rapport en résultant au montant mensuel du traitement auquel il a normalement droit (17 juillet 2009, M. *Bigot et autres*, n° 303588).

Par une décision du 28 décembre 2009, l'assemblée du contentieux s'est prononcée sur la légalité du décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 organisant les conditions d'exercice des fonctions, en position d'activité, dans les administrations d'État. Ce décret élargit le périmètre d'affectation en position d'activité des fonctionnaires de l'État, en l'étendant à l'ensemble des emplois des services et établissements publics de l'État. Tout en jugeant ce décret légal, l'assemblée en a précisé la portée sur trois points. Elle a tout d'abord jugé que les dispositions du décret attaqué n'avaient pas eu pour objet et ne pouvaient avoir légalement pour effet de déroger aux règles législatives qui définissent les positions des fonctionnaires de l'État et les conditions de mutation d'un emploi à un autre, en particulier la nécessité d'un avis de la commission administrative paritaire du corps de l'agent dont la mutation envisagée comporte un changement de résidence ou une modification de sa situation. Elle a ensuite souligné que le décret attaqué ne pouvait avoir ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux garanties fondamentales des fonctionnaires, qui relèvent de la compétence du législateur, notamment au droit d'être affecté à un emploi pour exercer des missions afférentes au grade détenu et à l'obligation faite à l'administration de recueillir l'accord du fonctionnaire intéressé pour l'affecter à un emploi ne correspondant pas à de telles missions. Enfin, l'assemblée a estimé que les dispositions du décret attaqué, qui ne permettent de prononcer, sous le contrôle du juge, que des affectations à des missions afférentes au grade que le fonctionnaire détient dans son corps, ne dérogent pas aux statuts particuliers en tant que ceux-ci définissent les missions de chaque corps et, dans certains cas, subordonnent l'exercice de ces missions à la détention d'un titre ou d'un diplôme spécifique (*Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation CFDT et Syndicat unitaire travail emploi formation insertion – Fédération syndicale unitaire*, nos 316479 et 317271).

Libertés publiques

Le Conseil d'État a été saisi d'une requête dirigée contre le décret portant création, au profit de la direction centrale du renseignement intérieur, du traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé CRISTINA. Ce décret avait été dispensé de publication, en application de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978, par un décret n° 2008-631 du 27 juin 2008 dont les requérants ont également demandé l'annulation. Le Conseil d'État a jugé à cette occasion que, si le caractère contradictoire de la procédure fait obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle puisse être rendue sur la base de pièces dont une des parties n'aurait pu prendre connaissance, il en va nécessairement autrement, afin d'assurer l'effectivité du droit au recours, lorsque l'acte attaqué n'est pas publié. Dans un tel cas, si l'absence de publication interdit la communication de l'acte litigieux aux parties autres que celle qui le détient, dès lors qu'une telle communication priverait d'effet la dispense de publication de l'acte attaqué, il ne peut, en revanche, empêcher sa communication au juge lorsque celle-ci est la seule voie lui permettant d'apprécier le bien-fondé d'un moyen. Faisant application de cette règle au cas d'espèce, le Conseil d'État a sursis à statuer en demandant au ministre de l'intérieur la production du décret attaqué et en prévoyant, dans les motifs de sa décision, que les pièces produites en réponse à cette demande ne seraient pas communiquées aux requérants (31 juillet 2009, *Association Aides et autres*, n° 320196).

Une association a contesté devant le Conseil d'État la légalité des dispositions réglementaires prévoyant l'équipement des fonctionnaires actifs de la police nationale en pistolets à impulsion électrique dits *Taser*. Elle a également demandé l'annulation du décret n° 2008-993 du 22 septembre 2008 autorisant les agents de la police municipale à utiliser ces armes. Étaient notamment invoquées, à l'appui de ces requêtes, la méconnaissance de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 et celle des articles 2 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui respectivement protègent le droit à la vie et prohibent les traitements inhumains ou dégradants. Compte tenu des risques spécifiques liés à l'usage des pistolets à impulsion électrique, susceptibles, dans certaines conditions, de provoquer directement ou indirectement la mort des personnes visées, le Conseil d'État a examiné la manière dont le pouvoir réglementaire avait organisé l'encadrement et le contrôle de l'utilisation de ces armes. Il a jugé que, dans le cas de la police nationale, des garanties suffisantes avaient été prévues. En revanche, s'agissant de la police municipale, le Conseil d'État a relevé que le pouvoir réglementaire n'avait ni prescrit la délivrance d'une formation spécifique ni organisé le recueil d'informations sur l'usage du *Taser* et que les recommandations d'emploi édictées par le ministère de l'intérieur à destination des maires et des responsables des services de police municipaux n'avaient qu'une valeur informative. Au vu de ces éléments, il a jugé que les principes d'absolue nécessité et de proportionnalité dans la mise en œuvre de la force publique avaient été méconnus. Il a prononcé en conséquence l'annulation du décret du 22 septembre 2008 (2 septembre 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n^{os} 318584 et 321715).

Le décret n° 2007-1890 du 26 décembre 2007 a créé un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une

mesure d'éloignement, dit fichier ELOI. Plusieurs associations ont contesté la légalité de ce décret et demandé au Conseil d'État son annulation. Sur le terrain de la légalité externe, le Conseil d'État a jugé que le décret avait pu intervenir sans consultation préalable du Conseil national de l'information statistique, dès lors qu'il se borne à prévoir une exploitation statistique des données figurant dans le traitement créé, dont la finalité principale, qui est de permettre le suivi des procédures d'éloignement, n'est pas statistique. Sur le terrain de la légalité interne, le Conseil d'État a jugé, en premier lieu, que le décret attaqué pouvait prévoir, sans précision particulière, une finalité statistique accessoire. Il a précisé toutefois, encadrant l'usage qui pourra être fait des statistiques élaborées en application du décret, qu'elles ne pourraient en aucune manière être utilisées pour prendre des décisions individuelles à l'égard des étrangers susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'éloignement. En deuxième lieu, le Conseil d'État a annulé la disposition du décret prévoyant l'enregistrement dans le traitement ELOI du numéro national d'identification utilisé dans le système informatisé de gestion des dossiers des étrangers ayant demandé un titre de séjour (dit numéro «AGDREF»), prévu à l'article D. 611-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Il a jugé, en effet, que la pertinence et l'adéquation de cette donnée, relative au séjour, par rapport aux finalités du traitement, relatif à l'éloignement, n'étaient pas établies. En troisième lieu, le Conseil d'État a annulé la disposition du décret prévoyant la conservation pendant une durée de trois ans de certaines des données collectées. Le Conseil d'État a jugé que, compte tenu des données concernées, relatives à l'identification de l'étranger et de ses enfants, aux caractéristiques de la mesure d'éloignement, à la soustraction éventuelle de l'étranger à l'exécution de cette mesure, à l'exercice de recours contentieux et à la demande de laissez-passer auprès des autorités consulaires du pays vers lequel l'éloignement est ordonné, cette durée n'était pas proportionnée au regard des finalités assignées au traitement (30 décembre 2009, *Association SOS Racisme*, n° 312051).

Marchés et contrats administratifs

La section du contentieux a jugé que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures, rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, exigent que les candidats d'un marché passé en application de ce code soient informés des critères d'attribution dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats (30 janvier 2009, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 290236). Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

Dans l'affaire *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet* du 8 avril 2009, (n°s 271737 et 271782), le Conseil d'État avait à trancher la question de savoir si et dans quelle mesure les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, limitant la durée des délégations de service public, avaient une

incidence sur l'exécution des contrats conclus antérieurement à leur entrée en vigueur. Son assemblée du contentieux a tout d'abord jugé que l'application des normes nouvelles qu'une loi édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, lorsqu'elle n'est pas explicitement prévue, ne peut être regardée comme ayant été implicitement autorisée par le législateur que si un motif d'intérêt général suffisant, lié à un impératif d'ordre public, le justifie, et que s'il n'est pas dès lors porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle. Pour les contrats administratifs, l'existence d'un tel 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 ensuite appliqué les principes ainsi rappelés au cas de la loi Sapin. En premier lieu, il a constaté que la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation. En deuxième lieu, il a précisé qu'un tel motif ne saurait entraîner la nullité des contrats de délégation conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pour des durées incompatibles avec les dispositions édictées, ni contraindre les parties à de tels contrats à en modifier la durée. Il a enfin jugé que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi Sapin, excédant la durée maximale autorisée par cette loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte.

Le ministre des transports avait accordé en 1992 à la société Autoroutes du Sud de la France un contrat de concession pour la construction, l'entretien et l'exploitation d'un grand nombre d'autoroutes. Le 31 janvier 2006, un avenant à ce contrat a été conclu, sans publicité ni mise en concurrence préalable, afin, notamment, de confier à la même société la réalisation et l'exploitation du tronçon de l'autoroute A89 entre Balbigny et la Tour de Salvigny. L'avenant a été contesté, notamment au motif que l'absence de publicité et de mise en concurrence était contraire aux dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993, ainsi qu'aux directives communautaires des 18 juillet 1989 et 14 juin 1993, fixant un certain nombre de règles en matière de passation de marchés. La section du contentieux du Conseil d'État a tout d'abord estimé que la loi du 1^{er} mars 2006, relative à la réalisation de la section entre Balbigny et La Tour de Salvigny de l'autoroute A89, qui a expressément approuvé les termes de l'avenant, avait pour effet de prémunir la réalisation du projet autoroutier en cause contre d'éventuels contentieux. Or, plusieurs requêtes ayant été enregistrées avant son entrée en vigueur, cette loi avait pour effet d'empêcher l'examen par le juge administratif de ces contentieux déjà noués. Le Conseil d'État a dès lors estimé qu'elle était contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit à un procès équitable, dans la mesure où cette loi s'appliquait à des contentieux en cours. Il en a donc écarté les dispositions et a examiné les requêtes concernées au regard des dispositions applicables en matière de marchés publics. À ce titre, le Conseil d'État a relevé qu'un courrier de la Commission européenne indiquait expressément que la société délégataire avait été pressentie pour réaliser les travaux litigieux avant l'expiration du délai de transposition de la directive du 18 juillet 1989, c'est-à-dire avant que les dispositions de ce texte, prévoyant notamment une obligation de mise en concurrence et de publicité dans ce type de situa-

tion, ne soient applicables. Quant à la loi Sapin, son article 47 prévoit que les mesures de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation des délégations de service public est soumise ne s'appliquent pas lorsque, avant la date de publication de la loi, la collectivité publique a d'ores et déjà pressenti une entreprise et que celle-ci a, en contrepartie, engagé des études et travaux préliminaires. Relevant qu'en l'espèce, la société délégataire avait été expressément pressentie dès 1987 pour réaliser le tronçon d'autoroute litigieux et avait, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires, le Conseil d'État a estimé que l'avenant n'était contraire ni aux textes communautaires, ni à la loi du 29 décembre 1993. Il a donc rejeté les requêtes (8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, nos 290604, 290605, 291809 et 291810).

Par une décision d'assemblée *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009 (n° 304802), le Conseil d'État a, d'une part, défini l'office du juge administratif lorsqu'il est saisi par les parties à un contrat et, d'autre part, précisé les conséquences, pour la validité du contrat, de l'absence de transmission au contrôle de légalité, avant la signature du contrat, de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à y procéder. Le Conseil d'État a d'abord défini l'office du juge saisi par les parties d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Sa décision définit des règles qui s'inspirent de celles que sa décision du 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux Signalisation* (n° 291545) a dégagées dans le cas où le juge du contrat est saisi par un concurrent évincé. Lorsqu'il constate, à la demande, cette fois, d'une partie au contrat, l'existence d'irrégularités, le juge du contrat doit d'abord vérifier que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il doit ensuite apprécier l'importance et les conséquences de l'irrégularité, en tenant particulièrement compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles. En fonction de la nature et de la portée de l'illégalité commise, le juge peut soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat. Il peut enfin annuler le contrat, mais en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Le Conseil d'État a déduit de ces principes que, lorsque les parties lui soumettent un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe au juge, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat, sauf dans le cas où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, hypothèse dans laquelle il doit alors écarter le contrat. Enfin, le Conseil d'État a jugé que l'absence de transmission au contrôle de légalité, avant la signature du contrat, de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à y procéder, si elle constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, ne saurait à elle seule être regardée comme d'une gravité telle que le juge doive, selon les cas, annuler ou écarter le contrat.



Outre mer

Le Conseil d'État a été conduit à apprécier la légalité d'une délibération de l'assemblée de la Polynésie française du 24 août 1995 fixant, notamment, les conditions de licenciement des membres des cabinets placés auprès de certains des élus de cette assemblée. La section du contentieux a jugé que, si la Polynésie française était compétente pour instituer un régime d'emploi spécifique aux collaborateurs de cabinet des autorités de l'assemblée territoriale, elle ne pouvait exercer cette compétence que dans le respect des lois applicables au territoire, notamment de la loi du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française. Trois dispositions de la délibération attaquée ont été annulées pour méconnaissance de cette loi : son article 2 qui, en disposant qu'il pouvait être mis fin librement aux fonctions des collaborateurs de cabinet, avait entendu soustraire leur licenciement à l'exigence de cause réelle et sérieuse ; son article 7 qui liait la durée des fonctions des membres des cabinets à celle du mandat des autorités élues de l'assemblée et prétendait assimiler la fin de ce mandat à un motif de licenciement valable en toutes circonstances ; son article 8 qui avait pour objet de faire de la perte de confiance, dans tous les cas, une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat pouvant toujours justifier un licenciement (8 juin 2009, *Tom Sing Vien*, n° 307025).

Pensions

Par une décision du 12 octobre 2009, *Ministre de la défense c/ M^{lle} Croset* (n° 315008), la section du contentieux a rapproché la définition de la blessure au sens des dispositions des articles L. 2 et L. 4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre de celle retenue en matière d'accidents du travail et d'accidents de service. L'article L. 4 de ce code permet l'ouverture du droit à pension soit, lorsque l'infirmité résulte d'une blessure, si le degré d'invalidité du demandeur est supérieur ou égal à 10 %, soit, lorsque l'infirmité résulte d'une maladie, si le degré d'invalidité du demandeur est supérieur ou égal à 30 %. La jurisprudence a longtemps considéré que la qualification de blessure au sens du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre supposait « l'action violente d'un fait extérieur ». Ainsi, lorsque le demandeur avait subi une lésion du fait d'une chute ou d'un geste maladroit, la qualification de blessure n'était pas retenue et l'infirmité était alors considérée comme résultant d'une maladie, ce qui rendait plus difficile l'obtention de la pension. En revanche, en matière d'accidents du travail et d'accidents de service, le critère d'extériorité du fait occasionnant la lésion, pour l'application de la notion d'accident, avait été progressivement abandonné. La décision *Ministre de la défense c/ M^{lle} Croset* procède à une évolution similaire pour l'application des dispositions précitées du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, en abandonnant le critère de l'action violente d'un fait extérieur. Elle juge ainsi qu'une infirmité doit être regardée comme résultant d'une blessure lorsqu'elle trouve son origine dans une lésion soudaine, consécutive à un fait précis de service.

Police

Un maire avait, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de police, interdit la poursuite de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique, au vu d'éléments faisant apparaître un risque grave et imminent. Une expertise ultérieure a toutefois établi l'inexistence de ce risque. L'exploitant de la centrale a alors cherché à obtenir, auprès de la commune, la réparation du préjudice subi. Saisi de ce litige par la voie de la cassation, le Conseil d'État a jugé, par exception à la règle selon laquelle une mesure de police n'est légale que si elle est nécessaire au regard de la situation de fait existant à la date à laquelle elle a été prise, éclairée au besoin par des éléments d'information connus ultérieurement, que lorsqu'il ressort d'éléments sérieux portés à la connaissance de l'autorité de police l'existence d'un danger à la fois grave et imminent exigeant une intervention urgente qui ne peut être différée, cette autorité ne commet pas d'illégalité en prenant les mesures qui paraissent nécessaires au vu des informations dont elle dispose à la date de sa décision. La circonstance que ces mesures se révèlent ensuite inutiles est sans incidence sur leur légalité mais entraîne l'obligation de les abroger ou de les adapter. En l'espèce, le Conseil d'État a jugé légale la mesure d'interdiction prise initialement par le maire et refusé tout engagement de la responsabilité de la commune en vue d'en réparer les conséquences ; en revanche, il a jugé qu'en maintenant cette interdiction au-delà de la date à laquelle l'inexistence du risque a été établie, le maire avait commis une illégalité de nature à engager la responsabilité de la commune (31 août 2009, *Commune de Cregols*, n° 296458).

Pouvoirs publics

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait rejeté une demande de modification des règles selon lesquelles il évalue le respect du pluralisme politique dans les médias audiovisuels, en excluant toute forme de prise en compte des interventions du Président de la République et de ses collaborateurs. L'assemblée du contentieux du Conseil d'État, par une décision du 8 avril 2009 (*M. Hollande et M. Mathus*, n° 311136), a annulé ce refus comme entaché d'erreur de droit. Elle a certes relevé que le Président de la République, en raison de la place qui est la sienne dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique. Elle a toutefois ajouté qu'il n'en résulte pas, compte tenu du rôle qu'il assume depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 dans la définition des orientations politiques de la Nation, que ses interventions et celles de ses collaborateurs puissent être regardées comme étrangères, par principe et sans aucune distinction selon leur contenu et leur contexte, au débat politique national. Aussi le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait-il méconnu la mission, que lui a confiée le législateur, d'assurer la garantie dans les médias audiovisuels de l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants de pensée et d'opinion, notamment politiques. Le Conseil d'État a rappelé que l'autorité de régulation est tenue d'exercer pleinement cette mission tout en disposant, en l'état de la législation et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les règles propres à assurer une présentation équilibrée de l'ensemble du débat politique national.

L'Union syndicale « Solidaires » a demandé au Premier ministre de modifier les textes réglementaires régissant la composition du Conseil économique et social (CES) et celle des conseils économiques et sociaux régionaux (CESR), afin de pouvoir désigner au moins un représentant en leur sein. S'étant heurtée à un refus, elle a saisi le Conseil d'État. En ce qui concerne le CES, le Conseil d'État a jugé que « Solidaires » devait être regardé comme représentatif dans le champ de la fonction publique et avait donc vocation à être représenté au sein de cette instance, alors même qu'il ne serait pas représentatif s'agissant des salariés relevant du droit privé du travail. En ce qui concerne les CESR, le Conseil d'État a commencé par examiner la légalité du système prévu aux articles R. 4134-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, consistant à regarder comme représentatifs à l'échelle de chaque région les syndicats reconnus représentatifs au niveau national. Il rappelle à cet égard que, de manière générale, la représentativité s'apprécie, lorsqu'il s'agit de déterminer la composition d'un organisme, au niveau territorial ou professionnel auquel il siège. Mais, compte tenu des critères retenus pour apprécier la représentativité au niveau national, le Conseil d'État a jugé que les dispositions réglementaires relatives aux CESR pouvaient légalement reconnaître comme représentatives dans les régions les organisations syndicales représentatives au niveau national, dès lors que ces dispositions prévoient une répartition des sièges en proportion des résultats obtenus aux élections professionnelles dans la région considérée. En conséquence, le Conseil d'État a annulé le refus contesté et enjoint au Premier ministre de réexaminer la demande de « Solidaires » dans un délai de six mois (30 décembre 2009, *Union syndicale Solidaires*, n° 310284).

Procédure contentieuse

L'intérêt à faire appel ou à se pourvoir en cassation s'appréciant par rapport au dispositif de la décision concernée, une décision juridictionnelle de rejet, quels qu'en soient les motifs, ne fait pas grief au défendeur. Toutefois, comme l'a jugé la section du contentieux le 17 juillet 2009 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Becker*, n° 288559), il en va différemment d'une décision qui rejette les conclusions du demandeur comme portées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître. Cette décision, en effet, ne clôt pas le litige mais invite le demandeur à le poursuivre devant l'autre ordre de juridiction.

Responsabilité

Saisie d'une demande d'avis en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, l'assemblée du contentieux s'est prononcée, par un avis du 16 février 2009 (*M^{me} Hoffman-Glemane*, n° 315499), sur les modalités de réparation des préjudices nés des agissements de l'État français ayant contribué à la déportation de personnes d'origine juive pendant la seconde guerre mondiale. Elle a jugé que ces agissements, en rupture absolue avec les droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils sont consacrés par le droit public français, étaient constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État et appelaient une indemnisation financière et morale. Le Conseil d'État a tout d'abord estimé que la responsabilité de l'État était engagée en raison des

dommages causés par les actes ou agissements tels que les arrestations, internements et convoiements à destination des camps de transit qui, ne résultant pas d'une contrainte directe de l'occupant, ont permis ou facilité la déportation à partir de la France des personnes victimes de persécutions antisémites. Il a en particulier considéré que les dispositions de l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, constatant la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant « *gouvernement de l'État français* » qui « *établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif* », n'ont pu avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des agissements commis par l'administration dans l'application de ces actes. L'assemblée du contentieux a ensuite relevé que, pour compenser les préjudices exceptionnels et d'une extrême gravité subis par les victimes de la déportation et leurs ayants-droits, l'État a pris, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, une série de mesures telles que des pensions, des indemnités, des aides ou des mesures de réparation. Elle a jugé que, prises dans leur ensemble et bien qu'elles aient procédé d'une démarche très graduelle et reposé sur des bases largement forfaitaires, ces mesures, comparables tant par leur nature que par leur montant à celles adoptées par les autres États européens dont les autorités ont commis de semblables agissements, avaient permis d'indemniser, autant qu'ils pouvaient l'être, ces préjudices incommensurables. Leur réparation appelait aussi la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par les victimes de la déportation, du rôle joué par l'État français, ainsi que du souvenir que doivent à jamais laisser, dans la mémoire de la Nation, leurs souffrances et celles de leurs familles. Cette reconnaissance a été accomplie par la loi du 26 décembre 1964 qui prévoit l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, la déclaration du Président de la République du 16 juillet 1995 reconnaissant la responsabilité de l'État au titre des préjudices exceptionnels causés par la déportation et le décret du 26 décembre 2000 reconnaissant d'utilité publique la Fondation pour la mémoire de la Shoah. Il est à noter que, par une décision du 24 novembre 2009 (n° 49637/09 et autres), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'avis contentieux rendu par le Conseil d'État répondait aux exigences qui découlent de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article L. 111-1 du code de l'éducation prévoit que le droit à l'éducation est garanti à chacun. D'autres articles du même code obligent l'État à prendre en charge les dépenses d'enseignement et de première formation professionnelle des enfants et adolescents handicapés, en les accueillant soit dans des classes ordinaires, soit dans des établissements disposant d'un personnel qualifié ou de services spécialisés. Des parents d'un enfant handicapé, estimant que ces obligations légales avaient été méconnues, avaient recherché la responsabilité de l'État en raison de l'absence de scolarisation de cet enfant. Le Conseil d'État, à l'occasion de l'examen de ce litige, a jugé qu'il résultait de ces différents textes que les difficultés particulières que rencontrent les enfants handicapés ne peuvent avoir pour effet de les priver du droit à l'éducation, qui est garanti à chacun, et ne font pas obstacle au respect de l'obligation scolaire, qui s'applique à tous. Il incombe ainsi à l'État, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation et l'obligation scolaire aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif. Si tel n'est pas



le cas, la carence de l'État constitue une faute de nature à engager sa responsabilité. L'administration ne peut pas, pour se soustraire à cette responsabilité, mettre en avant l'insuffisance des structures d'accueil existantes ou le fait que des allocations sont allouées aux parents d'enfants handicapés (8 avril 2009, *M. et M^{me} Laruelle*, n° 311434)

Par une décision du 17 juillet 2009, *Ville de Brest* (n° 295653), la section du contentieux a précisé sur plusieurs points le régime de l'action en réparation de la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement, dont l'existence a été consacrée par la décision d'assemblée *Magiera* du 28 juin 2002 (n° 239575). Elle a confirmé que cette action est ouverte, sur le fondement des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, à tout justiciable, y compris s'il s'est trouvé en position de défendeur pendant tout le litige dont la durée est critiquée et s'il s'agit d'une collectivité publique. En outre, lorsque la durée globale de jugement n'a pas dépassé le délai raisonnable, la responsabilité de l'État est néanmoins susceptible d'être engagée si la durée de l'une des instances a, par elle-même, revêtu un caractère excessif. Enfin, les préjudices qui peuvent être réparés sont ceux qui se rapportent non à la durée totale de la procédure mais à la seule période excédant le délai raisonnable. L'affaire soumise à la section, qui portait sur le délai de jugement d'un litige de règlement d'un marché public impliquant une commune, lui a également donné l'occasion de se prononcer sur la consistance et les modalités de réparation de certains des préjudices indemnifiables. Elle a ainsi jugé que, si la durée excessive d'une procédure est présumée causer par elle-même un préjudice moral, des circonstances particulières telles que la nature du litige et la qualité du requérant peuvent conduire à le regarder comme non établi. Elle a en revanche indemnisé un préjudice matériel né du différentiel entre le taux d'intérêts moratoires appliqué, résultant de la réglementation propre aux marchés publics, et le taux légal des intérêts. Ayant toutefois égard aux obligations qui pesaient normalement sur le débiteur de ces intérêts, elle a fait de ce préjudice une évaluation forfaitaire.

Par une décision du 12 octobre 2009, la section du contentieux du Conseil d'État a jugé qu'un sauvetage en mer dont un centre régional opérationnel de surveillance et de sauvetage (CROSS) a pris l'initiative et a assuré la coordination pour le compte de l'État relève d'une mission de service public. En l'espèce, la société Elf-Gabon, relayant la demande du CROSS, avait affrété, *via* l'un de ses prestataires, un hélicoptère dont le pilote était lui-même employé d'une autre société privée. Le pilote d'hélicoptère, qui a volontairement accepté, en raison de l'urgente nécessité de l'intervention, de porter secours à une personne blessée en dehors du cadre des missions qui lui étaient normalement confiées en vertu de son contrat de travail et de prendre les risques inhérents à une telle opération, a la qualité de collaborateur occasionnel du service public (12 octobre 2009, *M^{me} Chevillard et autres*, n° 297075).

Sanctions

Par une décision du 16 février 2009, *Société ATOM* (n° 274000), l'assemblée du contentieux a décidé du basculement dans le champ du recours de plein contentieux d'une partie du contentieux des sanctions administratives. Elle a posé le principe en vertu duquel un juge, saisi d'une contestation portant sur une sanc-

tion que l'administration inflige à un administré, se prononce sur la contestation dont il est saisi comme juge de plein contentieux. Il appartient dès lors au juge de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration en se plaçant à la date de sa décision et non à celle de la décision de l'administration infligeant la sanction et, le cas échéant, de faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue. En l'espèce, les dispositions de l'article 1840 N *sexies* du code général des impôts fixant la sanction de l'infraction qu'avait commise la société ATOM ayant été modifiées postérieurement à la date de l'infraction pour substituer à une amende à taux fixe une amende dont le montant peut être modulé en fonction des circonstances propres à chaque espèce, il a été fait application à la société des dispositions nouvelles qui prévoient des peines moins sévères que la loi ancienne.

Par une décision du 12 octobre 2009 (*M.*, n° 311641), la section du contentieux a précisé deux règles de procédure applicables au procès administratif et consacré une nouvelle règle de fond en matière de sanctions disciplinaires des professions réglementées. Elle a, en premier lieu, relevé que l'exigence de publicité des décisions juridictionnelles posée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pouvait être satisfaite non pas seulement par leur lecture publique, mais également par tout autre moyen approprié assurant l'accès à leur texte, en particulier par la possibilité de les consulter au greffe de la juridiction qui les a prononcées. Elle a ensuite jugé qu'un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement pouvait, quel que soit son fondement, être invoqué à toute étape de la procédure, y compris devant le juge de cassation. Il s'agit d'une simplification de la jurisprudence antérieure qui, tout en reconnaissant un caractère d'ordre public au moyen tiré de l'irrégularité objective de la composition d'une formation de jugement, estimait que l'impartialité subjective d'un de ses membres relevait de la seule procédure de récusation et ne pouvait, en raison de l'existence de cette voie de recours parallèle, être invoquée en appel ou en cassation. La décision a, enfin et surtout, consacré l'application du principe de légalité des délits aux sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire. Elle a toutefois précisé qu'en la matière, il était satisfait à ce principe dès lors que les textes applicables faisaient référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent, une stricte définition des incriminations n'étant donc pas requise.

Union européenne

Par une décision du 30 octobre 2009, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État est revenue sur la jurisprudence *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit* (assemblée, 22 décembre 1978, n° 11604) qui refusait qu'un justiciable puisse invoquer, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel, le bénéfice des dispositions d'une directive non transposée à l'issue du délai fixé par celle-ci. Cette évolution est fondée sur le fait que la transposition en droit interne des directives communautaires revêt le caractère d'une obligation non seulement conventionnelle, mais également constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution et qu'il revient au juge national de garantir l'effecti-



tivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques.

La décision dresse les obligations du juge confronté à l'invocation d'une directive communautaire. S'agissant des dispositions réglementaires, écrites ou non écrites, tout justiciable peut, par voie d'action ou par voie d'exception, faire valoir que les autorités nationales ne doivent ni les laisser subsister, ni en faire application dès lors qu'elles ne sont pas compatibles avec les objectifs d'une directive dont le délai de transposition est expiré. Par ailleurs, tout justiciable peut directement se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions d'une directive non transposée, à la double condition, d'une part, que les délais de transposition soient expirés et, d'autre part, que les dispositions invoquées soient précises et inconditionnelles.

En l'espèce, l'assemblée du contentieux a estimé que les dispositions communautaires invoquées par la requête, imposant aux États membres d'aménager leurs régimes d'administration de la preuve en matière de discrimination, étaient dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative, en raison du caractère conditionnel de l'obligation qu'elles posent lorsque la procédure est inquisitoriale, ce qui est le cas devant le juge administratif. Elle a cependant décidé, de manière prétorienne, de définir un régime particulier adapté aux difficultés d'administration de la preuve en matière de discrimination (30 octobre 2009, *M^{me} Perreux*, n° 298348).

Urbanisme

Par une décision du 8 avril 2009, *Commune de Banon* (n° 307515), la section du contentieux a précisé la portée de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, en vertu duquel le juge doit se prononcer sur l'ensemble des moyens fondant l'annulation ou la suspension d'un acte intervenu en matière d'urbanisme. La section a jugé que l'absence de mention, dans les motifs de la décision prise par le juge, des moyens autres que ceux retenus pour annuler ou suspendre un tel acte n'entachait pas d'irrégularité cette décision. Le juge doit être regardé, dans un tel cas, comme ayant implicitement écarté ces moyens. Le Conseil d'État n'a pas davantage retenu l'obligation pour le juge de viser expressément dans sa décision, à peine d'irrégularité de celle-ci, l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme. Cette solution, qui pose une règle commune au juge du référé suspension et au juge de l'annulation, s'inscrit dans la continuité de la position adoptée par le Conseil d'État concernant le juge des référés statuant en matière d'urbanisme (5 décembre 2001, *Sté Intertouristik Holiday AG*, n° 237294).

Le Conseil d'État, par une décision du 17 juillet 2009, a admis pour la première fois la possibilité qu'un même ensemble immobilier puisse, dans certaines conditions, faire l'objet d'une pluralité de permis de construire. Sa section du contentieux a en effet rappelé que les dispositions de l'article L. 421-3 du code de l'urbanisme imposent en principe qu'une construction constituée de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique, fasse l'objet d'un seul permis de construire. Elle a toutefois jugé que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, lorsque l'ampleur et la complexité du projet le justifient, notamment en cas d'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage, les éléments de la construction ayant une vocation fonctionnelle autonome puissent faire l'objet de permis distincts, sous réserve

que l'autorité administrative ait vérifié, par une appréciation globale, que le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique sont assurés par l'ensemble des permis délivrés (17 juillet 2009, *Commune de Grenoble et Communauté d'agglomération Grenoble Alpes métropole*, n° 301615).



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

Avertissement : La présente rubrique présente, pour la première fois, dans le rapport annuel de la juridiction administrative, 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 nouvelle ou d'une question de droit nouvelle. Ce choix ne saurait préjuger ni le caractère définitif de ces décisions, certaines étant l'objet de recours – les décisions frappées d'appel ou ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation au 31 janvier 2010 sont précédées du signe (*) dans le texte – ni, bien entendu, la confirmation de la solution qu'elles retiennent par le Conseil d'État.

Actes

(*) Par un arrêt du 1^{er} octobre 2009, la **cour administrative d'appel de Nancy** a fait pour la première fois une application positive du principe dégagé par le Conseil d'État selon lequel il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause (CE, section, 13 décembre 2006, *M^{me} Lacroix*, n° 287845). L'affaire dont était saisie la cour portait sur un avantage pécuniaire auquel des agents publics avaient vocation à bénéfi-

cier à leur départ du service et dont une nouvelle réglementation, applicable à la date du fait générateur du droit à cet avantage, soit, en l'espèce, la date de la radiation des cadres, soumettait l'attribution à des conditions plus restrictives. L'importance du montant de l'avantage en cause, en l'espèce, a été déterminante dans la solution du litige (formation plénière, *Ministre de la défense c/ M.*, n° 08NC00412).

Par un arrêt du 30 décembre 2009, la **cour administrative d'appel de Paris** a jugé que dispositions de l'article 2 du décret du 6 juin 2001 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000, relatives à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives n'avaient ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à l'application de dispositions réglementaires particulières fixant une date butoir après laquelle une demande peut être rejetée du fait de son caractère incomplet. La cour a estimé que ces dispositions de droit commun imposent uniquement à l'administration, à peine d'illégalité d'une décision de rejet motivée par l'absence des pièces qui devaient accompagner la demande, d'inviter son auteur à fournir les pièces manquantes avant la date limite, si cette demande lui est parvenue en temps utile pour qu'il puisse raisonnablement être procédé à l'examen du caractère complet du dossier et à ladite régularisation avant la date limite de dépôt des demandes complètes fixée par la réglementation particulière. L'affaire portait sur le rejet d'une demande de la subvention annuelle de fonctionnement attribuée aux titulaires d'une autorisation d'exploitation d'un service de radiodiffusion sonore et dont les conditions de présentation sont régies par le décret du 29 décembre 1997 portant création d'une taxe parafiscale au profit d'un fonds de soutien à l'expression radiophonique (formation plénière, *Ministre de la culture et de la communication*, n° 08PA06371).

Agriculture

(*) Par un arrêt du 12 mars 2009, la **cour administrative d'appel de Bordeaux** a confirmé l'annulation de l'arrêté homologuant le classement des crus de l'appellation d'origine contrôlée «*Saint-Émilion grand cru*» prononcée par le tribunal administratif. La cour a ainsi remis en cause la méthode employée par la commission de classement qui consistait à déguster d'abord les crus des exploitations déjà classés, pour déterminer un niveau de référence, sans les déguster ensuite, à nouveau, en même temps et dans les mêmes conditions, notamment d'anonymat, que les crus des nouveaux candidats au classement. Elle a ainsi estimé que cette méthode portait atteinte au principe d'égalité de traitement à l'égard des exploitations nouvellement candidates à cette mention et que cette irrégularité était susceptible d'avoir eu une influence sur l'intégralité des opérations de classement, nonobstant la circonstance que le nombre maximal autorisé par le règlement de classement des exploitations n'avait pas été atteint, eu égard au caractère primordial dans le choix des crus admis au classement qu'ont revêtu les dégustations des vins des exploitations candidates (*Société Château Mondot et autres*, n° 08BX02017 et s.).



Collectivités territoriales

Par un arrêt du 10 décembre 2009, la **cour administrative d'appel de Marseille** a estimé que la délibération d'un conseil municipal prononçant le changement de dénomination d'un lieu-dit constituait une décision susceptible de recours et elle a annulé cette décision au motif que ni une commune, ni aucune autre autorité administrative n'avait compétence pour décider la modification des noms de lieux-dits, lesquels procèdent de la géographie ou sont hérités de l'histoire ou forgés par les usages. Il s'agissait, en l'espèce, de l'adjonction au nom d'un lieu-dit de la commune de Vergèze (Gard), de l'expression « *source Perrier* » (*Société Nestlé Waters et autres*, n° 08MA01766).

Par un arrêt du 17 avril 2009, la **cour administrative d'appel de Versailles** a jugé que le site internet d'une commune, qui présente notamment les réalisations et la gestion du conseil municipal, doit être regardé, eu égard à son contenu, comme constituant un « *bulletin d'information générale* » au sens de l'article L. 2121-27-1 du code général des collectivités territoriales. La cour en a tiré la conséquence que ce site devait réserver un espace propre d'expression aux conseillers municipaux d'opposition, cet espace ne pouvant être confondu avec celui prévu dans le magazine diffusé par la commune, quand bien même celui-ci peut être consulté sur son site internet (formation plénière, *Ville de Versailles c/ M.*, n° 06VE00222).

Par un jugement du 5 mars 2009, le **tribunal administratif de Cergy-Pontoise** a rejeté le recours formé par une commune condamnée par le juge judiciaire à verser une indemnité à son concessionnaire, en exécution d'une clause d'actualisation des tarifs de location de matériels prévue par le traité de concession, qui recherchait la responsabilité de l'État en raison d'une carence dans l'exercice du contrôle de légalité en ne déférant pas la clause de révision litigieuse, puis en s'abstenant d'élever le conflit engagé devant le juge judiciaire. Le tribunal a estimé qu'une carence dans l'exercice du contrôle de légalité ou dans la faculté d'élever un conflit n'engage la responsabilité de l'État qu'en cas de faute lourde, laquelle n'était pas constituée en l'espèce (*Commune de Bondy*, n° 0505958).

(*) Par un jugement du 17 novembre 2009, le **tribunal administratif de Montpellier** a estimé que la désignation d'un ouvrage public, et en particulier d'un musée, tenant à la notoriété qui s'y rattache, constitue un élément du patrimoine immatériel et fait donc l'objet d'un droit de propriété dont la modification ne peut être décidée que par la collectivité territoriale propriétaire. Le tribunal en a déduit que la communauté d'agglomération de Montpellier, bien que disposant de larges pouvoirs de gestion des divers biens meubles et immeubles constituant le musée archéologique de Lattes, n'était pas compétente pour décider d'en changer la désignation, la commune en étant demeuré propriétaire (*Mme.*, n° 0804633).

(*) Par un jugement du 4 août 2009, le **tribunal administratif d'Orléans** a retenu, sur la requête d'un contribuable autorisé à agir en justice au nom d'un département et d'une commune, la responsabilité contractuelle d'une société à l'égard de ces collectivités territoriales, la société n'ayant que partiellement respecté les engagements de création d'emplois qu'elle avait souscrits aux termes d'un protocole d'accord qui lui consentaient des avantages pour faciliter la réalisation d'un projet d'implantation dans une zone industrielle. Cette société a

ainsi été condamnée à rembourser une fraction des aides publiques consenties en pure perte, déterminée en fonction de la gravité de sa faute contractuelle (*M.*, n° 0700339 et 0700496).

Contributions et taxes

Par un arrêt du 26 juin 2009, la **cour administrative d'appel de Versailles** a estimé que les sommes facturées à ses fournisseurs par une enseigne commerciale, pour participation aux frais de confection d'un catalogue publicitaire dans lequel les noms et marques des produits de ces fournisseurs n'apparaissaient pas, devaient en fait s'analyser comme des réductions obtenues sur le prix d'achat des produits en cause selon la pratique dite des « *marges arrières* ». Elle a, en conséquence, constaté que ces facturations ne correspondaient, en réalité à aucune prestation de service et a relevé d'office le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée (*Société Lapeyre venant aux droits de la Société Sanitaires et Matériaux*, n° 08VE00254).

(*) Par un jugement du 3 mars 2009, le **tribunal administratif de Lyon** a eu à connaître d'un litige qui opposait un joueur de nationalité brésilienne de l'Olympique Lyonnais à l'administration fiscale, s'agissant de l'imposition, en application de l'article 155 A du code général des impôts, des sommes versées par le club, sous la forme de redevances annuelles sur cinq ans, à une société britannique titulaire des droits relatifs à l'utilisation du nom et de l'image du joueur, en rémunération de la cession de ces droits. Le tribunal a admis le bien-fondé de l'imposition de ces sommes en France, au nom du joueur, dès lors qu'il n'était pas démontré que la société britannique exercerait de manière prépondérante une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services et que l'image et la notoriété d'un sportif professionnel étant indissociables de l'exercice de son activité sportive, l'intéressé devait être regardé comme exécutant une prestation de service au profit de son employeur, l'Olympique Lyonnais, alors même qu'il avait antérieurement cédé les droits d'exploitation de son image à un tiers. Ce faisant, le tribunal a écarté l'argumentation du requérant qui se prévalait du droit communautaire, par l'intermédiaire de la clause de non-discrimination contenue dans la convention fiscale franco-brésilienne, en estimant que l'article 155 A du code général des impôts qui vise à éviter certaines formes d'évasion fiscale, n'a, en tant que tel, ni pour objet, ni pour effet de restreindre les libertés de prestation de services et de circulation des capitaux à l'intérieur de la Communauté européenne (*M.*, n° 0605699).

Par un jugement du 14 décembre 2009, le **tribunal administratif de Marseille** a admis que les redevances perçues en contrepartie d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public dans l'enceinte portuaire du Port autonome de Marseille conférée à une société qui exerce une activité de réparation et d'assistance aux navires de commerce ont pu légalement être assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée. Ce faisant, le tribunal a, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 25 octobre 2007, *Ministero delle Finanze – Ufficio IVA di Milano c/ CO. GE.P. Srl*, C-174/06) estimé qu'une relation juridique dans le cadre de laquelle une personne se voit accorder le droit d'occuper et d'utiliser, y compris de manière exclusive, un bien public,

à savoir des zones du domaine maritime, pour une durée déterminée et moyennant une rémunération, ne relève pas d'une activité de service administratif, mais constitue une opération de location de biens immeubles, qui est, dès lors, assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée au titre des dispositions des articles 256 et 256 A du code précité (*Société BSR*, n° 0603045).

Convention européenne des droits de l'homme

(*) Par un arrêt du 2 juin 2009, la **cour administrative d'appel de Bordeaux** a jugé que la procédure de transfert à une commune des biens, droits et obligations d'une section de commune, organisée par les dispositions de l'article L. 2411-12-1 du code général des collectivités territoriales, issues de la loi du 13 août 2004, étaient incompatibles avec les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle ne prévoyait pas de mécanisme d'indemnisation des ayants droit des sections de communes dont les biens sont, à la demande du conseil municipal, transférés par arrêté préfectoral à la commune (*M.*, n° 08BX00816).

(*) Par un arrêt du 7 avril 2009, la **cour administrative d'appel de Lyon** a admis, en prolongement de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 24 février 2006, *M^{me} Levenez et M. Levenez*, n° 24250704), que l'application du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 qui exclut la réparation intégrale du préjudice subi par les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé, à la suite d'une faute, au cours de la grossesse, pouvait porter une atteinte disproportionnée aux créances détenues par les intéressés, en méconnaissance de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour a considéré que cette atteinte était constituée dès lors que les parents pouvaient légitimement espérer détenir une créance sur la personne responsable, avant l'entrée en vigueur de cette loi, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement, et ce indépendamment de la date d'introduction de leur demande en justice (*Centre hospitalier de Sens*, n° 05LY00016).

(*) Par un arrêt du 24 septembre 2009, la **cour administrative d'appel de Paris** s'est fondée sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour censurer les pénalités fiscales prévues par l'article 1729 du code général des impôts infligées à la veuve d'un contribuable, en estimant qu'il appartient à l'administration d'établir la mauvaise foi personnelle de cette dernière dans l'insuffisance de déclaration des revenus de capitaux mobiliers perçus par son mari. La cour a considéré que la seule circonstance qu'elle était réputée avoir souscrit la déclaration de revenu global du foyer fiscal ne saurait suffire à l'établir (*Mme.*, n° 07PA03771).

(*) Par un jugement du 19 mars 2009, le **tribunal administratif de Bastia** a considéré qu'une commune ne pouvait utilement invoquer à l'encontre des dispositions de l'article 103 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2008 déniaient tout droit à réparation aux communes qui ont engagé un contentieux indemnitaire sur le transfert des charges relatives à la délivrance et au renouvellement des passeports, les stipulations de l'article 6-1 de la Convention euro-

péenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention, s'agissant d'un litige relatif à la répartition de ressources financières publiques entre personnes publiques (*Commune d'Ajaccio*, n° 0800683).

(*) Par un jugement du 17 novembre 2009, le **tribunal administratif de Dijon** a estimé que, nonobstant leur qualité d'associations régies par les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, les centres de gestion ou associations agréés définis par les dispositions des articles 1649 quater C et 1649 quater F du code général des impôts, ne peuvent, compte tenu de l'objectif individualiste recherché par leurs membres, du but d'intérêt général qu'ils poursuivent et des liens qu'ils entretiennent avec les structures de l'État, être regardés comme des associations au sens de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*M.*, n° 0800899).

Cultes

Par un arrêt du 21 avril 2009, la **cour administrative d'appel de Lyon** a censuré le tribunal administratif qui avait annulé les subventions publiques accordées par des collectivités territoriales à l'association de la communauté de Sant'Egidio pour l'organisation de la 19^e rencontre internationale pour la paix, sur le fondement de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État aux termes duquel «*La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte*». La cour a estimé, d'une part, que cette association n'était pas une association cultuelle dès lors qu'elle n'avait pas pour objet la célébration d'un culte et qu'il n'était pas établi qu'elle avait des activités cultuelles et, d'autre part, que le programme de la 19^e rencontre internationale pour la paix ne prévoyait pas de célébration eucharistique, que la seule prévision, par l'association organisatrice, d'un horaire auquel les responsables de différentes confessions pouvaient organiser des prières, ne donnait pas à cette rencontre le caractère d'une activité cultuelle. Enfin, la cour a admis qu'eu égard au nombre très important de participants, notamment étrangers, à l'intervention au cours des tables rondes de nombreuses personnalités nationales et internationales, cette rencontre internationale, organisée à Lyon, participait à l'image de marque des collectivités territoriales et ainsi, conférait à l'objet des délibérations en litige, un caractère d'intérêt local ou régional (*Association communauté Sant'Egidio France*, n° 07LY01079 et 07LY01113).

(*) Par un jugement du 24 décembre 2009, le **tribunal administratif de Limoges** a annulé la subvention accordée par le département aux communes et confréries organisatrices des «*Ostensions limousines*», bien que ces personnes n'aient pas une activité exclusivement cultuelle, dès lors que ces cérémonies traditionnelles donnent lieu à des processions et offices, qui trouvent leur fondement même dans la vénération de saints catholiques et qui ont pour objet la présentation au public des reliques de ces saints. Le tribunal a ainsi estimé que ces manifestations avaient elles-mêmes le caractère de cérémonies du culte de la religion catholique, au sens de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, malgré l'intérêt historique, culturel, touristique et économique qu'elles présentent

et bien que les autorités civiles et militaires de la région limousine y soient associées (*M. c/ département de la Haute-Vienne et autres*, n° 0900948 et s.).

Par un jugement du 29 janvier 2009, le **tribunal administratif de Versailles** a annulé l'avantage en nature consenti par une commune sous la forme de la mise à disposition d'une salle polyvalente à des fins culturelles contre une redevance d'un montant inférieur à sa valeur locative réelle. Le tribunal a estimé que les conventions de mise à disposition de ce local au profit de deux personnes morales entraient dans le champ d'application de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, dès lors que la commune avait ainsi consenti un avantage qui constitue une subvention indirecte contraire à ces dispositions, nonobstant la circonstance que ces personnes morales n'avaient pas, elles-mêmes, un objet culturel (*MM.*, n° 0704171).

Détenus

À l'instar du Conseil d'État, les juridictions administratives ont également eu à connaître plusieurs litiges intéressant les droits des détenus.

Par un arrêt du 12 novembre 2009, la **cour administrative d'appel de Douai** a confirmé l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rouen qui avait condamné l'État à verser à trois détenus de la maison d'arrêt de Rouen, une provision de 3 000 euros en estimant que l'obligation dont ils se prévalaient à l'égard de l'État pouvait être regardée, en l'état de l'instruction, comme présentant un caractère non sérieusement contestable. La cour a, en effet, estimé que l'atteinte portée au respect de la dignité inhérente à la personne humaine par leurs conditions de détention, leur causait, par nature, un préjudice moral et à ce titre indemnisable. La cour a notamment relevé qu'ils avaient occupé, pendant des durées significatives, avec un ou deux autres codétenus, des cellules d'une superficie de 10,80 à 12,36 m², conçues initialement pour accueillir un seul détenu, que ces cellules n'étaient équipées, pour tout dispositif d'aération, que d'une fenêtre haute de faible dimension ne permettant pas d'assurer un renouvellement satisfaisant de l'air ambiant et que leurs toilettes non cloisonnées, hormis par des portes battantes et un muret bas insuffisants à protéger l'intimité des détenus, n'étaient pas elles-mêmes équipées d'un système d'aération spécifique et étaient situées à proximité immédiate du lieu de prise des repas (*Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ MM.*, n° 09DA00782).

(*) Le **tribunal administratif de Nantes** a également, par un jugement du 8 juillet 2009, retenu la responsabilité de l'État en raison des conditions de détention à la maison d'arrêt des hommes de Nantes, en relevant que, si le phénomène de surpopulation carcérale est chronique et non temporaire, aussi contraignante que puisse être cette circonstance, elle ne justifie pas le fait que les conditions de sécurité, de salubrité ou d'hygiène et la dignité des détenus n'y soient pas respectées, en méconnaissance des dispositions mêmes du code de procédure pénale (*M.*, n° 0505547).

Confrontés à la situation de détenus gravement malades ou handicapés, des juges des référés ont été amenés à suspendre l'exécution de décisions administratives. Ainsi le **juge des référés du tribunal administratif de Pau** a, par une

ordonnance du 30 mars 2009, suspendu la décision par laquelle le ministre de la justice avait rejeté la demande de radiation d'un détenu du répertoire des détenus particulièrement signalés (DPS) en retenant notamment que les mesures de surveillance dont faisait l'objet l'intéressé, et qui peuvent être qualifiées de particulièrement lourdes, n'étaient pas compatibles avec sa prise en charge médicale, en particulier dans l'hypothèse où une dégradation de son état de santé rendrait nécessaire de procéder à son extraction d'urgence, la pathologie dont il souffre étant susceptible d'engager son pronostic vital (*M.*, n° 0900580). Le **juge des référés du tribunal administratif de Versailles** a, quant à lui, par une ordonnance du 13 novembre 2009, après avoir constaté que la cellule d'isolement dans laquelle un détenu lourdement handicapé avait été placé, à titre disciplinaire, était dépourvue de tout aménagement la rendant compatible avec son handicap, enjoint à l'administration pénitentiaire soit de suspendre l'exécution de la sanction dans l'attente de la réalisation d'aménagements spécialement adaptés au handicap de l'intéressé, soit de lui faire exécuter cette sanction dans la cellule qu'il occupait ordinairement et qui était spécialement aménagée (*M.*, n° 0910150).

(*) Enfin, par un jugement du 25 juin 2009, le **tribunal administratif de Strasbourg**, statuant comme juge de plein contentieux, a réduit la durée d'une sanction disciplinaire infligée à un détenu, de quarante-cinq à trente jours, en retenant que si les faits de violence dont il s'était rendu coupable présentaient le caractère d'une faute disciplinaire, dont la gravité était de nature à justifier son placement en cellule disciplinaire, il devait être tenu compte de la circonstance non sérieusement contestée qui avait influé sur son comportement, selon laquelle un surveillant avait tenu des propos sur la religion de nature à choquer les détenus présents (*M.*, n° 0803184).

Domaine

Par un jugement du 15 décembre 2009, le **tribunal administratif de Grenoble** a estimé que les redevances de droit de voirie, recouvrées auprès d'établissements bancaires pour le compte d'une commune, en raison de la présence de distributeurs automatiques de billets sur la façade de leurs établissements, étaient illégales. Le tribunal a, en effet, constaté que les distributeurs n'étaient pas placés sur le domaine public et que ces redevances n'avaient pas pour objet de taxer d'éventuelles saillies sur le domaine public, et il a ainsi estimé que, quand bien même ces appareils ne peuvent remplir leur fonction que grâce à l'arrêt momentané des usagers sur le domaine public communal, ces seuls et brefs stationnements des usagers ne sauraient fonder l'institution d'un droit de voirie (*Société lyonnaise de banque, Banque populaire des Alpes, Société générale*, n° 0703737 et s.).

Environnement

Par un arrêt du 1^{er} décembre 2009, la **cour administrative d'appel de Nantes** a condamné l'État à indemniser des associations de défense de l'environnement

du préjudice moral qu'elles avaient subi, en raison de la gravité de la pollution d'un certain nombre de sites des Côtes-d'Armor et du Finistère par la prolifération d'algues vertes et du déséquilibre durable en résultant pour la protection et la gestion de la ressource en eau, lesquels représentaient des atteintes importantes aux intérêts collectifs qu'elles se sont données pour mission de défendre. La cour a ainsi reconnu que l'État avait fait preuve de carences fautives tant dans la transposition des directives 91/676/CEE du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles et 75/440/CEE du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production alimentaire, que dans l'utilisation de ses pouvoirs de police à l'égard des exploitations agricoles relevant de la législation des installations classées (*Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer c/ association « Halte aux marées vertes » et autres*, n° 07NT03775).

Établissements publics

(*) Par un jugement du 8 octobre 2009, le **tribunal administratif de Paris** a statué sur le recours formé contre les instructions de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et les délibérations de l'Établissement public de financement et de restructuration (EPFR) chargé de gérer le soutien financier apporté par l'État au Crédit Lyonnais, décidant de ne pas s'opposer aux décisions de la société Consortium de réalisation (CDR) de recourir à l'arbitrage et de ne pas diligenter un recours en annulation devant la Cour d'appel à l'encontre de la sentence arbitrale, dans l'affaire opposant le Crédit Lyonnais au groupe Tapie. Le tribunal a, en premier lieu, estimé que ces décisions étaient détachables du compromis d'arbitrage et de la procédure judiciaire qui s'en est suivie et que, par suite, elles constituaient des actes administratifs relevant de la compétence de la juridiction administrative. Le tribunal a, en deuxième lieu, considéré que le conseil d'administration de l'EPFR ne pouvant sans l'accord de la ministre décider de ne pas s'opposer au recours à l'arbitrage et à l'exécution de la sentence arbitrale et engager, ainsi, le budget de l'État, les instructions de la ministre, adressées aux représentants de l'État siégeant au conseil d'administration de l'EPFR ne constituaient pas des mesures préparatoires mais avaient le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En troisième lieu, le tribunal a admis l'intérêt pour agir à l'encontre de ces décisions de M. de Courson et de M. Bayrou, en leur qualité de député, rapporteur ou membre de la commission des finances ayant procédé à l'audition des intervenants à l'affaire opposant le groupe Crédit Lyonnais au groupe Tapie et, pour le premier, au surplus, représentant de l'Assemblée nationale au conseil d'administration de l'EPFR. Le tribunal n'a, en revanche, pas admis l'intérêt pour agir de M. Ayrault, en sa seule qualité de député. Au fond, le tribunal a considéré que ces décisions ne méconnaissaient pas les dispositions de l'article 2060 du code civil interdisant à l'État et aux établissements publics administratifs de compromettre, dès lors que le litige est, depuis son origine, un litige contractuel de droit privé et non de droit public, qui oppose des parties privées. Enfin, le tribunal a exercé un contrôle restreint sur les décisions litigieuses et a estimé que la ministre n'avait pas commis une

erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas s'opposer à la décision du CDR de recourir à l'arbitrage, alors même que le Crédit Lyonnais y était défavorable, eu égard à la complexité du litige, à sa nature, à sa durée et aux risques sérieux d'une nouvelle condamnation, et même d'aggravation de la première condamnation, compte tenu de la gravité des fautes du groupe bancaire retenues par la cour d'appel et non censurées par la Cour de cassation et de l'étendue du préjudice restant à déterminer. Il a également estimé que la ministre n'avait pas non plus commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas s'opposer à la décision du CDR de ne pas diligenter un recours en annulation contre la décision du tribunal arbitral, en estimant que le compromis d'arbitrage, notamment la chose jugée, n'avait pas été méconnu et qu'en conséquence un recours en annulation n'aurait pas eu de chance sérieuse de succès, eu égard aux cas limités d'ouverture prévus par l'article précité 1484 du code de procédure civile (*M. Bayrou et autres*, n° 0815485).

Famille

Par un jugement du 10 novembre 2009, le **tribunal administratif de Besançon** a annulé la décision d'un président de conseil général rejetant une demande d'agrément en vue d'une adoption, en estimant que les conditions d'accueil offertes par la requérante sur les plans éducatif, familial et psychologique correspondent aux besoins et intérêt d'un enfant adopté. Ce faisant, le tribunal a implicitement considéré que ni l'homosexualité de l'auteur de la demande d'agrément, ni la circonstance qu'elle vive avec une personne de même sexe ne sauraient constituer des critères de nature à s'opposer à la délivrance de l'agrément (*Mme.*, n° 0900299).

Par un jugement du 11 mars 2009, le **tribunal administratif de Lille** a admis l'intérêt pour agir d'un parent, titulaire de l'autorité parentale conjointe, pour demander l'annulation de la décision prononçant l'inscription de son enfant dans une école située hors secteur scolaire. Le tribunal a estimé qu'en application des dispositions de l'article 372-2 du code civil, chacun des parents peut effectuer des actes usuels sans qu'il lui soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent, dès lors qu'il justifie exercer, conjointement ou exclusivement, l'autorité parentale sur cet enfant et qu'aucun élément ne permet à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent. Il a, en l'espèce, annulé, pour erreur de droit, la décision d'inscription de l'enfant dans une école hors secteur scolaire, sollicitée par l'un des parents, à titre dérogatoire, dès lors que le parent requérant avait manifesté son refus de demander cette dérogation et sollicité l'inscription de l'enfant dans l'école du secteur de résidence (*M.*, n° 0805148).

Fonction publique

Deux tribunaux administratifs ont eu à connaître de l'accès au corps des professeurs d'éducation physique et sportive (EPS) par des personnes reconnues handicapées.

Par un jugement du 30 septembre 2009, le **tribunal administratif de Nantes** a annulé la décision de licenciement en fin de stage d'un professeur d'éducation physique et sportive stagiaire, dont le handicap avait été reconnu compatible avec l'exercice de ces fonctions par la commission académique compétente, l'intéressé n'ayant pas été mis en mesure d'accomplir son stage dans des conditions conformes aux dispositions des articles L. 114-1 et L. 114-1-1 du code de l'action sociale et des familles ainsi que de l'article 6 *sexiès* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, faute de prise en compte de son handicap dans l'organisation de son stage, notamment par un aménagement de son poste (*M.*, n° 0706871 et 0706996).

Par un jugement du 9 juillet 2009, le **tribunal administratif de Rouen** a également annulé la décision par laquelle le recteur de l'académie avait refusé une candidature à un emploi d'agent contractuel, en vue d'une intégration dans le corps des professeurs d'éducation physique et sportive, dans le cadre du décret du 25 août 1995 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique, l'intéressé étant atteint d'un handicap auditif lui interdisant de plonger ou de nager sous l'eau et étant, de ce fait, dans l'incapacité de présenter une attestation de sauvetage aquatique. Le tribunal a estimé que les dispositions du décret du 17 juin 2004 relatif aux qualifications en sauvetage aquatique et en secourisme requises des personnels relevant du ministre chargé de l'éducation nationale ne sont pas de nature à dispenser l'autorité administrative de prendre les mesures appropriées, au cas par cas, pour permettre l'accès d'une personne handicapée à l'emploi auquel elle postule, sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service. En l'espèce, le tribunal a censuré l'erreur de droit commise par le recteur, le handicap de l'intéressé n'ayant pas été déclaré incompatible avec l'emploi qu'il visait et l'administration n'ayant pas recherché les mesures appropriées de compensation de ce handicap (*M.*, n° 0700940 et 0802423).

Libertés publiques

Par une ordonnance du 11 juin 2009, le **juge des référés du tribunal administratif de Nice** a regardé le droit à l'éducation comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il a ainsi enjoint au recteur de corriger une erreur de l'administration dans la convocation d'une candidate aux épreuves du baccalauréat et de procéder, dans un délai de 72 heures, à l'envoi d'une nouvelle convocation portant sur l'épreuve de spécialité qu'elle avait effectivement choisie (*M^{elle}.*, n° 0902190).

Marchés et contrats administratifs

Par un jugement du 10 avril 2009, le **tribunal administratif de Nice**, après avoir annulé la décision d'attribuer un marché passé par un centre hospitalier portant sur la fourniture d'un appareil pour le service d'anapatocthytopathologie, pour un motif de fond tenant à ce que le centre hospitalier ne justifiait pas l'im-

possibilité de faire application du principe de la pondération des critères posé par le II de l'article 53 du code des marchés publics, a estimé qu'il n'y avait, néanmoins, pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'enjoindre au centre hospitalier de saisir le juge du contrat pour obtenir la résolution du marché litigieux, dès lors qu'eu égard à son objet, la nullité du contrat, si elle était constatée, porterait une atteinte excessive à l'intérêt général, compte tenu du risque d'interruption du service public qu'elle serait susceptible de générer (*Société Beckman Coulter France*, n° 0600986).

Police

Par un jugement du 27 novembre 2009, le **tribunal administratif de Caen** a estimé qu'un maire n'était pas compétent pour interdire, sur le territoire de sa commune, en vertu de son pouvoir de police générale, les travaux liés à l'implantation d'une ligne à très haute tension. Le tribunal, après avoir rappelé que les dispositions de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie donnent compétence aux seuls ministres qu'elles désignent pour fixer les mesures et les conditions techniques auxquelles doivent satisfaire le transport et la distribution d'électricité afin de ne pas être de nature à menacer la santé ou la sécurité publiques, a jugé qu'à supposer même que l'existence de cette police spéciale ne fasse pas obstacle à ce que le maire d'une commune use des pouvoirs de police générale qu'il tient des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales lorsque des circonstances locales particulières présentant un caractère de gravité suffisant le justifient, il ne ressortait pas des pièces du dossier, en l'état des connaissances scientifiques et alors que l'implantation des lignes à très haute tension est subordonnée au respect de règles de distance et de seuils de tolérance définis par un arrêté, que les rayonnements électromagnétiques qui seront émis par la ligne électrique à très haute tension «Cotentin-Maine» constituent un risque grave et imminent pour la santé des populations humaines et animales des communes qu'elle est appelée à traverser. Le tribunal a, enfin, considéré que le principe de précaution consacré par l'article 5 de la charte de l'environnement ne saurait davantage justifier les mesures litigieuses prises par le maire (*Préfet de la Manche*, n° 0802588).

Procédure contentieuse

Par un arrêt du 12 novembre 2009, la **cour administrative d'appel de Douai** a jugé que l'exécution d'un jugement par lequel le tribunal administratif avait prononcé l'annulation d'un permis de construire, sans prononcer la condamnation des défendeurs de première instance au paiement d'une somme d'argent, ne risquait pas d'exposer, par elle-même, le maître de l'ouvrage à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans le cas où ses conclusions d'appel seraient accueillies. La cour en a déduit que les collectivités publiques requérantes n'étaient pas fondées à demander qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement sur le fondement des dispositions de l'article R. 811-16 du code de justice administrative dont il résulte des termes mêmes que son champ d'ap-

plication ne s'étend pas aux jugements par lesquels le tribunal administratif se borne à annuler un acte unilatéral, dépourvu d'objet pécuniaire, sans prononcer la condamnation du défendeur de première instance au paiement d'une somme d'argent (*Commune de Valenciennes et communauté d'agglomération Valenciennes Métropole*, n° 09DA01074).

Responsabilité

Par un arrêt du 11 juin 2009, la **cour administrative d'appel de Nancy** a jugé que si la saisine du juge des référés en vue du prononcé d'une expertise ne pouvait être regardée comme une demande d'indemnité adressée par l'auteur de cette saisine aux parties qu'il appelle aux opérations d'expertise, en revanche, en saisissant le juge des référés d'une demande de provision sur le fondement des dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, la victime d'un dommage avait signifié sa première demande d'indemnité à la personne qu'elle estime responsable de celui-ci. La cour en a donc conclu que les intérêts au taux légal sur l'indemnité accordée par le juge courent à compter de la date à laquelle la victime du dommage a saisi le juge des référés sur le fondement de cet article (*OPHLM de la ville de Thionville*, n° 07NC00375).

Par un jugement du 5 mai 2009, le **tribunal administratif de Clermont-Ferrand** a condamné un centre hospitalier à indemniser le préjudice moral subi par les membres de la famille d'un défunt, à la suite d'une erreur d'identification commise à la chambre mortuaire ayant occasionné la confusion entre les corps de deux patients décédés dans le service et ayant eu pour conséquence que leur proche a été inhumé à leur insu (*M^{elle} et autres*, n° 081474).

Par un jugement du 2 juin 2009, le **tribunal administratif de Nîmes** a accepté d'indemniser le préjudice résultant de la réanimation prolongée d'un enfant né en état de mort apparente, par ailleurs atteint vraisemblablement d'une maladie génétique rare, sans remettre en cause l'obligation de soin incombant aux praticiens, ni la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle l'infirmité de l'enfant liée à son patrimoine génétique n'est pas indemnisable. En prenant en considération les difficultés survenues avant l'accouchement et notamment la durée d'une anoxie anténatale, le tribunal a considéré que les réanimateurs avaient fait preuve d'une obstination déraisonnable dans la mise en œuvre des obligations professionnelles que le code de déontologie médicale met à leur charge, constitutive d'une faute médicale. Le tribunal a prescrit une expertise afin de déterminer, parmi les séquelles que présente l'enfant, celles qui sont exclusivement imputables aux conditions dans lesquelles a été conduite sa réanimation (*M. et autres*, n° 0622251).

(*) Par un jugement du 19 juin 2009, le **tribunal administratif de Paris** a défini, en ces termes, les conditions dans lesquelles un accident médical pouvait donner lieu à une indemnisation au titre de la solidarité nationale, en application du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002 : «*Il appartient au juge, (...), en premier lieu, de rechercher si la responsabilité de l'administration n'est pas engagée, quel qu'en soit le fondement; que, si tel est le cas, il lui revient, en second lieu, de vérifier si les critères ouvrant droit à la réparation du dommage subi au titre de*

la solidarité nationale, sont satisfaits ; qu'il lui incombe, à cet effet, d'abord, d'examiner l'imputabilité directe du dommage à l'acte médical, en l'écartant, notamment, lorsque ce dommage n'est que la conséquence, prévisible ou non, de l'état de santé de la victime et qui, dans cette hypothèse, revêtirait le caractère d'un échec thérapeutique ; que, pour se prononcer, ensuite, sur le caractère anormal du dommage, il doit tenir compte, d'une part, du niveau du risque que présentait, compte tenu de l'état de santé du patient, le geste médical en cause, en excluant celui qui, suffisamment élevé, ferait de l'accident médical une complication classique de ce type de geste ; qu'il en va ainsi, en particulier, du risque fréquent normalement prévisible qui devait faire l'objet d'une information ; qu'entre en ligne de compte, d'autre part, l'évolution prévisible, à court terme, de l'état de santé du malade, laquelle ne doit pas, en l'absence de geste médical, conduire à la réalisation, de façon suffisamment certaine, d'un dommage d'une gravité au moins équivalente à celui qui a été effectivement subi du fait de l'acte médical en cause ; qu'à cet égard, il y a lieu aussi de prendre en considération le bénéfice attendu, de façon suffisamment certaine, de cet acte ; que le juge vérifie, enfin, si ce dommage, apprécié principalement au regard du déficit fonctionnel permanent, présente le caractère de gravité requis ; que c'est seulement lorsque l'ensemble de ces conditions sont réunies que le juge accorde à la victime une indemnisation de son préjudice au titre de la solidarité nationale » (M., n° 0903479 et 0903477).

Par un jugement du 30 décembre 2008, le **tribunal administratif de Toulouse** a estimé que le régime de responsabilité appliquée, de façon prétorienne, par les juridictions administratives en cas de dommage provoqué par la défectuosité d'un produit de santé (CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M^{me} Marzouk*, n° 220437) ne saurait prévaloir sur le régime général de responsabilité du fait des produits défectueux dont les principes résultent de la directive communautaire 85/374/CEE du 25 juillet 1985, actuellement transposée aux articles 1386-1 à 1386-18 du code civil. Le tribunal a, en conséquence, rejeté la requête formée par un patient à l'encontre d'un centre hospitalier, en réparation du dommage causé par la rupture du clou qui lui avait été posé pour la réduction d'une fracture, dès lors qu'en application des articles 1386-1 et 1386-7 du code civil, il lui appartenait de rechercher la responsabilité du producteur de ce matériel défectueux, dont les coordonnées lui avaient été transmises par le centre hospitalier (M., n° 054778).

Sanctions

(*) Par un arrêt du 5 février 2009, la **cour administrative d'appel de Versailles** a jugé que, dans les circonstances de l'espèce, en s'abstenant de prendre une sanction à l'encontre d'un club de football évoluant en championnat national présentant une situation financière particulièrement obérée et ne justifiant pas de perspectives significatives de redressement à moyen terme, les instances sportives avaient commis une erreur manifeste d'appréciation, constitutive d'une faute de nature à engager leur responsabilité solidaire vis-à-vis d'un autre club participant au même championnat. La cour a en effet estimé que le pouvoir des organismes de contrôle ne saurait se limiter à veiller à l'organisation matérielle et au bon déroulement des épreuves, mais comprend aussi l'obligation d'impo-

ser le respect des conditions d'équilibre financier exigées par le règlement du championnat afin de préserver l'égalité entre les clubs et l'équité de la compétition. La cour a ainsi condamné la Fédération française de football et la Ligue de football professionnel à indemniser le club requérant du préjudice qu'il avait subi au titre de la perte de chance réelle et sérieuse d'accéder au championnat de niveau supérieur pour la saison suivante (*Club Entente Sannois Saint-Gratien*, n° 07VE01769).

Urbanisme

(*) Par un jugement du 19 février 2009, le **tribunal administratif de Bordeaux**, saisi d'un recours en annulation formé à l'encontre de la déclaration d'intérêt général de l'opération projetée de réalisation sur la Garonne, à Bordeaux, du « Franchissement Lucien Faure – pont mobile Bacalan-Bastide » a, en premier lieu, estimé que la concertation prescrite par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme doit se dérouler avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, au nombre desquels figurent notamment les marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux, les déclarations d'intérêt général régies par l'article L. 126-1 du code de l'environnement et les décisions arrêtant le dossier définitif du projet mais que ces dispositions n'impliquent ni l'existence d'un délai minimal entre la délibération arrêtant le principe de la concertation et sa mise en œuvre effective, ni l'obligation pour la collectivité de mettre à disposition du public plusieurs projets de nature et d'implantation différentes. Le tribunal a, en deuxième lieu, rappelé, qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'intérêt général, au sens de l'article L. 126-1 du code de l'environnement, que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts légitimes qu'elle comporte ne sont pas excessifs au regard de la satisfaction qu'elle apporte aux besoins collectifs mais qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier l'opportunité du projet retenu par la collectivité en comparant son utilité, ainsi que les associations requérantes l'y invitaient, avec celle d'autres partis possibles d'aménagement (*Association Aquitaine alternatives et autres*, n° 0705084).

(*) Par un jugement du 20 juillet 2009, le **tribunal administratif de Grenoble**, après avoir annulé la délibération approuvant le plan local d'urbanisme d'une commune pour insuffisance du rapport de présentation, prévoit, en application de la jurisprudence du Conseil d'État (*Association AC! et autres*, 11 mai 2004, n° 255886 et s.), que cette annulation ne prendra effet qu'une année plus tard, les conséquences de sa rétroactivité lui apparaissant manifestement excessives, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à ce qu'une commune puisse disposer d'un document d'urbanisme adapté à sa situation démographique et urbanistique ainsi qu'à la législation applicable (*M. et autres*, n° 0506115).

Voirie

Par un arrêt du 26 juin 2009, la **cour administrative d'appel de Nantes** a jugé, en application de l'article L. 228-2 du code de l'environnement, qu'à l'occasion de travaux de rénovation de voies urbaines, une commune n'était pas dispensée de mettre au point des itinéraires cyclables pourvus d'aménagement adaptés, même si elle privilégiait un aménagement permettant de développer une capacité suffisante d'absorption des flux de circulation tout en sécurisant les traversées piétonnes et que la charte d'aménagement incluse dans le schéma directeur de proximité préconisait d'éviter les aménagements cyclables spécifiques sur les voiries ou dans les zones induisant une vitesse automobile pratiquée de 30 km/heure (*Communauté urbaine Brest Métropole Océane*, n° 08NT03365).



Activité consultative

Les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative le sont sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes. Ils ne préjugent pas les solutions qui pourraient être retenues par le juge administratif.

Les textes qui suivent se bornent à les reproduire ou à en retracer le contenu.



Assemblée générale, commission permanente et questions communes aux différentes formations

Activité

L'assemblée générale : une activité croissante

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. Certains d'entre eux sont analysés ci-dessous, les autres l'étant dans le compte rendu d'activité des sections administratives qui les ont rapportés devant l'assemblée générale.

L'assemblée générale a tenu 36 séances en 2009, dont 12 séances plénières (contre 34 en 2008, dont 12 séances plénières).

Nombre de séances d'assemblée générale tenues en 2009

Assemblée générale ordinaire	24
Assemblée générale plénière	12
Commission permanente	7
Total	43

Elle a examiné 65 textes, dont 42 projets de loi, une proposition de loi, neuf projets d'ordonnance, quatre projets de décret et quatre demandes d'avis présentées par le Gouvernement, contre 48 textes en 2008. L'assemblée générale a également délibéré sur le précédent rapport annuel du Conseil d'État.

Nombre de textes examinés en assemblée générale de 2004 à 2008

	2005 ^(*)	2006	2007	2008	2009
Projets de loi	48	49	35	36	42
- dont conventions internationales	10	5	8	2	2
- dont lois constitutionnelles	0	1	2	2	0
- dont lois organiques	4	4	1	3	9
Propositions de loi					1
Projets d'ordonnance	74	21	3	4	9
Projets de décret réglementaire	1	5	1	1	4
Sous-total	123	75	39	41	56
Demandes d'avis	4	7	5	4	4
Projets de rapport et d'étude	3	5	6	3	5
Total	130	87	50	48	65

() Première année d'application du décret du 21 décembre 2004 permettant de dispenser certains types de texte d'un passage en assemblée générale.*

Nombre de textes examinés en section puis en assemblée générale depuis 2007

Section	Rapport et des études	Finances	Intérieur	Sociale	Travaux publics	Administration	Total
Année 2007	6	16	12	6	10	0	50
Année 2008	3	15	15	6	7	2	48
Année 2009	5	13	29	4	5	9	65

Ces chiffres ne donnent qu'une vue partielle de l'activité de l'assemblée générale. En effet, les textes examinés ont été plus complexes et plus longs que ceux dont elle a eu à connaître les années précédentes et ses séances, corrélativement, ont été notablement allongées.

En 2009, le délai moyen relevé entre l'enregistrement d'un texte et son passage en assemblée générale s'établit à 32 jours – contre 29 jours en 2008 et 36 jours en 2007.

Moyenne des durées d'examen et de renvoi, par nature de texte, en assemblée générale pour 2009

Lois	Finances	Intérieur	Sociale	Travaux publics	Administration	Total
Moins de 15 jours	5	4	2	0	1	11
Entre 15 jours et 1 mois	3	8	1	1	2	15
Entre 1 et 2 mois	3	3	1	3	4	14
Entre 2 et 3 mois	0	1	0	0	0	1
Plus de 3 mois	0	0	0	0	0	0
Total	11	16	4	4	7	42

Ordonnances	Finances	Intérieur	Sociale	Travaux publics	Administration	Total
Entre 15 jours et 1 mois	0	4	0	0	0	4
Entre 1 et 2 mois	1	0	0	1	0	2
Entre 2 et 3 mois	0	2	0	0	0	2
Plus de 3 mois	0	1	0	0	0	1
Total	1	7	0	1	0	9

Décrets	Finances	Intérieur	Sociale	Travaux publics	Administration	Total
Entre 15 jours et 1 mois	0	4	0	0	0	4

Enfin, le renvoi des textes au Gouvernement intervient dans un délai de un à trois jours après l'examen en assemblée générale.

La commission permanente : une activité toujours soutenue

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.

La commission permanente s'est réunie à sept reprises en 2009 (contre onze en 2008 et neuf en 2007), et a examiné huit textes contre douze en 2008.

Récapitulatif des statistiques des commissions permanentes

Année	Nombre de CP	Nombre de textes	Année	Nombre de CP	Nombre de textes
2000	3	3	2005	5	5
2001	4	5	2006	2	2
2002	3	3	2007	9	12
2003	3	3	2008	11	12
2004	7	8	2009	7	8

Le délai moyen d'examen relevé entre l'enregistrement d'un texte et son passage en commission permanente est de 10 jours – dans une fourchette allant de 1 à 21 jours. Les deux délais les plus courts ont été de 1 jour (1 projet d'ordonnance) et 5 jours (2 projets de loi). Les deux délais les plus longs ont été de 20 jours (1 projet de loi) et 21 jours (1 projet de loi).

S'il y a lieu de se féliciter de la baisse relative du nombre de textes soumis à la commission permanente et de ses réunions, ce qui traduit une amélioration de leur condition d'examen, ce rythme reste encore nettement supérieur à la normale.

Remarques générales sur les conditions de saisine

Délais d'examen

Le Conseil d'État est souvent saisi de **textes déclarés urgents** par le Gouvernement, ce qui est légitime lorsque les circonstances justifient des délais d'examen très brefs, mais n'est acceptable que s'il y a eu, en amont, soit information soit saisine informelle lors de la phase d'élaboration du projet de texte : cela n'a pas été le cas pour les textes les plus importants en 2009.

La saisine en urgence n'est pas justifiée, lorsque l'importance et la complexité de la réforme envisagée nécessitent un examen approfondi ou lorsque l'urgence déclarée est démentie ultérieurement par le calendrier parlementaire ou par le rythme de la publication d'un texte au *Journal officiel*. L'usage de la procédure d'urgence est particulièrement inapproprié lorsque ces deux circonstances se cumulent.

Le Conseil d'État ne peut que constater la dégradation continue des conditions dans lesquelles il est saisi, en particulier des projets de loi de finances, réserve étant faite des projets répondant à des situations de grande urgence, ce qui n'a été le cas ni du projet de loi de finances pour 2010, ni du troisième projet de loi de finances rectificative de l'année 2009. Dans la première hypothèse, la section des finances n'a disposé que de 72 heures entre l'ultime saisine et l'examen du texte, et l'assemblée générale a examiné une semaine après cette saisine des dispositions essentielles du projet telles celles relatives à la taxe carbone. Dans la seconde hypothèse, la saisine du Conseil d'État est intervenue entre le mardi 3 et le jeudi 5 novembre, soit à peine plus d'une semaine avant la date du 13 novembre retenue pour réunir l'assemblée générale et la commission permanente. De tels délais n'ont pas permis au Conseil d'État d'effectuer les recherches et vérifications approfondies qu'exigent, notamment sous les aspects constitutionnel, communautaire ou conventionnel, de nombreux articles du projet, ni de procéder dans des conditions satisfaisantes aux échanges nécessaires avec les représentants du Gouvernement. Même si l'ensemble des questions soulevées par ces textes ont été recensées et analysées, le Conseil d'État n'a pas travaillé dans des conditions permettant de donner au Gouvernement des assurances de sécurité juridique suffisantes. La répétition de telles pratiques pourrait être de nature à affecter la régularité de la procédure de consultation du Conseil d'État organisée par l'article 39 de la Constitution.

De la même façon, à l'occasion de l'examen du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2009, le Conseil d'État a observé que ce n'est qu'au cours de la réunion de la commission permanente que le Gouvernement a été en mesure d'apporter des précisions concernant le nouveau cadrage macro-économique sur lequel reposait le projet de loi de finances rectificative présenté. Ce cadrage, qui doit au demeurant être explicité dans le rapport obligatoirement joint à tout projet de loi de finances rectificative en vertu du 1^{er} de l'article 53 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, est nécessaire à l'appréciation de la sincérité des prévisions de recettes et des autorisations de dépenses. Il est donc, à l'avenir, très souhaitable que le Gouvernement se mette en mesure de transmettre au Conseil d'État le rapport mentionné ci-dessus ou,

à tout le moins, ses principaux éléments en même temps que les articles de chiffres du projet de loi de finances rectificative.

Consultations et participations du public à l'élaboration des actes

Consultations obligatoires et notifications préalables

■ Commission européenne

Les notifications à la Commission européenne concernent essentiellement les dispositions qui créent ou modifient des aides d'État.

Aides d'État – Notification préalable (article 108 TFUE)

Le Conseil d'État a été conduit à opérer à de nombreuses reprises la disjonction de projets de dispositions instituant ou modifiant des régimes d'aides d'État, faute pour le Gouvernement d'avoir respecté les obligations de notification préalable à la Commission européenne que lui imposent les articles 87 et 88 du TCE (devenus respectivement 107 et 108 TFUE) et qui ne sont pas couvertes par la règle dite « *de minimis* ». Par ailleurs, le Conseil d'État est souvent conduit à vérifier au fond la compatibilité des aides envisagées avec le droit communautaire avant de déterminer si leur création ou leur modification suppose une notification préalable à la Commission.

Saisi d'un projet d'article du projet de loi de finances ayant pour objet de modifier l'article 6 de la loi du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie de façon à prolonger d'un an la garantie de l'État accordée à Dexia, conjointement avec la Belgique et le Luxembourg, au titre des financements levés et titres émis par cette banque jusqu'au 31 octobre 2009, le Conseil d'État (commission permanente) lui a donné un avis favorable au bénéfice de l'observation qui suit.

Le dispositif d'aide sous forme de garantie issu de la loi du 16 octobre 2008 a été notifié à la Commission européenne et celle-ci, par une décision du 19 novembre 2008, en a admis la compatibilité avec l'article 87 du TCE. Dans cette décision, la Commission a précisé qu'un plan de restructuration de Dexia devrait lui être soumis dans les six mois et que l'aide ainsi approuvée pourrait être mise en œuvre jusqu'à sa décision définitive sur ce plan. La décision du 13 mars 2009 par laquelle la Commission ouvre une enquête approfondie sur le plan de restructuration qui lui a été transmis confirme cette autorisation de reconduction.

Dans ces circonstances particulières, le Conseil d'État a estimé qu'une notification spécifique au titre du régime des aides d'État de la mesure de prolongation, dont la Commission européenne a au demeurant été informée dans le cadre des discussions en cours sur le plan de restructuration, ne s'imposait pas préalablement à la présentation de cet article du projet de loi de finances.

Dans le cadre du même projet de loi de finances, le Conseil d'État a été conduit à vérifier la compatibilité du régime de garantie de l'État accordée aux emprunts émis, jusqu'au 31 décembre 2009, par la Société de financement de l'économie française pour refinancer les banques. Constatant, d'une part, que ce régime d'aides avait été notifié à la Commission européenne et que celle-ci, par des

décisions du 30 octobre 2008 et du 12 mai 2009, avait admis sa compatibilité avec le TCE et, d'autre part, que le dispositif ainsi approuvé n'était pas modifié par le projet et devait en principe s'achever à la date prévue, il a été considéré que ce n'est que si sa prorogation par décret était envisagée en 2010 qu'il conviendrait de saisir à nouveau la Commission européenne, de façon qu'elle exerce sa compétence en application de l'article 87 du TCE.

À l'occasion de l'examen du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2009, le Conseil d'État en a disjoint un article instituant un dispositif de garantie au bénéfice des opérateurs de la filière bois qui achètent et stockent des bois chablis issus des massifs forestiers touchés par la tempête du 24 janvier 2009. En effet, il a relevé que le Gouvernement n'avait pas, à la date de cet examen, notifié cet article à la Commission européenne, au titre du régime des aides d'État. Or, ce dispositif ne relève d'aucun des cas prévus par les règlements communautaires ou communications de la Commission qui dispensent de la notification à la Commission européenne prévue par l'article 88 du traité instituant la Communauté européenne, notamment la communication du 20 juin 2008 relatives aux aides d'État sous forme de garanties.

Saisi d'un projet de décret modifiant les articles R. 752-19 à R. 752-22 du code de la sécurité sociale (n° 383191) relatifs au régime d'exonération de cotisations sociales applicable outre mer, le Conseil d'État, section sociale, n'a pu que rappeler l'exigence de la notification préalable à la Commission. Or, si le Gouvernement a produit un accusé de réception de la notification effectuée à la Commission européenne, cette notification est intervenue avant les modifications substantielles apportées début 2009 par amendement gouvernemental au régime d'exonération défini par la loi pour le développement économique des outre mer. La réponse à un questionnaire de la Commission sur le dispositif des exonérations de cotisations sociales, informant des modifications apportées au régime, n'a pas été estimée suffisante, compte tenu des exigences formelles imposées par la procédure de notification.

■ Commission consultative d'évaluation des normes du comité des finances locales

Comme en 2008, plusieurs sections du Conseil d'État se sont prononcées sur la portée de la création, par l'article 97 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007 (article L. 1211-4-2 du CGCT), de la Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN), formation restreinte du comité des finances locales (CFL)¹. Prévoyant qu' «*elle est consultée préalablement à leur adoption sur l'impact financier des mesures réglementaires créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics*», ce texte crée une obligation de consultation préalable, assortie d'un délai minimum d'un mois éventuellement renouvelable, pour un grand nombre de projets de textes réglementaires, ralentissant ainsi fortement la prise des décrets d'application des lois.

1 - Pour rendre plus accessible l'interprétation de ce nouveau texte par les différentes sections du Conseil d'État, les solutions apportées ont été regroupées dans la partie du rapport réservée à l'assemblée générale, même si les textes correspondants n'ont pas été soumis à son examen.

Le Conseil d'État a été conduit à trancher, à plusieurs reprises, la question de la soumission ou non d'un projet de décret à la CCEN.

Suivant les trois critères relevés dans son rapport annuel pour 2008 – textes instituant une obligation juridique nouvelle affectant de manière significative, même si ce n'est pas de façon exclusive, les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics et se traduisant par des dépenses supplémentaires à leur charge –, la section des travaux publics a ainsi considéré que devaient être soumis à la Commission :

- le projet de décret portant modification du code de la construction et de l'habitation et relatif aux conditions d'évacuation dans les établissements recevant du public et aux dispositions de sécurité relatives aux immeubles de grande hauteur ;
- le projet de décret relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation ;
- le projet de décret relatif à la police des ports maritimes et portant diverses dispositions en matière portuaire ;
- le projet de décret modifiant la nomenclature des installations classées ;
- le projet de décret relatif aux redevances dues aux communes, aux départements et aux régions en raison de l'occupation de leur domaine public par des ouvrages des services publics de distribution d'eau et d'assainissement.

Cette exigence a parfois conduit à reporter l'examen du projet, le temps pour la CCEN de se prononcer.

La section des finances, saisie d'un projet de décret relatif à la chambre territoriale des comptes de la Polynésie française, a considéré qu'aucun des articles de ce projet ne constituait une disposition « *réglementaire à caractère financier concernant les collectivités locales* », impliquant la consultation du comité des finances locales, en application de l'article L. 1211-3 du code général des collectivités territoriales. En revanche, elle a considéré que les dispositions de ce projet de décret, notamment celles de son chapitre III « *Contrôle des actes budgétaires et de l'exécution des budgets* », constituaient des mesures réglementaires créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire, au sens de l'article L. 1211-4 du même code, dont l'impact financier devait être évalué par la commission consultative d'évaluation des normes, préalablement à la saisine du Conseil d'État.

Lors de l'examen du projet de décret relatif au contrôle du risque chimique sur les lieux de travail (N° 381827), la section sociale a précisé le périmètre de cette obligation de consultation. L'article 108-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale rend applicables aux services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, sous réserve de dérogations pouvant être fixées par décret en Conseil d'État, les règles applicables en matière d'hygiène et de sécurité définies par le titre III du livre II du code du travail, dans l'ancienne numérotation de ses articles. En conséquence, en l'absence de mention excluant leur application aux collectivités territoriales, les dispositions de ce décret pris sur le fondement des articles L. 4412-1, L. 4722-1 et L. 4722-2 du nouveau code du travail, qui fixent de nouvelles obligations incombant aux employeurs pour le contrôle des agents chimiques présents sur les lieux de travail, sont opposables aux collectivités territoriales dans leur fonction d'employeur public. Ces obligations nouvelles n'étant pas dépourvues de conséquences financières pour les employeurs, le décret doit

être pris après avis de la Commission consultative d'évaluation des normes mentionnée à l'article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales.

En revanche, la section sociale a considéré que cette consultation préalable n'était pas obligatoire lors de l'examen de plusieurs projets de textes :

– le projet de décret relatif aux durées d'indemnisation des demandeurs d'emploi par le régime d'assurance chômage (N° 382642), qui modifie les conditions que doit remplir l'accord relatif à l'assurance chômage pour pouvoir faire l'objet d'un agrément, ne fixe pas par lui-même les conditions d'indemnisation, qui relèvent d'un tel accord en application de l'article L. 1422-20 du code du travail. La circonstance que des agents publics territoriaux puissent être indemnisés par la collectivité territoriale qui les employait selon les règles du régime d'assurance chômage, notamment lorsqu'ils ont la qualité de contractuels, ne donne, par suite, pas au présent projet de décret le caractère d'une norme qui aurait par elle-même des incidences financières pour les collectivités territoriales ;

– les dispositions relatives aux modalités de décompte des effectifs pris en compte pour la détermination de certains prélèvements (versement transport, participation à l'effort de construction, etc.) applicables aux employeurs, parmi lesquels les collectivités territoriales, ont un impact financier sur celles-ci à la fois indirect et aléatoire et ne modifient pas la définition du champ d'application des dispositions prévoyant ces obligations. Elles n'impliquent donc ni l'obligation de consulter le Comité des finances locales, ni celle de consulter sa Commission consultative d'évaluation des normes ;

– le projet de décret relatif au Répertoire national commun de la protection sociale (N° 383144) a pour seul objet l'autorisation d'un traitement automatisé d'informations nominatives par lequel les organismes de sécurité sociale, les caisses de congés payés et Pôle Emploi échangent des données relatives aux bénéficiaires de prestations sociales et que les collectivités territoriales et les centres communaux et intercommunaux d'action sociale peuvent interroger dans le cadre de leurs compétences en matière d'aide sociale. Dès lors qu'il ne crée qu'une simple faculté pour ces collectivités ou établissements, dans le cadre de leurs compétences relatives d'aide sociale, de consulter un répertoire renseigné par d'autres organismes, il n'a pas le caractère d'une norme et n'a pas par lui-même d'incidence financière sur les collectivités en cause ;

– le projet de texte réglementaire étendant le champ de l'activité de Pôle Emploi à Mayotte ne concerne ni les collectivités territoriales dans leur ensemble, ni une catégorie d'entre elles, mais la seule collectivité départementale de Mayotte. Il n'a pas le caractère d'une norme imposée aux collectivités territoriales.

Le Conseil d'État relève que la formulation de l'article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales prévoyant cette consultation conduit, en l'absence de toute règle *de minimis*, à y soumettre tous les textes créant une norme juridique nouvelle susceptibles d'avoir un impact financier applicables indifféremment à toutes les personnes, y compris les collectivités territoriales et leurs établissements publics, donc une grande quantité de textes au risque d'un engorgement de la commission.

■ Consultations obligatoires en matière de délivrance des diplômes

L'article 11 du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie réorganise les certificats de qualification professionnelle élaborés par les branches. Le Conseil d'État (section sociale) a estimé que ces certificats ne concernent pas la formation initiale et que la consultation préalable du Conseil supérieur de l'éducation et du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, prévue par les articles L. 231-1 et L. 232-1 du code de l'éducation, n'est donc pas nécessaire. Cet article impose également un avis de la Commission nationale de la certification professionnelle sur l'opportunité de la création des diplômes et titres à finalité professionnelle délivrés au nom de l'État. Le Conseil d'État a estimé que la consultation de cette dernière est nécessaire préalablement à l'adoption de cette nouvelle procédure qui concerne à la fois une question d'intérêt national en matière d'éducation et la cohésion des formations supérieures dépendant du ministre chargé de l'enseignement supérieur.

■ Procédure consultative. Mise en œuvre du décret n° 2009-613 du 4 juin 2009 modifiant 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

Les articles 17 et 18 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, modifié par le décret n° 2009-613 du 4 juin 2009, prévoient, à compter du 9 juin 2009, d'une part, l'abrogation de toutes les dispositions réglementaires instituant des commissions administratives définies à l'article 1^{er} créées avant la date de publication de ce décret, et, d'autre part, l'abrogation ou la caducité des dispositions réglementaires prévoyant la consultation d'une commission dont l'avis est requis préalablement à une décision prise par l'autorité administrative². Ainsi, les commissions créées avant la date d'entrée en vigueur du décret du 8 juin 2006 ont été abrogées à la date du 9 juin 2009, sauf lorsque des décrets ont prolongé leur durée d'existence, alors que celles créées après cette date d'entrée en vigueur ont une durée d'existence de cinq ans. Ces textes, qui ne sont pas encore parfaitement maîtrisés par les administrations, ont soulevé quelques difficultés d'application dont ont eu à connaître plusieurs des sections du Conseil.

1) À propos d'un projet de décret relatif à la réduction du nombre des commissions administratives à caractère consultatif relevant du ministère de la justice, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a relevé qu'une commission administrative, qui dispose d'un pouvoir de proposition avant une décision du garde des sceaux, ministre de la justice, ne présente pas un caractère purement consultatif et n'entre pas dans le champ des dispositions du décret du 8 juin 2006.

2 - Pour rendre plus accessible l'interprétation de ce nouveau texte par les différentes sections du Conseil d'État, les solutions apportées ont été regroupées dans la partie du rapport réservée à l'assemblée générale, même si les textes correspondants n'ont pas été soumis à son examen.

2) À propos d'un projet de décret créant l'établissement public du château de Fontainebleau, la même section a relevé que le conseil scientifique de cet établissement public, dont les attributions sont exclusivement consultatives, n'est pas explicitement exclu du champ d'application du décret du 8 juin 2006. Or l'exigence de sécurité juridique impose, compte tenu du nombre important d'instances concernées, que soit clairement tranchée la question de principe de l'application ou non de ces dispositions aux organes consultatifs institués au sein d'un établissement public par le statut de celui-ci. Elle n'a donc pas retenu la proposition d'insérer en l'espèce une disposition spécifique écartant, pour l'établissement public en cause, l'application de l'article 2 dudit décret selon lequel une commission administrative consultative est créée pour une durée maximale de cinq ans. Elle a recommandé qu'une disposition de portée générale précise sur ce point les termes du décret du 8 juin 2006. Le Conseil d'État a eu satisfaction puisqu'une telle disposition figure à l'article 1^{er} du décret du 4 juin 2009 modifiant ce dernier.

3) À l'occasion de l'examen d'un projet de décret pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables, le Conseil d'État (section des finances) a considéré que ne relève pas du 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, une instance collégiale dont les missions comportent, outre une fonction purement consultative, celle d'établir, sous forme de règlements, les prescriptions comptables générales et sectorielles applicables aux personnes privées. Alors même que ces règlements ont un champ restreint et qu'ils sont soumis à homologation par arrêté interministériel, cette participation à l'exercice du pouvoir réglementaire suffit à exclure l'instance en cause de la catégorie des « *commissions administratives à caractère consultatif* ».

4) Bien que les commissions d'évaluation des produits et prestations et de la commission nationale des dispositifs médicaux ne figurent pas dans la liste des commissions administratives à caractère consultatif relevant du ministère de la santé et des sports prorogées pour une durée de cinq ans par le décret n° 2009-631 du 6 juin 2009, le Conseil d'État (section sociale) a estimé, lors de l'examen du projet de décret relatif à la dénomination des commissions mentionnées aux articles R. 5212-7 du code de la santé publique et L. 165-1 du code de la sécurité sociale, que ces deux commissions consultatives n'avaient pas été supprimées à la date du 9 juin 2009.

S'agissant de la « *commission d'évaluation des produits et prestations* », créée auprès de la Haute Autorité de santé par l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, il a estimé qu'elle relève des dispositions de l'article 4 du décret n° 2009-613 du 6 juin 2009, qui 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.

S'agissant de la « *commission nationale des dispositifs médicaux* » qui siège auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), il a estimé qu'elle a été créée par le décret n° 2007-1336 du 10 septembre 2007, qui l'a substituée à la Commission nationale de matériovigilance en modifiant non seulement son nom mais aussi sa composition et ses membres, soit postérieurement au décret n° 2006-672 du 8 juin 2006. Il a en outre considéré que cette commission devait donner des avis non seulement à l'AFSSAPS

mais aussi au ministre et ne pouvait, de ce fait, pas être considérée comme exclue du champ du décret du 8 juin 2006 par l'article 1^{er} du décret du 4 juin 2009 qui a prévu que les commissions créées au sein d'un établissement public ne sont pas dans le champ du décret du 8 juin 2006. En revanche, la question de savoir quels autres critères pouvaient être pris en compte pour déterminer si une commission doit être ou non regardée comme créée au sein d'un établissement public n'a pas été tranchée par la section.

Participation du public à l'élaboration des normes – Charte de l'environnement

L'une des particularités de l'année 2009 est que le Conseil d'État a été confronté à maintes reprises, essentiellement au rapport de sa section des travaux publics, à la question des conséquences à tirer de l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement et notamment de son article 7 relatif à l'information et à la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence en matière environnementale.

■ Décision publique ayant une incidence sur l'environnement – Notion

1) À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relatif à la création d'un régime d'autorisation simplifiée applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), le Conseil d'État a poursuivi la réflexion amorcée par ses formations contentieuses (*Commune d'Annecy*, assemblée 3 octobre 2008 n° 287931) et poursuivie lors de l'examen par son assemblée générale, en décembre 2008, du projet de loi portant engagement national pour l'environnement sur la mise en œuvre de la charte de l'environnement et plus particulièrement de son article 7 qui pose le principe du 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 de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.*»

Cet examen l'a conduit à préciser la notion de «*décision publique ayant une incidence sur l'environnement*» au sens de cet article : ainsi, l'assemblée générale a admis qu'au même titre que les arrêtés ministériels fixant les prescriptions générales applicables aux différentes catégories d'installations classées, les décrets de nomenclature, qui en fixent le champ, sont des décisions au sens de l'article 7. De même, les décisions du préfet délivrant l'enregistrement des ICPE, comme les décisions d'autorisation pour les installations qui y sont soumises, constituent des décisions relevant de l'article 7.

La question de savoir si l'ordonnance elle-même, eu égard à la nature de ses dispositions et à sa forme juridique, est ou non une «*décision ayant une incidence sur l'environnement*», a été réservée, l'assemblée générale estimant «*qu'en tout état de cause*», compte tenu de l'ampleur des concertations mises en œuvre par le Gouvernement, dans le cadre de son élaboration, les exigences de l'article 7 n'avaient pas été méconnues faisant ainsi application de la décision d'assemblée du Conseil d'État *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montage* du 23 février 2009.

En revanche, le décret d'application de la nouvelle section relative à l'enregistrement, qui ne comporte que des règles de procédure, n'est pas une décision « *ayant une incidence sur l'environnement* ».

Cette distinction, importante pour cerner la notion de décision ayant une incidence sur l'environnement, a servi ultérieurement de guide à l'examen de plusieurs textes législatifs ou réglementaires.

2) Le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré, dans le prolongement de la position prise par l'assemblée générale, que le décret pris pour l'application de l'article L. 123-1 du code de l'environnement, qui précise suffisamment les règles applicables à la définition des seuils et critères techniques servant à identifier les opérations devant être précédées d'une enquête publique, constitue un texte de procédure qui n'a pas, par lui-même, d'incidence sur l'environnement et n'entre donc pas dans le champ de l'article 7 de la charte.

3) Il a, de même, estimé que le décret, pris en application de l'article 9 de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement relatif aux autorisations transitoires de mise sur le marché de certains produits biocides a le caractère d'un texte de procédure. Dépourvu d'incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement, aucune participation du public à son élaboration ne s'impose.

Il a également estimé qu'une ordonnance qui se borne à mettre en place des procédures coercitives et des sanctions pour assurer l'effectivité de dispositions substantielles préexistantes, résultant du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets est, en tout état de cause, dépourvue d'incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement, et n'implique donc pas la mise en œuvre d'une participation du public à son élaboration.

Est enfin, par elle-même, sans incidence directe sur l'environnement l'institution, en application de l'article L. 121-9 du code de l'urbanisme, d'une opération d'intérêt national (OIN), qui consiste seulement dans la définition d'un périmètre à l'intérieur duquel les autorisations de construire sont de la compétence de l'État. Il n'est dès lors pas juridiquement nécessaire de mettre en œuvre un dispositif spécifique d'information du public qui, de surcroît, n'est prévu par aucun texte.

■ Définition par le législateur des conditions de participation du public à l'élaboration des décisions – Étendue du pouvoir réglementaire

1) L'examen du projet d'ordonnance relatif à la création d'un régime d'autorisation simplifiée applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) a également permis au Conseil d'État de commencer à préciser la latitude dont disposait le législateur pour définir « *les conditions et limites* » de la participation du public à l'élaboration de ces décisions.

En ce qui concerne les décrets de nomenclature et les arrêtés ministériels de prescriptions générales, il a admis que la publication des projets de décret, dans des conditions permettant au public de faire des observations, avant la consultation du Conseil supérieur des installations classées, satisfaisait à l'obligation posée par l'article 7 de la charte.

À cette occasion, le Conseil d'État a considéré, qu'en principe, la consultation d'une instance dont la composition assure la représentation adéquate du public concerné par une décision pourrait satisfaire aux obligations de la charte à condition que le législateur exprime clairement ce choix et en définisse les modalités.

En ce qui concerne les décisions du préfet délivrant l'enregistrement, comme les décisions d'autorisation pour les installations qui y sont soumises, il a admis que la mise à disposition du public du dossier de demande, pour consultation, est une formalité satisfaisant aux obligations de l'article 7. L'obligation d'affichage en mairie de cette mise à disposition fait également partie des conditions à prévoir par le législateur.

Il en résulte donc que les modalités de participation du public doivent être adaptées aux caractéristiques des décisions publiques concernées.

En revanche, le Conseil d'État a considéré que le pouvoir réglementaire était compétent, sans qu'il soit nécessaire que la loi le mentionne, pour préciser le délai à laisser au public pour réagir aux publications de projets de décret ou d'arrêté prévues par la loi ou pour prévoir la communication du dossier de demande d'enregistrement d'une installation aux membres de la commission départementale compétente, qui n'est pas systématiquement saisie pour avis.

2) Le Conseil d'État s'est trouvé confronté à plusieurs reprises à la nouvelle répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire introduite par la charte de l'environnement et plus particulièrement son article 7, tel qu'interprété par la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, en ce qui concerne la définition des conditions et limites de la participation du public à l'élaboration des décisions entrant dans son champ.

Le cas le plus fréquent et le plus délicat est celui des décrets constituant par eux-mêmes ou régissant des décisions entrant manifestement dans ce champ et dont la base législative n'a pas défini les conditions et limites de la participation du public.

Dans le cas de décrets antérieurs à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement et définissant des modalités d'information ou de participation du public que le Gouvernement se propose de modifier, le Conseil d'État est conduit à conseiller au Gouvernement de ne pas modifier les dispositions réglementaires et de préparer une modification législative instituant ces modalités de participation.

Dans le cas de projets de décrets nouveaux constituant par eux-mêmes des décisions au sens de l'article 7 de la charte alors que la loi n'a pas défini les conditions dans lesquelles le public participerait à leur élaboration, le Conseil d'État est conduit à vérifier si par les conditions concrètes de préparation du projet le Gouvernement a *de facto* assuré la participation du public selon des modalités satisfaisantes au regard des obligations posées par la charte : publication préalable du projet, concertations *ad hoc*, consultation d'organismes adéquats... Il transpose ainsi au cas de projets de décrets la solution retenue par la décision contentieuse du Conseil d'État du 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres* dans le cas de décisions non réglementaires.

Lorsque le projet institue ou régit une décision entrant dans le champ de la charte telle qu'une décision d'autorisation, d'homologation, en l'absence de

dispositions législatives définissant les conditions de participation du public, la section est conduite à constater l'incompétence du pouvoir réglementaire à définir ces conditions et à inviter les administrations, là encore, à mettre en œuvre, *de facto*, un mode adéquat de participation au stade de l'adoption de la décision prévue par le décret.

De telles solutions ne peuvent qu'être transitoires. Il importe que le Gouvernement prenne plus systématiquement en compte la mise en œuvre de la charte de l'environnement dans l'élaboration des projets de loi et de décret et qu'il recense les dispositions législatives qu'il convient de compléter pour les mettre en conformité avec celle-ci. Ceci est indispensable pour sécuriser les décisions prises par les services administratifs, qu'ils relèvent de l'État ou d'autres collectivités publiques, sans laisser peser sur ces derniers l'obligation, souvent ignorée et parfois périlleuse, d'instituer *de facto* des procédures de concertation.

C'est ainsi que, examinant un projet de décret relatif aux conditions d'exercice de la pêche maritime dans les Terres australes et antarctiques françaises et pris pour l'application de l'article 3 de la loi n° 66-400 du 18 juin 1966 modifiée sur l'exercice de la pêche maritime et l'exploitation des produits de la mer dans les Terres australes et antarctiques françaises, le Conseil d'État (section des travaux publics) a observé qu'il s'agissait de dispositions concernant notamment la gestion et la conservation des ressources halieutiques et, comme telles, relatives à des décisions ayant une incidence sur l'environnement, a invité le Gouvernement à proposer au Parlement, seul compétent en vertu des dispositions de l'article 7 de la charte de l'environnement, de préciser «*les conditions et limites*» dans lesquelles doit s'exercer, pour le domaine dont il s'agit, le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. En l'état actuel de la législation, ces dispositions nouvelles pourraient être introduites tant dans le décret-loi du 9 janvier 1952 sur l'exercice de la pêche maritime que dans la loi n° 66-400 du 18 juin 1966.

3) À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif au Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire pris pour l'application de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, le Conseil d'État (section des travaux publics) a été conduit à préciser les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire dans la définition des conditions et des modalités d'information et de participation du public.

En effet, l'article 24 de la loi dispose que le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire est «*une instance d'information, de concertation et de débat sur les risques liés aux activités nucléaires et l'impact de ces activités sur la santé des personnes, sur l'environnement et sur la sécurité nucléaire*». Une telle mission contribue à l'exercice du droit à l'information dans le domaine de l'environnement reconnu par l'article 7 de la charte de l'environnement. Par conséquent, l'existence de cet organisme et celles des règles de son organisation et de son fonctionnement qui sont en rapport direct avec l'exercice de sa mission relèvent du domaine de la loi.

Il a estimé cependant que ne faisaient pas partie de ces règles et pouvaient être prises par le décret en Conseil d'État prévu à l'article 27 de la loi, des dis-

positions prévoyant l'institution d'un suppléant pour chaque membre du Haut Comité, à l'exception des personnes qualifiées, d'un bureau assistant le président, dès lors que sa composition reflète celle du Haut Comité définie par la loi et que ses pouvoirs se bornent à arrêter les ordres du jour du Haut Comité sur proposition du président et à soumettre des propositions au Haut Comité quand celui-ci est saisi pour avis, d'un vice-président désigné par le bureau pour remplacer le président en cas d'absence ou d'empêchement, dès lors que ce vice-président est choisi au sein des mêmes catégories que celles dont est issu le président en application de l'article 23 de la loi, enfin la faculté pour les ministres chargés de la sécurité nucléaire pour les activités et installations nucléaires intéressant la défense de saisir pour avis le Haut Comité, bien qu'ils ne figurent pas sur la liste des autorités habilitées à saisir le Haut Comité établie par l'article 24 de la loi.

4) Le Conseil d'État a également admis, à l'occasion de l'examen du projet de décret pris pour l'application de l'article L. 123-1 du code de l'environnement, que le pouvoir réglementaire pouvait sans empiéter sur le domaine de compétence du législateur tel qu'il résulte de l'article 7 de la charte de l'environnement et sans procédure particulière de participation du public, actualiser les seuils et critères techniques servant à identifier les opérations devant être précédées d'une enquête publique.

Étude d'impact (loi organique du 15 avril 2009)

Une autre particularité de l'année 2009 a consisté, pour le Conseil d'État, à définir le champ d'application et le contenu des études d'impact prévues par le chapitre II de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. En effet, à la suite des préconisations du rapport annuel 2006 du Conseil d'État sur la *Sécurité juridique et complexité du droit*, a été votée la loi organique susmentionnée qui a pour objet d'imposer à l'administration de mieux motiver ses choix normatifs ainsi que l'ensemble des alternatives qui lui sont offertes. L'objectif étant de mieux légiférer, le Conseil d'État se réjouit de cette meilleure discipline dans la préparation des projets de loi. Il est donc particulièrement attentif à son application scrupuleuse dans tous les textes qui lui sont soumis.

Champ d'application

1) Selon le troisième alinéa de l'article 11 de cette loi organique, l'article 8 n'est pas applicable aux projets de loi présentés au titre de l'article 53 de la Constitution, c'est-à-dire aux projets autorisant la ratification d'un traité. Il est spécifié cependant que « *le dépôt de ces projets est accompagné de documents précisant les objectifs poursuivis par les traités ou accords, estimant leurs conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, analysant leurs effets sur l'ordre juridique français et présentant l'historique des négociations, l'état des signatures et des ratifications, ainsi que, le cas échéant, les réserves ou déclarations interprétatives exprimées par la France* ». Le Conseil d'État (section des finances) a estimé que dans le cadre de la compétence consultative exercée par le Conseil d'État au titre du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution, il appartient à ce dernier de veiller au respect des dispositions précitées de l'article 11 de la loi organique du 15 avril 2009 et ceci alors même que cet article fixe des règles touchant « *au dépôt du projet* », sans préciser explici-

tement, comme le fait l'article 8, s'agissant de l'étude d'impact, que le projet soumis à l'avis du Conseil d'État doit, dès ce stade, comporter les documents énumérés à l'article 11 *in fine*. Il a relevé également que l'analyse des effets sur l'ordre juridique français de l'engagement international dont le projet a pour objet d'autoriser la ratification doit porter, s'il y a lieu, sur sa compatibilité avec d'autres engagements internationaux de la France. Enfin, il n'a pas exclu qu'il puisse être remédié à une éventuelle insuffisance des documents exigés par l'article 11 (alinéa 3) de la loi organique, par une référence aux dispositions pertinentes de l'exposé des motifs du projet de loi.

2) Saisi d'un projet de loi ayant pour objet, outre la ratification de l'ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, l'adoption de dispositions législatives nouvelles instituant des modalités d'information et de participation du public à l'élaboration de certaines décisions concernant les installations soumises à autorisation ou à déclaration, le Conseil d'État a donné un avis favorable aux dispositions de ratification mais disjoint les dispositions législatives nouvelles, le Gouvernement n'ayant pas présenté d'étude d'impact relative à ces dispositions.

En effet, il résulte du considérant 22 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 que « *les dispositions des projets de loi prévoyant la ratification d'ordonnances* » ne sont pas soumises à l'obligation d'étude d'impact. En revanche, ni la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, ni cette décision du Conseil constitutionnel ne dispense de cette obligation les dispositions d'un projet de loi de ratification qui sont nouvelles par rapport à celles faisant l'objet de la ratification. Ces dispositions sont donc, en principe, assujetties à l'obligation de faire une étude d'impact, dès lors qu'elles n'ont pas été prises en compte dans celle qui a été élaborée à l'occasion du projet de loi d'habilitation. Ne sont dispensées de cette obligation que les dispositions qui ne porteraient que sur la rectification d'erreurs matérielles ou sur des corrections formelles.

Tel n'était pas le cas des dispositions nouvelles incluses dans le projet soumis au Conseil d'État même si elles avaient un lien étroit avec les dispositions de l'ordonnance dont elles étendaient le champ d'application ou dont elles extrapolaient les solutions.

Contenu

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au Grand Paris, le Conseil d'État a veillé à ce que le contenu de l'étude d'impact soit en adéquation avec les dispositions du projet ; elle doit rendre compte, notamment, des consultations menées préalablement et concomitamment à son élaboration, aux motifs de certains des choix opérés (notamment sur la forme de l'établissement public industriel et commercial avec conseil de surveillance et directoire et sur le recours à la loi pour la création d'une zone de protection naturelle et agricole sur le plateau de Saclay), aux ressources envisagées pour la réalisation du réseau de transport public du Grand Paris et aux textes d'application qui seront nécessaires.

En cas de saisine rectificative apportant des modifications significatives, l'étude d'impact doit être amendée dans son contenu et, éventuellement, dans sa

structure afin que ceux-ci correspondent au projet définitivement arrêté par le Gouvernement.

L'étude d'impact que le Gouvernement doit réaliser en application des dispositions constitutionnelles et organiques doit être proportionnée aux questions qui se posent et peut par conséquent se limiter aux seules prescriptions de l'article 8 de la loi organique qui trouvent utilement à s'appliquer compte tenu des dispositions du projet de loi en cause (projet de loi de ratification de l'ordonnance relative à l'enregistrement de certaines ICPE).

Lors de l'examen de l'article du projet de loi de finances pour 2010 relatif à la réforme de la taxe professionnelle, le Conseil d'État a considéré que l'évaluation préalable fournie à l'appui de cette réforme ne répondait pas aux exigences de la loi organique. En effet, pour les dispositions des projets de loi de finances relevant du 2° du I et du 7° du II de l'article 34 de loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, les documents composant l'évaluation préalable prévue au 8° de l'article 51 et au 4° de l'article 53 de cette même loi dans sa rédaction issue 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, constituent des annexes obligatoirement jointes aux projets de loi de finances. Le respect de cette obligation posée par le législateur organique s'impose lorsque la connaissance des documents constitutifs de l'évaluation préalable est essentielle à l'appréciation des dispositions du projet de loi de finances en cause, dès la transmission du projet de loi de finances au Conseil d'État, afin que celui-ci puisse jouer pleinement le rôle que lui assigne le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution. Elle est également nécessaire à l'exercice, par le Parlement, de ses compétences en matière fiscale et financière.

La réforme de la taxe professionnelle entrant dans le champ du 2° du I et du 7° du II de l'article 34 de la loi organique du 1^{er} août 2001 susmentionnée, le Conseil d'État a estimé qu'en l'absence de tout élément présentant les conséquences financières pour les collectivités territoriales de la réforme de la taxe professionnelle, les différentes options possibles ainsi que les mérites de l'option relative à l'affectation des impôts locaux aux différentes catégories de collectivités territoriales retenue par le projet de loi, l'évaluation préalable produite par le Gouvernement ne satisfaisait pas aux exigences de la loi organique en ce qui concerne la rubrique «évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue», alors que la production de cette évaluation s'imposait compte tenu de l'objet des dispositions en cause. Compte tenu des conditions de sa saisine, le Conseil d'État a demandé au Gouvernement que, en tout état de cause, le Parlement puisse disposer d'une étude d'impact répondant aux exigences de la loi organique, au plus tard le jour du dépôt du projet sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Mise en œuvre de la réforme constitutionnelle

Si le Conseil d'État a examiné en 2008 le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, l'année 2009 a été consacrée à l'examen de plusieurs lois organiques découlant de la réforme constitutionnelle de 2008 et de projets de loi modifiant le régime électoral des députés, des conseillers régionaux et des conseillers généraux.

Lois organiques

Cinq lois organiques ont été examinées en 2009.

1) Loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental.

L'assemblée générale a approuvé un projet de loi organique qui tire les conséquences des articles 32 à 36 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 et modifie substantiellement la composition et le fonctionnement du Conseil économique, social et environnemental.

Elle a toutefois estimé qu'une disposition du projet, ouvrant une nouvelle possibilité de saisine du Conseil économique, social et environnemental par le Président de l'Assemblée nationale ou par le Président du Sénat allait au-delà de l'habilitation conférée par l'article 71 de la Constitution au législateur organique, lequel ne peut intervenir que dans les domaines et pour les objets limitativement énumérés par la Constitution. Or, d'une part, la Constitution ne prévoit pas que le Conseil économique, social et environnemental puisse être consulté, au titre de l'article 70, sur une proposition de loi. D'autre part, si, au titre de l'article 69, il donne son avis sur les propositions de loi qui lui ont été soumises, ce n'est qu'après en avoir été saisi par le Gouvernement.

2) Loi organique relative à la nomination aux emplois publics (article 13 Constitution).

Le nouvel alinéa ajouté à l'article 13 de la Constitution par la révision constitutionnelle de 2008 prévoit une loi organique pour déterminer les emplois ou fonctions pour lesquels, « *en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée* », et une loi ordinaire pour déterminer les commissions permanentes ainsi compétentes.

Examinant le projet de loi organique et le projet de loi relatifs à l'application de cet alinéa nouveau de l'article 13, le Conseil d'État a estimé que relevait de la loi organique, et non de la loi ordinaire, la désignation de la commission parlementaire permanente appelée à se prononcer sur la nomination, d'une part, des membres (autres que de droit) du Conseil constitutionnel, car la désignation de la commission parlementaire compétente est une règle d'organisation de ce Conseil et relève comme telle de la loi organique en vertu de l'article 63, d'autre part, des personnalités qualifiées du Conseil supérieur de la magistrature, car la désignation de la commission parlementaire compétente est une règle d'organisation de ce Conseil et relève comme telle de la loi organique en vertu du dernier alinéa de l'article 65.

Le législateur organique détermine souverainement ceux des fonctions et emplois qui seront pourvus par le Président de la République dans le cadre des dispositions de cet alinéa de l'article 13, sous réserve de ne pas commettre d'erreur manifeste dans l'appréciation de leur importance au regard des garanties des droits et libertés ou de la vie économique ou sociale de la Nation. Serait constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation le fait de retenir, entre deux organismes ayant des attributions très proches dans un même domaine d'activité, celui qui, à l'évidence, est le moins important au regard des garanties des droits et libertés ou de la vie économique ou sociale de la Nation.

L'inscription sur la liste n'a pas pour effet de pérenniser l'organisme, emploi ou fonction en cause. En cas de disparition de tel ou tel d'entre eux, la loi organique perdrait son objet en ce qui le concerne.

3) Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

Lors de l'examen du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution, il n'a pas semblé souhaitable au Conseil d'État de prévoir que la nomination du secrétaire général du Conseil supérieur de la magistrature, qui requiert désormais une proposition conjointe du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près la même cour, intervienne par arrêté du garde des sceaux, comme le prévoit l'article 5 du projet du Gouvernement. Le Conseil d'État a estimé utile de maintenir l'intervention d'un décret du Président de la République compte tenu de la dignité qui s'attache à cette fonction.

Le Conseil d'État a considéré qu'il était déraisonnable et d'ailleurs non justifié par des nécessités convaincantes de limiter à 72 heures le délai de réunion du Conseil supérieur de la magistrature en vue de prononcer l'interdiction d'exercice d'un magistrat faisant l'objet d'une enquête pénale ou administrative ou de rendre un avis sur cette mesure, délai au-delà duquel la responsabilité de la décision ou de l'avis incombe au seul président de la formation disciplinaire compétente. Il a estimé que ce délai ne pourrait être inférieur à huit jours.

Le Conseil d'État a estimé qu'en mettant fin à toute incompatibilité entre la qualité de membre du Conseil supérieur et l'exercice de la profession d'avocat, le projet de loi organique était de nature à remettre en cause l'équilibre recherché par le constituant en prévoyant qu'un avocat serait désigné en cette qualité. En outre, la présence, au sein du Conseil supérieur, d'un nombre indéterminé de membres exerçant la profession d'avocat serait susceptible de porter atteinte au correct accomplissement des missions incombant à cet organe.

Enfin le Conseil d'État a admis que les articles 11, 17 et 24 du projet tel qu'il l'a examiné et qui a recueilli l'accord des commissaires du Gouvernement puissent étendre aux justiciables la possibilité de saisir le Conseil supérieur de la magistrature du comportement d'un magistrat dans les conditions procédurales déterminées par ces dispositions. Il rappelle qu'une telle procédure ne peut être mise en œuvre, dès lors qu'elle met en cause l'activité juridictionnelle d'un magistrat, que dans le strict respect des règles rappelées en dernier lieu par la décision DC n° 2007-551 du 1^{er} mars 2007 du Conseil constitutionnel.

4) Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

1° Aux articles 23-1 et 23-5 insérés dans l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a estimé

nécessaire, pour prévenir des interprétations jurisprudentielles divergentes, de régler par des dispositions expresses la question de savoir si le moyen d'inconstitutionnalité pourra être relevé d'office par les juridictions. Une telle possibilité lui a paru devoir être exclue eu égard à la lettre de l'article 61-1 de la Constitution qui prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi lorsqu'il « *est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Au demeurant, compte tenu de ses conséquences sur le cours du litige, la question préjudicielle doit normalement résulter d'une initiative d'une partie.

2° À l'article 23-2 inséré dans l'ordonnance, le Conseil d'État n'avait pas estimé devoir maintenir la disposition, figurant dans le projet du Gouvernement, selon laquelle la juridiction transmet « *sans délai* » la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation si les conditions prévues à cet article sont remplies. En effet, alors qu'il est prévu au même article que la décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé, cette disposition pourrait être interprétée comme imposant à la juridiction, en toutes circonstances et quel que soit l'état de l'instruction, de se prononcer sur le moyen d'inconstitutionnalité dès qu'il est soulevé. Or, si les juridictions doivent veiller à ce que les questions sérieuses soient transmises dans les meilleurs délais afin de prévenir un allongement excessif de la durée de la procédure, il n'y a pas lieu de poser une règle rigide d'examen prioritaire du moyen, qui pourrait conduire à transmettre des questions dont la suite de l'instruction révélerait l'inutilité.

3° Au même article 23-2, le Conseil d'État s'est interrogé sur la disposition prévoyant que la question de constitutionnalité peut être transmise si « *la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* ».

Le juge ne doit normalement poser une question préjudicielle et surseoir à statuer qu'après s'être assuré qu'aucun des autres moyens dont il est saisi ne lui permet de régler immédiatement le litige. Cette obligation s'impose à lui dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, afin d'éviter d'allonger inutilement la durée de l'instance. La jurisprudence l'exprime traditionnellement en exigeant que la question commande l'issue du litige.

Dans le cadre de la voie de droit instituée par l'article 61-1 de la Constitution, cette approche classique aboutirait à un résultat difficilement acceptable dans le cas où l'application d'une disposition législative serait contestée au regard à la fois de la Constitution et d'une convention internationale. Elle conduirait, en effet, le juge à toujours examiner en premier le moyen fondé sur la convention et, s'il est fondé, à donner raison au justiciable sur ce terrain. Le Conseil constitutionnel ne serait pas saisi et il n'aurait donc pas l'occasion d'abroger la disposition et de prévenir ainsi des violations futures des droits et libertés garantis par la Constitution.

Afin d'éviter cet effet d'éviction qui contrarierait l'objectif poursuivi par les nouvelles dispositions constitutionnelles, il importe de conférer au juge, par dérogation à la jurisprudence sur les questions préjudicielles, la possibilité de poser la question de constitutionnalité dès lors que le justiciable a soulevé la violation de la Constitution et alors même qu'il a également invoqué la violation d'une convention internationale. Le Conseil d'État estime que l'article 23-2

ouvre cette possibilité en exigeant non que la *question de constitutionnalité* commande l'issue du litige mais que la *disposition législative contestée* commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites. La condition ainsi libellée diffère de celle qui s'applique traditionnellement en matière de questions préjudicielles et n'impose pas au juge saisi sur les deux terrains de statuer en premier sur le moyen fondé sur une convention internationale.

4° Le Conseil d'État n'avait pas retenu une disposition qui imposait au contraire au juge placé dans la même situation de se prononcer en premier sur le moyen tiré d'une violation de la Constitution.

Après avoir examiné la compatibilité de cette disposition avec le droit communautaire, le Conseil d'État a opéré ce contrôle au regard des autres conventions internationales. De ce dernier point de vue, la règle serait inopportune par sa rigidité alors que l'efficacité respective des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité diffère selon les situations. Ainsi, dans les cas où une disposition législative implique une violation des droits dans une situation particulière mais non dans la généralité de ses applications, la juridiction saisie du litige peut l'écarter en l'espèce par application d'une convention internationale, alors que le contrôle de constitutionnalité, qui n'est susceptible de déboucher que sur une abrogation de la disposition contestée, serait mal adapté. Dans cette hypothèse qui n'est pas rare, il est conforme à la bonne administration de la justice de régler d'emblée le litige sur le fondement de la convention. Une telle solution préviendrait le risque que ne se multiplient, soit des décisions en apparence contradictoires du Conseil constitutionnel et du juge statuant ultérieurement sur le litige au regard d'un engagement international, soit des contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme, si le contrôle de constitutionnalité, par ses conditions de mise en œuvre, avait pour effet d'affaiblir l'exercice du contrôle de conventionnalité.

Le même impératif de bonne administration de la justice doit être pris en compte lorsque le juge est tenu de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence et qu'il est dispensé de surseoir à statuer après avoir transmis une question de constitutionnalité. En pareil cas, il serait paradoxal d'obliger la juridiction à procéder à cette transmission alors que, réglant immédiatement le litige, elle accueillerait le moyen tiré de la violation d'une convention internationale.

5° Par ailleurs, le Conseil d'État n'a pas estimé devoir maintenir la condition, prévue dans le projet du Gouvernement, que la disposition contestée n'ait « *pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision* ». Cette disposition paraît inutile dès lors que le texte prévoit par ailleurs qu'il n'y a pas lieu de transmettre les questions dépourvues de caractère sérieux (ou, dans le projet du Gouvernement, manifestement infondées). En l'absence de circonstances nouvelles, la contestation d'une disposition déjà déclarée conforme ne remplira pas cette condition.

6° Enfin, le Conseil d'État s'est prononcé pour l'insertion d'une disposition prévoyant qu'une fois expiré le délai de trois mois imparti au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour se prononcer sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, cette question lui est transmise de plein droit sur demande d'une partie. En précisant à l'article 61-1 de la Constitution que les juridictions suprêmes des deux ordres se prononcent « *dans un délai déterminé* », la

loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a sinon imposé, au moins rendu possible qu'un dessaisissement soit prévu dans la loi organique. Une telle règle concourrait à la garantie des droits des justiciables, alors qu'un allongement excessif des délais de jugement constitue un risque de la réforme. Il a paru opportun de subordonner le dessaisissement à une demande d'une partie car les justiciables doivent être seuls juges des inconvénients qu'implique pour eux le dépassement du délai et de l'intérêt qu'ils attachent à l'intervention d'une décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation prenant parti sur le caractère sérieux de la question de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel, validant par sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 la loi organique votée par le Parlement, devenue la loi organique du 10 décembre 2009, imposant l'examen des moyens de constitutionnalité par priorité, avant les moyens de droit international ou communautaire, a jugé que ces dispositions confirmaient la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne français sans méconnaître les engagements internationaux de la France.

5) Loi organique relative à l'application de l'article 71-1 de la Constitution.

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a créé, dans un nouveau titre XI bis de la Constitution, la fonction de Défenseur des droits. Le projet de loi organique relative au Défenseur des droits a eu ainsi pour objet de préciser le statut, les missions, les pouvoirs et les moyens mis à la disposition du Défenseur des droits. Ce projet, malgré son importance, n'a donné lieu à aucune observation substantielle de la part du Conseil d'État.

Élections et référendum

Délimitations des circonscriptions électorales – Députés

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet d'ordonnance portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés. Il disposait, pour procéder à son examen, non seulement des travaux de la commission prévue par le nouvel article 25 de la Constitution, issu de la révision de 2008, mais aussi de la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009 du Conseil constitutionnel qui a précisé la portée des dispositions de l'article 2 (II) de la loi du 13 janvier 2009 relative à cette commission et à l'élection des députés, s'agissant des principes à respecter pour mener à bien cette délimitation en matière de continuité du tracé des circonscriptions, d'écarts démographiques et d'authentification de la population des départements à prendre en compte, qui s'imposent pour la délimitation des circonscriptions. La réserve d'interprétation émise au considérant 26 de cette décision juge que «*la faculté de ne pas constituer une circonscription en un territoire continu, celle de ne pas respecter certaines limites communales ou cantonales lorsque les conditions précitées le permettent, ainsi que la mise en œuvre de l'écart maximum mentionné au quatrième alinéa du 1^o du II de l'article 2 doivent être réservées à des cas exceptionnels et dûment justifiés ; qu'il ne pourra y être recouru que dans une mesure limitée et en s'appuyant, au cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général ; que leur mise en œuvre devra être strictement proportionnée au but poursuivi ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution*».

Dans ce cadre, le Conseil d'État a retenu les lignes directrices suivantes :

a) À titre principal, il a fait prévaloir l'égalité démographique dans le cadre à la fois départemental et national en considérant :

– qu'il convenait d'éviter, sauf impossibilité ou impératif d'intérêt général, que la population d'une circonscription s'écarte de la moyenne nationale de plus de 20 % en plus ou en moins. Dès lors que les membres de l'Assemblée nationale représentent la Nation toute entière et non la population de leur circonscription d'élection, la nouvelle délimitation de ces dernières doit en effet respecter l'égalité devant le suffrage dans le cadre national et non pas seulement départemental ;

– qu'il convenait, partout où il y avait matière à nouvelle délimitation et sauf impossibilité ou impératif d'intérêt général, d'éviter les écarts excédant la moyenne intra-départementale de plus de 10 % en plus ou en moins ;

– que, même lorsque le nombre de sièges affecté au département n'était pas modifié, un remodelage s'imposait lorsque, du fait de l'évolution démographique intervenue depuis 1986, la population d'une circonscription au moins de ce département s'écartait de plus de 20 %, en plus ou en moins, de la moyenne du département, ou de plus de 20 %, en plus ou en moins, de la moyenne nationale ; qu'en revanche, il était admissible de laisser la délimitation inchangée lorsque le nombre de sièges ne variait pas et qu'aucun de ces deux seuils n'était dépassé dans aucune des circonscriptions du département ;

– s'agissant du nombre d'habitants, qu'il convenait de s'en tenir, comme le prescrit la loi d'habilitation, et eu égard au caractère désormais permanent du dispositif de mise à jour de la délimitation des circonscriptions, aux populations recensées.

Le Conseil d'État n'a laissé subsister des écarts démographiques supérieurs aux seuils (comme dans le Nord et dans le Rhône) que lorsqu'il a été dans l'incapacité de les résorber, dans le très court délai d'examen qui lui était imparti, en corrigeant le projet du Gouvernement soit par transfert de cantons, soit en recourant à des sectionnements cantonaux.

b) Pour le surplus, le Conseil d'État n'a admis le recours aux possibilités de sectionnement de cantons et, plus généralement, de remise en cause des tracés actuels que lorsque la recherche de l'égalité démographique le justifiait.

c) Dès lors que la Constitution elle-même confie à une commission, instituée spécialement à cet effet, la mission d'émettre un avis public sur les projets de délimitation des circonscriptions, le Conseil d'État a estimé devoir accorder une attention particulière à ses préconisations. Il les a le plus souvent suivies en l'espèce, sans s'interdire de les modifier, lorsqu'il trouvait motif de le faire compte tenu des lignes directrices énoncées ci-dessus.

Ces lignes directrices ont conduit le Conseil d'État à modifier, dans une trentaine de départements, la délimitation qui lui était soumise. Ces modifications n'affectent toutefois qu'un septième environ des 577 circonscriptions. Par rapport au projet du Gouvernement, elles n'imposent que rarement le transfert de plus de trois cantons. Dans la grande majorité des cas, ces modifications sont directement inspirées des travaux de la commission instituée par l'article 25 de la Constitution.

Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi portant simplification du droit

Le nouvel article 39 de la Constitution, issu de la révision de 2008, permet au président d'une assemblée de soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, dans les conditions prévues par la loi organique du 15 juin 2009.

Règles d'examen des propositions de loi

À l'occasion de l'examen du projet de décret pris pour l'application de la loi du 23 juillet 2008 fixant les règles applicables à l'examen par le Conseil d'État des propositions de loi, ont été apportées les précisions suivantes sur la participation aux séances devant les formations consultatives du Conseil d'État.

La faculté, pour le président de l'assemblée dont émane la demande d'avis, de se faire représenter en séance est inhérente à la nature de la consultation prévue par le dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution.

L'auteur de la proposition peut, en vertu du nouvel article L 123-2 du code de justice administrative, se faire assister par des personnes qu'il désigne à cet effet, mais ne peut, en principe, être représenté en séance sans y assister lui-même. Une telle représentation pourra être admise, notamment en cas d'empêchement de l'intéressé, par le vice-président ou le président de section.

En cas de pluralité d'auteurs, on entend par « *auteur de la proposition de loi* », conformément au droit parlementaire, le premier signataire. Les signataires peuvent toutefois adopter d'autres conventions à condition d'assurer la présence de l'un au moins d'entre eux.

Le vice-président du Conseil d'État et le président de la section administrative intéressée conservent, en vertu de l'article L 123-26 du code de justice administrative, la faculté d'appeler à prendre part, avec voix consultative, aux séances des sections administratives et des commissions, y compris la commission permanente, ainsi que de l'assemblée générale, les personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions. Toutefois, en raison de la nature même d'une procédure dont le dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution a confié l'initiative au seul président de l'assemblée parlementaire auprès de laquelle a été déposée la proposition de loi – et à laquelle il a permis de faire opposition au seul auteur de la proposition –, il sera de bonne pratique, pour le vice-président et le président de section, de recueillir l'accord, quant à cette participation de tiers, tant du président de l'assemblée que de l'auteur de la proposition, et, lorsque le tiers dépend du pouvoir exécutif, de l'autorité compétente.

Procédure d'examen et forme de l'avis

Le Conseil d'État a été saisi par le président de l'Assemblée nationale de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (proposition de loi n° 1890 de M. Jean-Luc Warsmann, député).

C'était la première fois depuis plus d'un siècle que le Conseil d'État examinait une proposition et non un projet de loi. Il l'a fait sur le fondement de la procédure consultative nouvelle instituée par l'article 39 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et précisé par le décret n° 2009-926 du 29 juillet 2009 commenté ci-dessus.

Le Conseil d'État a pleinement démontré son intérêt et son implication dans cette nouvelle mission constitutionnelle. Saisi par le président de l'Assemblée nationale le 31 août, il s'est réuni les 1^{er} et 2 octobre en assemblée générale pour examiner cette proposition de loi. En un mois, le Conseil a été en mesure de se prononcer sur un texte de 150 articles couvrant de nombreux domaines. Toutes les sections administratives ont été saisies et ont émis un avis sur les articles ou parties d'articles qui relevaient de leur compétence. Onze rapporteurs ont été désignés au sein des cinq sections concernées. Si la section de l'administration a exercé un rôle de coordination de l'ensemble des travaux d'examen de cette proposition, l'ensemble des formations consultatives ont été fortement sollicitées et le vice-président a personnellement veillé au bon déroulement de la procédure.

Les séances des 1^{er} et 2 octobre ont permis à l'assemblée générale de préciser la procédure à suivre pour l'instruction de la demande d'avis et la forme à donner à son avis.

Sur le premier point, l'assemblée générale a estimé que ni la lettre ni l'esprit des dispositions nouvelles ne permettaient d'envisager une participation de commissaires du Gouvernement aux travaux du Conseil d'État, mais qu'il était possible, dès lors que l'auteur de la proposition y consentait, d'admettre la présence d'experts de l'administration au moins aux séances de travail avec les rapporteurs. Quant à la procédure proprement dite, le premier alinéa de l'article L. 123-1 du code de justice administrative a été regardé, comme ouvrant le choix, en cas de projet impliquant plusieurs sections, de constituer une commission spéciale ou de saisir simultanément les sections compétentes, cette dernière voie ayant été celle qui a été suivie en l'espèce.

Sur le second point, l'avis adopté par l'assemblée générale a consisté en un certain nombre d'observations juridiques complétées, pour quelques articles, par des suggestions de rédaction.

La forme de l'avis ainsi rendu par le Conseil d'État n'est pas celle habituellement adoptée pour l'examen des projets de loi. Il n'en résulte, toutefois, aucune différence, sur le fond, quant à la nature et à l'intensité de l'examen opéré par le Conseil d'État entre les propositions de loi et les projets de loi qui lui sont soumises.

Si l'article 39 impose au Conseil d'État d'épuiser sa compétence consultative tant à l'égard des propositions de loi qu'à celui des projets de loi, il est cependant apparu que la procédure d'avis n'intervenait pas, dans l'un et l'autre cas, au même stade du processus d'élaboration de la loi, organisé par la Constitution.

S'agissant des projets de loi, le Conseil d'État intervient, en vertu du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution, à un moment où le conseil des ministres n'a pas encore délibéré du projet : le Conseil d'État, qui participe à l'élaboration de la loi, est, par suite, en mesure d'adopter son propre texte qui est ensuite transmis au Gouvernement.

En revanche, pour ce qui est des propositions de loi, l'avis intervient à un moment où un membre du Parlement a déjà fait usage de son droit d'initiative et a déposé une proposition de loi sur le bureau de l'assemblée parlementaire considérée. Cette proposition a été rendue publique et, même si son texte n'a pas encore été examiné en commission, le parlementaire a fait usage de son droit constitutionnel, de sorte que le dépôt de la proposition de loi a en quelque sorte cristallisé le texte dont est saisi le Conseil d'État. Il est apparu à l'assemblée générale que cette distinction essentielle impliquait une formulation différente de l'avis et ne permettait pas au Conseil d'État de réécrire une proposition ou d'adopter un projet alternatif à la proposition de loi déjà déposée. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que, pour certains articles ou parties d'articles, des suggestions d'ordre rédactionnel figurent dans l'avis. En outre, le Conseil d'État a estimé qu'il ne lui appartenait pas, dans le cadre de la procédure d'avis prévue par le dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, d'examiner les questions que peuvent soulever les dispositions de la proposition de loi au regard des exigences résultant de l'article 40 de la Constitution. Tel n'est pas le but, en effet, que la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a poursuivi en instituant cette nouvelle procédure de consultation, qui porte sur le contenu de la proposition de loi et non sur sa recevabilité. Au demeurant, les propositions de loi étant soumises au Conseil d'État pour avis après leur dépôt, leur recevabilité financière doit être réputée avoir déjà fait l'objet d'un examen et d'une décision positive de la part des instances compétentes de l'Assemblée parlementaire sur le bureau de laquelle elle a été déposée. Ce n'est donc pas sur ce point que porte la consultation du Conseil d'État décidée par le président de cette assemblée.

Enfin, le Conseil d'État a considéré que la question de la publicité à réserver à son avis relève de la seule compétence des organes de l'Assemblée parlementaire qui l'a saisi. En l'espèce, l'auteur de la proposition s'est exprimé comme suit sur cette question (rapport public n° 2095, pages 16 à 20) : *« L'avis du Conseil d'État a été adressé au président de l'Assemblée, qui l'a transmis à l'auteur de la proposition de loi. La question de la publicité de l'avis a été évoquée en Conférence des présidents et il a été fait le choix que cet avis serait rendu public sur toutes les dispositions dont l'auteur ne proposait pas la suppression. En effet, dans la procédure relative aux projets de loi, le Gouvernement saisit le Conseil d'État d'un avant-projet, enregistre ses observations et modifie le texte en conséquence avant sa présentation en conseil des ministres ; dans ce cadre, les observations du Conseil d'État n'ont pas vocation à être connues. S'agissant des propositions de loi, le Conseil d'État ne peut être saisi que de propositions déjà déposées. Toutefois, il est normal que l'auteur du texte tire les conséquences de son avis ! »*.

Grâce à la présence de l'auteur de la proposition à la séance d'assemblée générale, au concours des administrateurs de l'Assemblée nationale, à la collaboration permanente des administrations centrales présentes lors des réunions avec les rapporteurs, selon la procédure autorisée par le secrétariat général du Gouvernement, à la fourniture régulière et ponctuelle de fiches justificatives et

d'analyses d'impact, aux modalités procédurales arrêtées par le Conseil d'État et à la forte mobilisation de ses formations consultatives, les conditions d'examen de ce projet de loi ont été aisées et fluides, en dépit de la nouveauté de la procédure et des interrogations qui en résultaient.

Contenu de l'avis

En raison de la grande diversité des dispositions rassemblées dans cette proposition de loi, les observations du Conseil d'État sont retracées, selon la matière sur lesquelles elles portent, dans le bilan d'activité de l'assemblée générale ou dans celui des sections.

Autres éléments d'analyse

Actes

Procédures consultatives

À l'occasion de l'examen de la demande d'avis sur la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, l'assemblée générale a été conduite à apprécier la conformité à la Constitution de deux importantes réformes de la procédure consultative.

Elle a estimé en premier lieu que la possibilité prévue par l'article 8 de la proposition d'organiser des consultations ouvertes à la place des consultations d'organismes prévues par des dispositions législatives ou réglementaires ne se heurte à aucune objection de principe. Elle a émis cependant trois observations.

D'une part, le champ de ce dispositif devrait être circonscrit aux consultations de commissions consultatives, ce qui n'affecterait pas les obligations de consultation concernant les autorités administratives indépendantes, ce que prévoit déjà la proposition de loi, mais aussi celles imposant la consultation des collectivités territoriales, d'établissements publics et de diverses institutions publiques.

D'autre part, il y aurait lieu d'exclure explicitement les consultations qui traduisent un pouvoir de proposition.

Enfin il conviendrait, dans un souci de sécurité juridique, de dresser la liste des consultations mettant en œuvre le principe de participation et qui seraient hors du champ du nouveau dispositif, telles par exemple celles requises pour l'extension des conventions et accords collectifs par les articles L. 2261-15 et suivants du code du travail, celles impliquant, dans les trois fonctions publiques, les conseils supérieurs et les comités techniques créés en application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ou encore celles imposées par l'article L. 4124-1 du code de la défense relatif au Conseil supérieur de la fonction militaire.

Concernant, en second lieu, l'article 35 de la proposition de loi, l'assemblée générale a relevé qu'il n'y a pas d'obstacle à ce que, dans le cas des consultations facultatives comme dans celui des consultations obligatoires, seules les

irrégularités substantielles, c'est-à-dire celles ayant exercé une influence sur le sens de la décision prise, puissent être de nature à entacher la légalité de cette décision.

En revanche, la disposition prévoyant que les irrégularités pouvant affecter la légalité d'un avis rendu, lorsque l'organisme consulté a été saisi de façon facultative, sont sans incidence sur la légalité des décisions prises au vu de cet avis, lui est apparue comme susceptible de poser problème au regard de la garantie des droits qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du droit à un recours juridictionnel effectif.

Enfin, l'assemblée générale a estimé qu'il y aurait lieu de prévoir expressément que la présente disposition s'applique au cas des consultations ouvertes prévues par l'article 8 de la proposition de loi.

Compétence. Domaine respectif de la loi et du règlement

Déclassement de propositions législatives intervenues dans le domaine réglementaire

Lorsque le Gouvernement entend modifier un texte de forme législative mais de nature réglementaire, il lui appartient de mettre en œuvre la procédure de déclassement prévue par le deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution, puis de modifier le texte en cause par décret. Les articles 4, 7 et 8 du projet de loi du Gouvernement qui modifient trois articles de la partie législative du code de l'action sociale et des familles sont relatifs à la composition de trois instances aux compétences purement consultatives. Du fait de leur nature réglementaire, le Conseil d'État a considéré qu'ils devaient être écartés du projet.

Principes fondamentaux du droit du travail – Agréments des organismes paritaires collecteurs

L'article 15 du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie supprime, dans un délai de deux ans suivant la publication de la loi, la validité des agréments délivrés à tous les organismes collecteurs paritaires des fonds de la formation professionnelle continue (OPCA, FAF, OPACIF). Le Conseil d'État a estimé que le principe de l'agrément des organismes collecteurs, et donc aussi la caducité automatique de tous les agréments existants, relèvent du domaine de la loi. En outre, la loi ne peut pas se contenter de poser le principe de l'agrément et de renvoyer les conditions d'agrément au pouvoir réglementaire : les grands principes des critères permettant d'accorder l'agrément doivent figurer dans la loi, dès lors qu'il s'agit d'encadrer l'exercice d'une activité ou d'une liberté garanties par l'article 34 de la Constitution. En l'espèce, l'activité peut être considérée comme étant de service public dès lors qu'elle consiste à recouvrer un prélèvement obligatoire pesant sur les employeurs, et la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas en cause. Pour autant, il s'agit d'encadrer l'initiative prise par les partenaires sociaux d'organiser la gestion des fonds de la formation professionnelle continue, dont la mise en œuvre constitue un objectif constitutionnel en application de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et un principe fondamental du droit du travail.



Capitaux, monnaie, banques – Régulation financière

Les formations consultatives du Conseil d'État, notamment son assemblée générale, sa commission permanente et sa section des finances ont été étroitement associées, en 2009, à l'élaboration des textes normatifs destinés à limiter la portée de la crise financière qui a débuté à l'été 2007.

Prévention du blanchiment des capitaux

Dès le mois de janvier 2009, il a examiné un projet d'ordonnance relatif à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Ce projet trouvait son fondement dans le 4^o de l'article 152 de la loi n^o 2008-776 du 4 août 2008, qui autorise le Gouvernement à transposer la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 du Parlement et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ainsi que la directive 2006/70/CE du 1^{er} août 2006 de la Commission portant mise en œuvre de la précédente. Cet article 152 lui permet également de prendre des mesures pour « rendre plus efficace la législation relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ». Il l'habilite enfin à adopter des dispositions « pour faciliter la mise en œuvre des mesures de gel des avoirs non terroristes » décidées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Union européenne. Le Conseil d'État a estimé que les dispositions du projet d'ordonnance prévoyant un régime particulier de déclaration des soupçons de blanchiment ou de financement du terrorisme pour des sommes ou des opérations soupçonnées de provenir de la fraude fiscale n'étaient pas compatibles avec les dispositions des directives à transposer. En effet, il a relevé tout d'abord que, pour assurer la transposition de la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005, le projet d'ordonnance prévoit au I de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier que les personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme doivent déclarer au service de Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) les sommes ou les opérations dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme. Dès lors que la fraude fiscale est, en vertu de l'article 1741 du code général des impôts, un délit passible notamment d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, l'obligation de déclaration édictée par le I de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier porte, entre autres, sur les sommes ou opérations suspectées de provenir de la fraude fiscale. Un tel dispositif est à la fois nécessaire et suffisant pour éviter que la fraude fiscale ne serve de support au blanchiment, d'autant que la directive ne comporte pas de mesures spécifiques relatives à la lutte contre la fraude fiscale. Certes, il aurait été possible de considérer que les dispositions du II de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier issues du projet du Gouvernement lesquelles, s'agissant de la fraude fiscale, dérogent au I du même article, ont pour but de rendre plus efficace la législation relative à la lutte contre le blanchiment. En effet, en évitant la transmission à TRACFIN de l'ensemble des déclarations de soupçon de blanchiment comportant un élément de fraude fiscale, ces dispositions permettraient de mieux orienter l'action de ce service. Toutefois, le Conseil d'État a estimé que l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 152 de la loi du 4 août 2008 ne pouvait conduire à méconnaître les obligations inhérentes à la transposition de la direc-

tive 2005/60/CE en créant, par dérogation au I de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier, des modalités particulières pour la déclaration de soupçons de blanchiment en relation avec la fraude fiscale. Le II de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier a par conséquent été disjoint.

Pour des motifs analogues, le Conseil d'État a disjoint les dispositions de l'article 28 du projet insérant dans le livre des procédures fiscales une procédure spécifique d'examen par la Commission des infractions fiscales, de faits révélés par des déclarations auprès du service TRACFIN, de sommes ou opérations dont leur auteur soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale. Il a également disjoint l'article 19 du projet qui institue un mécanisme de contrôle des investissements réalisés en France dans le secteur des casinos. En effet, il a constaté qu'une telle mesure n'était pas nécessaire pour la transposition de la directive n° 2005/60/Conseil d'État, dont l'article 10 énonce, en son § 1, que les États membres « *imposent l'identification et la vérification de l'identité de tous les clients de casinos qui achètent ou vendent des plaques ou des jetons pour un montant de 2 000 euros au moins* » et dispose, en son paragraphe 2, qu'en tout état de cause les casinos soumis au contrôle des pouvoirs publics sont réputés satisfaire aux obligations de vigilance à l'égard de la clientèle si, avant ou dès l'entrée de la salle de jeu, ils procèdent à l'enregistrement, à l'identification et à la vérification de l'identité des clients. Or, il est déjà satisfait à ces exigences par les dispositions des articles L. 561-2 (9°), L. 561-5 (III) et L. 561-13 du code monétaire et financier dans leur rédaction résultant du projet et il est déjà procédé à la transposition des mesures concernant les déclarations de soupçons. Dans un tel contexte, le fait de soumettre, en sus de ces dispositions, les investissements opérés dans le secteur d'activité considéré à un régime d'autorisation d'investissement, qui pourrait conduire l'autorité administrative à refuser l'investissement projeté s'il existe une présomption sérieuse que l'investisseur est susceptible de commettre certaines infractions pénales, n'apparaît pas utile pour atteindre l'objectif visant à lutter plus efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, dès lors que les autorités publiques disposent, en vertu de la loi du 15 juin 1907, de pouvoirs particulièrement étendus pour refuser ou révoquer l'autorisation nécessaire à la pratique des jeux dans ces établissements. En outre, l'article 39 de la directive 2005/60/CE fait obligation aux États membres de veiller à ce que les personnes physiques et morales entrant dans son champ d'application puissent être tenues pour responsables des dispositions nationales adoptées pour la transposer en spécifiant que les sanctions prévues doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». Si le Conseil d'État a relevé que, pour l'essentiel, le projet d'ordonnance assure la transposition de cet article 39, en revanche le projet du Gouvernement n'incluait pas, dans son dispositif, les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art. Le Conseil d'État a considéré que le respect du principe d'égalité devant la loi devait conduire à prévoir l'application des mêmes règles aux professions en cause, dès lors qu'elles sont astreintes, en vertu du projet, aux obligations de vigilance et de déclaration. Il ne pourrait en aller autrement que si ces professions ne se trouvaient pas assujetties à ces obligations. À cet égard, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que pour les professions considérées, la directive se limite à imposer une interdiction du paie-



ment des transactions en espèces au-dessus d'un certain montant, interdiction prévue de manière générale par le projet d'ordonnance.

Garantie de l'État – Prorogation. Système bancaire

Lors de l'examen du projet de loi de finances 2010, le Conseil d'État (commission permanente) a été saisi d'un projet d'article ayant pour objet de modifier l'article 6 de la loi du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie de façon à permettre, en cas de nouvelle et grave perturbation des marchés financiers constatée par décret, une prolongation du dispositif par lequel l'État accorde sa garantie aux emprunts émis jusqu'au 31 décembre 2009 par la Société de financement de l'économie française (SFEF) pour refinancer les banques. Il lui a donné un avis favorable, dès lors qu'il était compatible avec le droit communautaire.

Paradis fiscaux – Notion. Déductibilité des paiements. Impôt sur le revenu

Deux dispositions essentielles, en matière de régulation financière, ont également été examinées par le Conseil d'État à l'occasion du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2009. En premier lieu, il s'est livré au travail délicat de définition de la notion d'« États ou territoires non coopératifs », autrement dit les paradis fiscaux, aux fins d'examiner utilement le régime fiscal spécifique appliqué aux mouvements de capitaux en provenance ou à destination de ces États ou territoires non coopératifs. À cette occasion, il n'a pas estimé possible de prévoir que, comme le faisaient les dispositions du projet, pour la détermination du revenu imposable pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, aucune somme payée par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales domiciliées dans un État ou territoire non coopératif ne pourrait être admise en charge déductible pour le contribuable français, même si celui-ci apportait la preuve que la somme correspondait à une opération réelle et n'avait pas un caractère exagéré. Le Conseil d'État a considéré que la prohibition de la déduction de toute charge du revenu imposable, sans possibilité d'apporter la preuve de la réalité de l'opération et du caractère non exagéré de la dépense, méconnaissait les règles fondamentales de détermination de l'assiette de l'impôt et, par suite, malgré l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la lutte contre les pratiques des États et territoires non coopératifs, n'était pas compatible avec le principe d'égalité devant les charges publiques. En second lieu, le projet de loi de finances rectificative pour 2009 instituait une procédure dérogatoire d'établissement de l'assiette de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés reposant sur des présomptions, afin de mieux lutter contre les activités lucratives non déclarées. Selon le projet, les personnes se trouvant en possession de certains biens, objets de trafics illicites ou qui permettent de s'y livrer, seraient ainsi présumées avoir perçu, au cours de la même année, des revenus imposables d'un montant égal à la valeur de ces biens. Le Conseil d'État a estimé que ce texte, accompagné d'une évaluation préalable insuffisante, comportait trop d'imprécisions qui fragilisaient le dispositif dérogatoire qu'il mettait en place. Celles-ci portaient, en effet, sur des éléments constitutifs essentiels de ce dispositif : l'articulation de cette procédure d'établissement de l'impôt avec une procédure pénale en cours ; l'appréciation des notions de disposition et de valeur vénale des biens constituant l'objet ou l'instrument des infractions visées, alors que cette valeur permet de déterminer un revenu imposable ; le champ d'application *ratione materiae* de la règle d'as-

siette envisagée ; les modes d'administration de la preuve contraire. Dès lors, le Conseil d'État n'a pu émettre un avis favorable sur ce texte.

Banques – Régulation des acquisitions – Financement de l'économie

Enfin, à la fin de l'année 2009, le Conseil d'État a été saisi, outre d'un projet d'ordonnance relatif à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier, d'un important projet de loi de régulation bancaire et financière dont la première partie mettait en œuvre les premières décisions de la communauté internationale (G20, G7, Union européenne) pour renforcer la régulation du secteur financier et améliorer le dispositif national de prévention et de gestion des crises ; sa seconde partie avait pour objet de fluidifier les circuits de financement de l'économie au bénéfice des entreprises, notamment des PME, et des ménages, aux fins de favoriser la reprise de l'activité. Le Conseil d'État a émis un avis favorable sur l'essentiel des dispositions de ce projet, tout en regrettant de devoir constater qu'il n'était pas en mesure de procéder à l'examen de son article 1^{er}, instituant un conseil de régulation financière et des risques systémiques, à défaut de consultation préalable de la Banque centrale européenne (v. bilan de la section des finances page 166).

Collectivités territoriales

Transfert et extension de compétence déjà transférés – Compensation par des ressources déterminées par la loi de finances – Entrée en vigueur en même temps que la loi de finances opérant cette compensation.

L'article 20 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit a notamment pour objet de transférer aux régions le financement du fonctionnement et de l'investissement des organismes de formation des « *cadres de santé* », jusqu'ici assuré par l'État en application du décret n° 95-926 du 18 août 1995, le Conseil d'État a relevé que cette compétence venait s'ajouter au bloc de compétences en matière de formation de l'ensemble des auxiliaires médicaux, transférées par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, et qu'il y avait donc lieu de regarder la formation des cadres de santé comme l'extension d'une compétence déjà transférée. Il a d'autre part rappelé que le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution prévoit que les extensions de compétences sont compensées par « *des ressources déterminées par la loi* » et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003) fait de cette compensation une des conditions de l'entrée en vigueur des dispositions en cause. Aussi a-t-il suggéré, pour tenir compte de cette jurisprudence et prévenir toute difficulté de caractère constitutionnel, d'insérer, dans la proposition de loi, une disposition rappelant que les articles ayant pour objet le transfert aux régions du financement de la formation des cadres de santé « *entrent en vigueur en même temps que les dispositions de la loi de finances compensant les charges résultant, pour les régions, des compétences étendues par ces articles* ».

Comptabilité publique

Juridictions administratives et juridictions financières

Le Conseil d'État, saisi d'un projet de loi portant réforme des juridictions financières, n'a pas pu donner un avis favorable à deux séries de dispositions du projet.

En premier lieu, la création d'une unique juridiction, en lieu et place des deux niveaux constitués par les chambres régionales et la Cour des Comptes, a conduit les auteurs du projet à prévoir l'instauration d'une Cour d'appel des juridictions financières, dont la particularité serait de n'avoir autorité que sur une seule juridiction, la Cour des Comptes dans sa nouvelle acception, en dehors d'appels sans doute rares à l'encontre des jugements des comptes par les six chambres territoriales compétentes à l'égard des collectivités d'outre mer. Le motif d'intérêt général justifiant cette création *ex nihilo* n'a pas pu être établi. Aucune exigence tirée de la Constitution, d'engagements conventionnels de la France ou de principes de portée supra-législative n'impose, dans une matière juridictionnelle qui ne présente pas un caractère strictement pénal, un double degré de juridiction. L'autorité reconnue à la Cour des comptes dans le perfectionnement et l'adaptation du droit des finances publiques et les garanties entourant ses procédures juridictionnelles ne rendent pas nécessaire la création d'une cour d'appel dont la fonction, dans tout ensemble de juridictions, est d'harmoniser les conceptions guidant les jugements des juridictions inférieures et de parfaire la qualité juridique de ces jugements. Les relations entre une telle cour d'appel, ne statuant que sur un faible nombre de litiges, et la Cour des comptes, dont elle émanerait pour l'essentiel, introduiraient en outre des difficultés au regard du respect des principes d'indépendance et d'impartialité. Le Conseil d'État a, par suite, disjoint l'article instituant cette nouvelle juridiction en relevant, toutefois, que rien ne s'oppose à ce que, dans des cas le justifiant, soit instituée au sein de la Cour des comptes elle-même, une procédure de réexamen, par une formation supérieure, d'une affaire sur laquelle aurait déjà statué l'une des chambres.

En second lieu, le Conseil d'État n'a pu qu'écarter la disposition du projet qui entendait instaurer, sous le nom de Tribunal de cassation des juridictions financières, une nouvelle juridiction suprême ayant pour fonction de se prononcer en cassation sur les pourvois dirigés contre les jugements de la Cour d'appel des juridictions financières. Il a relevé que cette instauration, introduisant un troisième ordre juridictionnel, distinct des ordres judiciaire et administratif, se heurterait au principe constitutionnel qui a été en dernier lieu consacré par l'article 61-1 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, lequel, en réservant au Conseil d'État et à la Cour de cassation, en leur qualité de juridictions suprêmes, la mission d'ouvrir l'accès du Conseil constitutionnel aux justiciables, confirme qu'il n'y a en France que deux ordres de juridictions. Comme le prévoient les articles L. 411-1 du code de l'organisation judiciaire et L. 331-1 du code de justice administrative, il ne peut y avoir qu'une seule juridiction de cassation au sommet de chacun de ces deux ordres de juridictions. Par suite, la Cour des comptes, juridiction administrative, ne peut relever en cassation que du Conseil d'État.

L'analyse faite par le Conseil d'État à l'automne 2009 a été confirmée par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution), dont le troisième considérant relève que le constituant « a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres

de juridictions reconnus par la Constitution, les compétences pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité.»

Contributions, taxes et redevances

Fiscalité de l'État

Impositions de toutes natures – Recettes du fonds paritaire. Affectation d'une imposition existante – Création d'une imposition nouvelle

L'article 9 du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie crée un fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels dont les ressources comprennent une fraction de la participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue ainsi que le versement des excédents financiers dont disposent les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA). Le Conseil d'État a considéré que le versement au fonds d'une fraction de la participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue, qui est collectée par les organismes collecteurs paritaires agréés, constitue une nouvelle modalité d'affectation d'une imposition déjà existante recouvrée par ces organismes et non la création d'une imposition pesant sur ces organismes. Il a toutefois estimé nécessaire, au regard de l'article 34 de la Constitution, de fixer une fourchette limitée de taux à l'intérieur de laquelle le pouvoir réglementaire pourra fixer cette fraction, afin que la loi épuise complètement sa compétence en matière de détermination des modalités d'affectation d'une imposition de toutes natures. En revanche, il a considéré que le versement obligatoire au fonds des excédents financiers des organismes collecteurs paritaires agréés constitue par lui-même une imposition de toutes natures. Il a donc précisé, en application de l'article 34 de la Constitution, le mode de calcul de son assiette, par référence au plan comptable des associations, et ses modalités de recouvrement, en prévoyant un recouvrement forcé selon les règles applicables en matière de taxe sur le chiffre d'affaires.

Fiscalité locale – Remplacement de la taxe professionnelle

Imposition forfaitaire – Règles d'assiette

Dans le cadre du projet de loi de finances pour 2010, le Conseil d'État a examiné un projet de réforme de la fiscalité locale instituant une imposition forfaitaire visant certaines entreprises de réseaux, décomposée en plusieurs taxes sectorielles assises sur certaines installations de production d'électricité, les transformateurs électriques, les stations radioélectriques, le matériel roulant utilisé sur le réseau ferré national pour des opérations de transport de voyageurs, les répartiteurs principaux de la boucle locale cuivre et les installations de stockage de déchets nucléaires. Considérant que lorsque le législateur définit les règles d'assiette d'un prélèvement obligatoire, il est soumis au respect du principe d'égalité devant les charges publiques, il a estimé qu'il doit veiller à la cohérence de la définition des personnes assujetties à la nouvelle taxe, celles-ci devant présenter des caractéristiques propres les distinguant des autres personnes. Les critères permettant de les identifier doivent être objectifs et rationnels au regard de l'objectif que le législateur poursuit, lequel peut être purement budgétaire. Examinant les nouvelles taxes sectorielles à l'aune de ce principe et de ces critères, le Conseil a estimé qu'elles n'y contrevenaient pas. En premier lieu, la définition

des personnes assujetties, qui appartiennent à des secteurs d'activité bien identifiés en droit comme en fait et exploitent des matériels spécifiques, est apparue cohérente. En second lieu, il a relevé que les redevables ainsi définis, d'une part, font partie des secteurs principaux bénéficiaires de la réforme de la fiscalité locale, sans être particulièrement exposés à la concurrence internationale et, d'autre part, utilisent des assiettes aisément localisables, et dont la taxation permettra de compenser en partie les désagréments qui découlent de l'accueil de ces installations sur le territoire d'une collectivité. Dès lors, les règles définissant le champ de ces nouvelles impositions ont été conçues de manière objective et rationnelle au regard de l'objectif de financement des collectivités territoriales.

Régime transitoire – Principe d'autonomie financière des collectivités territoriales – Compensation

Lors de l'examen du même projet de loi de finances, le Conseil d'État s'est penché sur la constitutionnalité du dispositif transitoire selon lequel les collectivités territoriales percevront, cette année-là, à la place du produit de la taxe professionnelle, une compensation transitoire versée par l'État d'un montant égal à la différence entre le produit reconstitué de la taxe professionnelle qu'elles auraient perçue en l'absence de réforme et le montant effectivement acquitté par les entreprises dans le cadre de cette réforme.

En effet, aux termes du dernier alinéa de l'article L.O. 1114-3 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : «*Pour chaque catégorie, la part des ressources propres ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003*». Or, le mécanisme transitoire, ci-dessus exposé, reposant sur le versement par l'État d'un complément de ressources aux collectivités territoriales a pour conséquence la méconnaissance, en 2010, du principe d'autonomie financière des collectivités territoriales prévu à l'article 72-2 de la Constitution. Toutefois, le Conseil d'État a estimé que cette méconnaissance des exigences constitutionnelles en 2010 n'était pas susceptible de remettre en cause la constitutionnalité du projet du Gouvernement dès lors, d'une part, que le dispositif transitoire de compensation était justifié par l'ampleur de la réforme et ses contraintes techniques et, d'autre part, que le projet prévoyait les dispositions permettant, dès 2011, le respect du principe constitutionnel d'autonomie financière des collectivités territoriales.

Défense

Lutte contre la piraterie

L'assemblée générale a examiné un projet de loi relatif à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer. Ce projet confère de larges compétences de police aux commandants des bâtiments et aéronefs de l'État, chargés de la surveillance en mer dans le cadre de répression de la piraterie. Ces pouvoirs leur permettent de prendre des mesures de coercition s'étendant, le cas échéant, à des mesures de privation de liberté. En vertu des dispositions de l'article L. 1521-2 du code de la défense, ces mêmes autorités disposent de pouvoirs identiques dans le cadre plus général de l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer.

L'assemblée générale a observé que les nouvelles dispositions permettaient un contrôle des mesures de coercition et de privation de liberté prises dans le cadre d'opérations en mer et donc d'assurer la conformité de ces opérations à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Contrôle des armements

L'assemblée générale a examiné deux projets de loi visant à renforcer le contrôle des armements et relatifs l'un à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, l'autre à l'élimination des armes à sous-munitions. Elle a veillé à la cohérence de la gradation des sanctions pénales prévues par ces textes avec les dispositions déjà en vigueur, en la matière, dans le code de la défense et au respect de la corrélation mise en œuvre par le nouveau code pénal, entre le montant de l'amende encourue et la durée de la peine privative de liberté.

À l'occasion de l'examen du projet de loi tendant à l'élimination des armes à sous-munitions ayant pour objet la transcription en droit interne des obligations résultant pour la France de la convention d'Oslo du 3 décembre 2008, l'assemblée générale a été amenée, en outre, à rappeler la distinction, s'agissant de l'entrée en vigueur des obligations nées d'une convention internationale, entre, d'une part, l'entrée en vigueur en droit international ou l'entrée en vigueur pour la France, qui résulte des stipulations prévues par la convention en cause et du dépôt par la France de ses instruments de ratification et, d'autre part, l'entrée en vigueur en droit interne qui résulte de la publication au *Journal officiel de la République française* de la convention. Dans ces conditions, si le Gouvernement entend établir un lien entre l'entrée en vigueur d'une loi transcrivant les obligations nées d'une convention et l'entrée en vigueur de la convention proprement dite, ce ne peut être que l'entrée en vigueur de cette dernière en droit interne, en particulier si la loi comporte des sanctions pénales. Le Conseil d'État a donc retenu comme date d'entrée en vigueur de la loi elle-même le lendemain de la publication au *Journal officiel* de la convention internationale.

Droits civils et individuels

Libertés publiques et libertés de la personne – Liberté d'expression

Examinant le projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, dit *Hadopi 2*, le Conseil d'État (commission permanente) a précisé les conditions auxquelles ce projet pouvait satisfaire aux exigences de constitutionnalité.

Pour concilier l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice de la liberté d'expression et de communication, et ne porter à cette dernière que des atteintes proportionnées à l'objectif poursuivi comme l'a exigé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, le Gouvernement peut instituer une contravention de la cinquième classe punissant par la peine complémentaire de la suspension de son abonnement le titulaire d'un accès à internet qui a laissé par négligence un tiers commettre le délit de contrefaçon au moyen de cet accès, à la condition que l'infraction soit suffisamment caractérisée, notamment que l'abonné soit non seulement préalablement averti du manquement à l'obligation de surveillance qui lui est imputé, mais qu'il ait reçu des recommandations précises, valant mise en demeure, concernant la manière de satisfaire à cette obligation.

En outre, eu égard aux caractères de la liberté d'expression et de communication rappelés par la décision du Conseil constitutionnel, cette peine complémentaire ne peut, sans que soit méconnu le principe de proportionnalité des peines, excéder la durée d'un mois.

Établissements publics et groupements d'intérêt public. Régime

L'assemblée générale a donné un avis favorable aux dispositions du chapitre II de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit déjà évoquée, qui refond le régime juridique des groupements d'intérêt public, et estime qu'aucun principe ne fait obstacle à ce que l'article 69 dispose que, quelle que soit la nature de l'activité du groupement, la convention constitutive peut choisir de soumettre le personnel propre du groupement à un régime de droit privé ou de droit public. Cette détermination par la loi vise à déroger, en tant que de besoin, au critère jurisprudentiel de répartition des compétences juridictionnelles.

Elle observe, par ailleurs, qu'il n'y a pas lieu de prévoir l'assujettissement des groupements d'intérêts publics au code des marchés publics. Dans le silence de la loi, les groupements d'intérêt public lorsqu'ils seront pouvoirs adjudicateurs, seront soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Fonction publique

La rénovation du dialogue social dans l'administration

L'assemblée générale a examiné un projet de loi relatif à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique qui vise notamment à faire de l'audience aux élections professionnelles le critère de la représentativité syndicale et à développer les négociations à tous les niveaux dans les trois fonctions publiques.

L'assemblée générale a donné un avis favorable à une disposition du projet de loi prévoyant que les compétences acquises dans l'exercice d'un mandat syndical sont prises en compte au titre des acquis de l'expérience professionnelle.

Cette disposition a pour objet de reconnaître le droit des fonctionnaires exerçant ou ayant exercé un mandat syndical à bénéficier comme les autres fonctionnaires des dispositions de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 qui prévoit la prise en compte des acquis de l'expérience professionnelle dans les différents moments du déroulement de la carrière.

L'assemblée générale a estimé que l'expérience acquise dans le cadre de l'exercice d'un mandat syndical, lequel n'est pas détachable du service et correspond à une mission d'intérêt public, est une expérience professionnelle de la nature de celle dont la loi du 12 février 2007 autorise la prise en compte. Par suite, le législateur peut autoriser la prise en compte de cette expérience syndicale sans méconnaître la liberté syndicale, étant observé que l'administration devra veiller, au stade des appréciations qu'elle sera conduite à porter, à ne pas pénaliser ou à ne pas avantager les fonctionnaires titulaires de mandats syndicaux par rapport à leurs collègues.

En revanche l'assemblée générale n'a pu donner son accord à une disposition prévoyant que « les garanties offertes aux agents publics ne peuvent en aucune

manière être affectées par les votes ou les opinions qu'ils ont émis dans l'exercice de leur mandat syndical».

En effet, cette disposition ferait, en substance, double emploi avec les garanties données à la liberté syndicale par le deuxième alinéa de l'article 6 et par le premier alinéa de l'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. En outre, la formulation de la nouvelle règle n'est pas dénuée d'ambiguïté et pourrait, du fait de l'énoncé retenu, laisser penser, contrairement aux intentions du Gouvernement, qu'elle aurait pour effet, en réalité, de lever l'obligation de réserve à laquelle sont tenus tous les fonctionnaires, y compris, en tenant compte de l'objet de ce mandat, ceux qui sont titulaires d'un mandat syndical.

Enfin l'assemblée générale a assorti son accord au projet à certaines réserves. S'il lui est apparu possible de se référer au «*respect des valeurs républicaines et d'indépendance*», critères déjà posés par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, pour déterminer les conditions auxquelles doivent satisfaire les syndicats de fonctionnaires pour pouvoir présenter des candidats aux élections professionnelles, l'assemblée générale a en revanche disjoint une disposition donnant une définition de ces valeurs républicaines. Une telle disposition qui n'a d'ailleurs pas été retenue dans la loi précitée ne saurait relever d'une loi particulière, de surcroît relative à la seule fonction publique. Il reviendra aux juridictions, éclairées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, de s'assurer, au cas par cas et eu égard à l'objet de l'action syndicale, que tel ou tel syndicat ne respecte pas les valeurs républicaines.

En deuxième lieu l'assemblée générale a admis que l'abandon du paritarisme dans toutes les instances consultatives, à l'exception des commissions administratives paritaires, rendait inapplicable à ces instances le recours à des proportions entre les hommes et les femmes pour désigner les représentants de l'administration prévus par le second alinéa de l'article 12 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984. Elle a, en revanche, estimé que le second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et qui dispose que «*la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes... aux responsabilités professionnelles et sociales*» faisait obstacle à l'abrogation de cet alinéa, dans la mesure où les commissions administratives paritaires mentionnées aux articles 12 et 13 de la loi du 11 janvier 1984 conservent un caractère paritaire. A donc été introduite une disposition préservant l'application du second alinéa de l'article 12 à ces commissions.

Elle a observé, en troisième lieu, que si le Gouvernement entendait développer la négociation sociale à tous les niveaux dans les trois fonctions publiques, les accords en résultant continueraient de ne pas lier l'autorité administrative. En effet, en vertu de l'article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, laquelle demeure sur ce point inchangée, «*le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire.*»

Afin cependant d'éviter que les règles de validité des accords, introduites à l'article 8 *bis* de la même loi par le projet examiné, ne puissent être regardées comme des conditions de la légalité externe des actes réglementaires intervenant pour mettre en œuvre de tels accords, ce qui ne correspondrait pas à l'intention du Gouvernement, le Conseil d'État a été conduit à disjointer les dispositions du projet selon lesquelles les négociations étaient «*préalables*» à l'établissement de ces actes réglementaires.

En quatrième lieu l'assemblée générale n'a pu donner son accord à une disposition prévoyant que serait valide, dans la période transitoire s'achevant au plus tard le 31 décembre 2013, un accord signé par «*aux moins deux organisations syndicales*» ayant recueilli au total au moins 20 % des voix. Dans la mesure où l'audience mesurée par les suffrages recueillis aux élections professionnelles par les syndicats signataires devient l'une des conditions de validité des accords, il lui est apparu que la disposition envisagée méconnaissait l'égalité de traitement entre les organisations syndicales, en ne permettant pas de reconnaître comme valide un accord signé par une organisation syndicale réunissant à elle seule au moins 20 % des voix.

Enfin, eu égard à l'objet du Conseil supérieur de la fonction publique créé à l'article 9 *ter* de la loi précitée du 13 juillet 1983, à celui du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État et à celui du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, il a paru nécessaire de prévoir expressément que les sièges des représentants des organisations syndicales dans ces conseils seraient répartis, non seulement en fonction des résultats des élections des comités techniques, mais aussi en fonction des résultats aux élections aux instances qui, en vertu de dispositions législatives spéciales, tiennent lieu de comités techniques dans les entreprises, établissements ou organismes qui emploient des fonctionnaires et des agents non titulaires dans des conditions dérogatoires. Le projet de loi a par conséquent été complété par trois dispositions en ce sens. Il appartiendra au Gouvernement lors de la constitution ou du renouvellement de ces conseils supérieurs de prendre en compte les suffrages des fonctionnaires et agents non titulaires recueillis dans ces élections particulières.

La protection des fonctionnaires

L'assemblée générale a donné un avis favorable à l'article 37 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ayant pour objet de modifier les modalités d'octroi de la protection des fonctionnaires. Elle a estimé que compte tenu de l'objectif poursuivi et pour éviter toute difficulté d'interprétation de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, il serait utile de mettre l'obligation à la charge de la collectivité publique ou de l'administration qui emploie ou employait le fonctionnaire à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire.

Cette rédaction permettrait de définir, pour l'État, la responsabilité incombant à chaque ministère et de soumettre au même régime, ainsi que la recherche de la proposition de loi, les différents cas de recours à la protection fonctionnelle des agents publics.

Par ailleurs, la possibilité ouverte à l'administration de retirer la protection ne devrait pas être liée aux seules décisions pénales ou civiles mais devrait être étendue à toute décision juridictionnelle.

L'architecture des corps de la fonction publique de l'État

L'assemblée générale a été appelée à répondre à une importante demande d'avis sur l'architecture des corps de la fonction publique de l'État. Le Gouvernement étudie en effet actuellement la possibilité de poursuivre la politique de fusion des corps relevant de départements ministériels différents, mais appartenant aux

mêmes catégories hiérarchiques et filières professionnelles (avis n° 382.741 des 28 et 29 mai 2009, page 391).

Cet avis ouvre la voie à une réforme d'ampleur correspondant à ces orientations tout en rappelant les conditions de nature à garantir le respect des principes constitutionnels d'égalité et de participation auxquels est soumise la gestion des fonctionnaires.

Juridictions administratives et judiciaires

Contrôle et évaluation – Services d'inspection – Garanties et composition

Le Conseil d'État s'est prononcé à la demande du Garde des Sceaux, ministre de la justice, sur la création d'une inspection générale unique du ministère de la justice réunissant des magistrats judiciaires et d'autres agents publics (avis n° 382.293 du 19 février 2009, page 398).

Lois de finances

Loi de finances et ordonnance de l'article 38

Saisi d'un projet d'article tendant à autoriser le Gouvernement à prendre, par ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour mettre fin au statut des conservateurs d'hypothèques, à l'échéance du 1^{er} janvier 2013, le Conseil d'État n'a pu que le disjoindre, bien que les mesures envisagées ne ressortissent pas au domaine exclusif de la loi de finances. En effet, il a considéré qu'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 donc pas applicable aux lois de finances. Il a relevé, en outre, que la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) a défini de manière limitative le domaine de compétence facultatif de la loi de finances. Si le Conseil n'a pas exclu, comme il l'a au demeurant déjà admis, 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 précité, sont de même nature que celles qui y sont énumérées, il a considéré que ni les dispositions de l'article 34 de la LOLF, ni aucun autre article de cette loi organique, ne peuvent être regardés comme habilitant le législateur financier à déléguer les pouvoirs 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 finances initiale

Pacte de stabilité et de croissance – Portée et conséquences – Solde d'exécution

L'examen de l'article d'équilibre du projet de loi de finances pour 2010 a conduit le Conseil d'État à considérer qu'il n'y a pas lieu pour lui de confronter directement les prévisions de recettes et autorisations de dépenses figurant dans le projet de loi de finances, et le solde qui en résulte, avec les engagements

communautaires de la France issus du traité de Maastricht en matière de convergence des politiques économiques et de prévention des déficits publics excessifs. En effet, il résulte du traité instituant la Communauté européenne et des règlements pris pour son application que le respect de ces engagements, qui portent au demeurant sur l'ensemble des finances publiques et non pas seulement sur le budget de l'État, fait l'objet d'une procédure particulière, fondée sur la présentation annuelle par les États membres de « *programmes de stabilité* » à moyen terme. Cette procédure, qui est en définitive entre les mains du Conseil et dans laquelle le recours en manquement est exclu, ne comporte aucun automatisme. Dans ces conditions, un contrôle classique de « *conventionnalité* » de la loi n'est pas justifié ni utile pour la partie chiffrée du projet de loi de finances.

Loi de finances rectificative

Le silence de la LOLF sur les remises de dette consenties dans un but d'intérêt général ne vaut pas interdiction de ce type de mesure et rien, dans les travaux préparatoires de cette loi organique, ne permet de penser que le Parlement ait entendu priver l'État de cette faculté, alors que reste ouverte la voie des subventions, ou encore la procédure de reprise de dette des tiers.

Loi de règlement

Saisi du « *projet de loi de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2008* », le Conseil d'État (commission permanente) lui a donné un avis favorable. L'attention du Gouvernement a toutefois été appelée sur les points suivants. Le Conseil d'État a examiné les conséquences pouvant résulter du second alinéa du nouvel article 47-2 de la Constitution, dont la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en son article 48, n'a pas différé l'entrée en vigueur et qui dispose que : « *Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière* ». En premier lieu, cette disposition étend à toutes les collectivités publiques, en l'élevant au niveau constitutionnel, une obligation qui ne pesait jusqu'à présent que sur l'État, aux termes de l'article 27 de la LOLF, et sur les organismes de sécurité sociale aux termes, de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale. Pour l'État et la sécurité sociale, il sera ainsi impossible au législateur organique de revenir sur les dispositions qu'il a précédemment édictées. En second lieu et s'agissant de l'État, la nouvelle disposition inclut expressément le résultat de gestion dans les comptes soumis aux exigences de régularité, de sincérité et d'image fidèle à la différence de la disposition correspondante de la LOLF figurant à son article 27, qui n'y soumet que les comptes retraçant le patrimoine et la situation financière de l'État. S'il paraît logique de considérer que le compte de résultat issu de la comptabilité générale est un « *résultat de gestion* », au sens de l'article 47-2, second alinéa, l'on ne saurait exclure par principe, bien qu'une telle lecture ne trouve aucun appui dans les travaux préparatoires, une interprétation plus large qui s'étendrait en outre au résultat de la gestion budgétaire. En tout état de cause, en l'absence de toute modification de la LOLF consécutive à l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle, et dès lors que les exigences de fond énoncées par cette disposition ne conduisent pas nécessairement à la modalité particulière de contrôle par la Cour des comptes qu'est la certification, le Conseil d'État a estimé, comme il l'avait fait lors de l'examen des projets de loi de règlement des années 2006 et 2007, qu'il n'existe pas d'obli-

gation, pour l'État, de faire certifier la comptabilité budgétaire de l'année 2008 par la Cour des comptes.

Loi de financement de la sécurité sociale

Cavaliers sociaux – Existence – Régime complémentaire d'assurance vieillesse – Éléments indissociables d'un dispositif financier d'ensemble. Absence

Le Conseil d'État a estimé que la disposition de l'article 13 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 qui étend le bénéfice de la pension de réversion du régime de retraite complémentaire obligatoire (RCO) des exploitants agricoles n'entre pas dans le champ des lois de financement de la sécurité sociale. En effet, cette mesure, qui met à la charge d'un régime complémentaire une dépense nouvelle, ne peut par elle-même être insérée dans une loi de financement, dont le contenu ne peut concerner que les régimes obligatoires de base. Elle ne peut pas davantage être regardée comme constituant un élément indissociable d'un dispositif financier d'ensemble portant sur la modification de l'affectation de recettes de ces régimes de base, au sens de la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-571 du 11 décembre 2008.

Égalité devant les charges publiques – Motif d'intérêt général suffisant pour y déroger. Exonérations de cotisations patronales. Aides à domicile

L'article 18 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 limite le champ de l'exonération à 100 % de cotisations patronales d'assurance vieillesse au titre de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) dont bénéficient les agents titulaires des centres communaux d'action sociale (CCAS) exerçant des fonctions d'aide à domicile aux seuls agents titulaires appartenant au cadre d'emplois des agents sociaux territoriaux, alors que la Cour de cassation (arrêt Cass. 2^e civ, 11 octobre 2007, *CNRACL c/ CCAS de Roissy-en-Brie*, n° 06-16921) a jugé que les agents titulaires exerçant en fait à titre principal les mêmes fonctions d'aides à domicile que ceux appartenant à ce cadre d'emplois y ont aussi droit. Le Conseil d'État a estimé que, si la mesure proposée entraîne une rupture du principe d'égalité entre agents titulaires exerçant des tâches similaires, elle est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant tiré de l'objectif de professionnalisation de l'aide à domicile, qui est en rapport avec l'objet de la mesure consistant à soutenir l'aide à domicile. Seuls les agents titulaires appartenant au cadre d'emplois en cause bénéficient en effet statutairement d'une formation professionnelle adaptée et obligatoire à ce métier.

Majoration d'annuités de retraite des mères de familles – Article 14 CEDH

Depuis 1971, les femmes ayant élevé leurs enfants bénéficient d'une majoration de durée d'assurance. Depuis 1975, cette majoration est de deux ans (techniquement répartis en huit trimestres) et attribuée dès le premier enfant. La Cour de cassation (2^e chambre civile) a jugé, par un arrêt du 19 février 2009, que cette disposition n'était pas compatible avec l'article 14 de la Convention euro-

péenne des droits de l'homme et a donc étendu la majoration aux hommes. Pour répondre à cette évolution tout en garantissant aux mères un avantage pour leur retraite justifié par la réalité de l'incidence de l'éducation des enfants sur leur carrière, le Conseil d'État a proposé au Gouvernement une rédaction de l'article du projet qui tire les conséquences de la jurisprudence de la CJCE et de la CEDH en la matière.

Non-rétroactivité des prélèvements sociaux

L'article 17 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 assujettit aux prélèvements sociaux (CSG, CRDS...) les sommes perçues au titre d'un contrat d'assurance-vie lors du décès de l'assuré. Le Conseil d'État a estimé que le dispositif proposé n'est pas en lui-même rétroactif, dès lors que le fait générateur de la nouvelle imposition est constitué par le décès de l'assuré et que les produits déjà versés en cas de décès antérieur à la date d'entrée en vigueur de la mesure ne seront pas taxés. Les produits capitalisés chaque année sur un contrat d'assurance-vie ne constituent pas un bien acquis tant que le décès, exonérateur d'imposition, n'est pas survenu. Le principe de non-rétroactivité d'une loi fiscale réaffirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 n'est donc pas en cause.

Marchés et contrats

Marchés et contrats – Intervention économique de la puissance publique – activité marchande – Certification des contrats des administrations autres que l'état

Le Conseil d'État, saisi d'un projet de loi portant réforme des juridictions financières, a relevé que ce projet prévoit que la Cour des comptes certifie elle-même les comptes ou rend compte au Parlement de la qualité des comptes des administrations publiques dont elle n'assure pas la certification. A la différence de l'activité de contrôle des comptes des administrations publiques, qui constitue une prérogative de puissance publique, l'activité de certification des comptes des administrations autres que l'État constitue une activité marchande, qui doit respecter les règles de la commande publique et de la libre prestation de services. Les dispositions du projet de loi ne contreviennent pas, en tant que telles, à ces principes mais impliquent de veiller, lors de leur mise en œuvre, à ce que la Cour des comptes propose ses services de certification aux administrations publiques autres que l'État dans le respect de ces obligations et, notamment, en respectant leur liberté de choix et en assurant la facturation de ses travaux dans les conditions du marché.

Outre mer

Ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution – Étendue de l'habilitation législative

Saisi d'un projet d'ordonnance portant diverses dispositions d'adaptation du droit outre mer, le Conseil d'État a précisé l'étendue de l'habilitation permanente que le Gouvernement tient de l'article 74-1 de la Constitution.

Le premier alinéa de l'article 74-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, donne au Gouvernement, dans les collectivités d'outre mer relevant de l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie et

dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, une habilitation à caractère permanent en vue d'étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou d'adapter les dispositions de nature législative en vigueur dans ces collectivités à l'organisation de chacune d'entre elles. Cette habilitation est conférée au Gouvernement sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Le Conseil d'État a relevé que selon les termes de l'article 74 de la Constitution les conditions dans lesquelles les lois et règlements sont applicables dans les collectivités relevant de cet article sont fixées par la loi organique et que le législateur a décidé sur ce fondement, en adoptant la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer, de soumettre les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, ainsi que celle de Mayotte à compter du 1^{er} janvier 2008, à un régime d'application de plein droit des lois et règlements, à l'exception, selon le cas, de certaines matières où les lois et règlements ne sont applicables dans ces collectivités que sur mention expresse et d'autres matières qui sont de leur compétence propre (cf. les dispositions codifiées aux articles L.O. 6113-1, L.O. 6213-1, L.O. 6313-1 et L.O. 6413-1 du code général des collectivités territoriales).

Le Conseil d'État a estimé que, dans les collectivités et les matières régies par le principe d'identité législative, le pouvoir d'adaptation de la législation doit être regardé comme le corollaire de ce principe et qu'il est de même nature dans les collectivités relevant de l'article 74 ou dans celles relevant de l'article 73 de la Constitution. Il s'ensuit que, dans le respect de la finalité d'identité législative qu'implique le choix fait par le législateur organique, les adaptations doivent être justifiées par l'organisation, les caractéristiques ou les contraintes particulières de la collectivité intéressée et proportionnées aux besoins de cette organisation, de ces caractéristiques ou de ces contraintes particulières. À cet égard, le Conseil d'État a estimé que la modification de l'article 74-1 par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas eu pour objet de remettre en cause l'interprétation des dispositions de l'article 74 de la Constitution, conférant au législateur organique le soin de décider du régime d'application des lois et règlements fondé sur la spécialité ou l'identité, telle qu'elle résulte d'une de ses notes (section de l'intérieur) du 11 décembre 2007. La portée de l'habilitation permanente que confère l'article 74-1 de la Constitution au Gouvernement doit donc être appréciée au regard des dispositions de l'article 74 et des lois organiques prises pour son application.

Le pouvoir d'adaptation ne rencontre pas les mêmes limitations, lorsqu'il s'exerce dans les collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution régies par le principe de spécialité législative ou, dans celles qui sont régies principalement par le principe d'identité, pour les matières soumises au principe de spécialité. Le pouvoir de modification de la législation applicable dans la collectivité concernée peut s'étendre à l'édiction de dispositions originales, propres à cette collectivité, à la condition qu'elles aient un lien suffisant avec son organisation particulière.

Saisi par le Premier ministre, le Conseil d'État s'est également prononcé sur l'étendue de la consultation des électeurs de Mayotte pour le passage de la collectivité du régime de l'article 74 à celui de l'article 73 de la Constitution (avis n° 382.327 du 8 janvier 2009, page 407).



Poste et télécommunications

À l'occasion de l'examen du **projet de loi relatif à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales**, qui a pour objet, d'une part, de transformer La Poste en société anonyme, d'autre part, de transposer la directive 2008/6/CE du 20 février 2008 qui prévoit l'ouverture totale à la concurrence des services postaux dans la Communauté à l'échéance de 2011, le Conseil d'État a confirmé ou précisé plusieurs règles relatives aux conditions de fonctionnement et aux modalités d'intervention d'une société publique acteur majeur d'un marché ouvert récemment à la concurrence et assumant l'exercice d'un service universel.

1° Le Conseil d'État a rappelé que la compétence en matière de nomination et de gestion des fonctionnaires de l'État affectés à la société pour l'exercice des missions de service public qui lui sont confiées, qui sont placés sous l'autorité directe du président de la société, est une compétence propre de ce président exercée au nom de l'État et par délégation du Président de la République. Le Conseil d'État a donc estimé nécessaire que les délégations de compétence portant sur les pouvoirs de nomination et de gestion de ces fonctionnaires suivent les règles de droit public applicables aux délégations et subdélégations et que soit renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin d'en fixer les conditions et les modalités.

2° Le Conseil d'État a maintenu les dispositions actuelles de l'article 23 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Telecom qui soumettent au contrôle de l'État la cession ou l'apport, par La Poste, de biens susceptibles de compromettre la bonne exécution et, notamment, la continuité du service public que le projet du Gouvernement abrogeait.

En effet, s'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment de sa décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, que des biens du domaine public affectés au service public peuvent être déclassés et transférés à une société anonyme chargée de l'exécution de ce service, c'est à la condition que le législateur garantisse le respect des exigences constitutionnelles qui s'attachent à la continuité du service public, notamment en prévoyant des modalités de contrôle par l'État des cessions ou apports de biens susceptibles de compromettre cette continuité.

3° En ce qui concerne l'exercice des missions incluses dans le service universel, le Conseil d'État a rappelé la nécessité de veiller au respect du principe d'égalité entre destinataires du service en ce qui concerne ses modalités d'exercice, notamment ses tarifs, et entre opérateurs ce qui concerne notamment le financement de la compensation des charges du service universel.

Il a ainsi relevé qu'il résultait de l'article 12 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté européenne et l'amélioration de la qualité du service dans sa rédaction en vigueur, que le prestataire du service universel postal est tenu de pratiquer des tarifs identiques pour des prestations similaires, définies au regard des caractéristiques des envois postaux (volume, poids...), et qu'il ne saurait,

sauf à méconnaître le principe de non-discrimination, différencier ses tarifs selon le secteur d'activité dont relève l'utilisateur.

Par ailleurs, le Conseil d'État, afin de respecter l'article 7 de la directive précitée qui prévoit, dans son point 4, que le fonds doit être « *administré par un organisme indépendant du ou des bénéficiaires* », a prévu que la gestion comptable et financière du fonds serait assurée par un établissement public, qu'il appartiendra au Gouvernement de désigner ou de créer par voie réglementaire. Il a également précisé, pour satisfaire aux exigences de l'article 34 de la Constitution, que les contributions à ce fonds, qui sont des impositions de toute nature, seraient recouvrées par cet établissement public comme en matière de taxe sur le chiffre d'affaires.

Professions réglementées – Tourisme

Au cours de l'année 2009 le Conseil d'État a été saisi de l'ensemble de la réforme relative aux activités touristiques. Il a d'abord examiné le **projet de loi de développement et de modernisation des services touristiques**, dont le texte définitif a été publié le 22 juillet 2009 et qui, contrairement à bien des textes portant cet intitulé, opère une véritable modernisation du secteur, notamment par la simplification des procédures administratives d'autorisation ou d'agrément des activités avec la création d'un régime unique d'opérateur de voyages, l'institution d'un dispositif de décision implicite d'acceptation des demandes d'inscription sur le registre d'immatriculation des opérateurs de voyage et de séjours, la refonte des classements hôteliers, la réorganisation des offices de tourisme. Le Conseil d'État a été ensuite en mesure d'examiner, au cours de la même année, l'ensemble des dispositions réglementaires d'application de la loi.

Les principaux problèmes soulevés par le projet de loi portaient sur le statut du groupement d'intérêt économique (GIE) Agence de développement touristique retenu par le Gouvernement pour assurer, notamment, la tenue du nouveau registre des opérateurs de voyage et la composition de la commission constituée en son sein pour exercer cette fonction.

Sur ces points, le Conseil d'État a admis la participation de collectivités territoriales dans ce GIE dans la mesure où, d'une part, ce dernier est constitué sans capital et où, d'autre part, son objet, qui est la promotion de la France, peut être de nature à favoriser le développement touristique au niveau local.

En effet, il a estimé qu'il convenait d'interpréter strictement les dispositions de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales (et celles des articles L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du même code) qui interdisent toute participation des collectivités locales dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2. L'interdiction ainsi posée ne saurait s'étendre aux GIE constitués sans capital conformément au premier alinéa de l'article L. 251-3 du code de commerce.

Par ailleurs, compte tenu, en l'espèce, de l'objet du GIE, la décision d'une collectivité de participer à un tel groupement ne pouvait méconnaître les dispositions du CGCT qui déterminent la compétence de chaque catégorie de collectivités (notamment l'article L. 2121-29 s'agissant des communes).

Le contrôle de l'État sur le GIE a été renforcé par l'institution d'un commissaire du Gouvernement, la soumission de l'organisme au contrôle économique et financier et l'approbation de son contrat constitutif par le ministre. Le Conseil d'État a veillé également, eu égard aux exigences de la directive 2006/123/CE relative aux services, à l'indépendance de la commission en prévoyant que celle-ci ne pourrait comprendre d'opérateurs économiques dont l'activité est subordonnée à l'immatriculation sur les registres tenus par celle-ci.

En ce qui concerne les décrets d'application, le Conseil d'État a admis le dispositif d'inscription sur le registre d'immatriculation des opérateurs de voyages et de séjour, qui inclut un mécanisme de décision implicite d'acceptation à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de la commission compétente, dispositif dont il faut saluer la célérité peu commune ; il a en revanche disjoint une disposition prévoyant que la commission d'immatriculation procède à la radiation du registre de l'opérateur de voyages qui a fait l'objet d'une sanction prononcée en application de l'article L. 227-8 du code de l'action sociale et des familles. En effet, il a estimé qu'un tel dispositif, qui instaure une radiation automatique du registre sur lequel l'inscription est obligatoire pour exercer la profession, en cas de sanction prononcée sur le fondement d'une autre législation, revient à instaurer un régime d'incapacité professionnelle qui relève d'une disposition législative et demanderait, en tout état de cause, à être précisé pour proportionner éventuellement la mesure de radiation à la sanction qui a été prononcée.

Inversement, il a admis l'édition par décret d'une sanction de radiation d'un hébergement touristique de la liste des établissements classés par décret en cas de défaut ou insuffisance grave des aménagements. En effet, l'inscription sur cette liste, non obligatoire, n'est pas une « règle d'encadrement et d'organisation d'une activité économique ou commerciale susceptible de mettre en cause le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie » mais un élément d'une politique de « labellisation » destinée à éclairer le consommateur et à valoriser les équipements touristiques en fonction de leurs atouts respectifs.

Sécurité sociale

Contentieux et règles de procédures contentieuses spéciales. – Règles constitutives d'un ordre de juridiction. Désignation des assesseurs des tribunaux du contentieux de l'incapacité et des tribunaux des affaires de sécurité sociale – Désignation par décret en Conseil d'État – Incompétence

L'article L. 143-2 du code de la sécurité sociale confie au directeur régional des affaires sanitaires et sociales et au chef du service de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles la responsabilité de dresser les listes des personnes parmi lesquelles le premier président de la cour d'appel désigne les assesseurs des tribunaux du contentieux de l'incapacité. Malgré le fait que la mention de ces fonctionnaires ne relève pas du domaine de la loi, la circonstance que la réorganisation de l'administration territoriale va entraîner la disparition de ces fonctions rendait nécessaire la modification de l'article L. 143-2 ainsi que d'autres articles du code de la sécurité sociale portant sur les tribunaux des affaires de sécurité sociale. L'article 53 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit modifie ces dispositions en renvoyant à un décret en Conseil d'État la détermination des modalités de désigna-

tion des assesseurs des tribunaux du contentieux de l'incapacité et des tribunaux des affaires de sécurité sociale. Le Conseil d'État a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle le mode de désignation des membres d'une juridiction qui constitue, au sens de l'article 34 de la Constitution, un ordre de juridiction, est au nombre des règles constitutives de cet ordre de juridiction, qui relèvent de la compétence du législateur.

Spectacles, sports et jeux

Saisi par le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État et le ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche, le Conseil d'État s'est prononcé sur la création d'une redevance pour service rendu au bénéfice des sociétés de courses et ses conséquences, notamment au regard des obligations résultant du droit communautaire (avis n° 383.270 du 26 novembre 2009, page 368).

Travail et formation professionnelle

Emploi

■ Transfert au Pôle Emploi de personnels de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes – Liberté contractuelle et principe de participation

L'article 22 du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie prévoit le transfert d'une partie des personnels de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes à l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1 du code du travail. Le Conseil d'État n'a adopté ce transfert qu'à la condition de modifier substantiellement son contenu afin de permettre aux personnels transférés de négocier, dans des conditions donnant des garanties équivalentes à celles qui sont prévues par l'article L. 2261-14 du code du travail, les adaptations nécessaires à la convention collective de l'organisme d'accueil. Il existait en effet un risque d'inconstitutionnalité de cette disposition au regard de la liberté contractuelle d'une part, et du principe de participation issu de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 d'autre part.

Conditions de travail

■ Harcèlement moral et harcèlement sexuel – Unification des peines encourues – Limites Distinction de l'incrimination dans le code du travail et le code pénal

L'article 131 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit vise à unifier les dispositions relatives à la définition de l'infraction et à sa sanction pénale du harcèlement moral et du harcèlement sexuel dans le code du travail et le code pénal. Si le Conseil d'État a considéré que l'unification des peines encourues en cas de harcèlement moral par abrogation de la disposition spécifique prévue au code du travail ne présentait pas de difficultés, il n'a pas estimé souhaitable d'unifier la définition de l'infraction de harcèlement sexuel au prix d'un rétrécissement du champ de cette infraction telle que définie dans le code du travail. En effet, cette incrimination réprime dans le code du travail

non seulement « *les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit* », mais aussi lorsque ces agissements sont commis « *au profit d'autrui* ». La sanction des agissements commis au profit d'autrui présente une nécessité particulière en droit du travail dans la mesure où des pressions peuvent plus facilement s'exercer sur la victime sur le lieu de travail en raison du lien de subordination. L'ensemble des mesures protectrices complémentaires prévues par le code du travail (protection du candidat à un emploi, du stagiaire ou du salarié contre toute sanction qui interviendrait pour avoir subi ou refusé de subir un tel harcèlement, protection du témoin, rôle de prévention de l'employeur, sanction disciplinaire de l'auteur) se trouveraient en outre limitées dans leur portée. Par voie de conséquence, le Conseil d'État a estimé souhaitable de maintenir la sanction spécifique prévue aux articles L. 1155-2 à L. 1155-4 du code du travail, en retirant les seules références relatives au harcèlement moral, qui seraient désormais définies et sanctionnées par le seul code pénal.

■ **Travail dissimulé – Clause contractuelle instaurant une pénalité financière – Régime de pénalités contractuelles dans un contrat de droit administratif – Principe de proportionnalité de la pénalité contractuelle à l'infraction commise – Règle « *non bis in idem* »**

Les dispositions de l'article D. 8222-5 prévoient que le donneur d'ordre peut se libérer des obligations prévues à l'article L. 8222-1 du code du travail s'il dispose pour chaque entreprise titulaire d'un contrat dont l'objet porte sur l'exécution d'un travail, la fourniture d'une prestation de services ou l'accomplissement d'un acte de commerce, d'une attestation aux termes de laquelle cette entreprise certifie qu'elle est en règle avec ses obligations déclaratives aux organismes sociaux. L'article 54 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit envisage de permettre aux donneurs d'ordre de dispenser leurs cocontractants de cette obligation, en prévoyant par une clause du contrat la possibilité de leur infliger, lorsqu'ils sont informés par un agent de contrôle d'une infraction de travail dissimulé et après mise en demeure préalable, une pénalité contractuelle dans la limite de 10 % du montant du contrat. Il a semblé au Conseil d'État que si une telle novation pouvait être envisagée dans le cadre d'un contrat administratif, son extension à l'ensemble des marchés passés entre les personnes morales de droit privé présentait de réelles difficultés. Il ne semble pas possible en particulier, sans en avoir examiné toutes les conséquences, de déléguer à une personne privée le soin de sanctionner l'inapplication de la loi. Le Conseil d'État a également rappelé la nécessité d'une proportionnalité de la pénalité contractuelle prononcée à la gravité de l'infraction commise. Il a enfin considéré que la pénalité ne pouvait, comme l'envisage la proposition de loi, être reversée à l'organisme de recouvrement des cotisations et contributions de sécurité sociale, qui inflige déjà des pénalités en cas de violation des mêmes dispositions. Les deux sanctions pourraient, en effet, être regardées comme ayant alors la même finalité, ce qui méconnaîtrait le principe *non bis in idem*.

Formation professionnelle

■ **Adoption conjointe du plan régional de développement des formations professionnelles par le président du conseil régional, le préfet et le recteur – Contradiction avec l'article L. 214-12 du code de l'éducation**

L'article 23 du projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie modifie les rôles respectifs de l'État et de la région dans l'adoption du plan régional de développement des formations professionnelles. Le Conseil d'État a estimé que l'article proposé, qui modifie à l'article L. 214-13 du code de l'éducation le mode d'adoption du plan régional de développement des formations professionnelles, en prévoyant une adoption conjointe par le président du conseil régional, le préfet et le recteur, ne peut être adopté sans que ne soit en même temps modifié l'article L. 214-12 du même code, qui confère une compétence exclusive à la région dans le domaine de l'apprentissage et de la formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle.

■ **Portabilité du droit individuel à la formation – Rupture du contrat de travail – Exclusion sans rapport avec l'objet du droit. Démission et licenciement pour faute lourde**

L'article 4 du même projet de loi organise, dans les conditions retenues par l'accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009, la portabilité du droit individuel à la formation d'un salarié après la rupture de son contrat de travail. Le Conseil d'État a estimé que l'exclusion du bénéfice de ce droit des salariés dont le contrat est rompu par l'effet de leur propre démission d'une part, et dans le cadre d'un licenciement pour faute lourde d'autre part, était sans rapport avec l'objet de ce droit, qui est de rendre possible la prise en charge d'une formation après la rupture du contrat de travail pour faciliter la réinsertion professionnelle.

Syndicats

■ **Obligation pour les syndicats d'établir des comptes annuels – Loi et règlements. Domaines respectifs**

L'article 26 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit a pour objet de différencier les obligations comptables des organisations syndicales, introduites à l'article L. 2135-1 du code du travail par la loi du 20 août 2008 pour la rénovation de la démocratie sociale, selon la taille des organisations et le type de syndicat dont il s'agit. Le Conseil d'État a considéré que le législateur méconnaissait sur un point l'étendue de sa compétence. L'instauration de l'obligation pour les syndicats d'établir des comptes annuels relève des principes fondamentaux du droit syndical. Mais le renvoi au pouvoir réglementaire du soin de fixer le plafond annuel de ressources au-dessous duquel ne serait exigée qu'une comptabilité de caisse ne présente pas de difficultés, dès lors qu'il ne s'agit que de la fixation de ce seuil. Par contre, la détermination des cas dans lesquels l'obligation se limite à une présentation simplifiée des comptes ne peut pas être renvoyée à un décret sans que la loi ne fixe les critères à partir desquels sont déterminés par décret les cas dans lesquels l'obligation se limite

à une présentation simplifiée avec enregistrement des créances et des dettes à la clôture de l'exercice.

Urbanisme

Grand Paris

Dans le cadre de l'examen du **projet de loi relatif au Grand Paris**, qui apporte des dérogations importantes aux procédures et règles d'urbanisme pour la réalisation, dans la région Île-de-France, d'un réseau structurant de 140 km de lignes de métro automatique comportant une trentaine de gares desservant les pôles urbains, économiques et scientifiques, le Conseil d'État a plus particulièrement veillé à ce que les dispositions particulières introduites pour permettre une réalisation rapide de ce projet ne méconnaissent ni le principe d'égalité, ni les engagements internationaux de la France, notamment en matière d'environnement, ni les règles et principes constitutionnels tels que le principe de la libre administration des collectivités territoriales.

Il a ainsi écarté l'adoption de règles de procédure contentieuse spécifiques à ce programme et ayant pour objet de prévenir des annulations en raison d'un vice de procédure ainsi que l'institution d'un nouveau régime d'articulation et de compatibilité des documents d'urbanisme entre eux particulier à l'Île-de-France. Sans méconnaître la complexité réelle des dispositions en vigueur, le Conseil d'État a en effet estimé que le principe d'égalité faisait obstacle à l'adoption de dispositions spécifiques à la région Ile de France sur ces deux points : en effet, les situations considérées ne se différencient pas des situations similaires, les grands projets d'infrastructures sont tout aussi vulnérables en regard des irrégularités procédurales que les projets du réseau du Grand Paris et la complexité de l'articulation des documents d'urbanisme n'est pas moindre dans les vingt-et-une régions du pays qu'en Île-de-France.

En matière de conventionalité, le Conseil d'État s'est attaché à vérifier que les dispositions envisagées respectaient bien les stipulations de la convention d'Aarhus relatives à la participation du public, celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, comme la Déclaration des droits de l'homme, protège le droit de propriété et au regard desquelles doivent être appréciées les dispositions relatives à l'expropriation et au droit de préemption ; il en a été de même pour les règles communautaires imposant la mise en concurrence.

En ce qui concerne le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, l'assemblée générale a constaté qu'il était loisible au législateur d'apporter des limitations aux compétences reconnues aux collectivités territoriales et que, si celles impliquées par la création du réseau de transport public du Grand Paris ne différaient pas, par leur nature, de celles qu'imposent habituellement les grands projets d'infrastructures d'intérêt général, l'ampleur et la consistance du projet en cause, l'importance de certains empiètements, notamment sur la compétence de la région Île-de-France pour organiser les transports et décider des infrastructures correspondantes et sur la compétence des communes pour aménager leur territoire, pouvait, dans la rédaction initiale du projet soumis à son examen, être constitutive d'une atteinte excessive à leur libre administration.

Elle a cependant observé que les modifications apportées au projet par saisine rectificative, notamment en prévoyant l'association des collectivités concernées à l'élaboration du projet de réseau de transport et aux projets d'aménagement structurants dans les territoires, avaient considérablement réduit cette critique. Le texte qui lui était soumis finalement pouvait tout au plus être regardé comme susceptible de porter atteinte à la compétence de la région d'organiser la politique des transports en Île-de-France mais, compte tenu des pouvoirs déjà conférés à l'État pour imposer ses projets d'intérêt général au schéma directeur de la région Île-de-France et se substituer le cas échéant à la collectivité régionale pour ce faire, le projet du Grand Paris ne faisait que s'inscrire dans les limites existantes.

Droit de préemption

La proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit comportait un ensemble de dispositions réformant le droit de préemption reprenant, pour partie, des propositions faites en 2008 par le Conseil d'État. À l'occasion de son examen, le Conseil d'État a réaffirmé la vocation de ce droit d'être pour l'essentiel un instrument d'aménagement. Ainsi que le prévoit l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme, avec lequel les nouvelles dispositions doivent être mises en cohérence, le droit de préemption s'exerce principalement pour la réalisation des actions et opérations définies à l'article L. 300-1 du même code.

Le Conseil d'État a par ailleurs rappelé qu'il convenait de veiller à ce que les décisions de préemption, ne portent pas une atteinte excessive à l'exercice du droit de propriété, notamment au regard des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme (affaire *Motais de Narbonne* du 2 juillet 2002). Ainsi, la durée de validité des décisions instituant ou renouvelant les périmètres dans lesquels peut s'exercer le droit de préemption doit être appréciée au regard des atteintes portées à ce droit. Il en va de même des motifs de l'exercice du droit de préemption ou des conditions financières de la préemption.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, proposé des mesures de nature à réduire le contentieux, abondant en cette matière, d'une part, en motivant les décisions de préempter, non pas par «*l'utilisation prévue du bien*», notion qui suscite nombre de contestations, mais par référence aux projets mentionnés dans les motifs de l'acte instituant ou renouvelant le périmètre d'exercice de ce droit ou bien en ne mentionnant que la «*nature*» du projet envisagé, d'autre part, de compléter les formalités de notification de ces décisions par des modalités de publication adéquate, assortie de la mention des voies et délais de recours de manière à éviter que les recours à l'encontre des décisions de préempter formés par des tiers (acquéreur évincé non identifié, contribuables) ne restent indéfiniment ouverts.

En cas d'annulation contentieuse d'une décision de préempter, l'appréciation de la validité de ces actes ou conventions relève, selon leur nature, de la compétence des deux ordres de juridiction, ce qui aboutit parfois à des conflits de jurisprudence aggravant la complexité des situations. Il pourrait par conséquent être envisagé un aménagement à la répartition des compétences juridictionnelles en donnant au juge administratif qui annule la décision de préempter le pouvoir d'enjoindre au titulaire du droit de préemption ou au détenteur du bien préempté de procéder à la rétrocession du bien et en confiant au juge de l'expropriation la fixation du juste prix de cette rétrocession.

Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2009, la section a examiné 29 projets de loi et de loi organique (contre 22 en 2008), 1 projet de « *loi du pays* » soumis à son avis sur le fondement des articles 26 et 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, et 15 projets d'ordonnances (contre 8) pris sur le fondement de l'article 28 (14) ou 74-1 de la Constitution (1). Elle a également examiné 144 projets de décret réglementaire (contre 152) et 222 projets de décret individuel et d'arrêt (contre 266). Elle a enfin répondu à 8 demandes d'avis, principalement sur des questions relatives au droit outre mer.

Le nombre total des saisines s'élève ainsi à 421, diminution globale par rapport à 2008 (451) qui est moins significative que celle qui concerne le nombre des projets de loi et de loi organique (+ 33 %), celui des projets d'ordonnance qui a presque doublé et celui des demandes d'avis. Seul s'est vraiment stabilisé le nombre des projets de décrets réglementaires. Au titre de la contribution de la section au processus de codification, il faut noter l'élaboration du code du cinéma et de l'image animée (partie législative), et l'extension à la Polynésie française des 1^{re}, 2^e et 3^e parties du code général de collectivités territoriales.

La durée d'examen des projets de textes n'a pas été sensiblement affectée par le nombre de ceux-ci. Si la part des projets de décret réglementaire dont l'examen a pris plus de deux mois est devenue légèrement majoritaire en 2009, il faut souligner que ce délai moyen s'est au contraire raccourci pour la quasi-totalité des projets de loi, de loi organique et d'ordonnance, inférieur à deux mois à une seule exception près. Sans revenir sur les considérations du rapport pour 2008 sur le traitement des urgences et sur l'interaction entre qualité et sécurité juridiques des textes et durée de leur examen par le Conseil d'État, dont une illustration est donnée en 2009 par le projet d'ordonnance relatif à la répartition des sièges et à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés (assemblée générale tenue le 23 juillet sur un texte soumis le 2), la section tient à souligner les vertus d'une bonne appréciation par le Gouvernement des délais dont il dispose réellement dans cette phase de « *co-production* » des projets. La section a ainsi rencontré, en 2009, des cas, comme celui d'un projet d'ordonnance modifiant le code du cinéma et de l'image animée, où le Gouvernement n'a saisi le Conseil d'État qu'à l'extrême limite du délai ouvert par la loi d'habilitation, attendant d'avoir recueilli tous les avis préalables ; elle a également été confrontée, par exemple avec le projet de loi dit *Hadopi 2*, à des délais d'examen dont la brièveté n'était pas imposée par les dates d'inscription du projet à l'ordre du jour du conseil des ministres ; elle a, en revanche, bénéficié, sur les projets de loi et de loi organique relatifs à la réforme des collectivités territoriales, d'un délai d'examen accru par une saisine anticipée officieuse, qui a per-

mis aux rapporteurs de travailler comme l'eussent fait des pré-rapporteurs, il est vrai sans visibilité, dans ce cas, sur le calendrier de finalisation des projets du Gouvernement.

Un aperçu sur les grands domaines d'intervention de la section fait ressortir, d'une part, l'importance de grands textes de réforme comme le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ou les projets relatifs à la réforme des collectivités territoriales, d'autre part, la part significative des projets de textes, notamment de lois organiques, présentés pour la mise en œuvre de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : mode d'exercice du pouvoir de nomination que le Président de la République tient de l'article 13 de la Constitution, répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, régime de l'examen par les sections administratives du Conseil d'État des propositions de loi parlementaires, réforme du Conseil supérieur de la magistrature, question prioritaire de constitutionnalité, ordonnance de l'article 74-1 de la Constitution pour l'adaptation du droit outre mer. Le nombre des affaires concernant les fondations et les associations reconnues d'utilité publique, comme les conditions de leur instruction en amont de la saisine du Conseil d'État, n'ont, eux, guère varié.

Actes

Application dans le temps – Texte applicable – Validation législative

Comme la section l'a rappelé en examinant un projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 portant extension des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales aux communes de Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics, sauf précision contraire dans la loi de ratification, la ratification d'une ordonnance a pour seul objet de conférer la forme législative aux dispositions de celle-ci. Elle ne remet pas en cause les modifications apportées par le législateur, entre l'intervention et la ratification de cette ordonnance, aux dispositions issues de celle-ci. Par souci de sécurité juridique et d'intelligibilité de la loi, il convient toutefois, en pareil cas, de préciser dans l'exposé des motifs de la loi de ratification que celle-ci n'affecte pas les modifications apportées par le législateur aux dispositions issues de l'ordonnance entre son intervention et sa ratification.

Associations et fondations

Associations reconnues d'utilité publique

L'objet statutaire d'une association reconnue d'utilité publique doit tendre à l'accomplissement de missions d'utilité publique et non à la satisfaction des besoins des membres de l'association.

La section a estimé que cette exigence était satisfaite dans le cas de l'Association des parents adoptifs d'enfants colombiens (APAEC). En effet, dès lors qu'il ressort de ses buts et de son bilan d'activité qu'au-delà du soutien qu'elle procure à ses membres, parents et futurs parents adoptifs d'enfants d'origine colombienne, l'association intervient en appui de l'action des pouvoirs publics, tant en France qu'en Colombie, en faveur de l'enfance déshéritée, siège au sein des principales instances publiques intervenant dans le domaine de l'adoption, participe à la réflexion engagée par les pouvoirs publics sur ce sujet et mène une action déterminée en faveur de l'adoption des enfants dits, «à particularité», dans le cadre d'un accord passé avec l'Agence française de l'adoption. Ces éléments d'activité caractérisent le caractère d'intérêt général de son action.

Toute modification de l'objet d'une association qui aurait pour effet de l'éloigner par trop des dispositions initiales ayant justifié la reconnaissance d'utilité publique doit être regardée et instruite comme une nouvelle demande de reconnaissance d'utilité publique.

La section a estimé que tel n'était pas le cas d'une modification des statuts de l'association Union des aveugles de guerre tendant à étendre son objet à la défense des intérêts des aveugles victimes d'attentats. Son objet reste en effet ainsi proche de l'objet initial ayant, à l'origine, justifié la reconnaissance d'utilité publique, les attentats étant une nouvelle forme d'expression de la violence politique, voire une nouvelle forme de guerre même s'ils n'y sont pas juridiquement assimilables.

Compétence – Domaine respectif de la loi et du règlement

Saisi d'un projet de décret portant modification du code de procédure pénale et relatif à la vente et à la destruction de biens meubles saisis au cours des enquêtes, la section a estimé que les dispositions tendant à ouvrir à certaines personnes le droit de faire appel devant la chambre de l'instruction des décisions du procureur de la République prescrivant la destruction de tels biens ne relevaient pas du domaine réglementaire mais de celui de la loi, conformément à l'article 34 de la Constitution.

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à la constatation de certaines contraventions relevant de la procédure de l'amende forfaitaire, la section a rappelé que les dispositions des articles 1316-1 et 1316-4 du code civil, qui reconnaissent la même force probante aux écrits sous forme électronique et à la signature électronique qu'aux écrits et signature sous forme papier, ont vocation à s'appliquer de façon générale, sauf à être écartées par des dispositions législatives spécifiques. En conséquence, des dispositions réglementaires du code de

procédure pénale peuvent prévoir que la signature apposée sur un procès-verbal de constatation d'infraction peut l'être par un dispositif permettant la numérisation de cette signature dans la mesure où aucune disposition législative n'a exclu l'application des dispositions des articles 1316-1 et 1316-4 du code civil aux règles prévues par le code de procédure pénale.

Différentes catégories d'actes – Codes – Règles de codification

1° À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux dispositions réglementaires du livre V du code de l'éducation, la section a retenu les règles de codification suivantes.

Dans le cas où les auteurs d'une codification estiment opportun de préciser que des matières connexes à celles qui sont codifiées dans ce nouveau code sont régies par les dispositions d'un ou plusieurs autres codes, les articles qui procèdent à ces renvois au sein de la partie réglementaire relèvent du décret simple («D»), alors même qu'ils renverraient à des articles «R» de ces autres codes. Un tel renvoi est purement informatif et dépourvu de toute portée normative.

En revanche, les articles qui procèdent à l'adaptation de dispositions réglementaires pour leur application outre mer doivent prendre la forme («R» ou «D») des articles qu'ils ont pour objet d'adapter.

Quand un décret en Conseil d'État renvoie, pour la fixation de certaines règles, à un décret simple, que ce décret est intervenu et qu'il est lui-même codifié, il y a lieu de codifier la disposition de renvoi afin de conserver la base textuelle sur laquelle le décret simple est intervenu. Lors de la codification, il convient de remplacer l'expression «*seront fixés par décret*» par la mention «*sont fixées par les articles...*» suivie des références des articles («D») issus du décret simple.

2° Dans le silence de la loi ou eu égard à la formule employée par la loi («*modalités fixées par voie réglementaire*»), le pouvoir réglementaire d'application des lois a le choix du niveau des articles («R» ou «D») à introduire dans le code. Ce choix est fonction de l'intérêt de faire examiner ou non ces mesures, compte tenu de leur portée ou de leur difficulté, par le Conseil d'État.

La section a considéré que le contenu de trois articles du code de commerce relatifs au contrôle de la légalité de la constitution d'une société européenne (fixation de deux délais de procédure civile et d'une composition de dossier directement «*déductible*» des exigences légales) n'appelait pas, par lui-même, un décret en Conseil d'État.

Tirant les conséquences de la jurisprudence issue de la décision *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres* (Ass., 3 juillet 1998, p. 273), la section a cependant estimé qu'un décret en Conseil d'État était nécessaire pour substituer des articles en «D» à des dispositions jusque-là classées en «R» par la volonté du pouvoir réglementaire d'application des lois. Elle a donc maintenu le visa : «*Le Conseil d'État entendu*». Les modifications apportées à ces nouvelles dispositions réglementaires pourront l'être par décret simple, sans qu'il soit besoin, dans le décret examiné, d'une autre forme d'habilitation que l'utilisation de la lettre «D» pour insérer dans le code les trois nouveaux articles.

Disparition de l'acte – Caducité – Ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution

À propos d'un projet d'ordonnance prise sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution, portant extension et adaptation à la Nouvelle-Calédonie de diverses dispositions relatives aux communes et aux sociétés d'économie mixte locales, le Conseil d'État a estimé que, par analogie avec ce qui a été jugé à propos des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, la caducité résultant, pour les ordonnances de l'article L. 74-1, de ce qu'elles n'ont pas été ratifiées dans le délai de dix-huit mois suivant leur publication, ne produit d'effet qu'à compter de la date à laquelle elle intervient et qu'elle est sans effet rétroactif (CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de la Guadeloupe*, Rec. p. 163).

Le Conseil d'État, saisi pour la première fois d'un projet d'ordonnance tendant à surmonter pour l'avenir les effets de la caducité prévue par le constituant, a estimé qu'aucun obstacle de principe ne s'opposait à cette reprise, compte tenu des termes de l'article 74-1 qui délimitent précisément la sanction juridique de l'absence de ratification dans le délai de dix-huit mois, sous la réserve de circonstances particulières qui révéleraient un détournement de procédure et une dénaturation du dispositif adopté par le Constituant. Le Conseil d'État a appelé en outre l'attention du Gouvernement sur l'impérieuse nécessité de respecter le délai de ratification prévu par l'article 74-1 de la Constitution pour les ordonnances à l'application desquelles il n'entendrait pas renoncer. En effet, les exigences de la bonne gouvernance, comme les principes de clarté de la loi et de sécurité juridique, excluent que puisse être envisagé un dépassement récurrent du délai de ratification, qui risquerait d'engendrer, avec la prise de nouvelles ordonnances, une sorte de « *législation à éclipses* » incertaine et opaque dans les collectivités d'outre mer et en Nouvelle-Calédonie.

Par ailleurs, le Conseil d'État a approuvé la reprise dans la nouvelle ordonnance des dispositions d'abrogation insérées dans la première. Il a estimé en effet que la caducité de l'ordonnance entraînait de plein droit le retour à l'état de droit antérieur (Conseil constitutionnel, n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986). La caducité de l'ordonnance, y compris d'un article d'abrogation, a pour effet de mettre fin aux abrogations sauf à creuser un vide juridique. La caducité d'une abrogation se distingue donc de l'abrogation dont les effets ont été rappelés par l'avis du Conseil d'État n° 380902 du 10 janvier 2008.

Dons et legs

La procédure d'autorisation administrative prévue par l'article 910 du code civil, dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2006, reçoit application alors même que la succession en cause est régie par une loi étrangère, en l'espèce et s'agissant d'une succession mobilière, la loi du dernier domicile du défunt qui résidait hors du territoire national. La loi régissant une succession doit en effet s'entendre des règles de détermination des personnes appelées à la succession et de celles relatives au montant de leurs droits et à la protection de ceux-ci (réserve héréditaire).

Par suite, la section a estimé que ne constituait pas une règle successorale une formalité de procédure imposée au titre du contrôle de l'ordre public et desti-

née à donner effet à la volonté du défunt, laquelle relève du droit local de l'exécution de l'acte. Il en est ainsi des formalités de l'article 910 du code civil. Il s'ensuit que ces formalités sont nécessaires pour donner effet en France à un legs mobilier universel au profit d'une association reconnue d'utilité publique, consenti par le défunt résidant en Italie.

Fiducie

La section, saisie d'un projet de loi ratifiant l'ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie et modifiant à cet effet le code civil, a disjoint une disposition relative au rechargement de la fiducie constituée à titre de garantie respectivement sur des meubles corporels ou incorporels et sur des immeubles. Cette disposition, destinée à assurer le nouveau créancier de la réalité et de l'efficacité de la garantie offerte par le constituant en remboursement de sa dette, limitait aux seuls constituants ayant la qualité de personne physique l'interdiction d'affecter la propriété du bien transféré en fiducie à la garantie d'une nouvelle dette, au-delà de la limite de la valeur estimée de ce bien au jour de la recharge. Elle opérait ainsi, entre les personnes physiques et les personnes morales, une distinction reposant sur un critère juridique qui ne se justifiait qu'imparfaitement au regard de l'objectif poursuivi d'adapter les règles d'évaluation de la recharge à la taille et à l'importance des opérateurs économiques en privilégiant la liberté contractuelle pour les seules entreprises à même de se prémunir contre les garanties illusoires et les manœuvres spéculatrices.

Fondations

En présence d'un projet de modification statutaire, la section a rappelé que, lorsque la donation consentie par les fondateurs, concomitamment à la création de la fondation reconnue d'utilité publique, comporte des conditions résolutoires ou des charges, l'autorité administrative ne peut, par le biais d'une autorisation de modification statutaire, porter atteinte aux conditions de la libéralité. Il appartient à la fondation, si elle estime que les changements des circonstances intervenus depuis la donation rendent l'exécution des conditions ou des charges extrêmement difficile ou sérieusement dommageable, de saisir la juridiction judiciaire en application des articles 900-2 à 900-8 du code civil aux fins de révision de ces charges ou de ces conditions. Cette révision judiciaire doit être préalable à l'approbation de la modification des statuts par l'autorité administrative.

La section n'a pas admis, dans le cas d'une fondation dont la totalité de la dotation était apportée par trois donateurs, que ceux-ci ne se voient aucunement conférer la qualité de fondateur, cette qualité étant statutairement attribuée à leur mère qui n'apporte quant à elle aucun élément de la dotation. Elle a souligné que les trois personnes qui apportent à la fondation l'intégralité de sa dotation, dès lors qu'elles sont identifiées et en nombre limité, doivent de ce fait être regardées comme ayant la qualité de membres fondateurs, et non simplement se trouver désignées pour siéger à durée déterminée au sein du collège des fondateurs. Rien ne ferait obstacle, en revanche et à l'inverse, à ce qu'une personne qui n'est pas donateur, sans avoir la qualité de membre fondateur, laquelle se conserve à vie, puisse être désignée par les trois fondateurs en qua-

lité de membre du collège des fondateurs, pour un mandat à durée déterminée éventuellement renouvelable.

Par ailleurs, la section s'est efforcée de préciser les conditions auxquelles une fondation peut déroger à titre exceptionnel à la règle de non-consommation de sa dotation.

Saisie par la Fondation pour la mémoire de la Shoah d'une demande de modification de ses statuts tendant à aliéner, pendant une durée de dix ans, une fraction limitée de sa dotation, dont les statuts ne prévoient pas la consomptibilité, la section a pu consentir à une telle dérogation et donner un avis favorable à cette demande en considération :

- d'une part, des circonstances exceptionnelles auxquelles la Fondation devra faire face dans les dix années à venir, tenant à ce que la réalisation d'une partie essentielle de sa mission, qui consiste à apporter un soutien social et médical aux survivants de la déportation pendant les dernières années de leur vie et à recueillir leur témoignage en vue de sa transmission, devra impérativement être accomplie au cours de cette période, en raison de l'âge des survivants ;
- d'autre part, des dispositions statutaires selon lesquelles la consomptibilité est plafonnée au dixième du montant de la dotation, limitée à une période de dix ans et assortie de l'obligation de reconstituer intégralement la dotation initiale au terme de cette période d'utilisation.

La section a également retenu que l'ampleur exceptionnelle de la dotation (393 162 509 euros) est de nature à garantir que le prélèvement temporaire de 40 millions d'euros ainsi opéré ne mettra en cause ni la pérennité ni l'indépendance de la fondation et qu'il n'aura pas pour effet d'affecter la réalisation de ses autres objets statutaires, en particulier celui lié à la transmission de la mémoire de la Shoah.

Collectivités territoriales

L'examen du projet de loi de réforme des collectivités territoriales a donné au Conseil d'État l'occasion de préciser, sur plusieurs points, la portée du principe de valeur constitutionnelle de la libre administration des collectivités territoriales, notamment des communes.

Au regard de ce principe, il a admis :

- que pouvait être créée, par la loi, une catégorie d'établissements publics de coopération intercommunale auxquels sont transférés d'office le produit des quatre impôts locaux et de la dotation générale de fonctionnement des communes membres, lesquelles reçoivent, en contrepartie, de l'établissement une dotation de reversement, dès lors que les ressources ainsi allouées par celui-ci aux communes sont entièrement déterminées par l'application de règles législatives, et qu'est respecté le principe de neutralité budgétaire des transferts de compétences ;
- que pouvait être réformé, par la loi, le régime de fusion des communes en permettant qu'une commune disparaisse sans que sa population soit obligatoirement consultée par référendum, que le veto du conseil municipal d'une commune à un projet de fusion soit surmontable par recours au référendum, ou que

le représentant de l'État ne soit pas tenu de donner suite aux délibérations unanimes des conseils municipaux dans le sens de la fusion des communes qu'ils représentent ;

– que la loi pouvait permettre au représentant de l'État de décider la création ou la modification du périmètre d'un Établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, la fusion d'ECPI à fiscalité propre, la dissolution d'un syndicat de communes ou d'un syndicat mixte, la modification du périmètre d'un syndicat de communes, ou encore la fusion de syndicats de communes ou de syndicats mixtes, y compris en cas d'opposition d'une majorité qualifiée des conseils municipaux des communes intéressées, sous réserve de la prise en compte des propositions de modification du projet adoptées par la commission départementale de la coopération intercommunale à la majorité des deux tiers ;

– que la loi pouvait insérer dans le code général des collectivités territoriales un nouvel article L. 5210-1-2, applicable à compter du 1^{er} janvier 2014, permettant au représentant de l'État de décider le rattachement à un Établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre d'une commune isolée ou constituant une enclave ou une discontinuité territoriale au sein d'un EPCI à fiscalité propre.

En outre, le Conseil d'État a estimé que l'article L. 5217-5, introduit dans le code général des collectivités territoriales par le projet du Gouvernement, ne pouvait, sans méconnaître l'article 34 de la Constitution qui réserve au Parlement la définition des principes fondamentaux des compétences des collectivités territoriales, laisser à une convention à conclure entre une région ou un département et une métropole le soin de transférer des compétences à celle-ci en se bornant, sans encadrement suffisant, à désigner les domaines dans lesquels une telle convention pourrait être conclue.

Cultes et établissements religieux

L'année 2009 a été, pour la section, l'occasion de plusieurs incursions dans le droit des congrégations, et d'en préciser l'interprétation.

Concernant le transfert de siège d'un établissement d'une congrégation, la section a estimé qu'il devait être regardé non comme une modification de statut, le statut de l'établissement étant celui de la maison-mère, mais comme une demande d'autorisation d'un nouvel établissement dans les conditions fixées par les articles 22 et suivants du décret du 16 août 1901 et de fermeture d'un établissement existant dans les conditions prévues à l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Toutefois, l'établissement ou la congrégation n'a pas à se prononcer sur la dévolution des biens au nouvel établissement créé, dès lors que celle-ci s'impose d'elle-même lorsqu'il s'agit d'un transfert pur et simple.

Concernant la vie en commun des membres d'un groupement, qui est au nombre des éléments de nature à caractériser l'existence d'une congrégation et par suite une condition de sa reconnaissance légale, la section a estimé que si cette condition de vie en commun devait en principe être regardée comme remplie lorsque les membres d'un groupement vivent sous le même toit, il appartenait à un groupement dont les membres ne vivent pas sous le même toit et qui souhaite-

rait solliciter la reconnaissance légale en qualité de congrégation d'établir, et au Gouvernement de s'assurer, que l'intensité, la régularité et la fréquence des activités et des moments obligatoirement communs sont suffisants pour assurer la réalisation de cette condition.

Enfin, la section a précisé sa jurisprudence sur les dispositions relatives à l'administration d'une congrégation qui doivent figurer dans ses statuts.

Le nombre des sœurs élues déléguées au chapitre général doit être précisé dans les statuts de la congrégation ainsi que la durée de leur mandat. Ne peuvent ainsi être admises des dispositions qui laissent à la supérieure générale le soin de déterminer, à l'intérieur d'une fourchette, le nombre des sœurs élues au chapitre de la congrégation d'autant que c'est ce dernier qui procède à l'élection de la supérieure générale et à celle des membres du conseil général.

Eu égard à l'importance des fonctions que la supérieure générale peut être conduite à assurer, il est souhaitable que les statuts précisent les conditions et les modalités de son élection ou de sa désignation. S'il est opportun que les statuts précisent, pour les mêmes raisons, les conditions des délégations de pouvoir que la supérieure générale peut consentir, il ne peut pas en être ainsi dès lors que les prérogatives dont elle dispose sont précisément définies et sont strictement limitées par celles reconnues au conseil général.

Droits civils et individuels

Accès aux documents administratifs – Communication de traitements automatisés de données à caractère personnel

1° À l'occasion de l'examen d'un projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, la section n'a pas admis l'élargissement concomitant, d'une part, du champ des infractions permettant la création de fichiers d'analyse sérielle, porté à toutes les infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, d'autre part du champ des personnes dont les données seraient susceptibles d'y faire l'objet d'un enregistrement afin d'inclure toute personne, sans limitation d'âge, dont l'identité est citée dans une procédure relative aux mêmes infractions, à la recherche des causes de la mort ou d'une disparition inquiétante ou suspecte. Tout en admettant la spécificité des fichiers d'analyse sérielle, eu égard à leur finalité d'investigation interdisant notamment toute utilisation à des fins administratives, la section a estimé que le cumul de ces deux extensions serait excessif au regard de la conciliation à rechercher entre les exigences de l'ordre public et l'atteinte susceptible d'être portée à la vie privée des personnes. Pourraient en effet en particulier faire l'objet d'un enregistrement au sein de ces fichiers des données relatives à un nombre très élevé de personnes déterminées de manière aléatoire, puisqu'elles ne seraient ni victimes, ni témoins, ni auteurs, ni suspects mais apparaîtraient simplement dans une procédure. En outre l'enregistrement des données nominatives dans de tels fichiers n'obéirait pas à des règles protectrices, puisqu'il ne serait pas porté à la connaissance des personnes intéressées et pourrait concer-

ner les données sensibles mentionnées au I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, pendant une durée que la finalité même de ces fichiers pourrait conduire à être très longue. En conséquence, la section a modifié la liste des personnes dont les données peuvent faire l'objet d'un enregistrement dans ces fichiers.

Par ailleurs, si la section a admis un nouvel élargissement des cas dans lesquels les officiers de police judiciaire sont autorisés à consulter le fichier judiciaire des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, il a estimé indispensable de maintenir l'exigence d'une autorisation préalable d'un magistrat prévue à l'article 706-53-7 du code de procédure pénale.

2° Saisie d'un projet de décret relatif au fichier des personnes recherchées, la section a été attentive aux conditions de l'exercice du droit d'accès et de rectification.

L'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que l'accès aux traitements automatisés de données à caractère personnel intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique s'exerce par l'intermédiaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui désigne un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener les investigations utiles. Toutefois, le dernier alinéa de l'article 41 prévoit que : *« Lorsque le traitement est susceptible de comprendre des informations dont la communication ne mettrait pas en cause les fins qui lui sont assignées, l'acte réglementaire portant création du fichier peut prévoir que ces informations peuvent être communiquées au requérant par le gestionnaire du fichier directement saisi ».*

Dès avant l'introduction de ces dispositions par la loi du 6 août 2004, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État avait jugé que lorsqu'un traitement intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique comprend des informations dont la communication ne mettrait pas en cause les finalités du traitement, les intéressés doivent pouvoir accéder à ces données directement auprès du gestionnaire (6 novembre 2002, *Moon c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés*). L'arrêt cite notamment le cas où le traitement enregistre *« des décisions administratives ou juridictionnelles qui ont été ou auraient dû préalablement être communiquées à l'intéressé ».*

La section a constaté que, parmi les motifs d'inscription dans le fichier des personnes recherchées, figurent des décisions judiciaires et administratives qui ont dû être notifiées aux intéressés. Il en est ainsi, notamment, des décisions judiciaires comportant des interdictions ou des obligations, mentionnées au I de l'article 23 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, des mesures administratives relatives au permis de conduire, des obligations de quitter le territoire français, arrêtés de reconduite à la frontière et assignations à résidence, et des interdictions administratives de stade. La section a considéré qu'il appartient au pouvoir réglementaire, en application des dispositions précitées du dernier alinéa de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978, de prévoir un accès direct auprès des gestionnaires du fichier des personnes recherchées à ces données dont la communication n'apparaît pas de nature à compromettre les finalités du traitement.

Outre le fait qu'il peut être regardé comme étant imposé par la loi, cet accès direct contribuerait à la mise à jour des données en permettant aux intéressés

de vérifier que l'inscription a bien été effacée lorsque la mesure a cessé d'être applicable, et il éviterait de faire peser sur la CNIL une charge de travail indue, de nature à entraîner un blocage de la procédure d'accès indirect.

La section a admis, en raison des circonstances de l'espèce, le retrait du décret du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé EDVIGE (Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale), alors même que, ce traitement ayant commencé à être effectivement utilisé, le retrait a des effets rétroactifs, et que la légalité du décret retiré n'est remise en cause ni par le Gouvernement ni par la section.

La rétroactivité est admise en l'espèce en raison de la nature particulière d'un décret qui, ayant pour seul objet de doter la direction centrale de la sécurité publique d'un instrument technique en vue de faciliter l'exercice de ses compétences habituelles, est insusceptible de fonder par lui-même des mesures d'application affectant les droits des tiers, et dont les conséquences techniques sont réversibles et en voie d'effacement.

Il est en outre relevé, pour admettre le retrait du décret du 27 juin 2008, dans la ligne de la jurisprudence contentieuse du Conseil d'État (notamment assemblée, 26 octobre 2001, *Ternon*), que le délai de recours contentieux contre ce décret s'est trouvé prolongé par plusieurs demandes tendant à son annulation introduites en temps utile.

3° Examinant le projet de traitement de données à caractère personnel dénommé SALVAC, prévu par l'article 21-1 de la loi du 18 mars 2003 de sécurité intérieure, la section a précisé la portée des exigences légales en ce qui concerne la désignation des personnes responsables d'un traitement, des personnes habilitées à y accéder, ainsi que des destinataires de ce traitement. Le IV de l'article 21-1 de cette loi précise que l'accès aux informations figurant dans ce traitement est ouvert, au sein des services de la police et de la gendarmerie nationales qui les détiennent et procèdent au traitement, aux personnels spécialement désignés à cet effet. Cette condition est réputée remplie, avec l'autorisation de la création du traitement, pour les personnels spécialement affectés à ce traitement au sein de l'OCRVP, service expressément désigné comme responsable du traitement au sein du ministère de l'intérieur. Ce traitement ne comporte pas d'autre catégorie de personnels accédant à ces données au sens du premier alinéa du IV de cet article. Les officiers de police judiciaire de la police et de la gendarmerie nationales ne sont destinataires des analyses issues du traitement qu'à raison et pour les besoins d'une enquête de police judiciaire dont ils sont saisis relative à certaines infractions. Ainsi saisis, ils sont réputés habilités à recevoir communication des données du traitement au sens du II de l'article 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

4° Examinant un projet de décret relatif au bureau d'ordre national automatisé des procédures judiciaires et au traitement CASSIOPÉE, la section a précisé sa jurisprudence sur les données dites « sensibles ».

L'autorisation de collecter ou de traiter des données, dites sensibles, mentionnées au I de l'article 8 doit être explicite, et ne saurait résulter implicitement de ce que l'autorisation de mise en œuvre d'un traitement a pris les formes prévues au II de l'article 26.

Ne font pas partie des données à caractère personnel mentionnées au I de l'article 8 les informations qui ne servent qu'à désigner la qualification juridique d'une infraction, telles que les informations relatives aux circonstances de l'infraction contenues dans le code de nature des infractions NATINF du ministère de la justice, dès lors qu'elles ne font pas apparaître, notamment dans le domaine des atteintes aux personnes, des informations nominatives concernant les victimes.

5° Saisie d'un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé ARDOISE – Rédaction de procédure, la section a estimé opportun, comme pour d'autres traitements automatisés, de faire figurer dans le texte du décret des dispositions qui ne sont pas exigées par l'article 29 de la loi « informatique et libertés » et qui sont relatives à la « traçabilité » des demandes de consultation du traitement. Eu égard aux caractéristiques d'un traitement qui a vocation à être mis en œuvre dans chaque commissariat et ouvre un champ très vaste aux enquêtes administratives, la section a fixé la durée de conservation des données personnelles relatives aux demandes de consultation à cinq ans, comme d'ailleurs pour les autres données personnelles traitées dans ARDOISE.

Elle a, enfin, recommandé la publication d'éléments du « *thesaurus* » qui sert à alimenter la rédaction des procédures.

Droit de propriété

Propriété littéraire et artistique

La section a été saisie par le ministre de la culture et de la communication de la question de savoir si les dispositions de l'article 8 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relatives à la durée post-mortem des droits d'auteur sur les « compositions musicales avec ou sans paroles », en vigueur du 1^{er} janvier 1986 au 30 juin 1995, étaient applicables aux opéras et, par conséquent, si les ayants-droit de ces œuvres bénéficient de la durée de protection de soixante-dix ans depuis le 1^{er} janvier 1986 ou seulement depuis le 1^{er} juillet 1995 (avis n° 382.443 du 24 mars 2009, page 389)

Libertés publiques – Liberté d'expression

Saisie d'un projet de décret relatif à l'incrimination de dissimulation volontaire de son visage lors de manifestations sur la voie publique, la section a recommandé une rédaction, retenue par le Gouvernement, qui traduit le souci de situer la question dans une problématique d'ordre public, en précisant que l'incrimination s'attache seulement aux faits commis « *dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* ».

Nationalité

Opposition à l'acquisition de la nationalité – Indignité

Les motifs d'indignité justifiant le refus d'acquisition de la nationalité française par mariage peuvent s'appuyer sur des comportements répréhensibles même si ces derniers n'ont pas donné lieu à condamnation pénale. Toutefois, lorsque ces comportements résultent de procédures pénales, les motifs justifiant l'opposi-

tion ne peuvent reprendre des qualifications juridiques qui n'ont pas été retenues par les autorités judiciaires lors de l'engagement des poursuites pénales. En revanche peuvent être retenus des faits mentionnés dans la procédure, qui ne font pas l'objet de poursuite de la part du ministère public, dès lors qu'ils sont incontestables et dénotent des agissements d'une particulière gravité.

Tel est le cas d'une personne qui, dirigeant une entreprise artisanale, a eu recours de façon systématique à du travail dissimulé, n'a pu donner d'explication convaincante sur la disparition de grosses sommes d'argent de son compte professionnel dont une partie s'est retrouvée sur son compte personnel, a bénéficié du RMI octroyé à son épouse alors qu'il disposait de ressources régulières, alors même que seules des poursuites pénales ont été engagées à son encontre pour travail dissimulé et qu'aucune condamnation n'est encore intervenue.

Concernant les délais dans lesquels la procédure d'opposition à l'acquisition de la nationalité peut se poursuivre, la section a appelé de nouveau l'attention du Gouvernement sur l'insécurité juridique née de ce que la procédure d'opposition pouvait se poursuivre dans la limite du délai de deux ans prévu à l'article 21-4 du code civil, alors même que le délai d'enregistrement (ou de refus d'enregistrement) de la déclaration, demeurait fixé à un an par l'article 26-3 du code civil, avec toutes les conséquences de droit qui en découlent, le déclarant étant réputé avoir acquis la nationalité française.

Opposition à l'acquisition par mariage – Défaut d'assimilation

À plusieurs reprises, la section s'est prononcée sur le défaut d'assimilation justifiant l'opposition à l'acquisition de la nationalité française par mariage. Elle a rappelé que cette condition s'apprécie au regard du respect des valeurs essentielles de la République française, que sont particulièrement le respect de la laïcité et de l'égalité des sexes ainsi que celui de la liberté individuelle. Ce respect s'apprécie notamment au regard des comportements manifestés en société par le déclarant et de sa participation à la vie sociale.

Ainsi, le confinement de la femme dans le cercle familial pouvant aller jusqu'à lui faire mener une vie de recluse et sa soumission aux hommes de sa famille sont susceptibles de révéler, par l'absence de liberté personnelle et la conception inégalitaire des sexes qu'ils sous-tendent, un défaut d'assimilation.

Si les motivations de ces comportements peuvent s'appuyer, souvent, sur des convictions religieuses, il convient pour justifier l'opposition à l'acquisition de la nationalité française d'établir, non l'existence de ces convictions, mais la matérialité des faits établissant la réalité de ces comportements et de leurs conséquences quant à l'absence de toute assimilation à la société française.

Retrait de décret de naturalisation

Le retrait d'un décret de naturalisation peut être fondé sur le mensonge ou la fraude de l'intéressé dans sa déclaration sur l'honneur attestant qu'aucune modification n'était intervenue dans son adresse ou dans sa situation personnelle par rapport aux renseignements fournis lors du dépôt de la demande de naturalisation.

Toutefois, l'incarcération dans un établissement pénitentiaire ne peut être constitutive d'un tel changement d'adresse dans la mesure où, en l'absence de dispositions législatives en ce sens, un tel lieu ne constitue pas juridiquement



le domicile des personnes qui y sont détenues, et tout particulièrement des personnes détenues provisoirement qui peuvent être libérées à tout moment.

Par ailleurs, la section a eu l'occasion de donner un avis défavorable en opportunité à des projets de retrait de la nationalité française en se fondant sur les circonstances attestant de la volonté de l'intéressé d'établir en France le centre de ses intérêts.

Élections et référendum

Élections législatives – Inéligibilités – Financement des campagnes électorales – Opérations électorales

1° L'examen d'un projet de loi organique relatif à l'élection des députés, a permis au Conseil d'État de préciser certaines règles relatives aux inéligibilités.

Concernant l'article L.O. 133 du code électoral, le Conseil d'État considère que l'inéligibilité édictée à l'égard des responsables locaux des établissements publics de l'État dont la compétence s'étend à l'ensemble du territoire national doit être étendue aux responsables des établissements publics de l'État dont le ressort ne couvre qu'une partie de ce territoire, tels que ceux des agences de l'eau ou des parcs nationaux. Les fonctions qu'ils exercent leur confèrent en effet une influence de nature à justifier leur inéligibilité dans toute circonscription électorale incluse dans le ressort où ils les ont exercées leurs fonctions professionnelles, pendant un an à compter de la cessation de ces dernières. Cette inéligibilité ne devrait néanmoins pas englober les présidents d'université, ni les chefs d'établissements publics locaux d'enseignement.

À l'article L.O. 136-1, le Conseil d'État propose d'ouvrir au Conseil constitutionnel la faculté de ne pas prononcer l'inéligibilité d'un candidat et, s'il s'agit du candidat élu, la perte de son mandat, lorsque le manquement constaté aux règles sur le financement des campagnes électorales est d'un faible degré de gravité ou a été commis de bonne foi. Il a invité le Gouvernement à proposer une formulation identique pour l'article L. 118-3, afin de ne pas créer pour les élections législatives un régime plus favorable que celui applicable aux élections locales.

À propos de l'article L.O. 136-2, le Conseil d'État a rappelé que l'obligation formelle de déposer une déclaration de patrimoine, assortie de la sanction très lourde de la perte du mandat, ne permet néanmoins pas de sanctionner le manquement volontaire aux règles de fond que constitue le dépôt d'une déclaration mensongère. Il rappelle les préconisations de la commission pour la transparence de la vie financière, réitérées dans son rapport du 20 décembre 2007, tendant à instituer une incrimination spécifique de déclaration de patrimoine volontairement erronée.

2° Saisi d'un projet d'ordonnance relatif à l'élection des députés représentant les Français établis hors de France, le Conseil d'État n'a accepté qu'en raison de la spécificité de l'élection en cause une disposition dont l'objet est de permettre à un électeur de prendre part au scrutin à partir de tout ordinateur relié à internet.

Les précautions prises par le pouvoir réglementaire afin d'assurer la fiabilité technique des opérations électorales par voie électronique et garantir l'anonymat des suffrages ainsi émis ne sauraient, en effet, prémunir l'électeur contre l'indiscrétion ou les pressions de son entourage lors de l'accomplissement de son vote.

Toutefois, eu égard à l'extrême difficulté, voire à l'impossibilité pratique, auxquelles peuvent se heurter les Français établis hors de France non seulement pour se rendre dans les bureaux de vote, mais encore pour donner procuration à un compatriote de confiance, et compte tenu par ailleurs des carences pouvant affecter le courrier dans certains pays, le Conseil d'État a admis que le vote par voie électronique pouvait apparaître, dans nombre de cas, comme le seul moyen pour les Français résidant hors de France d'exercer effectivement un droit qu'ils tiennent désormais de la Constitution.

C'est donc au prix d'un effort de conciliation entre exigences de valeur constitutionnelle, autorisé en l'espèce par les caractéristiques propres au vote des Français établis hors de France, que le Conseil d'État a admis la disposition prévoyant que l'électeur puisse voter «*par voie électronique, au moyen de matériels et de logiciels permettant de respecter le secret du vote et la sincérité du scrutin*» et confiant à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les modalités d'application d'une telle faculté. Une telle solution ne saurait être généralisée aux autres élections politiques.

Élections au Parlement européen

Saisie d'un projet de décret fixant le nombre de sièges et de candidats par circonscription pour l'élection des représentants au Parlement européen, la section a estimé qu'en vertu des articles 3-1 et 4 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer, un décret devait :

- a) répartir proportionnellement à leur population, avec application de la règle du plus fort reste, les sièges à pourvoir entre les circonscriptions dont la composition est annexée à la loi, en fixant pour chaque circonscription, outre le nombre de sièges, le nombre de candidats que doit y présenter toute liste ;
- b) répartir entre les trois sections composant la circonscription outre mer (Atlantique, Océan indien, Pacifique) les sièges attribués à cette circonscription conformément au a).

La loi ne définissant pas de critère pour opérer la répartition mentionnée au b), il appartenait au pouvoir réglementaire d'en retenir un.

La section a estimé que le projet, qui attribue un siège à chaque section, s'était fondé sur la méthode qui, tout en se conformant à la volonté du législateur de voir attribuer au moins un siège au titre de chaque section, permettait de respecter le principe, de valeur constitutionnelle, selon lequel la répartition des sièges doit se faire sur des bases essentiellement démographiques.

Cependant, elle a relevé que l'intention du législateur devait elle-même rester compatible dans le temps avec les principes supra-législatifs régissant les élections. Dans l'avenir, un creusement trop important des écarts démographiques entre les trois sections commanderait un réexamen du mode de scrutin adopté en 2007 dans la circonscription outre mer.



Référendum – Loyauté et sincérité des consultations

1° Saisi de projets de décret décidant de consulter les électeurs de la Guyane et de la Martinique en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution et organisant une consultation des électeurs ayant pour objet l'évolution statutaire de ces départements vers le statut de collectivité régie par l'article 74 de la Constitution, puis une consultation éventuelle ayant pour objet leur évolution vers le statut de collectivité unique prévu par le dernier alinéa de l'article 73, le Conseil d'État a admis que ne soulevait pas d'objection, au regard des articles 72-4 et 73 de la Constitution ainsi que des principes constitutionnels de clarté et de loyauté des consultations référendaires, le fait de subordonner la tenue de la seconde consultation à une réponse négative des électeurs lors de la première, sous réserve que le Gouvernement veille, notamment par les documents qui seront adressés par l'administration aux électeurs, à informer ces derniers de cette conséquence de leur choix. Toutefois, à défaut pour le Gouvernement de faire état de motifs impérieux d'intérêt général justifiant cette solution, le Conseil d'État a considéré que la situation résultant de la décision de tenir la seconde consultation une semaine seulement après la première serait de nature, du fait notamment de la complexité des questions posées aux électeurs et des interactions inévitables entre les deux campagnes se déroulant simultanément, à porter une atteinte excessive aux principes constitutionnels de clarté et de loyauté des consultations référendaires.

Le Conseil d'État a donc retenu la solution qui consiste à avancer d'une semaine (10 janvier 2010) la date de la première consultation, à espacer de deux semaines les deux consultations et à prévoir six jours de campagne officielle avant chacune d'elles.

2° Saisie d'un projet de décret portant organisation de la consultation des électeurs de Mayotte sur l'évolution statutaire de la collectivité, la section a rappelé que, selon la jurisprudence *Meyet* (Ass., 10 septembre 1992), il appartient au pouvoir réglementaire, en l'absence de dispositions législatives, de fixer les modalités nécessaires à l'organisation d'un référendum en rendant applicables, avec les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales.

La loi n° 2007-224 du 21 février 2007 a ultérieurement édicté de telles dispositions législatives qui composent le livre VII du code électoral (L. 559 à L. 567). L'article L. 562 du code électoral a ainsi rendu applicables aux référendums organisés en application des articles 72-4 et 73 de la Constitution les interdictions prévues par les articles L. 50-1, L. 51 (3^e alinéa) et L. 52-1 du code électoral pour les trois mois précédant le premier jour du mois d'un scrutin.

Cet article n'ayant pas prévu le cas où le délai courant du jour de la décision de consulter au jour de la consultation est inférieur à cette durée, la section a considéré qu'en l'absence de disposition législative réglant ce cas, le pouvoir réglementaire pouvait, afin de prévenir leur rétroactivité, préciser la date à laquelle ces interdictions prendraient effet.

Établissements publics et groupements d'intérêt public

1° À propos du CNRS, la section a estimé qu'un projet de décret statutaire qui avait pour objet de fixer les règles d'organisation d'un établissement public, notamment les modalités de sa gouvernance, ne peut subdéléguer à l'autorité chargée de nommer les dirigeants de l'établissement la définition de la structure de direction de cet établissement. Il en est ainsi de la question concernant la réunion des fonctions de président et de directeur général de l'établissement sur une même personne ou la séparation de ces fonctions entre deux personnes distinctes. Le choix entre ces deux formules de gouvernance ne peut être laissé à l'appréciation de l'autorité qui procède, par une mesure individuelle, à la nomination des dirigeants de l'établissement. Il relève du décret statutaire.

2° La section n'a pu donner un avis favorable au projet de décret portant création de l'École normale supérieure de Lyon, compte tenu de l'organisation des attributions du président et du directeur général. Tous deux nommés concomitamment par la même autorité après présentation d'un projet d'établissement commun, ces deux autorités auraient exercé en effet leurs compétences exécutives selon des règles qui ne faisaient apparaître aucune ligne de partage claire et laissaient place à trop d'interprétations contradictoires propres à susciter, quelle que soit la qualité des titulaires, des controverses inutiles ou la paralysie institutionnelle. La préoccupation, en elle-même légitime, de rechercher une transition progressive entre l'actuel et le futur mode d'administration de ces établissements ne pouvait, en tout état de cause, justifier l'institution à titre permanent de règles de gouvernance du nouvel établissement public propres à soulever de nombreux conflits d'attribution entre le président et le directeur général.

3° La section a disjoint d'un projet de décret relatif à l'«*Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice*» les dispositions du projet du Gouvernement qui semblaient donner une compétence générale au nouvel Institut sur les questions «*de justice et de droit*». Il lui a paru, en effet, qu'une compétence aussi générale était soit trop vague pour rester en harmonie avec les compétences de «*sécurité intérieure, sanitaire, environnementale et économique*» confiées à l'Institut, soit inutile dès lors qu'il appartiendra à l'établissement de mener toutes actions d'étude, recherche, formation, veille et analyse lesquelles incluent bien évidemment les aspects juridiques et judiciaires des questions examinées. Elle a, en conséquence, disjoint le mot «*justice*» dans la dénomination de l'Institut.

Elle s'est, en outre, efforcée de clarifier les attributions de l'Observatoire de la délinquance, structure interne de l'établissement chargée de recueillir les données statistiques relatives à la délinquance, de les exploiter, d'en garantir la pertinence et la fiabilité et de les communiquer au public. Elle a considéré que la mention du «*traitement judiciaire*» de ces données suffisait à rendre compte de la mission que le Gouvernement entendait confier à l'établissement. Prenant acte de ce que l'objet du projet de décret n'était pas de confier à celui-ci un monopole dans le recueil et l'authentification des données, elle a estimé inopportun de procéder à une extension de ces compétences par prélèvement sur celles du ministère de la justice et des juridictions.

Il lui est par ailleurs apparu que les missions confiées à l'Institut dans le domaine de l'authentification des données, de leur communication au public et des observations adressées aux pouvoirs publics apparentaient l'Institut à une autorité administrative indépendante alors qu'il reste un établissement public.

4° Saisie d'un projet de décret portant création de l'établissement public du Palais de la découverte et de la Cité des sciences et de l'industrie, la section a relevé que le nouvel établissement public procédait de la fusion des deux établissements publics dont il reprenait les missions, entièrement consacrées à la diffusion de la culture scientifique et technique. Afin de faire aux personnalités qualifiées issues de la recherche et de l'enseignement des sciences une place en rapport avec ces missions, et en rapport avec celle que leur faisait, au sein même du conseil d'administration, le statut de l'un de ces établissements, le Palais de la découverte, qualifié de scientifique, culturel et professionnel, et de mieux reconnaître le rôle de la communauté scientifique dans le fonctionnement et le succès du futur établissement, la section a recommandé que les dispositions statutaires relatives au conseil scientifique de l'établissement, instance consultative composée notamment de représentants d'organismes de recherche ou d'enseignement supérieur, de personnalités nommées en raison de leurs compétences scientifiques et de salariés de l'établissement issus du monde scientifique, prévoient que ce conseil élirait son président en son sein.

La section a, en outre, estimé qu'il était possible de traduire la préoccupation, annoncée par le Gouvernement, que soit préservée l'identité de chaque composante du nouvel établissement dans le statut du nouvel établissement, sans faire obstacle à l'unité et à la mutualisation recherchées, ni à l'évolution ultérieure de chacune de ses composantes, en précisant que, pour l'accomplissement de ses missions, celui-ci tire parti de l'expérience acquise par chacune de ces composantes originelles.

Juridictions administratives et judiciaires

Magistrats de l'ordre judiciaire

Actes – Procédures consultatives – Consultations non obligatoires – Comité technique paritaire – Modification du ressort des juridictions – Spécialisation

Les modifications des ressorts des juridictions judiciaires et les transferts de compétences à l'intérieur d'un même ordre de juridiction ou d'un ordre à un autre ne doivent être soumises à la consultation des comités techniques paritaires que lorsqu'elles emportent des conséquences significatives sur l'organisation et le fonctionnement des services des tribunaux concernés. Si la suppression de juridictions ou la refonte globale de la carte judiciaire peuvent laisser présumer de telles conséquences, il n'en est pas de même en cas de spécialisation de tribunaux pour certains types de contentieux, même portant sur un certain nombre de juridictions, lorsque la quantité de dossiers concernés par cette redis-

tribution est insusceptible d'entraîner une réorganisation des services ou d'affecter de manière significative leur fonctionnement.

N'avait dès lors pas à être soumis au comité technique paritaire ministériel le projet de décret relatif à la spécialisation des juridictions judiciaires en matière de propriété intellectuelle, qui s'étend formellement à l'ensemble des juridictions judiciaires mais ne porte que sur un faible nombre de dossiers dont la grande majorité relève déjà de la compétence de quelques tribunaux. Ce réaménagement des compétences ne relève pas d'une modification générale de l'organisation des services judiciaires et n'entraîne pour les services concernés aucun bouleversement significatif.

Nomination – Cour de cassation – Service de documentation

Saisie d'un projet de décret relatif à la direction du service de documentation et d'études de la Cour de cassation, la section a relevé que la procédure de désignation, par le premier président de la Cour de cassation, du président de chambre chargé de la direction du service de documentation et d'études ne pouvait comporter l'avis préalable du procureur général sans faire apparaître une interférence indirecte de celui-ci dans les décisions d'affectation de l'ensemble des présidents de chambre de la Cour. La section a donc retiré du code de l'organisation judiciaire la disposition prévoyant cette procédure, dès lors que le directeur du service n'est plus désigné parmi les conseillers déjà affectés à une chambre mais parmi les présidents de chambre qu'il appartient au seul premier président d'affecter au sein de la Cour.

En revanche, rien ne fait obstacle à ce que, même sans texte, le premier président consulte le procureur général sur la direction d'un service qui intéresse autant l'activité du parquet que celle du siège.

Outre mer – Ordonnances de l’article 74-1 de la Constitution

Mayotte – Mesure d’adaptation (article 74-1 de la Constitution) – Absence – Reconnaissance d’un enfant – Enregistrement

La section a disjoint du projet une disposition insérant dans le code civil des dispositions analogues à celles issues de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, codifiées aux articles 2499-2 à 2499-5 du même code, spécialement édictées pour répondre à la situation particulière de Mayotte, alors soumise au principe de spécialité législative, et instituant pour cette dernière collectivité une procédure de sursis et d’opposition à l’enregistrement de la reconnaissance d’un enfant. Cette nouvelle disposition ne peut être regardée, par son contenu et l’ampleur de la novation qu’il introduit dans la législation en vigueur dans la collectivité de Saint-Martin, où s’applique le droit civil de droit commun et qui est soumise en cette matière par la loi organique au principe d’identité législative, comme une adaptation de cette législation entrant dans le champ d’application de l’article 74-1 de la Constitution.

Nouvelle-Calédonie

Accord de Nouméa – Transfert de compétences

Le Conseil d’État a examiné le projet de loi organique portant évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et départementalisation de Mayotte.

Il résulte de l’article 77 de la Constitution que l’accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 revêt une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a jugé que son contrôle sur la loi organique prise en application de cet article devait s’exercer au regard des orientations définies par cet accord (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999). Cet accord organise un transfert progressif des compétences non régaliennes de l’État vers la Nouvelle-Calédonie et prévoit dans son préambule qu’« *au terme d’une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l’accès à un statut international de pleine responsabilité et l’organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposés au vote des populations intéressées* ».

Il se déduit de cette disposition, comme de l’économie générale de l’accord, que l’ensemble des compétences non régaliennes de l’État doivent avoir été transférées avant le mandat du congrès commençant en 2014, au cours duquel doit se tenir la consultation sur l’accession à la souveraineté. Au nombre des compétences dont l’accord de Nouméa prévoit qu’elles seront transférées dans un second temps, au cours des second et troisième mandats du congrès figurent « *le droit civil et le droit commercial* », « *les règles concernant l’état civil* » et la sécurité civile.

Le Conseil d’État a estimé que les orientations de l’accord de Nouméa étaient dès lors méconnues par la modification proposée du régime de transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences non régaliennes de l’État en matière de sécurité civile, de droit civil, de règles relatives à l’état civil et de droit commercial prévu par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

En effet, le rattachement de ces compétences, non plus au régime défini à l'article 26 de cette loi, lequel dispose que ces compétences sont transférées à la Nouvelle-Calédonie «*au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009*» et que ces «*compétences et l'échéancier des transferts font l'objet d'une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes des membres au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début des mandats*», mais au régime de l'article 27, qui dispose que «le congrès peut, à partir du début de son mandat commençant en 2009, adopter une résolution tendant à ce que (ces compétences) lui soient transférées par une loi organique ultérieure», remet en cause le caractère obligatoire de leur transfert avant 2014.

Saisie pour avis sur le projet de loi du pays relatif au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière d'enseignement du second degré public et privé, d'enseignement primaire privé et de santé scolaire, pris en application de l'article 26 et de l'article 99 (12°) de la loi organique du 19 mars 2009, la section a estimé que la date retenue par le projet pour l'entrée en vigueur du transfert de compétences, soit le 1^{er} janvier 2012, était conforme à l'article 26 de la loi organique, qui n'impose pas que le transfert de compétence coïncide avec l'adoption de la loi du pays y afférente, mais prévoit, conformément à l'accord de Nouméa, que les compétences en cause sont transférées au cours des mandats du congrès commençant en 2004 et 2009, ce qui implique un transfert avant le 15 mai 2014.

Elle a, en revanche, retiré du projet la réserve qui subordonne l'effectivité du transfert à la signature de la convention prévue au 3^e alinéa de l'article 59-1 de la loi organique, relative aux modalités de la mise à disposition des personnels en charge des compétences transférées. L'absence de signature d'une telle convention ne saurait en effet faire obstacle au transfert des compétences, conformément aux exigences rappelées ci-dessus, avant le terme du mandat du congrès s'achevant en 2014.

Par ailleurs, en vertu de l'article 77 de la Constitution, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte (considérants 10 et 11), il appartient à la loi organique de déterminer les modalités de transferts des compétences et la répartition des charges en résultant, alors que celle-ci n'a délégué aucune compétence à la loi du pays en cette matière. De même, les conditions d'exercice, après transfert, des compétences respectives de l'État et de la Nouvelle-Calédonie ne sont pas une matière relevant de la loi du pays. La section a donc disjoint les dispositions relatives aux «*modalités des transferts de compétences*» et aux «*conditions d'exercice des compétences respectives de l'État et de la Nouvelle-Calédonie*».

Saisie en application de l'article 206 de la même loi organique d'une demande d'avis présentée par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, la section s'est prononcée sur les questions de savoir qui, de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces, serait compétent, d'une part pour instituer des autorités administratives indépendantes en Nouvelle-Calédonie, notamment en matière de concurrence, de télécommunications et de dialogue social (avis n° 383.316 du 22 décembre 2009, page 347), d'autre part pour édicter des réglementations relatives aux établissements recevant du public, à la sécurité des installations pour fêtes foraines et à la lutte contre le bruit ainsi qu'à la prévention des nuisances sonores (avis n° 383.317 du 22 décembre 2009, page 400).

Saint-Barthélemy et Saint-Martin

La section a été saisie d'un projet de décret visant à adapter, dans les collectivités d'outre mer de Saint-Barthélemy et Saint-Martin, en application des articles L.O. 6213-1 et L.O. 6313-1 du code général des collectivités territoriales, les règles de compétence des centres de formalités des entreprises fixées par les dispositions de l'article R. 123-3 du code de commerce, en tant qu'il confère l'exercice de cette activité de collecte d'informations administratives à la chambre de commerce et d'industrie, la chambre des métiers et de l'artisanat et la chambre d'agriculture du département de la Guadeloupe, en vue de la confier à un organisme de plus grande proximité. Elle a admis que, sur le fondement du second alinéa de l'article 2 de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, aux termes duquel le dossier unique comportant les déclarations des entreprises relatives à leur création, à la modification de leur situation ou à la cessation de leurs activités «*est déposé auprès d'un organisme désigné à cet effet, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État*», l'État puisse confier cette mission à un organisme habilité, implanté localement, dans le cadre d'une convention passée avec chaque organisme. Cette faculté, qui permettra de résoudre des difficultés pratiques d'organisation, ne préjuge pas en l'état du droit applicable, de la légalité des délibérations prises par chacun des deux conseils territoriaux des collectivités concernées prévoyant la création d'établissements publics locaux qui seraient chargés d'exercer les compétences des chambres consulaires de la Guadeloupe.

Saint-Martin – Mesures d'adaptation – Existence – Éloignement du tribunal

Il a, en revanche, estimé que constituent des adaptations de la législation en vigueur dans la collectivité justifiées par les caractéristiques de Saint-Martin et les contraintes particulières découlant de son éloignement du tribunal de grande instance de Basse-Terre en Guadeloupe, compatibles avec le régime d'identité législative et entrant dans le champ d'application de l'article 74-1 de la Constitution, deux nouveaux articles insérés dans le code de procédure pénale intéressant uniquement la collectivité de Saint-Martin et ayant pour objet, l'un, de rendre applicables aux débats contradictoires tenus par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Basse-Terre les dispositions de l'article 706-71 du même code prévoyant l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission, l'autre, de créer une modalité de détention provisoire de très courte durée pour les personnes placées en détention provisoire jusqu'à leur comparution, au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la mise en détention, devant le tribunal.

Polynésie française

Saisie par le ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales, la section s'est prononcée :

– sur les conditions d'application de l'article 156 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française (avis n° 382.625 du 17 mars 2009, page 411) ;

- sur le point de savoir si le vice-président de la Polynésie française, nommé par le président de ce pays d’outre mer, est également un des quinze ministres constituant l’effectif maximum du Gouvernement (avis n° 382.646 du 24 mars 2009, page 413);
- sur le point de savoir si en dépit du renouvellement intégral du bureau de l’assemblée de la Polynésie française survenu le 12 février 2009, il y a lieu de procéder le 9 avril 2009, au renouvellement des membres du bureau autres que le président de l’assemblée et dans l’affirmative, si la majorité absolue des représentants pourrait demander à cette occasion, à ce que le renouvellement soit intégral et qu’un nouveau président de l’assemblée soit élu (avis n° 382.647 du 24 mars 2009, page 414).

Saisie en application de l’article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d’autonomie de la Polynésie française d’une demande d’avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française par le président de l’assemblée de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre la Polynésie française et l’État, la section s’est prononcée sur la combinaison des règles d’édition et de contrôle a priori d’une loi de pays avec celle de la ratification préalable par le Parlement du décret d’application de la loi (article 31 de la loi organique du 27 février 2004), ainsi que sur les conséquences de la ratification sur la nature juridique de l’acte approuvé (avis n° 382.754 du 16 juin 2009, page 418).

Wallis et Futuna

La section a été saisie par le ministre de l’intérieur, de l’outre mer et des collectivités territoriales d’une demande portant sur la création d’un cadastre et la répartition des compétences en cette matière dans les îles Wallis et Futuna (avis n° 383.218 du 10 novembre 2009, page 403).

Pouvoirs publics et autorités administratives indépendantes

Autorités administratives indépendantes – Notion

L'examen d'un projet de loi organique portant évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et départementalisation de Mayotte a donné au Conseil d'État l'occasion de lever une ambiguïté persistante : sauf disposition contraire, l'expression « *autorité administrative indépendante* » inclut celles de ces autorités auxquelles le texte institutif confère la personnalité morale et qui sont parfois désignées par l'expression « *autorité publique indépendante* ».

Spectacles, cinéma, sport

Cinéma

1° Saisi d'un projet d'ordonnance modifiant le code du cinéma et de l'image animée, le Conseil d'État a examiné les questions que pouvait poser l'instauration d'une rémunération minimale de la personne qui concède les droits de représentation ou d'exploitation d'une œuvre cinématographique.

Examinant au regard du droit communautaire de la libre prestation de services et de la concurrence, l'article du projet relatif à la rémunération minimale due par l'éditeur d'un service de médias audiovisuels à la demande, il a estimé que la régulation des conditions d'exploitation de ces services trouvait sa justification, d'ailleurs reconnue par la directive 2007/65/CEE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 en ce qui concerne les délais de transmission des œuvres cinématographiques, dans les objectifs d'intérêt public poursuivis dans ce secteur des nouveaux médias audiovisuels. L'exploitation des œuvres en salles de cinéma conditionne l'offre et la création cinématographiques tout entières et peut par conséquent fonder légalement des mesures de protection de cette forme ou phase de l'exploitation. Tel est notamment l'objet des dispositions applicables en matière de chronologie d'exploitation, dont le plein effet peut dépendre, aujourd'hui et demain, d'une régulation des prix sur le marché de l'achat et de la location de films sur l'internet. Le Conseil d'État a ainsi estimé que la rémunération minimale de ces services fixée par l'autorité publique devait concilier les objectifs d'accès du plus grand nombre d'utilisateurs, de maintien d'une offre cinématographique diversifiée et de plein effet des dispositions applicables en matière de chronologie de l'exploitation des œuvres cinématographiques.

Au regard du droit interne, le Conseil d'État a estimé que le législateur pouvait, sans rester en deçà de sa compétence, laisser au pouvoir réglementaire le soin de fixer la rémunération minimale due par un exploitant de salles de cinéma à la personne qui lui concède le droit de représentation d'une œuvre cinématographique à condition qu'il soit précisé dans la loi que, dans l'exercice de ce

pouvoir, l'autorité publique devait concilier les objectifs d'accès au plus grand nombre de spectateurs et de maintien d'une offre cinématographique diversifiée.

2° Par ailleurs, la section a estimé qu'un projet d'ordonnance ayant pour objet de modifier l'organisation du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) et de reconnaître à son président des attributions propres exercées au nom de l'État par délégation du ministre, devait, en vertu des dispositions de l'article 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 modifié, être soumis, comme il l'a été, au comité technique paritaire de cet établissement public dès lors qu'il avait pour objet et pour effet de modifier l'organisation de celui-ci. En revanche, en dépit des attributions exercées en propre au nom de l'État par le président de cet établissement public, le projet n'avait à être soumis à la consultation ni du comité technique paritaire ministériel, ni du comité technique paritaire central dans la mesure, d'une part où le périmètre des compétences du CNC comme de son président n'est pas modifié par le projet qui, à cet égard, présente un aspect purement reconnaissant, d'autre part où le principe de subsidiarité existant en matière de consultation des comités techniques paritaires conduit, dès lors qu'était nécessaire la consultation du CTP de l'établissement public, à exclure celle des CTP disposant en ce domaine d'attributions concurrentes.

Sports – Professions réglementées – Carte professionnelle – Éducateur sportif

Saisie d'un projet de décret pris pour l'application des dispositions de l'article L. 212-7 du code du sport et modifiant la partie réglementaire du code du sport, la section a estimé que pour fonder le pouvoir du préfet de refuser de délivrer une carte professionnelle à un demandeur qui aurait fait l'objet d'une condamnation ou d'une mesure qui aurait été prononcée à l'étranger et qui correspondrait à l'une de celles mentionnées à l'article L. 212-9 lorsqu'elles sont prononcées en France, le pouvoir réglementaire ne devait pas se référer aux dispositions législatives applicables sur l'obligation d'honorabilité mises à la charge de l'éducateur sportif (article L. 212-9), qui ne mentionnent que les condamnations ou mesures prononcées en France, mais à celles de l'article L. 212-13, qui donnent au préfet un pouvoir de police permettant d'interdire l'activité d'un éducateur sportif « *dont le maintien en activité constituerait un danger pour la santé et la sécurité physique ou morale des pratiquants* ».



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009, la section a tenu 95 séances et examiné 421 textes.

Trois affaires relevant de sa compétence ont été examinées par la commission permanente et 29 textes ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1 – Répartition par nature des textes examinés

	2005	2006	2007	2008	2009
Lois	37	30	13	19	29
Ordonnances	27	9	6	8	15
Lois du pays	0	0	1	1	1
Décrets réglementaires	190	189	176	152	144
Décrets individuels, arrêtés et décisions	171	167	194	266	222
Avis	10	6	9	5	10
Total	435	401	399	451	421

Tableau 2 – Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine (classement par ordre alphabétique)	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Avis	Total
Agriculture	-	-	-	1	-	-	1
Autres ministères	-	-	1	-	-	6	3
Culture et communication	3	3	-	24	1	1	32
Économie	-	-	-	2	-	-	2
Éducation nationale	1	-	-	3	-	-	4
Enseignement supérieur et recherche	1	-	-	12	11	-	24
Immigration	-	-	-	6	46	-	52
Intérieur, outre mer	12	10	-	39	164	2	227
Jeunesse et sports	-	-	-	2	-	-	2
Justice	9	2	-	47	-	1	59
Logement	-	-	-	1	-	-	1
Premier ministre	3	-	-	3	-	-	6
Sports	-	-	-	4	-	-	4
Total	29	15	1	144	222	10	421

Tableau 3 – Répartition par matière des textes examinés

Matières	2009
Associations et fondations	141
Collectivités territoriales hors FPT	13
Communication – culture	29
Congrégation et culte	15
Divers	7
Dons et Legs	18
Droit administratif et constitutionnel	12
Droit civil et procédure civile	11
Droit commercial	15
Droit pénal et procédure pénale	4
Élections	9
Enseignement	16
Étrangers	9
Nationalité	44
Organisation administrative	12
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	22
Outre mer	28
Police	11
Sports	5
Total	421

Tableau 4 – Délais d'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	6	16	6	1	29
Ordonnances		5	3	7	15
Décrets réglementaires	9	15	49	71	144

Section des finances

La section des finances s'est réunie à 89 reprises et a examiné 222 affaires.

Quatorze projets de textes (projets de loi ou d'ordonnance) relevant de sa compétence ont été soumis à l'assemblée générale et 5 à la commission permanente. En outre, la section a participé, pour ce qui la concernait, à l'examen de la proposition de loi de simplification du droit.

Elle a examiné 4 projets de loi de finances, 73 autres projets de loi (dont 54 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 21 projets d'ordonnance et 2 projets de loi du pays. La section a également examiné 83 projets de décret réglementaire.

Elle a participé, pour les articles relevant de sa compétence, à l'examen de la première proposition de loi soumise au Conseil d'État.

Elle a enfin répondu à 5 demandes d'avis du Gouvernement et examiné 32 demandes de remise de débet.

Si, en volume, le nombre d'affaires examinées par la section, dont les effectifs ont été ajustés, a diminué entre 2008 (299) et 2009 (222), essentiellement en raison de la création de la section de l'administration, d'une part, à périmètre constant, la section a examiné davantage d'affaires qu'au cours de l'année précédente et, d'autre part, elle a eu à connaître d'un nombre de projets de loi et d'ordonnance nettement plus important (de l'ordre de 25 %), tout en étant davantage saisie de projets de textes longs, complexes, sensibles et souvent urgents.

Actes

Catégorie d'actes

Lors de l'examen d'un projet de décret du Premier ministre relatif à l'Autorité centrale pour l'adoption internationale, la section a estimé que ce projet modifiait les attributions du ministre des affaires étrangères et européennes. En effet, l'Autorité centrale pour l'adoption internationale, structure interministérielle rattachée au ministre des affaires étrangères, devient, en vertu de ce projet, un service interne du ministère des affaires étrangères auquel sont transférées les fonctions qu'elle exerçait antérieurement. La section a, par suite, transformé,

pour partie, ce projet de décret, qui ajoute aux attributions du ministre des affaires étrangères et européennes, en décret en conseil des ministres, en application du décret n° 59-178 du 22 janvier 1959.

Compétence – Domaine respectif de la loi et du règlement

Loi – Catégories d'établissements publics

Le Conseil d'État a disjoint l'article 5 du projet de loi portant diverses mesures relatives à l'action extérieure de l'État, qui portait création d'un établissement public dénommé Agence des immeubles de l'État à l'étranger, chargé de conduire des opérations destinées à faciliter et à améliorer la gestion des installations immobilières de l'État à l'étranger. En effet, dès lors que l'article 1^{er} de ce projet instaurait une nouvelle catégorie d'établissements publics contribuant à l'action extérieure de la France, dont la mission était de participer à l'action extérieure de l'État, tant par la gestion de programmes de coopération que par la gestion de moyens nécessaires à cette action, l'Agence des immeubles de l'État à l'étranger devait être regardée comme relevant de cette nouvelle catégorie. Par suite, en l'absence d'autres motifs justifiant le recours à la loi, les dispositions relatives à ses missions, son organisation et son fonctionnement relèvent d'un décret en Conseil d'État.

Loi – Principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales

La section a estimé qu'il y avait lieu de disjointer, de l'article 1^{er} du projet de décret relatif à la prévention des risques résultant de l'usage des équipements de protection individuelle pour la pratique sportive ou de loisirs, la mention de l'obligation de « *souscription d'une assurance de responsabilité civile de portée appropriée* » qui pèse sur les organismes concernés, dès lors que cette obligation touche aux « *principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales* » relevant du domaine de la loi en application de l'article 34 de la Constitution.

Règlement – Convention pluriannuelle avec les opérateurs de jeux

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil d'État a considéré que relève du domaine réglementaire une disposition prévoyant la conclusion d'une convention pluriannuelle entre l'État et les opérateurs de jeux et de paris auxquels il a accordé des droits exclusifs en application des lois préexistantes en matière de jeu.

Demande d'avis – Litispendance

La section, saisie en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-193 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative, n'a pas été en mesure de répondre aux questions posées dans une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur le transfert de compétence en matière d'assurance. En

effet, le même tribunal administratif a été saisi, le 16 juillet 2009, de questions présentant un lien direct avec cette demande d'avis.

Entrée en vigueur – Loi

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait obstacle à ce que l'entrée en vigueur d'une loi relève d'un acte du pouvoir réglementaire ne faisant l'objet d'aucun encadrement, la section a estimé possible, lors de l'examen du projet de loi relatif au rapprochement des Caisses d'Épargne et des Banques Populaires, d'admettre que l'entrée en vigueur de cette loi dépende d'événements qu'elle ne régit pas de manière complète. En particulier, l'organisation et la réalisation par la loi elle-même des apports devant être effectués au profit du nouvel organe central auraient soulevé des difficultés au regard du droit de propriété des organes centraux actuels de ces établissements de crédit et de leurs actionnaires. Ce même motif justifie en outre qu'aucune date limite ne soit fixée à l'entrée en vigueur de la loi.

Loi de validation – Recettes douanières – Avis de mise en recouvrement

Saisi d'un article du projet de loi de finances rectificative pour 2009 qui institue un droit préalable à être entendu avant toute décision prise en application du code des douanes communautaire, défavorable ou notifiant une dette douanière, le Conseil d'État en a disjoint les dispositions prévoyant la validation des avis de mise en recouvrement qui seraient contestés pour violation du droit de présenter des observations, au motif que le législateur national ne pouvait valider des actes administratifs qui méconnaîtraient tout à la fois des exigences constitutionnelles ou conventionnelles et un principe général du droit communautaire. Il a estimé que le motif financier invoqué, estimé à moins de 5 millions d'euros, ne pouvait constituer un motif d'intérêt général suffisant, de nature à justifier la mesure de validation proposée.

Ordonnances – Dispositions transitoires – Prolongation de mandats

La section a admis l'insertion, dans le projet de décret pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables (ANC), d'un article 11 prévoyant que les mandats des membres du collège et du comité consultatif du Conseil national de la comptabilité (CNC), en cours à la date de publication de ce décret, se poursuivent jusqu'à leur terme en qualité de membre du collège et du comité consultatif de l'ANC. En effet, il lui est apparu que si cette disposition a pour effet de différer de quelques mois la pleine application des règles de nomination et de durée de mandat prévues par l'ordonnance, elle n'excède toutefois pas le champ des dispositions transitoires pouvant être prises au titre des mesures réglementaires d'application de cette ordonnance.

Ordonnances – portée de l’habilitation

1° Le respect des termes d’une loi habilitant le Gouvernement, sur le fondement de l’article 38 de la Constitution, à prendre, par ordonnance, des mesures relevant du domaine de la loi, est une condition nécessaire de validité de ces ordonnances. Si une telle exigence est méconnue, il n’y a pas lieu de s’interroger sur le point de savoir si une mesure excédant le champ de l’habilitation ne contrevient pas également aux règles et principes de valeur constitutionnelle, aux engagements internationaux de la France ainsi qu’aux principes généraux du droit qui s’imposent à toute autorité administrative, sauf à ce que la loi d’habilitation ait permis d’y déroger. Eu égard à la circonstance que le VI de l’article 164 de la loi n° 2008-476 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie n’a autorisé le Gouvernement à intervenir par voie d’ordonnance qu’à l’effet de modifier, dans le sens d’un renforcement des droits de la défense, les législations existantes conférant à l’autorité administrative un pouvoir de visite et de saisie, la section, saisie du projet d’ordonnance réformant les voies de recours contre les visites et les saisies administratives, a disjoint celles de ses dispositions ayant pour objet de procéder à une extension d’un tel pouvoir.

2° Saisie d’un projet d’ordonnance étendant et adaptant outre mer les dispositions d’une précédente ordonnance, la section a considéré que l’habilitation relative à l’ordonnance d’adaptation et d’extension permet également d’étendre et d’adapter les modifications apportées à la première ordonnance par la loi de ratification.

Procédure consultative

1° La section a eu à connaître d’un projet de décret relatif au contrôle externe de la Caisse des dépôts et consignations et pris en application de l’article L. 518-15-2 du code monétaire et financier. Elle a considéré que ce projet n’avait pas à être soumis à la consultation préalable du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) pour deux motifs : d’une part, l’article L. 518-15-2 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de l’article 151 de la loi LME, prévoit l’intervention d’un décret en Conseil d’État après l’avis de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations et non celui de ce comité consultatif ; d’autre part, si le CCLRF doit, en application de l’article L. 614-2 du même code, être saisi des projets de décret relatifs au secteur bancaire, la section a considéré que la Caisse des dépôts et consignations ne relève pas du secteur bancaire.

2° Saisi du projet de loi de régulation bancaire et financière, ayant pour objet de remplacer le « collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier » par un « conseil de régulation financière et de risques systémique », le Conseil d’État a constaté qu’il n’était pas en mesure de procéder à l’examen de son article 1^{er}. En effet, la décision n° 98/415 du 29 juin 1998 du Conseil européen relatif à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation impose aux « autorités des États membres [de consulter] la BCE sur tout projet de réglementation *relevant de son domaine de compétence en vertu du traité, et notamment en ce qui concerne : (...)* les banques centrales nationales, (... et) les règles applicables aux établissements financiers dans la mesure où elles ont une incidence sensible sur la sta-

bilité des établissements et marchés financiers». Les dispositions instituant le «conseil de régulation financière et du risque systémique», auquel est appelé à participer le gouverneur de la Banque de France en double qualité de gouverneur de la Banque centrale nationale et de président d'une autorité de contrôle prudentiel, entrent dans le champ de ces prévisions. S'agissant de l'article 15 du même projet complétant l'article L. 144-1 du code monétaire et financier relatif au fichier FIBEN, tenu par la Banque de France et regroupant les informations qu'elle recueille sur la situation financière des entreprises, le Conseil d'État a relevé que cette disposition était à la fois relative à une «*banque centrale nationale*» et à «*la collecte, l'établissement et la diffusion de données statistiques en matière (...) financière*». Par suite, en vertu de l'article 2 de la décision du 29 juin 1998 susmentionnée la consultation de la Banque centrale européenne était nécessaire. Faute de disposer de l'avis ainsi requis, le Conseil d'État n'a pas été en mesure de rendre son propre avis.

3° Si le silence gardé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) au-delà du délai dans lequel elle est tenue de statuer sur une demande d'autorisation d'un traitement de données fait naître un avis implicite réputé favorable, cette circonstance n'interdit pas à la CNIL d'adopter, par une délibération ultérieure, un avis explicite se substituant au précédent, aussi longtemps que n'a pas été pris par l'autorité administrative compétente l'acte réglementaire autorisant le traitement. Dans ce cas, n'est visé que l'avis explicite de la CNIL.

Budget et comptabilité

Certaines questions soulevées à l'occasion de l'examen des projets de lois de finances examinées en 2009 sont abordées dans la rubrique *Assemblée générale, commission permanente et questions communes aux différentes formations* (cf. *infra*)

Comptes spéciaux

1° Examinant deux projets d'articles portant, l'un, modification du périmètre des recettes et des dépenses du compte d'affectation spéciale «*Gestion et valorisation des ressources tirées de l'utilisation du spectre hertzien*», l'autre, autorisation de la cession de l'usufruit de tout ou partie des systèmes de communication militaires par satellites, le Conseil d'État a estimé que pouvaient relever de la loi de finances les dispositions relatives à l'autorisation de cession de l'usufruit qui, sans constituer une ressource de l'État au sens du 2° du I de l'article 34 de la loi organique relatives aux lois de finances (ci-après LOLF), ont cependant une incidence directe sur les recettes de l'État et forment un élément indivisible du fonctionnement du compte d'affectation spéciale créé en application de l'article 19 de la même loi organique, circonstance qui justifie le regroupement des deux articles.

L'article 19 de la LOLF prévoit que «Les comptes spéciaux ne peuvent être ouverts que par une loi de finances». Saisi d'un projet d'article tendant à la clôture du compte de commerce «Opérations industrielles et commerciales des

directions départementales et régionales de l'équipement», le Conseil d'État a considéré, bien que la loi organique ne le mentionne pas expressément, qu'une telle clôture ne peut procéder que de la loi de finances, par un raisonnement symétrique tiré des dispositions précitées de l'article 19.

Dispositions pouvant figurer en loi de finances

Dans le cadre du projet de loi de finances pour 2010, le Conseil d'État a disjoint un projet d'article relatif au plafond des autorisations d'emplois des établissements à autonomie financière. En effet, ce projet ne trouve de fondement dans aucune des dispositions mentionnées à l'article 34 de la LOLF n° 20016692 du 1^{er} août 2001, relatif au contenu des lois de finances, ni dans aucun autre article de cette même loi organique.

Lors de l'examen du même projet, le Conseil d'État a considéré que trouvait sa place en loi de finances un projet d'article prévoyant le transfert en totalité, au 1^{er} janvier 2010, des activités, du patrimoine et des personnels du Centre de recherche de la délégation générale de l'armement du ministère de la défense au Commissariat à l'énergie atomique, établissement public industriel et commercial de l'État. En effet, les dispositions de cet article constituent un tout indivisible et affectent les recettes de l'État, au sens du I de l'article 34 de la LOLF.

Le Conseil d'État a disjoint un projet d'article relatif à l'ouverture d'une possibilité de dévolution du patrimoine monumental de l'État aux collectivités territoriales volontaires. En effet, les dispositions de ce projet avaient pour objet de modifier l'article 97 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui prévoyait la possibilité temporaire de transfert en pleine propriété aux collectivités territoriales d'un nombre déterminé d'éléments de patrimoine classés ou inscrits comme monuments historiques appartenant à l'État et au Centre des monuments nationaux pour rendre cette possibilité permanente et l'étendre à l'ensemble du patrimoine classé ou inscrit appartenant à l'État et à l'ensemble de ses établissements publics. Ces dispositions ne peuvent être regardées comme des dispositions relatives aux ressources de l'État qui affectent l'équilibre budgétaire, au sens du 2° du I de l'article 34 de la LOLF, ni comme des dispositions affectant directement les dépenses budgétaires de l'année, au sens du b du 7° du II du même article.

Garantie de l'État

Aux termes de l'article 34 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, la loi de finances «*autorise l'octroi des garanties de l'État et prévoit leur régime*». Saisie d'un projet de décret prévoyant que la COFACE réassurance avec la garantie de l'État, plafonnée à 1 milliard d'euros, des portefeuilles d'opérations d'assurance-crédit de court terme effectuées par des opérateurs privés, la section a disjoint les dispositions prévoyant un plafond global de l'encours garanti par l'État. En effet, l'existence d'un mécanisme limitant l'engagement financier de l'État est inhérente à un régime de garantie et doit donc figurer dans une loi de finances. Cette limitation peut revêtir des formes diverses telles qu'un encadrement administratif de la délivrance des garanties prises individuellement ou par portefeuille. Dans ce cas, la loi de finances peut,

après en avoir fixé le principe, renvoyer à une disposition réglementaire le soin d'en arrêter les modalités sans contredire l'article 34 de la loi organique. Toutefois, lorsque le mécanisme de limitation comporte un plafond global de garantie pour une catégorie d'opérations, l'article 34 de la loi organique doit être interprété comme excluant que ce plafond figure dans une disposition autre qu'une loi de finances.

Loi de programmation des finances publiques

Lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2010, le Conseil d'État a relevé que si le cadrage pluriannuel retenu par la loi du 9 février 2009 de programmation des finances publiques est devenu caduc en ce qui concerne l'évolution des déficits et du ratio d'endettement à horizon 2012, le choix du Gouvernement de ne pas modifier pour autant cette loi n'appelle pas de remarque. Le nouvel alinéa ajouté à l'article 34 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, aux termes duquel : «*Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques*», ne comporte en effet aucune précision et n'implique aucune solution plutôt qu'une autre quant à la durée du cycle de programmation et au caractère fixe ou glissant de cette programmation.

Convention européenne des droits de l'homme

À de nombreuses reprises, la section a rappelé qu'il convenait de répondre à la critique formulée au point 31 de l'arrêt *Ravon* du 21 février 2008 de la Cour européenne des droits de l'homme, relative au caractère «*théorique*» de l'accès au juge pendant la visite domiciliaire.

En conséquence, la section, saisie d'un projet d'ordonnance réformant les voies de recours contre certaines visites domiciliaires et les saisies administratives, puis du projet d'ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence, enfin du projet d'ordonnance réformant les voies de recours contre les visites domiciliaires de l'Autorité des marchés financiers, a complété le texte du projet par une disposition spécifiant que : «*L'ordonnance mentionne que le juge ayant autorisé la visite peut être saisi d'une demande de suspension ou d'arrêt de cette visite*».

Conventions internationales

Accord engageant les finances de l'État

L'Accord de 2006 sur les bois tropicaux ne constitue pas un traité engageant les finances de l'État, au sens de l'article 53, faute de créer une charge financière certaine, directe et immédiate pour l'État. Sans doute prévoit-il, dans ses

articles 18 et 19, qu'une contribution sera exigée de chaque État Partie. Mais, ainsi que le prévoient ses articles 5 et 36, la Communauté européenne peut être partie à cet accord. Or, en vertu d'une décision du Conseil de l'Union européenne du 26 septembre 2007, la Communauté européenne contribuera au compte administratif de l'organisation internationale sur les bois tropicaux dès son entrée en vigueur, tandis que les États membres peuvent participer par des contributions volontaires. Dans ces conditions, l'Accord n'engage pas de façon certaine les finances de l'État. Et, s'il est vrai que la France contribue au financement de la Communauté européenne, les dépenses supportées par celle-ci n'engagent que de façon indirecte les finances de chaque État membre.

Accord relatif à l'organisation internationale – Accord sur les produits de base

En revanche, le même Accord de 2006 se substitue à l'accord de 1994 ayant le même objet, qui avait lui-même pris la suite de l'Accord de 1983. Il entre dans la famille des accords internationaux sur les produits de base. En raison tout à la fois de son objet (établissement d'une coopération entre pays producteurs et pays consommateurs de bois en provenance de forêts tropicales dans un but de sauvegarde de l'environnement et de promotion du développement durable), de la personnalité morale conférée à l'organisation qu'il pérennise et des pouvoirs conférés à celle-ci, qui ne se limitent pas à des mesures d'administration interne, la section a considéré que cet accord est relatif à l'organisation internationale, au sens de l'article 53 de la Constitution. Sa ratification doit en conséquence être autorisée par le Parlement.

Champ d'application territorial – Départements d'outre mer

À l'occasion de l'examen d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Maurice relatif au séjour et à la migration circulaire de professionnels, la section a constaté que l'article 5 de l'Accord stipule qu'il ne s'applique qu'aux départements européens de la République française et qu'aux termes l'article 6 il est conclu pour une durée illimitée. Ces stipulations excluent ainsi, sans limitation de durée, les départements d'outre mer de l'application de l'Accord, alors que ceux-ci sont régis par le principe d'identité législative, en vertu de l'article 73 de la Constitution. Certes, la situation du marché de l'emploi dans les départements d'outre mer, en particulier dans l'île voisine de La Réunion, peut justifier, en l'espèce, que cet Accord, qui prévoit des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants mauriciens plus favorables que celles prévues par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne soit pas rendu applicable dans ces départements. Toutefois, il a été recommandé au Gouvernement d'éviter, en règle générale, d'exclure de manière définitive les départements d'outre mer de l'application de stipulations d'un accord international ou de dispositions législatives ou réglementaires, alors que les dispositions constitutionnelles pertinentes imposent que, sauf si elles ne trouvent manifestement pas à s'appliquer en raison de leur objet, ces stipulations et dispositions soient rendues applicables dans ces départements, éventuellement avec des adaptations et dans les délais nécessités par ces adaptations.

Contrôle de constitutionnalité des conventions internationales

1° Outre le contrôle classique de constitutionnalité des conventions internationales auquel procède le Conseil d'État au regard des dispositions de l'article 53 de la Constitution, la section a été conduite à contrôler, au regard de la liberté d'expression constitutionnellement garantie, l'article 22 du Protocole administratif et financier relatif aux moyens de la coopération annexé à la convention de partenariat entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne signée le 4 décembre 2007 qui stipule que les personnels universitaires français en Algérie et algériens en France « *ne peuvent se livrer à aucune activité politique sur le territoire où ils sont en mission et doivent s'abstenir de tout acte de nature à nuire aux intérêts matériels et moraux des autorités tant algériennes que françaises* ». Elle a estimé que la stipulation litigieuse devait être interprétée comme prohibant l'activité politique des personnels universitaires de chaque État partie uniquement dans l'autre État, sans leur interdire de participer, depuis le territoire où ils sont en service, à la vie politique de l'État dont ils ont la nationalité. Ainsi interprétée, cette stipulation n'apporte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression constitutionnellement garantie. D'une part, en effet, il a été jugé que l'activité politique des ressortissants étrangers en France devait se conformer aux exigences de l'ordre public. D'autre part, l'obligation de réserve qui s'impose à tout agent public dans l'expression de ses opinions est entendue par la jurisprudence de façon plus stricte lorsque ce dernier se trouve à l'étranger.

2° À l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Maurice relatif au séjour et à la migration circulaire de professionnels, la section a considéré que, s'il est loisible à un engagement international de prévoir, pour des catégories particulières d'étrangers, des titres de séjour d'une durée limitée, inférieure à dix-huit mois, la multiplication de mesures spécifiques de ce type ne saurait, cependant, avoir pour effet de limiter le nombre des étrangers pouvant bénéficier du droit au regroupement familial, au point d'entraver l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti.

3° La section n'a pu donner un avis favorable au projet de loi autorisant l'approbation de l'accord de coopération dans le domaine de la défense entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire, faute que les stipulations combinées de ses articles 7 et 16 soient conformes aux exigences constitutionnelles et conventionnelles relatives à la peine de mort. En effet, et alors surtout que l'article 16 de l'accord stipulait que « *les Parties exécutent en toutes circonstances et conformément à leur ordre juridique interne respectif, les engagements pris dans le cadre du présent accord* », cet accord ne contenait pas de stipulation permettant au Gouvernement français de s'assurer que, lorsque la loi algérienne prévoit la peine capitale, elle ne sera ni prononcée ni exécutée dans les hypothèses où, par application de l'accord, les autorités françaises devraient remettre aux autorités algériennes, pour leur permettre d'exercer par priorité leur droit de juridiction, soit un membre du personnel français militaire ou civil ou un membre de leur famille ayant commis une infraction en Algérie, soit un membre du personnel algérien militaire ou civil ayant commis en service ou à l'occasion du service une infraction en France. Dès lors, la section a subordonné son avis à un échange de lettres devant préciser que la notion « *d'ordre juridique interne* »

visé tant l'article 66-1 de la Constitution française («*Nul ne peut être condamné à la peine de mort*») que les accords et conventions internationaux auxquels la France est partie et relatifs à l'abolition de la peine de mort.

4° La convention de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc définit, en son article 2, le terme «*ayant droit*» comme toute personne définie ou considérée comme ayant droit ou un membre de la famille d'un assuré social par la législation d'affiliation, sauf stipulations contraires de la convention. Son article 31-1 prévoit, en ce qui concerne la France, le maintien des droits à pension de réversion de chacune des épouses survivantes, quel que soit leur lieu de résidence qu'avait un ressortissant marocain, conformément à son statut personnel. La section a estimé que, si la loi française prohibe la bigamie, l'ordre public français ne fait cependant pas obstacle au maintien de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger, en conformité avec la loi applicable en vertu du droit international privé.

5° De même, lors de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'État d'Israël sur la lutte contre la criminalité et le terrorisme, dont l'article 4 permet des échanges d'information, la section a-t-elle émis un avis favorable sur celles de ces informations qui peuvent être rattachées à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et sont susceptibles de présenter un intérêt pour chacune des Parties à l'accord de coopération. En revanche, elle s'est interrogée sur le sens, la portée, l'utilité et même la constitutionnalité des échanges d'informations sur les bonnes pratiques en matière de «*maintien de l'ordre au sein des groupes sociaux*». Elle a recommandé de proscrire à l'avenir l'insertion dans un engagement international d'une stipulation reprenant un tel contenu, en relevant, en outre, que cet accord une fois introduit dans l'ordre juridique interne, devra être interprété en conformité avec les principes de valeur constitutionnelle.

Échanges de données à caractère personnel – Modalités et cadre juridique

À l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant la ratification de l'accord entre sept États membres de l'Union européenne établissant un centre opérationnel d'analyse du renseignement maritime pour les stupéfiants, la section a relevé, d'une part, que cet accord stipulait que des données à caractère personnel pourront être transmises à des États tiers ou à des organisations internationales poursuivant les mêmes objectifs que les Parties contractantes en matière de répression du trafic illicite de stupéfiants, invités en tant qu'observateurs au centre opérationnel d'analyse du renseignement maritime pour les stupéfiants et, d'autre part, que la participation au présent accord d'États non-membres de l'Union européenne ou d'organisations internationales, qui n'ont pas de règles susceptibles d'assurer la protection des données, ne peut être écartée. Elle a considéré, par suite, qu'il n'était pas exclu que des données à caractère personnel puissent être transmises à des États tiers ou à des entités ayant le statut d'observateur qui ne présenteraient pas un niveau de protection suffisant de la vie privée, des libertés et des droits fondamentaux des personnes dans le traitement des données à caractère personnel. Dès lors, elle en a déduit que le ren-

voilà la législation nationale des États parties à l'accord, prévu par son article 6 § 1, signifie que l'échange de données à caractère personnel avec des pays tiers, ou des entités ayant le statut d'observateur en application du présent accord, devra s'opérer dans le cadre des dispositions combinées de l'article 24 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, si l'État tiers ou l'organisme de coopération internationale en matière de police judiciaire garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée, des libertés et des droits fondamentaux des personnes pour le traitement de données concerné, et de l'avant-dernier alinéa de l'article 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, si tel n'est pas le cas, et à la lumière de l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État en date du 26 octobre 2006.

Extradition

Saisie d'un projet de loi autorisant la ratification de la convention d'extradition entre la République française et le Royaume du Maroc, la section a relevé que l'article 5 de cette convention précise «*que si la peine encourue dans la législation de la Partie requérante pour les faits à raison desquels l'extradition est demandée est la peine capitale, cette peine est remplacée de plein droit, en vertu de la présente convention, par la peine encourue pour les mêmes faits dans la législation de la Partie requise*», alors que l'article 18 de cette même convention stipule que «*la présente convention ne porte pas atteinte aux droits et engagements des parties résultant de tout autre traité, convention ou accord*». Par suite, elle a considéré que la ratification, après autorisation parlementaire, de l'accord ne saurait avoir pour effet de dispenser les autorités françaises, lors de l'examen des demandes d'extradition présentées par le Royaume du Maroc, de vérifier qu'elles ne méconnaissent ni les principes généraux du droit de l'extradition dégagés par le Conseil d'État, statuant au contentieux, ni les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette vérification devra tenir compte, à la date de l'extradition demandée, non seulement du respect par le droit marocain de la primauté du droit conventionnel sur le droit national et du niveau de protection garanti par la législation marocaine en matière de respect des libertés fondamentales, mais aussi de l'application effective par l'État requérant des règles de protection définies par les jurisprudences européenne et nationale en matière d'extradition.

Réserves et déclarations interprétatives

1° La section a considéré que la décision d'émettre des réserves à une convention internationale relève d'une prérogative de l'exécutif. Il y a lieu, toutefois, pour le Gouvernement de présenter au Conseil d'État, en même temps que l'accord soumis à ratification, la ou les réserves qu'il se propose de formuler ainsi que de les publier par décret en même temps que le texte de la convention.

2° À l'occasion de l'examen d'un projet de loi autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées, signée à New York le 30 mars 2007, la section a approuvé dans son principe la formulation par le Gouvernement d'une déclaration interprétative se rapportant à l'article 15 de la convention. Cet article, après avoir rappelé que «*Nul ne sera soumis à*

la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants», ajoute qu'en particulier «il est interdit de soumettre une personne, sans son libre consentement, à une expérience médicale ou scientifique». La section estime opportun que soit précisé que le consentement ainsi visé est donné par une personne apte à consentir et que, dans le cas des personnes qui ne sont pas aptes à donner leur consentement, l'autorisation est donnée par leur représentant ou par un organe désigné par la loi. Elle souligne cependant que le Gouvernement ne saurait reprendre purement et simplement à son compte la déclaration faite lors de la signature de la convention par le Royaume des Pays-Bas dès lors que celle-ci se réfère expressément à la convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, qui n'a pas été ratifiée à ce jour par la France.

Lors de l'examen du même projet, la section a considéré que l'article 29 de la convention, relatif à la participation à la vie politique et à la vie publique des personnes handicapées, devrait également faire l'objet d'une déclaration interprétative destinée à constater sa compatibilité avec le droit interne, en particulier l'article L. 5 du code électoral, dans le respect de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui laisse ouverte la possibilité d'apporter au droit de suffrage des restrictions qui ne sont pas «*déraisonnables*».

Économie et finances

Chambres de commerce et d'industrie

Saisi d'un projet de loi relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, le Conseil d'État a disjoint une disposition prévoyant, à l'article L. 712-10 du code de commerce, que la chambre de commerce et d'industrie ayant procédé à la réparation du dommage subi par son président ou son trésorier du fait de leurs fonctions pourrait exercer une action directe, au besoin par voie de constitution de partie civile, devant la juridiction pénale. En effet, il a estimé que l'ouverture de cette nouvelle voie de déclenchement de l'action publique, à l'initiative d'un établissement public spécialisé, ne répondait pas à une nécessité impérieuse et que la simple subrogation de la chambre intéressée aux droits de la victime suffisait à pourvoir à ses intérêts.

À l'occasion de l'examen du même projet, a été disjointe une disposition autorisant les chambres de commerce et d'industrie, toujours dotées d'un trésorier élu en leur sein, à recouvrer leurs créances par voie de titre exécutoire, alors que le recours à cette prérogative n'a jusqu'à présent jamais été consenti par la loi à un établissement public non doté d'un comptable public. Faute de l'intervention d'un tel comptable, indépendant de l'ordonnateur, pour valider la créance, il n'apparaît pas possible d'étendre ce privilège aux chambres de commerce et d'industrie, dont au surplus les créances procèdent en large part d'activités exercées dans le domaine concurrentiel.

Consommation

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret regroupant, sous une forme codifiée, le contenu de précédents décrets en Conseil d'État pris sur le fondement des articles L. 214-1, L. 214-3, L. 215-1 et L. 215-4 du code de la consommation, la section a confirmé et précisé sa doctrine quant à leur portée. L'article L. 214-3 du code de la consommation permet à un décret en Conseil d'État de constater non seulement qu'un règlement communautaire déterminé, mais également que ceux qui viendront le modifier ou qui seront pris pour son application, entrent dans le champ d'application des chapitres II à VI du code de la consommation, à l'effet d'assurer que leur méconnaissance puisse être pénalement sanctionnée. Toutefois si, à la date où est pris un décret en Conseil d'État destiné à constater l'intervention d'un règlement communautaire entrant dans le champ des prévisions de l'article L. 214-3, ce règlement a lui-même été déjà modifié et complété, il y a lieu pour ce décret en Conseil d'État de faire apparaître explicitement les modifications et compléments ainsi apportés.

Crédit à la consommation

À l'occasion du projet de loi transposant la directive sur le crédit à la consommation et réformant la procédure de traitement du surendettement, le Conseil d'État a considéré que le crédit renouvelable, contrat de crédit à durée déterminée, entre dans le champ d'application de la directive 2008/49/CE du 23 avril 2008. Toutefois, il a estimé excessif de soumettre le renouvellement de ces contrats de crédits renouvelables à l'ensemble des nouvelles règles prévues par cette directive, en particulier à celles relatives à la publicité et à l'information préalable de l'emprunteur, qui sont dépourvues de pertinence dans le cas de renouvellement d'une relation contractuelle déjà engagée. Au surplus, le très grand nombre de contrats de crédits renouvelables en vigueur rend problématique une application sans nuance de ces règles à ce type de crédit. À défaut d'avoir pu définir dans sa totalité le régime futur applicable à ces contrats de crédit renouvelables, il a été estimé nécessaire, à l'article 32 du projet, traitant des dispositions transitoires et finales, de renvoyer à un décret en Conseil d'État la fixation des conditions, qui ne pourront être que progressives, dans lesquelles seront appliquées, lors des renouvellements des contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi, tout ou partie des règles prévues par le code de la consommation, pour l'ensemble des contrats de crédit.

Jeux et paris

Dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, le Conseil d'État n'a pu approuver, dans les dispositions de l'article 35 du projet relatif aux sanctions administratives pouvant être imposées aux opérateurs de jeux en ligne agréés, celles instituant des « *sanctions complémentaires* » de fermeture de locaux professionnels et d'interdiction d'exercice d'activités professionnelles venant s'ajouter aux sanctions classiques de pénalités financières, suspension et retrait de l'agrément. Le Conseil d'État a estimé qu'au regard de la nature de

l'activité en cause, ces mesures de contrainte n'étaient pas justifiées par la gravité particulière des actes susceptibles d'être sanctionnés.

En outre, alors que le même projet prévoyait de soumettre l'utilisation de « *tout élément caractéristique des manifestations et compétitions sportives* » à l'accord, assorti d'un contrat commercial, des fédérations titulaires, en vertu de l'article L. 333.1 du code du sport, du droit d'exploitation de ces compétitions et manifestations, le Conseil d'État a estimé que cette innovation comporterait des incidences importantes sur les libertés d'expression, de communication et de création et ne présentait pas de lien suffisant avec l'objet du projet de loi relatif à la régulation des jeux et paris sur l'internet. Par suite, le Conseil d'État a restreint la portée de ce droit des fédérations à la faculté de consentir aux opérateurs intéressés, par contrat, le droit d'organiser et de proposer au public des paris en ligne sur les épreuves sportives en cause.

Produits financiers

Examinant le projet d'ordonnance relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, la section, se fondant sur la décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 du Conseil constitutionnel, a considéré que la disposition prévoyant la possibilité, pour les personnes qui procèdent à une offre au public de titres financiers ou à une admission de titres financiers aux négociations sur un marché réglementé, de ne pas traduire en français le résumé du prospectus qu'ils sont tenus de publier, en vertu du I de l'article L. 412-1 du code monétaire et financier, lorsque ce document est établi dans une langue usuelle en matière financière, ne portait pas atteinte au principe d'égalité dès lors que cette dispense de traduction du résumé ne concernait que les opérations de placement privé sur le compartiment du marché réglementé réservé aux professionnels, sans risque de dissémination des titres concernés, sur le marché secondaire, vers des épargnants individuels.

Impôts, taxes et redevances

Crédit d'impôt – Recherche

Saisie du projet de décret fixant les conditions d'application du 3° et du 3° bis de l'article L. 80 B du livre des procédures fiscales (crédit d'impôt – recherche), la section a admis la désignation de la société anonyme OSEO Innovation, aux côtés des services relevant du ministre chargé de la recherche et de l'Agence nationale de la recherche, au nombre des services et organismes chargés, en application de la loi, de recevoir et d'instruire les demandes présentées à cet effet. En effet, elle a notamment estimé que l'activité de réception et d'instruction de ces demandes contribuait à la détermination de l'application de la loi fiscale, et qu'elle ne présentait pas, par suite, un caractère économique. Faisant application de la jurisprudence d'assemblée du 31 mai 2006, ordre des avocats au barreau de Paris, la section a, en conséquence, considéré que la désignation par voie réglementaire de la société anonyme OSEO Innovation n'était soumise

ni aux règles du droit de la concurrence, ni aux principes généraux de la commande publique, dégagés dans la décision n° 2003-473 DC du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 et également garantis par le droit communautaire.

Impôt sur le revenu

Pour la détermination des récompenses de niveau équivalent au prix Nobel, il convient de prendre en compte leur caractère international, sans exclure celles qui seraient accordées par des institutions françaises, leur notoriété incontestable dans les domaines concernés, alors même qu'un prix Nobel est déjà attribué dans ces mêmes domaines et enfin leur montant qui ne doit pas être symbolique afin d'assurer une effectivité réelle à la mesure d'exonération prévue par le législateur. La section a complété en ce sens le projet de décret fixant la liste des récompenses internationales de niveau équivalent au prix Nobel pour l'application de l'article 92 A du code général des impôts.

Saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, le Conseil d'État s'est prononcé, d'une part sur les modalités d'imputation du crédit d'impôt étranger sur l'impôt sur les sociétés dû en France (avis n° 382.545 du 31 mars 2009, page 376), d'autre part sur les modalités de déduction en franchise d'impôt des provisions pour charges liées aux programmes de fidélité clients (avis n° 383.197 du 27 octobre 2009, page 384).

Principe d'égalité devant les charges publiques

Un article du projet de loi de finances pour 2010 prévoit que le taux du crédit d'impôt de l'article 200 *quaterdecies* du CGI, qui vise à orienter l'acquisition de logement répondant aux normes les plus exigeantes en matière environnementale et dont bénéficient les contribuables qui acquièrent ou font construire un logement qu'ils affectent à leur habitation principale sera graduellement réduit entre 2010 et 2012 dans le cas où ce logement neuf ne serait pas conforme aux normes «*bâtiments basse consommation*» (BBC). Ce dispositif aura notamment pour effet de conserver aux acquéreurs de logements anciens un avantage fiscal inchangé et de pénaliser les contribuables qui auront acheté un logement neuf non conforme aux normes BBC. Le Conseil d'État a estimé que, eu égard au but poursuivi par l'article 200 *quaterdecies*, qui vise à encourager l'accession à la propriété de la résidence principale, le projet ne provoquait pas une rupture caractérisée de l'égalité des contribuables devant les charges publiques.

Redevances – Carte de commerçant ambulant

Saisie d'un projet de décret modifiant les dispositions relatives aux activités commerciales et artisanales ambulantes du code de commerce, la section a relevé que la carte de commerçant ambulant, instituée par l'article L. 123-29 du code de commerce est délivrée par les chambres de commerce et d'industrie ou par les chambres de métiers et de l'artisanat aux commerçants ambulants soumis à une obligation de déclaration préalable en vue de l'exercice d'un commerce ambulant. Bien que le régime applicable aux commerçants ambulants relève d'une police économique exercée dans l'intérêt des consommateurs, elle

a admis la possibilité, en l'espèce, d'instituer par décret une redevance destinée à couvrir le coût moyen de fabrication et de délivrance de la carte, dès lors que celle-ci est indispensable pour l'exercice de la profession de commerçant ambulant et ne fait que matérialiser l'accomplissement des formalités déclaratives exigées par la loi.

Taxe sur la valeur ajoutée – Terrain à bâtir – Notion

À l'occasion de l'examen de l'article 55 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, le Conseil d'État a relevé que, selon les dispositions proposées, les terrains à bâtir dont les ventes sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée seraient désormais définis non plus compte tenu de l'intention de bâtir de l'acquéreur mais en fonction de la constructibilité du terrain au regard des dispositions du code de l'urbanisme. Or, selon la définition proposée, serait regardé comme terrain à bâtir un terrain situé dans un secteur désigné comme constructible du fait de son classement par un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu dans une zone urbaine ou dans une zone à urbaniser ouverte à l'urbanisation, ou par une carte communale dans une zone constructible. Cette définition a paru trop restrictive. En effet, si un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu définit des secteurs comme constructibles, principalement dans les zones urbaines ou les zones à urbaniser ou ouvertes à l'urbanisation et si les cartes communales arrêtent les secteurs où les constructions peuvent être autorisées, d'une part, des terrains peuvent être constructibles en dehors de ces zones, d'autre part, dans les communes où n'existent ni plan local d'urbanisme, ni document d'urbanisme en tenant lieu, ni carte communale, des terrains peuvent être constructibles dans les conditions prévues à l'article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme. Aussi, le Conseil d'État a-t-il été d'avis que les terrains à bâtir pourraient être définis comme les terrains sur lesquels des constructions peuvent être autorisées en application d'un plan local d'urbanisme, d'un autre document d'urbanisme en tenant lieu, d'une carte communale ou des dispositions de l'article L. 111-1-2 du code de l'urbanisme.

Outre mer

Actes – Compétence

À l'occasion de l'examen d'un projet de loi portant réforme des juridictions financières, le Conseil d'État a disjoint la disposition rangeant parmi les autorités soumises à la juridiction répressive de la Cour des comptes les présidents des organes exécutifs locaux des collectivités d'outre mer régies par l'article 74 de la Constitution ainsi que celui du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, mentionné à l'article 77. La portée du cinquième alinéa de l'article 74 et du troisième alinéa de l'article 77 plaçant dans les matières relevant de la loi organique « *les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions* » doit s'entendre comme incluant toute disposition soumettant à un nouveau régime de

sanction les responsables des instances exécutives du territoire ou du pays. Dès lors, cette disposition, à laquelle rien ne s'oppose sur le fond, doit être adoptée dans la forme organique, après avoir été soumise à l'avis de l'assemblée délibérante des collectivités concernées, ainsi que le prescrivent le deuxième alinéa de l'article 74 et le premier alinéa de l'article 77 de la Constitution.

Adaptation – Extension

1° La section, saisie d'un projet de décret ayant pour objet de modifier le décret n° 2008-83 du 24 janvier 2008 relatif aux mesures restrictives à l'encontre de l'Iran prévues par le règlement (CE) n° 423/2007 du Conseil du 19 avril 2007 a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que ce règlement résulte de la position commune 2007/140/PESC, prise en application de la résolution 1737 (2006) par laquelle le Conseil de sécurité des Nations Unies a décidé que l'ensemble des États membres des Nations Unies devrait appliquer un certain nombre de mesures restrictives. À ce titre, les mesures restrictives à l'encontre de l'Iran doivent nécessairement être applicables sur l'ensemble du territoire de la République. Or, les dispositions du règlement communautaire, qui ne sont applicables qu'aux territoires des États membres auxquels le traité est applicable, dans les conditions fixées par celui-ci, y compris leur espace aérien, ne s'appliquent pas aux pays et territoires d'outre mer (PTOM). Dès lors, il est nécessaire que le Gouvernement prenne les dispositions, étendant à l'ensemble des collectivités d'outre mer les dispositions du décret n° 2008-83 du 24 janvier 2008.

2° Lors de l'examen du projet de décret relatif à l'administration de l'institut d'émission des départements d'outre mer, la section a considéré que la notion d'adaptation doit être entendue tant de la modification d'un régime métropolitain en vue de son application outre mer que de l'édiction d'un régime propre à ces collectivités ou de la modification d'un tel régime.

Consultation des collectivités d'outre mer

Conventions internationales – Immunité juridictionnelle

La Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, en tant qu'elle reprend le principe coutumier de l'immunité de juridiction dont jouit l'État, pour lui-même et pour ses biens devant les tribunaux d'un autre État, a été considérée par la section comme constituant l'équivalent, dans le domaine des engagements internationaux, de la notion de loi de souveraineté. En effet, elle affecte l'exercice d'un droit de souveraineté tenant à l'étendue de la compétence des juridictions françaises. Elle s'applique par là même à l'ensemble du territoire de la République. Toutefois, dans la mesure où cette convention a également pour objet de définir les procédures dans lesquelles les États ne peuvent pas invoquer l'immunité, en particulier dans les domaines ressortissant à la compétence de droit commun statutairement conférée à la Polynésie française, le Conseil a estimé que l'assemblée de cette collectivité d'outre mer devait être consultée sur le projet de loi autorisant sa ratification, en vertu du 3° de l'article 9 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.

Disposition d'adaptation du régime des départements d'outre mer

Lors de l'examen du projet de décret relatif à l'administration de l'institut d'émission des départements d'outre mer, la section a fait application de l'article L. 3444-1 du CGCT, en vertu duquel les conseils généraux des DOM doivent être consultés sur tout projet de décret comportant des «*dispositions d'adaptation du régime*» de ces départements. Il en est de même, en vertu de l'article L. 4433-3-1, pour les conseils régionaux des DOM, ainsi qu'en vertu des articles L.O. 6113-3, L.O. 6213-3, L.O. 6313-3 et L.O. 6413-3, pour les conseils territoriaux de Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint-Martin.

Institution d'un délit de fraude fiscale

Dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2009 le Conseil d'État a disjoint un article, portant application aux collectivités d'outre mer dotées de l'autonomie fiscale et à la Nouvelle-Calédonie de dispositions spécifiques relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, faute de disposer de l'avis de ces collectivités sur les mesures proposées. Il a en effet estimé que ces mesures devaient être regardées comme des dispositions particulières à ces collectivités, au sens de l'article 74 et du titre XIII de la Constitution, dès lors que, instituant un délit de fraude fiscale à la réglementation fiscale de compétence locale, elles étaient spécifiques à ces collectivités. Or, en vertu des dispositions organiques portant statut de ces collectivités relatives à la consultation de leur assemblée délibérante, les assemblées doivent être mises à même de rendre leur avis sur ces dispositions particulières avant l'avis du Conseil d'État, ainsi qu'il ressort de la décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 du Conseil constitutionnel.

Conseils territoriaux ou conseils exécutifs

Les conseils territoriaux de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ont été invités à émettre un avis, sans mention de l'urgence de la consultation, sur un projet de loi portant approbation d'une convention internationale. Les avis sollicités ont été rendus, non par les conseils territoriaux, mais par les conseils exécutifs, alors que les articles pertinents du code général des collectivités territoriales prévoient que l'avis demandé au conseil territorial ne peut être émis par le conseil exécutif qu'à la double condition que le conseil territorial ait été saisi selon la procédure d'urgence et que l'avis ne porte pas sur les projets ou propositions de loi organique relatifs au statut de la collectivité. En l'absence de saisine selon la procédure d'urgence, les conseils exécutifs ne pouvaient se substituer aux conseils territoriaux pour émettre les avis que le préfet avait sollicités de ces derniers. La formalité de consultation de ces collectivités a pu, néanmoins, être regardée comme satisfaite dans la mesure où les conseils territoriaux, requis d'exprimer leur avis, ne s'étaient pas prononcés dans le délai d'un mois qui leur était imparti.

Loi du pays

Saisie d'un projet de loi du pays instaurant une taxe communale d'aménagement au profit des communes de la Nouvelle-Calédonie, la section a estimé que les dispositions des articles 52 et 99 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ne faisaient pas obstacle à la création d'une telle

taxe, à la double condition, d'une part, que le texte fasse clairement ressortir que c'est le congrès qui institue la taxe et non pas les collectivités territoriales en cause et, d'autre part et surtout, que la faculté offerte à ces collectivités de renoncer à percevoir cette taxe à raison de certains types d'opérations soit suffisamment encadrée, sur le modèle des exonérations prévues, en métropole, par l'article 1585 C du CGI.

Répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre mer

En vertu, d'une part, du 18 de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et, d'autre part, de l'article 13 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont compétentes pour la fixation des règles de procédure civile alors qu'il revient à l'État de déterminer la garantie des libertés publiques. La section a considéré que, pour ces deux collectivités d'outre mer, il appartient au législateur national, au titre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et au Gouvernement, agissant par voie d'ordonnance en vertu d'une habilitation législative consentie sur le fondement de l'article 38 dans ce domaine à l'effet de modifier, dans le sens d'un renforcement des droits de la défense, les législations existantes conférant à l'autorité administrative un pouvoir de visite et de saisie, d'édicter sur ce point l'intégralité des règles constitutives de la garantie de la liberté individuelle. Cette compétence comprend la détermination des règles de la procédure civile devant régir l'exercice des voies de recours soit contre l'ordonnance du juge judiciaire autorisant ces visites, soit contre leur déroulement. Il en est de même, pour ces deux collectivités, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis et Futuna, pour la législation qui autorise les agents des douanes à procéder à des visites en tous lieux, y compris privés, et à y procéder à des saisies en vue de la recherche et de la constatation de délits douaniers.

La même analyse s'impose en matière fiscale. La section a relevé que la compétence fiscale attribuée aux collectivités d'outre mer ne saurait inclure la possibilité d'instituer et d'organiser, en vue de la recherche et de la constatation d'infractions fiscales, des procédures de visites domiciliaires de la nature de celles qui figurent aux articles L. 16 B et L. 38 du Livre des procédures fiscales. À défaut de dispositions législatives rendant applicables et adaptant ces articles, les services fiscaux des collectivités d'outre mer ne peuvent disposer des pouvoirs correspondants.

De même, lors de l'examen d'un projet d'ordonnance relatif à l'application à Mayotte, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, de l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, la section a-t-elle considéré que si les collectivités dans lesquelles le projet d'ordonnance prévoit l'application de l'ordonnance du 30 janvier 2009 ont compétence, selon les dispositions de leurs statuts, pour édicter des sanctions pénales en cas de méconnaissance de la réglementation fiscale qu'elles édictent, cette compétence ne fait pas obstacle à ce que l'État

institue, au titre de sa compétence en matière pénale, un délit de fraude fiscale applicable dans ces collectivités.

Saisi d'un projet d'ordonnance relatif à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier, la section a considéré que le b) du 4° de l'article 152 de la loi de modernisation de l'économie, qui habilite le Gouvernement à « *Transposer la directive 2007/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 septembre 2007 (...) en ce qui concerne les règles de procédure et les critères d'évaluation applicables à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier, et prendre les mesures d'adaptation de la législation liées à cette transposition* », permettait au Gouvernement de prévoir, d'ores et déjà, dans cette ordonnance, une mesure d'extension sans aucune adaptation de certaines de ses dispositions aux îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, sans qu'il lui soit nécessaire de recourir à cette fin à l'ordonnance que le 2° de l'article 165 de la LME l'autorise à prendre, avec les adaptations nécessaires, à compter de la publication de chaque ordonnance prévue par cette loi.

Saisi par le président du gouvernement de la Polynésie française, le Conseil d'État n'a pas pu se prononcer sur la répartition des compétences en matière d'assurance (avis n° 382.989 du 28 juillet 2009, page 420).

Répartition des compétences à l'intérieur du territoire

Saisi par le président de l'assemblée de la Polynésie française, le Conseil d'État s'est prononcé sur la mise en œuvre de la procédure spéciale en cas de rejet par l'assemblée du projet de budget du territoire (avis n° 382.684 du 12 mai 2009, page 415).

Union européenne

Aides d'État – Notion

L'ouverture de crédits opérée par un décret d'avance en vue du versement d'une compensation aux opérateurs économiques pénalisés financièrement par le blocage des prix des produits pétroliers dans les départements d'outre mer n'est pas subordonnée à une saisine préalable de la Commission européenne au titre des aides d'État. D'une part, le décret d'avance a un caractère purement budgétaire : il a pour seul objet d'ouvrir des crédits additionnels sur un programme budgétaire existant, de façon à rendre possible une dépense supplémentaire et urgente à imputer sur ce programme. Il ne crée par lui-même aucun dispositif d'aide et ne fournit pas lui-même un fondement légal à la compensation prévue. D'autre part, la mesure envisagée, qui vise seulement à compenser un manque à gagner en vue d'éviter un contentieux indemnitaire que pourraient engager les opérateurs concernés, ne comporte l'octroi d'aucun avantage économique au bénéfice d'une entreprise ou d'une catégorie d'entreprises. Elle n'est pas davantage

susceptible d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres. Ainsi les critères de l'aide d'État ne sont pas réunis.

Information de la Commission européenne – Loi approuvant une convention comportant des exonérations de droits et taxes

La section a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de respecter les engagements communautaires de la France lors de l'examen d'un projet de loi autorisant l'approbation de la convention de partenariat entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire. En effet, le Protocole administratif et financier relatif aux moyens de la coopération – qui fait partie intégrante de la convention – prévoit « *l'exonération de tous droits et taxes en dispense des formalités relatives au contrôle du commerce extérieur et des charges* » lors de l'importation de certains matériels et équipements. Si, dans leur principe, de telles stipulations ne contreviennent pas au droit communautaire eu égard à la faculté laissée aux États membres par l'article 133 du règlement (CEE) n° 918/83 du Conseil du 28 mars 1983 d'octroyer des franchises « *relevant des privilèges et immunités d'usage accordés dans le cadre d'accords de coopération culturelle, scientifique ou technique conclus avec des pays tiers* », des stipulations de ce type contenues dans des conventions et accords internationaux doivent être communiqués à la Commission dès qu'ils sont « *conclus* », ainsi que le précise le § 1 de l'article 134 du même règlement.

De même, à l'occasion de l'examen de cinq projets de loi autorisant l'approbation d'accords de coopération en matière de sécurité intérieure entre la France et plusieurs pays tiers, la section a-t-elle attiré l'attention du Gouvernement sur le fait que, dans le cas où le transfert de données à caractère personnel vers l'un de ces États serait autorisé, il appartiendrait aux autorités françaises d'en informer la Commission européenne en application de l'article 26 § 3 de la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil européen du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Libre circulation des capitaux

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 27 janvier 2009 (aff. C-318/07, *Hein Persche*) a jugé le dispositif du mécénat allemand incompatible avec le principe de libre circulation des capitaux au motif qu'il ne s'appliquait pas aux dons effectués au profit d'un organisme d'intérêt général situé dans un autre État membre. À l'occasion du projet de loi de finances rectificative pour 2009, le Conseil d'État, saisi d'un projet d'article visant à mettre en conformité le dispositif fiscal français du mécénat avec cette jurisprudence, a estimé que le nouveau dispositif proposé par le Gouvernement, instituant une procédure d'agrément permettant de s'assurer, *a priori*, que les organismes n'ayant pas leur siège en France et souhaitant bénéficier de dons de contribuables français, poursuivent des objectifs et présentent des caractéristiques similaires aux organismes français éligibles aux régimes prévus par les articles 200, 238 bis et 885-0 V bis A du code général des impôts, était compatible avec le droit communautaire, dès lors que la procédure d'agrément ainsi instituée ne privait pas

le contribuable de la possibilité de verser des dons à des organismes non agréés s'il établit que ces organismes poursuivent des objectifs et présentent des caractéristiques similaires aux organismes français éligibles.

Libre circulation des marchandises

Le Conseil d'État a disjoint une disposition d'un article du projet de loi de finances rectificative pour 2009 qui interdisait la commercialisation à distance des tabacs. Il a considéré qu'une telle interdiction générale constituait une entrave excessive aux échanges intracommunautaires. Si des restrictions à ces échanges peuvent être justifiées par l'exigence reconnue à l'article 30 du traité instituant la Communauté européenne de protéger la santé des personnes, il a semblé au Conseil d'État, au vu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, que l'interdiction édictée pouvait présenter un caractère disproportionné au regard du motif d'intérêt général poursuivi.

Libre prestation de services – Directive services

Le Conseil d'État a disjoint une disposition du projet de loi relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services donnant lieu pour la première fois à la transposition de dispositions de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. En effet, il a considéré que ce projet d'article, qui prévoyait l'obligation pour les agents artistiques de s'inscrire sur un registre professionnel, même si sa méconnaissance était dépourvue de sanction pénale, présentait le caractère d'une inscription obligatoire constituant l'une des «*exigences interdites*» énumérées à l'article 14 de cette directive.

Transposition de directives

1° Examinant un projet d'ordonnance relatif aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, la section a considéré que, par exception au principe selon lequel une ordonnance qui, avant sa ratification, présente un caractère réglementaire ne peut modifier les contrats en cours, une ordonnance de transposition d'une directive communautaire, laquelle comporte des dispositions d'application impérative ayant précisément pour objet de s'appliquer à certains contrats en cours, peut, selon les termes de l'habilitation, comporter de telles dispositions lorsqu'elles ne font qu'appliquer une disposition expresse de la directive et que l'omission de la transposition de cette disposition dans les délais impartis conduirait à un manquement aux obligations communautaires résultant de la directive.

2° Saisie d'un projet de décret pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-897 du 24 juillet 2009 relative à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier, tendant à transposer la directive 2007/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007, qui définit les règles de procédure et les critères d'évaluation applicables en la matière, la section a constaté que la directive 2007/44 tend à l'harmonisation maximale des règles et des critères d'appréciation, par

les autorités compétentes des États membres, des opérations de prise ou d'augmentation de participations, se donnant pour objectif la définition d'une « *procédure claire et transparente et d'un ensemble limité de critères d'évaluation clairs, de nature strictement prudentielle* ». En effet, cette directive dispose que « *Les États membres ne peuvent imposer, pour la notification aux autorités compétentes et l'approbation par ces autorités d'acquisitions directes ou indirectes de droits de vote ou de parts de capital, des exigences plus contraignantes que celles prévues par la présente directive* ». Elle encadre strictement les conditions de notification des opérations d'acquisition, les informations requises des candidats acquéreurs, les délais de l'évaluation prudentielle par les autorités de contrôle et les motifs de refus des opérations concernées. C'est pourquoi, et bien que le Gouvernement ait pris la précaution de transformer en simple faculté une obligation de consultation figurant actuellement aux articles L. 511-10 du code monétaire et financier et L. 322-4 du code des assurances, la section a considéré que les dispositions du projet du nouvel article R. 511-3-4 du CMF, que le Gouvernement assortissait d'un certain formalisme, étaient susceptibles, d'une part, de contrevenir aux prescriptions de la directive en ajoutant aux règles définies limitativement par cette dernière une procédure de consultation, préalable à l'examen opéré par les autorités de contrôle et, d'autre part, d'affecter ou d'influencer les conditions de cet examen, en méconnaissance des principes de clarté, de prévisibilité et de traitement égal des candidats acquéreurs définis par la directive.

3° Saisie d'un projet d'ordonnance relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, prise pour la transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, la section a relevé que le projet du Gouvernement prévoyait de subordonner, à l'occasion de l'ouverture d'un compte de paiement, la validité de la conclusion d'un contrat-cadre de services de paiement à la signature, quelle qu'en soit la forme, du ou des titulaires de ce compte. Il lui est apparu que cette exigence, imposée par le projet pour la passation du contrat, c'est-à-dire au moment de l'acquisition d'un nouveau client par les établissements de paiement, d'une part, ne trouvait aucun appui dans le texte de la directive et, d'autre part, n'était nullement justifiée par les principes généraux du droit des contrats. Au contraire, s'agissant en particulier des contrats bancaires, il est de jurisprudence constante qu'à l'exception des conventions de compte de dépôt, qui doivent être signées par détermination de la loi, ils sont valablement contractés sans aucune exigence de formalisme particulier.

Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009, la section a tenu 89 séances et examiné 222 textes.

Cinq affaires relevant de sa compétence ont été examinées par la commission permanente et 15 textes ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1 – Répartition par nature des textes examinés

	2005	2006	2007	2008	2009
Lois	60	48	67	62	77
Ordonnances	17	5	4	13	21
Lois du pays	5	7	5	6	2
Décrets réglementaires	289	333	260	191	83
Remises gracieuses	34	35	58	21	32
Avis	3	6	5	6	7
Total	408	434	399	299	222

Tableau 2 – Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Remises gracieuses	Avis	Total
Affaires étrangères	55	-	-	7	-	-	-	62
Budget	4	-	-	8	-	32	3	47
DOM-TOM	-	-	2	-	-	-	1	3
Écologie	-	-	-	2	-	-	-	2
Économie	15	20	-	61	-	-	1	97
Intérieur, outre mer	1	-	-	2	-	-	2	5
Justice	1	1	-	-	-	-	-	2
Premier ministre	1	-	-	1	-	-	-	2
Santé	-	-	-	2	-	-	-	2
Total	77	21	2	83	-	32	7	222

Tableau 3 – Répartition par matière des textes examinés

Matières	2009
Accords internationaux	54
Assurance	6
Commerce, industrie, intervention de la puissance publique	24
Comptabilité publique	11
Consommation	12
Contributions, taxes	22
Crédit, banque, instrument financier	46
Débets	32
Diplomatie	3
Douanes	1
Pouvoirs publics	10
Sécurité sociale	1
Total	222

Tableau 4 – Délais d'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	16	31	26	4	77
Ordonnances	2	10	8	1	21
Décrets réglementaires	18	24	39	2	83

Section des travaux publics

Au cours de l'année 2009, la section a tenu 99 séances et examiné plus de 240 textes ou demandes d'avis. Ces chiffres témoignent d'une augmentation importante de l'activité par rapport à 2008 (respectivement 77 séances et 170 textes), de sorte que la section a retrouvé le rythme qui était le sien au cours de la période 2005-2007.

La section a examiné plusieurs textes législatifs importants tels que la loi de développement et de modernisation des services touristiques, la loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales ou la loi relative au Grand Paris. L'ordonnance relative à la création d'un régime d'autorisation simplifiée applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement a également posé de délicates questions de procédure et de fond.

L'augmentation de l'activité de la section a porté principalement sur les textes réglementaires (214 en 2009 au lieu de 154 en 2008) avec plusieurs chantiers importants :

- la section a accompagné le réel effort du Gouvernement pour prendre, au cours de l'année 2009, le plus grand nombre possible de décrets d'application de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion : la plupart des quatorze décrets ont été examinés dans des délais extrêmement réduits au cours du dernier trimestre de l'année 2009 ;
- une dizaine de décrets liés à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ont été examinés : décrets tendant à la réduction de la consommation d'énergie, de la pollution atmosphérique ou encore à la substitution aux énergies fossiles ou aux matériaux générant des consommations d'énergies fossiles, d'énergies renouvelables ou de matériaux renouvelables tel que le bois ;
- six décrets assurant la transposition de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ;
- le décret d'application de la loi de développement et de modernisation des services touristiques déjà évoquée.

La section a relevé lors de l'élaboration de certains textes l'insuffisance des échanges interministériels, certains départements ministériels, pourtant décisifs par leur expertise ou par leur rôle dans la mise en œuvre du texte, n'ayant pas été associés à sa préparation. Dans un cas extrême, la section a dû rejeter le projet et inviter le Gouvernement à effectuer la coordination nécessaire.

Par ailleurs, la section a eu, davantage que les années précédentes, l'occasion d'examiner des questions relatives à l'adaptation du droit applicable en métropole aux départements d'outre mer et autres collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution ainsi que des questions relatives au partage de compétences entre l'État et les autorités compétentes des collectivités relevant de son article 74. Elles se sont posées, soit à l'occasion de l'examen de projets de

décrets portant adaptation ou extension du droit métropolitain, soit à l'occasion de projets de lois de pays de la Nouvelle-Calédonie, soit à l'occasion de demandes d'avis des autorités de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française. Ces dernières témoignent de la constitution progressive, dans ces deux collectivités, de *corpus* juridiques relatifs aux principaux secteurs de l'économie : mines, télécommunications, gestion de l'environnement...

Actes – Décrets en Conseil d'État – Décret

La section des travaux publics a, par deux fois, suggéré au Gouvernement de modifier des dispositions législatives qui imposent de recourir à des décrets en Conseil d'État alors qu'un tel recours n'apparaît ni utile ni opportun.

Le premier cas est celui du décret qui intervient traditionnellement chaque année au milieu de l'été pour encadrer les loyers en région parisienne ; en effet, la portée de ce décret est chaque année plus limitée : un peu plus de 1 300 logements à Paris et 550 en banlieue en 2008 pour ce qui concerne sa disposition principale ; par ailleurs, le caractère tardif de la saisine du Conseil d'État par l'administration ne permet pas à la section d'examiner le projet de décret dans des conditions satisfaisantes. Dans ces conditions, la section a suggéré au Gouvernement de modifier les dispositions de l'article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 afin de recourir, pour l'avenir, à la procédure du décret simple.

Le second est celui du projet de décret approuvant un contrat de partenariat pour la conception, la construction, le déploiement, l'exploitation, la maintenance et le financement du réseau de télécommunications mobiles GSM-R.

La section a, en effet, constaté que, compte tenu du développement important du référé précontractuel et des pouvoirs donnés au juge du contrat pour intervenir rapidement à l'encontre de décisions conduisant à la conclusion de ceux-ci, l'intervention d'un décret en Conseil d'État pour autoriser la signature de tels contrats pouvait conduire la section des travaux publics à être obligée de prendre position alors même que la section du contentieux est déjà saisie.

L'utilité d'un avis du Conseil d'État est d'autant moins évidente qu'il intervient au terme d'une procédure longue et complexe pouvant difficilement être rectifiée si se révélait l'existence d'un vice substantiel. Cet avis ne peut en outre conduire à apporter à un projet de contrat sur lequel s'est noué le dialogue compétitif prévu par l'ordonnance du 17 juin 2004 et qui a été déjà longuement négocié, des modifications dont l'importance serait telle que les obligations de mise en concurrence de la personne publique s'en trouveraient méconnues.

Contributions, taxes et redevances

La section a été saisie à plusieurs reprises de projets de décrets instituant des taxes ou des redevances : taxe pour la collecte, le stockage et le traitement des eaux pluviales, contribution au recyclage et au traitement des déchets issus des produits textiles, redevances pour pollutions diffuses, redevances dues aux collectivités territoriales pour l'occupation de leur domaine public par des ouvrages de distribution d'eau et d'assainissement, redevances relatives à l'aviation civile.

L'examen de ces projets a fait apparaître la difficulté des administrations à qualifier de taxe ou de redevance la contribution prévue et, en ce qui concerne les taxes, la fréquente insuffisance de la base légale les instituant. Il convient donc que le législateur veille, lorsqu'il institue une taxe, à en préciser suffisamment l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution.

S'agissant des redevances, la section a constaté que le souhait des administrations de maintenir le produit et le mode de répartition antérieurs des redevances existantes alors même que le changement de législation impliquait leur évolution – ou d'opérer des péréquations entre usagers – s'avérait parfois contraire, soit au principe d'égalité, soit aux dispositions de niveau supérieur prévoyant le régime de redevances en cause, soit enfin à la jurisprudence du Conseil d'État relative au mode de calcul des redevances.

S'agissant de la contribution au recyclage et au traitement des déchets issus des produits textiles, saisi par le ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, la section s'est prononcée sur sa nature juridique (avis n° 383.024 du 6 octobre 2009, page 387)

Énergie

Saisie d'un projet de décret définissant, en application du IV bis de l'article 22 de la loi du 10 février 2000, les conditions et modalités de désignation par le ministre chargé de l'énergie des fournisseurs de secours d'électricité, la section a estimé que le Gouvernement pouvait par ce décret confier à la Commission de régulation de l'énergie certaines compétences ne figurant pas dans les compétences qui lui sont précisément dévolues par la loi du 10 février 2000 sous les conditions suivantes :

- ces compétences se rattachent à la mission générale confiée à la Commission par l'article 28 de la loi du 10 février 2000 de « *concourir, au bénéfice des consommateurs finals, au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz* » ;
- ces compétences, compte tenu de leur nature (préparation du cahier des charges de l'appel d'offres pour la désignation des fournisseurs de secours, instruction des dossiers de candidatures, proposition de décisions de désignation au ministre), ne comportent pas de caractère décisionnel et peuvent être définies par décret ;
- ces compétences ne méconnaissent pas les termes de la loi organisant les compétences et pouvoirs de la Commission et ne portent pas atteinte à son indépendance.

Établissements publics – Création par fusion d'établissements existants

Les projets de décret et d'ordonnance relatifs à la création, à la fusion ou à la modification d'établissements publics ou de services administratifs de l'État ont été particulièrement nombreux, traduisant l'avancement de la révision géné-

rale des politiques publiques : plus de douze statuts d'établissements publics ont ainsi été soumis à la section (modification ou création). Toutefois, si certaines fusions ou certains regroupements conduisent à des ensembles atteignant la taille critique et plus opérationnels tels que les regroupements d'établissements d'enseignement supérieur relevant du ministère chargé de l'agriculture et de l'alimentation en établissements pluridisciplinaires, d'autres semblent plus formels que réels. Tel est le cas de la fusion des centres nationaux et régionaux de la propriété forestière.

À travers les évolutions statutaires ou organisationnelles se dessine également une meilleure articulation des interventions respectives de l'État et de ses établissements publics au plan régional ou départemental. Celle-ci peut se traduire par une mission de coordination des interventions des établissements publics de l'État confiée au préfet par les décrets d'organisation des services déconcentrés, par la présidence par le préfet d'instances consultatives examinant certains projets de décision d'établissements publics (cas de l'ADEME) ou par la conclusion de conventions opérationnelles entre l'État et ses établissements publics et, dans le cas d'articulation le plus abouti, par la désignation du préfet comme délégué de l'établissement au niveau départemental ou régional voire la mise à disposition de l'établissement des services de l'État : cas de l'ANRU ou de Franceagrimer par exemple. La section, lors de l'examen de certains projets de texte, a dû rappeler que l'intervention du préfet en qualité de délégué, c'est-à-dire au nom de l'établissement, ou des services de l'État en qualité de services de l'établissement relevait, compte tenu du principe d'autonomie des établissements publics, de dispositions législatives.

Le projet d'ordonnance relatif à la création de l'Agence de services et de paiement (ASP) et de l'Établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (Franceagrimer) et son long décret d'application fixant le statut de ces nouveaux établissements publics offrent un exemple éclairant des questions posées par les rapprochements d'établissements publics et de services de l'État et des solutions, parfois originales, qui leur ont été apportées. La création de ces deux établissements achève le processus de rationalisation des établissements placés sous la tutelle du ministère de l'agriculture.

L'Agence de services et de paiement (ASP) résulte en effet de la fusion du Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (CNASEA) et de l'Agence unique de paiement (AUP) créée en 2006 pour assurer le versement aux agriculteurs des droits à paiement unique issus de la réforme de la politique agricole commune ; l'établissement intitulé Franceagrimer résulte, quant à lui, de la fusion en 2009 des quatre offices agricoles existants, à l'exception de l'ODEADOM, office en charge de l'outre mer.

Les fusions d'établissements publics posent de nombreuses questions : la détermination des missions confiées à l'ensemble issu de la fusion et son incidence éventuelle sur la nature législative ou réglementaire de l'acte instituant ce dernier ; la nature (administrative ou industrielle et commerciale) de celui-ci ; la composition et l'équilibre des compétences des organes statutaires du nouvel établissement ; le statut et la représentation du personnel issu des entités fusionnées ; enfin, l'organisation des relations entre le nouvel établissement et l'État tant au niveau central qu'au niveau des services déconcentrés. Les caractéristiques et les éventuelles différences entre les établissements à fusionner pèsent évidemment sur les réponses à donner à ces différentes questions.



1° L'ASP constitue un guichet interministériel pour l'instruction, l'engagement et le paiement de toute une série d'aides ou de prestations pour le compte de l'État. Ces tâches lui seront confiées au cas par cas (aides agricoles mais aussi aides à la formation et à l'emploi, aides à la réduction des consommations énergétiques...). Cet établissement pourra aussi en effectuer pour d'autres personnes morales de droit public : collectivités territoriales et leurs établissements publics, autres établissements publics de l'État. L'assemblée générale, lors de l'examen du projet de loi initialement présenté, avait facilement admis le caractère législatif des dispositions créant cet établissement, dont les missions n'avaient pas d'équivalent et qui se substituait à deux établissements eux-mêmes créés par la loi.

S'agissant des conditions dans lesquelles les collectivités territoriales et leurs établissements publics pourront déléguer le traitement des dossiers de rémunération ou d'aides diverses qu'elles assument ou instituent à cet établissement, la section des travaux publics, conformément à la position prise par l'assemblée générale lors de l'examen du projet de loi initial, a estimé qu'il était contraire au droit communautaire de la concurrence de réserver la délégation de l'ensemble des opérations de gestion de ces prestations (instruction, engagement, liquidation et paiement) à la seule Agence de services et de paiement. En revanche, la vigilance particulière due au maniement des fonds publics peut constituer un «*motif impérieux d'intérêt général*», au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, justifiant de réserver la délégation des opérations de liquidation et de paiement des prestations aux seuls organismes dotés d'un comptable public.

2° Pour Franceagrimer, le Conseil d'État a admis que les dispositions fixant les missions confiées à l'établissement, qui se substituaient à celles des offices agricoles, qui constituaient une catégorie spécifique d'établissements publics, avaient un caractère législatif, caractère qui a été accentué par le transfert à l'établissement de certaines compétences du service des nouvelles des marchés, service de l'État à compétence nationale. Le Conseil d'État a également considéré que l'établissement, dont on peut estimer qu'il exercera, au moins pour partie, ses missions à titre exclusif, sera dans une relation «*in house*» avec l'État.

Trois aspects originaux du statut de l'établissement et de ses agents, qui traduisent un compromis entre l'effort pour faire converger les règles antérieurement applicables aux entités fusionnées et le souci de la stabilité juridique pour le personnel ou de permanence de la représentation des secteurs professionnels concernés, ont plus particulièrement retenu l'attention du Conseil d'État.

a) En ce qui concerne ses organes statutaires, la section des travaux publics a admis l'institution d'un organe délibérant, le conseil d'administration, compétent pour les affaires communes à l'ensemble de l'établissement (budget, orientations stratégiques, contrat pluriannuel...), et d'organes délibérants par filière dotés de pouvoirs non négligeables de décision concernant l'orientation des productions et les interventions sur les marchés de la filière. Il a cependant veillé à la hiérarchisation de l'intervention de ces différents organes ainsi qu'à un meilleur équilibre dans la répartition des compétences entre le conseil d'administration, d'une part, et le directeur général, d'autre part.

b) En ce qui concerne le statut et la représentation du personnel et, plus particulièrement, du personnel contractuel de droit public issu des anciens offices agricoles, la section a admis l'institution, dans le cadre d'une ordonnance prise sur

habilitation précise du législateur, de trois dispositifs dérogatoires. Le premier consiste dans la création d'un « *statut de contractuels* » de droit public nouveau, ouvert aux seuls contractuels des anciens offices en fonction à la date de création du nouvel établissement sur un contrat à durée indéterminée et n'ayant pas choisi d'être titularisés dans la fonction publique de l'État ; ce statut est destiné à faire converger les règles applicables aux agents contractuels issus des anciens offices. Le deuxième dispositif dérogatoire permet la mobilité de ces contractuels en leur ouvrant, s'ils le souhaitent, l'accès à tous les emplois permanents de l'État. Enfin, le troisième dispositif consiste en une organisation transitoire de la représentation des personnels dans l'attente d'élections après la mise en place effective des organes statutaires de l'établissement.

c) En ce qui concerne les relations entre le nouvel établissement et les services régionaux de l'État compétents en matière d'agriculture, une autre solution originale a été retenue : le nouvel établissement n'est pas doté de services territoriaux. Certains des anciens offices disposant de délégations régionales, les agents de ces délégations sont affectés dans les services régionaux de l'État (DRAF) tout en demeurant agents de l'établissement. Parallèlement, les services régionaux de l'État sont collectivement mis à disposition de l'établissement.

Le Conseil d'État a admis que la loi – ou l'ordonnance sur habilitation du législateur – puisse prévoir une telle mise à disposition dont les conditions seront précisées par décret en Conseil d'État. Il a précisé à cet égard que les personnels des anciennes antennes régionales de l'établissement qui seraient affectés dans les services déconcentrés de l'État seraient placés sous l'autorité hiérarchique du préfet de région et qu'une délégation de signature pourrait être consentie par le directeur général de l'établissement au préfet et que les modalités de la mise à disposition (missions à remplir, moyens affectés) seraient définies par une convention entre le directeur général et le préfet. Le schéma retenu est analogue à celui prévu par la loi pour les agences régionales de l'hospitalisation et pour l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU).

Espace – Activités spatiales – Données d'origine spatiale

Au cours de l'année 2009 la section des travaux publics a examiné les quatre décrets pris pour l'application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales. Inspirée par le rapport examiné le 6 avril 2006 par l'assemblée générale du Conseil d'État intitulé *Pour une politique juridique des activités spatiales*, cette loi vise à donner aux autorités françaises les moyens juridiques d'exercer un contrôle sur les opérations spatiales susceptibles d'engager la responsabilité internationale de la France, à renforcer pour les éventuelles victimes l'assurance d'avoir affaire à un payeur solvable et à apporter une sécurité juridique aux opérateurs en prévoyant un régime particulier de responsabilité à l'égard des activités spatiales et le partage de responsabilité avec l'État.

Elle institue, notamment, un régime d'autorisation des opérations spatiales *stricto sensu*, définies comme le lancement ou la maîtrise d'un objet spatial durant son séjour dans l'espace extra-atmosphérique pour chaque opération spatiale menée depuis le territoire français ou par un ressortissant français. Les deux premiers décrets d'application de la loi précisent les critères d'octroi de l'autorisation qui sont de nature morale (antécédents du demandeur, personnalités des dirigeants...), financière (solvabilité en cas de dommage, assise financière suffisante pour mener les opérations présentées...) et technique (expérience du demandeur, moyens matériels, qualification du personnel, maîtrise technologique et industrielle...). Ces décrets précisent également la procédure administrative d'autorisation et les modalités relatives aux garanties financières exigées de l'opérateur spatial. À cet égard, la section s'est attachée à ce que le décret définisse, en application de l'article 6 de la loi, les conditions de déclenchement des garanties d'assurance dans la mesure où le code des assurances n'est pas applicable aux activités visées par la loi du 3 juin 2008. La procédure administrative fait une large place au Centre national d'études spatiales (CNES), chargé de l'instruction de la partie technique du dossier de demande d'autorisation. La section a donc veillé à bien distinguer les rôles respectifs de l'établissement public (instruction technique) et du ministre (décision d'autorisation et, le cas échéant, de retrait).

Le troisième décret modifie le statut du CNES pour tenir compte de l'évolution importante apportée par la loi à ses missions. L'établissement public est ainsi désormais compétent pour tenir le registre d'immatriculation des objets spatiaux ; son président exerce la police spéciale de l'exploitation des installations du centre spatial guyanais de Kourou. Il est également chargé de coordonner, sous l'autorité du représentant de l'État dans le département, la mise en œuvre des mesures de sûreté.

Dans l'examen de ce projet de décret, la section s'est attachée à ce que les compétences respectives du président du CNES et du préfet soient le plus précisément et le plus clairement définies ; il s'agit là en effet d'une articulation de compétences tout à fait exceptionnelle. Le président du CNES dispose également, en application du 2° de l'article 21 de la loi, codifié à l'article L. 331-7 du code de la recherche, d'une délégation de compétence lui permettant de prononcer les mesures d'urgence prévues à l'article 8 de la loi. L'application de toutes ces dispositions était subordonnée d'après l'article L. 331-8 du code de la recherche à l'intervention d'un décret en Conseil d'État.

Enfin, le dernier projet de décret définit le dispositif à mettre en place pour assurer la surveillance des activités des exploitants de données d'origine spatiale ainsi que les éventuelles mesures de restriction qui pourront leur être imposées afin que ces activités ne portent pas atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation. Ces dispositions s'appliquent aux exploitants primaires de données d'origine spatiale, qui sont définis comme toute personne assurant la programmation d'un système satellitaire d'observation de la Terre ou la réception, depuis l'espace, de données d'observation de la Terre. La France est liée par le principe de liberté d'utilisation et d'exploration de l'espace extra-atmosphérique, qui a été posé par l'article premier du traité du 27 janvier 1967, et par le principe de liberté de diffusion aux autres États ou aux personnes relevant de sa juridiction des données de télédétection en sa possession, adopté, le 3 décembre 1986, par résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le traité pré-

cité prévoit cependant que les activités des entités non gouvernementales dans l'espace extra-atmosphérique doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de l'État.

Le décret met donc en place un dispositif de déclaration des exploitants de données, investit le Secrétariat général de la défense nationale (SGDN) de la surveillance des activités des exploitants et définit les modalités de communication des éventuelles mesures de restriction et la liste de ces mesures. Sur ce plan, la section a veillé à ce que la définition du rôle du SGDN prévue par le décret n'exède pas ce qu'autorisent les dispositions législatives.

Logement

Au cours de l'année écoulée, la section a eu à examiner de nombreux décrets pris pour l'application de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, le Gouvernement ayant tenu à ce que la majorité des mesures d'application de la loi soient publiées avant la fin de l'année 2009.

Ces textes, à l'image de la loi elle-même, ont amené la section à aborder plusieurs aspects de la politique du logement.

En premier lieu, la section a examiné des projets de décrets visant à favoriser la programmation et la construction de nouveaux logements. Elle a ainsi examiné un projet de décret relatif aux programmes locaux de l'habitat (PLH), qui traduit la réforme de cet outil de programmation de la politique publique de l'habitat. Créés par la loi du 31 mai 1990, les PLH sont une condition de la participation financière de l'État aux politiques locale de l'habitat. Les plans locaux d'urbanisme (PLU) doivent dorénavant être compatibles avec les PLH et cet outil est devenu un document important au plan local. La loi a modifié les PLH selon trois objectifs : accroître leur rôle, notamment en les rendant obligatoires dans les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 30 000 habitants et en rétablissant des PLH communaux ; renforcer le rôle du préfet dans l'élaboration et le suivi des PLH ; renforcer leur contenu puisque leurs objectifs devront être déclinés, non seulement par secteurs géographiques mais aussi par commune et qu'ils devront comprendre un échéancier prévisionnel de construction de logements et décrire la typologie des logements à réaliser. Le décret examiné par la section a en conséquence modifié les procédures d'élaboration des PLH.

De même, la section a été saisie d'un important projet de décret pris pour l'application des dispositions d'urbanisme de la loi du 25 mars 2009, portant en particulier sur trois types de dispositions : des mesures relatives à la meilleure articulation des PLU et des PLH lorsqu'ils sont élaborés par le même EPCI ; des dispositions réformant les modalités – juridiquement complexes et génératrices de lourds contentieux – de la participation des constructeurs ou promoteurs privés au financement des opérations d'aménagement, en particulier par la signature de projets urbains partenariaux ; enfin, des dispositions relatives aux procédures de déclaration de projet, qui autorisent la mise en compatibilité forcée de documents d'urbanisme locaux pour permettre la réalisation de projets

significatifs portés par des personnes publiques ou acceptés par elles, dans les cas où ces projets ne nécessitent pas de déclaration d'utilité publique.

Enfin, la section a examiné un décret permettant l'entrée en vigueur de mesures particulières, prévues à l'article 44 de la loi du 25 mars 2009, qui autorise l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire à déroger aux dispositions du plan local d'urbanisme ou du document d'urbanisme en tenant lieu pour autoriser les travaux nécessaires à l'accessibilité des personnes handicapées à un logement existant. L'objectif de ces dispositions est de veiller à ce que les règles de construction ne soient pas des obstacles au droit au maintien à domicile de personnes handicapées, nonobstant les limites définies par les règles d'urbanisme.

En deuxième lieu, la section a eu à examiner des textes réformant certains aspects du financement de la politique du logement, tout particulièrement ceux issus de la participation des employeurs à l'effort de construction, dite plus communément le *1 % logement*. La loi a profondément réformé les emplois de cette ressource – dont le montant est d'environ 4 Mds d'euros par an. D'une aide directe à la pierre à l'origine, le *1 % logement* a diversifié ses modalités d'intervention (prêts aux salariés, subventions à des organismes publics intervenant dans la politique de l'habitat, etc.). Avant la loi du 25 mars 2009, les emplois de la ressource étaient déterminés, au sein d'objectifs généraux assignés par la loi (article L. 313-1 du code de la construction et de l'habitation), par les organes de gestion du *1 %* et traduites sous forme de conventions passées avec l'État. La définition des catégories d'emplois des ressources issues de la collecte de la PEEC, des emplois et des montants qui leur sont consacrés, appartient désormais à l'État dans un cadre législatif et réglementaire : l'article L. 313-3 du code de la construction et de l'habitation définit dorénavant ces emplois et c'est au décret en Conseil d'État qu'il est revenu de fixer la nature des emplois et leurs règles d'utilisation. Sur le fond, la nature des emplois de la ressource du *1 %* (c'est-à-dire les actions menées dans chaque catégorie d'emploi) a toutefois été fort peu modifiée : les soutiens du *1 %* à l'accession à la propriété des ménages, au logement HLM, aux travaux dans les logements, aux logements foyers, les subventions à l'ANRU, les actions en faveur de l'accès et du maintien dans un logement locatif sont maintenus, mais se sont ajoutés le financement de l'Agence nationale de l'habitat, ainsi que celui du programme national de requalification des quartiers anciens dégradés créé par la loi du 25 mars 2009.

Le troisième thème abordé par la section concerne l'évolution du secteur HLM. Deux innovations principales issues de la loi ont été précisées au cours de l'année.

La première est la création des conventions d'utilité sociale (CUS), véritables contrats globaux passés entre l'État et les organismes d'HLM destinés à recenser l'ensemble des actions menées par chacun et à déterminer les objectifs assignés et les indicateurs qui y seront associés (constructions, réhabilitations, gestion locative, qualité de service, etc). Le but de ces CUS est très clairement pour l'État de peser davantage dans la politique menée par les organismes d'HLM. Examinant ce texte, la section a relevé qu'au nombre des thèmes qui devaient obligatoirement être traités dans les CUS figuraient les orientations de l'organisme en matière de supplément de loyer de solidarité (SLS); or, à la date de la saisine du Conseil d'État, le décret d'application de la loi du 25 mars 2009 permettant

la mise en œuvre de ces orientations (notamment les possibilités de variation du SLS au sein de chaque organisme) n'était pas intervenu. La section a examiné, en moins de deux semaines, ce projet de décret dont le Gouvernement a, en conséquence, saisi en urgence le Conseil d'État, ce qui a permis de ne différer que de quelques jours l'entrée en vigueur du décret relatif aux CUS. Dans la perspective d'une meilleure connaissance, notamment par l'État, du parc social et d'une amélioration du pilotage des politiques de l'habitat un décret relatif au répertoire des logements locatifs des bailleurs sociaux a également été pris pour l'application de l'article 112 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009. Ce répertoire est destiné à remplacer, à partir du 1^{er} janvier 2011, pour les bailleurs gérant plus de 1 000 logements locatifs sociaux, et du 1^{er} janvier 2012 pour les autres bailleurs, l'actuelle enquête annuelle dite EPLS réalisée par le service de l'observation et des statistiques du MEEDDM (avec l'aide des directions régionales de l'équipement) depuis 1987, enquête considérée comme peu fiable, peu précise et coûteuse.

La seconde innovation majeure réside dans le choix du législateur de réduire le champ du droit au maintien dans les lieux dont bénéficiaient, sans exception, les locataires d'HLM dès lors qu'au moment de la signature de leur bail, ils respectaient les règles d'accès à ce type de logements. La loi a prévu la remise en cause de ce principe mais uniquement dans des zones géographiques se caractérisant par un déséquilibre important entre l'offre et la demande de logement, renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de les définir. Le choix du Gouvernement a été de faire coïncider ces zones avec celles déjà définies pour l'application des dispositifs dits *Robien* et *Scellier*, qui prévoient des avantages fiscaux pour les bailleurs de logements locatifs privés neufs.

Le quatrième et dernier thème abordé porte sur les rapports locatifs dans le parc privé entre bailleurs et locataires. Deux innovations introduites par la loi du 25 mars 2009 sont venues modifier ces rapports.

Tout d'abord, l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, issu de l'article 55 de la loi du 25 mars 2009, interdit désormais à un bailleur qui a souscrit une assurance garantissant les obligations locatives du locataire d'exiger un cautionnement, lorsque le bailleur est une personne physique. Pour les bailleurs personnes morales et sous réserve de quelques exceptions très limitées, toute demande de cautionnement est interdite, même lorsqu'aucune assurance n'a été souscrite. Deux exceptions sont ouvertes : lorsque le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur ou lorsque le cautionnement est apporté par un des organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État. L'objet du projet de décret examiné par la section a donc été de définir la liste des organismes susceptibles et habilités à proposer un système de garantie à un bailleur : le Gouvernement a choisi les fonds de solidarité logement, les organismes collecteurs du *1 % logement*, les associations d'insertion par le logement et les organismes apportant leur caution à titre gratuit – principalement des caisses de retraites ou des mutuelles.

Ensuite, l'article 119 de la loi du 25 mars 2009 a prévu un dispositif dont l'objectif est d'inciter les propriétaires de logements loués à bail à réaliser des travaux d'amélioration de leurs logements, en particulier des travaux d'isolation, qui ont pour effet une réduction des charges d'utilisation du logement. Lorsqu'il réalise des travaux d'amélioration de la performance énergétique de son loge-

ment, le bailleur pourra répercuter sur le locataire une part de l'impact positif pour ce dernier en termes de charges locatives (consommations énergétiques). La loi prévoit que cette participation ne pourra excéder la moitié de l'économie estimée. Ces dispositions ont été insérées, d'une part, pour les bailleurs privés, à l'article 23-1 de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs et, d'autre part, pour les bailleurs sociaux, à l'article L. 442-3 du CCH. Les deux projets de décret (l'un relatif au parc privé et l'autre aux logements sociaux) examinés par la section ont eu pour objet de définir les conditions d'application de ces dispositions et, en particulier, les modalités de la concertation préalable à l'engagement des travaux et celles relatives au calcul des économies de charges servant d'assiette à la participation du locataire. À cette occasion, la section a admis le principe d'une évaluation forfaitaire de cette participation, sous deux conditions : une proportionnalité entre les caractéristiques du logement et le montant du forfait – même si on sait que les charges ne sont pas proportionnelles au nombre de m², il n'était pas possible d'admettre un même forfait dans un studio et dans un logement de type 5 ; la certitude sauf cas exceptionnel, que le forfait ne dépasse pas la moitié de l'économie estimée de charges résultant de la réalisation des travaux.

Outre les questions, récurrentes, portant sur la frontière entre les domaines législatif et réglementaire, la section a relevé deux problèmes fréquents.

Le premier est la grande difficulté de prendre certaines mesures d'application de dispositions législatives soit trop précises – ce qui peut conduire le projet de décret pour l'essentiel à se borner à une simple redite de la loi, ce qui fut le cas, par exemple, des dispositions relatives au *1 % logement* – soit, inversement, trop générales qui ne permettent pas au Conseil d'État de connaître précisément l'intention du Parlement sur des questions pourtant importantes – cela a été le cas, par exemple, des dispositions prévoyant le partage entre le bailleur et le locataire des travaux susceptibles de réduire les charges locatives.

Le second problème fréquemment relevé par la section est l'imprécision excessive des dispositions qui prévoient, à l'article R. 361-2 du code de la construction et de l'habitation, la saisine obligatoire du Conseil national de l'habitat. En effet, outre certains champs de compétence bien délimités, le code prévoit que doivent être transmis obligatoirement au conseil les textes «*favorisant la mixité sociale*» dans l'habitat, notion qui peut, si on l'analyse de manière extensive, embrasser un très grand nombre de textes relatifs à la politique du logement. Il est souhaitable que ces dispositions soient précisées.

Monuments et sites

Dans ce domaine très classique des compétences de la section, plusieurs projets de classements nouveaux ou de réaménagement du périmètre de sites classés existants ont permis à celle-ci de préciser ou de faire évoluer sa doctrine concernant les critères ou le bien-fondé du périmètre du classement.

En ce qui concerne les critères, la section a admis, ce qui est rare, le classement d'un site au regard de son caractère artistique. En effet, saisie d'un projet de décret portant classement, parmi les sites du département de l'Hérault, du

site des berges du Lez, paysages de Frédéric Bazille, sur le territoire des communes de Castelnau-le-Lez, Clapiers et Montpellier, elle a accepté de reconnaître un caractère artistique au site proposé au classement dans la mesure où il fut dans son ensemble un lieu d'inspiration du peintre montpelliérain Frédéric Bazille, qui occupe en sa qualité de précurseur du mouvement impressionniste une place importante dans l'histoire de la peinture, et où ce caractère pourra induire notamment une gestion culturelle du site permettant la découverte des paysages qui se retrouvent dans les œuvres du peintre.

Dans un autre registre, la section, examinant le projet de décret portant classement, parmi les sites du département de l'Ain, de la vallée de la Semine sur le territoire de la commune de Saint-Germain-de-Joux a estimé que le caractère scientifique du site est de nature à justifier son classement compte tenu de l'intérêt présenté par un ensemble géologique original formé de calcaire autour d'un récif corallien vieux de 145 millions d'années, vestige d'une mer chaude. Compte tenu de l'intérêt scientifique que présente le site, la procédure de classement permettra à l'autorité administrative de disposer des outils réglementaires nécessaires à sa préservation dans le cadre d'une exploitation maîtrisée. Toute modification à venir du régime d'exploitation devra faire l'objet d'une autorisation ministérielle (article L. 341-1 du code de l'environnement).

En ce qui concerne la définition du périmètre classé, la section saisie d'un projet de décret portant nouvelle délimitation du site classé de Montmaur (Hérault) sur le territoire de la commune de Montpellier lui a donné un avis favorable. Elle a toutefois estimé, à l'occasion de cette première opération qui en annonce d'autres tendant à une remise en ordre d'un ensemble de protections anciennes, qu'il convenait de veiller, dans un souci de bonne administration voire de sécurité juridique, à ne pas réintroduire dans un classement des entités foncières ayant connu une évolution difficilement réversible.

Nature et environnement

Parcs naturels nationaux

Suite à la réforme des parcs naturels nationaux, parcs naturels marins et parcs naturels régionaux à laquelle ont procédé la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 et ses décrets d'application, le Conseil d'État a examiné en 2009 sept projets de décrets adaptant la délimitation et la réglementation des sept parcs nationaux existant à la date de promulgation de la loi : parcs des Cévennes, des Écrins, de la Guadeloupe, du Mercantour, de Port-Cros, des Pyrénées et de la Vanoise.

En effet, les espaces qui constituaient jusqu'à la réforme le territoire même du parc sont devenus le « cœur » du parc national tandis que les territoires formant jusqu'alors sa « zone périphérique » font désormais partie intégrante du parc dont ils sont « l'aire d'adhésion ». S'il appartient toujours à l'État de « classer dans le cœur du parc », par décret en Conseil d'État, les espaces qui, en raison de leur intérêt, doivent faire l'objet d'une protection forte, l'appartenance à un parc national résulte de l'adhésion volontaire des collectivités ayant été identifiées comme pouvant contribuer à sa protection : elles s'y engagent en adhérant

à la charte du parc, définie par l'article L. 331-3 du code de l'environnement comme « *un projet de territoire traduisant la solidarité écologique entre le cœur du parc et ses espaces environnants* », document à l'élaboration de laquelle les collectivités territoriales sont associées, qu'elles approuvent et à la mise en œuvre duquel elles participent, de façon volontaire mais aussi en s'y obligeant.

À la distinction de ces espaces correspondent ainsi des régimes juridiques différents...

Pour l'aire d'adhésion, la charte définit des « *orientations de protection, de mise en valeur et de développement durable et indique les moyens de les mettre en œuvre* ».

Sur les espaces à protéger s'applique une réglementation déterminée par l'État après enquête publique, dont les modalités d'application sont définies par la charte. L'une et l'autre ont un rôle très important, qui justifie qu'elles fassent l'objet d'un décret en Conseil d'État, puisque la loi de 2006 a renforcé les obligations de protection, notamment par une interdiction de principe des constructions et travaux et un encadrement strict des exceptions, en laissant toutefois à la réglementation propre à chaque parc la possibilité de procéder à des adaptations localement nécessaires.

À cette occasion, le Conseil d'État a observé la souplesse offerte aux parcs par le dispositif d'encadrement nouveau, qui est un dispositif à plusieurs étages : loi, réglementation générale et réglementation particulière fixées par décret en Conseil d'État, modalités d'application fixées par la charte également approuvée par décret en Conseil d'État, réglementation par le conseil d'administration ou le directeur du parc, décisions individuelles de ceux-ci. En témoigne par exemple le fait que chacun des décrets particuliers organise une répartition des pouvoirs différente entre le conseil d'administration et le directeur, l'action de l'un comme de l'autre restant encadrée par les dispositions de niveau supérieur.

Le Conseil d'État a d'ailleurs veillé, lors de l'examen des décrets particuliers, à ce que le rôle assigné par la loi à chacune des normes : loi, décret général, décret particulier, charte, soit respecté, notamment en renforçant sur quelques points précis l'encadrement par le décret, pour cantonner la charte dans la mission qui lui a été dévolue de préciser les modalités d'application de la réglementation édictée par décret.

S'agissant de la délimitation du cœur de parc le Conseil d'État, a relevé que l'adaptation du régime des parcs à la réforme opérée par la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006, impliquant la révision de leur réglementation et de leur délimitation, s'est inscrit dans le cadre de la procédure prévue par l'article L. 331-2 du code de l'environnement : ces dispositions donnent au pouvoir réglementaire compétence pour apprécier l'intérêt spécial présenté par le milieu naturel dont il importe d'assurer la préservation et, eu égard à l'intérêt général ainsi poursuivi, pour décider seul des espaces qui formeront le cœur du parc, après avoir consulté notamment les communes concernées, sans cependant reconnaître à l'avis exprimé par celles-ci un caractère contraignant. Il en résulte que le Gouvernement ne peut s'estimer lié par l'avis d'une commune sans méconnaître sa propre compétence.

Par ailleurs, le Gouvernement ne saurait exclure du cœur de parc tout ou partie du territoire d'une commune dont il ressortirait qu'ils ne présentent pas un



intérêt moindre que ceux dont le classement est prévu et dont l'exclusion aurait pour effet de priver de cohérence la protection ainsi réalisée.

Responsabilité environnementale

L'important décret relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement est venu compléter la transposition réalisée par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

En dépit de son titre et du fait qu'elle recourt à des notions telles que la faute et le lien de causalité, la directive – et la loi du 1^{er} août 2008 à sa suite – ne créent pas un régime de responsabilité civile mais une police administrative. La loi prévoit, en effet, qu'en cas de menace imminente de dommage ou de dommage réalisé, l'exploitant doit prendre immédiatement les mesures propres à prévenir le dommage ou à limiter son aggravation et en informer l'administration. Les mesures de réparation du dommage consommé sont élaborées par l'exploitant et proposées à l'administration qui les arrête. À défaut d'exécution, l'autorité administrative met l'exploitant en demeure de se conformer à ces obligations. Contre les récalcitrants, il peut être recouru à la consignation et à l'exécution d'office. Enfin, en cas de multiplicité de causes d'un même dommage, le préfet arbitre la répartition des charges financières. Cette police s'exerce sous le contrôle de la juridiction administrative dans le cadre d'un recours de plein contentieux. Enfin sont punis de peines correctionnelles l'obstacle mis à l'exercice de leurs fonctions par les agents de contrôle et l'inobservation des mises en demeure de réaliser les travaux prescrits.

Les traits principaux du nouveau dispositif sont les suivants :

- 1) son champ d'application est limité à deux égards ; d'une part, il ne concerne que les atteintes aux sols, aux eaux ainsi qu'aux espèces et habitats protégés en vertu de la directive *Oiseaux* du 2 avril 1979 et de la directive *Habitats* du 21 mai 1992, d'autre part, il ne s'intéresse à ces dommages que dans la mesure où ils sont « graves » ;
- 2) ne sont concernés que les dommages écologiques « purs », à l'exclusion des dommages causés aux personnes et aux biens ;
- 3) les pollutions « diffuses », dont la cause ne peut être précisément établie, sont exclues ;
- 4) les dommages causés par une émission ou un évènement antérieurs au 30 avril 2007 sont exclus ;
- 5) les activités à caractère professionnel sont seules susceptibles d'engendrer une responsabilité environnementale au sens de la loi ;
- 6) les activités potentiellement les plus polluantes – dont une liste est dressée à l'annexe III de la directive 2004/35 par référence à de multiples directives intervenues dans le domaine de l'environnement – sont soumises à un régime de responsabilité objective ; les autres activités professionnelles ne sont génératrices de responsabilité au sens de la loi du 1^{er} août 2008 qu'à la double condition que le dommage consiste en une atteinte à un habitat ou une espèce protégée et résulte d'une faute ou d'une négligence ;
- 7) la réparation s'effectue exclusivement en nature.

Conformément à l'article L. 165-2 du code de l'environnement, créé par la loi du 1^{er} août 2008, le décret en Conseil d'État a, notamment, pour objet de fixer la liste des activités professionnelles soumises à un régime de responsabilité objective, de déterminer les conditions d'appréciation de la gravité du dommage et de l'existence d'une menace imminente d'un tel dommage, critères qui conditionnent la mise en œuvre des mesures de prévention ou de réparation prévues par la loi, enfin, de préciser le contenu et les conditions de mise en œuvre des mesures de prévention et des mesures de réparation.

Lors de l'examen du projet de décret, effectué en urgence compte tenu de l'arrêt en manquement prononcé contre la France par la Cour de justice le 11 décembre 2008, la section a plus particulièrement veillé, d'une part, à la clarté du texte quant à la définition du champ du nouveau régime de responsabilité et des critères de déclenchement des mesures de prévention ou de réparation, d'autre part, au respect des termes respectifs de la directive à transposer et de la loi, notamment en ce qui concerne les activités soumises au régime de la responsabilité sans faute et, lorsque la directive laisse aux États membres une latitude d'appréciation, par exemple en ce qui concerne les dommages aux habitats et aux espèces qui ne sont pas considérés comme graves. Afin de faciliter la mise en œuvre de ce régime juridique nouveau, la section a veillé à ce que le décret se réfère, chaque fois que c'était possible, aux principales législations applicables aux activités concernées : législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, loi sur l'eau... et aux documents de gestion existants tels que les schémas de gestion des eaux...

Outre mer

La section a été saisie de quatre demandes d'avis portant sur l'application de différentes législations outre mer.

Saisie par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, elle s'est prononcée sur le régime juridique des eaux destinées à la consommation humaine et sur l'autorité compétente pour fixer les normes de potabilité (avis n° 382.935 du 1^{er} septembre 2009, page 405).

Saisie par le président du conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon, elle s'est prononcée sur la législation applicable en matière de logement (avis n° 383.048 du 13 octobre 2009, page 410).

Saisie par le président de la Polynésie française, elle s'est prononcée sur la législation des postes et communications électroniques et sur la détermination de l'autorité compétente pour créer une autorité de régulation (avis n° 383.075 du 17 novembre 2009, page 421).

Saisie par le ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, elle s'est prononcée sur la détermination de l'autorité compétente pour fixer le montant des redevances pour services rendus sur les aéroports appartenant à l'Etat (avis n° 382.369 du 17 février 2009, page 425).

Police

Saisie par le ministre de l'intérieur, la section s'est prononcée sur l'application de la réglementation des établissements recevant du public aux résidences hôtelières résidences de tourisme, rues, places, jardins et parcs publics (avis n° 382.352 du 31 mars 2009, page 428).

Ports

Saisie par le ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, la section s'est prononcée sur la question de savoir si les terminaux méthaniers constituent des ouvrages nécessaires au fonctionnement des services publics portuaires au sens de l'article L. 146-8 du code de l'urbanisme, y compris lorsque ces ouvrages sont construits et exploités par des personnes privées (avis n° 382.669 du 14 avril 2009, page 430).

Poste et communications électroniques

Saisie par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, la section s'est prononcée sur la procédure d'attribution de lots de fréquences pour la téléphonie mobile de troisième génération, sur les modalités de mise aux enchères d'un lot réservé posant la question d'une différence de traitement avec les opérateurs préexistants et sur la fixation d'un prix de réserve (avis n° 382.574 du 7 avril 2009, page 432).

Professions réglementées

Au cours de l'année 2009, la section des travaux publics, a examiné plusieurs décrets assurant l'achèvement de la transposition de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. Cette transposition, longue, complexe et, pour certaines professions, tardive, a d'ailleurs mobilisé l'ensemble du Conseil d'État.

À cette occasion, la section a relevé, de façon récurrente, deux difficultés : la première est l'intervention fréquente dans le processus de qualification ou de délivrance des titres ou autorisations nécessaires à l'exercice d'une profession d'organismes consultatifs comprenant des représentants de la profession considérée ; conformément aux stipulations de l'article 14 de la directive 2006/123/CE relative aux services, qui interdit l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organismes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou d'autres décisions concernant l'opérateur, la section a été conduite, soit à disjoindre la disposition organisant la consultation de l'organisme comprenant des professionnels concurrents, soit à modifier sa composi-

tion, soit, enfin à supprimer son avis ; par ailleurs, la section a dû fréquemment disjoindre des dispositions organisant un système déclaratif annuel pour les professionnels établis dans un autre état membre souhaitant fournir des services de manière temporaire et occasionnelle en France alors que les dispositions législatives fondant la procédure de reconnaissance ne permettaient d'imposer une déclaration qu'avant la première prestation.

Tourisme

Lors de l'examen des décrets d'application de la loi de développement et de modernisation des services touristiques du 22 juillet 2009, la section des travaux publics a admis le dispositif d'inscription sur le registre d'immatriculation des opérateurs de voyages et de séjour, qui inclut un mécanisme de décision implicite d'acceptation à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de la commission compétente, dispositif dont il faut saluer la célérité peu commune ; il a en revanche disjoint une disposition prévoyant que la commission d'immatriculation procède à la radiation du registre de l'opérateur de voyages qui a fait l'objet d'une sanction prononcée en application de l'article L. 227-8 du code de l'action sociale et des familles. En effet, il a estimé qu'un tel dispositif, qui instaure une radiation automatique du registre sur lequel l'inscription est obligatoire pour exercer la profession, en cas de sanction prononcée sur le fondement d'une autre législation, revient à instaurer un régime d'incapacité professionnelle qui relève d'une disposition législative et demanderait, en tout état de cause, à être précisé pour proportionner éventuellement la mesure de radiation à la sanction qui a été prononcée.

Inversement, il a admis l'édiction par décret d'une sanction de radiation d'un hébergement touristique de la liste des établissements classés par décret en cas de défaut ou insuffisance grave des aménagements. En effet, l'inscription sur cette liste, non obligatoire, n'est pas une « règle d'encadrement et d'organisation d'une activité économique ou commerciale susceptible de mettre en cause le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie » mais un élément d'une politique de « labellisation » destinée à éclairer le consommateur et à valoriser les équipements touristiques en fonction de leurs atouts respectifs.

Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009, la section a tenu 99 séances et examiné 242 textes. 7 textes ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1 – Répartition par nature des textes examinés

	2005	2006	2007	2008	2009
Lois	24	17	9	7	9
Ordonnances	19	11	2	4	6
Lois du pays	-	1	-	2	3
Décrets réglementaires	174	226	245	155	214
Décrets individuels, arrêtés, décisions	29	33	-	-	-
Avis	7	3	2	-	10
Total	253	291	258	170	242

Tableau 2 – Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine (classement par ordre alphabétique)	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Avis	Total
Agriculture	-	-	-	32	-	32
Écologie	-	-	-	151	4	155
Économie	-	-	-	29	1	30
Enseignement supérieur et recherche	-	-	-	2	-	2
Intérieur, outre mer	-	-	3	-	-	3
Premier ministre	8	6	-	0	5	19
Assemblée nationale	1	-	-	-	-	1
Total	9	6	3	214	10	242

Tableau 3 – Répartition par matière des textes examinés

Matières	2009
Agriculture	32
Autoroutes et routes	11
Construction, urbanisme et logement	48
Divers	8
Eaux	8
Énergie (élect., hydro., therm., nucléaire)	17
Environnement, nature	38
Hydrocarbures	3
Industrie et recherche – entreprises	4
Mer	2
Mines et carrières	8
Parcs et réserves	4
Planification – administration	8
PTT	5
Rivières – canaux	1
Sites	5
Tourisme	11
Transports aériens	8
Transports maritimes et fluviaux	6
Transports terrestres	15
Total	242

Tableau 4 – Délais d'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	2	3	4	-	9
Ordonnances	-	3	3	-	6
Décrets réglementaires	25	31	93	65	214

Section sociale

Si la section sociale du Conseil d'État n'a été saisie que de trois projets de loi au cours de l'année 2009, elle a eu à examiner six projets d'ordonnance et six projets de loi du pays. Et du fait de l'activité législative soutenue sur des projets de lois examinés l'année dernière, elle a été consultée sur un nombre toujours important de projets de décret, soit 127. Les saisines ont eu cependant une périodicité assez irrégulière au cours de l'année.

Les principaux ensembles de textes réglementaires soumis à l'avis de la section sociale ont été les suivants :

- les projets de décret relatifs à la gestion de la sécurité sociale (trésorerie, pénalités financières, organisation de la tutelle, etc.);
- quelques projets de décret complémentaires à ceux examinés en 2008 sur la réforme des régimes spéciaux de retraite;
- les projets de décret relatifs au régime agricole de sécurité sociale (administration du régime, changement de tutelle, réformes relatives aux prestations);
- plusieurs projets de décret modifiant les règles de prescription de soins par les professionnels de santé autres que les médecins;
- des projets de décret nécessaires à la mise en œuvre du revenu de solidarité active et du contrat unique d'insertion;
- plusieurs projets de décret relatifs au régime du travail de catégories spécifiques de salariés (marins, agents de la SNCF et de la RATP, enfants employés dans le spectacle, activités solidaires).

La section sociale a rencontré des difficultés dans la maintenance des codes entrés en vigueur depuis le début des années 2000. Elle a notamment regretté l'emplacement de certaines dispositions, remettant en cause la clarté du plan du code. Elle a, par ailleurs, constaté que lorsque les dispositions de codification ont pour objet d'introduire des modifications de coordination, l'énoncé de telles modifications « *dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur* » n'emportait aucune conséquence éditoriale quant à la modification réelle de ces dispositions non identifiées. Elle a de ce fait recommandé au Gouvernement de procéder dans un tel cas à une énumération précise des dispositions qu'il y avait lieu de modifier par coordination.

Actes – Consultations obligatoires

Composition irrégulière d'un organisme consultatif

Conséquences de l'annulation de l'arrêté portant nomination des membres d'un conseil et du sursis à exécution partiel de ce jugement

De nombreux projets de textes nécessitent la consultation préalable du conseil d'administration de la Caisse nationale d'assurance-maladie des travailleurs salariés (CNAMTS). C'est pourquoi elle a été conduite à se prononcer sur les conséquences de la composition irrégulière de cette instance telles qu'elles sont apparues après le jugement du 10 mars 2009 par lequel le tribunal administratif de Paris a annulé l'arrêté du 26 octobre 2004 portant nomination des membres du conseil d'administration de la CNAMTS, au motif de l'attribution irrégulière d'un siège de « *représentant d'institutions désignées par l'État intervenant dans le domaine de l'assurance-maladie* » à une organisation syndicale non représentative au niveau national et interprofessionnel.

Dès lors, l'administration était tenue de nommer de nouveaux membres de ce conseil, ce qu'elle a fait dès le 20 mars 2009, à l'exception du siège du représentant dont l'attribution a été jugée illégale. L'administration, qui devait dans les meilleurs délais nommer un nouveau conseil d'administration, a en effet estimé qu'il était impossible de procéder dans l'urgence aux décisions à prendre sur ce point.

Cependant, l'intervention de l'arrêt du 11 mai 2009 de la cour administrative d'appel de Paris prononçant le sursis à exécution du jugement précité en tant qu'il annule l'arrêté du 26 octobre 2004 dans ses dispositions autres que celles nommant un représentant de l'organisation syndicale en cause, a eu pour effet la poursuite du mandat des autres membres du conseil nommés par cet arrêté. Dès lors, il appartenait à l'administration, d'une part, d'abroger l'arrêté du 20 mars 2009 nommant de nouveaux membres de ce conseil et, d'autre part, de prendre dans les meilleurs délais les mesures à même d'assurer l'exécution du jugement pour sa partie dont la cour n'a pas décidé le sursis à exécution.

Le Conseil d'État (section sociale) a observé qu'en l'état actuel de la jurisprudence, les avis donnés par le conseil d'administration de la CNAMTS mis en place par l'arrêté du 20 mars 2009 ne pouvaient être regardés comme valablement rendus que pour les affaires présentant une urgence avérée. Pour assurer la régularité des projets de texte qui ont fait l'objet d'une première consultation mais qui ne sont pas encore publiés, la section sociale a considéré que le conseil d'administration de la CNAMTS dans sa formation complète devait émettre un nouvel avis dès lors que l'urgence ne pouvait plus être raisonnablement invoquée.

Consultation de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations

La section sociale a eu à connaître de cas où la consultation de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations (CDC) était nécessaire en raison de la modification de la gestion administrative de régimes sociaux gérés par cette institution. À propos du projet de décret relatif à la tutelle sur les organismes de sécurité sociale (N° 382800), elle a été conduite à examiner certaines des questions qui y sont liées. L'intervention du ministre chargé de l'économie, prévue par l'article L. 518-3 du code monétaire et financier aux termes duquel « *les décrets dont la mise en œuvre exige le concours de la Caisse des dépôts et consignations sont pris sur le rapport ou avec l'intervention du ministre chargé de l'économie, après avis de la commission de surveillance* » implique que ce ministre ait été consulté sur le projet de décret. Cette consultation peut être matérialisée par une lettre d'accord du ministre ou par le compte rendu d'une réunion interministérielle organisée par le premier ministre et à laquelle le ministre chargé de l'économie a participé. Elle n'implique pas, en revanche, que le ministre doive pour cette raison contresigner le décret. Elle n'implique pas davantage que la saisine de la caisse soit faite par le ministre chargé de l'économie.

Par ailleurs, si la CDC joue un rôle important dans les régimes spéciaux (comme c'est le cas en particulier pour le régime de sécurité sociale dans les mines) en assurant notamment la gestion des régimes de retraite de base, la mise en œuvre du décret n'exigeant aucun concours de la CDC, la section sociale n'a pas considéré comme obligatoire la consultation de cette commission prévue à l'article L. 518-3 du code monétaire et financier sur le projet de décret relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale (N° 282723).

Obligation consultative sur les textes à caractère réglementaire : cas d'une ordonnance

La section a eu à se prononcer sur le caractère obligatoire de la consultation d'un organisme compétent pour connaître des projets de textes réglementaires lorsqu'il s'agit d'un projet d'ordonnance. Il a estimé qu'eu égard au caractère d'acte réglementaire d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution avant sa ratification par le Parlement, même si elle comporte des dispositions qui relèvent du domaine de la loi, le régime des consultations préalables obligatoires applicable pour l'édition d'un texte réglementaire doit s'appliquer aux ordonnances, quelle que soit la nature du texte instituant une telle consultation. Cette obligation, déjà explicitement reconnue en ce qui concerne les consultations imposées par une disposition législative, ne peut qu'être étendue aux cas où la consultation est imposée par une disposition réglementaire. Ainsi, lorsque l'obligation porte sur les « *dispositions de nature législative* » la consultation est requise pour les projets de loi ou d'ordonnance. Lorsqu'elle porte sur les « *dispositions réglementaires* », la consultation est requise pour les projets d'ordonnance ou de décret. En l'espèce, les deux projets d'ordonnance complétant la transposition de la directive 2005/36/CE sur les qualifications professionnelles, qui ont été soumis à l'examen de la section sociale, contien-



nent des dispositions qui concernent le mode d'exercice des professions paramédicales, lesquelles doivent être soumises préalablement pour avis au Haut Conseil des professions paramédicales en vertu des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article D. 4381-2 du code de la santé publique et du 1° de l'article D. 4381-1 de ce code. La consultation ainsi rendue obligatoire par un décret simple concerne « *les textes réglementaires* ». Elle est donc obligatoire avant l'édiction de ces ordonnances.

Organisme compétent à la date de publication du décret

La section a statué à plusieurs reprises sur la consultation obligatoire d'organismes qui se sont substitués récemment, souvent à raison d'une partie de leurs compétences, à des organismes consultatifs préexistants.

Elle a donc eu l'occasion de rappeler que la consultation obligatoire était celle de l'organisme compétent à la date de la publication du décret, c'est-à-dire :

– le *Conseil d'orientation sur les conditions de travail*, qui s'est substitué au Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels et à la Commission nationale d'hygiène et de sécurité du travail en agriculture, en application des dispositions du 3° de l'article R. 4641-2 du code du travail, sur le projet de décret relatif au conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (n° 382481) ;

– le *Haut Conseil de la santé publique*, en application des dispositions de l'article R. 133-39 du code du tourisme, dans le régime transitoire résultant du VII de l'article 7 de la loi du 14 avril 2006, consulté sur le classement des stations hydrominérales, bien que le Conseil supérieur d'hygiène publique de France, antérieurement compétent, ait été consulté sur le projet de décret portant classement en station hydrominérale de la commune de Casteljaloux (n° 382558), ce qui ne dispensait pas le Gouvernement de procéder à une nouvelle consultation de l'organisme seul compétent à la date d'édiction de ce décret ;

– *a contrario*, l'Autorité de la statistique publique qui, aux termes de l'article 1^{er} du décret du 3 mars 2009 est consultée « sur tout projet de décret relatif aux missions de l'INSEE ou des services statistiques ministériels », n'avait pas à l'être sur un projet de décret relatif à la mesure d'un objectif quantifié de réduction de la pauvreté (n° 382683), pris en application de l'article L. 115-4-1 du code de l'action sociale et des familles, qui confie à la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) la responsabilité de collecter les données utiles à la constitution d'un tableau de bord de mesure de la pauvreté, dès lors que ce service exerce déjà la mission de mesure de la pauvreté ; en outre la formalité aurait été impossible compte tenu du délai nécessaire à la nomination de ce nouvel organisme.

Action sociale

La section sociale a eu à connaître cette année différents projets de décrets d'application de la loi relative au revenu de solidarité active.

Contentieux de l'aide sociale et de la tarification – Réclamations contre les décisions relatives au revenu de solidarité active – Commission de recours amiable

L'article L. 262-47 du code de l'action sociale et des familles a prévu que les réclamations dirigées contre les décisions relatives au revenu de solidarité active feraient l'objet d'un recours préalable obligatoire auprès du président du conseil général, et que ces recours feraient, selon des modalités définies par convention, l'objet d'un avis de la commission de recours amiable des caisses d'allocations familiales ou des caisses de mutualité sociale agricole, prévues à l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale. Dès lors que le législateur a choisi, plutôt que de créer une structure *ad hoc*, de renvoyer cette compétence d'avis à une commission existante, dont la composition et le fonctionnement obéissent à des règles spécifiques fixées par la loi, le pouvoir réglementaire n'est pas fondé à modifier la composition de cette commission.

Revenu de solidarité active – Détermination des conditions et des modalités du versement d'avances – Nécessaire délibération du conseil général

L'article L. 262-22 du code de l'action sociale et des familles confie au président du conseil général le pouvoir de faire procéder, s'agissant de la prestation de revenu de solidarité active, au versement d'avances sur droits supposés. Toutefois, les dispositions réglementaires prises pour l'application de cet article dans le projet de décret relatif au RSA (N° 382538) ne peuvent renvoyer à un arrêté du président du conseil général, qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire, la détermination des conditions et des modalités selon lesquelles cette avance peut être versée. Cet encadrement des avances doit donc être prévu par une délibération du conseil général.

Traitements automatisés de données à caractère personnel pour le RSA

Lors de l'examen du projet de décret relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel accompagnant la mise en œuvre du revenu de solidarité active et portant diverses dispositions de coordination (N° 382849), la section sociale a rappelé l'urgence pour les départements à déclarer les traitements propres qu'ils mettent en place.

Anciens combattants et victimes de guerre

La section sociale a eu à examiner à la fin de l'année plusieurs projets d'ordonnance et de décret portant réorganisation de l'organisation des services de l'État et des établissements publics intervenant dans ce domaine ou portant modification du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. Elle a, à cette occasion, constaté que les modifications ponctuelles du code précité étaient de plus en plus difficiles à opérer étant donné la date ancienne de sa conception et la fragilité de certaines dispositions au regard d'obligations constitutionnelles ou de stipulations conventionnelles. En particulier, beaucoup de dispositions de la partie législative de ce code relèvent du domaine réglementaire.

Délégation de pouvoir d'un ministre à un établissement public dont il assure la tutelle

Lors de l'examen du projet d'ordonnance modifiant le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre (n° 383457) et du projet de décret

d'application de cette ordonnance, la section sociale s'est prononcée sur la possibilité pour le ministre chargé des anciens combattants de déléguer ses pouvoirs au directeur général de l'Office national des anciens combattants (ONAC), établissement public placé sous la tutelle de ce ministre. Il en résulte, conformément à ce qu'avait estimé la section des finances sur plusieurs projets de textes en 2007 et 2008, d'une part qu'une telle délégation est possible, d'autre part qu'elle ne requiert pas de disposition de niveau législatif, et enfin qu'elle relève du décret en Conseil d'État.

Entrée en vigueur différée et différenciée de dispositions dans le cadre d'une réorganisation administrative échelonnée dans le temps.

Dans le cadre de l'examen du même projet d'ordonnance, la section sociale a estimé que le Gouvernement devait tirer toutes les conséquences de l'entrée en vigueur différée et différenciée de dispositions dans le cadre d'une réorganisation administrative échelonnée dans le temps. Il s'agissait en l'espèce du transfert progressif à l'ONAC de compétences des directions interrégionales des anciens combattants progressivement supprimées sur une période de deux ans. Un tel transfert exige qu'une disposition explicite prévoie que jusqu'aux dates des arrêtés par lesquels le ministre chargé des anciens combattants aura transféré à la direction de cet établissement public les compétences de ces directions, celles-ci feront application de certaines dispositions dans leur version en vigueur avant la publication de l'ordonnance.

Justification de l'embauche d'un contractuel dans un établissement public administratif

La section sociale a examiné le projet de décret modifiant le décret n° 92-106 du 30 janvier 1992 relatif à l'organisation administrative et au régime financier de l'Institution nationale des invalides (N° 383284). Si cette institution entend se fonder sur le 2° de l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État pour procéder à la nomination d'un agent contractuel comme directeur du centre d'études et de recherche sur l'appareillage des handicapés qui est intégré à cette institution, il lui appartiendrait, à chaque nouvelle nomination d'un contractuel sur ce poste, de justifier que la nature ou les besoins du service le justifient. C'est pourquoi, compte tenu de la pérennité de la mesure envisagée, elle a recommandé au Gouvernement de se fonder sur l'article 3 de cette loi, en prenant un décret complétant le décret n° 84-38 du 18 janvier 1984 fixant la liste des établissements publics administratifs autorisés à le faire.

Emploi et formation professionnelle

Notification des aides d'État à la Commission européenne

Indemnisation complémentaire du chômage partiel

Lors de l'examen du projet de décret relatif aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique et d'indemnisation complémentaire de chômage partiel (N° 382465), la section sociale a confirmé que le régime de l'allocation spéci-

fique de chômage partiel n'a pas à être notifié à la Commission européenne dès lors qu'il s'agit d'un dispositif de portée générale applicable à l'ensemble des entreprises sur le territoire national lorsqu'elles placent des salariés en situation de chômage partiel. À l'inverse, le régime des conventions de chômage partiel ouvrant droit à l'indemnisation complémentaire, qui est appliqué au cas par cas et après négociation de conditions avec l'entreprise, est susceptible de constituer une aide d'État. La section sociale n'a pas regardé *a priori* ce dernier régime comme incompatible avec le traité CE. Il appartient néanmoins au Gouvernement tant qu'il n'aura pas procédé à une notification de ce régime, de faire une notification à la commission, pour chaque convention qui conduirait à un dépassement par l'entreprise du montant prévu par l'article 2 du règlement (CE) n° 69/2001 de la commission du 12 janvier 2001 relatif aux aides *de minimis* et qui oblige le Gouvernement à notifier à la Commission les aides d'État excédant le montant qu'il fixe. C'est pourquoi ce règlement a été mentionné dans les visas du décret.

Autres questions

Avis préalable du Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie et Commission interprofessionnelle consultative

Le projet de décret relatif à l'habilitation des organismes organisant les sessions de validation du titre professionnel délivré par le ministre chargé de l'emploi (N° 383216) faisait disparaître à l'article R. 338-8 du code de l'éducation la disposition selon laquelle l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) et les organismes agréés à cette fin sont autorisés à organiser la formation conduisant à la délivrance du titre professionnel. La section sociale a estimé que le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie devait être consulté en vertu de l'article L. 6123-1 du code du travail, qui prévoit que ce conseil est chargé de donner un avis sur les projets de dispositions réglementaires « *en matière de formation professionnelle tout au long de la vie* ».

En sens inverse, l'article R. 338-8 du code de l'éducation tel que modifié par le même projet de décret prévoit que les sessions de validation en vue de la délivrance du titre professionnel sont organisées par les organismes ayant fait l'objet d'un agrément délivré par le préfet de région. Ainsi cette disposition a trait à l'« *organisation* » du titre professionnel au sens de l'article L. 335-6 du code de l'éducation. Si cet article énonce notamment que les titres professionnels sont organisés par les arrêtés du ministre compétent « *après avis d'instances consultatives associant les organisations d'employeurs et de salariés, quand elles existent* », la commission interprofessionnelle consultative créée par l'arrêté du 2 juillet 2009 du ministre chargé de l'emploi ne peut être regardée, eu égard à la nature de ses attributions, comme une instance consultative telle que mentionnée à l'article L. 335-6 et sa consultation n'était donc pas obligatoire.

Aides à l'emploi – Rescrit – Inutilité des mesures d'application

La section sociale, saisie du projet de décret relatif au rescrit « *aides à l'emploi* » (N° 383438), a constaté que les dispositions législatives issues de l'article 7 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie n'avaient pas le caractère d'un véritable « *rescrit* », dans la mesure où les réponses de l'admi-

nistration aux demandes d'information qui lui seraient présentées ne lui étaient pas opposables. Dès lors, une partie significative des dispositions réglementaires prévues n'était pas nécessaire, la simple mise en œuvre des dispositions de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et des dispositions réglementaires prises pour son application étant suffisante.

Outre mer

La section sociale a eu à connaître de plusieurs projets d'ordonnances ou de décrets qui l'ont conduite à préciser le droit applicable dans les collectivités d'outre mer.

Mayotte

Mayotte – Politique de formation professionnelle – Compétence de la collectivité de Mayotte pour définir le contenu des politiques et les mettre en œuvre

La compétence de la collectivité départementale de Mayotte résulte de la lecture combinée des articles L.O. 6114-1 du code général des collectivités territoriales, qui dispose que la collectivité départementale de Mayotte « *exerce les compétences dévolues par les lois et règlements en vigueur aux départements et aux régions, ainsi que celles dévolues aux régions d'outre mer* », et L. 214-12 du code de l'éducation, qui attribue à la région la compétence pour définir et mettre en œuvre « *la politique régionale d'apprentissage et de formation professionnelle des jeunes et des adultes à la recherche d'un emploi ou d'une nouvelle orientation professionnelle* ».

Il résulte en outre des dispositions de l'article L.O. 6113-1 du code général des collectivités territoriales que la formation professionnelle est une des matières dans lesquelles les dispositions législatives et réglementaires ne sont pas applicables de plein droit à Mayotte et ne peuvent y être rendues applicables que sur mention expresse : c'est donc une matière relevant du principe de spécialité législative. La compétence dévolue à la collectivité territoriale de Mayotte en matière de formation professionnelle demeure toutefois circonscrite à la définition du contenu des politiques et à leur mise en œuvre, et ne s'étend pas, contrairement à ce qui est souvent le cas dans les matières régies par le principe de spécialité législative, jusqu'à l'édiction de la norme de droit applicable. La compétence pour édicter les lois et règlements applicables à Mayotte demeure celle de l'État. Dès lors, le Gouvernement peut prendre le projet d'ordonnance relatif à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi et de la formation professionnelle à Mayotte (N° 392502), qui a pour objet d'étendre à Mayotte, le cas échéant avec adaptation, des dispositions de nature législative relatives à l'emploi et à la formation professionnelle applicables en métropole, sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution, qui limite l'habilitation permanente donnée par cet article aux matières « *qui demeurent de la compétence de l'État* », ce qui est bien le cas de la compétence d'édiction de la norme de droit.

Répartition égale des rentes d'AT/MP entre les conjoints survivants – Principe d'égalité – Article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre mer.

L'article 50 de l'ordonnance n° 2006-1588 du 13 décembre 2006 relative au régime de prévention, de réparation et de tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles à Mayotte précise que « *dans le cas où la victime est polygame, les rentes [...] sont réparties par la caisse de sécurité sociale, sans que leur total puisse être supérieur à celui qu'il serait si la victime était monogame* ». Les dispositions du projet de décret pris pour son application (N° 382758) prévoient une répartition des rentes entre les conjoints survivants proportionnelle à la durée de leur mariage. Bien que ce mode de répartition ne heurte aucun principe général du droit ni aucun principe à valeur constitutionnelle, la section a estimé qu'une répartition égale entre conjoints survivants, quelle que soit la durée du mariage, serait plus conforme à l'esprit de l'article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre mer qui, en supprimant la possibilité de contracter un mariage polygame aux personnes, même de statut civil de droit local, ayant atteint l'âge de se marier postérieurement au 1^{er} janvier 2005, a entendu supprimer les caractéristiques spécifiques de la polygamie, en particulier en matière successorale.

Nouvelle-Calédonie

Détermination du statut des sapeurs-pompiers volontaires – Imposition d'une charge financière à l'établissement public d'incendie et de secours de Nouvelle-Calédonie.

Le projet de loi du pays portant diverses dispositions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires (N° 382525), soumis à la section sociale du Conseil d'État, est bien relatif, à l'exception de son article 11, à l'une des matières correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie, dans lesquelles, aux termes de l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, une loi du pays peut intervenir. Il s'agit en effet, d'abord, d'une modification de la partie législative du code du travail de Nouvelle-Calédonie pour exclure les sapeurs-pompiers volontaires de son champ d'application et placer ceux-ci sous un régime de droit public : ainsi que l'a estimé le Conseil d'État (section de l'intérieur) dans son avis n° 365491 du 5 décembre 2000, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour déterminer le statut de ces agents. Il s'agit ensuite de mesures instituant une protection de ces personnels en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, qui relèvent de la protection sociale, au sens du 4° de l'article 22 de la loi organique et des principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale mentionnés au 3° de son article 99. Il s'agit enfin d'une mesure excluant les vacations horaires perçues par les sapeurs-pompiers volontaires des ressources prises en compte pour l'attribution des prestations sociales soumises à une condition de ressources, qui relève également de la protection sociale, au sens du 4° de l'article 22 de la loi organique et des principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale mentionnés au 3° de son article 99, et d'une mesure prévoyant l'exonération de ces vacations de l'impôt sur le revenu, qui relève du droit fiscal au sens du 1° de l'article 22 de la loi organique et des règles relatives à l'assiette des impôts au sens du 2° de son article 9.



L'article 11 du projet prévoit que la charge financière pour la Caisse de compensation des prestations familiales, des accidents du travail et de prévoyance des travailleurs de la Nouvelle-Calédonie sera en partie compensée, dans un premier temps par la Nouvelle-Calédonie elle-même, dans un second temps, et à titre pérenne, lorsque le conseil d'administration de l'établissement public d'incendie et de secours de Nouvelle-Calédonie aura été installé, par cet établissement public. S'il relève de la compétence de la Nouvelle-Calédonie de prévoir une compensation financière à sa charge, elle ne peut légalement imposer une charge financière à l'établissement public d'incendie et de secours de Nouvelle-Calédonie. En effet, cet établissement public a été créé par l'ordonnance n° 2006-172 du 15 février 2006 portant actualisation et adaptation du droit applicable en matière de sécurité civile en Nouvelle-Calédonie, dans une matière relevant encore exclusivement de la compétence de l'État, aux termes du 5° du III de l'article 21 de la loi organique, cette compétence n'ayant pas encore été transférée à la Nouvelle-Calédonie dans les conditions fixées par l'article 26 de cette loi. L'ordonnance du 15 février 2006 n'ayant pas prévu, au nombre des compétences et attributions de cet établissement, la compensation de la charge financière de la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires, le présent projet de loi du pays ne peut compétemment l'instituer.

Rétroactivité du projet de loi du pays relatif à la fixation du salaire minimum garanti

La section a été saisie d'un projet de loi du pays de Nouvelle-Calédonie relative aux modalités de fixation du salaire minimum garanti et du salaire minimum agricole garanti (N° 383420), dont l'exposé des motifs annonçait la mise en œuvre dès le 1^{er} janvier 2010 alors qu'il était manifeste, à la date d'examen du texte par la section sociale, que sa publication ne pourrait intervenir avant cette date. Elle a estimé que lorsque les lois du pays de Nouvelle-Calédonie interviennent dans les matières qui leur sont réservées par l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, celles-ci pouvaient être rétroactives dans les mêmes conditions que les lois nationales. Leurs dispositions peuvent donc avoir un caractère rétroactif, à l'exception de celles à caractère répressif, à condition de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles et en considération d'un motif d'intérêt général suffisant. Elle s'est fondée sur l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999, qui dispose que les lois du pays ont « *force de loi* » dans le domaine défini par l'article 99, et sur la décision n° 2009-595 DC du Conseil constitutionnel qui juge que les lois du pays ont le caractère de « *dispositions législatives* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. En l'espèce, la section a jugé non établie l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant, imposant que la revalorisation du salaire minimum garanti et du salaire minimum agricole garanti intervienne dès le 1^{er} janvier 2010 et ne puisse être différée de quelques semaines, délai nécessaire à la publication de la loi du pays et de l'arrêté de revalorisation pris pour son application.

Polynésie Française

Demande d'avis du Gouvernement de Polynésie française

La section a renvoyé au tribunal administratif de Papeete la demande d'avis portant sur les compétences des communes de Polynésie française dans le domaine

de l'emploi. En effet, l'article 175 modifié de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose en son 1^{er} alinéa : « *Le président de la Polynésie française ou le président de l'assemblée de la Polynésie française peut saisir le tribunal administratif d'une demande d'avis. Lorsqu'elle porte sur la répartition des compétences entre l'État, la Polynésie française ou les communes, ou sur l'application des articles 69, 73, 78, 80, 81, 118 à 121, 156 et 156-1, la demande d'avis est examinée par le Conseil d'État auquel elle est transmise sans délai* ». Dans la mesure où la demande ne portait pas sur les matières énumérées dans la seconde phrase de cet alinéa, seul ce tribunal administratif était compétent pour délivrer cet avis.

Saint-Barthélemy et Saint-Martin

Les articles L.O. 6213-1 et L.O. 6313-1 du code général des collectivités territoriales, qui prévoient que les dispositions législatives et réglementaires s'appliquent de plein droit respectivement à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, le cas échéant avec les adaptations nécessaires, dès lors qu'elles n'entrent pas dans le champ de la loi organique et qu'elles ne relèvent pas de la compétence de la collectivité.

La section sociale en déduit, lors de l'examen du projet de décret relatif aux interruptions volontaires de grossesse par voie médicamenteuse (N° 382274), que ce décret doit comporter les mentions qui en permettent l'application dans ces deux collectivités. Ces mentions, qui se limitent à désigner les autorités compétentes sans comporter de mesures d'adaptation par rapport au droit applicable en métropole, ne nécessitent pas de consultation des conseils territoriaux de ces deux collectivités. Le fait que l'organisation de l'Ordre des médecins et de l'Ordre des pharmaciens n'ait pas encore été adaptée au nouveau statut de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin est sans incidence sur l'applicabilité de ces dispositions, dans la mesure où la loi organique n° 2007-223 du 1^{er} février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre mer, qui a érigé Saint-Barthélemy et Saint-Martin en collectivités territoriales régies par l'article 74 de la Constitution, n'avait ni pour objet, ni pour effet d'y rendre l'exercice de la médecine et de la pharmacie illégal en l'absence d'organisation adaptée de ces Ordres. Il faut considérer que tant que les mesures nouvelles d'organisation de la santé dans ces collectivités n'ont pas été prises, les médecins et pharmaciens continuent à être inscrits au tableau de l'Ordre de la Guadeloupe.

Santé publique

La section sociale a été saisie au cours de l'année de différents projets de décret relatifs aux actes des professionnels de santé autres que les médecins : la prise en charge par l'assurance-maladie des prescriptions des pédicures, le bilan kinésithérapique, les conditions de réalisation de certains actes par les infirmiers, les préparations médicales et officinales. Puis elle a eu à connaître en fin d'an-

née des premiers textes d'application de la loi du 21 juillet 2009 dite *Hôpital, patients, santé, territoires*.

Absence de conformité aux articles 43 et 49 du traité CE – Exécution de préparations en sous-traitance limitée aux seuls pharmaciens installés en France – Entrave à la libre prestation de service

La section sociale n'a pu adopter le projet de décret relatif à l'exécution des préparations magistrales et officinales (N° 383094) qu'en considération de l'urgence à prévoir une réglementation de la sous-traitance des préparations par un pharmacien. Hors d'une période limitée représentant le délai strictement nécessaire à l'adoption des dispositions les complétant, le décret n'est pas conforme aux articles 43 et 49 du traité CE.

En effet, la rédaction de l'article R. 5125-33-1 introduit dans le code de la santé publique par l'article premier du projet de décret, et en particulier du 1° du I de cet article qui conditionne l'autorisation de l'exécution des préparations en sous-traitance à une attestation d'inscription au tableau par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens, limite l'exécution de préparations en sous-traitance aux seuls pharmaciens installés en France. L'article L. 5125-1 du code de la santé publique, qui est la base législative des dispositions réglementaires précitées, limite lui-même l'activité de sous-traitance aux seules officines installées sur le territoire français en ne prévoyant pas une procédure d'effet équivalent pour les officines installées dans un autre État membre de l'Union européenne. Or, dans son arrêt C-496/01 du 11 mars 2004, la CJCE a condamné la France en manquement pour avoir exclu tout remboursement de frais pour des analyses de biologie médicale effectuées par un laboratoire établi dans un autre État membre. Il en résulte qu'il doit être possible à une officine de pharmacie installée à l'étranger d'effectuer des préparations en sous-traitance pour une officine installée en France dans des conditions comparables à celles qui permettent la sous-traitance entre pharmacies sur le territoire français.

Conditions d'implantation applicables aux activités de soin

Lors de l'examen de plusieurs projets de décrets, et avant même d'avoir à connaître des décrets d'application de la loi *Hôpital, patients, santé, territoires*, et notamment sur le projet de décret relatif aux conditions d'implantation applicables aux activités de soins de médecine et de chirurgie (N° 383201), la section sociale a eu l'occasion de souligner la complexité de l'énoncé de ces conditions et la difficulté à distinguer ce qui relève des conditions d'autorisation et ce qui relève de l'organisation propre du service.

Décret sur les débits de boissons – Domaine respectif de la loi et du règlement

La mesure envisagée par le projet de décret relatif à la mise à disposition des clients de certains débits de boisson de dispositifs de dépistage de l'imprégnation alcoolique (N° 382444), qui imposait exclusivement à certains débits de boisson une obligation d'achat ou de location de dispositifs de dépistage de l'imprégnation alcoolique est une mesure de police spéciale des débits de boisson. L'obligation et la sanction pénale pèseraient en effet sur l'exploitant. Elle imposerait à la liberté d'entreprendre une sujétion qui ne trouve son fondement dans aucune disposition législative, notamment aucune de celles qui sont codifiées au titre premier du livre III de la troisième partie du code de la santé publique. En l'absence d'une telle disposition, la section sociale a estimé que le

pouvoir réglementaire ne pouvait prendre les mesures envisagées sans méconnaître la compétence attribuée au législateur par l'article 34 de la Constitution selon lequel « *la loi fixe les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* ».

Exercice de la profession de masseur kinésithérapeute – Conditions d'élaboration du bilan kinésithérapique

Le projet de décret relatif au bilan kinésithérapique (N° 382891) prévoit que, dans le cadre de la prescription médicale, le masseur kinésithérapeute établit un bilan kinésithérapique, met en œuvre un traitement et assure un suivi du traitement au moyen d'une fiche de synthèse. Il prévoit également l'obligation pour le masseur kinésithérapeute de transmettre cette fiche au médecin prescripteur. La section sociale a estimé que ces dispositions n'ont pas pour effet de rendre inapplicables les dispositions à caractère général de la loi du 4 mars 2002 relatives aux droits à l'information des personnes malades et codifiées, notamment, à l'article L. 1110-4 du code de la santé publique. En conséquence, et sans qu'il soit nécessaire de faire explicitement référence aux dispositions de cet article, les informations contenues dans le bilan kinésithérapique et dans la fiche de synthèse ne peuvent, selon les cas, être tenues à la disposition du médecin ou lui être adressées sans que la personne intéressée en ait été dûment avertie et sans qu'elle ait eu la possibilité de s'y opposer.

Principe d'égalité – Montants distincts de la rémunération des professionnels libéraux en activité et de l'indemnisation des retraités au titre de leur activité dans la réserve sanitaire

La section a estimé, lors de l'examen du projet de décret relatif à la réserve sanitaire (N° 383301), que le pouvoir réglementaire était fondé, sans méconnaître le principe d'égalité, à fixer le montant de la « *rémunération* » des réservistes exerçant une activité libérale à un niveau supérieur à celui de « *l'indemnisation* » prévue pour les réservistes retraités. Tout en constatant que les actifs et les retraités seraient amenés à effectuer les mêmes missions en tant que réservistes, il a admis que la rémunération ou l'indemnisation prévues par la loi ont non seulement pour objet de rétribuer l'activité accomplie au sein de la réserve mais aussi de compenser l'impact économique pour les intéressés lié à leur mobilisation temporaire dans la réserve, au titre de laquelle il existe une différence de situation entre actifs exerçant une activité libérale et retraités. Cette décision, prise dans le cadre particulier d'une rémunération ou indemnisation à la suite d'une réquisition, ne préjuge pas les positions qui seraient prises pour des différences de rémunération dans d'autres contrats. En revanche, il a admis que le pouvoir réglementaire peut fixer la rémunération prévue pour les réservistes sans emploi au même montant que les réservistes exerçant une activité à titre libéral.

Qualifications professionnelles des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou parties à l'accord sur l'EEE pour l'exercice des professions de santé

La section sociale a examiné plusieurs projets de décrets (N°s 382633, 35 et 37) relatifs aux qualifications professionnelles des ressortissants communautaires, portant transposition de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005. Elle a observé que, si les professions d'aide-soignant, d'auxiliaire de puériculture, d'ambulancier et de technicien de labora-

toire médical font l'objet des dispositions du chapitre III du titre VIII du livre III de la cinquième partie du code de la santé publique relatif aux compétences respectives de l'État et de la région en matière de formation et de délivrance des diplômes, ni ces dispositions, ni aucune disposition législative ne soumet expressément l'exercice de ces professions à une condition de titre ou de qualification. Dès lors, il n'est pas possible au décret en Conseil d'État de soumettre à une telle condition ou à une procédure de vérification des compétences l'exercice de ces professions. Elle a par ailleurs estimé que si l'article L. 6211-2 du même code prévoit que l'autorisation administrative de fonctionnement est délivrée à un laboratoire d'analyse biomédicale s'il remplit certaines conditions relatives à la qualification de son personnel technique, cette disposition législative relative à la réglementation des laboratoires n'habilite pas le pouvoir réglementaire à fixer des conditions de titre de formation pour autoriser l'exercice de cette profession.

Remboursement par la sécurité sociale – Condition – Prescription par un médecin ou un autre professionnel de santé

La section a été conduite, lors de l'examen du projet de décret relatif à la prise en charge par l'assurance-maladie de certains produits de santé prescrits par les pédicures podologues (N° 382441), à préciser l'articulation entre la prescription d'un médicament et son remboursement. Les articles R. 163-2 et R. 165-1 du code de la sécurité sociale peuvent légalement subordonner le remboursement des produits de santé à une double condition d'inscription sur une liste et de prescription par un médecin ou par certains auxiliaires médicaux. Or, les articles L. 162-17 et L. 165-1 de ce code dont ils font respectivement application, ne subordonnent explicitement ce remboursement qu'à la seule condition de l'inscription sur une liste arrêtée par les ministres. Toutefois, le législateur, par la mention à l'article L. 162-17 des «*indications thérapeutiques ouvrant droit à la prise en charge*» et des «*conditions concernant la qualification ou la compétence des prescripteurs*» et par la possibilité prévue à l'article L. 165-1 pour le décret de subordonner l'inscription sur la liste au respect d'indications thérapeutiques ou diagnostiques, a entendu prévoir l'intervention d'une prescription préalable à la délivrance du médicament. Et l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale, en prévoyant que l'assurance-maladie comporte la couverture des frais de soins qui sont nécessaires pour l'assuré et les membres de sa famille, renvoie à l'exigence d'une prescription préalable établissant le caractère nécessaire de la prestation.

Sécurité sociale

Ministres compétents

Ministre chargé de la sécurité sociale et autres ministres

Le ministre chargé de la sécurité sociale est compétent pour rapporter et contre-signer le projet de décret relatif à la prise en compte des périodes d'affiliation effectuées dans une organisation internationale (N° 383061), qui concerne plusieurs régimes de sécurité sociale, conformément à la nouvelle rédaction de l'ar-

ticle R. 112-1 du code de la sécurité sociale issue du décret n° 2009-1387 du 11 novembre 2009 qui dispose : « *Sous réserve des dispositions du deuxième alinéa, le ministre chargé de la sécurité sociale est chargé de l'application de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires relatives à la sécurité sociale. (...) En ce qui concerne le régime agricole et le régime d'assurance des marins, le ministre chargé de la sécurité sociale exerce ces attributions avec, respectivement le ministre chargé de l'agriculture et le ministre chargé de la marine marchande* ». Saisi d'un projet de décret relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et maladies professionnelles des salariés et non-salariés des professions agricoles (N° 383379), le Conseil d'État a jugé que ce texte, comme l'ensemble des textes relatifs à la protection sociale agricole, devait être présenté au rapport conjoint du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé de l'agriculture. L'article R. 112-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-1387 du 11 novembre 2009 relatif à la tutelle sur les organismes de sécurité sociale, dispose en effet que ces ministres sont conjointement chargés de l'application de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires relatives au régime agricole.

La section sociale a considéré que l'attribution sur le fondement d'une loi nouvelle au ministre chargé de la sécurité sociale de la compétence pour prendre des arrêtés réglementaires en matière de protection sociale agricole conjointement avec le ministre chargé de l'agriculture qui en était jusque-là le seul signataire, ne nécessite aucune mesure transitoire. Les actes réglementaires pris sur le fondement des règles de compétence en vigueur survivent au changement de ces règles tant que ces actes ne sont pas remplacés ou modifiés et dès lors qu'ils ne sont pas inconciliables avec la législation postérieure.

Ministres contresignataires – Ministres ayant à prendre une mesure d'exécution

Le projet de décret relatif au compte individuel de retraite et à la procédure de liquidation des droits à pension de retraite des fonctionnaires, des magistrats et des militaires (N° 383267) modifiait l'article R. 65 du code des pensions civiles et militaires de retraite. La section sociale a considéré que tous les ministres doivent contresigner ce décret. En effet, ces ministres auront à prendre une mesure d'exécution du décret, dès lors que son article 2 prévoit un arrêté conjoint des ministres chargés du budget et de la fonction publique et du ministre dont relèvent les fonctionnaires concernés.

Consultation du conseil d'administration d'organismes de sécurité sociale

Caisse nationale d'assurance vieillesse

L'article L. 138-24 du code de la sécurité sociale prévoit que les entreprises qui ne sont pas couvertes par un accord collectif ou qui n'ont pas adopté un plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés sont soumises à une pénalité. Le projet de décret relatif au contenu et à la validation de ces accords et plans d'action (N° 382431) qui énonce les clauses devant nécessairement y figurer est de nature à avoir un impact sur les équilibres de la branche vieillesse en raison de leur effet réel ou non sur l'emploi des salariés âgés. Dès lors, la consultation du conseil d'administration de la Caisse nationale d'assurance vieillesse



sur ces dispositions est obligatoire en application de l'article L. 200-3 du code de la sécurité sociale.

Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales

La consultation de ce conseil est obligatoire en application de l'article L. 644-1 du code de la sécurité sociale sur le projet de décret relatif au régime de déclaration et de règlement simplifiés des cotisations et contributions sociales et de l'impôt sur le revenu des professionnels libéraux relevant de l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale et de l'article 151-0 du code général des impôts (N° 382480). En effet, à l'article 7 du projet de décret, la définition des modalités de compensation par l'État de l'incidence du régime simplifié sur l'équilibre financier de la caisse a implicitement mais nécessairement pour effet de modifier le mode de calcul des cotisations perçues pour le financement du régime complémentaire d'assurance vieillesse et du régime d'invalidité décès des professions libérales déterminé par le règlement de la caisse approuvé par décret simple.

Il ressort en effet des articles L. 644-1 et L. 644-2 du même code que les droits exprimés en nombre de points ouverts aux assujettis découlent du choix d'une classe de cotisation déterminée en fonction du revenu d'activité. Du fait du caractère forfaitaire du calcul des cotisations sociales recouvrées dans le cadre du régime simplifié prévu à l'article L. 133-6-8 du même code, qui ne permet pas techniquement aux assujettis d'exercer un tel droit d'option, le projet de décret prévoit que sera désormais pris en compte la plus faible cotisation non nulle dont ces assujettis auraient pu être redevables si les dispositions de droit commun avaient été applicables. Cette règle, même posée à l'occasion du calcul de la compensation de l'État au régime, constitue une modification du mode de calcul des cotisations justifiant la consultation de la caisse nationale en application de l'article L. 644-1 de ce code dès lors qu'il résulte de l'article L. 133-6-8 du même code que cette compensation revêt un caractère intégral.

Caisse nationale du régime social des indépendants

Aux termes de l'article R. 611-9 du code de la sécurité sociale, le conseil d'administration de la caisse nationale du régime social des indépendants (RSI) est saisi «*des projets de loi, d'ordonnance et de décret spécifiques à ce régime et ayant des incidences directes sur l'équilibre financier d'une branche ou d'un régime mentionné à l'article L. 611-2*». Les projets en cause doivent être entendus comme ceux qui sont applicables à ces régimes à titre principal ou exclusif. N'entre pas dans le champ de cette obligation un projet de décret relatif à la mise en œuvre du dispositif de coordination en matière d'assurance-maladie et maternité prévu à l'article L. 172-1 A du code de la sécurité sociale (N° 382346), dès lors qu'il est applicable à l'ensemble des régimes régis par ce code ou par le code rural.

Conseil central d'administration de la Mutualité sociale agricole (MSA)

La section sociale a admis que le projet de décret relatif à la consultation de la caisse centrale de la Mutualité sociale agricole (N° 382621) puisse prévoir que ce conseil habilite son bureau ou une commission à rendre en son nom des avis sur les projets mentionnés à l'article R. 723-24-1 du code rural, à une double condition : que le bureau ou cette commission ne comprennent que des personnes appartenant au conseil, et que soit représenté au sein de cet organe

chacun des collèges mentionnés à l'article L. 723-32 du même code fixant la composition du conseil.

Les dispositions du premier alinéa de la partie II bis de l'article L. 723-12 du code rural, introduites par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, en vertu desquelles cet organisme est saisi pour avis de tout projet de mesure réglementaire « *ayant des incidences sur les régimes obligatoires de protection sociale des salariés et des non-salariés des professions agricoles, sur l'action sanitaire et sociale ou sur l'équilibre financier de ces régimes* » sont applicables dès la publication de la loi, dès lors qu'il n'est pas manifestement impossible de l'appliquer et alors même que ne sont pas intervenues les mesures réglementaires d'application prévues. Le fait que la loi ait prévu l'intervention de mesures réglementaires d'application n'implique pas nécessairement qu'elles soient indispensables à son application. Voir en ce sens la décision du CE statuant au contentieux du 21 mars 2008 (n° 310173) *Sté Megaron*, aux tables.

Le conseil central d'administration de la MSA devait aussi être consulté sur le projet de décret (N° 383191), modifiant les articles R. 752-19 à R. 752-22 du code de la sécurité sociale relatifs au régime des exonérations de cotisations sociales outre mer. En effet, si les salariés du régime agricole sont gérés outre mer par les caisses générales de sécurité sociale, ils continuent à relever, pour leur assujettissement ainsi que pour la détermination des cotisations et des prestations qui leur sont applicables, du régime agricole de protection sociale. Dès lors, les exonérations prévues ayant une incidence sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de protection sociale des salariés et des non-salariés des professions agricoles, le conseil central d'administration de la MSA doit être consulté sur ce projet de décret.

Conseil supérieur des prestations sociales agricoles

Saisi d'un projet de décret relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et maladies professionnelles des salariés et non-salariés des professions agricoles (N° 383379), le Conseil d'État a estimé que ce texte devait être soumis pour avis à la section des accidents du travail des salariés agricoles du conseil supérieur des prestations sociales agricoles. L'article 21 de la loi n° 72-965 du 25 octobre 1972 relative à l'assurance des travailleurs de l'agriculture contre les accidents du travail et les maladies professionnelles dispose en effet que les textes réglementaires à intervenir pour l'application de cette loi doivent être pris après consultation de cette section.

Consultations préalables au titre des régimes spéciaux sur le régime à caractère général des sanctions financières en cas de fraude – Absence

La section sociale a considéré que si le projet de décret relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale (N° 282723) s'applique à l'ensemble des régimes de base de sécurité sociale et, en particulier, aux régimes spéciaux mentionnés à l'article R. 711-1 du code de la sécurité sociale, il ne nécessitait aucune consultation préalable au titre de ces derniers régimes :

– soit parce qu'aucune consultation n'est prévue : c'est le cas pour la Caisse nationale militaire de sécurité sociale (CNMSS), la Caisse autonome nationale de la sécurité sociale dans les mines (CANSSM), la Caisse de coordination aux assurances sociales de la RATP, la Caisse de prévoyance et de retraite des clercs

et employés de notaire (CRPCEN), le Port autonome de Bordeaux, le régime spécial d'assurance-maladie de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

- soit parce que la consultation prévue est facultative : c'est le cas pour la Caisse d'assurance vieillesse, invalidité et maladie des cultes (CAVIMAC) en application de l'article R. 382-76 du code de la sécurité sociale, et pour la Caisse d'assurance-maladie des industries électriques et gazières (CAMIEG), en application du dernier alinéa du C du paragraphe 4 de l'article 23 du statut annexé au décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières ;
- soit, enfin, parce que l'obligation de consultation doit être interprétée comme ne concernant que les textes spécifiques au régime en cause : c'est le cas pour la Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF (CPRP SNCF) à l'article 10 du décret n° 2007-730 du 7 mai 2007 et pour l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM) à l'article 3 du décret n° 53-953 du 30 septembre 1953.

Union nationale des caisses d'assurance-maladie (UNCAM)

Plusieurs projets ont fourni l'occasion de préciser dans quels cas l'UNCAM doit être consultée, en application des dispositions de l'article L. 182-2 du code de la sécurité sociale aux termes duquel elle « *a pour rôle (...) de rendre un avis motivé et public sur les projets de loi et de décret relatifs à l'assurance-maladie* ».

La section n'a regardé comme obligatoire sa consultation que sur les projets de décret ayant une incidence sur deux ou plusieurs régimes d'assurance-maladie que l'UNCAM a vocation à coordonner. Le projet de décret relatif au statut des personnes accueillies dans des organismes d'accueil communautaire et d'activités solidaires (N° 382694), qui rend applicable aux organismes d'accueil communautaire et d'économie solidaire et aux personnes accueillies dans ces organismes un régime spécifique de cotisations, ne met en cause que le régime général de l'assurance-maladie. Il n'a donc pas à être précédé de la consultation de l'UNCAM. En sens inverse, le projet de décret (N° 383191) modifiant les articles R. 752-19 à R. 752-22 du code de la sécurité sociale relatifs au régime des exonérations de cotisations sociales outre mer, a une incidence sur plusieurs régimes d'assurance-maladie que l'UNCAM a vocation à coordonner. Dès lors, la consultation préalable cette Union était obligatoire.

Enfin, le projet de décret relatif au Répertoire national commun de la protection sociale (RNCPS) a pour seul objet l'autorisation d'un traitement automatisé d'informations nominatives par lequel les organismes de sécurité sociale, les caisses de congés payés et Pôle emploi échangent des données relatives aux bénéficiaires de prestations sociales. La section a considéré que ce projet de décret, qui porte autorisation d'un traitement informatique et n'a d'incidence ni sur le fond du droit des prestations ni sur le contrôle des conditions d'attribution de ces prestations, n'est pas soumis à la consultation obligatoire de l'UNCAM.

Tutelle sur les organismes

Mutualité sociale agricole – Tutelle de l'État sur les délibérations du conseil central d'administration et de l'assemblée générale centrale

L'existence d'une tutelle de l'État sur les délibérations du conseil central d'administration et de l'assemblée générale centrale de la Mutualité sociale agri-

cole (MSA), prévue par le projet de décret relatif à l'organisation de la tutelle des régimes de protection sociale agricole (N° 382634), porte atteinte au principe de la gestion des caisses de sécurité sociale agricole par leurs représentants élus qui est au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale. Elle relève donc du domaine de la loi. En ce qui concerne la MSA, elle trouve son fondement légal dans les dispositions de l'article L. 152-1 du code de la sécurité sociale qui prévoit que les délibérations des organes dirigeants de la MSA sont soumises au contrôle de l'État.

Politique sociale en matière de protection sociale agricole – Compétence et tutelle conjointes du ministre chargé de l'agriculture et du ministre chargé de la sécurité sociale

L'article L. 721-1 du code rural, dans sa rédaction issue du V de l'article 17 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, dispose que « *la politique sociale relève du ministre chargé de l'agriculture et conjointement, pour ce qui concerne la protection sociale agricole, du ministre chargé de la sécurité sociale* ». Il résulte de ces dispositions que les délibérations des organes centraux de la MSA relatives au régime d'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles des non-salariés et salariés agricoles ne peuvent légalement, hormis celles portant sur l'organisation du régime, être soumises à la seule approbation du ministre chargé de l'agriculture, lequel n'a une compétence exclusive qu'en matière de politique sociale agricole, mais doit être aussi à celle du ministre chargé de la sécurité sociale.

Régimes particuliers – Tutelle de l'État – Commissaires du gouvernement

L'article L. 151-1 du code de la sécurité sociale définit les pouvoirs de tutelle de l'État vis-à-vis des organismes de sécurité sociale. Le projet de décret relatif à la tutelle sur les organismes de sécurité sociale (N° 382800) procède à une réorganisation de son exercice. Ces pouvoirs sont notamment exercés, aux termes de l'article R. 112-1 du même code, par l'intermédiaire de commissaires du gouvernement représentant les ministres chargés de la sécurité sociale et du budget. L'exercice de la tutelle par ces ministres ne fait pas obstacle, comme le prévoit l'article R. 112-1 pour les régimes autres que le régime général, les régimes agricoles et le régime des marins, à ce que les dispositions spécifiques à ces régimes prévoient qu'un représentant du ministre sectoriel assiste aux réunions des organes délibérants des organismes, sans participer à l'exercice des pouvoirs prévus par l'article L. 115-1.

Sanctions financières en matière de sécurité sociale

Application de la règle « non bis in idem » au regard du droit interne, du droit communautaire et du droit européen

La circonstance que certains des faits passibles de pénalités financières soient susceptibles de faire l'objet par ailleurs d'une sanction pénale en application d'une législation différente, dans le projet de décret précisant les modalités d'application de l'article L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale relatif aux pénalités financières et diverses mesures intéressant la lutte contre la fraude (n° 382783), n'emporte pas méconnaissance de la règle *non bis in idem*, que ce soit au regard du droit interne, du droit communautaire, ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.



Pour le Conseil constitutionnel, le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives est possible dès lors que le montant global des sanctions éventuellement prononcées (pénalités financières et amende) ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989). Le Conseil d'État a également admis le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives en se fondant sur le principe d'indépendance des poursuites disciplinaires et des poursuites pénales (CE, 2 février 2005, *Touchet*, n° 259206). En ce qui concerne le cumul entre sanctions administratives, il peut être admis dès lors que les peines sont de nature différente (CE, 19 février 1964, *Leilig*) ou que le fait est incriminé par des législations distinctes poursuivant des objectifs différents (CE, 22 mai 1946, *Mugwaini*, au recueil) ou qui reposent sur une cause juridique différente (CE, 28 juillet 1952, *Thouvard et Société Terray*, au recueil). Tel est le cas en particulier en matière de cumul entre sanctions pécuniaires et sanctions relevant de la juridiction disciplinaire ordinale ou de la juridiction du contrôle technique de la sécurité sociale (CE, Sec., 25 mars 1960, *Boileau*, au recueil); (CE, section, 15 février 1961, *CPAM du Gard*, au recueil; CE, 19 juin 2002, *Médecin conseil chef du service du contrôle médical de l'échelon local d'Angers*).

La CJCE admet la possibilité d'un cumul de sanctions poursuivant des fins distinctes à condition qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction (CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm c/ Bundeskartellamt*). Elle considère toutefois, en vertu d'un principe fondamental du droit communautaire «*non bis in idem*» consacré, selon ses propres termes, par l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH, et pour l'application du droit de la concurrence, qu'une entreprise ne peut être condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable (CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LMV) et autres c/ Commission*).

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, s'il résulte de l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par la CEDH dans l'arrêt *Zolotoukine c/ Russie* du 10 février 2009, qu'une personne ne peut être poursuivie ou punie deux fois pour les mêmes faits, cette stipulation est, en tout état de cause, sans incidence en l'espèce dès lors que selon une réserve émise par la France sur l'article 4 (en application de l'article 64 de la convention), seules les infractions relevant en droit interne français de la compétence du tribunal statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens dudit article. Il est vrai que le Conseil d'État, dans sa décision *Ministre de la défense c/ Melle Petitjean* du 27 janvier 2006 a pourtant fait application de l'article 4 du protocole n° 7 de la CEDH pour apprécier la compatibilité avec celui-ci des dispositions de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires qui prévoient la possibilité de prononcer cumulativement une sanction disciplinaire, une sanction professionnelle et une sanction statutaire. Mais c'est, en tout état de cause, pour admettre la compatibilité entre les deux séries de dispositions, au motif que ces différentes sanctions poursuivaient des objectifs distincts et étaient de nature différente.

La section sociale en a déduit que le projet de décret n'était pas contraire à la règle «*non bis in idem*». Il appartiendra aux autorités titulaires du pouvoir de

sanction de veiller à une application stricte n'impliquant aucune méconnaissance de la règle.

Manquement aux règles de la tarification à l'activité – Sanctions planchers

L'article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale selon lequel le montant des sanctions financières dont les établissements de santé sont passibles, en cas de manquement aux règles de la tarification à l'activité, est fonction du pourcentage des sommes indûment perçues par rapport aux sommes dues, sans pouvoir dépasser un plafond égal à 5 % des recettes annuelles d'assurance-maladie de l'établissement ne donne pas une base légale aux dispositions du projet de décret relatif au contrôle des établissements de santé et aux sanctions financières des manquements aux règles de tarification instituant dans certains cas une sanction plancher.

Le projet de décret relatif au contrôle des établissements de santé et aux sanctions financières applicables (N° 383128) a notamment pour objet d'accroître le plafond de sanction applicable en cas de contrôle ne portant que sur une partie de l'activité d'un établissement de santé, lorsque les sommes indûment perçues sont supérieures à 50 % des recettes d'assurance-maladie afférentes aux activités contrôlées ainsi que de permettre, en cas de contrôle portant sur une année antérieure à la dernière année civile, que le plafond de la sanction soit déterminé en fonction des recettes d'assurance-maladie de l'année contrôlée.

Si les modalités d'application d'une sanction administrative sont en principe déterminées par les textes en vigueur à la date où cette sanction est mise à exécution, cette application ne peut avoir pour effet de rendre plus sévère la peine infligée. Dès lors, et sans qu'il soit besoin d'insérer dans le projet de décret des dispositions transitoires en ce sens, les sanctions en cause ne pourront être fixées à des montants supérieurs aux plafonds antérieurement applicables que pour des manquements commis postérieurement à la publication du décret (CE, Sec., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926).

Pénalités financières en cas de faits commis « de manière répétée »

Aux termes du projet de décret relatif aux pénalités financières prévues à l'article L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale, certaines catégories de faits peuvent donner lieu à pénalité que s'ils sont commis de « *manière répétée* ». Il appartient au titulaire du pouvoir de sanction d'apprécier, au cas par cas, sous le contrôle du juge, si cette dernière condition est réalisée, en tenant compte à la fois du caractère plus ou moins grave du fait en cause et de la fréquence de sa commission dans le temps. Il est à noter que ce critère est fréquemment utilisé par la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux en matière de pénalité ou de sanction. Par exemple, dans le domaine de la santé, des pratiques « *répétées* » de charlatanisme sont contraires à l'honneur professionnel des médecins et échappent ainsi à la loi d'amnistie (CE, 26 novembre 2007, *M^{me} Rocher*, n° 292251). Il en est de même de la méconnaissance « *répétée* » des dispositions de la nomenclature des actes médicaux ou encore un comportement consistant en des cotations et facturations non justifiées et « *répétées* » (CE, 29 avril 2002, *Malquarti*, n° 209381). Par ailleurs est de nature à justifier une sanction, le fait pour un acuponcteur de faire, de façon « usuelle », retirer par une employée sans qualification médicale les aiguilles posées par lui (CE, 24 juillet 1987, *Vitiello*, n° 60125).

Assurance-maladie

Composition des conseils des caisses primaires d'assurance-maladie et de la Caisse nationale de l'assurance-maladie des travailleurs salariés

S'agissant des conseils des caisses primaires, le législateur a expressément prévu, dans le IV de l'article 116 de la loi du 21 juillet 2009 réformant l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires que « *les dispositions prévues au II entrent en vigueur à l'échéance des mandats en cours des membres des conseils des caisses primaires d'assurance-maladie* ». Ces dispositions sont celles qui modifient la composition des conseils. Il s'ensuit que la loi et le projet de décret relatif à la composition des conseils des caisses primaires d'assurance-maladie et de la CNAMTS (N° 383110) n'entreront en vigueur qu'à la date de la fin du mandat des conseils des caisses primaires, ce qui interdit de nommer les nouveaux membres de ces conseils avant la fin des mandats en cours, faute de base légale pour procéder à ces nominations. Ces nominations ne pourront donc intervenir qu'après l'entrée en vigueur sur ce point de la loi, c'est-à-dire après la fin des mandats en cours.

S'agissant du conseil de la caisse nationale, la loi ne prévoit aucune disposition différée d'entrée en vigueur. La section a considéré que le calendrier envisagé par le Gouvernement, de publication du décret à l'échéance des mandats en cours et de nomination des nouveaux membres du conseil à la suite de cette publication, ne soulève aucune difficulté juridique.

Informations sur le changement de résidence des bénéficiaires – Régime d'autorisation des fichiers

À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif à la transmission par la CNAMTS aux caisses de l'information relative au changement de résidence de bénéficiaires (N° 383004), la section sociale a statué sur plusieurs questions relatives aux fichiers.

Le fait que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ait été saisie de trois demandes d'avis distinctes, portant sur des opérations d'un traitement de données à caractère personnel dont la finalité unique requérait une appréhension globale des caractéristiques, est sans incidence sur la régularité de la consultation, dès lors qu'il est établi que la CNIL a bien procédé à une analyse d'ensemble du traitement et examiné tous les éléments constitutifs des dossiers de demande d'avis. De même, le fait qu'une des demandes d'avis était formulée sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article qui porte sur les autorisations préalables à la déclaration de certaines catégories de traitements, alors que l'ensemble du traitement relevait de la procédure mentionnée à l'article 27-I de la même loi, qui prévoit un décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la Commission, n'affecte pas non plus la régularité de la consultation dès lors que la délibération appelée à être publiée comporte bien les éléments relatifs au traitement considéré.

Le fait que la transmission de données à caractère personnel d'une administration vers une autre ait, dans son principe, été décidée par la loi n'emporte pas que cette disposition législative constitue l'acte de création du traitement au moyen duquel ces données sont transmises. Ce fait est au surplus sans incidence sur la détermination de la nature de l'acte réglementaire nécessaire pour

sa création, qui découle de l'application des articles 25 à 27 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en fonction de la finalité du traitement, de la nature des données et des opérations (notamment en cas d'interconnexion de fichiers) auxquelles le traitement donne lieu.

La circonstance que la transmission, d'une administration vers une autre, de données à caractère personnel collectées dans un traitement déjà autorisé ait, dans son principe, été décidée par la loi n'affecte pas le fait que le traitement au moyen duquel ces données sont transmises constitue un nouveau traitement et non une simple modification du traitement existant (CE 2 juillet 2007 *AC! et autres*, n° 295593). Dès lors, ce nouveau traitement doit être analysé en fonction de sa finalité, de la nature des données et des opérations, notamment d'interconnexion, auxquelles il donne lieu, afin de déterminer l'acte réglementaire par lequel ce traitement peut être autorisé, en application des articles 25 à 27 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Retraites et pensions

Cumul emploi retraite dans le régime des avocats – Dérogations – Domaine de la loi

La section a estimé que le projet de décret relatif au cumul emploi retraite dans ce régime (N° 383172) ne pouvait introduire par voie réglementaire un assouplissement à une règle légale clairement exprimée et ayant pour objet d'introduire une dérogation au principe, qui demeure en vigueur, selon lequel l'attribution de la pension de retraite versée par la Caisse nationale des barreaux français est subordonnée à la cessation de l'activité d'avocat. Elle a, en revanche, estimé que le décret peut préciser, à propos du régime des avocats, que le versement de cotisations ne peut permettre ni la révision de pension déjà liquidées, ni l'acquisition de nouveaux droits dans le régime ayant procédé à la première liquidation. En effet, le principe selon lequel la liquidation de la pension dans un régime fait obstacle, dès lors que le calcul des droits est définitif, d'une part à ce que la pension fasse l'objet d'une nouvelle liquidation et, d'autre part, à ce que de nouveaux droits puissent être acquis doit, en effet, être considéré comme un principe de nature législative posé explicitement ou implicitement pour tous les régimes de retraite en France. Il ne peut y être dérogé que par une disposition législative.

Entrée en vigueur différée prévue par arrêté – Existence – Condition – Inscription d'une date butoir dans le décret

La section sociale a estimé que si l'article 2 du projet de décret modifiant l'article R. 65 du code des pensions civiles et militaires de retraite (N° 383267) peut légalement prévoir que les dispositions modifiées de cet article prendront effet, pour chacun des fonctionnaires, magistrats et militaires affectés dans les différents ministères, à des dates et selon des modalités fixées par arrêté pris conjointement par les ministres chargés du budget et de la fonction publique et le ministre concerné, il doit en revanche prévoir une date au-delà de laquelle l'entrée en vigueur de ces dispositions ne peut être différée. En effet, en l'absence de mention d'une telle date, l'entrée en vigueur du décret reposerait entière-

ment, et ce faisant illégalement, sur l'intervention d'arrêtés. Une telle obligation n'empêche pas, en principe, si la date retenue du 31 décembre 2012 ne peut être respectée, compte tenu notamment des délais liés à la mise en place des instruments et des procédures nécessaires au changement de système de liquidation des pensions, de modifier le décret en cause pour retenir une date plus tardive, dès lors qu'il s'agit d'un délai raisonnable compte tenu des difficultés du projet.

Ouverture d'une révision des pensions liquidées – Domaine de la loi

Un projet de décret relatif aux modalités de calcul des droits à pension des moniteurs de ski (N° 382779), consécutif à l'annulation, pour illégalité, des dispositions initialement prises pour l'application des dispositions de l'article 110 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, par le décret n° 2007-369 du 20 mars 2007, prévoyait l'ouverture d'un droit à la révision des pensions de retraite liquidées entre la date à laquelle ladite annulation a été prononcée et la publication du présent projet. La section a disjoint cette disposition dans la mesure où l'ouverture d'une révision des pensions liquidées relève des principes généraux de la sécurité sociale qui, en application de l'article 34 de la Constitution, sont déterminés par la loi.

Précisions sur le non-cumul de périodes d'affiliation dans plusieurs régimes

L'article L. 161-19 du code de la sécurité sociale n'autorise la prise en compte, au titre de la durée d'assurance d'un assuré social, des périodes durant lesquelles celui-ci a été affilié à un régime obligatoire de pension d'une organisation internationale ou d'une institution européenne que « *dès lors qu'il est affilié à ce seul régime de retraite obligatoire* ». Cet article n'a entendu exclure de ce cumul que les périodes donnant lieu à une validation effective de périodes d'assurance auprès d'un autre régime. Il en résulte pour le projet de décret relatif à la prise en compte des périodes d'affiliation effectuées dans une organisation internationale (N° 383061), la nécessité de faire référence à une affiliation « *dans des conditions emportant validation de périodes d'assurance* ».

Recouvrement et financement

Avances de trésorerie – Informations des commissions parlementaires saisies sur le PLFSS – Mention dans les visas du décret

Compte tenu des termes de l'article L.O. 111-9-2 du code de la sécurité sociale selon lesquels, en cas d'urgence, les limites des avances de trésorerie peuvent être relevées par décret pris en conseil des ministres après avis du Conseil d'État « *et information des commissions parlementaires saisies au fond des projets de loi de financement de la sécurité sociale* », la section, consultée sur le projet de décret portant relèvement du plafond des avances de trésorerie au régime général de sécurité sociale (N° 383057) a estimé souhaitable que les visas de tels décrets portent mention des documents par lesquels le Premier ministre a procédé à cette information.

Projet de décret relatif à la déclaration et au règlement simplifiés pour les professionnels libéraux (N° 382420) – Affectation entre les caisses des sommes recouvrées – Domaine de la loi

L'article 4 de ce projet de décret relatif au régime de déclaration et de règlement simplifiés des cotisations et contributions sociales et de l'impôt sur le revenu des

professionnels libéraux relevant de l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale et de l'article 151-0 du code général des impôts, ne peut pas légalement étendre aux cotisations et contributions perçues au titre de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales les dispositions du III de l'article L. 133-6-4 du code de la sécurité sociale selon lequel, au cas de recouvrement partiel des cotisations et contributions sociales du régime social des indépendants, seront prélevées par priorité et dans des proportions identiques sur les sommes recouvrées la contribution sociale généralisée et la contribution relative au remboursement de la dette sociale. En effet, l'affectation entre les différentes caisses des sommes effectivement recouvrées participant des droits réels et des obligations civiles de ces personnes morales, ses modalités ne peuvent être prévues que par la loi qui éventuellement renverra au décret comme le fait l'article L. 133-6-4 du même code.

Travail, dialogue social

Application des articles L. 1 et L. 2 du code du travail

La section sociale a été conduite à préciser, le plus souvent dans quels cas ne s'applique pas l'obligation faite au Gouvernement par l'article L. 1 du code du travail de saisir les partenaires sociaux avant toute réforme aux fins d'une éventuelle négociation nationale interprofessionnelle sur l'objet de cette réforme.

Comité d'entreprise – Modalités d'information et de consultation sur les interventions publiques directes en faveur de l'entreprise

Lors de l'examen du projet de décret relatif à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sur les interventions publiques directes en faveur de l'entreprise (N° 382652), la section a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une réforme justifiant d'une saisine des partenaires sociaux en application de l'article L. 1 du code du travail. En effet, la loi fixe d'ores et déjà l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise après notification d'une aide, qui relève de la marche générale de l'entreprise au sens de l'article L. 2323-6 du même code et qui doit figurer au rapport annuel en application des articles L. 2323-47 et L. 2323-55 de ce code. En précisant l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise après notification de l'aide et en déterminant le champ des aides concernées et les informations dues au comité, le Gouvernement n'entend pas procéder à une réforme, mais simplement définir les conditions d'application d'une obligation résultant déjà des dispositions législatives en vigueur.

Commission nationale de la négociation collective – Application de l'article L. 2 du code du travail – Exclusion des mesures d'adaptation aux marins

En application de l'article L. 1 du code du travail, les partenaires sociaux avaient été saisis par le Gouvernement du projet de loi portant modernisation du marché du travail. Cette consultation avait donné lieu à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

Dans le cadre du projet d'ordonnance relatif à l'adaptation aux personnels exerçant la profession de marins des dispositions de la loi du 25 juin 2008 portant

modernisation du marché du travail (N° 382898), la section a estimé qu'il n'y avait pas lieu de consulter la Commission nationale de la négociation collective en application de l'article L. 2 du même code. En effet, si cet article dispose que le Gouvernement soumet les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L. 1 à cette commission dans les conditions prévues à l'article L. 2271-1, il résulte des dispositions de cet article que cette commission n'est chargée d'émettre un avis que sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret relatifs aux « règles générales » portant sur les relations individuelles et collectives du travail, au nombre desquelles ne sont pas les mesures d'adaptation aux marins de la loi relative à la modernisation du marché du travail.

Dispositions réglementaires d'application d'une réforme issue d'une proposition de loi

La section a estimé, lors de l'examen du projet de décret portant diverses dispositions relatives au repos dominical des salariés prises en application des articles L. 3132-20 et suivants du code du travail, que les dispositions réglementaires d'application d'une réforme issue d'une proposition de loi ne relevaient pas en principe, à l'instar de la proposition de loi elle-même, des dispositions de l'article L. 1 du code du travail. Il en irait autrement de dispositions réglementaires modifiant substantiellement les règles existantes, et constituant en elles-mêmes une réforme.

Régime spécial d'intervention des partenaires sociaux pour l'assurance chômage

La section n'a pas considéré que le projet de décret relatif aux durées d'indemnisation des demandeurs d'emploi par le régime d'assurance chômage (N° 382642) constituait une réforme qui nécessite la saisine préalable des partenaires sociaux en application de l'article L. 1 du code du travail. En effet, les dispositions de ce décret comportent des modifications qui sont rendues nécessaires pour permettre l'agrément et, par suite, l'entrée en vigueur de la convention d'assurance chômage du 19 février 2009. Dès lors, il a estimé que le régime spécial d'intervention des partenaires sociaux dans la définition des principes et la fixation des règles et conditions d'attribution des allocations versées aux travailleurs sans emploi déterminé par les articles L. 5422-20 à L. 5422-23 du code du travail se substitue au régime général de saisine des partenaires sociaux avant toute réforme prévu par l'article L. 1.

Décrets relatifs à des catégories particulières de travailleurs

Accessibilité et l'aménagement des lieux de travail pour les salariés handicapés – Base législative pour fixer des normes relatives aux bâtiments anciens – Absence

Le Conseil d'État (section sociale) a disjoint le projet d'article R. 4214-28 du code du travail figurant à l'article 1^{er} du projet de décret (N° 381928) relatif à l'accessibilité et à l'aménagement des lieux de travail, qui prévoit que les obligations d'accessibilité des lieux de travail aux personnes handicapées s'imposent aux lieux de travail situés dans un bâtiment existant ou une partie de bâtiment existant, lorsque ces lieux font l'objet de travaux de modification. D'une part, il résulte des articles L. 111-7 et L. 111-7-1 du code de la construction et

de l'habitation, sur le fondement desquels le présent projet de décret a été élaboré, et des articles L. 111-7-2 et L. 111-7-3 du même code, que de telles obligations ne s'appliquent qu'aux bâtiments ou parties de bâtiments nouveaux. D'autre part, il n'apparaît pas possible de trouver une base légale à des obligations relatives aux bâtiments anciens dans les articles L. 4111-6 et L. 4211-2 du code du travail. Ces articles concernent, en effet, avec une portée très générale, la santé et la sécurité au travail.

Commerce – Dérogation individuelle au repos dominical – Extension de cette autorisation subordonnée à l'existence d'un accord ou d'une décision unilatérale

S'agissant de l'extension d'une dérogation individuelle au repos dominical prévue à l'article L. 3132-20, prévue à l'article L. 3132-23, la loi ne la subordonne pas expressément à l'existence d'un accord ou d'une décision unilatérale, puisque le 1^{er} alinéa de l'article L. 3132-25-3 ne prévoit une telle condition que pour les autorisations individuelles de l'article L. 3132-20. La section a néanmoins admis que le projet de décret portant diverses dispositions relatives au repos dominical des salariés prises en application des articles L. 3132-20 et suivants du code du travail (N° 383169) prévoie cette condition.

En effet, l'article L. 3132-23 ne prévoit pas une autorisation collective, mais l'extension d'une autorisation individuelle, extension accordée non pas parce que les établissements qui vont en bénéficier rempliraient eux-mêmes la condition fixée par l'article L. 3132-20, c'est-à-dire le préjudice causé au public ou le risque pour le fonctionnement normal de l'établissement, mais pour éviter les distorsions de concurrence. Ainsi, l'article L. 3132-23 ne prévoit pas une autorisation collective, mais une collection d'autorisations individuelles. Dès lors, les conditions d'accord collectif préalable ou de décision unilatérale de l'employeur après référendum de l'article L. 3132-20 s'appliquent à l'autorisation de l'article L. 3132-23.

Justifications du traitement différent de catégories différentes de travailleurs

Outre le projet d'ordonnance précité relative à l'adaptation pour les marins des dispositions de la loi relative à la modernisation du marché du travail, l'examen du projet de décret sur la rémunération des enfants employés dans le spectacle, et du décret sur les organismes d'accueil communautaire et de développement solidaire ont donné l'occasion à la section sociale de vérifier les conditions d'application du principe d'égalité d'une part, et des principes fondamentaux du droit du travail d'autre part, sans être conduite lors de cet examen à formuler des observations conduisant à en disjoindre des dispositions.

Mise à la retraite d'office des agents de la SNCF et de la RATP – Compétence du pouvoir réglementaire

Le Gouvernement tient de l'article 5, à valeur législative, du décret n° 53-711 du 9 août 1953 relatif au régime de retraite des personnels de l'État et des services publics la possibilité de modifier par voie réglementaire les dispositions des décrets n° 54-23 et n° 54-24 du 9 janvier 1954 qui définissent respectivement pour la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) les modalités de mise à la retraite d'office des agents de ces entreprises. L'article 5 de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier a habilité le pouvoir régle-



mentaire à prendre avant le 31 décembre 1953 des mesures relatives aux limites d'âges des agents des entreprises publiques. Sur le fondement de cette habilitation, est intervenu le décret du 9 août 1953 dont l'article 5 dispose notamment que : « (...) *les personnels appartenant (à ces entreprises) et tributaires de régimes particuliers ou spéciaux qui occupent des emplois dont la nature n'est pas susceptible d'entraîner une usure prématurée de l'organisme ou n'est pas subordonnée à des qualités physiques déterminées, ne pourront (...) être mis d'office à la retraite avant d'avoir atteint la limite d'âge applicable aux fonctionnaires civils de l'État, sauf s'ils sont invalides ou font montre d'insuffisance professionnelle* ». Le même article a prévu que des mesures d'adaptation pourront notamment prévoir une limite d'âge inférieure à celles prévues à son premier alinéa et permet également de « *soustraire certaines catégories de personnels au régime des limites d'âge ou en suspendre l'application pendant une période déterminée* ».

Lors de l'examen du projet de décret relatif aux conditions de mise à la retraite des agents de la Société nationale des chemins de fer français et de la Régie autonome des transports parisiens (N° 382514), la section a estimé que le principe de la mise à la retraite d'office des agents des entreprises publiques ainsi que le pouvoir du Gouvernement de déterminer par décret en Conseil d'État les modalités d'application de ce principe, ce qu'il a fait par les décrets du 9 janvier 1954 s'agissant de la RATP et de la SNCF, résulte de ces textes de niveau législatif. Une telle interprétation découle nécessairement de la chose jugée par les décisions du Conseil d'État statuant au contentieux du 3 février 1999, *Nodière* (n° 178785) et du 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer et M^{me} Martine Dobler* (n° 274692 et 281587).

Les mesures législatives relatives au régime de mise à la retraite d'office ayant été prises dans le cadre de l'article 5 du décret du 9 août 1953, les décrets du 9 janvier 1954 ressortissent du pouvoir réglementaire et peuvent être modifiés ou abrogés par décret en Conseil d'État. La circonstance que l'article 5 du décret du 9 août 1953 ait prévu que les mesures d'adaptation devaient être prises « *avant le 31 octobre 1953* » ne fait pas obstacle à ce que les mesures d'adaptation interviennent au-delà de cette date, un délai fixé par un décret pour l'intervention d'un autre décret n'étant jamais prescrit à peine de nullité. La section a donc admis que le Gouvernement pouvait par décret en Conseil d'État modifier le régime de mise à la retraite pour limite d'âge des agents de la RATP et de la SNCF dans le respect des dispositions de valeur législative de l'article 5 du décret du 9 août 1953.

Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009, la section a tenu 86 séances et examiné 146 textes.

Quatre textes ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1 – Répartition par nature des textes examinés

	2005	2006	2007	2008	2009
Lois	23	15	12	11	6
Ordonnances	21	5	3	6	6
Lois du pays	5	5	1	3	6
Décrets réglementaires	186	185	178	145	127
Décrets individuels, arrêtés et décisions	58	73	17	-	-
Remises gracieuses	-	-	-	-	-
Avis	1	2	-	1	1-
Total	294	285	211	166	146

Tableau 2 – Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Remises gracieuses	Avis	Total
Agriculture	-	-	-	5	-	-	-	5
Budget	1	-	-	10	-	-	-	11
Défense	-	1	-	7	-	-	-	8
Écologie	1	1	-	3	-	-	-	5
Économie	-	-	-	17	-	-	-	17
Immigration	-	-	-	1	-	-	-	1
Intérieur, outre mer	2	1	-	1	-	-	1	5
Justice	-	-	-	3	-	-	-	3
Premier ministre	-	-	-	7	-	-	-	7
Santé	-	-	3	38	-	-	-	41
Travail	2	-	6	35	-	-	-	43
Total	6	6	6	127	-	-	1	146

Tableau 3 – Répartition par matière des textes examinés

Matières	2009
Anciens combattants	6
Autres affaires sociales	12
Juridictions : prud'hommes	2
Santé publique	33
Sécurité sociale	35
Travail, emploi et formation professionnelle	58
Total	146

Tableau 4 – Délais d'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	3	2	1	-	6
Ordonnances	1	3	1	1	6
Décrets réglementaires	22	22	48	35	127

Section de l'administration

La section de l'administration a tenu 69 séances au cours desquelles ont été examinés 9 projets de loi, 2 projets d'ordonnances et 168 projets de décrets soit 179 textes au total. En outre, elle a répondu à 3 demandes d'avis.

Ce bilan qui est le premier portant sur une année pleine, car la section de l'administration a été mise en place au mois de juillet 2008 à la suite de la réforme des sections administratives opérée par le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008, fait ressortir un volume d'activité très significatif et une répartition des affaires en trois sous-ensembles : le premier sous-ensemble (62 % des affaires) recouvre les questions de fonction publique ; le deuxième concerne la gestion publique, commande publique, domaine public, l'organisation des services et les relations avec les usagers soit plus de 22 % des dossiers, le troisième recouvre les affaires concernant la défense et les militaires.

Au-delà des problèmes de fond et des aspects juridiques propres aux textes qu'elle a examinés, la section de l'administration a été amenée à résoudre certaines questions de principe ou d'interprétation.

Commande publique

Délégation des pouvoirs en matière de marchés publics de la gendarmerie nationale

Le rattachement de la gendarmerie nationale au ministre de l'intérieur a conduit la section à examiner le système des délégations de pouvoir en matière de marchés publics au sein de la gendarmerie nationale.

Pour les unités, composantes et formations de la gendarmerie nationale n'appartenant pas à l'administration centrale, les dispositions du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 régissant les attributions de gestion des préfets, faisant de ceux-ci les délégués de plein droit des pouvoirs des ministres et autorisant les préfets à déléguer leur signature ne s'appliquaient pas, ces dispositions régissant les seuls services civils. La loi n° 2009-971 du 3 août 2009 rattachant la gendarmerie au ministère de l'intérieur n'a en effet pas retiré à celle-ci son caractère de force armée. Un texte particulier qui ne peut être qu'un décret en Conseil d'État est donc nécessaire pour autoriser le ministre de l'intérieur à déléguer certains de ses pouvoirs en matière de marchés publics aux unités, composantes

et formations de la gendarmerie. En revanche, pour la direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN) qui est une direction d'administration centrale, le droit commun du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 s'applique de plein droit : le directeur général est donc investi du pouvoir de signer les marchés au nom du ministre et du pouvoir de subdéléguer sa signature à ses collaborateurs. Le changement de rattachement organique n'implique pas de prendre de texte spécifique, le directeur général de la gendarmerie nationale devenant déléataire du ministre de l'intérieur par l'effet combiné du décret du 27 juillet 2005, du décret d'organisation du ministère de l'intérieur rangeant la DGGN parmi les directions d'administration centrale de ce ministère et du décret nommant le directeur général.

En ce qui concerne la détermination des autorités délégataires, la section rappelle que les choix du ministre de l'intérieur devraient tenir compte de la règle posée au II de l'article 5 du code des marchés publics en ce qui concerne le choix pour le pouvoir adjudicateur du niveau auquel les besoins sont évalués. Par suite, la section fait figurer dans les visas la mention du II de l'article 5 précité.

Recours contentieux applicables aux contrats de la commande publique et sécurité juridique

Si le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, il a cependant émis une réserve concernant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Celle-ci prévoyait que le nouveau dispositif de contrôle juridictionnel devrait s'appliquer à compter du 1^{er} décembre 2009, outre aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée, à ceux «*pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence est envoyé*». Le Conseil d'État a préféré à cette formule celle de «*consultation engagée*» figurant dans l'ordonnance du 7 mai 2009, cette formule lui paraissant dépourvue d'ambiguïté et par là même garante de davantage de sécurité juridique.

Saisie par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales, la section a eu à se prononcer sur les conséquences à tirer de la communication interprétative de la Commission des Communautés européennes en date du 5 février 2008 quant à la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de «*partenariat public privé institutionnalisé*» (PPPI) prenant la forme de la constitution de sociétés où se trouveraient associés les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs choisis par eux (avis n° 383.264 du 1^{er} décembre 2009, page 353).



Défense nationale

Dissuasion nucléaire et secret de la défense nationale

La section de l'administration saisie d'un projet de décret modifiant les articles du code de la défense relatifs à la dissuasion nucléaire, tendant principalement à définir le régime légal du contrôle gouvernemental des éléments constitutifs de la dissuasion, a estimé légal le renvoi de la définition des modalités de ce dispositif à un arrêté non publié du Premier ministre.

Elle a considéré, d'une part, que la définition du secret de la défense nationale, énoncée à l'article L. 2311-1 du code de la défense qui incorpore les dispositions de l'article 413-9 du code pénal, permet de regarder un texte réglementaire décrivant et encadrant des systèmes d'armes et des procédures opérationnelles particulièrement sensibles comme un des « documents » que cet article autorise à classer au motif que leur « divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale » et, d'autre part, que le décret en conseil des ministres prescrivant l'édiction de cet arrêté constitue un acte de classification compétemment pris.

Protection et contrôle des matières, des transports et des installations nucléaires

Examinant un projet de décret réformant les articles du code de la défense relatifs aux matières nucléaires, à leurs installations et à leur transport, la section a estimé conformes à leur encadrement législatif des dispositions instaurant principalement des mesures de sécurité et de contrôle des locaux où sont détenues ou utilisées ces matières, alors que les articles législatifs en constituant le fondement établissent un régime d'autorisation administrative de détention ou de transport des matières nucléaires elles-mêmes. Elle a considéré en fonction, d'une part, de l'objet de cette législation centré sur la prévention des détournements et, d'autre part, des termes des articles L. 1333-2 et L. 1333-4 du code de la défense, que les dispositions réglementaires en cause en constituaient une application adaptée.

Par ailleurs, la section a donné son accord à une disposition chargeant de l'instruction et de la délivrance au nom de l'État d'autorisations de transport le directeur général adjoint de l'Institut de radioprotection et de sécurité nucléaire, établissement public investi d'une mission de « recherche et d'expertise » aux termes de son décret de création.

Toutefois, cette faculté donnée à un dirigeant d'établissement public d'exercer une mission de police spéciale n'a été jugée possible que du fait de la réunion de deux conditions :

- le titulaire de cette fonction est nommé par décret pour exercer des missions propres au domaine de la défense, pour l'accomplissement desquelles est instituée une direction particulière de l'expertise de défense ;
- l'État détient des pouvoirs de tutelle particuliers à ce domaine d'action de l'Institut.

En outre, la section a inscrit, par une mention additionnelle, dans le décret constitutif de l'établissement, une disposition spéciale ajoutant cette prérogative à celles déjà confiées à l'Institut.

Coordonnateur national du renseignement

Eu égard à l'article 15 de la Constitution qui fait du chef de l'État le chef des armées, et à l'article L. 1121-1 du code de la défense, aux termes duquel « *le Conseil de défense et de sécurité nationale de même que ses formations restreintes ou spécialisées, notamment le Conseil national du renseignement, sont présidées par le Président de la République (...)* », la section estime qu'un décret en conseil des ministres peut prévoir que le coordonnateur national du renseignement, chargé de coordonner l'action des directeurs des services spécialisés de renseignement, rapporte devant le Conseil national du renseignement, conseille directement le Président de la République et transmet les instructions de celui-ci aux responsables des services.

Compte tenu de l'importance de la mission de coordonnateur national du renseignement et du niveau du texte examiné, la section estime que ce même décret peut prévoir la nomination en conseil des ministres de ce haut responsable administratif, et ce quand bien même il ne figurerait pas sur la liste prévue par le décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 pris en application de l'article 25 de la loi n° 84-16, fixant la liste des emplois laissés à la discrétion du Gouvernement.

Fonctionnaires et agents de l'État

Compétences respectives du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE) et des comités techniques paritaires ministériels (CTPM)

1°. La section a estimé, s'agissant d'un projet de décret tendant à fusionner des corps relevant du ministère de la défense et de ses établissements publics qu'il n'y avait pas lieu de consulter le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE) au titre du 6° de l'article 2 du décret 1982-450 du 28 mai 1982 dans sa rédaction issue du décret n° 2006-812 du 7 juillet 2006.

En effet, pour que le projet de décret relève de la consultation du CSFPE à ce titre les deux conditions suivantes doivent être vérifiées :

- le projet de décret doit relever de plusieurs comités techniques paritaires ;
- le projet de décret doit « *modifier ou abroger, de manière coordonnée pour plusieurs statuts particuliers des corps d'une même catégorie et par des dispositions ayant le même objet* ». Cette condition doit être entendue de manière restrictive afin de ne pas priver d'effet la compétence de droit commun que le pouvoir réglementaire a entendu donner aux comités techniques paritaires ministériels et aux comités techniques paritaires d'établissements publics (article 14 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982). La formule « *dispositions ayant le même objet* » doit donc être comprise comme visant exclusivement des dispositions

identiques concernant différents corps, et en tout état de cause exclut les cas de fusion de corps où il est souvent procédé à l'abrogation des statuts fusionnés.

2°. Dans le cas du projet de fusion de corps qui était soumis à la section de l'administration, celle-ci a estimé que le texte relevait de la compétence de l'organisme consultatif compétent pour examiner les dispositions statutaires applicables au corps d'accueil c'est-à-dire du comité technique paritaire ministériel du ministère de la défense.

La section de l'administration a estimé, au surplus, que si le projet de décret avait relevé de la compétence de plusieurs comités techniques paritaires ministériels, la consultation du CSFPE au titre du 6° de l'article 2 du décret 82-452 n'aurait pas davantage été requise puisque la seconde condition n'était pas non plus réunie s'agissant d'un projet de fusion.

3°. Examinant un projet relatif au délégué régional à la recherche et à la technologie (DRRT), la section de l'administration a estimé, en premier lieu, que les dispositions du projet n'ont pas eu pour effet de doter les délégués régionaux d'un véritable statut d'emploi au sens habituel que revêt cette notion, mais plutôt d'instituer un « *statut de fonctions* » précisant les missions dont ils sont investis et complété par des dispositions relatives aux modalités de leur nomination, à leur situation hiérarchique et aux moyens dont ils disposent pour l'exercice de leurs fonctions. En second lieu, elle a estimé qu'un tel « *statut de fonctions* », qui s'apparente à une mesure d'organisation du service, n'a pas à être soumis à la procédure consultative prévue pour les textes intéressant les statuts de plusieurs corps – consultation de la commission des statuts du Conseil supérieur de la fonction publique ou du comité technique paritaire ministériel si les différents corps concernés relèvent du même ministère – mais à l'avis du seul comité technique paritaire ministériel dont relève la fonction exercée.

En l'occurrence, s'agissant des fonctions de délégué régional à la recherche et à la technologie, aucune autre consultation que celle du comité technique paritaire du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche n'était nécessaire.

4°. À l'occasion de l'examen d'un autre projet de décret fixant les conditions de détachement et d'intégration de certains personnels civils du ministère de la défense dans les corps homologues du ministère de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales, la section a relevé que ce texte pris sur le fondement de l'article 19 de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale a pour objet, d'une part, de déterminer les correspondances entre les corps du ministère de la défense et les corps du ministère de l'intérieur ayant vocation à accueillir en détachement certains personnels civils de la gendarmerie nationale et, d'autre part, les conditions d'intégration sur demande de ces personnels dans les corps d'accueil.

À ce double titre, le projet de décret doit être regardé comme affectant les statuts des corps concernés du ministère de la défense et du ministère de l'intérieur et comme comportant, par suite, « *des dispositions statutaires communes à plusieurs corps de fonctionnaires* » au sens du 5° de l'article 2 du décret n° 82-450 du 28 mai 1982 relatif au CSFPE.

Les corps en cause relevant de deux comités techniques paritaires, le projet de décret doit être soumis au CSFPE en application de l'article 2 du décret précité du 28 mai 1982.



Compétences des différents comités techniques paritaires

1°. La section a examiné un projet de décret ayant notamment pour objet de modifier le décret n° 2006-8 du 4 janvier 2006 relatif au statut particulier du corps des ingénieurs de l'agriculture et de l'environnement, corps géré par le ministère de l'agriculture dont les membres exercent leurs fonctions tant dans les services de l'agriculture que dans ceux de l'environnement. Par suite de l'intervention du décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 qui a défini les conditions d'exercice des fonctions en position d'activité dans l'ensemble des ministères et établissements publics en dépendant, la section a estimé que le critère du « *ministère gestionnaire du corps* » devait désormais prévaloir sur le critère du « *ministère d'affectation* » pour déterminer le ou les comités techniques paritaires ministériels à consulter. Par suite, la section estime que seul devait être consulté, en l'espèce, le comité technique paritaire ministériel du ministère de l'agriculture, ministère gestionnaire du corps.

2°. Saisie par ailleurs d'un projet de décret opérant le transfert d'un service de la direction générale de l'armement du ministère de la défense, le centre des hautes études de l'armement à l'Institut des hautes études de défense nationale (IHEDN), établissement public administratif rattaché au Premier ministre, la section de l'administration s'est prononcée sur l'application des exigences de consultation résultant des 1° et 3° de l'article 13 et du 1° de l'article 14 du décret n° 82-452 du décret du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires. Elle a estimé que le transfert d'un service de l'État relevant d'un département ministériel vers un établissement public de l'État relevant d'un autre département ministériel nécessite, en tout état de cause, la consultation du comité technique paritaire de l'établissement public auquel est rattaché le service transféré et dont l'organisation est nécessairement modifiée.

La section de l'administration a considéré en revanche que la consultation du comité technique paritaire placé auprès du ministère de tutelle de l'établissement public intégrant le service transféré n'était pas obligatoire.

En outre, la section relève que si le ministère de la défense avait été soumis aux règles de droit commun en matière d'obligations consultatives quant aux textes relatifs à l'organisation de l'administration, il aurait fallu également consulter le comité technique paritaire central placé auprès du directeur général de l'armement. Toutefois, les mesures d'organisation relatives au ministère de la défense n'ayant pas, par dérogation aux règles de droit commun, à être soumises à un comité technique paritaire, seule la consultation du comité technique paritaire de l'Institut des hautes études de défense nationale était nécessaire en l'espèce.

Modalités de consultation du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État en matière d'hygiène et de sécurité

La section a estimé qu'un projet de décret relatif au suivi médical post-professionnel des agents de l'État exposés à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, devait être regardé comme relatif à la situation de l'ensemble des agents publics de l'État et devait, à ce titre, être soumis à l'avis du CSFPE en vertu des dispositions combinées du 4° de l'article 2 et de l'article 10 du décret n° 82-450 du 28 mai 1982.

Si la formation spéciale du Conseil supérieur dite Commission centrale de l'hygiène et de la sécurité est chargée d'examiner les problèmes relatifs à l'hygiène, à la sécurité et à la médecine de prévention, la consultation de cette commission centrale sur le projet de décret ne pouvait valoir consultation régulière du CSFPE, laquelle implique, en tout état de cause, que soit recueilli l'avis de l'assemblée plénière.

Statut commun à divers corps

Examinant un projet de décret portant dispositions statutaires communes à certains corps de la catégorie B de la fonction publique de l'État, la section de l'administration a estimé que ce texte devait définir le cadre statutaire commun (structure des corps, modalités de recrutement, dispositions relatives au classement, à l'avancement d'échelon et de grade, au détachement et à l'intégration) mais que la définition des missions selon les corps concernés devra nécessairement figurer dans chaque statut particulier ayant pour objet de « rattacher » les corps en les inscrivant sur la liste annexée au décret cadre. Les décrets matérialisant progressivement « l'adhésion » au dispositif ne pourront être que des décrets en Conseil d'État, au regard des dispositions de l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

La section a, en second lieu, admis qu'il n'y a pas d'obstacle à la publication simultanée au *Journal officiel* du décret indiciaire réformant la grille de la catégorie B de la fonction publique de l'État avec celle du projet examiné. Cependant, elle a noté que l'entrée en vigueur de la nouvelle grille serait subordonnée à la publication des décrets soumettant les différents corps au dispositif institué par le décret-cadre.

Statut d'emploi

Examinant un projet de statut d'emploi pour l'encadrement supérieur de l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONAC), la section s'est interrogée sur sa compatibilité avec les dispositions du décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 qui permet aux fonctionnaires d'un ministère d'exercer leurs fonctions en position d'activité dans l'ensemble des administrations de l'État. Elle a considéré que ces dispositions, si elles permettent l'affectation d'agents des services du ministère de la défense, ou d'un autre département ministériel, dans les services de la direction générale de l'ONAC pour y exercer des fonctions afférentes à leur grade, n'enlèvent rien à l'utilité d'un statut d'emploi pour les emplois d'encadrement supérieur de l'Office.

L'édiction d'un tel statut répond, en effet, à une logique d'emplois « fonctionnels » comportant des responsabilités particulières, dotés d'indices spécifiques et accessibles seulement par la voie du détachement, et non à une logique d'affectation à des emplois dans laquelle tout titulaire du grade correspondant aux responsabilités qu'ils impliquent peut être simplement affecté conformément aux dispositions citées plus haut du décret du 18 avril 2008.

Spécialités professionnelles

La section a donné son accord à un projet de décret définissant les fonctions exercées par les techniciens de l'agriculture et prévoyant qu'ils les exerceront désormais dans différentes spécialités dont la liste est fixée par arrêté conjoint des ministres chargés de l'agriculture et de la fonction publique alors qu'ils intervenaient jusqu'à présent au sein de deux branches d'activité professionnelle. Il lui est apparu toutefois nécessaire d'encadrer la subdélégation ainsi prévue et de préciser que la liste des spécialités devant faire l'objet d'un arrêté conjoint pris par les deux ministres compétents, devra correspondre aux missions de ces fonctionnaires définies par le décret statutaire.

Réforme du classement de sortie ENA

La section saisie d'un 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 (ENA) a plus particulièrement examiné la légalité de la nouvelle procédure de nomination des élèves dans les corps qui doit remplacer celle reposant sur le choix de leur corps d'appartenance opéré par les élèves à l'issue de la scolarité en fonction de leur rang de classement.

La section a estimé que le nouveau dispositif qui vise à assurer une adéquation entre les besoins de l'administration et les compétences et aptitudes des élèves, eux-mêmes préalablement recrutés par la voie d'un concours, respecte le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui impose, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que pour les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents des candidats.

La section a relevé, en premier lieu, que l'appariement entre le choix opéré par l'employeur et les vœux du fonctionnaire stagiaire résulte d'une procédure clairement précisée par l'article 34 du projet de décret. Celle-ci permet d'assurer la nomination dans les corps recrutés par la voie de l'ENA après qu'ont été rapprochés d'une part, les besoins des administrations exprimés sous la forme de fiches d'emploi élaborées par les employeurs précisant les compétences recherchées et les critères de sélection mis en œuvre et, d'autre part, les vœux des élèves figurant, pour chacun d'entre eux, dans un dossier d'aptitude comportant des éléments d'évaluation et d'appréciation sur les enseignements suivis, les travaux collectifs et les stages effectués pendant la scolarité suivie d'une validation par des jurys.

En deuxième lieu, la section a noté, d'une part, qu'en début de procédure le dossier d'aptitude de l'élève était adressé aux employeurs concernés de manière anonyme, ce qui garantissait l'impartialité de la liste des auditions proposées et, d'autre part, qu'en fin de procédure, chaque employeur donnait suite aux offres selon une procédure offrant les garanties de la collégialité, en fonction de la valeur des candidatures et de l'adéquation entre celles-ci et le poste à pourvoir.

Enfin, elle a relevé qu'une commission de professionnalisation composée de huit membres assure la régularité et le bon déroulement de l'ensemble de ce

processus et arrête les propositions de nomination dans les corps qu'elle transmet au ministre chargé de la fonction publique.

La section, au terme de cet examen, a toutefois relevé que le projet de texte qui lui était soumis et qui supprime le classement de sortie de l'ENA, entrainé en conflit avec l'article L. 133-6 du code de justice administrative qui confère, à tout le moins, une forme législative à l'existence même de ce classement. En l'état, faute d'une disposition législative ayant modifié l'article L. 133-6 ou d'une mesure de déclassement obtenue en la forme requise, le projet de décret, s'il devait être adopté, serait entaché d'illégalité. Le Gouvernement s'est rangé à cet avis.

Réforme du statut des enseignants chercheurs

1°. À l'occasion de l'examen du projet de décret modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, à la suite de l'intervention de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, la section s'est interrogée, d'une part, sur le périmètre d'application de la modulation des obligations de services statutaires dès lors que le législateur est intervenu en la matière et d'autre part, sur la nature de l'autorisation permettant au président de l'université, en vertu des dispositions du projet de décret, de moduler les attributions de services des enseignants-chercheurs.

Elle a examiné, tout d'abord, si le projet de décret, en fixant les obligations de services de l'ensemble des enseignants-chercheurs affectés dans tous les établissements d'enseignement supérieur, n'avait pas dénaturé l'intention du législateur et si les pouvoirs du conseil d'administration de l'université, en matière de modulation d'obligation de services, pouvaient être conférés par le seul décret.

La section a relevé, en premier lieu, que les statuts particuliers et les obligations de services qui en sont un élément déterminant relèvent du pouvoir réglementaire, et que les dispositions prévoyant un mécanisme de modulation des services des agents d'un corps qui ont un caractère statutaire relèvent, en vertu de l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, du statut particulier des enseignants-chercheurs fixé par décret. Elle a observé, à cet égard, que dans sa rédaction initiale le décret précité du 6 juin 1984 organisait déjà une modulation des services pour l'ensemble des enseignants-chercheurs, sans qu'aucune habilitation législative n'ait été nécessaire.

La section a estimé, en deuxième lieu, que la disposition du projet examiné conférant au conseil d'administration la possibilité de délibérer sur la modulation des obligations de services n'était pas une garantie de niveau législatif.

La section s'est interrogée, enfin, sur la portée des pouvoirs du président de l'université ou du directeur de l'établissement d'enseignement supérieur. Elle a relevé, d'une part, que le pouvoir du président était nécessairement encadré par une délibération du conseil d'administration dès lors que, comme il est rappelé au II de l'article 7 du projet : *« Le conseil d'administration en formation restreinte ou l'organe en tenant lieu, définit les principes généraux de répartition des services entre les différentes fonctions des enseignants-chercheurs, dans le respect des dispositions de l'article L. 952-4 du code de l'éducation. »*



D'autre part, elle a relevé que la compétence exclusive donnée par la loi aux enseignants-chercheurs pour effectuer la répartition entre les fonctions d'enseignement et les activités de recherche est respectée dès lors que le conseil d'administration délibère en formation restreinte aux enseignants-chercheurs. Il en résulte que le président ou le directeur de l'établissement n'a pas le pouvoir de modifier la proposition qui lui est faite par les représentants des enseignants-chercheurs, et que leur indépendance, s'agissant de la répartition des enseignements, est dès lors respectée.

2°. Examinant trois projets de décret relatifs aux enseignants-chercheurs du ministère de l'agriculture et transposant à ces enseignants la réforme des enseignants des universités, la section a admis qu'une liste d'incompatibilités semblable à celle fixée pour les enseignants-chercheurs des universités pourrait compromettre le fonctionnement même de nombreuses sections de la Commission nationale des enseignants-chercheurs (CNEC) en raison du faible nombre de ceux-ci au ministère de l'agriculture (875 contre 45 500 au ministère de l'enseignement supérieur), répartis en dix sections. Toutefois, la section a souligné que cette situation objective ne saurait dispenser les membres de la CNEC du respect des principes d'impartialité qui s'appliquent en tout état de cause à l'ensemble des fonctionnaires et *a fortiori* aux membres d'un organisme chargé de se prononcer sur les mesures individuelles relatives au recrutement et à la carrière des professeurs et des maîtres de conférence de l'enseignement supérieur.

Élévation au niveau du mastère du niveau de recrutement des enseignants des premier et deuxième degrés

Saisie de dix projets de décret modifiant les statuts des différents corps d'enseignants relevant du ministère chargé de l'éducation et du ministère chargé de l'agriculture et élevant au mastère le niveau de recrutement des enseignants des premier et deuxième degrés, la section a estimé que les décrets pouvaient, comme ils le faisaient, prévoir la possibilité, pour les candidats reçus aux concours de recrutement dans les différents corps de personnels enseignants et ne pouvant justifier de l'obtention d'un master ou d'un titre ou diplôme équivalent lors de la rentrée scolaire suivant leur réussite au concours, de conserver le bénéfice du concours jusqu'à la rentrée scolaire suivante. Cette souplesse lui est apparue répondre aux besoins propres du service et justifier la dérogation ainsi faite, sur la base de l'article 10 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'État, à l'article 20 de ladite loi. Il en résulte toutefois que ces lauréats du concours, doivent, dès lors qu'ils justifient à la rentrée scolaire suivante du titre ou diplôme exigé, bénéficier d'une nomination en priorité, avant toute nomination des lauréats du concours de cette même année scolaire.

Statut des architectes en chef des monuments historiques

Le statut particulier des architectes en chef des monuments historiques comporte de nombreuses dérogations tenant compte des particularités de la mission et de la nature de ce corps de fonctionnaires.

Examinant un projet modifiant ce statut fixé par le décret n° 2007-1405 du 28 septembre 2007, la section a considéré, comme le proposait le Gouverne-



ment, qu'il était justifié de ne pas appliquer aux architectes en chef des monuments historiques (ACMH) les dispositions du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État, dès lors notamment que le statut du corps ne comporte pas de règles d'avancement. Elle a toutefois estimé que l'entretien professionnel, prévu pour se substituer aux procédures de notation ou d'évaluation organisées par le décret précité du 29 avril 2002, devait être expressément qualifié d'entretien d'évaluation, et que son objet devait être caractérisé. Elle a également jugé nécessaire de faire bénéficier les architectes en chef des monuments historiques des garanties de procédure prévues par les dispositions de l'article 4 du décret du 29 avril 2002 (communication du compte rendu de l'entretien à l'agent, possibilité, pour celui-ci, de le compléter de ses observations et versement de ce compte rendu signé par l'agent à son dossier).

La section a estimé, en deuxième lieu, comme le proposait aussi le Gouvernement, qu'il était justifié de prévoir, pour les architectes en chef des monuments historiques, des sanctions disciplinaires différentes de celles prévues pour les autres fonctionnaires de l'État par l'article 66 de la loi du 11 janvier 1984, dès lors que les sanctions prévues par cet article et qui affectent notamment l'avancement et la rémunération ne sont pas applicables au corps des ACMH en raison de la spécificité des missions et des conditions d'intervention et de rémunération de ces fonctionnaires. Il lui est toutefois apparu nécessaire de compléter l'échelle des sanctions prévue par le Gouvernement, qui ne comportait que quatre sanctions, afin de permettre une meilleure adéquation entre la faute et la sanction. La section a, en conséquence, ajouté une sanction relevant du deuxième groupe, constituée par le retrait, pour une durée de trois mois à un an, de l'affectation d'un monument historique. Elle a également estimé que la durée maximale de deux ans prévue par le Gouvernement pour la sanction constituée par le retrait de l'ensemble des missions prévues par le statut des ACMH, pouvait produire les mêmes effets que la révocation, prévue par ailleurs, et a donc abaissé à un an la durée maximale du retrait.

En troisième lieu, ont été disjointes les dispositions dérogeant expressément au décret n° 82-451 du 28 mai 1982 et prévoyant que la commission administrative paritaire (CAP) du corps des ACMH ne connaissait pas des décisions d'ordre individuel résultant de l'application du 2° de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984 (avis sur la liste d'aptitude établie pour la promotion interne dans le corps), et des articles 58 (avancement de grade) et 60 (mutation) de cette même loi. La section a estimé en effet qu'il n'y avait pas lieu de déroger à ce décret, dès lors qu'aucune décision d'ordre individuel n'était susceptible d'intervenir en ces matières pour les membres de ce corps.

La section de l'administration a, enfin, disjoint les dispositions prévoyant que la CAP ne connaissait pas des décisions refusant un service à temps partiel et des litiges d'ordre individuel relatifs aux conditions d'exercice du travail à temps partiel. Elle a en effet estimé qu'il résultait tant de la nature des missions des ACMH, laquelle implique une surveillance personnelle des monuments et des travaux qui leur sont confiés, que de leur mode de rémunération, non par un traitement modulable en fonction du temps de service, mais par des honoraires définis par un barème en fonction notamment du volume des travaux accomplis, que ces agents n'entraient pas dans le champ des dispositions des articles 37 à 40 de la loi du 11 janvier 1984 régissant le temps partiel des fonctionnaires de



l'État. La section a relevé que l'architecte en chef des monuments historiques pouvait cependant obtenir une diminution de son temps effectif de travail en demandant au ministre de lui retirer l'affectation d'un ou plusieurs monuments historiques de sa circonscription sous réserve de l'intérêt du service et dans le cadre de la procédure prévue par l'article 7 du décret du 28 septembre 2007, c'est-à-dire après avis de la commission administrative paritaire.

Statut des administrateurs des finances publiques

À l'occasion de l'examen du projet de décret portant statut des administrateurs des finances publiques, la section de l'administration a été amenée à s'interroger sur le point de savoir si le corps en cause relevait du champ d'application de l'article 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 qui prévoit qu'à «*l'exception de ceux des corps dont la mission le justifie et dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'État*», les statuts particuliers de ces corps d'inspection et de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général par décret en conseil des ministres sans condition autre que d'âge.

La section a été d'avis que le corps en cause n'était pas un corps de contrôle ; elle a relevé que certes il n'était pas dépourvu de missions de contrôle, mais qu'il était néanmoins prioritairement un corps d'administration active et d'encadrement.

La section de l'administration s'est interrogée, en deuxième lieu, sur la portée de l'article 24 de la loi du 11 janvier 1984 invoquée comme fondement du régime dérogatoire de recrutement dans ce corps et sur les conditions de nomination intervenant sur ce fondement.

La section a déjà constaté que les dispositions de cet article 24 permettant l'accès à la hiérarchie des corps de la fonction publique en dérogation aux règles posées par le chapitre III de la loi du 11 janvier précitée et prévoyant pour cet accès la voie du concours (article 19) et la voie de la promotion interne (article 26) remontaient à la loi de finances rectificative pour 1961 du 20 novembre 1961 qui les avait ajoutées à l'article 20 de l'ordonnance du 4 février 1959. Il s'agissait de permettre un accès sans concours à certains corps supérieurs pour lesquels le recrutement direct de fonctionnaires déjà expérimentés paraissait le plus pertinent. Cet accès dérogatoire par nomination au choix était d'autant plus justifié que la voie dite de la promotion interne, alors appelée promotion sociale, n'était possible que pour le passage d'une catégorie et non pour la promotion au sein d'une même catégorie. Ce recrutement dérogatoire était essentiellement prévu pour les corps d'inspection et certains corps financiers, comme ceux de contrôleurs d'État. La section a estimé que ce système dérogatoire était pleinement justifié pour le corps soumis à son examen destiné à assurer l'encadrement des services territoriaux des finances publiques, en raison des compétences techniques exigées des membres du corps.

La question s'est également posée de savoir si l'article 24 pouvait, non seulement permettre des nominations directes aux côtés des nominations habituelles par voie de concours et de promotion interne, mais aussi autoriser de déroger, le cas échéant complètement, à ces voies ou à l'une de ces voies. La section a estimé que l'objet même de l'article était de permettre, si nécessaire, la totalité

du recrutement sur ces nominations au choix, étant observé que bien sûr la dérogation pouvait se limiter à écarter tout concours et à conserver, comme en l'espèce, la promotion interne.

La section a été amenée, enfin, à faire le partage, dans un recrutement opéré parmi des agents appartenant à des corps hiérarchiquement inférieurs à celui auquel il est pourvu, entre recrutements susceptibles d'être qualifiés de recrutements par la voie de la promotion interne, et devant intervenir sur liste d'aptitude établie après avis de la commission administrative paritaire du corps d'accueil, et recrutements, à qualifier de nomination au choix, n'appelant pas de liste d'aptitude. La section a estimé que plus le vivier au sein duquel les recrutements pouvaient être réalisés était large, moins l'établissement d'une liste d'aptitude appelant la comparaison des mérites des candidats était concevable. Elle a donc regardé comme des nominations au choix et non comme des recrutements par promotion interne, les nominations à intervenir à partir du vivier de l'ensemble des agents de la catégorie A de l'ensemble de la fonction publique et celles à intervenir à partir du vivier des agents des catégories A des administrations financières.

Cependant, la section a demandé que toutes dispositions soient prises pour garantir une égalité d'accès et un examen transparent des candidatures, par la mise en place d'une commission d'examen de ces candidatures, appelée à établir une liste de candidats double du nombre de postes à pourvoir.

Fonctionnaires et agents des collectivités territoriales

Décret en Conseil d'État et décret simple

Saisie d'un projet de décret modifiant certaines dispositions statutaires et indicielles de cadres d'emplois de catégorie A de la filière culturelle de la fonction publique territoriale, la section de l'administration a estimé au regard des dispositions des II et III de l'article 31 de la loi n° 2009-972 du 3 août relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, que les mots « échelonnement indiciaire » correspondaient à l'indice attaché à chaque échelon et que la fixation de l'échelonnement indiciaire des cadres d'emplois et emplois de la fonction publique territoriale relevait désormais de décrets simples.

Toutefois, le Conseil d'État demeure, en tout état de cause, compétent en vertu des termes de l'article 6 de la loi n° 84-53 modifiée du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, pour examiner les projets ayant pour objet de fixer le classement des cadres d'emplois et emplois de la fonction publique territoriale dans les catégories, le nombre d'échelons de chaque grade, la durée du temps passé dans chacun des échelons, les conditions d'accès à chaque cadre d'emplois ou emploi ainsi que les modalités d'avancement au sein de ces cadres d'emploi.

Ouverture du concours interne à des candidats justifiant de services dans un autre État membre de l'Union européenne

Examinant ce même projet, la section observe que l'article du projet du Gouvernement qui modifie l'article 5 du décret n° 91-841 du 2 septembre 1991 portant statut particulier du cadre d'emplois des conservateurs territoriaux de bibliothèques prévoit que le concours interne sur épreuves est ouvert aux fonctionnaires ou agents des trois fonctions publiques (État, territoriale et hospitalières) ainsi qu'aux militaires et aux magistrats qui justifient, au 1^{er} janvier de l'année du concours, d'au moins sept ans de services publics effectifs et sont en fonction à la date du concours. Cet article ouvre, par ailleurs, ce concours aux candidats justifiant uniquement de sept ans de services auprès d'une administration, d'un organisme ou d'un établissement mentionnés au 2° de l'article 36 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Au vu de la différence de rédaction des premier et deuxième alinéas du 2° de l'article 36 susmentionné, dans sa rédaction issue de l'article 26 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, la section de l'administration a relevé que les conditions tendant à exiger des nationaux qu'ils soient en fonctions à la date du concours, ne s'appliquaient pas aux fonctionnaires communautaires au regard des dispositions du deuxième alinéa du 2° de l'article 36. La section n'a pas estimé que la condition, exigée des nationaux par l'article 5 du projet du Gouvernement, d'être en fonctions à la date du concours interne s'imposait aux fonctionnaires communautaires candidats à ce même concours.

Sapeurs-pompiers

La section a donné son accord à un projet de décret portant diverses dispositions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires. Elle a noté à cette occasion que le principe de participation s'oppose à ce qu'un sapeur-pompier professionnel, qui exerce également comme sapeur-pompier volontaire dans le même service départemental d'incendie et de secours, puisse, à son choix, participer à l'élection de ses représentants dans un autre collège que celui auquel le rattache sa qualité d'agent public.

Il n'est pas non plus envisageable au regard du principe d'égalité que les sapeurs pompiers professionnels soient électeurs tout à la fois dans le collège des professionnels et dans celui des volontaires, au sein du même service départemental d'incendie et de secours.

Fonctionnaires et agents des hôpitaux

Durée de travail

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret portant suppression des plafonds juridiques d'heures supplémentaires dans la fonction publique, la section de

l'administration a relevé que le décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002, modifié par le projet, est un décret en Conseil d'État qui régit la durée et l'organisation du travail des agents exerçant dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986. Elle a estimé que la modification envisagée, qui supprime les plafonds d'heures supplémentaires fixés par ces dispositions, a une portée générale puisqu'elle porte sur la durée du travail dans ces établissements et intéresse l'ensemble des agents relevant de la loi du 9 janvier 1986. Elle devait donc être soumise à l'examen préalable du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière.

Engagement de servir

Saisie d'un projet de décret relatif à la mise en œuvre de l'obligation de remboursement applicable aux agents de la fonction publique hospitalière ayant un engagement de servir qu'ils n'ont pas entièrement honoré au moment de leur admission à la retraite, la section de l'administration a considéré que la dispense de cette obligation, qui est prononcée par l'autorité investie du pouvoir de nomination dans l'établissement dont relève l'agent au moment de son admission à la retraite ou par le directeur du Centre national de gestion pour les personnels de direction, n'avait pas à être soumis préalablement à l'avis de la commission administrative paritaire, comme le prévoyait le projet du Gouvernement.

En effet, une telle mesure gracieuse ne relève pas des compétences de la commission administrative paritaire. Il serait, en outre, inopportun que la situation pécuniaire de l'agent ainsi éventuellement que ses difficultés personnelles soient exposées devant cette instance.

D'ailleurs, le même dispositif de remboursement prévu pour les fonctionnaires de l'État par le décret n° 2008-1151 du 6 novembre 2008, ne prévoit pas de consultation de la commission administrative paritaire en cas de dispense de remboursement et aucune considération ne justifie que les dispenses de remboursement consenties aux agents des deux fonctions publiques fassent l'objet de procédures différentes.

Militaires et personnels civils de la défense

Rattachement de la gendarmerie nationale au ministère de l'intérieur

La section a examiné neuf projets de décret organisant le rattachement de la gendarmerie nationale et de ses personnels militaires et civils au ministère de l'intérieur à la suite de l'intervention de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 qui a notamment pour objet de transférer au ministre de l'intérieur les compétences organiques et opérationnelles sur cette force armée.

De nombreuses modifications doivent être apportées aux textes réglementaires concernant tant la définition des lignes hiérarchiques que la répartition des compétences ministérielles de gestion. Si les responsabilités principales incombent

au ministre de l'intérieur, le ministre de la défense reste cependant compétent dans certaines matières comme la discipline.

La section de l'administration, par les rédactions qu'elle a adoptées, s'est attachée à clarifier cette répartition des compétences dans un souci de sécurité juridique. Par ailleurs, compte tenu du maintien sous l'autorité du ministre de la défense des missions militaires de la gendarmerie et de l'implication sur ces missions des mesures de gestion, objet des décrets examinés, la section a prévu, sauf exception, le contreseing du ministère de la défense.

Discipline et récompenses

Si, depuis l'intervention de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009, la gendarmerie nationale et les personnels militaires sont placés sous l'autorité du ministre de l'intérieur, le pouvoir disciplinaire continue d'être exercé par le ministre de la défense.

Examinant un projet de décret définissant la répartition des compétences des deux ministres sur la gendarmerie, la section a estimé qu'eu égard aux principes qui fondent l'état militaire et régissent le fonctionnement des armées, la discipline militaire recouvre non seulement le prononcé des sanctions disciplinaires mais aussi l'attribution des récompenses. Par suite, le ministre de la défense est compétent pour l'attribution des récompenses aux gendarmes.

Organisation et gestion des services publics

Principes généraux relatifs à l'organisation des services déconcentrés des administrations de l'État

1° La section a examiné plusieurs textes mettant en œuvre la réforme territoriale de l'État décidée par le Gouvernement. Elle a considéré que les projets de décret relatifs à l'organisation et aux missions des directions régionales et des directions départementales n'étaient pas subordonnés à la délibération du comité interministériel pour la réforme de l'État, ni à l'élaboration préalable d'un «*schéma de réorganisation des services de l'État*».

En premier lieu, l'article 25 de la loi du 4 février 1995 prévoyant l'établissement d'un «*schéma de réorganisation des services de l'État*» n'a pas formulé d'exigence concernant le niveau juridique de ce schéma, ni, *a fortiori*, concernant sa présentation matérielle. Le législateur a simplement entendu signifier au Gouvernement que ce dernier ne pouvait légalement réorganiser les services déconcentrés de l'État sans avoir une vision d'ensemble de cette réforme de nature à en garantir la cohérence.

À cet égard, les trois circulaires du Premier ministre aux préfets de région et aux préfets, datées respectivement du 19 mars 2008, du 7 juillet 2008 et du 31 décembre 2008, ayant toutes trois pour objet l'organisation nouvelle de l'administration territoriale de l'État qu'elles décrivent de façon précise en dis-

tinguant les différents niveaux des circonscriptions administratives au sein desquelles, après réorganisation, les services déconcentrés exerceront leurs missions, tiennent lieu de schéma de réorganisation au sens du II de l'article 25 précité de la loi du 4 février 1995.

En tout état de cause, le projet de décret soumis à l'examen de la section ne pouvant être regardé comme un texte d'application du schéma de réorganisation des services de l'État, l'absence d'un tel schéma ou les vices ayant pu, le cas échéant, entacher un tel schéma seraient, selon la section, sans influence sur la légalité de ce projet de décret.

En second lieu si l'article 2 du décret du 13 septembre 1995 prévoit que le comité interministériel pour la réforme de l'État délibère sur les «*projets de réorganisation des services déconcentrés de l'État*», cette disposition n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de créer une procédure d'édition des décrets différente de celles organisées par les articles 13 et 21 de la Constitution.

Ainsi, les termes «*projets de réorganisation des services déconcentrés de l'État*» qui figurent à l'article 2 du décret du 13 septembre 1995 ne désignent pas des projets de texte réglementaire (décrets ou arrêtés), mais des projets au sens courant de ce mot, c'est-à-dire la conceptualisation d'une nouvelle organisation s'inscrivant dans une réforme d'ensemble. C'est à un stade, qui se situe nécessairement en amont du projet de texte lui-même, que le comité interministériel pour la réforme de l'État pourrait, aux termes de l'article 2 précité du décret du 13 septembre 1995, être conduit à délibérer d'un projet de réorganisation de services déconcentrés de l'État.

En tout état de cause, la section de l'administration a pu, avant de donner son avis sur le projet de décret qui lui était soumis, prendre connaissance des trois circulaires du Premier ministre mentionnées plus haut. Elle a considéré que celles-ci, par la cohérence de la vision qui s'en dégage quant à l'architecture de la nouvelle organisation de l'administration territoriale de l'État, constituaient un ensemble justifiant la qualification de schéma de réorganisation des services déconcentrés de l'État au sens de l'article 25 précité de la loi du 4 février 1995.

La section de l'administration s'est prononcée par ailleurs sur le niveau des textes requis pour procéder à la réorganisation des services.

2° Examinant le projet de décret relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), la section de l'administration a été conduite à interpréter l'article 6 de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République aux termes duquel : «*Pour l'application des dispositions de la présente loi et notamment des articles 2 et 4, un décret en Conseil d'État portant charte de la déconcentration précisera les modalités des transferts d'attributions des administrations centrales aux services déconcentrés des administrations civiles de l'État ainsi que les principes d'organisation des services déconcentrés des administrations civiles de l'État. (...)*».

La section de l'administration a estimé que sont notamment susceptibles de toucher à des «*principes d'organisation*» au sens de l'article 6 de la loi du 6 février 1992, des dispositions affectant les niveaux de l'administration territoriale de l'État, l'autorité des préfets sur les services déconcentrés de l'État, ou



encore l'articulation des pouvoirs respectifs des préfets de région et des préfets de département.

Il n'en va pas de même de dispositions se bornant à définir les différents services déconcentrés et à répartir leurs attributions.

À la lumière de cette analyse, la section a considéré que le projet relatif aux DREAL n'énonçait aucun « *principe d'organisation* » au sens de l'article 6 de la loi du 6 février 1992 précité dans la mesure où, ne s'appliquant qu'à un seul service déconcentré, il est dépourvu de portée générale. En outre, les dispositions portant sur les rôles respectifs du préfet de région et du préfet de département à l'égard de cette direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement n'ont pas de caractère dérogatoire par rapport aux principes posés par le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements.

Dès lors, le texte pourra, sans que les dispositions de l'article 6 de la loi du 6 février 1992 y fassent obstacle, être modifié par décret simple, comme le prévoit l'article 9 du projet de décret soumis à l'avis du Conseil d'État.

3° Enfin la section a examiné un projet de décret modifiant le décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets et le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements.

La section n'a pas vu d'objection à ce que soit reconnue l'autorité fonctionnelle du préfet de département sur les chefs de services déconcentrés régionaux, pour l'exercice des missions relevant de sa compétence.

Elle a, cependant, estimé que ce choix touchait à un principe d'organisation au sens de l'article 6 de la loi précitée du 6 février 1992 en conférant à ces services situés à l'échelon régional et placés sous l'autorité du préfet de région, un caractère interdépartemental pour la partie de leurs attributions exercées sous l'autorité fonctionnelle des préfets de département.

En conséquence, la section a adopté une disposition introduisant, au second alinéa de l'article 18 du décret précité du 29 avril 2004, la notion d'autorité fonctionnelle du préfet de département sur les services déconcentrés dont l'action s'étend au-delà du département et présente, en tout ou partie, un caractère interdépartemental pour la partie de leur activité qui s'exerce dans les limites du département.

Organisation, missions et déontologie

Examinant un projet de décret créant des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), la section de l'administration a estimé que pouvaient figurer dans un décret en Conseil d'État, dont l'objet est de créer un nouveau service déconcentré de l'État, des dispositions imposant au directeur de ce service et à celui de ses collaborateurs chargé du pôle « *concurrence, consommation, répression des fraudes et métrologie* », relevant normalement des statuts d'emploi correspondants, de déclarer au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes les activités professionnelles de leur entourage dès lors que ces obligations à caractère déontologique se rattachaient, en l'es-

pèce, à l'organisation de la DIRECCTE et pouvaient donc, pour ce motif, figurer dans le décret.

Création des directions départementales interministérielles et gestion des personnels

Le pouvoir de prendre des actes de gestion relatifs aux personnels des nouvelles directions départementales interministérielles est détenu par les ministres gestionnaires des corps auxquels appartiennent ces agents lorsqu'ils sont fonctionnaires, ou employeurs pour les agents non titulaires. La création des directions départementales interministérielles ne modifie pas cette situation. Les ministres gestionnaires ou employeurs ont la possibilité de déléguer par arrêté ministériel aux préfets de département, sous l'autorité desquels les directions départementales interministérielles sont placées, des actes relatifs à la situation individuelle de fonctionnaires et d'agents non titulaires ressortissant de leur ministère. Ils pourraient également par arrêté conjoint de plusieurs d'entre eux dans le cadre d'une orientation fixée par le Premier ministre dans un objectif d'harmonisation interministérielle prévoir la même liste d'actes à déléguer aux préfets du département.

Les actes qui peuvent faire l'objet d'une délégation par le Premier ministre aux préfets se limitent à ceux relatifs à la situation individuelle des directeurs et directeurs adjoints des directions départementales interministérielles, dont il prononce lui-même la nomination.

Organisation dérogatoire des services déconcentrés de la direction générale des finances publiques

La section a examiné un projet de décret organisant les services déconcentrés de la direction générale des finances publiques (DGFIP). La section a relevé que le projet déroge sur un certain nombre de points aux trois niveaux d'administration territoriale définis en principe par la loi n° 92-125 du 6 février 1992, ce qui conduit à recourir à la procédure dérogatoire prévue à l'article 4 de la même loi, lequel renvoie à des décrets en Conseil d'État le soin de déroger au principe qu'elle fixe. Elle a relevé, en outre, que le projet vient adapter et compléter le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique qui est lui-même un décret en Conseil d'État. Enfin, elle a noté que le projet doit se combiner, durant la période de mise en œuvre de la réforme, avec le décret transitoire n° 2008-308 du 3 avril 2008 également pris en Conseil d'État. Par suite, la section a estimé que le projet de décret devait être pris « *le Conseil d'État entendu* » en tant qu'il détermine les différentes catégories de services déconcentrés et définit les grandes lignes de leur organisation. Toutefois elle a estimé possible, dans le cadre ainsi défini, de renvoyer à l'arrêté le soin de créer les directions elles-mêmes ainsi que les unités et services qui leur sont rattachés, d'en fixer les modalités d'organisation et d'en délimiter, en temps que de besoin, le ressort territorial.

Compte tenu des particularités du maillage territorial des services déconcentrés de la DGFIP, la section a été conduite à préciser sur trois points les conditions dans lesquelles ces arrêtés devront intervenir.

Elle a, en premier lieu, adopté une rédaction autorisant le ministre chargé du budget et le ministre de l'intérieur à fixer des ressorts territoriaux dérogatoires pour l'exercice de la mission de gestion des patrimoines privés et biens privés. Il lui est apparu, en effet, que le caractère très circonscrit de cette dérogation permettait de renvoyer à l'arrêté interministériel le soin de fixer des ressorts territoriaux dérogeant en tant que de besoin au principe d'organisation territoriale fixé par la loi précitée du 6 février 1992.

Elle a estimé, en deuxième lieu, que le projet de décret ne pouvait autoriser la création de ressorts territoriaux dérogatoires pour les directions spécialisées des finances publiques que dans l'hypothèse où ces dérogations viseraient à mieux répondre aux besoins des usagers ou à tenir compte de certains enjeux financiers ou fonctionnels. Elle a donc modifié le texte en conséquence.

La section a relevé en troisième lieu en ce qui concerne l'organisation interne des directions départementales, que l'exercice de la plupart des missions dévolues à ces directions et aux services qui leur seront rattachés n'exige pas que soient définies des circonscriptions infra-départementales. Elle a noté, en particulier, qu'il en serait ainsi en matière d'établissement de l'impôt, les agents étant affectés à la direction départementale et ayant compétence sur l'ensemble du ressort départemental (*cf.* Conseil d'État, 8/7 SSR, n° 34234, – *Lambert*, 18 mai 1984). Il lui est apparu, toutefois, nécessaire de prévoir le recours à un arrêté ministériel pour définir, en tant que de besoin, des ressorts territoriaux infra-départementaux pour l'exercice de certaines missions de recouvrement, des missions de publicité foncière et des missions de gestion financière et comptable des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

La section a accepté enfin que les directeurs des directions déconcentrées des finances publiques aient la qualité de comptable public tout en ayant la charge d'assurer, en matière de recouvrement, des opérations relevant, en principe, d'ordonnateurs. Elle a relevé, d'une part, que le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables, qui n'est pas un principe général du droit, résulte de l'article 20 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 et comporte, d'ores et déjà, des exceptions en matière de recouvrement sur la base des dispositions conjuguées de l'article 20 et de l'article 69 de ce décret. Elle a relevé, d'autre part, que l'article 3 du décret n° 2009-208 du 20 février 2009 relatif au statut particulier des administrateurs des finances publiques prévoit que les administrateurs placés à la tête des directions départementales, régionales, locales et spécialisées des finances publiques sont ordonnateurs secondaires de droit pour ce qui concerne l'exécution des décisions directement liées à l'assiette et au recouvrement des impôts et recettes publiques. Elle a relevé, au surplus, que conformément à l'article 1658 du code général des impôts, l'homologation des rôles continuerait d'être assurée par le préfet. La section a donc estimé que le projet de décret examiné n'appelait pas d'autres précisions sur ce point. Il lui est apparu cependant qu'il conviendra le moment venu d'adapter la rédaction de l'article 20 du décret précité du 29 décembre 1962 afin de prendre en compte la nouvelle situation de droit résultant de l'intervention du décret précité du 20 février 2009 et du présent décret. Par ailleurs, il appartiendra au Gouvernement de veiller à ce que l'organisation interne des nouveaux services et les mécanismes de délégation qui seront mis en place soient de nature à garantir le bon recouvrement des recettes de l'État et à maîtriser les risques inhérents aux opérations financières.



Extension des compétences territoriales de la préfecture de police

La section de l'administration a donné un avis favorable à un projet de décret qui vise à étendre les compétences de certaines directions de la préfecture de police au-delà des limites du département et de la ville de Paris. Le périmètre ainsi élargi concernerait, pour la sécurité publique, l'ordre public, le renseignement d'information générale et la police scientifique et technique, les trois départements de la « *petite couronne* » (Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne). Bien que ce texte n'affecte pas directement les compétences du préfet de police, il vise à donner à ce dernier, auquel les services en cause demeureront organiquement rattachés, une vue générale sur les problèmes d'ordre public et de sécurité de l'agglomération et à préparer la création, par la loi, d'une police de l'agglomération parisienne, placée sous la pleine autorité du préfet de police. Dans l'immédiat, les préfets de la petite couronne se verront reconnaître une « *autorité fonctionnelle* » sur les services de police de leur département.

La section a estimé que ce projet était conforme aux dispositions de l'article 34 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

D'une part, si cet article énonce que le préfet de département a la charge de l'ordre public dans le département, le projet de décret ne retire pas aux trois préfets de département la responsabilité de l'ordre public dans leurs départements respectifs.

D'autre part, si le même article 34 dispose que le préfet de département dirige l'action des services de la police nationale et des unités de la gendarmerie nationale en matière d'ordre public et de police administrative et que les responsables locaux de ces services et unités lui rendent compte de l'exécution et des résultats des missions qui leur ont été fixées, le projet adopté par la section consacre la notion d'autorité fonctionnelle des préfets de département sur les services de la préfecture de police qui seront ainsi mis à leur disposition pour les besoins de l'ordre public.

La section ayant eu recours à cette notion d'autorité fonctionnelle pour définir le lien entre les préfets de département et les chefs de services déconcentrés régionaux, lorsque ces services revêtent un caractère interdépartemental, elle a estimé possible d'y recourir à nouveau dans le cas d'espèce alors même que le législateur a prévu que « *le préfet de département dirige l'action des services de la police nationale et des unités de la gendarmerie nationale en matière d'ordre public et de police administrative* ». Le législateur ne peut en effet être regardé comme ayant pris parti sur le type d'autorité exercée en l'espèce par les préfets : « *diriger l'action des services* » peut signifier aussi bien exercer une autorité fonctionnelle sur des services mis à disposition qu'exercer le pouvoir hiérarchique de droit commun sur des services directement rattachés à l'autorité.

Principe de participation et organisation de la gendarmerie nationale

Un texte régissant l'organisation de la gendarmerie nationale et la répartition des pouvoirs au sein de cette force armée après son rattachement au ministère de l'intérieur ne nécessite aucune consultation. Alors que le projet du Gouvernement transmis au Conseil d'État visait l'avis du comité technique paritaire

ministériel du ministère de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales, la section de l'administration a estimé que cette consultation n'était pas obligatoire. Le texte a, en effet, plusieurs objets dont aucun ne nécessite l'avis du comité technique paritaire ministériel comme d'ailleurs d'aucune autre instance consultative au préalable.

En tant qu'il est relatif à l'organisation interne de la gendarmerie, détermine l'autorité du directeur général et prévoit une inspection générale de la gendarmerie, le texte intéresse une force armée et non un service ou administration du ministère de l'intérieur, « *service* » au sens de l'article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et du décret n° 82-452 ou « *administration* » au sens du décret n° 87-389 du 15 juin 1987. Dans ces conditions l'avis du comité technique paritaire ministériel de l'intérieur n'était pas requis, comme d'ailleurs n'était pas requis l'avis du comité technique paritaire ministériel de la défense.

En tant qu'il concerne, indirectement d'ailleurs, les pouvoirs des préfets qu'il se borne à mentionner pour les réserver, il n'affecte pas l'organisation des services déconcentrés du ministère de l'intérieur mais concerne seulement les attributions des représentants locaux du Gouvernement. L'avis du comité technique paritaire ministériel de l'intérieur n'était pas non plus requis.

En tant, enfin, qu'il est relatif à la répartition des pouvoirs au sein de la gendarmerie, le texte ne touche ni la condition, ni le statut des militaires de la gendarmerie. Par suite, il n'y avait pas lieu de procéder à la consultation du Conseil supérieur de la fonction militaire. Il n'affecte pas davantage les conditions de vie, d'exercice du métier militaire ou d'organisation du travail des gendarmes et n'avait donc pas à être soumis au Conseil de la fonction militaire de la gendarmerie, contrairement au rattachement organique de la gendarmerie au ministère de l'intérieur qui, dans son principe, touchait « *aux conditions de vie, d'exercice du métier et d'organisation du travail de la gendarmerie* » et avait justifié la consultation du Conseil de la fonction militaire de la gendarmerie sur le projet de loi relatif à la gendarmerie nationale.

Propriétés des personnes publiques

Principe de l'obligation d'inventaire du domaine de l'État

La section a donné un avis favorable à un projet de décret portant abrogation de dispositions relatives au tableau général des propriétés de l'État et modifiant le code du domaine de l'État. Elle a soulevé cependant une réserve à l'encontre d'une disposition prévoyant l'abrogation pure et simple de l'article R. 52 du code du domaine de l'État qui pose le principe de l'obligation de l'inventaire du domaine de l'État et en confie la responsabilité à l'administration chargée des domaines. La section a estimé qu'une abrogation pure et simple, qui priverait de toute base réglementaire l'inventaire des biens du domaine de l'État, ne permettrait plus une mise en application correcte, qu'il incombe au pouvoir réglementaire d'assurer, de l'exigence posée par l'article 27 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances suivant lesquelles « *les comptes de l'État doivent (...) donner une image fidèle de son patrimoine* ». La section a donc adopté une nouvelle rédaction de l'article R. 52 maintenant à ce niveau le principe de la tenue d'un inventaire et de sa mise à jour régulière.

Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009, la section a tenu 69 séances de section seule au cours desquelles ont été examinés 181 textes et 2 affaires relevant de sa compétence ont été examinées en commission spéciale (1 ordonnance et 1 décret).

8 textes (7 lois, 1 demande d'avis) ont été soumis à l'assemblée générale ainsi qu'une proposition de loi relevant de sections multiples.

Tableau 1 – Répartition par nature des textes examinés

	2008	2009
Lois	3	9
Ordonnances	1	2
Lois du pays	-	-
Décrets réglementaires	65	168
Décrets individuels, arrêtés et décisions	-	-
Remises gracieuses	-	-
Avis	-	3
Total	69	182
Proposition de loi		1

Tableau 2 – Répartition par ministère d'origine des textes examinés *

Ministère d'origine (classement par ordre alphabétique)	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Remises gracieuses	Avis	Total
Affaires étrangères	-	-	-	1	-	-	-	1
Agriculture	-	-	-	13	-	-	-	13
Budget	-	-	-	4	-	-	-	4
Culture et communication	-	-	-	3	-	-	-	3
Défense	5	-	-	24	-	-	1	30
Écologie	-	-	-	6	-	-	-	6
Économie	2	2	-	7	-	-	1	12
Éducation nationale	-	-	-	15	-	-	-	15
Enseignement supérieur et recherche	-	-	-	5	-	-	-	5
Équipement et transports	-	-	-	2	-	-	-	2
Fonction publique	1	-	-	30	-	-	1	32
Industrie	-	-	-	4	-	-	-	4
Intérieur, outre mer, collectivité territoriale	-	-	-	37	-	-	-	37
Jeunesse et sports	-	-	-	1	-	-	-	1
Justice	-	-	-	3	-	-	-	3
Logement	-	-	-	1	-	-	-	1
Premier ministre	1	-	-	4	-	-	-	5
Santé	-	-	-	7	-	-	-	7
Travail	-	-	-	1	-	-	-	1
Total	9	2	-	168	-	-	3	182

* hors proposition de loi

Tableau 3 – Répartition par matière des textes examinés *

Matières (code ISA, classement par ordre alphabétique)	2009
Commande publique – marchés et contrats	8
Défense nationale	12
Domaine public – propriétés des personnes publiques	3
Fonction publique généralités	10
Fonctionnaires et agents publics des collectivités territoriales	9
Fonctionnaires et agents publics de l'État	90
Fonctionnaires et agents publics des hôpitaux	5
Militaires et personnes civiles de la défense	16
Organisation et gestion des services publics	26
Relation administration-usagers	3
Total	182

* hors proposition de loi

Tableau 4 – Délais d'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	1	3	5	-	9
Ordonnances	-	2	-	-	2
Décrets réglementaires	20	59	77	12	168

La proposition de loi a été enregistrée le 28 août 2009, date de saisine du Conseil d'État, et a été examinée en assemblée générale les 1^{er} et 2 octobre 2009, l'avis a été renvoyé le 6 octobre 2009 soit 39 jours après la saisine.

Récapitulatif des statistiques pour 2009

Tableau 1 – Vue d’ensemble de l’activité des sections administratives

	Section de l’intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Section de l’administration	Total
Lois :	29	77	9	6	9	130
- dont projets	29	77	9	6	8	129
- dont proposition	-	-	-	-	1	1
Ordonnances	15	21	6	6	2	50
Lois du pays	1	2	3	6	-	12
Décrets réglementaires	144	83	214	127	168	736
Décrets individuels, arrêtés, décisions	222	-	-	-	-	222
Remises gracieuses	-	32	-	-	-	32
Avis	10	7	10	1	3	31
Total	421	222	242	146	182	1213

Tableau 2 – Évolution de l’activité consultative au cours des cinq dernières années

	2005	2006	2007	2008	2009
Lois, ordonnances et lois du pays	238	153	124	146	192
Décrets réglementaires	839	933	859	708	736
Décrets individuels, arrêtés, décisions, remises gracieuses	292	308	269	287	254
Avis	21	17	16	14	31
Total	1390	1411	1268	1155	1213

Activité de la section du rapport et des études



Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2009

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. 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. Certaines juridictions, fort peu nombreuses, n'accordent pas à ce court compte rendu annuel l'importance qu'il mérite, celui-ci s'il n'est pas exhaustif est toutefois représentatif des difficultés rencontrées.

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.

Les évolutions constatées en 2009

Les statistiques agrégées pour 2009 font apparaître une grande stabilité des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions par rapport à l'année précédente : 1 956 affaires enregistrées en 2009 (dont 166 devant le Conseil d'État, 579 devant les cours administratives d'appel et 1 211 devant les tribunaux administratifs), contre 1 914 en 2008. Cette stabilité globale masque des évolutions très contrastées entre les juridictions : certaines ont constaté une réduction significative du nombre d'affaires (entre 10 et 20 % parfois) alors que d'autres enregistraient des hausses du même ordre ; enfin, plusieurs juridictions affichent une remarquable stabilité.

En revanche, le Conseil d'État a vu son nombre de saisines augmenter de façon sensible (+ 38 % par rapport à 2008) en dépit d'une nouvelle baisse des demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études, puisque seulement quatre demandes ont été enregistrées en 2009, contre huit l'année précédente. Le nombre des saisines constatées sur ce fondement est, depuis plusieurs années, extrêmement fluctuant d'une année à l'autre.

Le nombre total d'affaires réglées par le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs est stable, 1 849 réglées en 2009 (167 devant le Conseil d'État, 519 devant les cours et 1 163 devant les tribunaux) contre 1 806 en 2008, soit un taux de couverture supérieur à 100 % pour le Conseil d'État, de 96 % pour les tribunaux administratifs mais seulement de 89,6 % pour les cours administratives d'appel.

Les affaires examinées par les tribunaux et les cours trouvent leur solution, dans environ 80 % des cas, dans le cadre de la phase non juridictionnelle de la procédure prévue à l'article L. 911-4 du code de justice administrative, ce qui est évidemment souhaitable.

Commentaires généraux sur la gestion des procédures d'exécution

Cette année encore, l'examen de l'activité de la juridiction administrative en matière d'exécution des décisions de justice confirme la tendance au règlement en **phase non juridictionnelle** d'une grande majorité d'affaires. Pour la section du rapport et des études, les affaires trouvent leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution et, pour les tribunaux et les cours, dans celui de la phase non juridictionnelle de la procédure prévue à l'article L. 911-4 du code de justice administrative. Cette évolution favorable est d'ailleurs soulignée par de nombreux présidents de juridiction. Le taux de règlement en phase non juridictionnelle varie de 50 % à 80 % suivant les juridictions. Il confirme l'importance de cette phase pour le règlement des difficultés d'exécution des décisions de justice.

Les chefs de juridiction signalent à nouveau le problème de la **multiplicité des procédures susceptibles d'être ouvertes de manière simultanée au sujet d'une même affaire**. En effet, les cours administratives d'appel peuvent être saisies en même temps de trois procédures au moins relatives à un même contentieux : appel de la décision au fond, demande de sursis à exécution du jugement et demande d'exécution, assortie le cas échéant d'une demande d'astreinte. La complexité d'une affaire peut encore s'accroître dans le cas où le jugement au fond a été précédé d'une décision de suspension prise en référé, assortie elle-même d'une injonction dont le requérant demande l'exécution, dans l'hypothèse où la décision au fond ne conclut pas à l'annulation de l'acte dont la suspension a été décidée en référé. Cette situation ne peut être regardée comme généralisée, mais elle n'en est pas moins délicate pour les juridictions qui la rencontrent, en particulier dans la coordination de l'instruction des différentes affaires.

Plusieurs autres questions récurrentes ressortent à nouveau des observations des chefs de juridiction. La première concerne le règlement des condamnations pécuniaires, et en particulier le versement par l'État des frais irrépétibles cité par quasiment toutes les juridictions, alors que la décision de justice ne devrait soulever aucune difficulté d'application. La persistance et même l'accroissement de ce phénomène sont particulièrement dommageables, car ils sont à l'origine à la fois d'un encombrement inutile des juridictions et d'une dégradation réelle de l'image de l'autorité publique. Les juridictions rappel-

lent, dans ce cas de figure, au requérant comme aux administrations les règles relatives à la procédure de paiement forcé.

La deuxième remarque des chefs de juridiction confirme la concentration des affaires relatives à l'exécution des décisions de justice sur un nombre très réduit de contentieux. Deux d'entre eux mobilisent très majoritairement les juridictions : la part des affaires touchant au **contentieux de la fonction publique** est manifestement excessive au regard de ce que représente ce contentieux dans l'ensemble des décisions rendues par le juge administratif. Cette situation tient à la fois à la durée de la procédure juridictionnelle et à la réticence de certaines administrations à exécuter spontanément et complètement des décisions de justice défavorables parce qu'il s'agit d'une matière sensible du point de vue de la gestion de leurs services. De même, le maintien à un niveau élevé des **contentieux relatifs aux étrangers** dénote de plus en plus fréquemment les réticences de l'administration à prendre, spontanément, les mesures qui sont pourtant la conséquence nécessaire des décisions de justice. Ce phénomène est d'autant plus regrettable qu'il occasionne, fréquemment, des procédures supplémentaires inutiles puisque, au final, l'administration finit par exécuter la décision de justice.

Enfin, même si son volume reste au total modeste, il faut relever la confirmation, dans plusieurs juridictions, d'une part croissante d'affaires relatives au **permis de conduire** – et notamment aux pertes de points ou aux retraits de permis. À cet égard, plusieurs juridictions notent la très grande difficulté d'obtenir l'exécution complète de certaines décisions – en particulier le rétablissement des points affectés au permis de conduire, lorsqu'est seule annulée la décision ordonnant au conducteur de restituer son permis de conduire et alors même que cette annulation est fondée sur le caractère illégal des retraits de points antérieurement pratiqués.

Commentaires particuliers à certaines affaires

Certaines affaires dont le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ont eu à connaître, au stade de l'exécution des décisions juridictionnelles qu'ils ont rendues, méritent un **éclairage particulier**.

En premier lieu, le Conseil d'État a eu à trancher, au contentieux, une affaire qui permet de préciser les contours de la **compétence en matière d'exécution des décisions de justice, au sein de la juridiction administrative**, entre tribunaux administratifs et cours administratives d'appel d'une part, Conseil d'État d'autre part, pour l'application combinée des articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative (CE, 19 juin 2009, *M. Coatleven*, n° 318341). L'article L. 911-4 définit les principes applicables en matière d'exécution des décisions juridictionnelles émanant de l'ordre administratif : en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution. C'est donc toujours à la juridiction qui est l'auteur de la décision non exécutée qu'il revient de faire le nécessaire pour assurer cette exécution, exception faite du cas de l'inexécution d'un jugement frappé d'appel dont l'exécution relève de la cour saisie en appel. Toutefois, le principe ainsi posé est assorti d'une dérogation en vertu de laquelle « *le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au*

Conseil d'État». Dans l'affaire en cause, le requérant, qui demandait l'exécution d'un jugement du tribunal administratif de Rennes du 22 juin 2006, avait formulé une demande d'aide à l'exécution devant ce tribunal. Le président du tribunal avait, dans un premier temps, par une ordonnance du 31 mai 2007, ouvert la phase juridictionnelle du traitement de la demande d'exécution, avant le 31 juillet 2008, de transmettre le dossier au Conseil d'État sur le fondement des dispositions rappelées ci-dessus. La question posée au Conseil d'État était donc celle de sa compétence pour statuer sur la demande d'exécution passée en phase juridictionnelle pouvant se traduire notamment par le prononcé d'une astreinte. Suivant en cela les conclusions du rapporteur public, le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait être compétent dans cette hypothèse. En effet, l'article L. 911-5 du code de justice administrative, qui dispose qu'en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes privés chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision, précise que ces dispositions ne sont pas applicables dans le cas prévu à l'article L. 911-4, c'est-à-dire lorsqu'il appartient aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel de prononcer l'astreinte, dans le cadre de la compétence qui leur est dévolue par cet article pour assurer l'exécution de leurs propres décisions. Le Conseil d'État en a déduit que, si la faculté de renvoi prévue au dernier alinéa de l'article L. 911-4 pouvait être utilisée à tout moment au cours de la phase administrative de traitement par la juridiction compétente d'une demande d'exécution, elle ne pouvait être exercée après que le président de la juridiction saisie a ouvert la phase juridictionnelle.

En deuxième lieu, la section du rapport et des études relève, pour la seconde année consécutive, l'accroissement du nombre d'affaires qui concernent les règles applicables au versement des intérêts moratoires. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a été saisi de demandes d'aides à l'exécution ou de demandes d'exécution sous astreinte de décisions de justice imparfaitement exécutées du fait de l'absence de versement spontané, par l'administration, des intérêts de retard, majorés de 5 points conformément aux dispositions de l'article L. 313-3 du code monétaire et financier, si le versement intervient plus de deux mois après le jour où la décision de justice prononçant une condamnation pécuniaire est devenue exécutoire. Si ces affaires ne posent, en règle générale, pas de difficulté particulière d'exécution, elles soulignent, par leur fréquence, leur méconnaissance par l'administration ou l'insuffisante importance que celle-ci accorde à l'application de ces dispositions qui sont, en revanche, de mieux en mieux connues par les justiciables et leurs conseils. Il en résulte un coût doublement accru pour les finances publiques, d'autant plus regrettable qu'il est prévisible.

Le Conseil d'État a eu également l'occasion pour la première fois, en 2009, de faire application d'une disposition, relativement méconnue, l'alinéa 2 de **l'article L. 313-3 du code monétaire et financier**. Cet alinéa dispose que «*Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant*». En l'espèce, le Conseil d'État avait été saisi par une petite commune de 1 200 habitants environ, condamnée par une décision du 27 octobre 2006 du Conseil d'État, à indemniser une entreprise importante d'une somme de plus de 500 000 euros, portant intérêt au taux légal depuis 1989, ce qui portait la somme due à plus d'un million d'euros. La commune avait, en août 2007, formé devant le Conseil d'État une demande d'exonération de l'application du

taux légal majoré. Statuant comme juge de plein contentieux dans cette affaire, le Conseil d'État a défini plusieurs critères d'appréciation à prendre en compte par le juge pour prendre sa décision. En l'espèce, il a retenu au soutien de la demande de la commune l'incapacité objective dans laquelle elle s'était trouvée, dans les deux mois suivant la notification de la décision, pour faire face à ses obligations ; inversement, il a également pris en compte le fait que la commune, alors pourtant qu'elle avait reçu, entre novembre 2007 et mai 2008, plusieurs subventions exceptionnelles attribuées par l'État et par des collectivités locales pour un montant de plus de 750 000 euros, avait décidé de ne pas verser cette somme à son créancier mais de la consigner sur un compte à la Caisse des dépôts et consignations, accroissant ainsi la charge de sa dette et qu'elle avait ainsi fait preuve de mauvaise volonté dans l'exécution de la décision du Conseil d'État. En outre, elle avait refusé de souscrire l'emprunt complémentaire jugé supportable par la chambre régionale des comptes. Au total, prenant *in fine* en compte la charge importante qui resterait, néanmoins, à la charge des contribuables locaux, le Conseil d'État a jugé qu'il y avait lieu d'accorder, de ce seul fait, à la commune la décharge d'un tiers de la majoration de cinq points du taux d'intérêt légal (CE 16 décembre 2009, *Commune de Saint-Paul-en-Pareds*, n° 309774).

Une affaire particulière dont la section du rapport et des études a été saisie illustre la manière dont le juge de l'exécution doit, pour l'exécution de sa mission, tenir compte non seulement de la décision de justice dont il lui revient de faire application, mais aussi d'éléments de contexte juridique.

Par une décision CE, 19 septembre 2007, *M. Randier*, n° 305085, le Conseil d'État a tranché une question de principe relative à la situation d'un grand nombre d'agents contractuels de l'État. Il a jugé que, compte tenu des caractéristiques de leurs contrats et de leurs modes de rémunération, l'indemnité de résidence devait être intégrée au calcul de la rémunération d'un certain nombre d'agents non titulaires de l'État en poste dans certains établissements relevant du ministère de l'équipement. Puis par une série d'ordonnances, il a réglé la situation de chacun des requérants qui avaient déposé une requête identique dans le cadre du traitement habituel d'une série contentieuse. Par ces décisions, toutes identiques sur le fond, le Conseil d'État a condamné l'État à verser à chacun de ces requérants une somme, à calculer par l'administration au vu des motifs de cette décision, correspondant à l'intégration de l'indemnité de résidence au traitement indiciaire entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2005, et a enjoint au ministre de l'énergie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire de régulariser la situation de ces requérants auprès de l'IRCANTEC.

M. G. faisait partie de ces requérants. Toutefois, l'administration a refusé d'exécuter, au profit de M. G., la décision du Conseil d'État, au motif que l'intéressé ne se trouvait pas dans la situation sur le fondement de laquelle la décision avait été prise. M. G. a saisi la section du contentieux d'une demande tendant à ce que soit prononcée une astreinte à l'encontre du ministre jusqu'à l'exécution de la décision précitée. Bien que l'ordonnance n° 305086 du 20 septembre 2007 relevât que M. G. était agent contractuel régi par le règlement des centres d'études technique de l'équipement, il s'avérait en réalité que l'intéressé avait été titularisé dans la fonction publique en 1992, situation non mentionnée dans sa requête ni relevée dans les observations en défense par l'administration. Le Conseil d'État avait donc statué sur le fondement d'éléments erronés, qu'il ne pouvait cependant rectifier de lui-même mais l'intéressé persistait à se prévaloir de la décision de jus-

tice formellement rendue à son profit. La section du rapport et des études, suivie en cela par la section du contentieux, relevant qu'à l'évidence l'intéressé se trouvait dans une situation différente de celle sur laquelle le Conseil d'État avait statué, a constaté que l'injonction prononcée par la décision du 20 septembre 2007 était sans portée et qu'il n'y avait pas lieu de prononcer d'astreinte.

Demands d'éclaircissements adressées à la section du rapport et des études en 2009

La section du rapport et des études a traité en 2009 quatre demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du code de justice administrative. Ce chiffre se situe nettement au-dessous de la moyenne constatée ces dernières années, où il a varié de trois, en 2003, à vingt et un en 2004. À ce chiffre, il convient toutefois d'ajouter plusieurs saisines signées par des personnes n'ayant pas compétence pour le faire – chefs de service, directeurs d'établissements publics, etc. – pour lesquelles la demande de régularisation demandée par la section n'a pas été suivie d'effet.

Une seule affaire mérite une mention particulière. La section du rapport et des études du Conseil d'État a été saisie d'une demande d'éclaircissement, sur le fondement de ces dispositions, quant à la portée de la décision n° 303624 rendue par le Conseil d'État statuant au contentieux le 10 décembre 2008 sur la requête de M. Bouvier, annulant le jugement du tribunal administratif de Caen en date du 28 décembre 2006 en tant qu'il avait rejeté les conclusions de l'intéressé dirigées contre les décisions implicites de refus du centre régional des pensions opposées à sa demande de versement de pension de retraite sur son compte bancaire personnel. Par cette décision, le Conseil d'État a fait droit à la demande d'un détenu qui contestait la pratique, générale dans les établissements pénitentiaires et constante depuis de nombreuses années, consistant à créditer systématiquement au compte dit « *nominatif* » des détenus, géré par l'établissement pénitentiaire, toute somme à lui versée au cours de sa détention. Or, contrairement aux comptes bancaires traditionnels, les sommes versées à ce compte sont soumises, en application de l'article 728-1 du code de procédure pénale, à un régime particulier. Les sommes sont réparties en trois parts et cette répartition est dictée, selon les parts, par les articles D. 320-1 pour l'indemnisation des victimes et les créanciers d'aliments, D. 320-2 pour le pécule de libération et D. 320-3 du code de procédure pénale pour la part laissée à la libre disposition du détenu. Seule la dernière part, comme son nom l'indique, reste librement disponible pour le détenu qui peut procéder sur cette part, conformément aux dispositions de l'article D. 323 du code de procédure pénale, « *à des versements au dehors.* » Il peut aussi selon les dispositions de l'article D. 331 du code de procédure pénale « *verser sur [son] livret de caisse d'épargne des sommes prélevées sur [sa] part disponible.* »

Par la décision *Bouvier* précitée, le Conseil d'État a jugé qu'aucun texte ne permet de soumettre, d'office, la pension de retraite d'un détenu aux règles régissant le compte nominatif.

La ministre demandait à la section du rapport et des études de l'éclairer sur les modalités d'exécution de cet arrêt en lui indiquant : 1) les limites de la libre disposition, pour un détenu, des sommes qu'il aurait choisies de verser sur son

compte nominatif, ouvert au sein de l'établissement pénitentiaire ; 2) la nature des sommes devant être versées au compte nominatif et le caractère limitatif ou non des valeurs pécuniaires énumérées par le code de procédure pénale aux articles D. 319, D. 422 et D. 111 – il s'agissait en particulier de savoir comment devaient être régies les sommes perçues par un détenu au titre des formations professionnelles qu'il peut être amené à suivre au cours de sa détention ; 3) les modalités de disposition, par un détenu, des sommes reçues au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La section du rapport et des études a d'abord rappelé que l'interprétation par le Conseil d'État de l'article 728-1 du code de procédure pénale l'avait amené à indiquer que celui-ci « *se borne à poser le principe de la répartition en trois parts, dont il détermine l'affectation, des valeurs pécuniaires qui, étant en possession du détenu à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire, sont inscrites sur le compte ouvert à son nom par cet établissement.* » Cette interprétation se fonde donc sur le fait que le législateur n'a pas entendu restreindre le principe de libre gestion et de libre disposition des biens des personnes détenues, au-delà de la mesure rendue nécessaire par le régime de détention. Aucune disposition du code de procédure pénale n'impose, ni n'interdit, au détenu le versement de sommes, non liées à sa vie pénitentiaire, sur un compte plutôt qu'un autre, hormis dans les cas limitativement énumérés par le code de procédure pénale.

Elle a, ensuite, rappelé qu'en application de ce dernier, trois catégories de valeurs doivent impérativement être inscrites au compte nominatif : les sommes dont le détenu est porteur à son entrée (article D. 319 du code de procédure pénale), les subsides en argent que lui versent les personnes titulaires d'un permis de visite (article D. 422 du code de procédure pénale) et la rémunération de son travail (article D. 111 du code de procédure pénale). Ces dispositions étant d'interprétation stricte, si aucune disposition ne prévoit que d'autres valeurs doivent être versées au compte nominatif, le détenu a la liberté d'en disposer comme il le souhaite. Ainsi, ni l'article 728-1 ni l'article D. 319 du code de procédure pénale n'ont pour objet « *d'imposer le versement sur ce compte de sommes que le détenu n'a pas souhaité voir rentrer dans le monde carcéral* ». Elle a déduit de cette décision que, sous réserve de la décision souveraine du juge qui serait, le cas échéant, saisi de cette question, les indemnités de formation professionnelle de droit commun versées aux détenus au titre des formations professionnelles suivies lors de la détention ne sont pas soumises à l'obligation de versement au compte nominatif. Dès lors qu'elles sont sans rapport avec la détention, il en va de même pour les sommes qui sont versées aux détenus en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Enfin, la section du rapport et des études a indiqué qu'il faut déduire de ces dispositions et de leur application par le Conseil d'État que, dès lors que le détenu, comme il en a la faculté, fait le choix de faire verser des ressources propres sur son compte nominatif ouvert au sein de l'établissement pénitentiaire, il doit se conformer aux règles qui gouvernent la gestion de ce compte et notamment la ventilation, selon un barème particulier, entre les trois parts qui le composent.

Cette affaire illustre l'utilité de la procédure de la demande d'éclaircissement pour l'administration, qui lui permet de solliciter le Conseil d'État pour tirer toutes les conséquences d'une décision de justice, au-delà parfois de la seule question formellement jugée, dans le souci d'éviter de nouveaux contentieux sur des questions connexes à celles qui ont été tranchées par le juge.

Statistiques

Tableau 1 – Évolution de l'activité de la section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Affaires enregistrées	224	171	168	152	335 (séries : 216)	166
Affaires réglées	208	177	159	161	336 (séries : 216)	167
Affaires en cours	50	51	60	38	37	

Tableau 2 – Détail des demandes d'aide à l'exécution et des procédures d'astreinte enregistrées près la section du rapport et des études en 2009

	2005	2006	2007	2008	2009
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	142 (9)	127 (9)	107 (13)	85 (8)	116 (4)
Autres saisines				5	12
Procédures d'astreinte (dont liquidations d'astreinte)	29 (11)	41 (9)	38 (6)	245 (série : 216) (11)	38 (3)
Total	71	168	152	335 (série : 216)	166

Tableau 3 – Détail de l'activité de la section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

Affaires en cours au 1 ^{er} janvier 2009	37
Affaires enregistrées au cours de l'année	166
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution - (dont réponses à des demandes d'éclaircissement) - (dont autres saisines)	136 (7) (12)
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte - (dont liquidation d'astreinte)	31 (7)
Total des affaires traitées en 2009	167
Affaires en cours au 1^{er} janvier 2010	36

Tableau 4 – Demandes d'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2009

	CE	CAA	TA	Total
Saisines	166	579	1 211	1 956
Affaires réglées	167	519	1 163	1 849

Tableau 5 – Évolution de l’activité des tribunaux administratifs et cours administratives d’appel en matière d’exécution des décisions de la juridiction administrative

	2005	2006	2007	2008	2009
TA					
Affaires enregistrées	908	1 174	1 192	1 245	1 211
Affaires réglées	759	879	1 187	1 226	1 163
CAA					
Affaires enregistrées	450	549	523	549	579
Affaires réglées	406	483	482	459	519



Études, colloques et conférences du Conseil d'État

L'activité d'étude en 2009

Trois études ont été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État en 2009.

Cinq ans après l'adoption des lois de bioéthique, le Conseil d'État a été saisi par le Gouvernement d'une demande d'étude sur les questions juridiques qu'appelaient leur révision, à la lueur des évolutions scientifiques, de l'expression des attentes d'une société soucieuse de la protection de ses principes éthiques fondamentaux, mais également au regard des expériences étrangères, européennes comme internationales.

Fruit de la réflexion d'un groupe de travail réunissant, sous la présidence de Philippe Bas – conseiller d'État et ancien ministre de la santé –, des médecins, des juristes, des universitaires et des chercheurs reflétant la diversité des composantes professionnelles et intellectuelles de la société intéressées par ce sujet, l'étude *La révision des lois de bioéthique* a présenté des pistes de réflexion dans sept domaines principaux : la recherche sur l'embryon humain, le diagnostic prénatal et le diagnostic préimplantatoire, le droit à l'assistance médicale à la procréation, les tests et examens génétiques, mais également la conservation et l'usage des dons et prélèvements d'éléments du corps humain, les conditions de fin de vie et, enfin, les difficultés éthiques que posent les relations avec les pays en développement dans les domaines de la recherche et du soin. L'étude du Conseil d'État, publiée à La Documentation française, a apporté une importante contribution au débat public engagé par les états généraux de la bioéthique, dans la perspective des évolutions législatives importantes à intervenir prochainement dans ce domaine. C'est la troisième étude consacrée à ce sujet délicat par le Conseil d'État depuis 1988.

Une étude intitulée *Pour une harmonisation des textes en matière d'accès aux données publiques* (à paraître à La Documentation française) s'est attachée, à la demande du Premier ministre, au recensement de l'ensemble des dispositions législatives portant sur l'accès aux documents administratifs et aux archives publiques afin de rapprocher les règles applicables à leurs deux régimes juridiques. Le Conseil d'État a ainsi procédé à l'analyse des difficultés suscitées par l'articulation de ces régimes et à la rédaction d'un projet d'ordonnance cor-

respondant à l'habilitation législative accordée au Gouvernement dont a résulté l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.

L'assemblée générale du Conseil d'État a également adopté une étude portant sur *Les établissements publics* (à paraître à La Documentation française). Revenant pour la troisième fois sur ce thème, le Conseil d'État a examiné, à la demande du Premier ministre, les moyens de fiabiliser le cadre juridique relatif à la création et au fonctionnement des établissements publics en examinant tour à tour leur régime ainsi que leurs règles de création, d'organisation et de fonctionnement.

Par ailleurs, l'étude portant sur *Coûts, efficacité et qualité de la justice* lancée à l'initiative du Conseil d'État devrait déboucher en 2010.

La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative

Pour la cinquième année consécutive, le Conseil d'État a poursuivi le cycle des *Entretiens en droit public économique* par l'organisation de deux colloques, le premier le 17 juin 2009 sur le thème de *La fiscalité environnementale*, le second le 16 décembre 2009 sur le thème de *La tarification des services liés à l'usage d'infrastructures*. Le point commun de ces deux colloques a été de prolonger le dialogue entre le Conseil d'État et les acteurs du droit économique – administrations, directions juridiques d'entreprises, professions juridiques – sur l'état du droit, les conditions de son application, mais également les améliorations ou clarifications qu'il serait souhaitable de lui apporter.

L'insertion de la charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité en 2005, le lancement en 2007 du Grenelle de l'environnement puis la préparation de plusieurs lois environnementales se sont accompagnés d'une montée en puissance de la fiscalité environnementale. L'Entretien sur ce thème a été l'occasion d'aborder la question de l'impact économique de cette nouvelle fiscalité, le cas particulier de son application dans le domaine de l'énergie au regard des mutations de la réglementation nationale et européenne, les évolutions du droit fiscal de l'environnement puis les perspectives de sa gestion efficace compte tenu des contraintes constitutionnelles, internationales, communautaires et même contentieuses.

La question de la tarification des services liés à l'usage d'infrastructures a permis de mettre en perspective les évolutions récentes de la jurisprudence administrative en matière de tarification des services publics, des services d'intérêt économique général (SIEG) pour la partie non-concurrentielle, des biens publics ou de l'utilisation du domaine public, en abordant le montant des redevances d'occupation et en vérifiant à cette occasion son caractère prévisible et stable. À la lueur des contraintes résultant du contrôle communautaire, quatre tables rondes ont fait le point sur l'accès au réseau et sur l'efficacité économique avant de s'intéresser aux secteurs de l'électricité et des Telecom, puis d'aborder la question de la tarification de l'utilisation du domaine public et des ouvrages publics.

Un séminaire de travail a par ailleurs été organisé sur la question de *L'implantation des organisations internationales sur le territoire français*, faisant suite aux perspectives ouvertes par l'étude publiée par le Conseil d'État en 2008 à La Documentation française. Ce séminaire a été l'occasion de revenir sur les contraintes constatées ou supposées à l'implantation sur le territoire français et aux réponses apportées par le Gouvernement et l'administration française aux besoins exprimés par les organisations internationales. Les voies de développement de l'attractivité du territoire national ont ensuite été explorées aux fins de proposer des améliorations ou de promouvoir les atouts nationaux dans un domaine de plus en plus concurrentiel.

Dans le souci de mieux appréhender les sujets de société qui ont un impact important sur l'élaboration du droit, le Conseil d'État a conçu un nouveau format de conférences.

Afin de s'affranchir des approches disciplinaires traditionnelles, ces *Conférences du Conseil d'État* ont pour vocation première de mettre l'accent sur les prolongements concrets des questions traitées. Les intervenants ne sont pas seulement des juristes, universitaires ou fonctionnaires : ce sont aussi des praticiens, des philosophes et des acteurs économiques ou sociaux.

Un premier cycle de quatre conférences a été réalisé en partenariat avec le Centre de recherches en droit public (CRDP) de l'université Paris X Nanterre sur le thème de la régulation de la crise économique et financière, d'une particulière actualité en 2009.

Les trois premières conférences ont porté successivement sur les thèmes suivants : les éléments de diagnostic, notamment les éventuelles insuffisances ou défaillances des systèmes de régulation et de supervision ; les solutions envisageables par l'amélioration des modalités de régulation au plan national et international ; enfin, le rôle et les instruments d'intervention de la puissance publique dans la régulation financière. Grâce à la haute qualité et à la diversité des intervenants et des invités, ces conférences ont permis de présenter une analyse pluridisciplinaire des différentes étapes de l'évolution de la crise financière, des travaux des experts, afin de rechercher les solutions permettant d'esquisser de nouvelles modalités de régulation de nature à éviter le renouvellement de telles crises systémiques. Un résumé de ces conférences a été publié dans la revue *Dalloz*.



Activité internationale de la juridiction administrative

2009 a été une année dense pour les activités internationales pour l'ensemble de la juridiction administrative. De nombreuses délégations accueillies au Conseil d'État, souhaitant découvrir les juridictions de première instance et d'appel, ont été reçues dans des tribunaux ou cours d'Île-de-France, notamment à Paris, Versailles et Cergy-Pontoise. Un grand nombre de juridictions ont conduit des activités de coopération internationale, en fonction de proximités géographiques ou dans le cadre de jumelages ou de partenariats existant parfois de longue date.

S'agissant du seul Conseil d'État, une trentaine de missions ont été effectuées à l'étranger, tant par le vice-président que par des membres. Ont été accueillies au Palais-Royal pas moins de soixante-trois délégations originaires de trente-quatre États ou institutions internationales.

La traduction des supports de communication, amorcée en 2008, s'est activement poursuivie en 2009. Le Conseil d'État dispose aujourd'hui d'une traduction en dix langues de son document de présentation.

La place essentielle réservée aux institutions européennes

Depuis plusieurs années, les institutions européennes font l'objet d'un intérêt particulier de la part du Conseil d'État qui entend contribuer à la promotion du dialogue des juges en Europe. En 2009 une importante délégation de juges de la Cour de justice des communautés européennes conduite par son président, M. Skouris, a été reçue au Palais-Royal pour une journée d'échanges avec des membres du Conseil d'État. Les débats ont été organisés autour de deux tables rondes portant sur l'articulation entre la Constitution, le droit européen et les lois nationales ainsi que sur les exigences du droit communautaire en matière de marchés publics. Une délégation de neuf membres de la juridiction administrative – membres du Conseil d'État et magistrats des cours administratives d'appel – s'est jointe à une délégation de magistrats de l'ordre judiciaire pour suivre deux journées d'études au siège de la Cour, à Luxembourg.

Une délégation du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE), conduite par son président, M. Mahoney, a également été reçue au Conseil d'État pour un séminaire de travail portant sur les thèmes de l'évolu-

tion du modèle français de fonction publique, l'apport de la jurisprudence du TFPUE et le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires.

Les juges composant ces deux délégations ont pu assister à des séances de la section du contentieux, y compris le délibéré dans les conditions prévues à l'article R. 731-4 du code de justice administrative.

Il convient de souligner en outre qu'une délégation de quinze membres de la section du contentieux a effectué une visite d'étude de deux jours à Strasbourg auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme. Une délégation de membres de la Cour a été reçue au tribunal administratif de Strasbourg, en assistant à une audience et en participant à une table ronde portant sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les échanges bilatéraux avec les juridictions et institutions étrangères ont été soutenus

Europe

Au cours de l'année 2009, le Conseil d'État a poursuivi ses activités d'échanges bilatéraux avec les hautes juridictions et institutions des États européens, qui constituent une de ses priorités.

Les échanges avec le Royaume-Uni ont été marqués par la venue exceptionnelle au Palais-Royal du *Lord Chancellor* et ministre de la Justice, M. Jack Straw, qui a visité le Conseil d'État à son initiative. Il a souhaité avoir des échanges avec le vice-président et plusieurs membres du Conseil d'État portant notamment sur la réforme constitutionnelle de 2008, le port des signes religieux dans les établissements scolaires et la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Toujours au titre des relations juridiques franco-britanniques, a été organisée au Palais-Royal la réunion du comité judiciaire franco-britanno-irlandais (*cf. infra*). On notera aussi que le vice-président et le délégué aux relations internationales ont participé à un colloque international sur le rôle des cours suprêmes organisé à Londres par le *Lord Chief Justice* d'Angleterre et du Pays de Galles et le *King's College*. Cette rencontre internationale, à laquelle a participé notamment le *Chief Justice* de la Cour suprême des États-Unis, M. John Roberts, s'inscrivait dans la perspective de l'installation de la nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni à laquelle a procédé la reine Elisabeth II en octobre 2009. Par ailleurs un magistrat britannique a été accueilli en stage au tribunal administratif de Paris.

La relation franco-allemande a connu des développements importants. Pour la toute première fois, le Conseil d'État a reçu une délégation de la Cour administrative fédérale d'Allemagne (*Bundesverwaltungsgericht*, siégeant à Leipzig) conduite par sa présidente M^{me} Eckertz-Höfer et composée de six juges. Des échanges approfondis ont permis à chaque délégation de présenter l'organisation et les missions de sa juridiction à la faveur de plusieurs tables rondes consacrées au droit européen, au contrôle du juge sur les mesures de police et aux pouvoirs du juge dans l'exécution de ses décisions. Le *Bundesverwaltungs-*

gericht et le Conseil d'État ont à cette occasion estimé que l'existence d'étroites relations de travail entre les juges allemands et français constituait un enjeu important, notamment en vue de contribuer à une application complète et cohérente du droit européen. Ces échanges se renouvelleront régulièrement.

Trois autres délégations allemandes ont également été reçues au Conseil d'État. La première était composée d'une trentaine de magistrats de Rhénanie-Palatinat et la seconde de fonctionnaires de Bavière auxquels ont été présentées les missions du Conseil d'État. Par ailleurs cinq assistants parlementaires du *Bundestag* ont été reçus par le délégué aux relations internationales pour une présentation des institutions françaises et des fonctions du Conseil d'État. Enfin dans le cadre d'un programme d'échanges de juges avec l'Allemagne, une magistrate de la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*, siégeant à Munich) a été accueillie pour lui permettre de faire les recherches nécessaires à la rédaction d'un rapport sur la gestion du contentieux fiscal en France et en Allemagne. En outre des magistrats et d'autres juristes allemands ont été accueillis en stage par les tribunaux administratifs de Paris, Strasbourg et Châlons-en-Champagne. Un magistrat du tribunal administratif de Nantes a effectué un stage auprès d'une juridiction allemande.

S'agissant de l'Autriche, un magistrat du tribunal administratif de Strasbourg y a effectué un séjour d'études consacré à la juridiction administrative de ce pays.

Une autre importante « première » a été constituée cette année par la venue à Paris d'une délégation de la troisième chambre du tribunal suprême d'Espagne menée par le président Trillo. Cette chambre exerce une mission comparable à celle de la section du contentieux. Cette visite de deux jours, organisée en étroite collaboration entre le Conseil d'État, les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles et le tribunal administratif de Paris, a donné lieu à un séminaire consacré notamment à la responsabilité de l'État législateur. Par ailleurs une magistrate espagnole affectée aux Canaries a effectué un stage auprès du Conseil d'État et du tribunal administratif de Paris. Un magistrat du tribunal du contentieux administratif de Barcelone a été accueilli au tribunal administratif de Lille. Une autre collègue espagnole a été reçue au tribunal administratif de Bordeaux. En sens inverse un magistrat de la cour administrative d'appel de Nancy a effectué un stage de deux semaines auprès d'une juridiction espagnole.

Un magistrat portugais a été reçu en stage au tribunal administratif de Toulouse. Étroitement associé à l'activité du tribunal, il a en outre prononcé un exposé de présentation du contentieux administratif au Portugal à l'intention des membres de ce tribunal.

Un magistrat italien a été accueilli en stage au tribunal administratif de Grenoble et à la cour administrative d'appel de Lyon. Le tribunal administratif de Lyon a par ailleurs accueilli une délégation de magistrats transalpins.

Le Conseil d'État a accueilli une délégation du Conseil d'État du Luxembourg dirigée par le président Meyer et comprenant une dizaine de conseillers d'État pour des séances de travail qui ont été consacrées à une étude comparative de la fonction consultative des Conseils d'État français et luxembourgeois.

L'année 2009 a été également marquée par l'ouverture de relations avec le Conseil d'État de la Principauté de Monaco. Une délégation conduite par son président, M. Narmino, a été accueillie pour deux journées de travail au Palais-

Royal. Le vice-président du Conseil d'État s'est à son tour rendu en Principauté à l'automne et a été reçu par le prince Albert II. Il a assisté à une réunion du Conseil d'État et à une audience du Tribunal suprême de Monaco, avant de signer une convention de jumelage.

En 2009 la coopération a également été soutenue avec les États d'Europe centrale récemment admis au sein de l'Union européenne. Le président de la section du contentieux s'est ainsi rendu en Roumanie pour représenter le Conseil d'État à l'occasion d'un colloque à la faculté de droit organisé sur le thème du « *Droit européen et droit mondial* ». Un magistrat du tribunal administratif de Nantes a effectué un stage en Roumanie, tandis qu'un collègue roumain a été accueilli au tribunal administratif de Bordeaux. Un juge polonais du tribunal administratif de Bialystok a été accueilli au Conseil d'État et au tribunal administratif de Paris pour une étude comparée des modèles de recours dans les affaires fiscales. Un étudiant tchèque d'un mastère d'administration publique a effectué au tribunal administratif de Rennes un stage de trois mois, dans le cadre d'un double diplôme mis en place par l'université de Rennes et l'université Masaryk de Prague. Dans le cadre de la coopération avec le parquet général de la République slovaque, des membres du Conseil d'État ont mené une mission d'expertise sur les voies de recours contre les décisions des organes de l'administration publique et des administrations locales. Un magistrat du tribunal administratif de Lyon a effectué une mission d'expertise de deux semaines en Bulgarie. Le tribunal administratif de Strasbourg a reçu une délégation de juristes hongrois.

Le vice-président s'est rendu en visite à Kiev où il a été reçu en audience par le ministre de la justice d'Ukraine, M. Onichtchouk. Celui-ci avait été accueilli au Palais-Royal en 2008. À l'occasion de cette visite, un séminaire de travail a réuni la délégation du Conseil d'État et des membres de la Cour administrative supérieure d'Ukraine avec laquelle les relations sont appelées à se développer à l'avenir. Le Conseil d'État et les juridictions administratives d'Île-de-France ont en outre accueilli plusieurs personnalités ukrainiennes du ministère de la justice ainsi que le président de la Cour suprême. Par ailleurs des magistrats administratifs ukrainiens ont été accueillis à Nancy par la cour administrative d'appel et le tribunal administratif.

Des membres du Conseil d'État, incluant le président de la cour administrative d'appel de Nancy, ont pris part aux journées juridiques franco-croates organisées désormais chaque année à Split. Ces journées étaient consacrées en 2009 au contrôle juridictionnel de l'administration. Des membres du Conseil d'État de Belgique y ont été associés.

2009 a permis d'ouvrir d'intéressantes pistes de coopération avec des États scandinaves. Ainsi une importante délégation de magistrats, avocats et étudiants norvégiens a été reçue au Conseil d'État pour une présentation de la juridiction administrative française. À la fin de l'année, deux membres du Conseil d'État ont pris part à un colloque international organisé par le département de recherche juridique de l'université d'Oslo. Par ailleurs une délégation de magistrats suédois a effectué une visite au tribunal administratif de Lyon.

Il convient de noter aussi que trois délégations de la Fédération de Russie ont été accueillies au Conseil d'État, la première étant composée de treize hauts fonctionnaires de l'administration présidentielle et de l'administration du Pre-

mier ministre pour des discussions sur le thème de la réglementation de l'administration pénitentiaire. Le vice-président du centre des technologies politiques s'est rendu au Conseil d'État pour un entretien portant sur la décentralisation et les collectivités territoriales. Enfin une délégation de hauts fonctionnaires a été reçue pour une séance de travail consacrée à l'administration électronique. Par ailleurs des délégations de magistrats russes ont été reçues par la cour administrative d'appel de Versailles et le tribunal administratif de Strasbourg.

Il convient de noter que le Conseil d'État, la cour administrative d'appel de Versailles et le tribunal administratif de Paris ont accueilli la visite d'une importante délégation du ministère de la justice turc et du Conseil d'État de Turquie. Le *Danistay*, dont la création remonte à l'époque ottomane et a été inspirée par le modèle français, remplit une fonction proche de celle du Conseil d'État.

Asie

L'année 2009 a été marquée par des développements prometteurs avec la Chine.

Le vice-président et le délégué aux relations internationales se sont rendus à Pékin à l'occasion d'un colloque sino-français organisé sur les thèmes du contrôle de la légalité des actes réglementaires, du droit d'ester en justice en droit administratif, du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de l'exécution des décisions de justice. Le vice-président a été reçu par le vice-président de la Cour suprême chinoise. Le Conseil d'État a par ailleurs accueilli un nombre conséquent de délégations et personnalités chinoises provenant notamment des instances gouvernementales et de l'université. Par ailleurs une délégation de juristes chinois a été accueillie au tribunal administratif de Strasbourg.

Les relations avec le Japon ont également été soutenues avec l'accueil de quatre délégations composées de magistrats du ministère de la justice et d'universitaires. Les sujets traités en commun ont été variés, portant notamment sur le fonctionnement des juridictions, le régime juridique des nuisances sonores, la responsabilité administrative en particulier dans le domaine médical et l'indemnisation des victimes de l'amiante.

Une délégation de magistrats et hauts fonctionnaires de la Cour suprême et des tribunaux administratifs d'Indonésie a été accueillie au Conseil d'État et au tribunal administratif de Paris pour une présentation de la juridiction administrative française.

Des échanges sont intervenus avec la Corée par l'accueil au Conseil d'État de plusieurs stagiaires et d'une délégation de la Commission des recours administratifs de la République de Corée conduite par son vice-président. Une importante délégation de magistrats coréens a été accueillie au tribunal administratif de Paris.

Enfin le *Chief Election Commissioner* de l'Inde a été reçu pour des échanges sur le rôle des tribunaux administratifs et du Conseil d'État dans le contentieux des élections locales par le vice-président et le président de la section du contentieux.

Amériques

S'agissant des États-Unis, le vice-président a participé à New York au colloque franco-américain du réseau ID (Internationalisation du droit) dont les travaux sont conduits par M^{me} Delmas-Marty, professeur au Collège de France. Ce colloque était consacré au droit des nouvelles technologies numériques. Par ailleurs, comme c'est le cas depuis de nombreuses années, le Conseil d'État et d'autres juridictions telles que le tribunal administratif de Nantes ont reçu la visite de plusieurs groupes d'étudiants en droit américains venant parfaire leur formation à l'occasion d'universités d'été organisées en France. Par ailleurs une juriste américaine spécialisée en droit administratif français a été accueillie pendant une année universitaire complète par la cour administrative d'appel de Versailles en application d'une convention conclue avec l'université de Berkeley.

Deux délégations du Mexique ont été reçues, l'une composée d'une vingtaine de juges administratifs et l'autre de magistrats de la chambre supérieure du Tribunal fédéral de justice fiscale et administrative.

Une délégation du Conseil d'État de Colombie, institution qui partage de nombreuses similitudes avec le système français de justice administrative, a été accueillie au Conseil d'État pendant une séance de travail. Le vice-président et une délégation importante du Conseil d'État ont ensuite pris part à un colloque juridique franco-colombien organisé à l'ENA.

Dans le cadre de l'année de la France au Brésil, le Conseil d'État a été représenté lors d'un colloque sur le droit comparé organisé à Porto Alegre. Un membre du Conseil d'État s'est également rendu à Brasilia pour participer à un forum thématique consacré à la professionnalisation et la consolidation du service public dans le contexte de la réforme des politiques publiques. Une délégation brésilienne composée du procureur général du Brésil et d'un conseiller juridique du ministère des transports a été reçue au Palais-Royal pour une présentation des fonctions du Conseil d'État et des dispositifs de prévention du contentieux. Enfin deux juges brésiliens appartenant aux juridictions des États de Rio et de Rio Grande do Sul ont par ailleurs effectué un stage d'un mois au Conseil d'État ainsi qu'à la cour administrative d'appel de Versailles et au tribunal administratif de Paris pour approfondir leurs connaissances sur l'organisation, les missions et les méthodes de travail des justices française et européenne.

Afrique

La coopération entre le Conseil d'État et les institutions homologues africaines est traditionnellement soutenue. 2009 n'a pas fait exception à la règle.

Une convention de jumelage a été signée entre le Conseil d'État et la Cour suprême du Sénégal par le vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour suprême sénégalaise. Cette convention consacre une coopération étroite et durable entre ces deux juridictions, à laquelle elle offrira désormais un cadre de référence.

2009 a également été une année riche pour la coopération entre le Conseil d'État et la chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire. Le délégué aux relations internationales a ainsi effectué une visite à Abidjan et a participé à

un colloque juridique franco-ivoirien consacré à la responsabilité des personnes publiques.

Le ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État du Burkina Faso ainsi que la présidente du Conseil d'État burkinabé ont été respectivement reçus au Conseil d'État pour des échanges destinés à intensifier la coopération avec cet État partageant notre tradition juridique de droit public.

Le Conseil d'État a accueilli à plusieurs reprises des magistrats de la chambre administrative de la Cour suprême du Bénin ainsi que des membres du parquet général et des greffiers dans le cadre du programme d'appui aux institutions de contrôle qui est parrainé par la Banque africaine de développement.

Afrique du Nord – Proche et Moyen-Orient

Dans le prolongement de la visite effectuée en Algérie l'année précédente par le vice-président et une délégation du Conseil d'État, 2009 a vu la poursuite de la coopération engagée entre les Conseils d'État de France et d'Algérie. Le conseiller d'État chargé de la coopération internationale ainsi que le secrétaire général du Conseil d'État algérien ont ainsi été reçus au Palais-Royal. Un magistrat algérien a par ailleurs effectué un stage de trois mois au tribunal administratif de Bordeaux.

Le Conseil d'État a également accueilli une délégation de membres du *Majlis al Shura* d'Irak qui ont été reçus par le vice-président à l'occasion d'une visite d'étude organisée conjointement avec le Conseil constitutionnel et le secrétariat général du Gouvernement.

Une délégation de dix fonctionnaires de l'Autorité palestinienne a été accueillie pour des échanges portant sur le travail gouvernemental, la coordination interministérielle ainsi que sur le rôle du Conseil d'État dans sa fonction de conseiller du gouvernement.

Une rencontre institutionnelle entre la Cour suprême d'Israël et les trois plus hautes juridictions françaises (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) a par ailleurs été organisée à Jérusalem en présence des trois chefs des juridictions françaises. Les thèmes abordés lors de ces journées ont porté en particulier sur le contrôle de la législation, les enjeux de sécurité et le contrôle des mesures de police, l'organisation des juridictions et les rapports entre contrôle constitutionnel et contrôle des actes administratifs.

Le président du Conseil d'État du Liban a été reçu au Palais-Royal. Deux missions ont par ailleurs été effectuées dans ce pays par des conseillers d'État. La première s'est déroulée dans le cadre du projet européen intitulé « *Renforcement des capacités du ministère de la justice – Soutien à la professionnalisation* ». La seconde mission a permis à un membre du Conseil d'État français de participer à un colloque organisé à l'occasion du centenaire de la loi sur le droit d'association au Liban, promulguée en 1909 et inspirée par la loi française de 1901.

On notera qu'ont été reçues au Conseil d'État une délégation du sultanat d'Oman composée de membres du ministère de l'intérieur et du ministère des affaires juridiques ainsi qu'une délégation de juges d'Arabie Saoudite accueillis par ailleurs à la Cour de cassation. En outre un magistrat du tribunal administratif de Lyon a effectué une mission d'expertise juridique en Libye.



La participation aux jumelages sur appels d'offres internationaux et aux activités des organismes et programmes de coopération

Le jumelage entre le Conseil d'État de France et le Tribunal administratif de Tunisie

En 2009 le Conseil d'État a pour la première fois concouru à un appel d'offres de la Commission européenne portant sur un jumelage s'inscrivant dans le cadre des programmes de coopération juridique et judiciaire financés par l'Union. Mené en partenariat avec l'Agence de coopération juridique internationale (Acojuris), ce jumelage de près d'une année a eu pour objet le renforcement des capacités institutionnelles du Tribunal administratif de Tunisie qui exerce dans ce pays des fonctions consultatives et juridictionnelles comparables à celles du Conseil d'État en France.

Ce projet n'a pas – loin s'en faut – concerné le seul Conseil d'État. Sa préparation et sa mise en œuvre ont donné lieu à une mobilisation convergente des efforts de nombreuses juridictions administratives.

Deux co-directeurs de projet ont été désignés : il s'agissait pour le Tribunal administratif de Tunisie de M. Zouheir Ben Tanfous, commissaire d'État près cette juridiction et pour le Conseil d'État de M. Daniel Chabanol, conseiller d'État (h) et ancien président de la cour administrative d'appel de Lyon. Une importante équipe d'experts français, membres du Conseil d'État et magistrats du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel y compris des chefs de juridiction, a assuré des missions de conseil ou de formation à Tunis. Le Conseil d'État et bon nombre d'autres juridictions ont à ce même titre accueilli des magistrats et agents de greffe tunisiens pour des stages courts. Ont été également reçus à Paris, à deux reprises, des groupes de cinq magistrats tunisiens pour un stage d'une durée d'un mois.

Pour la juridiction administrative française, ce partenariat revêt une importance toute particulière : il lui donne l'occasion d'établir des échanges fructueux et durables de nature à faire progresser la compréhension mutuelle de l'organisation de la justice administrative des deux pays. Alors que la Tunisie souhaite aujourd'hui réformer son système de contrôle de l'administration, la modernisation de l'organisation et du fonctionnement de la justice administrative en France crée les conditions d'un dialogue fructueux. La dynamique que ce projet a mise en lumière, à l'échelle de la juridiction administrative tout entière, constitue pour l'avenir un facteur encourageant, tant pour les relations avec la Tunisie que pour la conduite de projets comparables avec les hautes juridictions d'autres pays.

Activités des organismes et programmes de coopération

Le Conseil d'État ainsi que d'autres juridictions administratives, notamment le tribunal administratif de Paris, ont accueilli des « *personnalités d'avenir* » dans

le cadre du programme ainsi intitulé, qui est organisé depuis une dizaine d'années par le ministère des affaires étrangères et européennes. Il s'agit de personnalités assez jeunes identifiées par notre réseau diplomatique comme étant susceptibles d'exercer à terme des responsabilités importantes dans leur pays. Une dizaine de personnalités ont été reçues à ce titre, d'horizons géographiques et professionnels très divers.

À la demande de l'École de formation du barreau, le Conseil d'État a accueilli une délégation de cinquante avocats étrangers ainsi qu'à la demande de l'université Paris II plusieurs groupes d'étudiants étrangers pour leur présenter le rôle et l'action du Conseil d'État. Des magistrats étrangers (chinois, coréens, japonais, marocains, tchèques, espagnols, kazakhs) en stage à l'École nationale de la magistrature ont également été accueillis.

Enfin, à la demande de l'École nationale d'administration, le Conseil d'État reçoit chaque année des stagiaires étrangers, dans le cadre du cycle de formation internationale. Le Conseil d'État a accueilli à ce titre en 2009 un groupe de hauts fonctionnaires de différentes nationalités pour des exposés portant sur le thème « *Travail gouvernemental et coordination interministérielle* » et un groupe de hauts fonctionnaires bulgares dans le cadre de la formation sur la coordination interinstitutionnelle dispensée par l'ENA.

La promotion internationale du droit continental et du droit public

L'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA)

L'AIHJA, créée en 1983 et dont le siège est au Conseil d'État, réunit aujourd'hui plus d'une centaine de juridictions nationales et internationales. Elle a pour objet de favoriser les échanges entre les juridictions administratives suprêmes, par la diffusion d'un recueil triennal bilingue (français et anglais) des législations nationales et de la jurisprudence des juridictions membres. Le cinquième volume portant sur le statut des magistrats administratifs sera publié au début de l'année 2010. De même, le lancement d'un nouveau site internet (www.aihja.org) a pour vocation de renforcer les échanges entre juridictions membres et d'assurer une plus large diffusion du droit administratif à destination d'un large public. Enfin, après la tenue du conseil d'administration de l'AIHJA à Ottawa en 2009, le congrès de Sydney de mars 2010 traitera du contrôle des actes administratifs par les cours et les tribunaux administratifs.

L'Association des Conseils d'État et juridictions suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe)

L'Association des Conseils d'État et juridictions suprêmes de l'Union européenne a pour objet de regrouper les hautes juridictions administratives de l'Union européenne. Son siège est à Bruxelles et le secrétariat général est confié

au secrétaire général du Conseil d'État belge. Le vice-président et une délégation du Conseil d'État ont participé en 2009 au conseil d'administration qui s'est tenu à Luxembourg. Le Conseil d'État a été représenté lors des séminaires internationaux organisés par l'ACA Europe :

- à Athènes et Istanbul, traitant de l'« *e-justice* » ;
- à Bruxelles, portant sur l'évaluation des magistrats administratifs.

La Fondation pour le droit continental

La Fondation a pour mission de contribuer au rayonnement international du droit continental, par les événements qu'elle organise ou les travaux qu'elle publie. Elle a organisé en 2009 sa première université d'été qui a remporté un grand succès. À cette occasion le vice-président a reçu soixante-dix étudiants étrangers prenant part à ce programme et a prononcé une conférence traitant des enjeux de la diffusion du modèle juridique continental.

Le comité judiciaire franco-britanno-irlandais

Une délégation de vingt-sept membres du Comité franco-britanno-irlandais de coopération judiciaire, conduite par plusieurs hauts magistrats britanniques et irlandais tels que Lord Phillips, alors *Lord Chief Justice* d'Angleterre et du Pays de Galles et devenu le 1^{er} octobre 2009 Président de la nouvelle Cour suprême du Royaume-Uni, a été reçue au Conseil d'État pour un séminaire organisé sur le thème « *Justice et religion* ». Cette rencontre internationale a été organisée en partenariat avec le ministère de la justice et son service des affaires internationales et européennes.

L'Institut français des sciences administratives (IFSA) et l'Institut international des sciences administratives (IISA)

Le Conseil d'État accueille le siège de l'Institut français des sciences administratives (IFSA), association reconnue d'utilité publique et ayant vocation à promouvoir les sciences administratives en France et à favoriser la connaissance du modèle français de droit administratif à l'étranger.

Le secrétariat général de l'IFSA, soutenu par la délégation aux relations internationales, a organisé au Conseil d'État un colloque sur le thème *Sécurité publique : partenariat puissance publique, acteurs privés*.

L'Institut français des sciences administratives est en outre une des sections nationales de l'Institut international de sciences administratives (IISA) dont le siège est à Bruxelles et dont l'objet est de promouvoir à l'échelle mondiale le développement des sciences de l'administration et de favoriser l'amélioration du fonctionnement des administrations publiques. L'année 2009 a été orientée vers le renforcement des liens entre l'IFSA et l'IISA, qui a permis un échange de visites. Un membre du Conseil d'État a en outre pris part au congrès annuel de l'IISA qui s'est tenu à Helsinki.

Activité de la délégation au droit européen du Conseil d'État

La délégation au droit européen a assuré, au titre de l'année 2009, une charge de travail supérieure à celle des années précédentes. Le concours précieux des assistants de justice et des stagiaires, étroitement associés à l'accomplissement de ses différentes missions, a été essentiel.

En premier lieu, le nombre de questions juridiques posées à la délégation a continué de croître pour s'établir désormais à près de 1 100. Toujours plus 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.

Traditionnellement, la délégation est saisie de très nombreuses questions portant notamment sur les thèmes suivants : problèmes techniques ou rédactionnels relatifs à la transposition des normes communautaires ou à leur meilleure insertion dans un ordre juridique national préexistant.

Dans la ligne des préconisations de l'étude du Conseil d'État de 2007 sur la transposition des normes communautaires, l'administration a poursuivi les efforts accomplis lors de la présidence française du Conseil de l'Union européenne, au second semestre 2008. Il en est résulté une importante activité normative aux fins de poursuivre ou d'achever la transposition de l'ensemble des normes communautaires non encore insérées dans l'ordre juridique national. D'où une multitude de questions très complexes relatives, notamment, aux techniques de transpositions par référence ou par renvoi, au concept de directive d'harmonisation maximale, à la possibilité de respecter les règles sémantiques traditionnelles à l'occasion d'une transposition, à l'élaboration et à la qualité des tableaux de concordance... Outre les modalités mêmes de transposition, l'interprétation des normes communautaires a fait l'objet d'un nombre substantiel de questions ; il en a été ainsi, notamment, de la directive n° 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dont trois sections administratives ont eu à connaître, de la directive n° 2007/44 du 5 septembre 2007 relative à l'évaluation prudentielle des acquisitions et des augmentations de participation dans des entités du secteur financier et, à de nombreuses reprises, de la directive n° 98/34 du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

Enfin, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a également suscité des questions non seulement sur l'interprétation des stipulations de ce traité, de ses pro-

tocoles et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui y est adossée, mais également sur les conséquences terminologiques qu'il convenait d'en inférer pour l'ensemble de la juridiction administrative.

Des questions beaucoup plus complexes ont été posées, exigeant souvent un lourd investissement. Plusieurs blocs de questions de droit communautaire ou européen sont apparus au cours de l'année 2009. Ils concernent, notamment, la compatibilité avec la directive *Services* de dispositions législatives relatives au marché international, aux agents artistiques et aux experts comptables et ainsi que, plus généralement, de plusieurs régimes d'autorisation ou d'agrément préalables ; la compatibilité avec le droit européen de l'ensemble des projets de texte relatifs à la régulation financière, notamment certaines dispositions législatives concernant la régulation bancaire, d'autres portant sur la lutte contre les États ou territoires non coopératifs, d'autres encore s'efforçant de lutter contre les activités lucratives non déclarées, certaines enfin relatives à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Nombreuses ont été, en 2009, les questions portant sur les rapports entre la fiscalité directe et le droit communautaire, notamment dans le cadre de la fiscalité de groupe, les régimes du précompte et de l'avoir fiscal attaché aux dividendes de source européenne, au regard d'une abondante jurisprudence de la Cour de justice, ou encore du mécénat à la suite de l'intervention d'un arrêt de Grande Chambre de celle-ci. De nombreuses questions ont trouvé leur source dans le souci d'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard, ou encore des courses hippiques, notamment en ligne. Il en a été de même pour ce qui est du droit de la consommation, particulièrement à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au crédit à la consommation et au traitement du surendettement dont une partie essentielle des dispositions avait pour objet de transposer la directive n° 2008/48/CE concernant les contrats de crédit à la consommation et posant de délicates questions en matière de libre circulation des capitaux, de liberté d'établissement et de libre prestation de services.

Des questions tout aussi délicates mais plus ponctuelles ont été posées : la licéité de la taxe sur les messages publicitaires audiovisuels ; la détermination des autorités compétentes au titre du contrôle des concentrations dans le cadre du rapprochement de grands réseaux bancaires ; la possibilité d'instituer un régime d'autorisation simplifiée modifiant la législation des installations classées ; la validité d'un régime d'agrément des centres d'enseignement des soins d'urgence ; l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux ; le développement, dans le droit de la commande publique, de l'exception dite du « *in house* » ; les modalités de mise à disposition, par l'État, de fonctionnaires au profit d'un établissement public à caractère industriel et commercial ; le point de savoir dans quelle limite une collectivité publique peut légalement appliquer aux familles non résidentes des majorations de tarification ; les limites de l'examen d'un projet de loi de règlement ou d'un décret d'avance au regard du droit communautaire des aides d'État ; la poursuite de garanties de l'État dont le régime est déjà sous examen de la Commission européenne ; la nécessité d'informer cette dernière préalablement à la conclusion de conventions internationales au regard de certaines normes communautaires spécifiques en matière d'énergie nucléaire, de privilèges et immunités ou encore de transfert de données à caractère personnel ; la possibilité d'édicter une interdiction générale de commercialisation à distance des tabacs, à l'occasion de l'examen des articles d'équilibre des différents pro-

jets de loi de finances ; la pertinence, pour le Conseil d'État, de confronter le solde qui en résulte avec le Pacte communautaire de stabilité et de croissance ; la question de l'opportunité, pour le juge communautaire ou national, de soulever d'office un moyen tiré de la méconnaissance du droit communautaire ; les conséquences à tirer de l'intervention de l'arrêt *Dubus* du 11 juin 2009 de la CEDH et, enfin, l'effet juridique qui s'attache, pour le contrôle de légalité d'une décision individuelle, à une disposition d'une directive non transposée.

En deuxième lieu, le bulletin de la délégation au droit européen a été, au cours de l'année 2009, adressé, mensuellement et régulièrement, 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 communautaires, des membres de la Cour de cassation, des universitaires, des services juridiques des ministères, des autorités administratives indépendantes. Désormais assorti de liens hypertextes, le bulletin comprend une nouvelle partie V consacrée à l'analyse des principaux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

En troisième lieu, la délégation au droit européen a été mise à contribution de façon substantiellement accrue à l'occasion de réceptions de juridictions, de magistrats, délégations ou personnalités d'États membres de l'Union européenne ou ayant vocation à y adhérer. Il en a été ainsi tout particulièrement lors de la visite au Conseil d'État, notamment, de la Cour de justice des Communautés européennes, du *Bundesverwaltungsgericht*, Cour suprême administrative d'Allemagne et du *Bundesfinanzhof*, Cour suprême fiscale. Également en relation avec la délégation aux relations internationales, elle a reçu, bien davantage qu'elle ne le faisait au cours des années précédentes, des délégations, des parlementaires nationaux ou européens, des personnalités, juges, universitaires, des doctorants, tous étant toujours plus intéressés par le développement du droit européen ainsi que par le rôle joué par le Conseil d'État à cet égard. Elle a enfin été associée à de nombreuses réunions, relatives à la réforme de la régulation financière et à la création du Conseil européen des risques systémiques.

En quatrième lieu, la délégation a été associée étroitement aux autres activités de la section du rapport et des études. Notamment, celles du rapporteur général de la section, d'une part, pour l'élaboration des développements européens des considérations générales du rapport annuel 2010 relatives au droit de l'eau, largement d'origine communautaire et, d'autre part, en participant à l'organisation des colloques organisés par le Conseil d'État, lorsqu'ils touchent au droit communautaire, comme c'est généralement le cas des *Entretiens* en droit public économique ou du cycle de conférences sur la crise et la régulation économique et financière.

En cinquième et dernier lieu, le délégué au droit européen s'est efforcé 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 communautaire ou du droit issu du Conseil de l'Europe ; en présentant des interventions dans des universités ou instituts ; en participant à plusieurs réunions interministérielles relatives aux suites à réserver à l'étude du Conseil d'État de 2003 *Collectivités territoriales et obligations communautaires* ; en rédigeant, pour le compte du Conseil d'État, des articles toujours plus nombreux relatifs, notamment à la place du droit communautaire dans les études et rapports du Conseil d'État, à la nouvelle approche du droit européen par le Conseil d'État depuis 2007, à la décision

Mme Perreux du 30 octobre 2009 et au rôle du Conseil d'État en matière d'aides d'État ; en assistant plusieurs membres du Conseil d'État dans la préparation de conférences portant sur le droit de l'Union européenne, sur le droit du Conseil de l'Europe, ou encore sur le droit comparé. Enfin, en entretenant un échange constant de réflexions ou d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national, notamment avec la Cour de justice de l'Union européenne, les Conseils d'État d'autres États membres de l'Union européenne, avec les délégations parlementaires pour l'Union européenne, 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 celle du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, et l'École nationale d'administration.

Activité de la cellule de veille européenne



Activité de la cellule de veille européenne

Présentation de la cellule

Suite à la suppression de la saisine pour avis du Conseil d'État sur le caractère législatif ou réglementaire des projets et propositions d'actes communautaires dans la nouvelle rédaction de l'article 88-4 de la Constitution issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il convenait de repenser, dans le cadre de l'entrée en vigueur de Lisbonne de manière dynamique, le rôle consultatif du Conseil d'État.

Une cellule de veille européenne, placée auprès de la section des finances, a été créée le 1^{er} octobre 2009, avec deux missions principales :

- Tout d'abord, un rôle de vigie dans les affaires de l'Union européenne au profit du Gouvernement, voire, avec l'accord du Gouvernement, au profit du Parlement si ce dernier le souhaite. Cette cellule doit permettre ainsi au Conseil d'État, par l'intermédiaire des présidents de section, d'alerter en temps utile le Gouvernement et, le cas échéant le Parlement, sur telle ou telle difficulté juridique pouvant apparaître au cours des négociations et proposer les solutions aptes à résoudre les difficultés ainsi identifiées ainsi que de préparer ou suivre les avis ou études qui en résulteraient.
- Par ailleurs, elle constituera pour chacun des textes ainsi suivis un dossier des négociations, qui sera utile aux rapporteurs des sections administratives lors de l'examen des projets de loi ou de décret pris pour la transposition desdits textes européens.

Pour ce faire et depuis le 22 septembre 2009, la cellule de veille reçoit les mêmes documents que ceux transmis par les instances européennes au Gouvernement et au Parlement.

La responsabilité de cette cellule a été confiée à M. Jean-Luc Sauron, maître des requêtes à la section des finances. Un agent des services du Conseil d'État, installé dans les locaux du secrétariat de la section lui est affecté en permanence. Des synthèses sur les négociations en cours seront diffusées à l'ensemble des membres du Conseil d'État pour leur permettre de prendre en considération, dans les travaux qui leur sont confiés en sections administratives, les textes en cours de négociation au niveau européen.

Statistiques

Textes européens reçus par la cellule du 22 septembre au 31 décembre 2009

	Finances	Intérieur	Travaux publics	Sociale	Totaux
Directives	3	3	2	1	9
Règlements	15	5	17		47
Décisions	28	32	18	2	80
Communications	10	12	11	2	35
Rapports	7	4	13	5	29
Livres verts/livres blancs	1	1			2
Autres textes émanant de la Commission	32	16	27	3	78
Totaux	96	73	88	13	270

**Activité des services
de formation et d'inspection
du Conseil d'État**



Activité de formations

Cette année a été marquée par la montée en puissance du Centre de formation de la juridiction administrative (CFJA), dont la direction a été confiée à un magistrat. L'objectif assigné à ce centre pour 2009 est non seulement de développer la formation pour les quatre publics de la juridiction administrative (membres et agents du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile, magistrats et agents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) et de la rendre plus pratique mais aussi, d'être au plus près des attentes des agents et des services. Le développement de la formation a été conçu comme un outil pour répondre aux exigences professionnelles liées aux missions de conseil, de juge et de gestionnaire de la juridiction administrative. À ce titre, elle a accompagné la mise en place des nouvelles structures mises en place au dernier trimestre 2008 et des nouvelles modalités de gestion administrative et de gestion du contentieux au cours de l'année 2009.

Le CFJA a professionnalisé ses méthodes de travail en mettant l'accent sur le contenu des formations métier, en mettant en place les outils permettant de mieux cerner, pour chaque module, les attentes des agents, en développant la communication par des «*flash d'information*» périodiques et ciblés, en passant des marchés de formation avec des prestataires extérieurs, permettant ainsi d'aborder des secteurs jusqu'à présent peu couverts (gestion des ressources humaines et développement personnel, hygiène et sécurité, budget et marchés, communication), en proposant des formations en «*regards croisés*», avec des intervenants de divers profils et en mettant en place et animant des réseaux de correspondants formation et des réseaux de formateurs dans les juridictions.

S'il a mis en place un plan de formation global composé de plans ciblant chacun un public spécifique, les différents modules, dans la pratique, ont été ouverts à tous les publics, à niveau d'expertise et de préoccupation égal.

Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Deux stages de formation initiale de conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ont été organisés : le premier, du 1^{er} avril au 30 septembre 2009, comptait 44 stagiaires issus de l'ENA, du tour extérieur et du détachement, le deuxième, du 1^{er} octobre 2009 au 30 mars 2010, a regroupé 45 conseillers, issus du concours de recrutement complémentaire et du détache-

ment. Au total, 89 magistrats ont suivi le stage de formation initiale en 2009, ce qui représente une augmentation du plan de charge de près de 16 %.

L'accent a été mis sur le renforcement du caractère pratique de ces stages, l'objectif étant de placer les stagiaires au plus près du cœur de leur futur métier de magistrat afin de les rendre le plus opérationnel possible dans leur première juridiction d'affectation.

Ce caractère pratique se décline de plusieurs façons :

- un contenu plus pratique des conférences thématiques, avec le traitement de cas concrets ;
- un stage en juridiction porté à deux semaines, au contenu normé, avec des mises en situation sur des audiences de reconduite à la frontière et des réunions de commission administrative ;
- un travail dans des « *chambres de formation* » (39 heures) où le nombre de dossiers contentieux traités en travaux pratiques a été augmenté, dont les thèmes ont été mieux coordonnés avec le programme des conférences, et où pour la première fois, ont été traités non seulement des dossiers jugés, mais aussi, sur deux séances, des dossiers prélevés sur le stock vivant de deux tribunaux administratifs. Ces dernières « *formations de jugement fictives* » ont été présidées par des présidents de chambre de ces juridictions qui ont repris les dossiers à leur rapport ;
- le renforcement de la formation aux outils métier du rapporteur, avec une deuxième session sur ces outils avant la prise de fonction en juridiction, et un retour sur expérience deux mois après ;
- des échanges avec des pairs déjà en poste sur le quotidien du juge ;
- une ouverture sur l'extérieur avec des modules consacrés, par exemple, à l'expertise en matière de responsabilité hospitalière, des visites de centres de rétention administrative, une présentation du Conseil constitutionnel, deux jours consacrés au contentieux spécifique d'un établissement public, la SNCF, avec des visites de terrain.

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Le plan de formation continue des magistrats administratifs de l'année 2009 a été élaboré en tenant compte des demandes formulées par les magistrats. Il proposait 65 % de nouveaux stages par rapport à 2008.

De nouvelles formules ont été proposées, notamment, d'une part, l'appui à la prise de fonctions nouvelles : chef de juridiction, président de chambre, rapporteur public..., d'autre part, l'appui au changement d'affectation, avec des modules de deux jours sur des matières que les magistrats n'ont jamais traitées ou n'ont pas traitées depuis longtemps.

Par ailleurs, le CFJA s'est adapté à l'actualité législative et réglementaire, en proposant très tôt des formations sur de nouveaux dispositifs comme, par exemple, le droit au logement opposable (DALO) et le revenu de solidarité active (RSA).

Il s'est adapté également aux nouvelles orientations arrêtées par le Conseil d'État en matière de gestion et de communication, en proposant notamment des

formations au management, des séances d'information sur l'entretien professionnel, sur la gestion de stocks ainsi que sur les méthodes de communication.

Enfin des stages d'ouverture ont été proposés, tels que, par exemple, l'expertise en matière hospitalière et le règlement amiable en matière de responsabilité hospitalière, en regards croisés.

Sur les 83 stages programmés en dehors des formations aux langues et à la bureautique, pour l'année 2009, 54 stages ont été réalisés. Ils ont été principalement animés par des membres du Conseil d'État et des juridictions administratives. Ils ont réuni au total, avec les stages proposés par l'ENM et l'ENA (trois modules demandés par 9 magistrats au total), 637 magistrats pour une formation d'une durée moyenne de 1,1 jour.

L'effort fait sur les formations linguistiques en 2008 s'est maintenu en 2009, avec la prise en charge de frais d'inscription de 46 magistrats, qui viennent s'ajouter aux 15 magistrats parisiens qui sont associés aux cours dispensés au Conseil d'État.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

- Sur les 59 stages proposés au plan de formation de l'année 2009, 42 stages ont été réalisés par le Centre de formation de la juridiction administrative ; ils ont été suivis par 886 agents, contre 577 participants pour 37 stages en 2008 soit une augmentation de 54 %.

Ces stages relèvent des trois catégories définies à l'article 1^{er} du décret 2007-1470 du 15 octobre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des fonctionnaires de l'État :

- 1) l'adaptation immédiate au poste de travail ;
- 2) l'adaptation à l'évolution prévisible des métiers ;
- 3) Le développement des qualifications ou l'acquisition de nouvelles qualifications.

En 2009, l'approche métier a été privilégiée, avec un effort particulier porté sur la conception et l'organisation de formations déconcentrées relatives à la procédure contentieuse administrative appliquée aux métiers du greffe. Cette formation composée de cinq modules (enregistrement, instruction, mise au rôle et notification, suivi d'appel ou de cassation), dispensée par 25 agents formateurs que le CFJA a formés et pour lesquels il a conçu le support de cours, aura permis, à partir du mois de juin 2009, la formation des agents de greffe de 22 juridictions, représentant un total de 216 personnes sur l'année 2009.

Les autres métiers concourant à la bonne marche des juridictions n'ont pas été oubliés, avec notamment la mise en place de formations spécifiques pour les régisseurs d'avances et de recettes (deux sessions ont permis de former 24 régisseurs), les ACMO (deux sessions pour une vingtaine d'agents) et les assistants du contentieux (deux sessions ont permis de former 20 agents).

Pour les greffiers en chef, le CFJA a porté un effort particulier de formation en mettant en place, s'agissant des conseillers d'administration, les modules complémentaires statutaires prévus par le décret 2007-1488 du 17 octobre 2007 relatif à l'emploi de conseiller d'administration, modules qui ont été ouverts à l'ensemble des greffiers en chef.

Une formation visant à renforcer le caractère opérationnel des fonctions d'aide à la décision des agents de greffe s'agissant des ordonnances d'irrecevabilité s'est déclinée en deux stages nouveaux, l'un à destination des tribunaux, l'autre des cours, et traitant tant de la recevabilité que de la méthodologie rédactionnelle.

Enfin, trois stages d'accueil au plus près de la prise de fonctions ont été organisés. Le CFJA a également formé la totalité des agents de greffe du nouveau tribunal administratif de Montreuil, et ce en amont de son ouverture le 1^{er} septembre 2009.

Formation des membres du Conseil d'État

- Elle porte sur la formation initiale des nouveaux membres.

Une formation initiale est organisée pour les nouveaux arrivants affectés pour la première fois à la section du contentieux, deux fois par an, d'une part, au printemps, lors de l'arrivée des nouveaux auditeurs à la sortie de l'ÉNA, d'autre part, à l'automne. Cette formation de base permettant d'appréhender l'étude d'un dossier contentieux a été enrichie de deux modules et comprend à ce jour quinze conférences complétées par des formations à la recherche documentaire et au poste rapporteur. En 2009, 18 membres ont bénéficié de cette formation.

Ce cycle est complété par un bilan individualisé effectué par le CFJA permettant de recenser d'autres besoins en formation.

Une formation initiale est proposée lors de la première affectation en section administrative. Un travail important a été conduit, en étroite collaboration avec le groupe de travail *Formations administratives* présidé par M^{me} Yannick Moreau, président de la section sociale. Ainsi, quatorze modules de formation sont proposés (à comparer aux cinq modules proposés précédemment).

Elle est organisée généralement au cours du second trimestre ainsi qu'au mois de septembre. 18 membres en ont bénéficié en 2009.

- Enfin les membres du Conseil d'État ont bénéficié de cours de langues organisés par le CFJA (14 membres) ainsi que de formations bureautiques (8 membres).

Formation des agents du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile

L'année 2009 a été marquée par l'extension des compétences du CFJA aux agents de la Cour nationale du droit d'asile (soit une augmentation de près de 60 % des effectifs).

Parallèlement, le CFJA a proposé un catalogue considérablement augmenté par rapport à l'année 2008 : 73 % des actions proposées étaient des nouveautés. La perspective métier a été privilégiée (68 % des formations proposées).

- Sur les 96 stages offerts au programme de l'année 2009, 54 ont été organisés par le CFJA. Au total, 1 068 participants ont bénéficié d'une moyenne de 1,2 jour de formation, contre 309 agents en 2008, soit une augmentation de 245 %.

Comme indiqué ci-dessus, ces stages relèvent des trois catégories définies à l'article 1 du décret du 15 octobre 2007.

1) L'adaptation immédiate au poste de travail.

Outre le stage d'accueil organisé sur deux jours et demi pour les nouveaux arrivants, des stages spécifiques ont été assurés sur les fonctions propres aux missions du Conseil d'État et de la CNDA, en particulier la conception et la première phase de déploiement, en concertation avec la section du contentieux, d'une formation de proximité. À ce jour, deux modules ont été intégralement réalisés.

2) L'adaptation à l'évolution prévisible des métiers.

Outre des formations déclinées en fonction des différents métiers assurés par les agents, le CFJA a accompagné la mise en place de l'entretien professionnel par des formations dédiées aux agents d'une part et aux responsables d'autre part.

3) Le développement des qualifications ou l'acquisition de nouvelles qualifications.

Des formations dédiées au développement personnel ont été mises en place.

En outre, le CFJA a également organisé une préparation aux examens professionnels, mise en place dès l'annonce du calendrier des épreuves, et a continué de dispenser des cours de langues (principales langues vivantes européennes).

- À ces formations organisées par le CFJA, il convient d'ajouter :
 - les actions organisées par la direction des systèmes d'information pour lesquelles l'effort s'est maintenu sur les différents logiciels bureautiques et métier ;
 - les actions de formation dispensées par des organismes extérieurs. On constate une nette progression du nombre d'actions et du nombre de participants depuis 2008. Les principaux domaines concernés ont été, cette année, les ressources humaines (avec plusieurs stages sur le management, adressés à plusieurs catégories de public), les marchés publics, la sécurité, l'hygiène et la communication.

Statistiques

Formation continue des magistrats administratifs

Adaptation immédiate au poste de travail : 14 stages ont été réalisés, regroupant 71 participants, notamment la préparation à la prise de fonctions des chefs de juridiction et la préparation à la prise de fonctions des présidents de chambre.

Adaptation à l'évolution prévisible des métiers : 33 stages ont été réalisés, regroupant 517 participants, notamment les conférences suivantes : le droit au logement opposable, le revenu de solidarité active, la responsabilité hospitalière et la réparation du préjudice.

Développement des qualifications ou acquisition de nouvelles qualifications : 12 stages ont été réalisés, regroupant 49 participants.

Formations linguistiques : anglais, espagnol, italien, allemand et russe.

Formation continue des agents des greffes

Adaptation immédiate au poste de travail : 17 stages ont été réalisés, regroupant 486 participants. Un effort particulier a été porté sur la formation déconcentrée dispensée au sein des juridictions et relative à la procédure administrative au travers des métiers du greffe.

Adaptation à l'évolution prévisible des métiers : 7 stages ont été réalisés, regroupant 69 participants, notamment le traitement des irrecevabilités et la rédaction des ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de la justice administrative.

Développement des qualifications ou acquisition de nouvelles qualifications : 11 stages ont été réalisés, notamment le contentieux administratif au travers de la jurisprudence du Conseil d'État et des réformes récentes.

Autres formations : 13 stages ont été réalisés.

Formation continue des membres du Conseil d'État

18 membres nouvellement affectés à la section du contentieux et 18 membres en sections administratives ont pu bénéficier d'un accompagnement dans leurs nouvelles fonctions.

Formation continue des agents du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile

Adaptation immédiate au poste de travail : 17 stages ont été réalisés, regroupant 241 participants, notamment la formation à l'application FIDEL et la formation à l'attention des agents chargés de la mise en œuvre des règles d'hygiène et de sécurité (ACMO).

Adaptation à l'évolution prévisible des métiers : 17 stages ont été réalisés, regroupant 528 participants, notamment le management d'une équipe, l'aide juridictionnelle et préparer l'entretien professionnel.

Développement des qualifications ou acquisition de nouvelles qualifications : 21 stages ont été réalisés, regroupant 180 participants, notamment le cycle de formation : la V^e République et l'organisation administrative de la France et l'actualité jurisprudentielle du Conseil d'État.

Autres formations : 15 stages ont été suivis par 46 participants, notamment la formation aux gestes qui sauvent et aux défibrillateurs.

Préparation aux concours et examens professionnels : 4 préparations ont été suivies par 73 agents.

Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Au cours de l'année 2009, la mission permanente d'inspection des juridictions administratives a poursuivi de manière résolue le renouvellement de ses actions et de ses méthodes participant ainsi au mouvement de réforme de la juridiction administrative en contrôlant et en animant le réseau des juridictions administratives selon les dispositions des articles L.112-5, R.112-1 et R.231-4 du code de justice administrative.

Activité de la mission d'inspection des juridictions administratives

En 2009, la mission a procédé à l'inspection de la cour administrative d'appel de Versailles et de sept tribunaux ou ensemble de tribunaux administratifs : Amiens, Bastia, Châlons-en-Champagne, Limoges, Nice, Polynésie, Antilles-Guyane. Le tribunal administratif de Polynésie a été inspecté pour la première fois de son histoire et le tribunal administratif de Cayenne n'avait pas été visité lors de la précédente inspection des tribunaux de la zone.

Ces missions ont été conduites en prenant pour appui le nouveau guide méthodologique, établi en 2008 tant à l'intention des membres de la mission qu'à celle des magistrats des juridictions inspectées. L'objectif de ce guide était de fournir un outil de pilotage performant pour le Conseil d'État comme pour les juridictions administratives, notamment dans le cadre de la préparation des conférences de gestion et des projets de juridiction. Il a conduit à la mise en place de nouveaux principes et règles de conduite dans la préparation des inspections, leur déroulement sur place, le contenu du rapport et l'exploitation de ses conclusions.

Après une phase expérimentale d'utilisation, le guide a été régulièrement employé pour les missions diligentées au cours de l'année 2009, ce qui a notamment permis d'enrichir et de rendre plus homogène le contenu des rapports de mission. Il s'appliquera complètement aux missions diligentées au cours de l'année 2010.

La mission a également participé au mouvement de réforme de la juridiction administrative en amorçant, dès l'année 2008 et à la demande du vice-président du Conseil d'État, la conduite d'études thématiques sur des sujets d'intérêt

commun à l'ensemble des juridictions ou à un groupe d'entre elles. La mission mobilise ses ressources et sa force de proposition pour produire un travail de réflexion et de synthèse propre à éclairer les pouvoirs publics dans l'évaluation ou la conduite de réformes concernant la justice administrative. Elle a constitué à ce titre des groupes de travail composés de membres du Conseil d'État et de chefs de juridiction qui ont notamment procédé à de nombreuses auditions extérieures. Deux expertises sont en cours l'une portant sur l'aide juridictionnelle, l'autre sur les commissaires enquêteurs, les conclusions devant être rendues courant 2010.

Bilan de la participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Le chef de la mission permanente est également, en vertu des dispositions de l'article L. 232-2 du code de justice administrative, 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 la présidence du jury du concours de recrutement complémentaire, en vertu de l'article R. 233-8 du code de justice administrative et procède à la présentation au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sa sélection de candidatures pour l'accès au corps de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel par la voie du tour extérieur ou pour l'accueil en détachement au sein de ce même corps. Il présente enfin au bureau du Conseil d'État son avis sur les candidatures aux tours extérieurs d'accès au Conseil d'État réservés aux magistrats des TA et CAA.

Le chef de la mission assure également 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 ; ces réclamations, en nombre croissant et qui concernent dans leur très grande majorité des délais d'instruction ou d'inscription au rôle d'une audience jugés excessifs donnent toujours lieu à une réponse circonstanciée, même lorsqu'elles apparaissent dénuées de fondement.

Pour la première fois en 2009, 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.

Activité des juridictions spécialisées



Cour nationale du droit d'asile

L'année 2009 aura été pour la Cour nationale du droit d'asile celle du changement.

Emancipée de la tutelle administrative de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) depuis le 1^{er} janvier 2009, elle a désormais rejoint l'espace commun au Conseil d'État, aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs.

Parallèlement, l'année 2009 aura vu l'arrivée au sein de la cour, conformément au vœu du législateur (loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit) de dix magistrats dits *permanents*, c'est-à-dire affectés à plein temps auprès de la cour. Ils représentent plus qu'un simple renfort. La présence de ces nouveaux magistrats au côté du président et des trois vice-présidents, issus des juridictions administratives et judiciaires, contribue à créer à la cour la vie de juridiction qui lui manquait du fait notamment de l'éclatement de sa fonction juridictionnelle en de nombreuses formations de jugement.

L'année 2009 est aussi celle du retournement de tendance dans la demande d'asile, la cour, dans le sillage de l'OFPRA, ayant enregistré au cours de cette année une augmentation de près de 16 % du nombre des recours enregistrés, après trois années de baisse consécutive.

La cour a aussi ressenti pleinement en 2009 les effets de l'entrée en vigueur, à compter de décembre 2008, de l'article 93 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, qui a ouvert aux étrangers la possibilité de solliciter le bénéfice de l'aide juridictionnelle, même s'ils sont entrés irrégulièrement sur le territoire français. Depuis lors, la demande d'aide juridictionnelle a été multipliée par trois à la CNDA et 6 240 requérants ont ainsi bénéficié d'une décision favorable en 2009.

Ce contexte global de changement explique en grande partie la dégradation des résultats de la cour en termes de décisions attendues et de délais moyens de jugement, même si la cour a par ailleurs poursuivi son effort d'assainissement du stock en jugeant prioritairement les affaires les plus anciennes. Le développement de la demande d'aide juridictionnelle et le recours à un avocat dans plus de 80 % des affaires ont été à l'origine d'un nombre de renvois prononcés à l'audience qui a atteint en 2009 un taux de 29,3 %¹ malgré les efforts déployés pour tenter d'enrayer ce phénomène.

1 - Taux reconstitué pour tenir compte des délais de lecture des décisions.

L'ensemble de ces facteurs a conduit à un accroissement de 25 % du nombre d'affaires en instance qui s'établit à 25 845 recours et à un allongement du délai prévisible moyen de jugement à quinze mois et neuf jours à la fin de l'année 2009, soit un allongement moyen de cinq mois par rapport à la fin de l'année 2008.

Les données statistiques figurant dans ce bilan sont pour la première fois issues du logiciel *Skipper*, commun à l'ensemble des juridictions administratives, à l'origine de certaines discordances avec les données communiquées antérieurement à partir des outils statistiques de l'OFPPA.

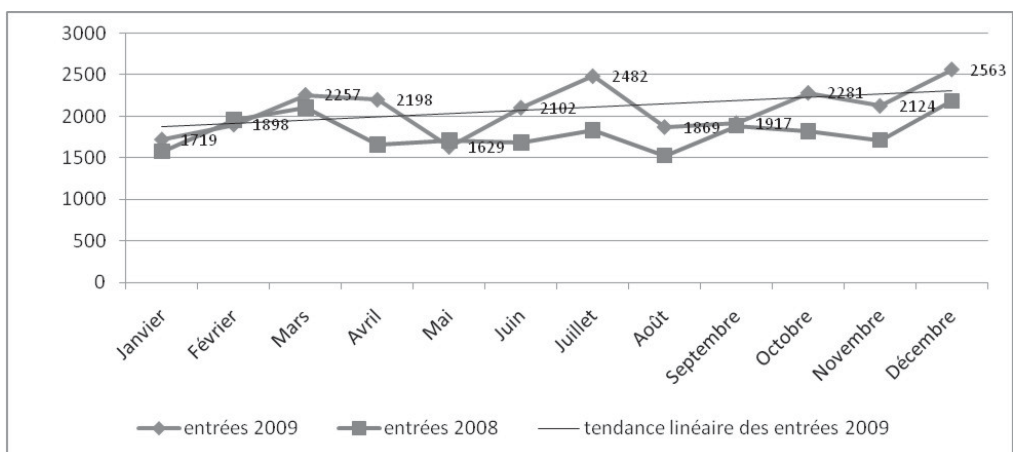
Les recours

En 2009, 81,2 % des décisions de rejet de l'OFPPA ont fait l'objet d'un recours, soit un taux proche de celui de l'année 2008 (80 % en 2008).

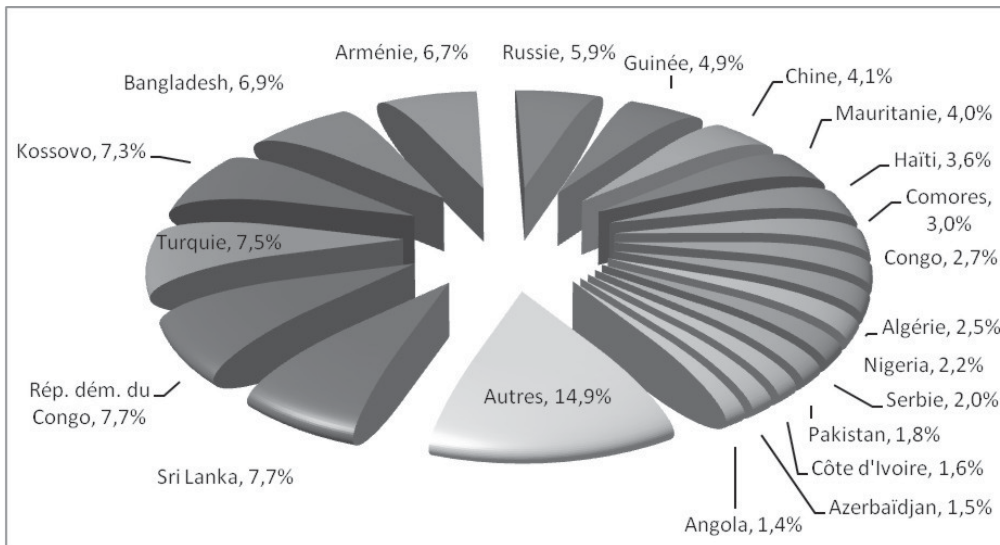
Forte augmentation des recours

Après une baisse continue depuis 2005, le nombre de recours enregistrés devant la CNDA est reparti à la hausse à partir du milieu de l'année 2008. En 2009, l'effet de cette hausse se fait pleinement sentir, la cour ayant enregistré durant cette année 25 040 recours, soit une augmentation de près de 16 % du nombre d'entrées (4 000 demandes supplémentaires par rapport à l'année précédente).

Tableau mensuel des recours enregistrés en 2009



Répartition des entrées par pays de nationalité ou d'origine



Peu de changement dans la répartition des pays d'origine des réquérants

La demande d'asile par pays de provenance n'a pas varié sensiblement par rapport à l'année précédente, si ce n'est la sortie du Mali et l'entrée des Comores dans la liste des vingt pays qui rassemblent toujours 85 % de la demande totale d'asile.

Au sein de ce groupe, la part relative de certains d'entre eux a pu varier dans des proportions inégales qu'il n'est pas toujours aisé de mettre en rapport avec la situation objective des pays concernés.

Il se dégage néanmoins de ces chiffres les tendances suivantes :

- les quatre principaux pays d'origine de demandeurs d'asile connaissent tous une baisse relative de la demande : – 24 % pour les ressortissants sri-lankais, – 10 % pour les ressortissants turcs, – 25 % pour les ressortissants russes, – 8 % pour la demande arménienne ;
- certains pays africains connaissent une augmentation importante, + 25 % pour les ressortissants de République démocratique du Congo, + 58 % pour les ressortissants Guinéens, en lien avec la situation géopolitique particulièrement difficile dans ces régions ;
- les autres pays connaissent dans leur ensemble une augmentation moyenne importante, avec notamment un retour de la demande chinoise (+ 104 %), haïtienne (+ 68 %) et mauritanienne (+ 59 %) ;
- l'explosion de la demande kosovienne provient de l'accession à l'indépendance de ce pays, cette demande étant auparavant rattachée à la Serbie ;
- l'augmentation massive de la demande comorienne (+ 406 %) s'explique principalement par la proximité géographique du nouveau département de Mayotte.

L'activité juridictionnelle

Les décisions

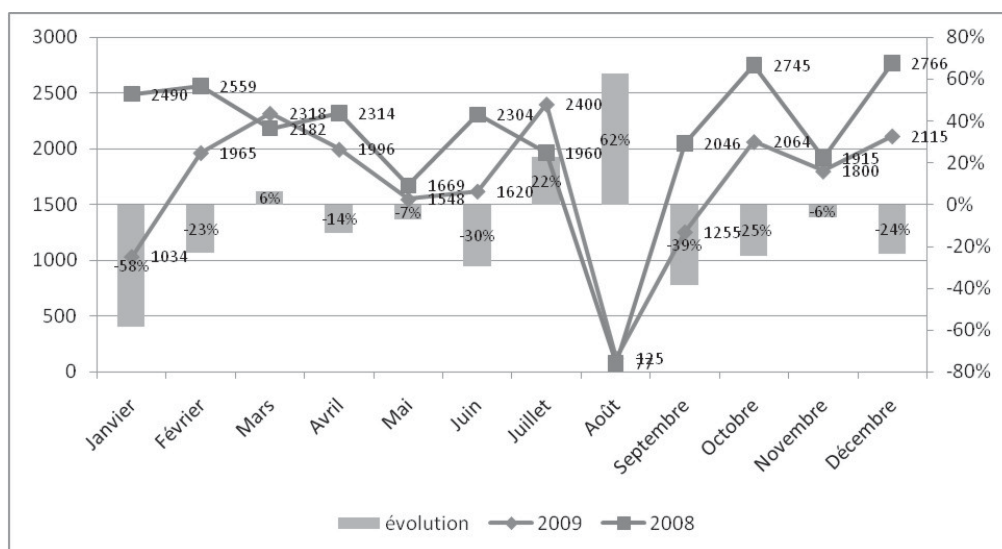
En 2009, la Cour a rendu 20240 décisions, au lieu de 25027 en 2008. Cette baisse de 19 % affecte tant les décisions rendues en formations collégiales que les ordonnances dites classiques ou nouvelles. Celle-ci a plusieurs causes :

– la baisse du nombre des décisions rendues en formations collégiales a pour cause principale l'augmentation des renvois prononcés avant l'audience (29,3 %) ; les causes de ces renvois ont été analysées. Elles tiennent pour partie au droit désormais reconnu à tout demandeur d'asile de demander jusqu'à l'audience l'aide juridictionnelle. D'autres incidents de procédures, tels que des productions tardives de pièces ou de fréquentes absences des requérants à l'audience pour motif médical ou des irrégularités de procédure, conduisent souvent les formations de jugement à devoir renvoyer l'affaire. La cour s'est engagée à réduire le taux moyen de renvois en 2010 autour de 25 % ;

– la baisse des décisions rendues en matière d'ordonnances dites classiques (irrecevabilités, non-lieux, désistements) tient à un meilleur suivi des recours, grâce à l'assistance juridique apportée dans les CADA aux demandeurs d'asile ;

– la baisse des ordonnances dites nouvelles est la conséquence de la décision du Conseil d'État *M.I.* du 10 décembre 2008 qui a conduit la cour à réviser les modalités d'instruction des recours susceptibles d'être rejetés par voie d'ordonnance pour permettre aux requérants de consulter l'ensemble des pièces du dossier.

Tableau comparatif des sorties mensuelles en données corrigées



Répartition et sens des décisions rendues en 2009

		Ordonnances « classiques »	Ordonnances « nouvelles »	Formations collégiales	Total	Part dans les décisions
A – Rejets, désistements et non-lieux	1 – Irrecevabilités	700	0	28	728	3,6 %
	2 – Désistements	305	0	141	446	2,2 %
	3 – Non-lieux	27	0	37	64	0,3 %
	4 – Radiations, avis et autres	19	0	120	139	0,7 %
	5 – Manifestement infondés	0	1 898	0	1 898	9,4 %
	6 – Rejets au fond	0	0	11 602	11 602	57,3 %
	A – Sous-total 1+ 2+ 3+ 4+ 5+ 6	1 051	1 898	11 928	14 877	73,5 %
B – Annulations	7 – Annulations et octrois statut	0	0	4 042	4 042	20,0 %
	8 – Annulations et octrois PS	0	0	1 321	1 321	6,5 %
	B – Sous-total 7+ 8	0	0	5 363	5 363	26,5 %
	Total A + B	1 051	1 898	17 291	20 240	100 %
	Part dans les décisions	5,2 %	9,4 %	85,4 %	100 %	

Le taux global d'annulation des décisions de l'OFPRA est en légère hausse (26,5 % pour 25,3 % en 2008). 80 % d'entre elles conduisent à la reconnaissance du statut de réfugié, tandis que les 20 % restant emportent attribution de la protection subsidiaire, en augmentation constante depuis 2004.

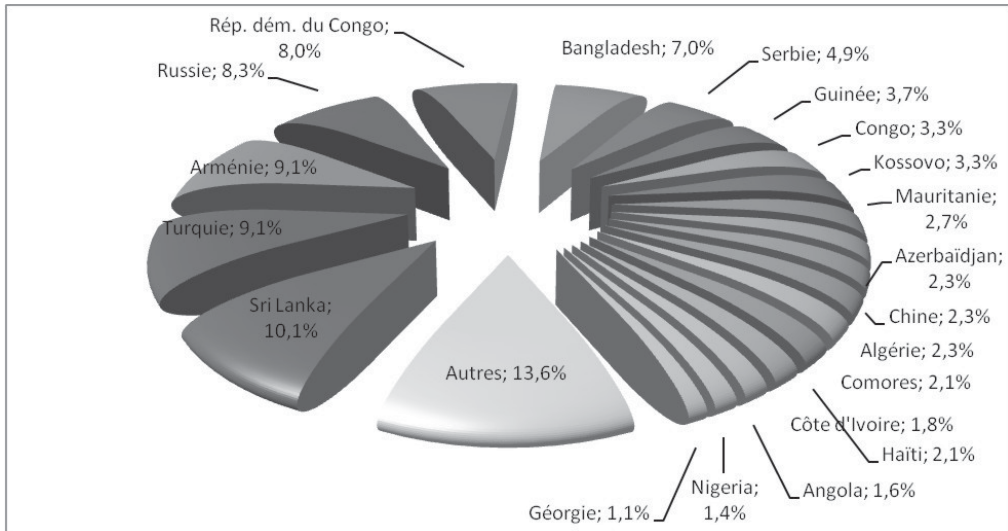
Les rejets prononcés par les formations collégiales sont stables (57 % de l'ensemble des décisions et 81 % de l'ensemble des rejets). Les rejets par ordonnances représentent 14,6 % du total des décisions, contre 15,4 % en 2008.

La répartition par pays des décisions rendues reproduit peu ou prou celle des recours, les six principaux pays étant toutefois légèrement surreprésentés.

Le taux moyen d'annulation varie selon le pays de provenance, le taux le plus élevé en 2009 concerne les recours des ressortissants sri lankais, avec 59,9 %, dont plus de la moitié ont conduit à l'octroi de la protection subsidiaire en application du c) de l'article L. 721-1² relatif à la situation de conflit généralisé. À l'inverse, la demande chinoise conduit à un faible taux d'annulation de 2 %.

2 - CNDA, SR, 27 juin 2008, n° 614422, M. K.

Répartition des décisions par pays de nationalité ou d'origine



Les missions foraines

La CNDA organise depuis 2006 des missions foraines à Mayotte, en Guyane et en Guadeloupe pour permettre aux demandeurs d'asile éloignés d'être entendus par les juges de l'asile. En 2009, deux formations de jugement ont siégé en Guyane et trois à Mayotte. Elles ont respectivement rendu 341 et 292 décisions.

Les ordonnances

Les ordonnances, dites « classiques » (irrecevabilités manifestes non susceptibles d'être couvertes en cours d'instance, non-lieux et désistements), représentent 5,2 % des décisions (1051 décisions en 2009, 1461 en 2008). Les ordonnances dites « nouvelles » (recours ne présentant aucun élément sérieux susceptible de remettre en cause les motifs de la décision de l'OFPRA), prises à l'issue d'une séance entre le président ou un des vice-présidents de la Cour et le rapporteur ayant examiné le dossier, sont au nombre de 1898 en 2009. Elles représentent 9,4 % de l'ensemble des décisions contre 9,6 % l'année précédente.

Les pourvois en cassation

En 2009, 46 décisions de la cour ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, dont 18 émanaient du directeur général de l'OFPRA. Après admission, le Conseil d'État s'est prononcé sur 30 pourvois et a annulé 19 décisions de la Cour nationale du droit d'asile.

Le délai de traitement des recours

Le délai prévisible moyen (indicateur du programme n° 165 de la loi de finances) correspond au nombre de dossiers en stock en fin d'année divisé par la capacité annuelle de jugement durant l'année.

Délai prévisible moyen

	2009	2008
Stock au 31 décembre ⁽¹⁾	25 845	21 046
Sorties cumulées	20 240	25 027
Délai ⁽²⁾	15 mois et 9 jours	10 mois et 2 jours

⁽¹⁾ Le stock 2008 est reconstitué à partir de celui de 2009 et du solde des entrées et des sorties en 2009.

⁽²⁾ Le délai moyen constaté des décisions collégiales correspond à la somme des délais de jugement des affaires jugées pendant l'année divisée par le nombre de dossiers réglés pendant la même période.

Délai moyen constaté des décisions collégiales

	2009	2008
Délai	13 mois et 23 jours	15 mois et 6 jours

L'écart des résultats entre les deux indicateurs s'explique par la prise en compte de l'ancienneté des dossiers dans le second.

Ancienneté des dossiers à la date de la décision

	Nombre de dossiers	Part	Ancienneté cumulée en jours	Part	Part exprimée en mois	Soit un délai moyen par dossier
Moins de six mois	4 052	20,0 %	525 434	6,8 %	0 mois et 25 jours	4 mois et 7 jours
De six à moins de neuf mois	3 649	18,0 %	818 994	10,5 %	1 mois et 9 jours	7 mois et 11 jours
De neuf mois à moins d'un an	3 293	16,3 %	1 041 453	13,4 %	1 mois et 20 jours	10 mois et 11 jours
D'un an à moins d'un an et demi	4 842	23,9 %	2 183 412	28,1 %	3 mois et 16 jours	14 mois et 24 jours
D'un an et demi à moins de deux ans	2 872	14,2 %	1 799 080	23,2 %	2 mois et 27 jours	20 mois et 17 jours
deux ans et au-delà	1 532	7,6 %	1 400 599	18,0 %	2 mois et 8 jours	30 mois et 1 jour
Total	20 240	100,0 %	7 768 972	100,0 %	12 mois et 18 jours	12 mois et 18 jours

La cour a continué de traiter en priorité les dossiers les plus anciens.

Dossiers en instance

Au 31 décembre 2009, le nombre de dossiers en instance est de 25 845.

Dossiers en instance selon l'année d'enregistrement du recours

	Avant 2005	2006	2007	2008	2009	Total
Nombre de recours	15	51	557	4 924	20 298	25 845
Part	0,1 %	0,2 %	2,2 %	19,1 %	78,5 %	100,0 %

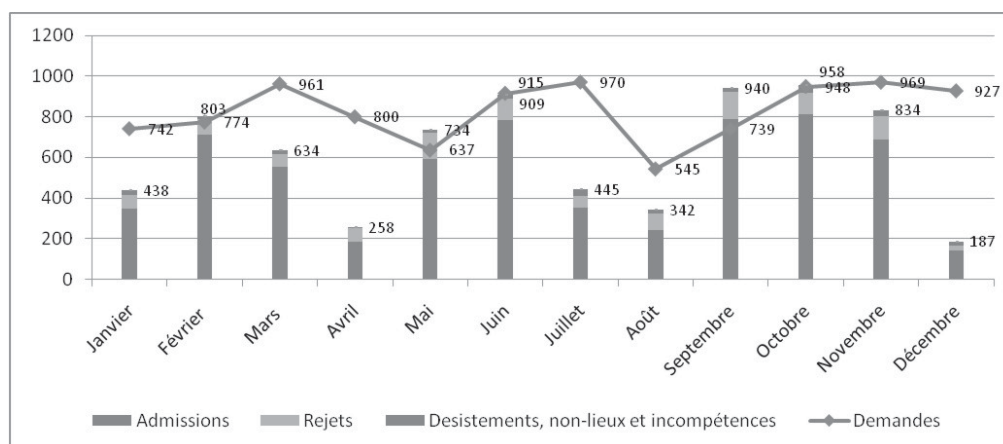
Les 623 recours enregistrés avant 2008 devraient être jugés avant la fin du premier semestre 2010.

Aide juridictionnelle

En 2009, le bureau d'aide juridictionnelle de la CNDA a enregistré 9 927 demandes (contre 3 468 en 2008) soit une multiplication par trois, et prononcé 7 482 décisions définitives (20,5 % de plus par rapport à 2008).

Les admissions à l'aide juridictionnelle sont de 6 185 (1 202 en 2008, soit une augmentation de 415 %).

Activité du bureau d'aide juridictionnelle en 2008



Jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile

Sur la procédure suivie à la Cour, le Conseil d'État relève l'obligation faite au juge de l'asile de prendre connaissance des notes en délibéré (I).

Sur le fond, le Conseil d'État juge notamment que la cour doit se conformer, s'agissant des ressortissants des pays de l'Union européenne, aux normes européennes relatives au droit d'asile (II).

Sur les conditions d'octroi de la protection subsidiaire, la formation des sections réunies de la cour a validé l'approche de l'OFPRA qui accorde cette protection à l'enfant mineur exposé à la pratique coutumière de l'excision dans son pays d'origine. En ce qui concerne les situations de conflit armé, la cour estime que les ressortissants sri-lankais ne sont plus fondés à se prévaloir d'une telle situation depuis le mois de mai 2009. En revanche, la situation prévalant en Somalie doit être qualifiée comme telle.

S'agissant de la protection octroyée aux membres de la famille du bénéficiaire de l'asile, le Conseil d'État s'est prononcé sur la situation des requérants possédant une double nationalité. La cour a affirmé que l'effectivité de la protection subsidiaire accordée à l'enfant mineur implique que celui-ci ne puisse être séparé de sa mère (III).

La cour a fait application de la notion de menace grave pour l'ordre public au sens du d) de l'article L. 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (IV) afin d'exclure le bénéfice de la protection subsidiaire. Enfin, le Conseil d'État s'est prononcé sur la portée de l'annulation par le juge de la reconduite à la frontière à l'égard des demandes de réexamen soumises au juge de l'asile (V).

Procédure

Le Conseil d'État, rappelant que le juge de l'asile est tenu de faire application des règles générales relatives aux productions postérieures à la clôture de l'instruction, estime qu'il appartient dans tous les cas à celui-ci de prendre connaissance des notes en délibéré et de les viser³.

Fond

Champ d'application de la loi

Lors de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, la cour doit faire application de l'article unique du protocole n° 29 annexé au traité instituant la Communauté européenne (*Protocole Aznar*) selon lequel une demande d'asile présentée par une telle personne ne peut être prise en considération ou déclarée admissible pour instruction par un autre État membre que dans quatre cas limitativement énumérés, tenant au non-respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'État d'origine du demandeur, à la mise en œuvre de la procédure de prévention ou de la procédure de sanction d'une violation des droits fondamentaux garantis par le traité sur l'Union européenne ou au traitement de la demande sur la base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée. Il revient donc à la cour de rechercher si ces conditions sont, le cas échéant, réunies⁴.

Par ailleurs, la cour est tenue de statuer sur les conclusions relatives à l'octroi de l'asile territorial (devenu protection subsidiaire) régi par l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁵.

Qualité de réfugié

■ Caractère subsidiaire de la protection offerte par la convention de Genève

Après avoir constaté qu'une personne se déclarant de nationalité nord-coréenne qui, contrairement à ce qui lui avait été demandé par une décision de sursis à statuer de la cour, s'était refusée à prendre l'attache des autorités consulaires de Corée du Sud pour examiner son éligibilité à la nationalité sud-coréenne qu'elle

3 - CE, n° 320295, 3 juillet 2009, *OFPRA c/ M. B.*

4 - CE, 30 décembre 2009, n° 305226, *OFPRA c/ C.*

5 - CE, 9 janvier 2009, n° 286395, *L.*

est en droit de se voir reconnaître, la cour a considéré que celle-ci ne justifiait par aucun des motifs conventionnels son refus de s'adresser à ces autorités⁶.

■ Motifs des persécutions au sens de l'article 1, A, 2^e de la convention de Genève

Les sections réunies de la Cour ont jugé que les personnes ayant manifesté dans les pays de forte prévalence de l'excision leur opposition à cette pratique pour elles-mêmes ou refusé d'y soumettre leurs filles mineures, ayant ainsi transgressé les normes coutumières et étant exposées de ce fait tant à des violences dirigées contre elles-mêmes qu'au risque de voir leurs filles mineures excisées contre leur volonté, appartiennent, lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'être protégées par les autorités publiques, à un groupe social justifiant la reconnaissance de la qualité de réfugié⁷. Toutefois, ces mêmes sections ont considéré que les parents d'enfants nés en France où l'excision est pénalement réprimée ne peuvent être regardés comme appartenant à un tel groupe par le seul fait qu'ils se sont abstenus de faire exciser leur enfant dans ce pays. Il en est de même pour une enfant qui, compte tenu de son jeune âge, ne peut manifester son refus de la pratique de l'excision⁸.

A contrario, une jeune fille âgée de 14 ans, ayant fui la Guinée pour éviter d'être excisée, a été regardée comme étant en âge de manifester son opposition à cette coutume et reconnue réfugiée sur le fondement de son appartenance à un certain groupe social⁹.

Par ailleurs, a été considéré comme appartenant à un groupe vulnérable et de ce fait éligible à la qualité de réfugié, un ressortissant de la République démocratique du Congo, d'une part, victime de persécutions en raison de son albinisme, les personnes présentant dans ce pays une telle caractéristique étant communément regardées comme détenteurs de pouvoirs maléfiques et, d'autre part, dans l'impossibilité d'obtenir de l'État dont il possède la nationalité aucune mesure effective pour assurer sa protection¹⁰.

Enfin dès lors que des mesures de police s'inscrivent dans le cadre de la lutte contre le terrorisme auquel un pays demeure confronté [en l'espèce l'Algérie] et sont commandées par l'obligation de garantir la sécurité publique, les craintes invoquées par un requérant à l'égard desdites mesures, susceptibles de lui être appliquées à son arrivée en Algérie du fait de la nature et du degré de son implication dans la mouvance internationale de l'islamisme radical ne relèvent pas du champ d'application de l'article 1^{er}, A, 2 de la convention de Genève¹¹.

6 - CNDA, 23 décembre 2009, n° 636547/08017005, *M^{me} K.*

7 - CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 637716/08018178, *M^{me} F.*

8 - CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 637717/08018179, *M^{lle} D.*

9 - CNDA, 28 juillet 2009, 636210/08016675, *M^{lle} D.*

10 - CNDA, 28 avril 2009, 629447/08009915, *K. T.*

11 - CNDA, 31 juillet 2009, n° 630580/08011051, *D. i.*

■ Action en faveur de la liberté

Après avoir rappelé que l'exercice de la liberté d'expression et de communication est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés, la Cour a jugé qu'un ressortissant de la Fédération de Russie victime de persécutions pour avoir facilité la mission de journalistes étrangers qui s'étaient rendus clandestinement en Tchétchénie afin de rendre compte du conflit se déroulant dans cette république, avait agi en faveur de la liberté au sens de l'article L. 711-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹².

Protection subsidiaire

■ Traitements inhumains et dégradants

Le risque pour un parent que sa fille soit excisée contre sa volonté ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant justifiant l'octroi, à titre personnel, de la protection subsidiaire¹³.

Si le cas des jeunes enfants menacés d'excision n'entre pas dans le champ d'application de la convention de Genève (*M^{lle} D.* n° 637717/08018179 précité), les sections réunies ont estimé, en revanche, que cette mutilation grave et irréversible constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article L. 712 – 1 b) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁴.

■ Situations de conflits armés

Les ressortissants sri-lankais d'origine tamoule ne sont plus fondés à se prévaloir de la situation de conflit armé ayant prévalu dans les régions du Nord et de l'Est du Sri-Lanka depuis la victoire incontestée de l'armée sri-lankaise sur l'organisation des *Tigres de libération de l'Eelam tamoul*¹⁵ en mai 2009.

En revanche, la Cour a estimé que la dégradation de la situation politique et sécuritaire en Somalie résultait d'affrontements opposant les forces gouvernementales à plusieurs clans et milices islamiques. Aussi, ces affrontements, ainsi qu'en a pris acte le Conseil de sécurité des Nations Unies, caractérisent une situation de violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne au sens de l'article L. 712-1 c.¹⁶

Extension de la protection

■ Principe de l'unité de famille

Un requérant possédant une double nationalité ne peut bénéficier de l'application à son profit du principe de l'unité de famille lorsque la protection de son autre pays de nationalité ne lui fait pas défaut¹⁷.

12 - CNDA, 2 juillet 2009, 629612/08010080, V.

13 - CNDA, Sections réunies, 12 mars 2009, 638891/08019372, *M^{me} D. ép. K.*

14 - CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 639907/08019454, *M^{lle} K.*

15 - CNDA, 9 juillet 2009, n° 608697/07011854, P.

16 - CNDA, 9 juin 2009, N° 639474/08019905, H.

17 - CE, 23 février 2009, 283246, *OFPRA c/B.*

■ Extension de la protection subsidiaire

La mise en œuvre effective de la protection subsidiaire au bénéfice d'une enfant exposée au risque d'être excisée, impose que celle-ci ne soit pas séparée de sa mère. Aussi, en l'absence de dispositions législatives octroyant de plein droit un titre de séjour à celle-ci, il convient que la même protection soit étendue à cette dernière, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public (*M^{me} D. ép. K.* précité).

Exclusion de la protection

Il existe des raisons sérieuses de penser que les activités d'un requérant, condamné pour trafic de stupéfiants et s'étant soustrait aux obligations du régime de semi-liberté en fin de peine, constituent une menace grave pour l'ordre public au sens du d) de l'article L. 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile l'excluant du bénéfice de la protection subsidiaire¹⁸.

Réexamen

Une décision du juge de la reconduite à la frontière ne s'impose pas avec l'autorité absolue de la chose jugée au juge de l'asile, eu égard à ses compétences propres et à son office. Toutefois cette décision implique que le juge procède à un réexamen de l'ensemble des faits soumis à son appréciation¹⁹.

18 - CNDA, 6 avril 2009, 634810/08015283, *I.*

19 - CE, 3 juillet 2009, n° 291855, *T.*

Commission centrale d'aide sociale

La Commission centrale d'aide sociale a été saisie en 2009 d'un nombre de dossiers en légère augmentation par rapport au nombre de dossiers enregistrés en 2008. Cette augmentation a présenté de grandes différences selon les types d'aides :

- le contentieux de la couverture maladie universelle (CMU) complémentaire a enregistré une baisse de 45 dossiers ;
- le contentieux de l'aide sociale aux personnes âgées a diminué de 17 dossiers ;
- le nombre de dossiers de RMI, en revanche, s'est accru de 221 (+ 26,00 %), malgré l'arrivée du RSA.

Les commissions départementales d'aide sociale continuent d'envoyer des dossiers qu'elles ont elles-mêmes en stock.

Cette augmentation avait déjà été très importante l'an passé.

Le nombre de dossiers enregistrés pour les autres formes d'aides sont restés relativement stables :

- l'aide sociale aux personnes handicapées : 51 dossiers contre 61 ;
- l'allocation personnalisée d'autonomie : 35 dossiers contre 36 pour ;
- le nombre de dossiers concernant le domicile de secours n'a pas varié.

La Commission d'aide sociale a tenu 143 audiences en 2009, avec une diminution volontaire des audiences en CMU, afin d'adapter au nombre de dossiers entrants, mais avec une très nette augmentation des audiences pour le contentieux RMI, le nombre de rapporteurs mobilisés étant pratiquement identique au nombre des rapporteurs traitant les autres dossiers.

Trois auditeurs au Conseil d'État sont venus à la CCAS pour exercer des fonctions de rapporteur, remplaçant les départs de trois autres auditeurs assurant ces fonctions les deux précédentes années.

Le nombre d'affaires jugées a connu une évolution différente selon les formes d'aides :

- allocation personnalisée d'autonomie : 80 dossiers (122 en 2008) ;
- aide sociale aux personnes handicapées : 50 (43 en 2008) ;
- couverture maladie universelle complémentaire : 355 dossiers (446 en 2008) ;
- domicile de secours : 72 dossiers (127 en 2008) ;
- aide sociale aux personnes âgées : 232 dossiers (261 en 2008) ;
- RMI : 916 dossiers (1 042 en 2008).

Ainsi, malgré la complexité de plus en plus grande des dossiers RMI et le faible nombre de dossiers traités par certains rapporteurs (8 à 12), qui ne participent

parfois qu'à une audience par trimestre, le nombre de dossiers jugés va permettre de traiter sans doute en 2011 le stock de dossiers en attente.

Compte tenu des efforts déployés par tous les membres de la juridiction et par les agents de son greffe, qui ont récupéré une partie de la gestion du RMI, en contrepartie de la diminution des dossiers des autres formes d'aides, les résultats de l'année 2009 peuvent être considérés comme positifs.

Si le rythme des audiences se maintient et si le nombre de rapporteurs reste à ce niveau, début 2010, devraient être jugés des dossiers RMI enregistrés dans le courant de 2009.

On ne saurait pour autant considérer la situation comme vraiment satisfaisante. Beaucoup d'affaires ne viennent pas devant la Commission centrale d'aide sociale parce que les commissions départementales d'aide sociale tardent à les inscrire à leurs propres rôles, ou parce que les décisions des commissions départementales d'aide sociale n'offrent pas prise à un appel aux yeux de justiciables désorientés par leur défaut de motivation ou leur caractère péremptoire. Beaucoup d'affaires enregistrées à la Commission d'aide sociale tardent à être jugées faute de diligence des commissions départementales d'aide sociale qui ne transmettent pas des dossiers complets, et des conseils généraux qui tardent à répondre ou qui ne répondent pas aux suppléments d'instruction. La réforme des commissions départementales d'aide sociale préconisée par le rapport du Conseil d'État de 2004 n'étant pas intervenue une justiciabilité digne de ce nom n'est pas assurée en matière d'aide sociale.

Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale

La Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale est une juridiction administrative spécialisée qui connaît des litiges relatifs aux décisions par lesquelles les autorités publiques allouent des ressources aux établissements de santé et aux établissements et services sociaux ou médico-sociaux, publics ou privés. Elle statue en appel sur les affaires jugées en première instance par cinq tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale.

Ces juridictions ont connu une importante réforme visant à en renforcer les garanties d'impartialité, conformément aux préconisations de l'étude du Conseil d'État sur *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social* publiée en avril 2004, afin de rendre leur composition et les règles de leur fonctionnement compatibles avec 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.

Activité et statistiques

Pour heureuses qu'elles soient, ces réformes ont eu pour effet de suspendre l'activité de ces juridictions pendant plusieurs années et de créer une situation préoccupante quant au stock d'affaires en instance d'être jugées et aux délais de jugement. S'agissant spécialement de la Cour nationale, ce stock s'est élevé jusqu'à 688 affaires au 31 décembre 2006. Puis l'activité de la Cour nationale a repris progressivement. Il restait 388 affaires à juger au 31 décembre 2007 et 259 au 31 décembre 2008.

Diverses mesures ont été prises pour permettre à la Cour de résorber plus rapidement son retard à compter de 2009. Le décret n° 2008-1164 du 13 novembre 2008 a permis de nommer plusieurs présidents suppléants et d'augmenter le nombre des commissaires du gouvernement. Des dispositions ont été prises également pour accroître la disponibilité des rapporteurs. L'ensemble de ces mesures a permis à la Cour de tenir en 2009 11 séances, assurant le jugement de 158 affaires. Compte tenu du règlement par ordonnance de 47 affaires et de l'enregistrement de 27 requêtes nouvelles, **le stock au 31 décembre 2009 a été**

réduit à 81 dossiers. Le bilan chiffré de l'activité juridictionnelle en 2009 est donc très positif, la situation de la Cour s'étant considérablement assainie. La Cour envisage de tenir 6 ou 7 séances en 2010, nombre suffisant si le nombre des nouvelles requêtes reste au niveau constaté ces dernières années.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
33	162	259	27	205	81

Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins

Attributions et missions

Les attributions et missions des sections des assurances sociales de l'Ordre national des médecins résultent des dispositions du code de la sécurité sociale notamment des articles L. 145-1 et L. 145-2 et R. 145-1 et suivants. Ces juridictions connaissent, en première instance, des plaintes formées essentiellement par les organismes d'assurance-maladie, des caisses de mutualité sociale agricole et les autres organismes assureurs à raison de fautes, abus, fraudes et tous faits intéressants l'exercice de la profession relevés à l'encontre des médecins, des masseurs-kinésithérapeutes et des infirmiers. Elles peuvent prononcer à leur encontre les sanctions énumérées à l'article L. 145-2 du code de la sécurité sociale.

En première instance, les plaintes sont examinées par des sections des assurances sociales des conseils régionaux de l'Ordre des médecins ; les appels sont formés devant la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins ; les pourvois en cassation relèvent de la compétence du Conseil d'État.

Statistiques

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
164	125	162 ⁽¹⁾	156	156 ⁽²⁾	162 ⁽³⁾

⁽¹⁾ 162 dossiers en instance auxquels s'ajoutent 25 dossiers en attente de notification.

⁽²⁾ Dont 4 ordonnances.

⁽³⁾ 162 dossiers en instance auxquels s'ajoutent 21 dossiers en attente de notification.

Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des chirurgiens-dentistes

Attributions et missions

La chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des chirurgiens-dentistes est l'instance nationale d'appel des décisions des chambres disciplinaires de première instance établies à l'échelon régional.

Ces juridictions disciplinaires, qui sont visées respectivement aux articles L. 4122-3 et L. 4124-1 et suivants du code de la santé publique, statuent sur les plaintes dirigées contre les chirurgiens-dentistes et formées essentiellement par les conseils départementaux de l'Ordre agissant de leur propre initiative ou à la suite de plaintes formées notamment par les patients. Le code de déontologie des chirurgiens-dentistes figure aux articles R. 4127-201 et suivants du code de la santé publique.

Les sanctions infligées par ces juridictions sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire, avec ou sans sursis, d'exercer la profession de chirurgien-dentiste – cette interdiction ne pouvant excéder trois ans – et la radiation du tableau de l'Ordre.

Activité et statistiques

La chambre s'est réunie 11 fois en audience publique. 2 requêtes ont été examinées en audience non publique. Il a été statué sur 52 requêtes et il a été rendu une ordonnance pour fixer les modalités d'exécution d'une sanction suite à un recours devant le Conseil d'État non admis.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
68	67	48	68	52	64

Les statistiques pour l'année 2009 de la chambre disciplinaire nationale appellent trois observations :

– La première observation tient au fait que le nombre des requêtes en instance au 31 décembre 2007, qui reprenait des stocks inexactement calculés, était suré-

valué et était en réalité de 47 requêtes et non de 73. Une rectification, qui s'imposait en fait depuis de nombreuses années, a donc été effectuée.

– En deuxième lieu, le fléchissement en 2009 de l'activité de la chambre disciplinaire nationale n'est qu'apparent. Il provient d'un décalage intervenu pour des raisons circonstanciées à la fin de l'année 2009 entre la date de jugement et la date de lecture, un nombre très sensible de requêtes jugées à la fin de l'année 2009 n'ayant été lues qu'au début de l'année 2010.

– Rappelons enfin que l'objectif de la chambre disciplinaire nationale est, comme celui de la section des assurances sociales, de juger les requêtes dans le délai maximum d'un an.



Section des assurances sociales du conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes

Attributions et missions

La section des assurances sociales du conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes est l'instance nationale d'appel des décisions des sections des assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance.

Ces juridictions qui traitent le « *contentieux du contrôle technique* » visé aux articles L. 145-1 et suivants du code de la sécurité sociale ont pour but de sanctionner « *les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des (...) chirurgiens-dentistes (...) à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux* ».

Elles sont saisies essentiellement par les caisses primaires d'assurance-maladie et par les médecins-conseils chef de service.

Les sanctions qu'elles infligent sont l'avertissement, le blâme (avec ou sans publication), l'interdiction temporaire ou permanente, avec ou sans sursis, du droit de donner des soins aux assurés sociaux et, dans le cas d'abus d'honoraires, le remboursement à l'assuré du trop-perçu ou le reversement aux organismes de sécurité sociale du trop remboursé.

Activité et statistiques

La section s'est réunie 23 fois, en audience publique. Elle a statué sur 69 requêtes et a rendu 2 ordonnances de fixation des dates d'exécution de la sanction, prises après rejet du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. 11 décisions de la section, prises en 2009, font l'objet d'un pourvoi en cassation, en cours d'examen.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
57	59	75	76	69	82

Malgré une augmentation très sensible du nombre des requêtes jugées en 2009 par la section des assurances sociales du Conseil national, le nombre des requêtes en instance au 31 décembre 2009 a augmenté par rapport à celui constaté au 31 décembre 2008. Aussi des séances supplémentaires de jugement ont-elles été prévues en 2010 de manière à ramener le délai maximum de jugement des appels à un an.



Chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens

Attributions et missions

L'Ordre national des pharmaciens a notamment pour mission d'assurer le respect des devoirs professionnels (article L. 4231-1 du code de la santé publique). Il doit ainsi veiller au respect, par chacun de ses membres, du code de déontologie pharmaceutique (articles R. 4235-1 à R. 4235-77). À ce titre, il dispose de chambres de discipline. Saisies d'une plainte à l'encontre d'un pharmacien, celles-ci peuvent prononcer, en cas de manquement déontologique ou en cas de faute professionnelle, l'une des sanctions disciplinaires prévues à l'article L. 4234-6 du code de la santé publique. La chambre de discipline du Conseil national, présidée par un conseiller d'État, est la juridiction d'appel des chambres de discipline de première instance siégeant au niveau des conseils régionaux (pharmaciens d'officine) ou centraux (autres pharmaciens).

Activité et statistiques

L'année 2009 a permis d'absorber pour une large part l'accroissement du nombre des appels qui avait marqué l'année 2008 (+ 29 %). En effet, le nombre des appels enregistrés en 2009 (66) est en très nette diminution par rapport à celui de l'année précédente (108). Parallèlement, le nombre d'affaires jugées se trouve, lui, en légère augmentation (82 affaires en 2009 contre 78 en 2008). Au final, Le nombre des affaires en instance au 31 décembre 2009, soit 66, est donc redescendu à un niveau plus proche de celui du 31 décembre 2007, soit 52.

Il est à noter qu'à ces affaires du contentieux disciplinaire s'ajoutent les affaires de nature administrative qui sont examinées par le Conseil national non formé en chambre de discipline. Elles ont été au nombre de 23 en 2009 : 9 déports (affaire disciplinaire attribuée à un autre conseil régional), 8 recours contre des décisions d'inscription ou de radiation du tableau de l'Ordre et 6 affaires relevant de l'article R. 4221-15 du code de la santé publique (exercice pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession).

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
108	78	82	66	82	66

Jurisprudence

Plusieurs décisions de la chambre de discipline ont, en 2009, abordé l'exercice de la biologie en société. Il a ainsi été jugé que si l'article 5-1 de la loi régissant les SEL autorise bien que plus de la moitié du capital social soit détenue par un associé extérieur exerçant la même profession, l'articulation entre le droit des sociétés et les dispositions spécifiques applicables aux SEL fait que cette ouverture du capital n'est pas possible dans une SELARL. En effet, la loi sur les SEL impose que la majorité des droits de vote soit détenue par les associés en exercice. Or, dans une SELARL, chaque associé détient autant de droits de vote qu'il possède de parts sociales.

Il a été reproché, par ailleurs, à plusieurs pharmaciens biologistes de n'avoir pas communiqué à l'Ordre, en infraction avec les dispositions des articles L. 6221-4 et L. 6221-5 du code de la santé publique, des contrats ayant pour objet l'exercice de la profession ou des modifications intervenues dans les statuts de leur SEL.

La chambre de discipline a également confirmé à plusieurs reprises sa jurisprudence en matière de déconditionnement/reconditionnement des spécialités en vue de leur délivrance sous forme de piluliers à des résidents en maison de retraite. Elle considère qu'il s'agit là d'une activité autorisée pour le pharmacien d'officine sur le fondement de l'article R. 4235-48 du code de la santé publique, mais elle a jugé qu'à l'occasion d'une telle activité, le pharmacien ne pouvait, en vertu de l'article R. 4235-18, se soumettre à aucune contrainte technique, par exemple en signant un cahier des charges qui lui impose l'emploi d'un matériel d'une marque donnée ou qui l'oblige au versement d'une somme d'argent au bénéfice de la maison de retraite concernée.

Enfin, d'autres griefs se sont retrouvés dans plusieurs dossiers : citons, à titre d'exemple, parmi les plus marquants, l'ouverture de l'officine en l'absence de pharmacien ou la vente de médicaments par du personnel non qualifié.

Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens

Attributions et missions

En plus du contentieux disciplinaire, l'Ordre des pharmaciens est chargé de la mise en œuvre du contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale. Celui-ci est organisé par les articles L. 145-4 et R. 145-1 et suivants du code de la sécurité sociale et se trouve confié à des juridictions spécialisées appelées sections des assurances sociales. Celle du Conseil national intervient en tant que juridiction d'appel. L'objet de ce contentieux particulier est de réprimer les fautes, abus ou fraudes commis par des pharmaciens à l'occasion des fournitures servies aux assurés sociaux.

Activité et statistiques

L'année 2009 a permis d'observer une baisse très nette des appels enregistrés par rapport à l'année précédente (- 50 %). Dans le même temps, le nombre d'affaires jugées se trouve, lui, en notable augmentation (19 affaires en 2009 contre 14 en 2008). Le nombre d'affaires restant en instance au 31 décembre 2009, soit 11, est donc en baisse et correspond à moins d'une année d'activité de la juridiction.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
24	14	18	12	19	11

Jurisprudence

La nature même du contentieux du contrôle technique fait que les dossiers soumis à la section des assurances sociales du Conseil national soulèvent rarement d'importantes difficultés juridiques. Il s'agit le plus souvent de facturations anormales dont il convient d'apprécier si elles sont simplement abusives ou bien de nature frauduleuse, faites dans un souci de lucre.

Chambre disciplinaire nationale et section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des sages-femmes

Attributions et missions

La chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des sages-femmes a succédé, avec une composition différente, à la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre ; elle est juge d'appel des décisions rendues à l'échelon interrégional par les cinq chambres disciplinaires de première instance, à la suite de plaintes dirigées contre les sages-femmes inscrites au tableau de l'Ordre (articles L. 4122-3 et L. 4124-7 du code de la santé publique).

La section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des sages-femmes est juge d'appel des décisions rendues en première instance par les cinq sections des assurances sociales des conseils interrégionaux de l'Ordre 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 sages-femmes à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux (article L. 145-1 du code de la sécurité sociale).

Activité et statistiques

Si l'activité des deux juridictions nationales a été très réduite ou nulle au cours de l'année 2009, le nombre de décisions rendues par les juridictions de première instance a été respectivement de 10 en ce qui concerne les chambres disciplinaires et de 1 en ce qui concerne les sections des assurances sociales.

	2008			2009		
	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
Chambre disciplinaire	1	0	1	4	1	4 ⁽¹⁾
Section des assurances sociales	0	0	0	0	0	0

⁽¹⁾ Dont 2 en attente de notification.

Chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires

Attributions et missions

Les missions de la chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires sont définies par le code rural. Selon les articles L. 242-5 et L. 242-6, la chambre de discipline réprime tous les manquements des docteurs vétérinaires aux devoirs de leur profession. Cette chambre a compétence pour tout ce qui concerne l'honneur, la moralité et la discipline de la profession.

Activité et statistiques

En 2009, la Chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires a statué sur un nombre d'affaires supérieur à celui de l'année dernière (36 affaires contre 30). Dix-huit affaires restent en stock au 31 décembre 2009 (contre quatre en 2008), cette augmentation étant en partie due à l'absence de constitution de chambres régionales de discipline au cours du second semestre de l'année 2008, liée au renouvellement partiel des conseils régionaux.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
28	30	4	47	36	18

Pour la première fois cette année, chaque Conseil régional de l'Ordre des vétérinaires a pu saisir au plan informatique les affaires disciplinaires jugées dans sa région durant les douze derniers mois (la période de référence est très exactement le dernier trimestre 2008, et les trois premiers trimestres 2009). Durant la période de référence, 99 décisions ont été rendues, dont 48 sanctions et 32 relaxes, le solde étant représenté par les autres types de solutions (dessaisissement, retrait de plainte ou d'appel, rejet de la requête...).

Les affaires examinées cette année ont porté, par ordre décroissant, sur **des faits** liés à des défauts de qualité des soins (22), sur ceux liés à un manque de confraternité (12) ou sur des questions de communication, de publicité ou de signalétique (11).

Lorsqu'on considère le nombre de sanctions infligées par nature de faits reprochés, on observe une érosion de 50 % par rapport aux plaintes de départ en ce

qui concerne la qualité des soins, puisque seulement 11 sanctions sont comptabilisées pour ces raisons...

Les articles du code pour lesquels les vétérinaires ont été le plus souvent sanctionnés sont, à égalité, l'article R. 242-70 (communication) et le R. 242-39 (confraternité).

Les plaignants ont été surtout des vétérinaires (45) suivis par les particuliers (33).





Chambre nationale de discipline des architectes

Attributions et missions

La chambre nationale de discipline des architectes est la juridiction d'appel des chambres régionales de discipline. Son siège est fixé au Conseil national de l'Ordre, qui en assure le secrétariat et le fonctionnement. Elle est composée d'un conseiller d'État et de trois architectes. La procédure devant la chambre nationale de discipline est écrite et contradictoire. Ses décisions sont susceptibles de recours en cassation devant le Conseil d'État.

Activité et statistiques

La chambre nationale a tenu deux audiences en 2009.

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
18	30	74	13	21	66

Haut Conseil du commissariat aux comptes

Attributions et missions

Autorité de contrôle externe à la profession, le Haut Conseil du commissariat aux comptes contribue à une meilleure transparence de la fonction de commissariat aux comptes et à renforcer son contrôle. Institué auprès du Garde des Sceaux, il assure la surveillance de la profession avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

Le Haut Conseil du commissariat aux comptes constitue des commissions consultatives spécialisées. Il peut s'adjoindre des experts pour préparer ses avis et décisions.

Le législateur l'a investi de deux missions essentielles :

- assurer la surveillance de la profession ;
- veiller au respect de la déontologie et notamment de l'indépendance des commissaires aux comptes ;

Pour l'accomplissement de cette mission, le Haut Conseil est chargé :

- d'organiser les contrôles de l'activité des professionnels ;
- d'émettre un avis sur le code de déontologie de la profession ;
- d'émettre un avis sur les normes d'exercice professionnel ;
- d'identifier et de promouvoir les bonnes pratiques professionnelles ;
- de définir et de superviser les orientations et le cadre des contrôles périodiques.

Il est également investi de compétences de jugement. Il est, d'une part, l'organe d'appel des chambres régionales en matière disciplinaire et en matière d'inscription, d'autre part, organe d'appel des mêmes chambres sous le contrôle du Conseil d'État, juge de cassation en matière d'honoraires, sous le contrôle de la Cour de cassation.

Statistiques

2008			2009		
Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2007	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre 2008
17 ⁽¹⁾	7 ⁽²⁾	13	44	14 ⁽³⁾	44

(1) dont une décision avant dire droit.

(2) dont un désistement.

(3) dont une décision avant dire droit.

Bilan statistique de l'activité des juridictions administratives spécialisées

	2008			2009		
	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre
Cour nationale du droit d'asile	21 636	25 067	20 596	25 040 ⁽¹⁾	20 240	25 396
Juridictions sociales						
Commission centrale d'aide sociale	2 009	2 006	1 077 ⁽²⁾	1 749	1 702	1 484
Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale	33	162	259	27	205	81
Juridictions disciplinaires						
Conseil national – Ordre des médecins <i>Section disciplinaire</i> <i>Section des assurances sociales</i>	370 64	335 125	115 162 ⁽³⁾	514 156	379 156 ⁽⁴⁾	250 162 ⁽⁵⁾
Conseil national – Ordre des chirurgiens-dentistes <i>Chambre disciplinaire</i> <i>Section des assurances sociales</i>	68 57	67 59	48 75	68 76	52 69	64 82
Conseil national – Ordre des pharmaciens <i>Chambre de discipline</i> <i>Section des assurances sociales</i>	108 24	78 14	82 18	66 12	82 19	66 11
Conseil national – Ordre des sages-femmes <i>Section disciplinaire</i> <i>Section des assurances sociales</i>	1 0	0 0	1 0	4 0	1 0	4 ⁽⁶⁾ 0
Chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires	28	30	4	47	36	18
Chambre nationale de discipline des architectes	18	30	74	13	21	66
Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts	7	10	5	22	9	18
Haut Conseil du commissariat aux comptes	17 ⁽⁷⁾	7 ⁽⁸⁾	13	44	14 ⁽⁹⁾	44
Chambre nationale de discipline de l'Ordre des experts-comptables	9	14	16 ⁽¹⁰⁾	13	18	20

⁽¹⁾ La différence constatée dans l'évolution arithmétique du stock de la cour par rapport au solde des entrées et des sorties est la conséquence du changement de l'outil de gestion des procédures ainsi que des bases de données. En raison de son rattachement au Conseil d'État, la CNDA a adopté les outils informatiques des juridictions administratives qui diffèrent de ceux utilisés précédemment.

⁽²⁾ Auxquels s'ajoutent 360 dossiers pour un stock reconstitué de 1 437 dossiers.

⁽³⁾ 162 dossiers en instance auxquels s'ajoutent 25 dossiers en attente de notification.

⁽⁴⁾ Dont 4 ordonnances.

⁽⁵⁾ 162 dossiers en instance auxquels s'ajoutent 21 dossiers en attente de notification.

⁽⁶⁾ Dont 2 en attente de notification.

⁽⁷⁾ Dont une décision avant dire droit

⁽⁸⁾ Dont un désistement

⁽⁹⁾ Dont une décision avant dire droit

⁽¹⁰⁾ Auxquels s'ajoutent 9 dossiers, pour un stock reconstitué de 25 dossiers au 31 décembre 2008

Avis du conseil d'État en 2009



Avis

Autorités administratives indépendantes

Outre mer

- Section de l'intérieur – Avis n° 383.316 – 22 décembre 2009347

Communautés européennes et Union européenne

Marchés et contrats

- Section de l'administration – Avis n° 383.264 – 1^{er} décembre 2009353

Communautés européennes et Union européenne

Contributions et taxes

Spectacles, sports et jeux

- Assemblée générale – Avis n° 383.270 – 26 novembre 2009368

Contributions et taxes

- Section des finances – Avis n° 382.545 – 31 mars 2009376

Contributions et taxes

- Section des finances – Avis n° 383.197 – 27 octobre 2009384

Contributions et taxes

Nature et environnement

- Section des travaux publics – Avis n° 383.024 – 6 octobre 2009387

Droits civils et individuels

Spectacle, sport et jeux

- Section de l'intérieur – Avis n° 382.443 – 24 mars 2009389

Fonctionnaires et agents publics

- Section de l'administration – Avis n° 382.741 – 28 et 29 mai 2009391

Juridictions administratives et judiciaires

- Assemblée générale – Avis n° 382.293 – 19 février 2009398

Outre mer

- Section de l'intérieur – Avis n° 383.317 – 22 décembre 2009400



Outre mer	
Droits civils et individuels	
■ Section de l'intérieur – Avis n° 383.218 – 10 novembre 2009.....	403
Outre mer	
Eaux	
■ Section des travaux publics – Avis n° 382.935 – 1 ^{er} septembre 2009...	405
Outre mer	
Elections et référendum	
■ Assemblée générale – Avis n° 382.327– 8 janvier 2009	407
Outre mer	
Logement	
■ Section des travaux publics – Avis n° 383.048 – 13 octobre 2009.....	410
Outre mer	
Ordonnance de l'article 74-1 de la Constitution	
■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.625 – 17 mars 2009	411
■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.646 – 24 mars 2009	413
■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.647 – 24 mars 2009	414
■ Section des finances – Avis n° 382.684 – 12 mai 2009	415
■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.754 – 16 juin 2009	418
■ Section des finances – Avis n° 382.989 – 28 juillet 2009	420
Outre mer	
Poste et communications électroniques	
■ Section des travaux publics – Avis n° 383.075 – 17 novembre 2009 ...	421
Outre mer	
Transports	
■ Section des travaux publics – Avis n° 382.369 – 17 février 2009.....	425
Police	
■ Section des travaux publics – Avis 382.352 – 31 mars 2009.....	428
Ports	
■ Section des travaux publics – Avis n° 382.669 – 14 avril 2009	430
Poste et Communications électroniques	
■ Section des travaux publics – Avis n° 382.574 – 7 avril 2009.....	432

Autorités administratives indépendantes

Notion – Compétence pour les instituer – Loi.

Outre mer

Nouvelle-Calédonie – Accord de Nouméa – Transfert de compétences.

Autorités administratives indépendantes – Compétence pour les instituer – Concurrence, télécommunications et dialogue social.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 383.316 – 22 décembre 2009

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie relative à la question suivante : qui, de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces, serait compétent pour instituer des autorités administratives indépendantes en Nouvelle-Calédonie, notamment en matière de concurrence, de télécommunications et de dialogue social ?

Vu la transmission par le président du tribunal administratif de Nouméa en application de l'article 206 de la loi organique, en date du 6 octobre 2009, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 13 octobre 2009, de la demande d'avis du président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie ;

Vu la Constitution, notamment son article 77 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment ses articles 21, 22, 86, 99, 126 à 131 et 203 ;

Vu le code de commerce, notamment son article L. 930-1 ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

La réponse à la question posée par le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie à propos de la création d'autorités administratives indépendantes en Nouvelle-Calédonie conduit à distinguer des considérations de principe et d'ordre général, d'une part, des considérations propres au statut de la Nouvelle-Calédonie, d'autre part.

I. Aucune considération d'ordre général, ni aucune règle supérieure dans la hiérarchie des normes, ne fait obstacle par elle-même à la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine de compétence de la Nouvelle-Calédonie.

A. Comme le rappelle le rapport consacré en 2001 par le Conseil d'État aux autorités administratives indépendantes, celles-ci sont des organismes adminis-

tratifs, qui agissent au nom de l'État et disposent de réels pouvoirs, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement.

Les autorités administratives indépendantes peuvent exercer tout ou partie des pouvoirs suivants : pouvoir réglementaire ; pouvoir de prendre des actes individuels unilatéraux, de conclure des conventions et d'adresser des injonctions ; pouvoir de sanction ; pouvoir de surveillance et de contrôle ; attributions consultatives « *renforcées* » ; missions de médiation, de composition et de conciliation ; missions d'évaluation publique et de garant de l'impartialité de la puissance publique.

Eu égard aux domaines dans lesquels elles sont appelées à intervenir et aux droits que leurs décisions sont susceptibles d'affecter, la définition des compétences, des pouvoirs et des principales règles constitutives des autorités administratives indépendantes relève essentiellement de la loi.

Leurs règles statutaires doivent respecter, outre les engagements internationaux, les règles et principes de valeur constitutionnelle, tels qu'ils ont été dégagés par le Conseil constitutionnel, notamment en ce qui concerne la séparation des pouvoirs, le respect des prérogatives normatives établies par la Constitution ou, pour la Nouvelle-Calédonie, par la loi organique, la possibilité pour les seules autorités judiciaires de prononcer des sanctions pénales ou privatives de liberté et l'existence de garanties procédurales de nature à assurer le respect des droits de la défense et du procès équitable.

Si le recours à une autorité administrative indépendante est jugé préférable à une autre solution institutionnelle, il faut que cette autorité dispose des pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa mission.

B. L'analyse qui précède est transposable aux autorités administratives indépendantes qui seraient créées non plus pour exercer des compétences de l'État, mais pour exercer des compétences propres de la Nouvelle-Calédonie, telles qu'elles sont déterminées par la loi organique susvisée.

De même que le silence de la Constitution sur la notion d'autorité administrative indépendante n'interdit pas, par principe, la création par le législateur national d'autorités administratives indépendantes nationales, le silence des textes organiques ne prohibe pas, par principe, l'institution d'une autorité administrative indépendante territoriale par l'organe délibérant de la Nouvelle-Calédonie.

Rien ne s'oppose donc, au niveau constitutionnel, à ce que, dans le domaine des compétences de la Nouvelle-Calédonie, des pouvoirs du type de ceux habituellement confiés à une autorité administrative indépendante soient, dans des limites et moyennant des précautions analogues à celles précédemment évoquées pour les autorités administratives indépendantes nationales, confiés par une délibération du congrès à un organisme administratif présentant les garanties d'indépendance, d'expertise et de continuité justifiant une telle répartition des pouvoirs eu égard aux caractéristiques de ce domaine.

Encore faut-il que soient respectées les lois organiques statutaires. En effet, si la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine de compétence de la Nouvelle-Calédonie n'est pas, par elle-même, au nombre des « *règles de fonctionnement et d'organisation des institutions* » au sens de l'article 77 de la Constitution et n'appelle donc pas, par principe, l'intervention de la loi organique, la loi organique statutaire ne doit pas indirectement interdire

cette création en répartissant de façon si précise les attributions entre institutions locales qu'il n'y ait plus de place possible pour une telle autorité.

II. L'insertion des autorités administratives indépendantes dans les institutions de Nouvelle-Calédonie dépend non seulement des domaines respectifs des compétences locales et nationales, mais encore de la précision avec laquelle la loi organique statutaire répartit les attributions entre institutions locales.

A. Une autorité administrative indépendante territoriale agit au nom de la collectivité qui l'a créée. Aussi ses attributions doivent-elles se rattacher aux compétences confiées à la Nouvelle-Calédonie.

Elles ne doivent ni recouvrir, ni empiéter sur des compétences de l'État ou d'une autre collectivité (provinces, communes).

1° Ainsi, il importe de vérifier, compte tenu des compétences respectives de l'État, d'une part, de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, d'autre part, s'il y a place, dans un domaine déterminé, pour une autorité administrative indépendante locale.

Tel n'est pas le cas, par exemple, des domaines d'intervention du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, de l'Autorité des marchés financiers ou de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, ces autorités de la République étant également compétentes en Nouvelle-Calédonie eu égard aux compétences attribuées à l'État en vertu de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999.

En revanche, les domaines mentionnés dans la demande d'avis relèvent tous trois, au moins en partie, de la compétence de la Nouvelle-Calédonie :

a) Aux termes du 19° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « *consommation, concurrence et répression des fraudes et droit de la concentration économique* ». Ne sont donc pas applicables en Nouvelle-Calédonie, comme le rappelle au demeurant l'article L. 930-1 du code de commerce, les dispositions nationales relatives à la concurrence et à la compétence de l'Autorité de la concurrence.

b) Dans le domaine des télécommunications, une compétence en matière de « *postes et télécommunications* » est attribuée à la Nouvelle-Calédonie par le 7° de l'article 22 de la loi organique.

Elle s'entend cependant sous réserve du 6° du I de l'article 21, qui conserve à l'État sa compétence pour « *les liaisons et communications gouvernementales de défense et de sécurité en matière de postes et télécommunications* », de l'appartenance des fréquences radioélectriques au domaine public de l'État et de la compétence de l'État en matière de « *réglementation des fréquences radioélectriques* ».

c) En ce qui concerne le domaine des relations sociales, le 2° de l'article 22 de la loi organique attribue compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de « *droit du travail et de droit syndical* », tandis que le 3° de l'article 99 place les « principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale » parmi les matières réservées à une loi du pays. C'est d'ailleurs sous la forme d'une telle loi qu'a été adopté, le 13 février 2008, le code du travail de Nouvelle-Calédonie. La Nouvelle-Calédonie dispose donc en cette matière

d'une compétence entière, sous la réserve du respect de ses obligations constitutionnelles et conventionnelles.

2° Les attributions d'une autorité administrative indépendante territoriale doivent non seulement se rattacher à une compétence locale quant à leur domaine d'intervention principal (concurrence, télécommunications ...), mais encore quant aux moyens d'action dont elle est dotée.

Les attributions d'une telle autorité administrative indépendante doivent ainsi respecter la compétence de l'État en matière de garanties des libertés publiques, de droit pénal, de procédure pénale ou, dans certains domaines, de maîtrise de son domaine public.

B. Là même où la compétence locale est certaine, la délibération de l'assemblée locale instituant l'autorité ne saurait lui confier un pouvoir quelconque que dans le respect des dispositions de la loi organique statutaire qui, dans un domaine donné, ou s'agissant d'un type d'acte donné, définissent les attributions des différents organes locaux (assemblées, gouvernement, président du gouvernement, ministres...).

Sans doute la possibilité nouvelle donnée par l'article 203 de la loi statutaire, tel qu'il résulte de l'article 16 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009, à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces, pour l'exercice de leurs compétences, de bénéficier du concours technique d'autorités administratives indépendantes nationales dans le cadre de conventions, n'interdit-elle pas par elle-même, la création d'autorités administratives indépendantes locales.

Ne constitue pas non plus un obstacle à cette création le seul fait que le 23° de l'article 22 de la loi organique place dans le domaine de compétence de la Nouvelle-Calédonie « *l'organisation des services et des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie* », sans faire expressément mention d'organismes publics locaux autres que les services administratifs au sens habituel du terme. L'expression employée peut en effet être plus généralement entendue.

Une difficulté sérieuse résulte, en revanche, de l'exhaustivité de la répartition des compétences opérée par la loi organique entre les organes statutaires.

a) Il semble tout d'abord exclu, en l'état du droit, de confier à une autorité administrative indépendante de Nouvelle-Calédonie un pouvoir réglementaire.

Tout d'abord, certaines compétences normatives locales sont expressément confiées au gouvernement par la loi organique statutaire. Ainsi, l'article 127 (3°) confie expressément au gouvernement de Nouvelle-Calédonie le soin d'approuver les tarifs et redevances en matière de postes et télécommunications.

Plus généralement, en vertu de l'article 126, seul le gouvernement peut être habilité par le congrès ou sa commission permanente à prendre les arrêtés réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes.

b) S'agissant des actes individuels, une loi du pays ou une autre délibération du congrès ne pourrait confier les mesures individuelles qu'appelle son exécution à un organisme placé hors de la hiérarchie du gouvernement.

En premier lieu, certaines mesures individuelles (telles que celles intéressant les étrangers, ou les conventions avec les concessionnaires, délégataires de service

public et les fermiers) sont expressément confiées au gouvernement par l'article 127 de la loi organique statutaire.

De plus, la délibération confiant les mesures individuelles qu'appelle son application à une autorité indépendante du gouvernement local méconnaîtrait les dispositions combinées des articles 126, 128, 130 et 131 de la loi organique, qui donnent compétence, selon le cas, au gouvernement, à son président, à ses membres ou, par délégation, aux services placés sous leur autorité, pour exécuter les actes du congrès.

Il résulte notamment de l'article 131 que les actes non réglementaires d'application de la réglementation édictée par le congrès sont, en principe, pris collégialement par le gouvernement, sauf à être délégués par celui-ci à son président.

c) Pour la même raison, les sanctions administratives que le congrès peut « prévoir en toutes matières », en vertu de l'article 86 de la loi organique, ne pourraient, faute de précision en ce sens, être confiées par lui à une autorité indépendante du gouvernement. Qu'elle prenne la forme d'un retrait ou d'une suspension d'autorisation ou d'une amende administrative, une sanction administrative est en effet une décision individuelle.

d) Une difficulté sérieuse apparaît également en matière de pouvoirs de surveillance et de contrôle, lorsque ceux-ci ne peuvent se réduire au recueil d'informations publiques ou de renseignements fournis spontanément par les personnes concernées et qu'ils font appel à des moyens d'enquête nécessitant des investigations sur pièce ou sur place, comme en général en matière de concurrence. En effet, la loi organique fait de la garantie des libertés publiques et de la procédure pénale des compétences de l'État sans réserver le cas où l'exercice normal d'une compétence locale appelle un pouvoir d'investigation.

L'article 86 de la loi organique statutaire précise au contraire que, si les agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie peuvent constater les infractions aux réglementations édictées par les institutions locales, c'est « dans les conditions fixées par la loi », comme cela a été réalisé, en matière de lutte contre le dopage et de protection de la santé des sportifs, par l'ordonnance n° 2007-1389 du 27 septembre 2007.

Restent les trois prérogatives de moindre intensité décisionnelle parmi celles mentionnées ci-dessus : médiation, recommandation, évaluation.

Seule une modification de la loi organique permettrait à l'assemblée délibérante de doter une autorité indépendante du gouvernement et de l'assemblée de pouvoirs allant au-delà de ces trois fonctions ou, même dans le cadre de celles-ci, d'une capacité décisionnelle suffisante pour pouvoir être qualifiée d'autorité.

III. Il résulte de ce qui précède qu'à défaut d'une modification de la loi organique, la Nouvelle-Calédonie ne pourrait créer, dans les trois domaines mentionnés dans la demande d'avis, qu'une instance purement consultative.

Cette instance pourrait émettre un avis en matière de mesures individuelles ou de sanctions, sans caractère contraignant pour les autorités compétentes.

Cet avis – et la procédure correspondante, qui pourrait revêtir une certaine solennité – seraient organisés par une délibération locale (loi du pays ou pas selon le secteur).

Elle pourrait également remplir une fonction d'évaluation des politiques localement suivies dans les trois domaines considérés et émettre des recommandations.

En matière de médiation, elle pourrait formuler des propositions aux autorités ou aux acteurs concernés. Le domaine des relations du travail s'y prête particulièrement. Composée de manière paritaire de représentants des employeurs et des salariés, sa mission serait de faciliter le dialogue social et de jouer, autant que faire se peut, un rôle préventif dans le domaine des conflits sociaux.

Sans avoir la nature juridique d'une autorité administrative indépendante, un tel organisme pourrait néanmoins exercer une autorité morale effective par sa composition (experts indépendants, par exemple), ses règles d'organisation (mandats irrévocables et d'une durée suffisante) et la publicité et le crédit qui seraient accordés à ses avis.

Une autre formule résiderait dans la conclusion d'une convention entre la collectivité et une autorité administrative indépendante compétente au niveau national dans un domaine déterminé, en vue de bénéficier de ses conseils dans le cadre de l'exercice par les autorités locales de leurs prérogatives statutaires dans le même domaine.

Cette convention pourrait être conclue en application de l'article 203 de la loi organique du 19 mars 1999, dans sa rédaction issue de l'article 16 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009.

Dans ce cadre, l'autorité administrative indépendante nationale apporterait un concours aux autorités compétentes de la Nouvelle-Calédonie, par exemple pour l'édiction de normes ou pour la prise de mesures individuelles. Elle les éclairerait de ses avis, sans toutefois pouvoir se substituer à eux. L'objet de la convention prévue à l'article 203 de la loi organique est en effet non un mandat d'agir à la place de l'institution compétente de la Nouvelle-Calédonie, mais une assistance technique apportée à cette dernière.

Communautés européennes et Union européenne

Application du droit communautaire par le juge administratif français – Commission des Communautés européennes – Communication interprétative du 5 février 2008 – Partenariats publics-privés institutionnalisés – Constitution d'une entité commune entre pouvoir adjudicateur et partenaire avant la passation du contrat – Possibilité et limites – Cession du contrat – Modifications à apporter à la législation nationale – Sociétés d'économie mixte locales.

Marchés et contrats

Notion de contrat administratif – Diverses sortes de contrat – Partenariats publics-privés institutionnalisés.

Passation et exécution du contrat – Société à capital mixte – Participation obligatoire de l'opérateur privé – Cession du contrat à la société – Conditions – Association de plusieurs pouvoirs adjudicateurs au capital – Société dédiée à chaque contrat.

Exigences de publicité pour le choix du partenaire et des associés – Répartition du capital – Dissolution de la société – Cession de parts.

Société d'économie mixte locale – Juxtaposition et attribution de contrats successifs.

Loi du 17 février 2009 (article 14) – Portée.

■ Section de l'administration – Avis n° 383.264 – 1^{er} décembre 2009

Le Conseil d'État (section de l'administration)

Saisi par la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et par le ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales d'une demande d'avis relative aux conséquences à tirer de la communication interprétative de la Commission des Communautés européennes en date du 5 février 2008 quant à la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de « *partenariat public privé institutionnalisé* » (PPPI) prenant la forme de la constitution de sociétés où se trouveraient associés les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs choisis par eux, demande précisée sous la forme de 19 questions successives ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité d'Union européenne ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code civil ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée sur les contrats de partenariat ;

Vu l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la communication interprétative du 5 février 2008 (C (2007) 6661) de la Commission des Communautés européennes ;

Est d'avis de répondre à chacune des questions posées dans le sens des observations qui suivent.

1.1. En vue de la sélection d'un partenaire privé avec qui la société à capital mixte va être créée, le droit interne, notamment le droit de la commande publique et le droit des sociétés d'économie mixte, permet-il de prévoir comme modalité d'exécution, au stade de la passation d'un contrat, la constitution d'une société à capital mixte à laquelle l'opérateur privé serait tenu de participer ?

1.2. Le droit interne permet-il le transfert par l'attributaire du contrat de tout ou partie de ses droits et obligations à la société à capital mixte ?

La communication interprétative de la Commission rappelée par le Gouvernement dans sa demande d'avis constitue un rappel des règles communautaires face à des méthodes de gestion de projets ou de services utilisées dans d'autres États de l'Union européenne. Il s'agit d'entités, constituées en forme d'entreprises privées mais détenues entièrement par les personnes publiques, donc respectant la condition de gestion interne dite « *in house* », auxquelles ces dernières confient la gestion de services ou de projets. La notion de « *PPPI* » dans de tels cas apparaît lorsque ces entités délégataires intègrent à leur capital, en vue d'une mission donnée, des opérateurs économiques indépendants qui leur apportent des capacités techniques, opérationnelles et financières et qui, aux termes de la communication, assurent « *hormis la contribution aux capitaux [...] la participation active à l'exécution des tâches confiées à l'entité [...] et/ou la gestion de l'entité* ». La Commission indique qu'une telle intégration de « partenaire opérateur » à l'entité préexistante doit être précédée d'une mise en concurrence, ce que vient de confirmer la Cour de justice de l'Union européenne dans sa décision *Acoset* (n° C 196/08) du 15 octobre 2009.

Il convient de noter que la communication ne représente pas une approbation générale de ces pratiques ni une recommandation d'en étendre l'usage, alors en particulier que certaines d'entre elles entrent difficilement en cohérence avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne engagée par les arrêts *Teckal Srl* (n° C-107/98), du 18 novembre 1999, et *Stadt Halle* (n° C - 26/03) du 11 janvier 2005.

S'agissant de la constitution d'une entité commune entre le pouvoir adjudicateur et son partenaire, envisagée dans la question 1.1 « *au stade de la passation d'un contrat* », le droit applicable de la commande publique s'y opposerait. Les textes en vigueur édictent tous la règle de l'identité entre le candidat ayant présenté une offre et le titulaire du contrat à l'issue de la compétition, quelles qu'en soient les modalités qui peuvent notamment comporter la candidature d'un groupement déclarant son intention de constituer une société s'il est choisi. Il ne peut y avoir, dans le cours de la procédure de passation, de « *substitution* » d'une

personne morale distincte, incluant une participation du pouvoir adjudicateur, à un candidat participant à la sélection lorsqu'il est susceptible d'être retenu. Cette règle première, qu'établit l'ensemble du chapitre du code des marchés publics (chapitre III du titre III) relatif à leur passation et notamment son article 53, se retrouve à l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat : « *le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Des dispositions exprimées en termes analogues ou voisins prévalent en matière de délégation de service public et de concession de travaux publics. Ce même lien entre candidature initiale et choix du cocontractant après sélection est l'un des principes communautaires en matière de commande publique, comme en témoigne la définition des marchés publics, nécessairement conclus entre « *pouvoirs adjudicateurs* » et « *opérateurs économiques* », qu'énonce l'article 1^{er} de la directive 2004/18 visée ci-dessus.

Cet enchaînement juridique de la candidature initiale à la conclusion du contrat garantit l'impartialité de la comparaison entre les offres. Il constitue une application des principes de valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, de traitement égal des candidats et de transparence des procédures que le Conseil constitutionnel a consacrés dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

L'exemple des sociétés d'économie mixte locales régies par les articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du code général des collectivités territoriales, attributaires de nombreux contrats, ne constitue pas une exception à l'analyse qui précède. Ces sociétés, tenues d'avoir à leur capital des partenaires privés, sont habilitées à concourir aux contrats de la commande publique en tant qu'entreprises réputées indépendantes du pouvoir adjudicateur même s'il est leur actionnaire. Elles sont confrontées à la concurrence dans les conditions du droit commun, comme l'a imposé la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993. Lorsque le contrat leur est attribué parce que leur offre a été jugée objectivement la plus avantageuse, ses clauses sont identiques à celles qui auraient été proposées à un concurrent n'ayant aucune personne publique à son capital.

Dès lors, l'introduction dans le droit français d'une formule de « *PPPI* » au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables. Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires qui viennent d'être rappelés.

Cela aurait en outre comme conséquence que les obligations devant figurer au contrat lui-même n'engageraient pas pleinement le candidat retenu, et lui seul, mais passeraient directement à la charge d'une entité distincte incluant le pouvoir adjudicateur. L'intégrité du contrat, qui constitue une garantie essentielle au profit de la personne publique responsable de la mission ou du projet, ne serait pas assurée comme l'exigent les règles en vigueur en matière de commande publique.

Les dispositions rappelées précédemment font obligation au pouvoir adjudicateur, s'il ne met pas fin à la consultation, de conclure le contrat avec celui des candidats qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Une fois cette étape juridique franchie – ce qui implique notamment que les opérateurs intéressés ont été mis à même de soumettre au juge des référés un éventuel man-

quement aux règles de publicité et de concurrence – le droit des contrats publics permet en revanche la cession du contrat par son bénéficiaire, telle qu'envisagée dans la question 1.2.

Les conditions dans lesquelles peut s'opérer cette cession du contrat à un tiers sont exposées dans l'avis du Conseil d'État (assemblée générale) n° 364.803 en date du 8 juin 2000 lequel, compte tenu de sa date, n'a porté que sur les marchés publics et les délégations de service public. Rien toutefois ne s'oppose à l'extension de ses conclusions au cas plus récent du contrat de partenariat.

Cet avis a énoncé trois principes tirés de la jurisprudence contentieuse :

a) La cession du contrat est soumise à l'accord de la personne publique qui l'a attribué en raison de considérations propres à chaque cocontractant. En donnant son consentement à la cession, la personne publique responsable doit s'assurer que l'ensemble des objectifs d'intérêt général ayant présidé à la définition du contrat pourront être atteints par le nouveau titulaire : celui-ci doit être en mesure d'assurer la bonne fin du contrat, la continuité du service public et l'égalité des usagers devant celui-ci. Si tel est le cas, elle est tenue de donner son accord à la cession.

b) La cession du contrat doit porter sur l'ensemble des droits et obligations initialement définis ; en cas de cession partielle, l'équilibre sur lequel s'est établi le choix serait rompu et la personne publique serait tenue de procéder à une nouvelle consultation ; par exception, l'ordonnance relative aux contrats de partenariat mentionne, au *j*) de son article 11, l'éventualité d'une cession partielle du contrat sous le contrôle de la personne publique mais cette faculté n'apparaît pas cohérente avec l'hypothèse étudiée dans le présent avis, qui implique le maintien d'une responsabilité globale de l'exécution du contrat à la charge du candidat retenu *intuitu personae*.

c) La cession ne doit pas représenter une manœuvre ou un détournement de procédure, notamment la tentative de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, qui seraient sanctionnés par le juge du contrat.

Les conditions énoncées aux b) et c) ci-dessus sont en convergence avec les critères dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 19 juin 2008 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (C-454/06), qui précise les cas dans lesquels la cession d'un contrat doit donner lieu à une nouvelle attribution concurrentielle. Il convient notamment de relever que dans cet arrêt la Cour réserve (§ 47 et 51) le cas d'un changement d'actionariat de l'opérateur économique, qui pourrait constituer une irrégularité s'il conduisait à constituer une entité non dépendante de l'opérateur initialement choisi ou s'il recouvrait une « *manœuvre destinée à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics* ».

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique de principe à la cession du contrat, établi en application de la législation en vigueur et conclu avec le bénéficiaire, à une société nouvelle constituée entre celui-ci et la personne publique. Et la communication interprétative rappelée précédemment mentionne comme autre mécanisme de « *PPPI* » la constitution d'une entité mixte de ce type, en liaison avec la conclusion d'un contrat.

Cette possibilité s'assortit cependant, d'une part des conditions qui viennent d'être rappelées, d'autre part d'importantes restrictions, qui seront décrites en réponse aux questions 1.5, 1.6 et 1.7.

Sur le plan formel, le développement qui précède montre que la constitution d'un «*PPPI*» par cession du contrat à une société dédiée pourrait se réaliser en appliquant les textes existants. Toutefois, prévue dès l'origine, intervenant dès le début de l'exécution du contrat, constituant une modalité spécifique d'exécution de celui-ci et incluant le pouvoir adjudicateur dans l'entité chargée de cette exécution, elle représente une novation et soulève des questions d'application qui justifieraient, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que cette faculté soit encadrée par des adjonctions explicites aux textes en vigueur.

Cette modification prendrait la forme de nouvelles dispositions, insérées dans chaque texte relatif à la commande publique, qui instaureraient, après la conclusion du contrat, une procédure complémentaire organisant la cession du contrat par le titulaire retenu à une entité constituée entre lui-même et la personne publique, entité à laquelle seraient confiées l'ensemble des missions prévues dans le contrat. Le délai de constitution de cette entité, préalable à la cession et à l'exécution du contrat, pourrait notamment être précisé dans ces dispositions.

Quant aux procédures de sélection pour un tel choix de partenaire, chacune de celles qui comportent une publicité suffisante peut s'appliquer ; il est cependant à remarquer que le dialogue compétitif, lorsqu'il est prévu, offre un cadre particulièrement adapté à la mise au point de la gouvernance de la future entité commune entre le pouvoir adjudicateur et les candidats en compétition.

Le mécanisme de passation-cession ainsi introduit serait exclusif de l'exécution d'un contrat dans le cadre juridique classique, les conséquences juridiques et économiques des deux formules pour les candidats étant trop différentes pour que l'une ou l'autre puisse être indifféremment décidée en fin de procédure par le seul pouvoir adjudicateur. Le choix entre un contrat de commande publique régi par le droit actuel et un contrat à exécuter sous forme de «*PPPI*» devrait donc être décidé par le pouvoir adjudicateur dès l'engagement de son processus de passation.

Ces deux méthodes d'exécution du contrat auraient des répercussions majeures sur l'intérêt des opérateurs potentiels à présenter des offres ; le pouvoir adjudicateur désireux d'obtenir les meilleurs effets de la concurrence pourrait donc être amené à organiser successivement deux consultations selon les deux modalités d'exécution, soit par le seul titulaire retenu soit par une société conjointe avec lui-même. Mener simultanément ces deux consultations en vue du même projet serait placer les opérateurs devant une compétition dont l'issue serait déterminée, non par la valeur de leur offre, mais par l'acceptation ou non par chacun d'entre eux de s'intégrer à une société conjointe, déroulement incompatible avec les exigences de transparence et d'égal traitement des candidats à la commande publique.

Au-delà des questions de modalités, l'hypothèse envisagée par le Gouvernement comme mode nouveau d'exécution du contrat de commande publique pose principalement la question du maintien de l'intégrité des obligations du contrat. Dans un tel cas, le titulaire initialement choisi n'est plus personnellement tenu de respecter l'ensemble des engagements, notamment opérationnels et financiers, sur la base desquels il a été retenu. Ces engagements seraient

mis à la charge d'une entité juridique et financière distincte, non nécessairement pourvue par elle-même de telles capacités, et dans laquelle il partagerait le pouvoir de décision avec le pouvoir adjudicateur lui-même. Ce transfert d'obligations, l'utilisation d'actifs déterminants détenus en propre par l'opérateur, comme celle de ses moyens techniques et du savoir-faire de ses collaborateurs, devraient le plus souvent être organisés par un jeu de conventions complémentaires, avec pour conséquence de compliquer la mise en œuvre des garanties reconnues à la personne publique pour le bon accomplissement des obligations contractuelles définies par elle dans sa mission d'intérêt général.

A l'inverse, si la configuration de cette entité aboutissait à assurer à l'opérateur choisi l'intégralité du pouvoir de décision alors que l'actionnariat et la composition des instances de décision seraient mixtes, c'est alors la conformité de cette entité aux principes du droit des sociétés qui pourrait se trouver compromise. La conciliation possible entre ces impératifs juridiques, dont on mesure l'importance s'agissant de contrats de longue durée et de grande ampleur, sera étudiée plus loin.

Cette éventuelle réforme ne pourrait en tout cas éviter d'autres inconvénients liés à l'indétermination accrue dans l'attribution des responsabilités en cas de litige sur l'exécution du contrat : le conflit d'intérêt serait inévitable au cas où le pouvoir adjudicateur serait amené à agir contre un cocontractant dont il serait actionnaire et co-décisionnaire. L'inclusion de la personne publique dans l'entité juridique responsable de l'exécution du contrat l'exposerait inévitablement, malgré les précautions concevables, à des risques juridiques et financiers que le recours au contrat a précisément pour objet de reporter sur un tiers, qui évalue son propre risque, le limite par ses capacités propres et en justifie la rémunération.

1.3. La communication prévoit également le cas de la création d'une société nouvelle dont le capital serait détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou plusieurs opérateurs privés. Le droit interne, notamment celui de la commande publique et celui des sociétés d'économie mixte locales, permet-il à plusieurs collectivités territoriales d'attribuer, ensemble, un contrat à un actionnaire-opérateur privé dans le cadre d'un « *PPPI* » ?

Cette question postule la coopération de plusieurs collectivités territoriales prises séparément et non à l'intérieur d'un établissement public de coopération intercommunale, qui serait un pouvoir adjudicateur unique.

En règle générale le contrat engage un pouvoir adjudicateur et un seul, qui agit dans le cadre de ses compétences. Il est certes loisible aux personnes publiques, pour certains types de contrat, de s'associer pour choisir un seul et même prestataire ou partenaire, soit en constituant un groupement de commande (article 8 du code des marchés publics) soit, en matière de partenariat, en confiant à l'une d'elles un mandat pour choisir en leur nom (article 1^{er}, III de l'ordonnance visée ci-dessus du 17 juin 2004). Après la désignation du titulaire, chaque personne publique est liée à lui par contrat. Dans le cas du partenariat la convergence est assurée par une délégation appropriée de compétence d'une collectivité à l'autre. Aucune attribution conjointe de contrat n'est possible en matière de délégation de service public ni en matière de concession de travaux publics.

L'impossibilité en vertu de la législation actuelle de conclure directement ce contrat avec une entité nouvelle formée en cours de consultation se vérifie dans les mêmes termes que pour la question 1.1.

Sans doute, après la conclusion du contrat commun ou des contrats issus du groupement de commande, la faculté de céder ce ou ces contrats existe, selon les principes rappelés en réponse à la question 1.2. Toutefois deux risques supplémentaires sont à relever :

a) La cession du futur contrat pour constituer un «*PPPI*» devrait être décidée dès le début d'une consultation. Lors de la décision de constituer un groupement de commande ou d'adopter un partenariat commun, les collectivités envisageant de se grouper seraient confrontées à ce choix, dont l'effet sur la réalité de la concurrence et sur le niveau de risque économique leur incombant serait significatif ; les différences d'appréciation entre elles, selon la compétence que chacune exerce et l'ampleur de la mission dont elle est responsable, seraient un frein à l'adoption d'une position commune.

b) Le montage juridique permettant à l'opérateur d'apporter effectivement son savoir-faire à l'entité, réduisant en conséquence les pouvoirs de décision des partenaires publics et reportant certaines clauses du contrat initial sur des conventions conclues entre la société conjointe et l'opérateur, est encore plus problématique en présence de deux ou plusieurs institutions poursuivant par le contrat des objectifs opérationnels différents sur la base de compétences distinctes.

Il apparaît donc qu'une formule dite «*PPPI*», caractérisée par la conclusion puis la cession du contrat, associant plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un même cocontractant, pourrait présenter un faible niveau de protection des intérêts contractuels des collectivités associées, en raison notamment des risques de divergences d'intérêts entre elles dont le règlement ne pourrait être trouvé au sein d'une société commune où chacune n'aurait qu'un pouvoir limité et où toutes dépendraient de la position de leur opérateur commun.

1.4. A quelles conditions le droit interne, notamment le droit de la commande publique, permet-il de recourir à des procédures de mise en concurrence équivalentes à celles prévues pour la passation de contrats, lorsqu'il s'agit de choisir des opérateurs appelés à prendre une participation dans une société préexistante à capital mixte ou à capital public exclusif et à participer directement à l'exécution des missions confiées par contrat à la société ?

Dans le système juridique français, le support se prêtant le mieux à recevoir le transfert d'un contrat complexe est la société anonyme de droit commun régie par le code de commerce, complété ainsi qu'il sera exposé plus loin par des dispositions spéciales. L'importance des enjeux financiers, la prise en compte des mouvements patrimoniaux liés à un contrat complexe et potentiellement de longue durée, la nécessité de fixer juridiquement le partage des pouvoirs de décision, vont dans ce sens. C'est le choix qui sera postulé dans les développements qui suivent.

L'inclusion de l'opérateur choisi dans une société préexistante, dont le capital serait déjà constitué, est difficilement concevable en raison de la nécessité de préserver l'intégrité du contrat, base de la relation entre l'opérateur et le pouvoir adjudicateur. Il ne serait pas conforme aux exigences de bonne fin du

contrat, de continuité du service public et d'égalité des usagers devant celui-ci, qui conditionnent la régularité de la cession de contrat, que la structure de la société conjointe place l'opérateur dans une position le privant du pouvoir réel de décision. Choisi après sélection en fonction de ses capacités et de la qualité de son offre, il devrait disposer, au sein de la structure cessionnaire, des moyens de déployer ses ressources et son savoir-faire au service des engagements inscrits dans le contrat. Si la répartition économique du capital le plaçait en position minoritaire dans les organes d'administration de la société, des dispositions statutaires appropriées devraient garantir que son accord soit requis sur les décisions clés pour la gestion de l'entité. La participation de la personne publique à ces instances aurait pour but de lui conférer un droit à l'information et une influence dans la définition des projets de la société et de ses axes de gestion, mais ne saurait la substituer, dans la conduite de l'exécution du contrat, à l'opérateur qu'elle a choisi à cette fin sur le fondement de ses mérites.

Dès lors, la répartition du capital et des pouvoirs de décision ne devrait pas être prédéterminée par une situation préexistante ni par une règle uniforme : elle devrait refléter la réalité économique des apports des deux partenaires. L'opérateur économique apportant par hypothèse des capacités techniques et financières importantes, la personne publique, sauf à faire reconnaître comme apports des actifs résultant de sa contribution au projet – actifs dont le mode d'évaluation, en pareil cas, devrait assurer la protection de la valeur des propriétés publiques – ne participerait au capital qu'en fonction de sa contribution financière effective et se trouverait dans de nombreux cas minoritaire.

En outre, pour préserver les intérêts publics en jeu dans le contrat, la société conjointe qui en reçoit cession ne doit pas être porteuse d'autres engagements susceptibles d'entamer ses capacités opérationnelles et financières, voire de compromettre sa pérennité. La mise en œuvre du mécanisme du « *PPPI* » passerait donc, si ce choix était retenu, par la constitution de sociétés dédiées à la réalisation de chaque contrat qui formerait leur objet social exclusif, constituées essentiellement entre la personne publique et l'opérateur choisi et conférant à ce dernier, d'une part un pouvoir de décision au sein des instances sociales suffisant pour l'exercice de sa mission propre, d'autre part des droits spécifiques sur les résultats financiers du contrat, en particulier au cas où seraient prévues des clauses limitant le risque financier couru par la personne publique. Un tel schéma à deux partenaires permettrait d'inscrire leurs garanties réciproques dans les statuts de la société et dispenserait de recourir à un pacte d'actionnaires, moins assuré juridiquement et potentiellement discriminatoire à l'égard d'autres associés.

Pour ces raisons, il est difficilement envisageable, pour la constitution d'un « *PPPI* », d'emprunter la voie d'une intégration de l'opérateur à une société préexistante où d'autres associés auraient organisé leurs intérêts et en particulier celle d'une société d'économie mixte, dont la loi postule, sauf des exceptions limitées, l'administration par des organes où les collectivités publiques sont majoritaires. Ecarter cette formule éviterait en outre de confronter les actionnaires privés d'une telle société à la perspective d'une augmentation de capital liée à l'arrivée en son sein d'un opérateur porteur d'apports financiers plus importants que les leurs, et d'une cohabitation pour toute la durée du contrat avec un partenaire détenteur de pouvoirs spécifiques et guidé par des intérêts nettement distincts, en particulier quant à la répartition des résultats financiers de l'activité.

L'introduction du «*PPPI*» impliquerait au contraire la mise en place d'un modèle adapté de société commerciale, différent de la société d'économie mixte locale.

1.5. Quelles seraient les exigences de publicité applicables dans ces deux hypothèses (sélection d'un partenaire privé, dans un premier cas pour constituer une société à capital mixte, dans un second cas pour intégrer une société d'économie mixte préexistante pour constituer une société à capital mixte) ?

1.6. Eu égard au fait que la publicité constitue le stade initial de la procédure de mise en concurrence, quelles peuvent être les exigences, en termes de contenu de la publicité, relatives :

- aux clauses d'exécution du contrat ;
- aux statuts de la société à capital mixte ;
- au pacte d'actionnaire éventuel entre l'actionnaire-opérateur et la personne publique ?

Ainsi qu'il est dit ci-dessus, seule la méthode de la constitution d'une société dédiée à l'exécution du contrat cédé apparaît, en l'état du droit applicable, pouvoir être mise en œuvre pour donner le cas échéant une existence au «*PPPI*» en droit français.

Cette formule d'exécution du contrat impliquerait, en vertu du principe de transparence des procédures, que l'obligation faite au bénéficiaire choisi de céder son contrat à la société conjointe créée à cet effet soit exposée dans les documents de la consultation et présentée avec suffisamment de précision pour que les opérateurs intéressés en perçoivent les conséquences dès l'ouverture de la compétition.

Ceci implique à tout le moins la présentation, dans la publicité préalable, de l'organisation de la société conjointe prévue, des dispositions spécifiques de ses statuts relatives à la répartition des droits de vote dans les instances sociales, à celle des résultats financiers de l'entité, aux garanties réciproques des deux partenaires, à la protection des savoir-faire, procédés et apports intellectuels de l'opérateur, à l'activité de la société et aux conditions financières de la liquidation de celle-ci en fin de contrat.

Ces obligations de publicité relatives à l'intention de créer un «*PPPI*» découlent de l'application de dispositions déjà prévues dans la législation en vigueur régissant la commande publique. Il serait toutefois recommandable, dans l'intérêt de la sécurité juridique déjà évoqué dans la réponse à la question 1.2, de prévoir dans les textes relatifs aux contrats en cause la mention spécifique de l'obligation de publicité relative à la constitution obligée d'une société conjointe cessionnaire du contrat.

1.7. Si l'une ou l'autre des modalités de constitution d'un «*PPPI*» sus-évoquées ne peuvent être considérées comme compatibles avec le droit français, quelles modifications des dispositions législatives et réglementaires, notamment du droit de la commande publique et du droit des sociétés d'économie mixte, seraient nécessaires pour réaliser ce type d'opérations ?

Les réponses apportées aux questions 1.1 à 1.6 indiquent que la création d'un «*PPPI*» par cession de contrat est possible en application des textes en vigueur. Toutefois l'originalité de ce mode d'exécution du contrat et les conséquences multiples qu'il entraîne justifient, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que son

déroulement soit précisé et encadré par des adjonctions à ces textes. En outre les particularités dans la structure et la gouvernance des sociétés conjointes chargées de l'exécution du contrat après cession rendraient souhaitables des compléments au code de commerce pour assurer un minimum d'homogénéité des solutions retenues.

Des dispositions définissant les caractères propres des sociétés conjointes cessionnaires des contrats de commande publique devraient également être introduites dans le code général des collectivités territoriales, en vue notamment de prévoir des dispositions limitant la prise de risque financier des collectivités – ce qui peut présenter une grande complexité s'agissant d'engagements contractuels de longue durée, impliquant des investissements importants et des aléas économiques – et de préciser, comme pour les sociétés d'économie mixte locales, les règles applicables aux élus participant aux organes de décision des sociétés. Les dispositions limitant le droit des collectivités territoriales d'acquérir des parts de capital de sociétés (articles L. 2253-1 et suivants pour les communes, L. 3231-6 et suivants pour les départements, L. 4253-3 et 4 pour les régions), elles aussi inspirées par une préoccupation de prudence financière, seraient à ajuster en conséquence.

Il n'y aurait pas lieu en revanche, compte tenu des observations formulées en réponse à la question 1.4, de modifier les dispositions du code général des collectivités territoriales régissant les sociétés d'économie mixtes locales, auxquelles ne serait pas destinée la cession de contrats.

Il appartiendrait au Gouvernement, s'il entendait prendre l'initiative de la modification en cause, de choisir à quelles catégories de contrats appliquer cette formule de cession de contrat.

Si l'application du même mécanisme à un service de l'État ou à un établissement public national était envisagée, la même démarche serait à suivre. L'application des règles actuelles de passation de contrats publics permet de créer un «*PPPI*» par cession de contrat, mais la sécurité juridique recommande de le préciser en complétant les textes en vigueur. Les compléments à prévoir sur les dispositions relatives à la cession après conclusion seraient analogues à ceux envisagés pour les collectivités territoriales. Les dispositions de sauvegarde des intérêts financiers de l'État ou des établissements publics nationaux relèvent de l'autorité gouvernementale, directement ou par la voie de la tutelle et seraient à définir cas par cas. Aucune modification de texte ne serait nécessaire à cet égard.

2.1. La communication est délibérément centrée sur un modèle de sociétés à capital mixte dédiées à l'exécution du contrat pour lequel elles ont été constituées. En revanche, les sociétés d'économie mixte «*traditionnelles*», telles que définies aux articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, pour lesquelles l'attribution d'un contrat fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence mais dont le choix de l'actionnariat est libre, cumulent parfois plusieurs types d'activités et sont les attributaires de contrats distincts.

A quelles conditions une société à capital mixte de type «*PPPI*» constituée selon les modalités précédemment décrites peut-elle se voir confier *ab initio* plusieurs contrats à objet distinct ?

La formule de cession du contrat de commande publique à une société conjointe à objet unique ne comprenant essentiellement que l'opérateur et la personne

publique responsable de la mission, définie dans les observations précédentes comme la voie la plus cohérente avec le droit français de la commande publique s'il était jugé utile d'organiser une formule de «*PPPI*», conduit à écarter la juxtaposition de plusieurs contrats pris en charge par une société commune à l'opérateur et à la personne publique. Celle-ci, en organisant la passation de plusieurs contrats ayant des objets distincts, est tenue en vertu des principes de valeur supra-législative déjà mentionnés de se livrer à une comparaison objective des offres présentées en vue de chacun d'eux et n'est par suite pas conduite à attribuer tous ces contrats au même opérateur.

2.2. Une société constituée selon les mêmes modalités peut-elle, en cours d'exécution du contrat pour lequel elle a été constituée, se porter candidate à l'attribution d'autres contrats, ayant ou non le même objet, passés par la même personne publique ou non ?

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la voie de la sécurité juridique et financière pour la personne publique conduit en principe à exclure que la société conjointe, où elle assume une part du risque d'exécution de la mission, s'expose à d'autres aléas en concourant pour d'autres contrats de commande publique. Il n'en irait autrement que si les deux associés convenaient que la candidature à un nouveau contrat constitue un complément naturel de leur contrat principal et n'y ajoute pas d'aléa significatif. Il ne pourrait pas s'agir d'une mission décidée par une autre personne publique : s'il est reconnu un intérêt au mécanisme du «*PPPI*», il implique que chaque personne publique soit actionnaire de la société chargée d'exécuter le contrat qu'elle-même a conclu, et non de la société chargée du contrat passé par une autre institution.

Ceci constitue un autre élément de différenciation entre la société conjointe envisagée dans le présent avis et une société d'économie mixte locale. Celle-ci a pour fonction, selon son objet social, d'accomplir un ensemble d'opérations dans la durée, en sorte de conserver un volume d'activité assurant sa continuité. La diversification de ces opérations aboutit à un niveau moyen de risque économique, qui peut varier dans le temps. La société conjointe formant un «*PPPI*», au contraire, a à son programme une opération ou une mission d'une certaine ampleur, attribuée à un opérateur particulier au vu de ses capacités propres. Son équilibre économique n'est dépendant que de la bonne fin, au travers d'aléas possibles, du contrat correspondant qu'ont souscrit les deux partenaires public et privé.

2.3. Une société à capital mixte, constituée en vue d'un objet précis, peut-elle se voir attribuer plusieurs marchés successifs ou simultanés portant sur le même objet, et selon quelles modalités ?

Les observations formulées en réponse aux questions 2.1 et 2.2 excluent une telle possibilité pour le type de société mixte envisagé.

2.4. Une société à capital mixte, constituée en vue d'une opération complexe, peut-elle se voir attribuer plusieurs marchés successifs ou simultanés ayant des objets distincts mais concernant la même opération, et selon quelles modalités ?

Dès lors que la question envisage plusieurs marchés, le jeu normal de la concurrence exclut qu'ils bénéficient tous au même opérateur. Il peut en aller différemment – à supposer qu'il s'agisse d'un type de contrat se prêtant à l'alotissement – s'il s'agit de lots d'un même marché que le règlement de consul-

tation permet de cumuler et qui présenteraient une cohérence entre eux. On se trouve alors dans un cas analogue à celui de l'exécution d'un seul contrat. Au cas où il serait envisagé d'étendre la formule du «*PPPI*» aux marchés publics eux-mêmes, il conviendrait que cette possibilité y soit expressément prévue.

Une autre hypothèse correspondant à la question posée peut être trouvée dans les concessions d'aménagement régies par l'article L-300-4 du code de l'urbanisme et se manifester, par exemple, sous la forme de phases successives d'une opération urbaine, ce qui supposerait que la formule des «*PPPI*» soit également appliquée à ces conventions très spécifiques. Là encore le droit impose que le jugement des candidatures à ces contrats soit impartial, ce qui ne conduit pas à ce que le titulaire du contrat relatif à une phase d'un projet soit systématiquement attributaire de la suivante. Si cela se produit cependant après une consultation régulière, il est certes logique que les deux partenaires d'un «*PPPI*» cessionnaire d'une convention d'aménagement restent associés pour mettre en œuvre une convention ultérieure se rattachant à la même opération. Le respect des exigences de sincérité financière énoncées précédemment conduirait à recalculer les apports des deux partenaires et à ajuster les clauses financières applicables pendant l'activité de la société conjointe ainsi qu'à sa dissolution ; cette modification, objet de négociation entre les partenaires, peut être faite en conservant la même entité juridique.

Dans le cas de conclusion d'un accord-cadre, ce sont certains des candidats initiaux qui en sont titulaires et ils ne disposent que d'un droit à concourir à chaque marché à venir. La formule du «*PPPI*» ne s'appliquerait qu'à chaque marché particulier, dans les conditions décrites précédemment.

2.5. Le problème de la coexistence éventuelle de deux régimes statutaires distincts se pose. La mise en place d'un régime permettant la constitution d'une société de type «*PPPI*» ferait-elle obstacle à ce qu'une société d'économie mixte traditionnelle participe aux procédures de mise en concurrence prévues pour la mise en place d'un «*PPPI*» ?

Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, cette méthode contractuelle ne trouve en tout état de cause à s'appliquer que lors de l'intervention d'un opérateur spécialisé, disposant de capacités opérationnelles, techniques et financières de haut niveau, auquel la personne publique s'associe dans le but d'acquérir une influence directe et une information privilégiée sur l'exécution du contrat. Dans le cas général, les sociétés d'économie mixte locales ne disposent pas des capacités d'un opérateur spécialisé et leur participation à une compétition en vue d'un contrat à exécuter en «*PPPI*» ne présenterait pas d'utilité. Lorsque l'une d'elles détient de telles capacités, elle apporte d'emblée à la personne publique qui en détient la majorité les avantages supposés d'un «*PPPI*». Si la collectivité en cause choisit cependant de mener sa consultation en prévoyant la constitution d'un «*PPPI*» et si la société d'économie mixte qu'elle contrôle remporte le contrat, elles seront amenées à créer une société conjointe dédiée à cette mission, composée de la personne publique responsable et de la société dont elle est actionnaire majoritaire.

Si, en revanche, une société d'économie mixte locale agissant comme opérateur et contrôlée par une collectivité locale venait à remporter, dans le cadre fixé par l'article L. 1523-1 du code général des collectivités locales, un contrat attribué par une autre personne publique, la situation ainsi créée ne serait pas

juridiquement différente du cas d'un «*PPPI*» constitué avec un cocontractant quelconque : le délégant ayant choisi cette forme de passation serait tenu de constituer avec cette entreprise la société conjointe prévue dans sa consultation.

3.1. En ce qui concerne le régime légal et répartition du capital de la société à capital mixte, le dispositif prévu par la communication interprétative remet-il en cause le régime général des sociétés d'économie mixte locales françaises tel qu'il est défini par les articles L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ? En particulier, existe-t-il des obstacles constitutionnels à la création de sociétés à capital mixte de type «*PPPI*», dans lesquelles la répartition du capital entre partenaires publics et privés ne serait pas encadrée par des seuils ?

Dans le schéma de l'exécution du contrat de commande publique d'abord attribué selon les règles en vigueur puis cédé à une société conjointe, qui résulte des développements présentés en réponse aux questions 1.1 à 1.4, le régime législatif des sociétés d'économie mixte défini dans le code général des collectivités locales n'a pas à être modifié : ces sociétés, sauf à en bouleverser la conception et à en compromettre les acquis, ne sont pas le support approprié à la collaboration exclusive d'un opérateur professionnel et d'une personne publique pour la mise en œuvre d'un contrat complexe.

C'est une autre catégorie de société à participation publique qu'il conviendrait d'instituer, ainsi qu'il a été exposé en réponse à la question 1.4. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État n'a pas dégagé de principe de valeur supra-législative imposant un niveau particulier de participation financière des personnes publiques à des sociétés de capitaux. Celle-ci doit résulter de la valeur respective des apports des associés, et s'il est dérogé à cette règle qui s'appuie à la fois sur le droit de propriété, sur le principe d'égalité et sur la liberté d'entreprendre, ce ne peut être que pour un motif d'intérêt général et de manière proportionnée. Il a été fait application de ce raisonnement dans la décision du Conseil constitutionnel n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, qui déclare non-conforme à la Constitution une disposition attribuant d'office la majorité à une catégorie de sociétaires sans justification appropriée.

3.2. L'hypothèse de la constitution d'une société à capital mixte nouvelle pose la question des modalités de répartition de son capital : celles-ci peuvent-elles être fixées dans les statuts de la société, une fois le ou les partenaires privés sélectionnés, ou doivent-elles être fixées dès le lancement de la procédure de mise en concurrence des opérateurs privés devant entrer dans le capital de la société de type «*PPPI*» ?

Selon la logique exposée plus haut, notamment en réponse aux questions 1.4 et 3.1, la répartition du capital entre les deux partenaires d'une société conjointe de «*PPPI*» doit résulter de la valeur de leurs apports. En vertu de l'article 1843-2 du code civil, le droit de vote des associés est proportionnel à la part de capital social qu'ils détiennent. La répartition du capital détermine donc le pouvoir dont chaque associé dispose au sein de la société, avec le correctif possible des articles L. 225-123 et L. 225-125 du code de commerce, qui permettent de moduler les droits de vote des associés définis à partir de la répartition économique des parts.

Les modalités de cette détermination des parts respectives du capital doivent être prévues dans la publicité préalable évoquée dans la réponse aux questions

1.5 et 1.6. La valeur des apports elle-même ne pourrait pas être déterminée avant la conclusion du contrat puisque les éléments d'actif matériels et immatériels que les divers candidats pourraient apporter à la société conjointe s'ils étaient retenus ne seraient pas identiques.

A l'ouverture de la consultation le pouvoir adjudicateur devrait à cet égard :

- a) définir un minimum d'apport, en financement et en autres actifs, exigé du candidat retenu en relation avec les objectifs du contrat ;
- b) annoncer le montant de sa propre contribution et la valeur de ses autres apports ;
- c) préciser si nécessaire la méthode d'évaluation prévue pour fixer le montant des apports respectifs ;
- d) indiquer le cas échéant les minima de droits de vote reconnus à l'opérateur et au pouvoir adjudicateur par les statuts de la société projetée.

3.3. En outre, la communication interprétative n'apporte pas d'indication particulière quant à la forme sociale de la société à capital mixte. Est-il envisageable de limiter l'objet social et la durée d'existence d'une société commerciale à la seule exécution d'un marché public, d'un contrat de partenariat ou d'une concession ?

Les articles 1844-7 du code civil et L. 210-2 du code de commerce permettent de fixer la durée d'une société anonyme en fonction d'une échéance déterminée, telle que la fin d'exécution d'un contrat. La législation applicable laisse aux associés toute liberté quant à la définition de l'objet licite de la société.

3.4. Dans quels cas l'interdiction faite aux personnes publiques de participer au capital de la société de projet prévue par l'article 14 de la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés du 17 février 2009 doivent-elles s'appliquer ?

L'analyse des travaux préparatoires de cette disposition, introduite en fin de débat parlementaire dans la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 en complément d'une autre disposition permettant au titulaire d'un contrat de partenariat de n'apporter qu'une partie du financement de l'opération prévue au contrat, montre que l'intention du législateur était de faire obstacle à ce que la personne publique, fournissant en pareil cas une partie du financement, soit appelée à entrer au capital d'une société constituée pour la réalisation du projet. Elle est venue encadrer la faculté de participation financière de la personne publique au contrat de partenariat introduite par la même loi à la fin du premier alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales.

L'objectif de protection des collectivités publiques contre les aléas de réalisation d'un contrat de partenariat, qui a inspiré cette proposition parlementaire, est directement contraire à la logique du « PPPI » qui placerait la personne publique en position d'associé dans la société chargée d'exécuter le contrat. Elle illustre l'un des risques inhérents à cette formule, rappelé dans les développements qui précèdent, et qui peut sans doute être limité par des clauses spécifiques dans les statuts de la société mais non entièrement supprimé.

Une initiative législative introduisant le mécanisme du « PPPI » dans la législation des contrats de commande publique devrait donc supprimer les mots « à l'exception de toute participation au capital » à la fin du premier alinéa des

deux articles mentionnés plus haut. Il n'en irait autrement que si l'initiative en question appliquait la formule du «*PPPI*» seulement aux autres catégories de contrat, telles la délégation de service public et la concession de travaux publics, en faisant exception du contrat de partenariat.

4.1. L'existence d'une société à capital mixte dans les conditions envisagées pose la question de la sortie de l'opérateur privé du capital de la société. Est-il légalement possible de prévoir que le terme du contrat initial entraîne automatiquement la dissolution de la société ?

Il a été répondu à cette question avec la question 3.3. Toutefois la dissolution de la société, coïncidant par construction avec le terme du contrat, devrait être organisée dans les statuts de la société conjointe constituée ; les formalités qui l'accompagnent, en particulier la liquidation et la répartition de l'actif et du passif résiduels, devraient avoir été prévues initialement et clairement précisées dans les documents de la consultation.

4.2. Est-il également légalement possible d'organiser au terme du contrat initial une nouvelle mise en concurrence, pour l'attribution d'un nouveau contrat à la société à capital mixte et le choix d'un nouvel actionnaire-opérateur privé ?

Dans ce cas, est-il possible d'organiser, soit dès la conclusion du contrat initial soit à son terme, les modalités de la sortie contrainte du capital de l'actionnaire-opérateur privé initial à l'issue dudit contrat ?

La mise en concurrence en vue d'une nouvelle mission succédant à la réalisation de l'objet du contrat initial est imposée par le droit des contrats de commande publique, sous les exceptions très limitées que précisent les textes. Les principes énoncés dans le présent avis en réponse aux questions précédentes conduisent à dissoudre la société conjointe à la fin de l'exécution du premier contrat. Un nouveau contrat «*successif*» – comme la gestion pour une durée déterminée d'un équipement ayant été précédemment réalisé puis géré en vertu d'un contrat de partenariat ou d'une concession – aurait un objet distinct. Il donnerait donc lieu à une consultation nouvelle, dans laquelle le partenaire sortant ne dispose d'aucune préférence, et, même en cas de reconduction, la société conjointe à constituer, placée dans une situation économique différente, serait elle aussi nouvelle.

4.3. Est-il légalement possible d'organiser par ailleurs les modalités par lesquelles l'actionnaire-opérateur privé peut, en cours d'exécution du contrat, céder ses parts dans le capital, et ses droits et obligations au contrat, à un tiers ?

Le raisonnement juridique retenu en réponse à la présente demande d'avis est fondé sur la préservation de l'équilibre du contrat qui est intégralement transféré, en application des règles gouvernant la cession de contrat public, à la charge d'une société dédiée à ce seul objet. Les principes inspirant ces règles permettent que soit opérée une cession des parts de l'opérateur partenaire de la personne publique responsable à une autre entreprise. Cette nouvelle cession devrait suivre ces mêmes principes.

La personne publique responsable ne peut donc donner son consentement à la cession de parts d'un opérateur que si le nouvel opérateur proposé présente des garanties de capacité équivalentes à celles du titulaire en place quant à l'exécution du contrat. Si des conventions complémentaires ont été conclues entre l'opérateur initial et la société conjointe, la personne publique doit s'assurer que des engagements équivalents de fourniture de capacités sont obtenus du partenaire entrant.

Communautés européennes et Union européenne

Règles applicables – Liberté de circulation – Libre prestation de services.

Droit de la concurrence – Règles applicables aux entreprises – Taxe sur les paris en ligne – Exonération – PMU – Service d'intérêts économique général – Notion.

Aides communautaires – Aides d'État – Compensation d'obligations de service public (jurisprudence Altmark) – Absence – Notification de l'aide à la Commission.

Contributions et taxes

Taxes ou redevances – Distinction – Redevance pour service rendu – Service public – Organisation de courses de chevaux.

Spectacles, sports et jeux

Courses de chevaux – Ouverture à la concurrence du secteur des jeux en ligne – Redevance pour service rendu aux opérateurs de paris en ligne par les sociétés de courses – Création – Conditions – Organisation des courses et SIEG – Compensation d'obligations de service public – Compatibilité de la taxe ou de la redevance avec le TUE – PMU – Exonération.

■ Assemblée générale – Avis n° 383.270 – 26 novembre 2009

Le Conseil d'État, saisi par le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État et le ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche, dans le cadre du projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, des questions suivantes :

1° Les prestations fournies par les sociétés de courses aux opérateurs de paris en ligne peuvent-elles justifier la création d'une redevance pour service rendu au bénéfice des premières ?

En cas de réponse positive, les charges incombant aux sociétés de courses pour l'exécution de leur mission de service public et correspondant au service rendu aux opérateurs de paris en ligne pourraient-elles comprendre :

- l'entretien et la construction des hippodromes ;
- les primes et allocations pour les éleveurs, propriétaires et jockeys de chevaux placés dans les courses, ainsi que les primes couvrant une partie du coût du transport des chevaux jusqu'à l'hippodrome ;
- la formation des jockeys ;
- la publicité liée à l'organisation des courses ;
- le droit sur les images et vidéos issues directement de la course ;
- les dépenses liées à la lutte anti-dopage ?

2° Peut-on considérer que les composantes de la mission d'organisation des courses mentionnées au 1° constituent un service d'intérêt économique général ?

3° En cas de réponse positive au 2°, une redevance pour service rendu calculée dans les conditions de la réponse au 1° ou une taxe compensant les mêmes coûts pourraient-elles être considérées, en tout ou partie, comme une compensation d'obligations de service public ne constituant pas une aide d'État en application de la jurisprudence *Altmark* (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00) ?

Une redevance pour service rendu légale en droit interne serait-elle automatiquement compatible avec le droit communautaire, de sorte que la France serait dispensée de la notifier à la Commission européenne ?

4° Dans l'hypothèse où la jurisprudence *Altmark* ne serait pas applicable et où une redevance pour service rendu légale en droit interne ne serait pas automatiquement compatible avec le droit communautaire, la redevance ou la taxe pourraient-elles être une aide d'État compatible au vu des lignes directrices du 29 novembre 2005 (n° 2005/C 297/04) concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou de la jurisprudence générale de la Cour de justice des Communautés européennes ?

5° La redevance ou la taxe qu'il est envisagé d'instituer pourraient-elles être prélevées uniquement sur les opérateurs de paris en ligne (y compris le PMU), ou sur les opérateurs de paris à l'exclusion du PMU, compte tenu du fait que le PMU reverse le solde brut des paris aux sociétés mères de courses ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 34 et 88-1 ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 16, 86, 87 et 88 ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 modifiée relative aux lois de finances, notamment son article 2 ;

Vu le code de commerce, notamment son article L. 251-1 ;

Vu la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux ;

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1° Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, est une redevance pour service rendu toute contribution demandée à des usagers d'un service public ou d'un ouvrage public, qui trouve une contrepartie suffisamment directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage et dont le montant est déterminé non seulement en retenant le prix de revient de la prestation ou du service mais aussi en tenant compte, le cas échéant, de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire.

a) Le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, en cours de discussion au Parlement, prévoit de compléter l'article 2 de la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux par les dispositions suivantes :

« Ces sociétés [sociétés de courses] participent, notamment au moyen de l'organisation des courses de chevaux, au service public d'amélioration de l'espèce équine et de promotion de l'élevage, à la formation dans le secteur des courses et de l'élevage chevalin ainsi qu'au développement rural. (...) Les obligations de service public incombant aux sociétés mères et les modalités de leur intervention sont définies par décret. »

Si ces dispositions sont adoptées, l'organisation des courses de chevaux, bien qu'elle ne soit pas en tant que telle qualifiée de service public, sera rattachée de manière suffisamment directe à un tel service pour que la première condition nécessaire pour la création d'une redevance pour service rendu, celle de l'existence d'un service public, puisse être regardée comme satisfaite.

b) En revanche, les opérateurs de paris en ligne ne peuvent être regardés comme les usagers, bénéficiaires directs et principaux de l'organisation des courses.

La création d'une redevance pour service rendu est possible, lorsque les missions qu'il est envisagé de financer ainsi sont exercées directement et principalement au profit des redevables.

Or, l'objectif poursuivi à travers les courses n'est pas de délivrer un service aux opérateurs de paris. Il n'est pas non plus seulement de délivrer un service aux parieurs et au public fréquentant les hippodromes. L'organisation des courses vise à permettre la réalisation de finalités d'intérêt général plus globales, l'amélioration de l'espèce équine, la promotion de l'élevage et le développement rural. La circonstance que l'activité des opérateurs de paris exerçant en France est entièrement dépendante de l'organisation des courses et de sa qualité ne suffit pas à faire regarder ces opérateurs comme les usagers du service public en cause, au sens de la jurisprudence relative aux redevances pour service rendu.

Il n'est donc pas possible de mettre à la charge des opérateurs de paris, au moyen d'une redevance pour service rendu, l'ensemble des dépenses relevant de l'activité même d'organisation des courses (entretien et construction des hippodromes, primes et allocations pour les éleveurs, propriétaires et jockeys de chevaux placés dans les courses, formation des jockeys, lutte anti-dopage et publicité).

c) Il reste cependant possible d'instaurer une redevance pour service rendu pour la fourniture de prestations détachables de la mission d'organisation des courses en tant que telle qui, à l'occasion de l'accomplissement de cette mission, seraient délivrées de manière individualisée aux opérateurs de paris en ligne. Tel est le cas, notamment, de la fourniture par les sociétés mères de courses d'images et vidéos issues directement de la course.

Dans ces conditions, le prélèvement envisagé par le Gouvernement revêtirait le caractère d'une imposition, qu'en vertu de l'article 2 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, il est légalement possible d'affecter à un tiers, à raison des missions de service public qui lui sont confiées (en l'espèce, le projet de loi en cours d'examen au Parlement prévoit que les sociétés de courses participeront à une mission de service public).

Il est vrai que le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne prévoit, par une disposition introduite postérieurement à la demande d'avis formulée par le Gouvernement, que : « Une redevance est due par les opérateurs agréés de paris hippiques en ligne en contrepartie de la mission d'organisation des courses au sens de la présente loi ». Cette disposition a pour objet et pour effet de créer une obligation à la charge des opérateurs de paris hippiques en ligne. Elle ne permet pas d'écarter un risque de requalification du prélèvement en cause en imposition de toute nature. En conséquence, compte tenu des considérations qui précèdent, cette disposition devrait être complétée pour prévoir, conformément à l'article 34 de

la Constitution, les règles fixant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement du prélèvement en cause.

2° Aux termes de l'article 86 paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) : « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».

Il n'existe pas pour l'instant une définition précise et complète de la notion de service d'intérêt économique général (SIEG), cette compétence incombant au premier chef aux États membres, sous le contrôle des institutions communautaires lesquelles exercent, en cette matière, un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et des décisions de la Commission européenne qu'un SIEG correspond aux cas où une entreprise exerçant une activité économique est chargée, par un acte exprès et explicite de la puissance publique, d'une mission d'intérêt général présentant un caractère spécifique par rapport aux activités d'une entreprise privée ordinaire et caractérisée par des obligations de service public. Deux critères sont fondamentaux : la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause d'une mission d'intérêt général, et le caractère universel et obligatoire de cette mission, entendu en ce sens que les opérateurs chargés de la mission de SIEG sont, en principe, tenus d'offrir le service en cause sur le marché en respectant les obligations qui régissent la prestation de ce service (CJCE, 27 mars 1974, aff. 127-73, *BRT c/ SABAM* ; TPI, 12 février 2008, aff. T-289/03).

Le Livre blanc de la Commission européenne du 12 mai 2004 sur les services d'intérêt général indique que les principes de ces services « concernent en particulier l'accès aux services, notamment transfrontaliers, sur tout le territoire de l'Union et pour tous les groupes de population, l'accessibilité financière des services, y compris des régimes spéciaux pour les personnes à faible revenu, la sécurité physique, la sécurité et la fiabilité, la continuité, la qualité élevée, le choix, la transparence et l'accès aux informations des fournisseurs et des régulateurs ».

Des SIEG ont fait l'objet d'une reconnaissance principalement dans les domaines des télécommunications, de la radiotélévision, des transports, de l'énergie, des services postaux, de l'eau et des activités à caractère social.

Reste à déterminer si l'organisation des courses en France, telle qu'elle va être définie par les textes, c'est-à-dire comme une activité confiée à des sociétés spécifiques concourant par ce moyen au service public d'amélioration de l'espèce équine et de promotion de l'élevage, à la formation dans le secteur des courses et de l'élevage chevalin ainsi qu'au développement rural, peut être qualifiée de SIEG.

a) En l'état actuel des textes applicables à l'organisation des courses, si les sociétés mères disposent, en vertu de l'article 2 de la loi du 2 juin 1891, d'un droit exclusif d'organiser des courses hippiques et sont, en vertu notamment de

l'article 12 du décret du 5 mai 1997 relatif aux sociétés de courses de chevaux et au pari mutuel, investies de certaines prérogatives de puissance publique, elles ne sont pas soumises, pour l'organisation des courses, au respect de critères qualitatifs caractérisant une mission d'intérêt général. Par ailleurs, par rapport aux activités qui ont été reconnues comme des SIEG, l'organisation des courses ne présente pas le même caractère de nécessité pour les citoyens, de sorte que les critères d'accessibilité géographique et financière, et de continuité du service, notamment, importants dans le cadre d'un SIEG, ne trouvent pas à s'appliquer en matière de courses hippiques.

b) Cependant, les contours de la notion de SIEG ont été tracés de manière progressive, dans le cadre d'une démarche qui n'est sans doute pas achevée. Les premières activités qui ont fait l'objet d'une reconnaissance correspondent au cœur de ce concept. Cela n'exclut pas que les autorités communautaires reconnaissent comme SIEG des activités de nature nouvelle, sur la base de justifications appropriées apportées par les États membres quant au respect des critères fondamentaux rappelés ci-dessus. Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui entrera en vigueur le 1^{er} décembre 2009, pris sur le fondement de l'article 14 de ce traité (ex-article 16 du TCE), reconnaît notamment « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs* » et « *la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes* ».

En conséquence, le Conseil d'État a recherché les éléments de nature à favoriser la reconnaissance en tant que SIEG de l'organisation des courses de chevaux.

La mission d'intérêt général pouvant servir de fondement au SIEG est celle prévue par le projet de loi : l'amélioration de l'espèce équine et la promotion de l'élevage. La directive 90/428/CEE du Conseil du 26 juin 1990 concernant les échanges d'équidés destinés à des concours et fixant les conditions de participation à ces concours reconnaît l'intérêt « *d'assurer un développement rationnel de la production d'équidés et d'accroître ainsi la productivité de ce secteur* », ainsi que l'intérêt pour les États membres de favoriser « *la sauvegarde, la promotion et l'amélioration de l'élevage* ». Par ailleurs, la promotion de l'élevage n'est pas sans lien avec l'aménagement du territoire et le développement rural, qui peuvent également être considérés comme des objectifs d'intérêt général. Les courses de chevaux contribuent à ces objectifs, notamment en raison du nombre important d'hippodromes en France.

Au-delà des affirmations de principe figurant à l'article 2 de la loi du 2 juin 1891, le Gouvernement devra définir, dans le cadre du décret prévu par les dispositions précitées du projet de loi, les principes d'organisation des courses de nature à garantir qu'elles contribuent effectivement à l'amélioration de l'espèce équine et à la promotion de l'élevage. Il conviendra d'en déduire des obligations mises à la charge des sociétés de courses dans l'exercice de leur mission, qui pourraient être regroupées dans un cahier des charges annexé à ce décret. Sur le fond, ces obligations, qui devraient comporter une importante composante qualitative, pourraient concerner, notamment, la réglementation des courses et la définition du programme des courses, la réglementation de l'accès aux métiers

du cheval, le contrôle de la régularité des courses, ainsi que la présence territoriale de l'activité. La définition de telles obligations irait dans le sens du respect des critères caractérisant un SIEG.

En admettant l'existence d'un SIEG, il convient d'examiner si son financement par une imposition affectée – la voie de la redevance pour service rendu ayant été écartée au 1° – constituerait une aide d'État et, si tel était le cas, dans quelles conditions cette aide d'État pourrait être compatible avec le marché commun.

3° L'existence d'une aide d'État soumise aux stipulations des articles 87 et 88 du TCE suppose la réunion de quatre conditions : intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, susceptible d'affecter les échanges entre États membres, accordant un avantage à son bénéficiaire, et faussant ou menaçant de fausser la concurrence.

a) Sur la condition tirée de l'intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État :

La CJCE qualifie de ressources d'État les « *contributions obligatoires imposées par la législation de l'État* » (CJCE, 2 juillet 1974, aff. 173/73, *République italienne c/ Commission*). La Commission européenne et la CJCE retiennent une acception large de la notion de ressources d'État : elles ne s'en tiennent pas aux seuls flux financiers qui transitent *stricto sensu* par les caisses de l'État. Ainsi, une taxe, ou une partie d'une taxe, affectée de manière contraignante, en vertu de la réglementation nationale, à une personne privée au titre des missions de service public dont elle est chargée, constitue une ressource d'État.

Le critère tiré du financement par des ressources d'État serait ainsi satisfait si l'organisation des courses était financée par un impôt affecté aux sociétés mères de courses.

b) Sur les conditions tirées des effets potentiels sur les échanges et la concurrence :

Ces conditions doivent être appréciées au regard non seulement de l'organisation des courses, mais aussi de l'activité de prise de paris qui en est indissociable. Dans la communication 97/C 163/03 concernant des aides présumées que la France aurait accordées aux sociétés de courses et au PMU (JOUE du 30 mai 1997), la Commission européenne a indiqué qu'il existait un marché communautaire de paris sur courses de chevaux et que les sociétés qui organisaient les courses de chevaux étaient en situation de concurrence. Un avantage sélectif accordé aux sociétés de courses françaises pourrait affecter la répartition des paris entre les courses organisées en France et celles organisées dans les autres États membres et fausser ainsi la concurrence, à travers deux mécanismes au moins : l'accroissement présumé de la vitalité des courses en France, grâce à l'octroi de ressources d'État, est de nature à rendre ces courses plus attractives, d'une part, pour les opérateurs de paris en ligne, alors que le marché est en cours d'ouverture à la concurrence, d'autre part, pour les parieurs d'autres États membres, qui peuvent, actuellement, miser sur certaines courses organisées en France.

c) Sur la condition tirée de l'existence d'un avantage pour le bénéficiaire :

Par l'arrêt du 24 juillet 2003 *Altmark Trans GmbH* (aff. C-280/00), la CJCE a jugé que « dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée

comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence», une telle intervention ne constitue pas une aide d'État. Elle a fixé quatre conditions pour apprécier si les critères qu'elle a définis pouvaient être regardés comme satisfaits :

- l'entreprise bénéficiaire doit être effectivement chargée d'une mission de service public et ses obligations en ce sens doivent être clairement définies ;
- les critères et paramètres permettant d'établir la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente de façon à éviter un avantage économique par rapport aux entreprises concurrentes ;
- il doit y avoir une stricte proportionnalité entre le montant de la compensation et les charges de service public, avec possibilité toutefois d'un « bénéfice raisonnable » que les entreprises bénéficiaires peuvent tirer de l'exécution de leurs obligations de service public ;
- dans l'hypothèse où l'attribution de la mission de service public ne s'opérerait pas selon une procédure de marché public, le montant de la compensation doit être calculé sur la base de la moyenne des coûts qu'une entreprise correctement gérée devrait supporter pour remplir des missions analogues.

Ces conditions font l'objet d'une interprétation stricte. En l'espèce, l'attribution de l'organisation des courses de chevaux ne s'opère pas selon une procédure d'appel à la concurrence et il paraît exclu que le gouvernement français puisse démontrer que le montant de la compensation attribuée aux sociétés mères de courses est calculé sur la base de la moyenne des coûts qu'une entreprise correctement gérée devrait supporter pour remplir des missions analogues. Il est donc difficilement envisageable de se placer dans le cadre de l'arrêt *Altmark*.

4° Lorsque, comme en l'espèce, la quatrième condition posée par l'arrêt *Altmark* n'est pas satisfaite, un financement au bénéfice d'une entreprise satisfaisant aux critères d'une aide d'État doit être notifié à la Commission européenne au titre de l'article 88 du TCE. Dans le cas d'une entreprise chargée d'une mission de service public, l'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04) fixe les conditions au bénéfice desquelles un tel financement peut être considéré comme une compensation de service public compatible avec le marché commun :

- existence d'un réel service d'intérêt économique général ;
- existence d'un acte précisant les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation ;
- calcul du montant de la compensation de sorte qu'il ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

L'acte prévu par la deuxième condition est en partie constitué par le décret prévu par le projet de loi afin de définir « les obligations de service public incombant aux sociétés mères et les modalités de leur intervention », dont le contenu souhaitable a été indiqué au 2°. Devraient être fixées, en complément, les modalités de calcul de la compensation, dans des conditions répondant au niveau d'exigence fixé par l'encadrement communautaire (notamment indication des para-

mètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, ainsi que des modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et des moyens d'éviter ces surcompensations, calcul des coûts fondé sur des principes de comptabilité analytique «*généralement acceptés*» et portés à la connaissance de la Commission européenne).

Quant à la troisième condition, les coûts pouvant être pris en considération comprennent tous les coûts liés au fonctionnement du SIEG ainsi que les coûts liés aux investissements, notamment en matière d'infrastructures, lorsqu'ils s'avèrent nécessaires pour le fonctionnement du service. La Commission européenne et les juridictions communautaires exercent un contrôle restreint sur le caractère proportionné de la compensation, qui consiste à examiner «*si la compensation prévue est nécessaire pour que cette mission puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables ou, inversement, si la mesure en cause est manifestement inappropriée par rapport à l'objectif poursuivi*» (TPI, 12 février 2008, aff. T-289/03).

Les catégories de dépenses indiquées par le Gouvernement (entretien et construction des hippodromes, primes et allocations pour les éleveurs, propriétaires et jockeys de chevaux placés dans les courses, formation des jockeys, lutte anti-dopage et publicité) paraissent pouvoir entrer dans le calcul de la compensation : ces dépenses, dans leur principe, peuvent être considérées comme nécessaires à l'organisation des courses dans des conditions économiquement acceptables. Les montants correspondant à chacun de ces postes de dépenses devront être précisément justifiés.

Dans le cas d'une taxe calculée en pourcentage du montant des enjeux recueillis par chaque opérateur de paris, il conviendra de prévoir, pour éviter les surcompensations, une actualisation régulière, en tant que de besoin, de ce taux.

5° En matière fiscale, le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques impose, en règle générale, de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation. Le législateur peut assujettir une catégorie particulière de personnes à une imposition, pourvu que celles-ci présentent des caractéristiques propres les différenciant des autres redevables potentiels et que les critères retenus soient objectifs et rationnels par rapport à l'objectif poursuivi.

Au regard du droit national, la prise de paris en ligne peut être considérée comme une activité de nature différente de la prise de paris dans le réseau physique, pour laquelle le PMU conservera d'ailleurs un droit exclusif. Par suite, les opérateurs de paris hippiques en ligne constituent une catégorie particulière qui peut être assujettie, *seule*, à une imposition.

Aucune circonstance, et notamment pas celle tirée du reversement de son solde (montant du produit brut des paris diminué des prélèvements publics et de ses frais de gestion) aux sociétés mères de courses en application de l'article L. 251-1 du code de commerce, ne paraît justifier que le PMU ne soit pas inclus, au titre de son activité d'opérateur en ligne, dans les redevables de l'imposition qui serait créée.

Au regard du droit communautaire, à supposer que la situation de concurrence soit appréciée sur l'ensemble du secteur des paris hippiques quelle que soit la forme sous laquelle ceux-ci sont proposés, l'absence d'assujettissement



du PMU, pour son activité dans le réseau physique, à l'imposition à laquelle seraient soumis les opérateurs en ligne ne serait sans doute pas considérée comme constituant une distorsion de concurrence à son profit, dans la mesure où il serait établi que le reversement de son solde aux sociétés mères de courses, bénéficiaires de l'impôt en cause, correspondrait à un versement d'un montant au moins égal à celui qui résulterait de son assujettissement à l'impôt.

Contributions et taxes

Imposition sur les revenus et les bénéfices – Impôts sur les bénéfices des sociétés – Détermination du bénéfice imposable – Imputation du crédit d'impôt étranger sur l'impôt sur les sociétés dû en France (article 220 I du CGI) – Opérations d'acquisition et de revente de titres étrangers dans des délais brefs – Réalisation d'économies d'impôt en France – But exclusif – Solutions envisageables pour y faire obstacle – Clauses des conventions internationales – « Bénéficiaire effectif ».

■ Section des finances – Avis n° 382.545 – 31 mars 2009

Le Conseil d'État (section des finances), saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique d'une demande d'avis portant sur les modalités d'imputation du crédit d'impôt étranger sur l'impôt sur les sociétés dû en France et posant la question de savoir quelles solutions peuvent être mises en œuvre pour éviter que des établissements n'utilisent le dispositif prévu par les dispositions du I de l'article 220 du code général des impôts, qui permettent l'imputation de la retenue à la source acquittée à l'étranger sur des revenus de capitaux mobiliers sur l'impôt sur les sociétés dû en France, dans les cas où ces établissements réalisent des opérations d'acquisition et de revente de titres étrangers dans un bref délai autour du détachement du coupon et dans le seul but de réaliser une économie d'impôt en France, soit en modifiant le mode de calcul de l'impôt français servant de base d'imputation à la retenue à la source étrangère, soit en refusant le droit à déduction aux établissements qui n'ont pas la qualité de « *bénéficiaire effectif* », au sens des conventions internationales,

Vu la Constitution, notamment son article 55 ;

Vu le code général des impôts ;

Est d'avis, de répondre aux questions posées, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, dans le sens des observations ci-après :

I. Sur la possibilité de déduire des revenus des capitaux mobiliers de source étrangère des charges nouvelles, pour le calcul de l'impôt sur les sociétés sur lequel s'impute la retenue à la source à laquelle ces revenus ont donné lieu :

A. Sur la « *règle du butoir* » en droit interne :

1° Aux termes du a du 1 de l'article 220 du code général des impôts : « *Sur justifications, la retenue à la source à laquelle ont donné ouverture les revenus des capitaux mobiliers, visés aux articles 108 à 119 et 1678 bis du même code, perçus par la société ou la personne morale est imputée sur le montant de l'impôt à sa charge en vertu du présent chapitre. / Toutefois, la déduction à opérer*

ne peut excéder la fraction de ce dernier impôt correspondant au montant des-dits revenus. » La fraction de l'impôt sur les sociétés dû par l'établissement, correspondant aux revenus de capitaux mobiliers qui ont donné lieu à la retenue à la source, constitue un « butoir », de droit interne, pour le crédit d'impôt égal à cette retenue à la source, les conventions fiscales internationales prévoyant elles-mêmes, en règle générale, une telle limitation.

Il est précisé au *b* du I de l'article 220 de ce code que : « *En ce qui concerne les revenus de source étrangère visés aux articles 120 à 123, l'imputation est limitée au montant du crédit correspondant à l'impôt retenu à la source à l'étranger ou à la décote en tenant lieu, tel qu'il est prévu par les conventions internationales.* »

Il se déduit de ces dispositions que la « règle du butoir » énoncée au *a* du 1 de l'article 220 du code est applicable pour l'imputation de la retenue à la source opérée sur les revenus de capitaux mobiliers de source tant française qu'étrangère et que, pour les seuls revenus de source étrangère, l'imputation d'un crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source est également soumise à la condition qu'une convention internationale l'ait prévue et n'est ouverte que dans la limite du montant de la retenue à la source prévue par cette convention.

2° Pour réduire le montant du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source, dans les cas dans lesquels il estime que l'opération en cause est dépourvue de toute réalité économique et n'a qu'un objectif fiscal, le Gouvernement envisage, en premier lieu, de réduire le montant de l'impôt sur les sociétés correspondant aux revenus qui ont fait l'objet de la retenue à la source opérée à l'étranger, constituant la base d'imputation de la retenue à la source, en autorisant la déduction des revenus mobiliers de sources étrangères imposables de diverses dépenses « *liées à l'acquisition ou à la cession des titres lorsqu'ils peuvent être considérés comme de nature à faciliter directement l'acquisition et la conservation du revenu ouvrant droit au crédit d'impôt, y compris le cas échéant, la perte en capital provenant de la cession du titre* », soit par application combinée des articles 13 et 220 du code général des impôts, soit en retenant une « *approche économique globale* » de l'opération, sur le fondement d'une interprétation autonome de l'article 220 de ce code.

B. Sur la possibilité de déduire des revenus de source étrangère soumis à l'impôt sur les sociétés des dépenses directement liées à l'acquisition, à la conservation ou à la cession des titres :

1° Les dispositions du I de l'article 209 du code général des impôts, en prévoyant que les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés d'après les règles fixées notamment par les dispositions des articles 34 à 45, 53 A à 57 de ce code, qui sont relatives à la détermination des bénéficiaires industriels et commerciaux pour la détermination du revenu imposable à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, ont rendu applicables à l'impôt sur les sociétés, quelle que soit l'activité de l'entreprise, les dispositions de l'article 39 de ce code, selon lesquelles : « *Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges ...* », si les charges sont engagées dans l'intérêt de l'entreprise, n'ont pas pour contrepartie un accroissement de l'actif, correspondent à des charges effectives et ne sont pas exclues des dépenses déductibles par une disposition expresse.

Dès lors que le renvoi de l'article 209 du code général des impôts à l'article 39 du même code a un caractère général, les principes de calcul du bénéfice posés par ce dernier article s'appliquent, pour l'impôt sur les sociétés, à tous les éléments du bénéfice et non spécifiquement à une catégorie de revenus comme c'est le cas pour l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

Par suite, des frais justifiés directement liés à l'acquisition, à la conservation et à la cession de titres et n'ayant pas pour contrepartie un accroissement de l'actif, sont, sauf exclusion par des dispositions spécifiques, susceptibles d'être déduits de la fraction du revenu brut procuré par les titres et servant d'assiette pour le calcul de l'impôt sur les sociétés dû à raison de ces titres. Peuvent notamment être déduits, sur ce fondement, les frais de garde et d'encaissement des titres.

En revanche, les intérêts d'un emprunt contracté pour acquérir les titres à l'étranger ne pourraient être regardés comme des dépenses directement liées à l'acquisition des titres, pas plus que de tels intérêts ne sont déductibles pour l'impôt sur le revenu, sauf dans des cas particuliers, comme ceux dans lesquels, en application des articles 13 et 83 du code général des impôts, l'emprunt a été utilisé pour acquérir une participation nécessaire à la poursuite d'un contrat de travail (Conseil d'État, *Bourtourlinsky*, 25 octobre 2004, n° 255092).

2° Pour les revenus des valeurs mobilières émises hors de France, l'article 122 du code général des impôts dispose que : « ... le revenu est déterminé par la valeur brute en euros des produits encaissés d'après le cours du change au jour des paiements, sans autre déduction que celle des impôts établis dans le pays d'origine et dont le paiement incombe au propriétaire », à l'exception du régime particulier des bons et contrats de capitalisation.

Ces dispositions, qui interdisent de déduire des revenus de valeurs mobilières émises hors de France des dépenses engagées à l'étranger, autres que les impôts payés à l'étranger, ne font pas par elles-mêmes obstacle à ce que des dépenses engagées en France pour acquérir ou conserver les valeurs mobilières à l'origine de ces revenus soient considérées comme des charges déductibles de ceux-ci.

En revanche, ces dispositions font obstacle à la déduction de la rémunération que le bénéficiaire du crédit d'impôt verserait, en application des stipulations d'une convention de partage de l'économie d'impôt, au vendeur étranger des titres, dès lors que cette déduction ne pourrait s'analyser que comme une déduction faite sur les produits des revenus encaissés de l'étranger autre que celle des impôts établis dans le pays d'origine.

3° Si la jurisprudence admet, sous certaines conditions, que les dispositions de l'article 13 du même code relatives à la définition générale du bénéfice ou du revenu imposable, prévoyant qu'il « est constitué par l'excédent du produit brut, y compris la valeur des profits et avantages en nature, sur les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conservation du revenu », permettent des déductions de charges, à titre subsidiaire ou complémentaire, au-delà des déductions prévues spécifiquement pour les catégories de revenus constituant le revenu global imposable à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, notamment, pour les revenus de capitaux mobiliers, des frais liés à la gestion des titres, les dispositions de cet article n'ont toutefois pas été reconnues applicables à l'impôt sur les sociétés.

C. Sur la possibilité de déduire les moins-values résultant du détachement du coupon :

Les titres acquis peu avant le détachement du coupon donnant droit au versement des intérêts subissent, après détachement de celui-ci, une décote correspondant, en principe, au montant des intérêts versés. Le Gouvernement envisage de rendre déductible cette moins-value du revenu correspondant aux intérêts versés et servant d'assiette à l'impôt sur les sociétés sur lequel est imputé le crédit d'impôt égal à la retenue à la source.

Si, à la différence des plus-values à long terme, dont le montant net pour un même exercice fait l'objet d'une imposition séparée à un taux différent de celui de l'impôt sur les sociétés, en vertu de l'article 39 *quindecies* du code général des impôts, les plus-values à court terme sont imposées au même taux et rentrent dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés, la moins-value constatée lors de la revente du titre qui est due au détachement du coupon ne peut, en elle-même, être regardée comme une charge, au sens des dispositions de l'article 39 du code général des impôts, rattachable aux revenus qui ont donné lieu à la retenue à la source et, par suite, déductible.

Une « *approche économique globale* », qui serait fondée sur une interprétation autonome de l'article 220 du code général des impôts, ne paraît pas pouvoir être retenue, alors que les dispositions du 1 de cet article mentionnent « *le montant de l'impôt à sa charge en vertu du présent chapitre* », soit le chapitre II « *impôt sur les bénéficiaires des sociétés et autres personnes morales* » du titre 1^{er} de la première partie du livre premier de ce code, ce qui implique qu'elles doivent être interprétées selon les règles posées notamment par l'article 209 du même code.

Il convient enfin de souligner que s'il revient au législateur national de définir les règles d'imposition des revenus d'origine étrangère ayant donné lieu à la retenue à la source, l'impôt ainsi déterminé permettant l'imputation du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source, ces règles ne pourraient, sans encourir le risque d'inconventionnalité, apparaître comme ayant eu pour seul objet de minorer l'assiette d'imputation du crédit d'impôt en faisant ainsi obstacle à l'application des stipulations conventionnelles tendant à limiter la double-imposition.

II. Sur la possibilité d'utiliser la notion de « bénéficiaire effectif », au sens des conventions internationales, pour refuser le droit à l'imputation du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source :

A. Sur les clauses dites « *de bénéficiaire effectif* » :

1° En ce qui concerne la portée de ces clauses telles qu'elles apparaissent dans le modèle de convention concernant le revenu et la fortune établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques :

Aux termes de l'article 10, intitulé « *dividendes* », du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques, dans sa version adoptée le 17 juillet 2008 par le comité des affaires fiscales : « *1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. / 2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif est*

un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder : / a) 5 pour cent du montant brut des dividendes, si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) qui détient directement au moins 25 pour cent du capital de la société qui paie les dividendes ; b) 15 pour cent du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas. (...)». Aux termes de l'article 11, intitulé «intérêts» : «1. Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. / 2. Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'État contractant d'où ils proviennent et selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des intérêts est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 pour cent du montant brut des intérêts. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de cette limitation. (...)».

D'après l'article 23 A du même modèle de convention, relatif à la méthode d'exemption, inséré dans le chapitre V intitulé «méthodes pour éliminer les doubles impositions» : «(...) 2. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre État. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de cet autre État. (...)».

D'après l'article 23 B, relatif à la méthode d'imputation : «1. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente convention, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde : / a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé dans cet autre État. / b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre État. / Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre État. (...)».

Il résulte de la combinaison des stipulations précitées que lorsque l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident a fait application de l'un ou l'autre des taux réduits de retenue à la source de 5 ou 15 pour cent du montant brut des dividendes, mentionnés au a) et au b) du paragraphe 2 de l'article 10 du modèle de convention, l'autre État contractant est tenu d'accorder à la personne résidant sur son territoire à laquelle sont payés les dividendes la déduction mentionnée au paragraphe 2 de l'article 23 A et au paragraphe 1 de l'article 23 B, dès lors qu'il perçoit un impôt sur les dividendes payés à ce résident.

De la même manière, lorsque l'État contractant d'où proviennent les intérêts a fait application du taux réduit de retenue à la source de 10 pour cent du montant brut des intérêts, mentionné au paragraphe 2 de l'article 11 du modèle de convention, l'autre État contractant est tenu d'accorder à la personne résidant sur son territoire à laquelle sont payés les intérêts la déduction mentionnée au paragraphe 2 de l'article 23 A et au paragraphe 1 de l'article 23 B, dès lors qu'il perçoit un impôt sur les intérêts payés à ce résident.

Il résulte des mêmes stipulations que lorsque l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident a, au contraire, refusé l'application de l'un des taux réduits de retenue à la source mentionné au a) ou au b) du paragraphe 2 de l'article 10 au motif que la personne, résidant de l'autre État contractant, à laquelle sont payés les dividendes, n'en est pas le bénéficiaire effectif, et a, par suite, imposé ces dividendes selon sa législation nationale, comme le lui permettent les stipulations du paragraphe 2 de l'article 10, l'autre État contractant, dont la personne à laquelle sont payés les dividendes est un résident, n'en est pas moins tenu d'accorder la déduction mentionnée au paragraphe 2 de l'article 23 A et au paragraphe 1 de l'article 23 B dès lors qu'il perçoit un impôt sur les dividendes payés à ce résident.

De la même manière, lorsque l'État contractant d'où proviennent les intérêts a refusé l'application du taux réduit de retenue à la source mentionné au paragraphe 2 de l'article 11, au motif que la personne, résidant de l'autre État contractant, à laquelle sont payés les intérêts, n'en est pas le bénéficiaire effectif, et a, par suite, imposé ces intérêts selon sa législation nationale, comme le lui permettent les stipulations du paragraphe 2 de l'article 11, l'autre État contractant, dont la personne à laquelle sont payés les intérêts est un résident, n'en est pas moins tenu d'accorder la déduction mentionnée au paragraphe 2 de l'article 23 A et au paragraphe 1 de l'article 23 B, dès lors qu'il perçoit un impôt sur les intérêts payés à ce résident.

Ainsi, les clauses dites «*de bénéficiaire effectif*» rédigées conformément au modèle de convention sur le revenu et la fortune établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques doivent être interprétées, sauf stipulation expressément contraire de la convention dans laquelle elles figurent, comme ne permettant la remise en cause que de l'application, par l'État de la source, d'un taux réduit de retenue à la source sur les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État contractant. Elles ne sauraient en revanche être interprétées comme permettant la remise en cause de tout autre avantage fiscal prévu par la convention en cause, tel que le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger sur l'impôt perçu, à raison desdits revenus, par cet autre État.

2° En ce qui concerne la possibilité, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, de subordonner l'octroi de certains avantages prévus par une convention fiscale à la condition que le bénéficiaire des revenus en cause en soit le bénéficiaire effectif :

Les principes coutumiers du droit international, repris aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, prévoient, d'une part, qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, et d'autre part, qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation. Ces principes sont applicables à l'interprétation des conventions fiscales internationales.

a) Compte tenu de ces principes, les conventions fiscales signées par la France avant la date à laquelle les clauses dites «*de bénéficiaire effectif*» ont été introduites dans le modèle établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques peuvent être interprétées, dès lors qu'elles reprennent les stipulations relatives à l'imposition par l'État de la source des revenus de divi-

dendes ou d'intérêts du modèle de convention applicable à la date de leur signature, comme ne s'opposant pas à ce que le bénéficiaire de l'application d'un taux réduit de retenue à la source prévu pour les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État partie à la convention, soit subordonné à la condition que le résident en cause soit le bénéficiaire effectif desdits revenus, sauf si des stipulations de la convention en cause ou des éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel elle a été établie y faisaient obstacle. Le Conseil d'État, statuant au contentieux, a implicitement procédé à une telle interprétation, qui ne compromet pas le but d'élimination des doubles impositions poursuivi, à titre principal, par les conventions fiscales rédigées sur le modèle établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques, dans une décision du 13 octobre 1999, *ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre SA Diebold Courtage*, n° 191191, au sujet de la convention fiscale franco-néerlandaise, signée le 16 mars 1973.

En revanche, la circonstance qu'une convention fiscale, à laquelle la France est partie, a été signée après la date à laquelle les clauses dites « *de bénéficiaire effectif* » ont été introduites dans le modèle établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques est un indice selon lequel une telle convention ne peut être interprétée, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, comme subordonnant le bénéfice de l'application du taux réduit de retenue à la source prévu pour les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État partie à la convention à la condition que le résident en cause soit le bénéficiaire effectif desdits revenus.

b) En tout état de cause, il serait contraire à l'objet même des conventions fiscales établies d'après le modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques, qui est, à titre principal, d'éliminer les doubles impositions, d'interpréter de telles conventions, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, comme autorisant l'État de la résidence à refuser le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger au motif que la personne à laquelle ont été versés les revenus de dividendes ou d'intérêts en cause n'en est pas le bénéficiaire effectif, alors que ladite personne aurait été imposée par l'État de la source sur les mêmes revenus. Ainsi, les conventions fiscales conclues par la France selon le modèle susmentionné ne peuvent, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, être interprétées comme subordonnant le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger à la condition que la personne qui reçoit les revenus de dividendes ou d'intérêts en cause en soit le bénéficiaire effectif.

B. Sur l'existence d'une règle d'interprétation générale des conventions fiscales permettant la remise en cause du droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger :

D'une part, l'article 1^{er} du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune établi par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques, relatif aux personnes visées, prévoit : « *La présente Convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants* ».

D'autre part, les commentaires adoptés par le comité des affaires fiscales au sujet de l'article 1^{er} du modèle de convention précité indiquent que : « *7. Le principal objet des conventions de double imposition est de promouvoir les échanges de biens et services et les mouvements des capitaux et des personnes, en éliminant*

la double imposition internationale. Elles ont également pour but d'empêcher l'évasion et la fraude fiscales. (...) / 8. (...) l'extension du réseau de conventions de double imposition accroît le risque d'abus en facilitant le recours à des constructions juridiques artificielles conçues à la fois pour profiter des avantages fiscaux prévus par certaines législations internes et des allègements fiscaux prévus dans les conventions de double imposition. / 9. Tel serait le cas, par exemple, d'une personne (résident ou non d'un État contractant) qui agirait par l'entremise d'une entité juridique créée dans cet État essentiellement pour obtenir les allègements d'impôt prévus dans les conventions conclues par cet État et auxquels cette personne n'aurait pas directement droit. (...). / 9.4. (...) les États n'ont donc pas à octroyer les avantages d'une convention sur les doubles impositions lorsque des opérations qui représentent un recours abusif aux dispositions de la Convention ont été exécutées. / 9.5. Toutefois, il est important de noter qu'on ne doit pas présumer à la légère qu'un contribuable recourt au type de transaction abusive évoqué précédemment. Un principe directeur est que les avantages d'une convention de double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes».

Il en résulte que, dès lors qu'une convention fiscale à laquelle la France est partie contient des stipulations rédigées sur le modèle de celles, précitées, de l'article 1^{er} du modèle de convention, le bénéfice des avantages prévus par tout autre article de ladite convention peut être refusé, sauf si des stipulations de la convention en cause ou des éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel elle a été établie y font obstacle, dans les cas où il en est fait usage de manière abusive, et notamment lorsqu'une personne interposée n'a pour rôle que de faire profiter un tiers des avantages prévus par cette convention, auxquels il n'aurait pas directement droit.

Ainsi, les conventions fiscales auxquelles la France est partie n'empêchent pas, dans la mesure où elles reprennent les stipulations de l'article 1^{er} du modèle de convention, et sauf si des stipulations de la convention en cause ou des éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel elle a été établie y font obstacle, l'application des dispositions de droit national relatives à la lutte contre la fraude à la loi et à la répression des abus de droit en matière fiscale, et permettent de remettre en cause, sous réserve que la fraude à la loi ou l'abus de droit puisse être établi, le droit d'un résident français à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger.

Le Conseil d'État, statuant au contentieux, a confirmé cette interprétation dans la décision du 29 décembre 2006, *ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre Bank of Scotland*, n° 283314, au sujet de la convention fiscale franco-britannique signée le 22 mai 1968, pour remettre en cause le droit d'un résident britannique à bénéficier, d'une part, d'un taux réduit de retenue à la source, et d'autre part, du remboursement d'un avoir fiscal.

Par suite, lorsqu'elle estime se trouver en présence d'un montage qui a permis de faire profiter artificiellement une personne résidant en France de l'imputation d'un crédit d'impôt étranger, l'administration fiscale peut invoquer, selon les règles d'application de la loi dans le temps, soit le principe général du droit relatif à l'interdiction de la fraude à la loi dans les cas où l'ancienne rédaction

de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales n'est pas applicable, soit les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans leur rédaction issue du I de l'article 35 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 portant loi de finances rectificative pour 2008.

Il lui appartient alors, si elle entend refuser le bénéfice de l'application des stipulations de conventions internationales conclues par la France relatives à l'imputation du crédit d'impôt étranger aux résidents français impliqués dans de tels montages, d'établir, sous le contrôle du juge fiscal qui s'exercera, le cas échéant, à partir de l'ensemble des pièces produites devant lui, que le montage en cause repose sur des actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que le résident français en cause, si ces actes n'avaient pas été passés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et ses activités réelles. Si elle peut ainsi démontrer que le montage en cause est constitutif d'un abus de droit ou d'une fraude à la loi, l'administration, après avoir écarté les actes de droit privé passés entre les parties au montage, pourra, le cas échéant, considérer que le résident français en cause, qu'il soit un tiers interposé ou non, n'était pas en droit de bénéficier de l'imputation d'un crédit d'impôt étranger.

Le Conseil d'État, statuant au contentieux, devrait se prononcer prochainement sur les conditions dans lesquelles les opérations d'emprunt et d'achat de valeurs mobilières, à très court terme et à proximité de la date de détachement du coupon, peuvent ou non être qualifiées de fraude à la loi, dans le cadre de deux pourvois en cassation, l'un dirigé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 15 mars 2007, *Société Axa venant aux droits de la SA Banque d'Orsay*, enregistré sous le n° 305586, et l'autre dirigé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 13 mars 2007, *SA Henri Goldfarb*, enregistré sous le n° 305596.

Contributions et taxes

Imposition sur les revenus et les bénéfices – Impôts sur les bénéfices des sociétés – Détermination du bénéfice imposable – Charges déductibles – Provisions (article 39 du CGI). Programmes de fidélité clients – Modes d'évaluation.

■ Section des finances – Avis n° 383.197 – 27 octobre 2009

Le Conseil d'État (section des finances), saisi par le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, de la question suivante :

« Dans le cadre des programmes de fidélité clients, les entreprises peuvent-elles déduire en franchise d'impôt une provision pour charges évaluée sur la base de l'avantage octroyé au client et en fonction de la probabilité d'exercice des droits acquis par les clients :

– au fur et à mesure de l'attribution de ces droits ;

– ou seulement à compter de l'exercice au cours duquel le dernier achat permettant d'atteindre le nombre minimum de points requis pour ouvrir droit à un avantage (cadeau ou réduction) a été réalisé ? »

Vu le code général des impôts,

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, dans le sens des observations ci-après :

1. Aux termes de l'article 39 du code général des impôts, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code : « *1. Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant... notamment : (...) 5° Les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que les événements en cours rendent probables, à condition qu'elles aient été effectivement constatées dans les écritures de l'exercice...* ».

Il résulte de ces dispositions qu'une entreprise peut valablement porter en provision et déduire des bénéfices imposables d'un exercice des sommes correspondant à des charges qui ne seront supportées qu'ultérieurement par elle, à la condition que ces charges soient nettement précisées quant à leur nature et susceptibles d'être évaluées avec une approximation suffisante, qu'elles apparaissent comme probables eu égard aux circonstances constatées à la date de clôture de l'exercice et qu'elles se rattachent par un lien direct aux opérations de toute nature déjà effectuées à cette date par l'entreprise, ce qui implique, s'agissant des provisions pour charges, que celles-ci ne peuvent être déduites au titre d'un exercice que si se trouvent comptabilisés, au titre du même exercice, les produits afférents à ces charges.

2. Par deux décisions du Conseil d'État statuant au contentieux du 2 juin 2006, Société Lever Fabergé France et Société Unilever France, il a été jugé qu'une entreprise qui accordait, lors de la vente d'un produit, un coupon de réduction à valoir sur l'achat ultérieur d'un même article, pouvait constituer une provision déductible à la clôture de l'exercice au cours duquel cette première vente avait été enregistrée pour faire face à la charge potentielle impliquée par l'utilisation du bon. Le Conseil d'État a en effet considéré que les coupons de réduction pouvaient être rattachés par un lien suffisamment direct au produit de la vente initiale à l'occasion de laquelle ils avaient été distribués, dès lors que c'était à l'occasion de cette première vente que naissait l'obligation de l'entreprise à l'égard du client.

3. Ce raisonnement paraît pouvoir être étendu au cas des programmes de fidélisation de clientèle pour lesquels l'octroi d'un avantage (récompense) au client est subordonné à la réalisation de plusieurs ventes et non d'une vente unique.

a) S'il est de jurisprudence constante qu'il ne peut y avoir d'événement rendant probable une charge susceptible d'être provisionnée qu'à la condition qu'une obligation soit née, la nécessité d'un engagement juridique n'exclut pas la reconnaissance d'une obligation non contractuelle, unilatérale ou encore implicite. L'absence d'engagement contractuel peut, en effet, être utilement suppléée par l'existence d'un usage qui s'imposerait, en pratique, à l'entreprise. Il a ainsi été explicitement jugé que l'obligation pouvait découler d'un usage constant de la profession et que le caractère d'usage n'était pas remis en cause par la cir-



constance que cet engagement avait été pris de manière discrétionnaire et à titre exceptionnel.

Or, dans le cas des programmes de fidélisation, l'engagement de l'entreprise naît dès l'entrée du client dans le programme, c'est-à-dire dès la première vente, de manière explicite (remise de cartes de fidélité ou signature d'un contrat), ou de manière implicite (annonces commerciales), par l'attribution des premiers droits à récompense à valoir ultérieurement, indépendamment des conditions supplémentaires devant être satisfaites par le client pour bénéficier de la récompense promise.

Cet engagement est renouvelé et accru lors des ventes ultérieures, jusqu'à l'utilisation par le client des droits cumulés qui lui ont été attribués et l'octroi de la récompense.

b) Les programmes de fidélisation mis en place par les entreprises visent à retenir les clients et à les rendre fidèles au produit, au service, à la marque ou au point de vente afin qu'ils renouvellent leurs achats et génèrent ainsi du chiffre d'affaires.

Les droits à récompense attribués, à l'occasion de chaque vente, au client engagé dans un programme de fidélisation, peuvent, dès lors, être regardés comme des coûts engagés par l'entreprise en vue de faciliter chacune de ces ventes.

Dans ces conditions :

– d'une part, la charge correspondant au coût des droits à récompense peut être rattachée par un lien suffisamment direct à la vente au titre de laquelle ils ont été attribués ;

– d'autre part, la contrepartie de cette charge est constituée par la comptabilisation du produit de la vente ayant donné lieu à l'octroi de ces droits.

Cette charge augmente au fur et à mesure des ventes successives et de l'attribution de droits à récompense supplémentaires et ce, jusqu'à ce que le client soit en mesure de faire valoir ses droits cumulés et bénéficie de la récompense promise.

4. Ainsi, une entreprise peut être autorisée à constituer, en franchise d'impôt, une provision pour charges :

– évaluée sur la base des droits à récompense octroyés au client et non sur la base de la récompense promise, en fonction de la probabilité d'exercice de ces droits,

– au fur et à mesure de l'attribution de ceux-ci, et non pas seulement à compter de l'exercice au cours duquel le dernier achat permettant d'atteindre le nombre minimum de points requis pour l'utilisation de ces droits, a été réalisé.

Cette analyse permet le traitement uniforme comptable et fiscal des instruments promotionnels bénéficiant aux clients à l'occasion de leurs achats, dès lors qu'aucune disposition de la loi fiscale ne s'y oppose.

Contributions et taxes

Taxes ou redevances – Distinction.

Nature et environnement

Autres mesures protectrices de l'environnement – Collecte, traitement et élimination des déchets – Contribution au recyclage et au traitement des déchets (article L. 541-10-3 du code de l'environnement) – Produits textiles – Nature juridique – Taxe – Absence – Principe « pollueur-payeur » – Date d'entrée en vigueur.

■ Section des travaux publics – Avis n° 383.024 – 6 octobre 2009

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par le ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer en charge des technologies vertes et des négociations climatiques, de la question suivante relative à la date à partir de laquelle est exigible la contribution au recyclage et au traitement des déchets issus des produits textiles d'habillement, des chaussures et du linge de maison destinés aux ménages, prévue à l'article L. 541-10-3 du code de l'environnement.

L'article L. 541-10-3 du code de l'environnement, issu de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, dispose que les personnes qui mettent sur le marché des textiles d'habillement, des chaussures ou du linge de maison neufs destinés aux ménages doivent contribuer au recyclage et au traitement des déchets qui en sont issus, soit en versant une contribution à un organisme agréé par les pouvoirs publics, soit en mettant en place un système individuel *ad hoc*, et ce, à compter du 1^{er} janvier 2007. Le décret en Conseil d'État n° 2008-602 du 25 juin 2008 relatif au recyclage et au traitement des déchets issus des produits textiles d'habillement, des chaussures ou du linge de maison neufs destinés aux ménages pris pour l'application de cet article de loi et codifié aux articles R. 543-214 à R. 543-224 du code de l'environnement a été publié le 27 juin 2008 et l'organisme Eco TLC a été agréé par un arrêté interministériel du 17 mars 2009 publié au *Journal officiel* le 25 mars 2009. Cet organisme doit-il recouvrer les contributions au titre des mises sur le marché intervenues depuis le 1^{er} janvier 2007, date fixée par la loi, ou bien les contributions doivent-elles porter sur des mises sur le marché postérieures au 1^{er} janvier 2007 et dans ce cas, quelle devrait être la date à retenir ?

Vu le code de l'environnement ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

L'article L. 541-10-3 du code de l'environnement dispose que « *A compter du 1^{er} janvier 2007, toutes les personnes physiques ou morales qui mettent sur le marché national à titre professionnel des produits textiles d'habillement, des chaussures ou du linge de maison neufs destinés aux ménages sont tenues de contribuer ou de pourvoir au recyclage et au traitement des déchets issus de ces produits....* ». Il précise que les personnes concernées peuvent choisir soit de contribuer financièrement à un organisme agréé par arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'industrie qui passe convention avec les

opérateurs de tri et les collectivités territoriales ou leurs groupements en charge de l'élimination des déchets et leur verse un soutien financier pour les opérations de recyclage et traitement des déchets qu'ils assurent, soit de mettre en place, dans le respect d'un cahier des charges, un système individuel de recyclage et de traitement des déchets approuvé par arrêté des mêmes ministres. Il renvoie enfin à un décret en Conseil d'État la fixation des modalités d'application de ces dispositions « *notamment le mode de calcul de la contribution, les conditions dans lesquelles est favorisée l'insertion des personnes rencontrant des difficultés au regard de l'emploi ainsi que les sanctions en cas de non-respect de l'obligation* » posée par la loi.

Le fait générateur de la contribution rendue obligatoire par la loi est la mise sur le marché des produits, générateurs de déchets. La contribution ainsi instituée, qui n'est pas de nature fiscale, traduit la responsabilité élargie des producteurs : en imposant aux personnes qui mettent sur le marché des produits générateurs de déchets l'obligation de contribuer à leur élimination, le législateur fait application du principe « pollueur-payeur » posé par l'article 6 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, codifié à l'article L. 541-10 du code de l'environnement, inscrit également dans la directive 75/442 du Conseil des Communautés européennes du 15 juillet 1975 relative aux déchets (elle-même codifiée par la directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative aux déchets) et désormais inscrit à l'article 4 de la Charte de l'environnement.

En l'espèce, le législateur a clairement entendu soumettre les professionnels à une obligation de contribution à raison des produits mis sur le marché national à compter du 1^{er} janvier 2007 quelle que soit la manière dont ils s'acquittent de cette obligation, versement d'une contribution financière à un organisme agréé ou mise en place d'un système individuel de collecte et de recyclage des déchets.

Il s'en déduit que l'on ne saurait, sans méconnaître la volonté du législateur, faire dépendre la consistance de cette obligation de la date de mise en place de l'organisme collectif ou de son agrément, ou d'un système individuel de recyclage approuvé par arrêté ministériel.

Aussi, le décret n° 2008-602 du 25 juin 2008 désormais codifié aux articles R. 543-214 à R. 543-224 du code de l'environnement pris pour fixer les modalités d'application de cette loi doit être regardé, nonobstant la circonstance qu'il ne le mentionne pas expressément et sans qu'il soit porté atteinte au principe de sécurité juridique, comme s'appliquant aux mises sur le marché intervenues à compter du 1^{er} janvier 2007.

L'organisme agréé en application de la loi et de son décret d'application est par suite fondé à recouvrer des contributions assises sur les mises sur le marché des produits précités intervenues à compter du 1^{er} janvier 2007.

Droits civils et individuels

Droits de propriété – Propriété littéraire et artistique – Droits d’auteurs – Durée – Ayants droit.

Opéras – Composition musicale avec ou sans paroles (loi du 3 juillet 1985) – Notion.

■ Section de l’intérieur – Avis n° 382.443 – 24 mars 2009

Le Conseil d’État (section de l’intérieur), saisi par le ministre de la culture et de la communication de la question de savoir si les dispositions du I de l’article 8 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relatives à la durée post-mortem des droits d’auteur sur les « compositions musicales avec ou sans paroles », en vigueur du 1^{er} janvier 1986 au 30 juin 1995, étaient applicables aux opéras et, par conséquent, si les ayants-droit de ces œuvres bénéficient de la durée de protection de soixante-dix ans depuis le 1^{er} janvier 1986 ou seulement depuis le 1^{er} juillet 1995,

Vu le code de la propriété intellectuelle ;

Vu la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d’auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, notamment le I de son article 8 ;

Est d’avis qu’il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

La durée post-mortem du droit d’auteur a initialement été fixée à cinquante ans par l’article 21 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 relative aux droits d’auteur, devenu l’article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel : « *L’auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d’exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d’en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l’auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants-droit pendant l’année civile en cours et les cinquante années qui suivent* ». Cette durée a toutefois été portée à soixante-dix ans, à compter du 1^{er} janvier 1986, par le I de l’article 8 de la loi du 3 juillet 1985 susvisée pour les « *compositions musicales avec ou sans paroles* » et, à compter du 1^{er} juillet 1995, pour l’ensemble des œuvres protégées par l’article 5 de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés européennes n°s 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993.

1° L’expression « *compositions musicales avec ou sans paroles* » utilisée par le législateur pour désigner les œuvres bénéficiant d’une durée de protection allongée figure également à l’article 3 de la loi du 11 mars 1957, devenu l’article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, ainsi qu’à l’article 2 de la convention de Berne du 9 septembre 1886 qui l’a inspiré, où se trouvent énumérées les catégories ou genres des œuvres de l’esprit protégées. Cette énumération, introduite par un « notamment » et qui n’est donc pas exhaustive, a pour objet, non de distinguer des catégories ou genres d’œuvres que rien ne distinguait quant au régime de protection applicable jusqu’à la loi de 1985, mais de préciser dans la loi, en l’illustrant, ce qui est protégé par opposition à ce qui ne l’est pas. Dès lors, la circonstance que les opéras, tels que ceux de Puccini, correspondent exactement à l’une des catégories énumérées, celle des « *œuvres* »

dramatico-musicales» mentionnée au 3° de l'article L. 112-2, n'a pas pour effet de les exclure de tout rattachement à une autre catégorie, telle que celle des «*compositions musicales*» mentionnée au 5° de cet article ;

2° Eu égard à la part qu'y prend la musique, ce rattachement est justifié pour les opéras, alors même que ce sont le plus souvent des œuvres de collaboration en vertu des articles L. 113-2 et L. 113-3 du code, à la création desquelles concourent d'autres co-auteurs, par des contributions relevant d'autres catégories ou genres que les compositions musicales. Il y a donc lieu de leur appliquer la durée de protection réservée à celles-ci par la loi du 3 juillet 1985 susvisée. Eu égard au régime de protection applicable aux œuvres de collaboration en vertu des articles L. 113-3 et L. 123-2 du même code, caractérisé par la propriété commune de l'œuvre, le principe de l'exercice en commun de leurs droits par les co-auteurs, et l'existence d'un point de départ unique de la durée de protection au bénéfice des ayants-droit de l'ensemble des co-auteurs, cette durée doit s'appliquer non seulement à l'exploitation de la contribution musicale mais aussi à l'ensemble des contributions aux opéras faisant l'objet d'une exploitation commune par les ayants-droit des co-auteurs ;

3° Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires, en particulier dans les débats parlementaires qui ont précédé son adoption, notamment au sein de la commission spéciale constituée au Sénat pour l'examen du projet de loi en première lecture. Il en ressort que le législateur de 1985 a eu en vue, essentiellement, la durée nécessaire à l'amortissement des investissements des éditeurs de musique, pour l'exploitation des droits à eux cédés par les compositeurs en application de l'article L. 132-1 du même code, ainsi que la concurrence subie, en l'absence d'harmonisation européenne, par les éditeurs français face à ceux de grands pays voisins où les éditeurs bénéficiaient déjà alors d'une durée proche de soixante-dix ans. Cette intention doit être regardée comme couvrant les compositions musicales les plus coûteuses pour les éditeurs de musique que sont les opéras, d'ailleurs expressément mentionnés à ce titre devant la commission spéciale du Sénat.

Sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, l'expression «*compositions musicales avec ou sans paroles*» doit donc être regardée comme comprenant les opéras. Il en résulte que les ayants-droit des auteurs de ces œuvres bénéficient, pour l'exploitation en commun des opéras, et a fortiori pour la contribution musicale lorsqu'elle fait l'objet d'une exploitation séparée, de la durée de protection de soixante-dix ans depuis le 1^{er} janvier 1986.

Fonctionnaires et agents publics

Fonctionnaires de l'État – Cadres et emplois – Corps interministériels – Constitution – Autorités de nomination et de gestion – Pluralité – Gestion statutaire ministérielle – Déconcentration des pouvoirs de gestion – Conditions – Règles et taux d'avancement – Règles de promotion – Barèmes indemnitaires et règles de plafonnement – Commissions administratives paritaires interministérielles – Commission nationale et commissions locales.

■ Section de l'administration – Avis n° 382.741 – 28 et 29 mai 2009

Le Conseil d'État, saisi, par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique d'une demande d'avis sur les questions suivantes :

1° Est-il possible de constituer par décret des corps interministériels fusionnant les corps actuels de l'État appartenant à une même filière professionnelle tout en investissant des plus larges pouvoirs les ministres et les autorités des établissements publics auprès desquels les fonctionnaires des corps interministériels sont affectés ?

2° Les dispositions du titre II du statut général font-elles obstacle, à cadre juridique constant, à la désignation de plusieurs autorités de nomination et de gestion compétentes pour un même corps ?

3° Ces dispositions autorisent-elles une gestion statutaire ministérielle des membres d'un corps interministériel ou faudrait-il y déroger pour en permettre la mise en œuvre ?

a) Pour les règles d'avancement et de promotion, est-il possible d'établir des règles distinctes pour les membres d'un même corps suivant le département ministériel où ceux-ci sont affectés ?

b) Une dérogation législative est-elle nécessaire pour permettre la fixation, par voie réglementaire, de taux d'avancement de grade différenciés pour un même corps suivant le ministère d'affectation de ses agents ou l'organisation de plans de requalification par ministère se référant au nombre de recrutements dans le périmètre du département ministériel et non à celui du corps ?

c) Les règles relatives aux mutations requérant l'avis des CAP (article 60) et aux priorités de mutation (article 62) interdisent-elles l'organisation des mouvements ou l'inscription des priorités de mutation dans le périmètre des ministères et non des corps concernés ?

4° Le titre II du statut général autorise-t-il la mise en place d'une CAP auprès de chaque autorité de gestion du corps sans requérir la création d'une CAP nationale unique pour la totalité des membres du corps, à l'exemple de la CAPI des administrateurs civils ou des architectes et urbanistes de l'État ?

5° Autorise-t-il en outre, à cadre juridique constant, la mise en place pour un même corps, au niveau réglementaire, de barèmes indemnitaires ou de règles de plafonnement distincts suivant les ministères d'emploi ?

6° En cas de réponse négative, l'existence de conditions d'exercice des fonctions différentes peut-elle justifier l'application de règles différentes aux agents

d'un même corps suivant leur ministère ou établissement d'affectation, sans déroger à l'égalité de traitement entre les agents du corps ?

7° En cas de réponse négative, le maintien d'une gestion ministérielle constitue-t-il un objectif d'intérêt général suffisant pour admettre une telle distinction ou bien faut-il prévoir une dérogation de niveau législatif pour permettre une telle distinction ?

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance organique n° 58-1136 du 28 novembre 1958 modifiée portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 modifiée relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, notamment son article 34 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, ensemble la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;

Vu la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 modifiée relative à l'administration territoriale de la République ;

Vu le décret n° 82-450 du 28 mai 1982 modifié relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État ;

Vu le décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 modifié portant charte de la déconcentration ;

Vu le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et les départements ;

Vu le décret n° 2005-1090 du 1^{er} septembre 2005 relatif à l'avancement de grade dans les corps des administrations de l'État ;

Vu les avis du Conseil d'État n° 347712 du 7 juin 1990 et n° 358896 du 30 mai 1996 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

1° En ce qui concerne la création de corps de fonctionnaires, l'article 13 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 dispose :

« Les corps et cadres d'emplois de fonctionnaires sont régis par les statuts particuliers à caractère national. Leur recrutement et leur gestion peuvent être, selon le cas, déconcentrés ou décentralisés. »

En outre, aux termes de l'article 8 de la loi susvisée du 11 janvier 1984 :

« Des décrets en Conseil d'État portant statuts particuliers précisent, pour les corps des fonctionnaires, les modalités d'application des dispositions de la présente loi. »

Enfin, aux termes de l'article 29 de la même loi : *« Les fonctionnaires appartiennent à des corps qui comprennent un ou plusieurs grades et sont classés,*

selon leur niveau de recrutement, en catégories. Ces corps regroupent les fonctionnaires soumis au même statut particulier et ayant vocation aux mêmes grades. Ils sont répartis en quatre catégories désignées dans l'ordre hiérarchique décroissant par les lettres A, B, C et D. Les statuts particuliers fixent le classement de chaque corps dans l'une de ces catégories.»

Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au Gouvernement agissant par décret en Conseil d'État de déterminer la mission et l'organisation des corps de la fonction publique de l'État. Il dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation sous réserve du respect des principes constitutionnels, des lois susvisées du 13 juillet 1983 et du 11 janvier 1984 et des principes généraux du droit. Cette appréciation est cependant soumise au contrôle d'erreur manifeste exercé par le juge administratif.

La plupart des corps de la fonction publique de l'État sont aujourd'hui constitués selon une logique ministérielle et sont, par suite, rattachés au ministre sous l'autorité duquel les fonctionnaires du corps sont appelés à servir et qui est chargé de leur gestion. Ne font exception à ce cadre général que deux corps à caractère interministériel et quelques corps à vocation interministérielle. Ce type d'organisation des corps procède d'un choix d'opportunité et aucune disposition législative ni aucun principe de droit ne fait obstacle à ce que le Gouvernement s'attache désormais à privilégier la dimension interministérielle de l'action de l'État et à constituer, à cet effet, des corps interministériels à effectifs nombreux chargés d'assurer certaines missions interministérielles ou certaines fonctions communes à plusieurs ministères.

Sauf à créer statutairement, au sein de ces corps, des branches ou des spécialités, ce qui serait légalement possible mais qu'à ce stade le Gouvernement n'envisage pas, les agents de ces corps interministériels doivent pouvoir accéder à tous les emplois auxquels leur grade leur donne vocation dans le corps dont ils sont membres. Cette ouverture des emplois du corps, sous réserve que l'expérience et les mérites des agents correspondent aux exigences des emplois, est inhérente à la notion de corps et implique que les missions de chaque corps correspondent, par delà la diversité des emplois, à un même niveau de recrutement et à des groupes homogènes de fonctions. Par suite, la création de grands ensembles statutaires ne doit pas conduire à créer des corps qui constitueraient des entités artificielles, dénaturant la notion de corps résultant de l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 et susceptibles, pour ce motif, d'être entachées d'illégalité.

2° En ce qui concerne la gestion des corps de l'État, si, dans la situation actuelle de la fonction publique de l'État, l'autorité ministérielle de rattachement d'un corps et l'autorité de gestion sont le plus souvent confondues, il paraît possible en se fondant sur l'article 13 de la loi du 13 juillet 1983 et l'article 19 de la loi du 11 janvier 1984, de dissocier l'autorité dont relèverait le corps interministériel (le Premier ministre ou un ministre « chef de file ») et les autorités de gestion.

A défaut de désignation par le décret statutaire d'une autorité interministérielle de rattachement (Premier ministre ou ministre chef de file), le corps interministériel relèverait, par l'effet combiné des articles 20 et 21 de la Constitution, du Premier ministre.

Dans ce cas, en vertu de l'article 13 précité, la totalité des actes de gestion pourrait être déléguée aux ministres employeurs des membres d'un corps, tandis

que le ministre de la fonction publique serait 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.

Dans l'hypothèse où le décret statutaire créant le corps autoriserait les ministres à déléguer certains de leurs pouvoirs de gestion aux autorités déconcentrées, cette délégation devrait respecter les conditions rappelées au 6° ci-dessous.

3° Le principe de l'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit.

Sauf circonstances exceptionnelles pouvant justifier dans l'intérêt du service qu'un statut particulier fixe des règles établissant une différence de traitement, le respect de ce principe implique, en premier lieu, que les agents du même corps, qu'il soit interministériel ou ministériel, soient soumis aux mêmes règles en ce qui concerne la hiérarchie des grades, le nombre d'échelons dans chaque grade, les règles d'avancement d'échelon et de promotion aux grades supérieurs. Il implique, en outre, que les statuts d'emploi auxquels le corps donnerait éventuellement accès soient identiquement ouverts aux agents du corps satisfaisant aux conditions posées par ces statuts.

S'agissant des régimes indemnitaires et des taux de promotion régis par le décret n° 2005-1090 du 1^{er} septembre 2005, le principe d'égalité fait obstacle à ce que soient consacrées au sein d'un corps interministériel des différences fondées sur le seul critère du ministère d'affectation.

En revanche, ce principe autorise la création ou le maintien de régimes indemnitaires au sein du même corps dont les critères de modulation seraient liés au mérite des agents, aux sujétions et responsabilités attachées aux emplois, aux conditions d'exercice des fonctions et à leur technicité.

De même, en matière d'avancement, les taux de promotion dans les grades d'avancement des corps interministériels pour lesquels les fonctions reconnues comme nécessaires devraient pouvoir être prises en compte au niveau des grades d'avancement correspondants, fixés en application du décret précité du 1^{er} septembre 2005, ne devraient pas être modulés selon une simple logique ministérielle mais procéder d'une appréciation objective, pour chaque ministère, de la situation démographique du corps ainsi que des besoins particuliers, notamment en termes de compétences ou d'encadrement, correspondant aux fonctions afférentes aux grades d'avancement. Cette appréciation objective ayant été portée par l'autorité interministérielle (Premier ministre ou ministre chef de file) dont relève le corps intéressé, des taux de promotion différenciés selon les services gestionnaires pourraient être établis, à moins qu'un taux unique ayant été fixé pour le corps interministériel, des contingents soient ensuite répartis entre les différents services selon les mêmes critères objectifs.

4° Au-delà des orientations qui résultent du paragraphe précédent, il ne paraît pas possible d'estimer que le maintien des différences entre ministères en ce qui concerne les niveaux indemnitaires et les taux de promotion au sein d'un corps

interministériel pourrait être justifié par des impératifs de gestion ministérielle non autrement caractérisés.

Si les responsabilités sociales et budgétaires incombant aux ministres doivent naturellement être prises en compte, au surplus dans le système de gestion issu de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, ces contraintes de gestion ne constitueraient pas, en l'espèce, un motif d'intérêt général suffisant pour déroger à l'égalité, dès lors que les différences en matière indemnitaire ou en matière d'avancement qui en résulteraient ne seraient pas en rapport avec l'objectif poursuivi par la création de corps interministériels et iraient même à l'encontre de cet objectif.

En revanche il paraît possible, sans méconnaître le principe d'égalité et afin de rendre plus aisée la création de corps interministériels, de tenir compte pendant une période transitoire, qui ne devrait pas excéder un délai raisonnable de l'ordre de cinq années, des situations indemnitaires existant dans les différents corps fusionnés dans le nouveau corps interministériel.

A l'issue de cette période les différences qui ne seraient pas justifiées par des critères objectifs indiqués au 3^o ci-dessus devraient avoir été résorbées.

5^o Dans la mesure où le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires est une application du principe constitutionnel d'égalité et où le législateur ne peut déroger à l'égalité que pour des raisons d'intérêt général et si la différence de traitement qui en résulte est en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit, il ne paraît pas que le recours à la loi permettrait de consacrer d'autres différences de traitement au sein d'un même corps que celles qui pourraient résulter d'un décret.

6^o Le statut général autorise une déconcentration des pouvoirs de gestion, y compris des recrutements et des avancements, cette déconcentration pouvant être opérée, s'agissant de corps interministériels, tant au profit des ministres et des responsables d'établissements publics qu'au profit des autorités territoriales de l'État.

Cette déconcentration devrait cependant respecter les conditions suivantes :

a) La délégation aux ministres et aux autorités qui leur sont subordonnées des pouvoirs de nomination dans les corps interministériels doit respecter les conditions posées par l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 susvisée portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État et, par suite, résulter du décret statutaire organisant le corps interministériel.

b) Si le décret statutaire peut également prévoir que chaque ministre gestionnaire et chaque autorité subordonnée peuvent organiser des concours de recrutement dans le corps, compte tenu éventuellement de l'existence de concours communs, les différents concours organisés dans le cadre de la déconcentration des procédures de recrutement devront obéir aux mêmes règles et permettre d'opérer une sélection des candidats selon des critères de qualification et des critères professionnels identiques. Il appartiendra à l'autorité interministérielle dont relève le corps ou au ministre chargé de la fonction publique d'y veiller lors de l'édiction des règles générales d'organisation des épreuves.



c) La délégation du pouvoir disciplinaire, en lien ou non avec la délégation du pouvoir de nomination, devra s'inscrire dans le cadre défini par l'article 67 de la loi du 11 janvier 1984 qui autorise expressément une dissociation du pouvoir de nomination et du pouvoir disciplinaire dans les conditions qu'il fixe.

d) S'agissant des actes impliquant une appréciation et une comparaison des mérites d'agents du corps, la déconcentration n'est possible que lorsque l'effectif du corps au niveau où est portée cette appréciation n'est pas inférieur à une cinquantaine d'agents. Cette exigence, qui tient au respect du principe d'égalité et qui a été dégagée par le Conseil d'État dans son avis du 7 juin 1990 en ce qui concerne la déconcentration territoriale, paraît devoir s'appliquer, pour les mêmes motifs, avec la même portée et sous les mêmes conditions, à la déconcentration fonctionnelle qui serait opérée au profit des autorités ministérielles et des établissements publics employant les membres d'un corps interministériel.

e) S'agissant plus particulièrement de la déconcentration territoriale et dans le cas où des autorités déconcentrées différentes seraient rendues délégataires des pouvoirs de gestion des corps interministériels pour les agents placés sous leur autorité respective, la nature des actes qui leur seraient délégués pourrait être différente selon les différentes lignes hiérarchiques. Cette différenciation devrait reposer sur des critères objectifs et rationnels, par exemple tirés de l'organisation du Gouvernement ainsi que de l'organisation des services déconcentrés de l'État telle que définie par la loi susvisée du 6 février 1992 et le décret susvisé du 29 avril 2004, sous réserve des exceptions et dérogations prévues par l'article 4 de cette loi et par l'article 33 de ce décret. Par ailleurs, dans une même ligne hiérarchique dotée d'une même organisation, le degré de déconcentration ne pourrait pas varier selon les circonscriptions territoriales, sauf à tenir compte du seuil d'effectif de cinquante agents indiqué précédemment.

Dans le cas où des directions interministérielles auraient été créées au plan local, l'existence même de corps interministériels ferait obstacle à ce que les agents de ces corps travaillant dans ces directions puissent être gérés, bien que relevant de ministères différents, selon des procédures différenciées du point de vue de la déconcentration : l'étendue de la délégation devrait, par suite, être identique pour l'ensemble des ministères et dans l'ensemble des circonscriptions dotées des directions interministérielles concernées.

Par dérogation aux principes qui viennent d'être exposés et à titre transitoire, pendant une période qui ne devrait pas excéder un délai raisonnable de l'ordre de cinq ans, il pourrait être admis, en vue de favoriser la constitution de corps interministériels, de tenir compte des pratiques de gestion en vigueur dans les différents ministères au regard de la déconcentration. Ce motif pourrait, en effet, constituer un motif d'intérêt général suffisant pour permettre de déroger à l'égalité, dès lors que les différences de modes de gestion seraient appelées non à perdurer mais à disparaître au terme de cette période transitoire.

7° En ce qui concerne les commissions administratives paritaires, l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984 dispose :

« Dans chaque corps de fonctionnaires existent une ou plusieurs commissions administratives paritaires comprenant, en nombre égal, des représentants de l'administration et des représentants du personnel. Des commissions administratives paritaires communes à plusieurs corps peuvent également être créées à l'échelon central, aux échelons déconcentrés et dans les établissements publics,

sans conditions d'effectifs au sein de ces corps au niveau national... (..) Ces commissions sont consultées sur les décisions individuelles intéressant les membres du ou des corps qui en relèvent. »

Le législateur a lui-même fixé les cas dans lesquels la consultation des commissions administratives paritaires est requise, ainsi notamment à l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 et aux articles 45, 51, 55, 58, 60, 67 et 70 de la loi du 11 janvier 1984. Ces dispositions mettent en œuvre le principe de participation des travailleurs posé pour la fonction publique à l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 aux termes duquel : *« les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière... »*

Ces dispositions imposent que les actes individuels mentionnés par le législateur soient précédés de l'avis de la commission administrative paritaire centrale ou locale compétente, compte tenu de la nature du service d'affectation du fonctionnaire ou, encore, du lieu d'implantation de l'emploi en cause.

En revanche, la question n'a pas été tranchée par le Conseil d'État statuant au contentieux de savoir si ces dispositions imposent, en tout état de cause, la création d'une commission administrative paritaire nationale interministérielle.

Compte tenu de la mission confiée par le législateur aux commissions administratives paritaires, et qui consiste à examiner les décisions individuelles intéressant les membres du corps, il serait possible de soutenir que la création d'une commission administrative paritaire nationale interministérielle ne revêtirait aucune utilité, dès lors que, d'une part, la gestion des corps aurait été déléguée aux ministres, aux autorités territoriales de l'État et aux autorités des établissements publics intéressés et que, d'autre part, des commissions administratives paritaires auraient été créées aux différents niveaux pertinents, afin qu'il soit procédé à ces niveaux, aux consultations requises par la loi.

Eu égard cependant à l'ambiguïté de la formulation de l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984 et à l'absence de jurisprudence topique sur ce point, le souci de donner un fondement incontestable à l'absence de commission administrative paritaire nationale interministérielle est de nature à justifier l'intervention sur ce point du législateur.

Dans l'hypothèse où le Gouvernement choisirait de ne pas instituer, dans les corps interministériels envisagés, de commissions administratives paritaires interministérielles nationales, il serait opportun de créer, au plan local, des commissions administratives paritaires interministérielles compétentes pour examiner les décisions individuelles intéressant les membres de chacun de ces corps affectés dans le même ressort. En outre, d'autres considérations d'opportunité pourraient conduire à l'élaboration, pour chaque corps interministériel, d'un bilan annuel d'activité des commissions administratives paritaires ministérielles et des commissions locales, ce bilan étant ensuite soumis à une instance consultative spéciale chargée de suivre les politiques de gestion du corps dont l'existence devrait alors être prévue par la loi. A défaut, ce rôle de supervision pourrait être confié à la commission des statuts ou à une commission constituée à cet effet au sein du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, le décret n° 82-450 du 28 mai 1982 devant naturellement être modifié en conséquence.

Juridictions administratives et judiciaires

Magistrats de l'ordre judiciaire – Contrôle et évaluation – Regroupement des inspections – Règles et principes applicables – Participation aux inspections de personnes étrangères à la magistrature – Conditions – Limites – Garanties.

■ Assemblée générale – Avis n° 382.293 – 19 février 2009

Le ministère de la justice comprend trois inspections : l'inspection générale des services judiciaires, l'inspection des services pénitentiaires et l'inspection des services de la protection judiciaire de la jeunesse. Parmi les missions confiées à la première, qui ne comprend aujourd'hui que des magistrats, figurent le contrôle du fonctionnement des juridictions judiciaires, les enquêtes administratives portant sur les magistrats et la coordination des inspections confiées aux chefs de cour.

Dans la perspective de la création d'une inspection générale unique du ministère de la justice réunissant des magistrats judiciaires et d'autres agents publics, le Conseil d'État, saisi par la garde des sceaux, ministre de la justice, des questions suivantes :

- est-il compatible avec le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire que des membres de l'inspection qui ne seraient pas magistrats judiciaires puissent effectuer des missions d'audit du fonctionnement général d'une juridiction de l'ordre judiciaire, assurer la coordination des inspections des chefs de cour ou procéder à des enquêtes administratives portant sur des magistrats nommément désignés susceptibles d'aboutir à l'engagement d'une procédure disciplinaire ?
- convient-il, le cas échéant, de prévoir des garanties particulières pour assurer le respect du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire ?

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. – S'agissant des règles et principes applicables

La réponse aux questions posées impose d'appliquer quatre règles et principes de valeur constitutionnelle :

- le principe d'indépendance des juridictions, qui résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative ;
- le principe de séparation des pouvoirs énoncé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- la règle énoncée par l'article 15 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » ;
- la règle posée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon laquelle, tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils « *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* ».

Ces règles et principes doivent être conciliés comme suit :

- le principe d'indépendance des juridictions ne soustrait le magistrat d'aucun des deux ordres à l'obligation de « *rendre compte de son administration* »,

– si, comme l’a jugé le Conseil constitutionnel dans la décision susvisée, le principe de séparation des pouvoirs et l’article 64 de la Constitution garantissent l’indépendance des juridictions judiciaires et le caractère spécifique de leurs fonctions, « sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu’aucune autorité administrative », ils n’interdisent ni la création, auprès du ministre de la justice, d’un organe appelé à contrôler ou à évaluer l’activité de ces juridictions, ni comme l’illustre la composition du Conseil supérieur de la magistrature, la présence de personnes extérieures à la magistrature judiciaire au sein d’un tel organe, à condition que celui-ci apporte, par sa composition et ses modalités d’intervention, les garanties nécessaires quant au respect de l’indépendance de l’autorité judiciaire et que, sauf exception, ses investigations ne portent pas sur un acte juridictionnel déterminé ;

– en outre, si, aux termes de l’article 6 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, il ne doit être tenu compte pour l’accès aux fonctions publiques que des capacités, des vertus et des talents, ceux-ci doivent être en relation directe avec les fonctions à exercer.

II. – S’agissant des conséquences à tirer de ces règles et principes

1°. Quant à la participation à l’inspection des tribunaux et magistrats judiciaires de personnes non issues de la magistrature judiciaire

Pour nombre de ses missions, l’ouverture de l’inspection générale des services judiciaires à des personnes disposant de qualifications que peuvent ne pas détenir les magistrats faciliterait – et rendrait donc plus effective – la mise en œuvre de l’article 15 de la Déclaration de 1789. Il s’agit des missions thématiques, du contrôle des services non juridictionnels et, pour ce qui est des juridictions, des aspects non juridictionnels de leur organisation et de leur fonctionnement (budget, informatique, gestion des personnels non magistrats, immobilier, hygiène et sécurité...). Aucun obstacle de principe ne s’oppose à ce que ces missions soient confiées à des inspecteurs non issus de la magistrature judiciaire et justifiant des qualifications adéquates.

Entre ces missions et les enquêtes relatives aux actes juridictionnels proprement dits, existe une gamme d’investigations portant, de façon globale et indirecte, sur l’exercice de la fonction de juger, mais non sur une affaire déterminée ou sur un acte juridictionnel particulier. Il en est par exemple ainsi de l’évaluation de la maîtrise des procédures ou de l’appréciation des délais de jugement.

Conformément au principe de l’indépendance de l’autorité judiciaire, comme à la nécessité d’assurer, en tenant le juste compte des réalités et contraintes inhérentes à l’état de juge, l’adéquation entre les compétences des contrôleurs et les fonctions des personnes contrôlées, de telles investigations doivent être conduites par un inspecteur issu de la magistrature judiciaire ou réalisées sous son autorité et sa responsabilité directes.

S’agissant plus particulièrement de la coordination des inspections confiées aux chefs de cour par le code de l’organisation judiciaire, elle ne saurait être confiée qu’à une inspection générale dont le chef est un magistrat hors hiérarchie.

2°. Quant aux garanties devant assortir la composition et le mode d’intervention de cette inspection.

L’inspection devant contrôler le fonctionnement des juridictions judiciaires et mener des enquêtes sur le comportement des magistrats judiciaires, toutes inter-

ventions dont les suites peuvent être disciplinaires ou affecter les carrières, il convient d'entourer son organisation et son action de garanties particulières. Celles-ci devraient notamment porter sur des règles de nomination, ainsi que sur des conditions de durée, de cessation et de renouvellement des fonctions, propres à assurer le respect de l'indépendance des membres de l'inspection pendant l'exercice de leurs fonctions comme à la fin de celles-ci.

Outre mer

Nouvelle-Calédonie – Répartition des compétences entre l'État et les autres autorités – Police – Police générale – Police de la sécurité publique – Etablissements recevant du public – Installations foraines.

Police de la tranquillité publique – Lutte contre le bruit et prévention des nuisances sonores.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 383.317 – 22 décembre 2009

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président de l'assemblée de la province Sud et portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces en matière de réglementation des établissements appelés à recevoir du public, en matière de sécurité des installations foraines et en matière de lutte contre le bruit et les nuisances sonores ;

Vu la transmission en date du 6 octobre 2009, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 13 octobre 2009, de la demande d'avis du président de l'assemblée de la province Sud portant sur les questions suivantes :

1° La loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte a-t-elle opéré un transfert de compétences entre les provinces et la Nouvelle-Calédonie en matière de réglementation des établissements recevant du public ?

2° La réglementation relative à la sécurité des manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attraction relève-t-elle des attributions de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces ?

3° La province Sud peut-elle édicter une réglementation en matière de lutte contre le bruit et de prévention des nuisances sonores similaire aux dispositions en vigueur en métropole ?

Vu la Constitution, notamment son article 77 ;

Vu la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment ses articles 20, 21, 22, 86 à 88, 157 et 206 ;

Vu la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, notamment son article 2 ;

Vu le code de la construction et de l'habitation ;

Vu le code de l'environnement, notamment le titre VII de son livre V ;

Vu le code des communes de Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la loi n° 2008-136 du 13 février 2008 relative à la sécurité des manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attractions ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1° Sur la première question :

S'il résulte du 5° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée que l'État est compétent en matière de « sécurité civile » et si les provinces sont compétentes, en vertu de l'article 20 de cette loi, dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie, sous réserve des droits reconnus aux communes par la législation applicable, le 5° de l'article 2 de la loi organique du 3 août 2009 susvisée a complété la liste des matières relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie en ajoutant au 21° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée les « *normes de construction* ».

Dans la mesure où elle comprend à titre principal la fixation des normes de construction et d'aménagement des locaux destinées à assurer leur sécurité, ainsi que les modalités du contrôle administratif du respect de ces normes, la réglementation des établissements recevant du public se rattache à la compétence relative aux « *normes de construction* », qui a été transférée des provinces à la Nouvelle-Calédonie par la loi organique du 3 août 2009 susvisée ; elle relève donc désormais de la Nouvelle-Calédonie, sous réserve des compétences dévolues aux maires par la législation applicable, en particulier en matière de police.

2° Sur la deuxième question :

La question posée est celle de la détermination de l'autorité compétente pour adopter en Nouvelle-Calédonie une réglementation en matière de manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attraction, inspirée de la loi du 13 février 2008 susvisée régissant cette matière en métropole.

Le régime juridique issu de cette loi et des textes réglementaires pris pour son application soumet ces installations à des normes de sécurité et à des contrôles techniques effectués ou vérifiés par des organismes agréés par l'État, le maire restant compétent, en application de son pouvoir de police, pour vérifier le respect de cette réglementation et en cas de non-respect de cette dernière, interdire l'exploitation d'un matériel sur le territoire de sa commune.

Une telle réglementation, si elle comporte nécessairement la définition de normes de sécurité applicables à la conception de ces installations, ne peut être rattachée à la compétence de la Nouvelle-Calédonie ni au titre des « *normes de construction* », qui concernent des immeubles, et non des installations mobiles non soumises à permis de construire, ni au titre de la « *consommation* » (19° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée), le droit de la sécurité des produits et services étant inadapté à la spécificité des fêtes foraines.

La compétence relative à la sécurité des installations foraines ne peut pas non plus être attribuée à l'État au titre de sa compétence en matière de sécurité civile, les textes applicables dans ce domaine mettant l'accent sur l'organisation des secours, et non sur l'élaboration ou le contrôle des normes de sécurité.

L'adoption d'une réglementation spécifique inspirée de celle applicable dans ce domaine en métropole relève, dès lors, de la compétence des provinces, sous réserve des compétences des maires résultant de leur pouvoir de police prévu notamment par l'article L. 131-1 du code des communes de Nouvelle-Calédonie.

3° Sur la troisième question :

La question posée est celle de savoir si les provinces de Nouvelle-Calédonie peuvent édicter une réglementation en matière de lutte contre le bruit et de prévention des nuisances sonores similaire à celle figurant dans le titre VII du livre V de la partie législative du code de l'environnement en vigueur en métropole.

Ce titre comporte des dispositions de nature diverse, pour l'essentiel issues de la loi n° 92-1244 du 31 décembre 1992 relative à la lutte contre le bruit, prévoyant notamment la réglementation des émissions sonores des objets (articles L. 571-2 à L. 571-5) et des activités bruyantes (articles L. 571-6 à L. 571-8), des mesures de lutte contre le bruit provenant des infrastructures de transports terrestres (articles L. 571-9 à L. 571-10) et des transports aériens (articles L. 571-11 à L. 571-16), ainsi que des contrôles et sanctions administratifs (article L. 571-17) et des sanctions pénales (articles L. 571-18 à L. 571-26).

La compétence relative à la lutte contre le bruit et à la prévention des nuisances sonores n'est attribuée ni à l'État ni à la Nouvelle-Calédonie par les dispositions des articles 21 et 22 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée, et relève donc en principe de la compétence des provinces, sous réserve des compétences respectivement dévolues :

- à l'État en matière de police et de sécurité de la circulation aérienne extérieure, ainsi que, jusqu'au transfert prévu de cette compétence à la Nouvelle-Calédonie, en matière de police et de sécurité de la circulation aérienne intérieure, en application du 14° du I et du 1° du III de l'article 21 de la même loi organique ;
- et à la Nouvelle-Calédonie en matière de santé, de transport routier, ainsi que de principes directeurs du droit de l'urbanisme et de normes de construction, en application des 4°, 12° et 21° de l'article 22 de la même loi organique.

Par ailleurs, il résulte des dispositions combinées des articles 86 à 88 et du deuxième alinéa de l'article 157 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée que si les assemblées de province peuvent instituer des sanctions administratives en cas de non-respect d'une réglementation ainsi édictée dans les matières de leur compétence, elles ne peuvent en revanche instituer de sanctions pénales dans ces mêmes matières que dans le respect des dispositions des articles 86 à 88 précités, qui prévoient notamment que les peines sanctionnant les infractions aux règlements édictés par les provinces ne peuvent excéder le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République, et doivent être homologuées par la loi s'il s'agit de peines d'emprisonnement.

Enfin, la compétence des provinces en matière de lutte contre le bruit et de prévention des nuisances sonores s'exercera sans préjudice du pouvoir de police attribué au haut commissaire et aux commissaires délégués par l'article L. 131-2 du code des communes de Nouvelle-Calédonie, ainsi que du pouvoir de police attribué aux maires par l'article L. 131-1 du même code.

Outre mer

Droits civils et individuels

Droit de propriété – Cadastre – Etablissement d'un cadastre à Wallis et Futuna – Compatibilité avec les règles coutumières – Répartition des compétences entre l'assemblée territoriale et les institutions coutumières.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 383.218 – 10 novembre 2009

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales, en application de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, d'une demande d'avis relative à la répartition des compétences en matière foncière entre l'assemblée territoriale et les institutions coutumières des îles Wallis et Futuna et portant sur les deux questions suivantes :

– Le fait que le régime foncier soit actuellement régi par des règles coutumières s'oppose-t-il à toute réglementation dans ce domaine de la part de l'assemblée territoriale ?

– Dans la négative, l'assemblée territoriale est-elle, en particulier, compétente pour constituer un cadastre ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre mer, notamment ses articles 3 et 12 ;

Vu le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles de Wallis et Futuna, notamment son article 40 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa de l'article 3 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre mer : « *La République garantit aux populations des territoires le respect de leurs croyances et de leurs coutumes en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions législatives statutaires* ».

Aux termes des premier et troisième alinéas de l'article 12 de la même loi : « *Sous réserve des aménagements qui seraient rendus nécessaires par l'organisation du territoire et qui feront le cas échéant, l'objet d'un décret en Conseil d'État, les règles relatives ... à la compétence de l'assemblée territoriale ... sont déterminées par les textes ci-après relatifs à l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie : (...) – article 40, à l'exclusion des paragraphes 2°, 3°, 28°, 35° et 36° (.....), du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957* ».

Aux termes de l'article 40 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles de Wallis et Futuna : « *L'assemblée prend des délibérations portant réglementation territoriale dans les matières ci-après : (...) /5° Constatation, rédaction et codification des coutumes ; adaptation des coutumes à l'évolution sociale ; biens et droits immobiliers régis par la coutume et,*

notamment, définition et constatation des droits coutumiers qui seront assimilés à des droits réels susceptibles de servir de base au crédit et procédure de constitution et d'exécution des sûretés réelles correspondantes ; d'une manière générale, toutes questions ressortissant au droit local ; /6° Domaine du territoire, y compris les terres vacantes et sans maître, lesquelles font partie du domaine privé du territoire ; cadastre ; / Toutefois, aucune atteinte ne peut être portée aux droits immobiliers et aux servitudes dont bénéficie l'État à la date du présent décret. / Si l'État ou le territoire affecte ultérieurement certains immeubles au fonctionnement des services publics, ces immeubles bénéficient des servitudes d'utilité publique inhérentes au fonctionnement desdits services. /7° Aménagement du régime des biens et droits fonciers, sous réserve des dispositions du code civil».

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que le droit, garanti à la population locale par l'article 3 de la loi de 1961, au respect de la coutume, notamment en tant que mode d'élaboration du droit foncier, ne s'oppose pas à l'exercice par l'assemblée territoriale des prérogatives qu'elle détient, au titre de l'article 12 de cette loi et dans les limites fixées par l'article 40 du décret de 1957, d'adopter certaines délibérations en matière foncière après avoir recueilli l'avis du conseil territorial dans lequel sont représentés les trois chefs traditionnels.

Le fait que l'assemblée n'ait pas exercé ces prérogatives, à une exception près demeurée d'ailleurs inappliquée, et que le régime foncier reste donc actuellement régi par les règles coutumières est sans incidence sur la faculté ainsi conférée par le statut.

Ces délibérations peuvent, tout d'abord, porter sur le recensement, la transposition écrite et la codification des règles coutumières existantes afin de faciliter leur connaissance, d'assurer une plus grande sécurité juridique aux droits qu'elles confèrent et de garantir leur effectivité.

Cet exercice ne peut toutefois avoir pour effet de figer la coutume qu'il est toujours loisible aux institutions coutumières de faire évoluer.

En second lieu, lorsqu'il est constaté que la mise en œuvre du droit coutumier ne permet pas de satisfaire aux besoins économiques et sociaux de la collectivité et, en particulier, d'assurer le respect du principe constitutionnel de la continuité des services publics, l'assemblée territoriale peut adopter des délibérations de nature à en faire évoluer les règles.

A cet égard, il convient de relever que la garantie, assurée par l'article 75 de la Constitution, du droit au maintien du statut civil de droit local, là où il existe, si elle n'autorise pas le législateur à remettre en cause l'existence même de celui-ci, ne s'entend pas comme consacrant son intégrité et l'intangibilité des règles qui le composent ainsi qu'en a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision 2003-474 DC du 17 juillet 2003.

Toutefois, l'adaptation du droit coutumier ne saurait s'exercer sans limite, au regard de la conciliation à opérer entre la faculté ouverte à l'article 12 de la loi de 1961 et le droit garanti par son article 3.

Ainsi, l'assemblée territoriale ne pourrait abroger purement et simplement le droit coutumier foncier ou le priver d'effet en le subordonnant, par exemple, à des conditions insusceptibles d'être satisfaites ou encore en dénaturant l'es-

sence par la méconnaissance de ses assises telles que le caractère inaliénable et incommutable de la propriété foncière, la place accordée à la propriété familiale ou encore les droits collectifs que celle-ci confère.

En revanche, la garantie du respect de la coutume ne s'oppose pas à la constitution d'un cadastre par l'assemblée territoriale de Wallis et Futuna, dès lors que cet instrument descriptif et évaluatif des propriétés foncières, au demeurant explicitement visé au paragraphe 6° de l'article 40 du décret de 1957, ne préjuge pas du statut juridique des biens recensés et de la nature des droits dont ils font l'objet, mais se borne à les constater.

Sa création, qui satisferait à l'objectif de sécurité juridique indispensable au développement économique de la collectivité et qui serait en cohérence avec les règles de la publicité foncière d'ores et déjà applicables dans celle-ci, avec les adaptations requises, nécessiterait toutefois, au préalable, l'identification des biens et leur délimitation par le bornage, la détermination de leurs titulaires, la qualification des droits dont ces derniers sont pourvus ainsi que la constitution de titres juridiques.

Il reste que les règles métropolitaines régissant le cadastre ne seraient pas directement transposables dès lors qu'il n'existe pas de communes à Wallis et Futuna et que la description foncière des immeubles devrait être opérée sur d'autres bases.

Enfin, lorsque, pour la réalisation de missions de service public dans la collectivité, la stabilité juridique des implantations publiques qu'elle implique ne peut être assurée qu'au prix d'un aménagement de la coutume, la détermination par l'assemblée territoriale des instruments juridiques auxquels il doit être recouru pour y satisfaire doit répondre à des critères d'objectivité, d'adéquation à l'objectif poursuivi et de proportionnalité aux besoins à pourvoir.

Ainsi, les délibérations de l'assemblée territoriale pourraient porter, par exemple et selon le cas, sur la création d'un statut spécifique de baux, la reconnaissance des démembrements du droit de propriété constitués par la nue-propriété et l'usufruit, la faculté d'opérer la concession de celui-ci ou encore, l'institution de servitudes d'utilité publique dont le principe est, au demeurant, mentionné au paragraphe 6° de l'article 40 du décret de 1957.

Outre mer

Eaux

Nouvelle-Calédonie – Régime juridique des eaux – Eaux destinées à la consommation – Normes de potabilité – Contrôle de la qualité – Répartition des compétences entre l'État et le territoire – Police de la salubrité – Absence – Compétence des communes – Absence sauf danger imminent.

■ Section des travaux publics – Avis n° 382.935 – 1^{er} septembre 2009

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi sur le fondement de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la transmission, en date du 27 mai 2009, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur les questions suivantes :

1° Quelle est l'autorité compétente en Nouvelle-Calédonie pour fixer les normes de potabilité auxquelles doit satisfaire la distribution d'eau au public. Qui serait également compétent pour en contrôler la qualité ?

2° Comment s'articulent les compétences de la Nouvelle-Calédonie et celles des communes dans le domaine de la distribution de l'eau destinée à la consommation humaine notamment par rapport aux pouvoirs des communes en matière de salubrité publique et d'organisation de leurs services publics ?

3° Dans l'hypothèse où il appartiendrait à la Nouvelle-Calédonie de fixer réglementairement les normes de potabilité de l'eau distribuée, le pouvoir de police du maire devrait-il s'exercer dans la limite de ces normes ou lui permettrait-il, le cas échéant, de fixer des normes de potabilité plus sévères en fonction des situations ?

Vu la Constitution ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n° 77-744 du 8 juillet 1977 modifiant le régime communal dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Vu la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code des communes de la Nouvelle-Calédonie ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

La définition des normes de potabilité auxquelles doit satisfaire la distribution d'eau au public, qui visent à protéger la santé humaine, ainsi que les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle du respect de ces normes, ce qui comprend notamment le pouvoir de contrôler la qualité de l'eau distribuée et de prendre en cas de défaillance des mesures de fermeture des installations de production ou de distribution d'eau potable, relève du domaine de l'hygiène publique et de la santé et ne met directement en cause, ni la salubrité publique, ni encore la protection de l'environnement.

Sur la première question :

L'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée dispose que : « *Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie* ». Or, aux termes de l'article 21 de cette loi, la santé ne fait pas partie des compétences relevant de l'État et aucune disposition législative applicable en Nouvelle-Calédonie ne la reconnaît comme étant une compétence des communes. En revanche, les dispositions du 4° de l'article 22 de la même loi prévoient que, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour ce qui concerne « *l'hygiène publique et la santé* ».

Il en résulte que l'autorité compétente en Nouvelle-Calédonie pour fixer les normes de potabilité auxquelles doit satisfaire la distribution d'eau au public, ainsi que les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle du respect de ces normes, est la Nouvelle-Calédonie.

Sur la deuxième question :

La seule circonstance que des communes exercent, dans le cadre de leur pouvoir d'organisation de leurs services publics, une activité de distribution de l'eau destinée à la consommation humaine et qu'elles disposent d'un pouvoir d'action en matière de salubrité publique en vertu des dispositions de l'article L. 131-2 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie, ne leur donne pas compétence pour édicter les normes de potabilité auxquelles doit satisfaire la distribution d'eau au public, pouvoir qui relève de la compétence dévolue à la Nouvelle Calédonie en matière d'hygiène publique et de santé.

Sur la troisième question :

S'agissant d'une réglementation édictée pour protéger la santé humaine, il n'appartient pas aux maires de moduler des normes de potabilité de l'eau qui auraient été définies par la Nouvelle-Calédonie ; ils peuvent, en revanche, faire usage, outre des pouvoirs d'action qu'ils détiennent sur le fondement de l'article L. 131-7 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie en cas de danger grave ou imminent, des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article L. 131-2 du même code pour prendre des mesures destinées à assurer le respect des règles ainsi fixées ou à protéger l'hygiène et la santé publique dans leur commune, notamment en cas de carence de la Nouvelle-Calédonie dans l'exercice de sa compétence.

Outre mer

Elections et référendum

*Mayotte – Référendum sur la collectivité unique (article 73 de la Constitution)
– Questions posées – Nombre et formulation.*

■ Assemblée générale – Avis n° 382.327 – 8 janvier 2009

Le Conseil d'État, saisi par la ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales des questions suivantes :

Dans la perspective du passage de Mayotte du régime de l'article 74 de la Constitution à celui de son article 73 et si le choix est fait, dans ce cadre, d'une organisation fondée sur une collectivité unique :

1° Faut-il consulter les électeurs de Mayotte sur l'instauration d'une collectivité unique exerçant les compétences dévolues aux régions et départements d'outre mer ?

2° Dans l'affirmative :

a) Convient-il de poser deux questions distinctes, la première portant sur le passage à l'article 73 de la Constitution et la seconde sur l'organisation institutionnelle proposée ?

b) Ou bien peut-on ne poser qu'une question formulée de la façon suivante :
« Approuvez-vous la transformation de Mayotte en une collectivité unique appe-

lée « département », régie par l'article 73 de la Constitution, exerçant les compétences dévolues aux départements et aux régions d'outre mer ? » ?

Vu la Constitution, notamment son titre XII ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment le chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre I^{er} de sa sixième partie ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

En vertu du deuxième alinéa de l'article 72-3 de la Constitution :

« La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités. »

Aux termes de son article 72-4 :

« Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat. »

Enfin, aux termes du dernier alinéa de son article 73 :

« La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités. »

Les articles 72-3 (deuxième alinéa) et 73 (dernier alinéa) de la Constitution prévoient, s'agissant de l'organisation des collectivités d'outre mer relevant de l'article 73 de la Constitution, trois régimes d'application :

- un régime comportant une région d'outre mer et un département d'outre mer avec deux assemblées délibérantes ;
- un régime comportant une région d'outre mer et un département d'outre mer avec une assemblée délibérante unique ;
- un régime comportant une collectivité unique exerçant les compétences d'une région d'outre mer et d'un département d'outre mer.

Le passage d'une collectivité d'outre mer de l'article 74 au deuxième ou au troisième régime d'application de l'article 73 impose de recueillir le consentement

de ses électeurs au titre du premier alinéa de l'article 72-4, comme au titre du dernier alinéa de l'article 73.

Aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnel, ne fait cependant obstacle à ce que ce double consentement soit recueilli au travers d'une question unique portant sur celui des régimes d'application de l'article 73 retenu par le Président de la République en application du second alinéa de l'article 72-4 de la Constitution.

Il en résulte que les questions posées appellent les réponses suivantes.

1° Si la procédure référendaire spécifique prévue par le dernier alinéa de l'article 73 ne trouve seule à s'appliquer que dans le cas de départements et régions d'outre mer déjà régis par l'article 73, le constituant n'en a pas moins entendu subordonner au consentement des électeurs intéressés, alors même que la collectivité intéressée relevait antérieurement de l'article 74, l'adoption d'un régime particulier d'application de l'article 73.

2° Il n'est pas nécessaire que le recueil du consentement des électeurs soit organisé en deux étapes successives, ni même sous forme de deux questions distinctes :

- la première, sur le changement de régime de l'article 74 vers l'article 73 de la Constitution ;
- la seconde – en cas de réponse affirmative de la majorité des électeurs à la première – sur le choix d'un régime d'application de l'article 73.

En effet, en recueillant directement l'accord des électeurs mahorais sur l'institution d'une collectivité unique exerçant les compétences d'une région d'outre mer et d'un département d'outre mer, les règles constitutionnelles relatives au consentement des électeurs sont respectées, ainsi qu'il a été dit, tant sur le passage à l'article 73 que sur le choix d'un régime d'application particulier de cet article.

On ne peut notamment déduire de ces règles que le passage de l'article 74 à l'article 73 doit emprunter, après une première consultation, la forme d'une organisation avec deux collectivités distinctes (région d'outre mer et département d'outre mer) et deux assemblées distinctes (conseil général et conseil régional) et que seule une seconde consultation, organisée en application du dernier alinéa de l'article 73, permettrait de créer une collectivité unique exerçant les compétences d'un département d'outre mer et d'une région d'outre mer. La Constitution n'a pu en effet faire du régime d'application de l'article 73 le plus éloigné du statut actuel de Mayotte une étape intermédiaire, fût-ce un instant de raison, dans la voie de l'adoption du régime d'application de l'article 73 le plus proche de ce statut.

Par ailleurs, les dispositions constitutionnelles précitées n'imposent pas de proposer aux électeurs de Mayotte l'ensemble des options envisageables (collectivités distinctes avec un conseil général et un conseil régional, collectivités distinctes avec une assemblée unique, collectivité unique à la fois département et région). Elles obligent seulement à soumettre à leurs suffrages la solution retenue par le chef de l'État en application du second alinéa de l'article 72-4. Un référendum portant sur deux questions liées l'une à l'autre soulèverait au demeurant des problèmes d'intelligibilité.



3° La formulation envisagée («*Approuvez-vous la transformation de Mayotte en une collectivité unique appelée «département», régie par l'article 73 de la Constitution, exerçant les compétences dévolues aux départements et aux régions d'outre mer ?*») n'est pas équivoque. Elle est compréhensible et comporte tous les éléments nécessaires au recueil du consentement.

L'emploi du terme «*département*» dans la formulation de la question est acceptable, dès lors que cette formulation fait apparaître que la collectivité unique dont l'institution est envisagée exerce à la fois les compétences d'une région d'outre mer et d'un département d'outre mer et que l'attention des électeurs est appelée sur le fait que, s'agissant de cette appellation, le référendum a une portée purement consultative.

Plus généralement, le respect des exigences de clarté et de loyauté régissant toute consultation référendaire implique que les électeurs soient informés des conséquences que leur choix emportera nécessairement, en application de la Constitution elle-même, quels que puissent être, par ailleurs, les éléments du statut de la nouvelle collectivité ultérieurement fixés par le législateur. Ceux-ci peuvent être évoqués au cours de la campagne précédant le scrutin, mais non figurer dans les documents adressés par l'administration aux électeurs.

Outre mer

Logement

Saint-Pierre-et-Miquelon – Législation applicable – Compétence en matière de logement.

■ Section des travaux publics – Avis n° 383.048 – 13 octobre 2009

Le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi par le président du tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon, en application des dispositions de l'article LO. 6462-9 du code général des collectivités territoriales, d'une demande d'avis émanant du président du conseil territorial de cette collectivité portant sur la question de savoir si la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970 modifiant et complétant la loi du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, et la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 sont applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon est d'avis d'y répondre dans le sens des observations suivantes :

1. L'attribution de la compétence en matière de logement a varié selon l'évolution du statut de Saint-Pierre et Miquelon. Depuis 1946, cette compétence a relevé de la collectivité, sauf entre le 1^{er} octobre 1977 et l'entrée en vigueur de la loi du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel, période pendant laquelle Saint-Pierre-et-Miquelon a été soumis intégralement au principe de l'identité législative.

Actuellement, il résulte des dispositions de l'article LO. 6414-1 du CGCT issues de l'article 6 de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 que : «*II*

– *La collectivité fixe les règles applicables dans les matières suivantes : ... 3° urbanisme, construction, habitation, logement*». En tant qu'exception au principe d'identité législative applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon depuis la loi du 11 juin 1985, le logement reste donc de la compétence de la collectivité.

2. Les textes spécifiques au logement sont intervenus parce que le droit commun des contrats tel que fixé par le code civil ne répondait pas de façon satisfaisante aux spécificités de cette matière. C'est la raison pour laquelle des lois aménagent les rapports entre bailleurs et locataires. C'est notamment le cas de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970 modifiant et complétant la loi du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, et de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 qui ne peuvent donc qu'être regardées comme des lois en matière de logement, même si elles concernent les rapports entre bailleurs et locataires. Toutefois, elles sont intervenues au cours des périodes où le logement relevait de la compétence de Saint-Pierre-et-Miquelon. Elles ne s'appliquent donc pas dans cette collectivité.

3. Si la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon souhaite que les dispositions de ces lois trouvent application dans l'archipel, il lui est loisible, sous réserve des dispositions des textes intervenus pendant la période d'identité législative et qui n'auraient pas été expressément abrogés à Saint-Pierre-et-Miquelon, ainsi que le prévoit l'article LO. 6413-4 du code général des collectivités territoriales, de délibérer sur ces questions en s'inspirant des lois métropolitaines pour les adapter aux spécificités locales.

Outre mer

Ordonnance de l'article 74-1 de la Constitution

Polynésie française – Motion de défiance – Démission du président – Conséquences sur la procédure de défiance – Règles statutaires applicables.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.625 – 17 mars 2009

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi, en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et des articles L. 225-2 et R. 225-6 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président de l'assemblée de la Polynésie française et tendant à connaître les « *règles statutaires applicables dans l'hypothèse où une motion de défiance est déposée et que le président de la Polynésie française démissionne postérieurement à ce dépôt mais avant la réunion de plein droit de l'assemblée pour examiner ladite motion* » ;

Vu la Constitution ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 68 à 82, 156 et 175 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 225-2 et R. 225-6 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 80 de la loi organique susvisée : « *La démission du gouvernement de la Polynésie française est présentée par son président au président de l'assemblée de la Polynésie française. Celui-ci en donne acte et en informe sans délai le haut-commissaire* ».

En cas de démission, le gouvernement de la Polynésie française est démissionnaire de plein droit et il est pourvu à son remplacement dans les conditions suivantes :

– En vertu de l'article 70, l'assemblée de la Polynésie française élit le président de celle-ci dans les quinze jours qui suivent la constatation de la vacance. Si l'assemblée n'est pas en session, elle se réunit de plein droit en session extraordinaire. Jusqu'à l'élection du nouveau président de la Polynésie française, le gouvernement assure l'expédition des affaires courantes ;

– Cette élection se déroule dans les conditions fixées à l'article 69 ;

– Dans le délai de cinq jours suivant son élection, prévoit l'article 73, le président de la Polynésie française notifie au haut-commissaire et au président de l'assemblée de la Polynésie française l'arrêté par lequel il nomme un vice-président, chargé d'assurer son intérim en cas d'absence ou d'empêchement, et les ministres, avec indication pour chacun d'eux des fonctions dont ils sont chargés.

Pour sa part, l'article 156 de la loi organique susvisée est relatif à la mise en cause de la responsabilité du président et du gouvernement de la Polynésie française.

L'adoption, par la majorité absolue des membres composant l'assemblée, d'une telle motion, qui devra comporter « *le nom du candidat appelé à exercer les fonctions de président de la Polynésie française en cas d'adoption de la motion de défiance* », vaut élection de ce candidat.

Le délai pour réunir l'assemblée varie selon qu'elle soit ou non en session : « *Si elle est en session, l'assemblée de la Polynésie française se réunit de plein droit trois jours francs après le dépôt de la motion de défiance. Si la motion de défiance est déposée en dehors de la période prévue pour les sessions ordinaires, une session est ouverte de droit cinq jours francs après ce dépôt. Le vote intervient au cours des deux jours suivants ; faute de quorum, il est renvoyé au lendemain. Les délais mentionnés au présent alinéa s'entendent dimanche et jours fériés non compris* ».

Lorsque la motion de défiance est adoptée, les fonctions des membres du gouvernement de la Polynésie française cessent de plein droit : « *Le candidat au mandat de président de la Polynésie française est déclaré élu et entre immédiatement en fonction. Il est procédé à la désignation des autres membres du gouvernement dans les conditions prévues à l'article 73* ».

Il résulte implicitement mais nécessairement de l'économie générale des dispositions précitées que la démission du président du gouvernement ne peut faire obstacle à la poursuite de la procédure, prévue par l'article 156 de la loi organique statutaire, tendant à la mise en cause de sa responsabilité et à son rempla-

cement, dès lors qu'une motion de défiance a été déposée dans les conditions fixées par cet article.

L'objet de l'article 156, dans sa rédaction issue de l'article 5 de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007 «*tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*», est en effet non seulement de permettre la mise en cause de la responsabilité de l'exécutif local mais encore de pourvoir à son remplacement immédiat, afin de préserver la continuité des institutions.

Or cette finalité serait méconnue si l'exécutif menacé par une motion de défiance pouvait faire échec à celle-ci par sa démission.

Du point de vue de la continuité des institutions, l'intérêt qui s'attache à ce que la procédure de défiance aille jusqu'à son terme apparaît quelle que soit l'issue du vote de la motion de défiance :

- si cette motion est repoussée, le mandat présidentiel et gouvernemental en cours se poursuit sans interruption ;
- si elle est adoptée, un nouveau président est immédiatement en place et prêt à former un nouveau gouvernement.

Si la démission de l'exécutif pouvait faire échec au vote de la motion de défiance, s'ouvriraient les délais de droit commun en vue de réunir l'assemblée et d'élire un nouveau président de la Polynésie française. Or ces délais seraient lourds des incertitudes que le législateur de 2007 a entendu précisément conjurer afin de renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française.

Polynésie française – Vice-président et ministres – Nombre maximal – Inclusion du vice-président – Absence.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 382.646 – 24 mars 2009

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi, en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et des articles L. 225-2 et R. 225-6 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président de l'assemblée de la Polynésie française et tendant à savoir si le vice-président de la Polynésie française doit être compté parmi les ministres dont le nombre maximal est fixé à quinze par l'article 73 de cette loi ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 68 et 73 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 225-2 et R. 225-6 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

En vertu du premier alinéa de l'article 73 de la loi organique susvisée, le président de la Polynésie française nomme, outre un vice-président, chargé d'assurer son intérim en cas d'absence ou d'empêchement, les ministres, avec indication pour chacun d'eux des fonctions dont ils sont chargés.

Le cinquième alinéa du même article dispose que le président de la Polynésie française définit, outre les attributions de chacun des ministres, celles du vice-président.

Le vice-président est donc clairement distingué des ministres par l'article 73.

Par suite, le vice-président ne doit pas être compté au nombre des ministres, dont le maximum est fixé à quinze par le deuxième alinéa du même article.

Polynésie française – Bureau de l'assemblée – Renouvellement partiel ou intégral – Périodicité.

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 382.647 – 24 mars 2009**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi, en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et des articles L. 225-2 et R. 225-6 du code de justice administrative, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président de l'assemblée de la Polynésie française et tendant à savoir si, en dépit du renouvellement intégral du bureau de l'assemblée de la Polynésie française survenu le 12 février 2009 :

1° Il y lieu de procéder le 9 avril 2009, comme le prévoit le règlement intérieur de l'assemblée, au renouvellement des membres du bureau autres que le président de l'assemblée ;

2° Dans l'affirmative, la majorité absolue des représentants pourrait demander à cette occasion, en application des dispositions statutaires relatives à la durée des fonctions du président et du bureau, que le renouvellement soit intégral et qu'un nouveau président de l'assemblée soit élu.

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment son article 121 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 225-2 et R. 225-6 ;

Vu le règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française n° 2005-59 APF du 13 mai 2005, modifié en dernier lieu par la délibération n° 2008-30 du 24 juin 2008, notamment ses articles 1^{er} à 3-1 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 121 de la loi organique susvisée du 27 février 2004, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française :

« L'assemblée de la Polynésie française élit son président pour la durée du mandat de ses membres. Elle élit chaque année les autres membres de son bureau à la représentation proportionnelle des groupes politiques et dans les conditions fixées par son règlement intérieur. / En cas de vacance des fonctions de président de l'assemblée de la Polynésie française, il est procédé au renouvellement intégral du bureau. / Lors du renouvellement annuel des membres du bureau ou lors de la première réunion suivant le renouvellement d'une partie des membres de l'assemblée de la Polynésie française, celle-ci peut décider, à la majorité absolue de ses membres, de procéder au renouvellement intégral du bureau. »

Pour sa part le règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française susvisé dispose, en son article 3, que « *Chaque année, lors de la première séance de la session administrative, l'assemblée renouvelle son bureau, à l'exception de son président ...* » et, en son article 3-1, que la session administrative s'ouvre le deuxième jeudi du mois d'avril.

A défaut de dispositions du règlement intérieur prenant en compte le caractère récent d'un renouvellement intégral du bureau, il résulte des dispositions précitées que, le 9 avril 2009, nonobstant le renouvellement intégral du bureau survenu en février 2009 à la suite de la démission du précédent président de l'assemblée :

- il devra être procédé à l'élection annuelle des membres du bureau de l'assemblée autres que son président prévue par le premier alinéa de l'article 121 de la loi organique susvisée ;
- à cette occasion, le président de l'assemblée pourra être remplacé si la majorité absolue des représentants décide de donner au renouvellement du bureau, en application du troisième alinéa du même article 121, un caractère intégral.

Polynésie française – Compétences de l'assemblée – Vote du budget – Calendrier – Rejet – Mise en œuvre de la procédure spéciale (article 156-1 de la loi organique du 27 février 2004) – Règlement du budget par le Haut-Commissaire – Conditions.

■ Section des finances – Avis n° 382.684 – 12 mai 2009

Le Conseil d'État (section des finances), saisi en application des dispositions de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française d'une demande présentée par le Président de l'Assemblée de la Polynésie française relative aux conditions d'application de l'article 156-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, et notamment leur combinaison avec les dispositions de l'article 185-1 de la même loi organique,

Vu la transmission en date du 9 mars 2009, enregistrée au Conseil d'État le 26 mars 2009, de la demande d'avis du Président de l'Assemblée de la Polynésie française portant sur la question de savoir quelles sont les périodes pendant lesquelles, d'une part, le vote de rejet du projet de budget doit intervenir pour que le mécanisme de l'article 156-1 de la loi statutaire puisse être mis en œuvre et, d'autre part, le Président de la Polynésie française peut transmettre le nouveau projet de budget à l'assemblée ;

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. a) L'article 144-1 de la loi organique du 27 février 2004, dans sa rédaction issue de l'article 31 de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, dispose que :

« (...) Le projet de budget de la Polynésie française est préparé et présenté par le président de la Polynésie française qui est tenu de le communiquer aux

membres de l'assemblée de la Polynésie française avec les rapports correspondants, douze jours au moins avant l'ouverture de la première réunion consacrée à l'examen dudit projet.»

b) L'article 156-1 de la loi organique du 27 février 2004, dans sa rédaction issue du II de l'article 5 de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, énonce que :

« Si, au 31 mars de l'exercice auquel il s'applique, l'assemblée de la Polynésie française a rejeté le budget annuel, le président de la Polynésie française lui transmet, dans un délai de dix jours à compter du vote de rejet, un nouveau projet de budget élaboré sur la base du projet initial, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements soutenus lors de la discussion devant l'assemblée. Ce projet est accompagné, le cas échéant, des projets d'actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays", relatifs aux impôts et taxes destinés à assurer son vote en équilibre réel. / Si l'assemblée de la Polynésie française n'a pas adopté ce nouveau projet de budget et, le cas échéant, les projets d'actes dénommés "lois du pays" qui l'accompagnent dans un délai de cinq jours suivant leur dépôt, le président de la Polynésie française peut engager sa responsabilité devant l'assemblée. Dans ce cas, le projet de budget et, le cas échéant, les projets d'actes dénommés "lois du pays" qui l'accompagnent sont considérés comme adoptés à moins qu'une motion de renvoi, présentée par au moins le quart des membres de l'assemblée de la Polynésie française, ne soit adoptée à la majorité absolue des membres de l'assemblée. La liste des signataires figure sur la motion de renvoi. / La motion de renvoi est déposée dans un délai de cinq jours à compter de l'engagement de la responsabilité du président de la Polynésie française devant l'assemblée et comporte un projet de budget, accompagné, le cas échéant, des propositions d'actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays", relatives aux impôts et taxes destinés à assurer son équilibre réel. Elle mentionne le nom du candidat appelé à exercer les fonctions de président de la Polynésie française en cas d'adoption de la motion de renvoi. (...) / Si la motion est adoptée, le projet de budget qu'elle comporte et les propositions d'actes dénommés "lois du pays", relatives aux impôts et taxes, qui accompagnent celui-ci sont considérés comme adoptés. Les fonctions des membres du gouvernement cessent de plein droit. Le candidat au mandat de président de la Polynésie française est déclaré élu et entre immédiatement en fonction. Il est procédé à la désignation des autres membres du gouvernement dans les conditions prévues à l'article 73 (...)».

c) L'article 185-1 de la loi organique du 27 février 2004, dans sa rédaction issue du II de l'article 34 de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, énonce que :

« Le président de la Polynésie française dépose le projet de budget de la Polynésie française sur le bureau de l'assemblée de la Polynésie française au plus tard le 15 novembre (...). / Si l'assemblée de la Polynésie française n'a pas adopté ou rejeté le budget avant le 31 mars de l'exercice auquel il s'applique, le haut-commissaire de la République en Polynésie française saisit sans délai la chambre territoriale des comptes qui, dans le mois, et par un avis public, formule des propositions pour le règlement du budget (...)»

II. Il ressort des dispositions combinées des articles 144-1 et 185-1 de la loi organique du 27 février 2004 que le projet de budget est déposé sur le bureau de

l'assemblée de la Polynésie française par le président de la Polynésie française au plus tard le 15 novembre et que la première réunion consacrée à l'examen dudit projet ne peut pas intervenir moins de 12 jours après son dépôt.

Sous réserve de respecter ces dispositions, un vote de rejet du budget peut donc intervenir à toute date ultérieure.

Si la rédaction même du premier alinéa de l'article 156-1 de la loi organique du 27 février 2004 laisse entendre que le Président du gouvernement de la Polynésie française devrait attendre l'échéance du 31 mars pour engager la procédure spéciale prévue par ce même article, plusieurs motifs conduisent à admettre que, quelle que soit la date à laquelle intervient le rejet, le Président du gouvernement puisse et doive engager cette procédure sans délai.

En premier lieu, le rejet d'un projet de budget par une assemblée parlementaire constitue un acte politique majeur justifiant que la procédure spéciale ainsi prévue soit immédiatement mise en œuvre.

En deuxième lieu, la mise en œuvre de cette procédure spéciale est susceptible d'aboutir à l'adoption rapide d'un budget, alors que, selon la date à laquelle intervient un rejet, l'année à laquelle s'applique le projet de budget peut être déjà engagée. En troisième lieu, la procédure spéciale ainsi prévue permet à l'assemblée de la Polynésie française de se prononcer sur un nouveau projet de budget avant tout examen d'une motion de renvoi.

Enfin, l'obligation faite au président du gouvernement de mettre en œuvre la procédure spéciale dès l'intervention d'un vote de rejet fait obstacle à tout choix de la procédure d'adoption du budget – procédure de droit commun prévue à l'article 144-1 ou procédure spéciale prévue à l'article 156-1 de la loi organique – en fonction de considérations liées à la date d'intervention du vote de rejet.

L'article 156-1 de la loi organique doit donc être interprété en ce sens que sitôt que le vote de rejet est intervenu et sous réserve qu'il soit intervenu avant le 31 mars, c'est-à-dire au plus tard le 30 mars, le Président du gouvernement est tenu de mettre en œuvre la procédure spéciale. Il doit alors, dans un délai de dix jours à compter de ce vote, transmettre un nouveau projet de budget à l'assemblée.

III. Il ressort des dispositions du dernier alinéa de l'article 185-1 de la loi organique du 27 février 2004 que c'est dans le seul cas où l'assemblée de la Polynésie française n'a émis aucun vote sur le projet de budget avant le 31 mars, soit au plus tard le 30 mars de l'exercice auquel il s'applique, que le haut-commissaire de la République en Polynésie française doit, dès le 31 mars, saisir la chambre territoriale des comptes afin que celle-ci, dans le mois, et par un avis public, formule des propositions pour le règlement du budget. L'assemblée de la Polynésie française se trouve alors, à compter de la saisine de la chambre territoriale des comptes et jusqu'au règlement du budget par le haut-commissaire, dessaisie de toute compétence pour adopter une délibération sur le budget de l'exercice en cours.

L'intervention d'un vote de rejet avant le 31 mars fait en revanche obstacle à ce que le Haut Commissaire puisse légalement mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de l'article 185-1 de la loi organique.



Polynésie française – Combinaison des règles d'édition et de contrôle a priori d'une loi de pays avec celle de la ratification préalable par le Parlement du décret d'application de la loi (article 31 de la loi organique du 27 février 2004) – Conséquences de la ratification sur la nature juridique de l'acte approuvé.

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 382.754 – 16 juin 2009**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française par le président de l'assemblée de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État ;

Vu la transmission en date du 3 avril 2009, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 15 avril 2009, de la demande d'avis du président de l'assemblée de la Polynésie française portant sur les questions suivantes :

– comment, à compter de la date de la transmission au président de la Polynésie française ou au président de l'assemblée de la Polynésie française du décret approuvant un projet ou une proposition de loi du pays entrant dans le champ d'application de l'article 31 de la loi organique du 27 février 2004 et intervenant dans le domaine de la loi, doit-on combiner, et dans quel ordre, la procédure d'édition et de contrôle a priori d'une loi du pays avec la nécessité d'une ratification par le Parlement du décret d'approbation préalablement à son entrée en vigueur ?

– une fois le décret d'approbation du projet ou de la proposition de loi du pays ratifié par la loi et la loi du pays votée et promulguée, les dispositions de cet acte acquièrent-elles valeur législative ? Quels seraient, dans l'affirmative, les effets de la ratification législative sur l'exercice des procédures de contestation d'une loi du pays par voie d'exception d'une part, de « *déclassement* » d'autre part, prévues respectivement aux articles 179 et 180 de la loi organique du 27 février 2004 ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 12 à 14, 31 à 36, 139 à 146 et 175 à 180 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 225-3 et R. 225-6 à R. 225-8 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 31 de la loi organique susvisée : « Les institutions de la Polynésie française sont habilitées, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques, sous le contrôle de l'État, à participer à l'exercice des compétences qu'il conserve dans le domaine législatif et réglementaire en application de l'article 14 ». Le même article 31 énumère les cinq matières dans lesquelles cette participation peut être envisagée. Aux termes de l'article 32 de la même loi organique : « I. – Les actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays » intervenant dans le champ d'application de l'article 31 sont adoptés dans les conditions suivantes, sans préjudice des dispositions de la section 5 du chapitre II du titre IV et du

chapitre II du titre VI. / Le projet ou la proposition d'acte prévue à l'article 140 dénommé « loi du pays » est transmis par le président de la Polynésie française ou par le président de l'assemblée de la Polynésie française au ministre chargé de l'outre mer qui en accuse réception sans délai ; à compter de cette réception, ce ministre et, le cas échéant, les autres ministres intéressés proposent au Premier ministre, dans le délai de deux mois, un projet de décret tendant soit à l'approbation totale ou partielle du texte, soit au refus d'approbation (...) / Le décret portant approbation est transmis, selon le cas, au président de la Polynésie française ou à l'assemblée de la Polynésie française. Le projet ou la proposition d'acte ne peut être adopté par l'assemblée de la Polynésie française que dans les mêmes termes. / Lorsqu'ils portent sur un acte prévu à l'article 140, dénommé « loi du pays », intervenant dans le domaine de la loi, les décrets prévus au deuxième alinéa du présent I ne peuvent entrer en vigueur avant leur ratification par la loi (...) / III. – Les actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays » (...) peuvent être modifiés par une loi ou une ordonnance (...) qui comporte une mention expresse d'application en Polynésie française ».

S'agissant, en premier lieu, du déroulement de la procédure d'édition d'un acte prévu à l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, dénommé « loi du pays », intervenant dans le champ d'application de l'article 31 de la même loi organique et dans le domaine de la loi, il résulte des dispositions précitées, en particulier de celles des quatrième et cinquième alinéas du I de l'article 32 en vertu desquelles le projet ou la proposition de loi du pays ne peut être adopté par l'assemblée de la Polynésie française que dans les termes du texte approuvé par un décret qui, lui-même, ne peut entrer en vigueur avant sa ratification par la loi, que la procédure d'édition de l'acte dénommé « loi du pays » ne peut être engagée, l'adoption de cet acte par l'assemblée de la Polynésie française, l'accomplissement des formalités prévues aux articles 176 et 177 de la loi organique, la promulgation et la publication de la « loi du pays » votée ne peuvent intervenir qu'une fois le décret d'approbation du texte entré en vigueur par l'effet de l'adoption par le Parlement d'une disposition législative de ratification. La « ratification », sauf dans l'hypothèse où le Parlement lui donnerait une portée plus large, a pour seul effet d'autoriser l'engagement de la procédure prévue par les dispositions de la section 5 du chapitre II du titre IV et du chapitre II du titre VI de la loi organique. Elle n'a, par elle-même, aucune incidence sur cette procédure, notamment sur l'exercice du contrôle spécifique a priori tel qu'il est organisé par le chapitre II du titre VI. L'autorisation législative ayant été préalablement donnée, elle permet une entrée en vigueur de la « loi du pays » dès sa publication.

En second lieu, dès lors que les dispositions précitées de l'article 32 de la loi organique disposent que la loi ratifie le décret d'approbation d'un projet ou d'une proposition de loi du pays et non, sauf si le Parlement en décide autrement, le texte qu'il approuve, celui-ci, bien qu'intervenant dans le domaine de la loi, conserve, comme tout acte prévu à l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, dénommé « loi du pays », la nature d'un acte administratif et, par suite, reste régi par l'ensemble des dispositions applicables au contrôle de ces actes, y compris les articles 179 et 180 de la même loi organique.

■ **Section des finances – Avis n° 382.989 – 28 juillet 2009**

Le Conseil d'État (section des finances), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-193 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française et de l'article L. 225-3 du code de justice administrative d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur le transfert de compétence en matière d'assurance ;

Vu la transmission en date du 24 juin 2009, enregistrée au Conseil d'État le 26 juin 2009, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur le transfert de compétence en matière d'assurance et plus particulièrement, sur les questions suivantes :

1° En l'absence de l'évaluation des charges préalables au transfert à la Polynésie française de la compétence en matière de contrôle des sociétés d'assurances, le Comité des entreprises d'assurances et l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles peuvent-ils cesser unilatéralement d'agréer et de contrôler les sociétés d'assurances souhaitant exercer leurs activités en Polynésie française ?

Si oui, à partir de quel moment peut-on considérer que le transfert de compétence est intervenu ?

2° Au regard des dispositions du code des assurances dans leur version applicable en Polynésie française, est-il possible qu'une société d'assurances se crée en Polynésie française sans agrément préalable permettant de vérifier que ses moyens techniques et financiers sont en adéquation avec son programme d'activité et que ses dirigeants possèdent l'honorabilité, la compétence et l'expérience nécessaire ?

3° Dans l'hypothèse où une réglementation relative au contrôle des sociétés d'assurances s'appliquerait encore en Polynésie française, quelles seraient les autorités chargées de l'exécution de ce contrôle ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 113-1 et L. 225-2 ;

Est d'avis qu'il n'est pas en mesure de répondre aux questions posées.

En effet, par une décision du 16 avril 2009, le président du gouvernement de la Polynésie française a retiré l'arrêté du 19 décembre 2008 par lequel il avait octroyé à une société d'assurance locale, et ce jusqu'au 30 avril 2009, l'agrément prévu à l'article L. 321-1 du code des assurances.

Cette société a, le 16 juillet 2009, saisi le tribunal administratif de Polynésie française d'un recours pour excès de pouvoir aux fins de voir annuler cette décision assorti d'une demande de référé liberté.

D'une part, l'ordonnance en date du 17 juillet 2009 du juge des référés du tribunal administratif rejetant la demande de référé fait expressément état du doute quant à l'effectivité du transfert de compétence à la Polynésie française en matière de réglementation des assurances et, à ce jour, le délai d'appel contre cette ordonnance n'est pas expiré.

D'autre part, s'il est vrai que dans la requête en annulation, la question de l'effectivité du transfert de compétence – laquelle est d'ordre public – n'est pas soulevée, l'argumentation développée par la société requérante implique que ce transfert est intervenu. Qui plus est, la question de savoir si un agrément est nécessaire pour exercer une activité d'assurance en Polynésie française et dans l'affirmative celle de savoir quelle est l'autorité compétente pour le délivrer sont expressément soulevées.

Or, ces questions ont un lien direct avec la présente demande d'avis.

Dès lors, le Conseil d'État (Section des finances) ne peut répondre aux questions posées.

Toutefois, il appartient au tribunal administratif de Polynésie française, s'il l'estime utile ou nécessaire, de faire application des dispositions soit de l'article L. 113-1 soit de l'article L. 225-2 du code de justice administrative.

Outre mer

Poste et communications électroniques

Polynésie française – Répartition des compétences entre l'État et les autres autorités – Autorité de régulation des communications électroniques et des postes – Incompétence.

Création d'une autorité administrative indépendante – Conditions – Nature de l'autorité.

■ Section des travaux publics – Avis n° 383.075 – 17 novembre 2009

Le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi, en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, d'une demande d'avis présentée par le président de la Polynésie française au tribunal administratif de la Polynésie française et portant sur les questions suivantes :

- L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est-elle compétente pour exercer ses missions en Polynésie française ?
- Dans la négative, la Polynésie française est-elle compétente pour créer une autorité administrative indépendante ayant, en Polynésie française, des prérogatives identiques à celles de l'ARCEP ?
- Dans la négative, dans quelles conditions et quelles limites la Polynésie française pourrait-elle se doter d'une autorité analogue, sachant que l'ouverture à la concurrence de ce secteur d'activité induit la mise en place d'une régulation ?

Vu la transmission en date du 1^{er} juillet 2009, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 8 juillet 2009, de la demande d'avis ;

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française notamment ses articles 13, 14, 64, 67, 89, 91, 95 et 140 ;

Vu le code des postes et communications électroniques, notamment ses articles L. 36-5 et suivants, L. 41 et L. 43, L. 97-2 et suivants ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. Aux termes de l'article 13 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée : « *Les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14...* » ; que l'article 14 de cette loi organique dispose : « *Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : ... 4°...liaisons et communications gouvernementales de défense ou de sécurité en matière de postes et de télécommunications ; ... 6°...réglementation des fréquences radioélectriques... 11°... domaine public de l'État ; ... 12° Communication audiovisuelle ;* ».

Il résulte de ces dispositions qu'indépendamment des compétences reconnues à l'État s'agissant de la communication audiovisuelle, les autorités de la Polynésie française ont une compétence générale en matière de télécommunications à l'exception des liaisons et communications gouvernementales de défense ou de sécurité en matière de postes et de télécommunications et de réglementation des fréquences radioélectriques. Par voie de conséquence, les dispositions du code des postes et communications électroniques qui instituent l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et définissent ses missions et ses prérogatives n'ont pas été rendues applicables en Polynésie française.

L'ARCEP n'est donc pas compétente pour exercer ses missions en Polynésie française.

II. Aucune considération d'ordre général, ni aucune règle supérieure dans la hiérarchie des normes, ne fait obstacle par elle-même à la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine de compétence de la Polynésie française.

De même que le silence de la Constitution sur la notion d'autorité administrative indépendante n'interdit pas, par principe, la création par le législateur national d'autorités administratives indépendantes nationales, le silence des textes organiques ne prohibe pas, par principe, l'institution d'une d'autorité administrative indépendante territoriale par l'organe délibérant de la Polynésie française.

En particulier, les dispositions de l'article 74 de la Constitution et de l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, dans la mesure où elles autorisent les autorités polynésiennes, selon des modalités particulières, à adopter des dispositions dans le domaine de la loi, comme les dispositions de la loi organique qui permettent à ces autorités d'organiser librement leurs services permettraient, en principe, à celles-ci de créer une autorité administrative indépendante dans le domaine des communications électroniques où elles disposent d'une compétence générale sous les réserves énoncées ci-dessus.

Une telle création ne peut toutefois s'affranchir des limites posées par les autres dispositions de la loi organique à tout transfert, par les institutions de la Polynésie française, de certaines de leurs compétences à une entité indépendante, limites analysées au III.

L'institution d'une telle autorité doit respecter, outre les traités internationaux, les règles et principes de valeur constitutionnelle, notamment en matière de garanties des libertés publiques, et, plus particulièrement, les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de compétences et de pouvoirs des autorités administratives indépendantes. Tel est le cas en ce qui concernant les pouvoirs d'investigation et de sanction qui pourraient notamment lui être confiés.

Cette institution doit aussi respecter le partage de compétences entre l'État et la Polynésie française, tant en ce qui concerne le domaine d'intervention de l'autorité administrative indépendante qu'en ce qui concerne le choix de ses moyens d'action ; ainsi, doivent être préservées les compétences demeurées à l'État dans le domaine des télécommunications ou ses compétences dans d'autres domaines tels que celui de la communication audiovisuelle, la garantie des libertés publiques, la procédure pénale ou les règles applicables en ce qui concerne la juridiction administrative. Cette institution doit également tenir compte de la compétence de l'État dans la réglementation et la gestion de son domaine public dont font partie les fréquences radioélectriques.

III. La définition et la répartition des compétences entre autorités de la Polynésie française organisées par la loi organique du 27 février 2004 font obstacle à la création d'une autorité administrative indépendante au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Aux termes de l'article 89 de la loi organique : « *Le conseil des ministres est chargé collégalement et solidairement des affaires de la compétence du gouvernement définies en application de la présente section... Il prend les règlements nécessaires à la mise en œuvre des actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays » ainsi que des autres délibérations de l'assemblée la Polynésie française ou de sa commission permanente...* » ; aux termes de l'article 91 : « *Dans la limite des compétences de la Polynésie française, le conseil des ministres : ... 5° Approuve les tarifs des taxes et redevances appliquées en matière de postes et télécommunications relevant de la Polynésie française ; 6° Assigne les fréquences radioélectriques relevant de la compétence de la Polynésie française ; 7° Fixe les redevances de gestion des fréquences radioélectriques relevant de la compétence de la Polynésie française...* » ; En vertu des dispositions de l'article 64 de la loi organique, le président de la Polynésie française est chargé de l'exécution des actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays » et des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et de sa commission permanente. Il exerce le pouvoir réglementaire pour l'application des actes du conseil des ministres. Sous réserve des dispositions de l'article 90, de l'article 91, des actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays » et des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française qui en attribuent la compétence aux ministres, il prend les actes à caractère non réglementaire nécessaires à l'application des actes prévus à l'article 140 dénommés « lois du pays », des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et des règlements. Enfin il résulte des dispositions des articles 67 et 95 que le président de la Polynésie française peut déléguer certains de ses pouvoirs au vice-président et aux

ministres et que les ministres peuvent déléguer leur signature aux chefs des services de la Polynésie française.

Les dispositions précitées de la loi organique du 27 février 2004 ont attribué au conseil des ministres de la Polynésie française, d'une part, des compétences propres en matière de télécommunications, d'autre part et de manière générale, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois de pays et des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française ; ces compétences doivent être exercées collégialement ; ainsi, celles-ci ne sauraient être déléguées à une autre autorité.

De ce fait, certaines compétences actuellement exercées par l'ARCEP telles que le pouvoir de compléter, dans une certaine mesure, les règles édictées par voie de décret ou d'arrêtés ministériels, de fixer ou d'encadrer la fixation de certains prix ou tarifs, ou d'assigner les fréquences radioélectriques affectées à la Polynésie française ne peuvent être confiées par les autorités de la Polynésie française à une autre autorité.

Il en va de même des compétences dont l'article 64 de la loi organique investit le président de la Polynésie française : compétences propres en matière de règlements d'application des actes du conseil des ministres et, sauf exceptions, de décisions non réglementaires d'application des actes de l'assemblée de la Polynésie française, compétences qui peuvent concerner le domaine des télécommunications et dont les dispositions des articles 67 et 95 de la loi organique limitent les possibilités de délégation.

Seules peuvent être envisagées des subdélégations du pouvoir de prendre des décisions non réglementaires de la part des ministres bénéficiaires eux-mêmes de délégations de pouvoirs du président de la Polynésie française ou des délégations de signature de ces ministres dans le cadre de ces mêmes délégations ou dans le cadre des compétences qui peuvent directement être attribuées aux ministres par l'assemblée de la Polynésie française.

Or, le statut d'autorité administrative indépendante au sens où l'entend la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas compatible avec un fonctionnement dans le cadre de simples subdélégations de pouvoirs de l'exécutif susceptibles d'être retirées à tout moment, a fortiori dans le cadre de délégations de signature qui s'exercent sous l'autorité de ce même exécutif.

Seule une modification de la loi organique permettant aux autorités de Polynésie française de doter une autorité distincte du conseil des ministres, du président de la Polynésie française et de l'assemblée de pouvoirs propres dans le domaine des télécommunications, ne procédant pas d'une délégation de l'exécutif, permettrait à ces autorités d'instituer une véritable autorité administrative indépendante dans le domaine des télécommunications.

IV. En l'absence d'une telle modification, les autorités compétentes de la Polynésie française pourraient créer une instance administrative dotée d'une compétence consultative ou de proposition, notamment dans les domaines relevant de la compétence du conseil des ministres de la Polynésie française. Elles pourraient également, dans les limites des délégations de pouvoirs ou de signature autorisées par la loi organique, doter cette instance d'un pouvoir de contrôle des opérateurs et de vérification de conformité des matériels, installations, services et d'une compétence de médiation.

Les autorités de la Polynésie française pourraient renforcer l'influence et l'autorité de cette instance par une définition de sa composition susceptible de lui donner une certaine autonomie (experts indépendants, magistrats, par exemple), par la durée et le caractère irrévocable du mandat de ses membres et par la publication de ses avis et décisions.

Une telle solution, qui ne serait pas assimilable à la création d'une autorité administrative indépendante, au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, créerait néanmoins les conditions d'une plus grande neutralité des autorités publiques bénéfique aux acteurs et aux usagers du secteur des télécommunications au moment où son ouverture à la concurrence impose la mise en place d'une régulation.

Une autre formule résiderait dans la conclusion d'une convention entre la collectivité et l'ARCEP en vue de bénéficier de ses conseils dans le cadre de l'exercice, par les autorités locales, de leurs prérogatives statutaires dans le même domaine.

Cette convention pourrait être conclue en application de l'article 169 de la loi organique du 27 février 2004.

Dans ce cadre, l'autorité administrative indépendante nationale apporterait un concours aux autorités compétentes de la Polynésie française, par exemple pour l'édition de normes ou pour la prise de mesures individuelles. Elle les éclairerait de ses avis, sans toutefois pouvoir se substituer à eux. L'objet de la convention prévue à l'article 169 de la loi organique est en effet non un mandat d'agir à la place de l'institution compétente de la Polynésie française, mais une assistance technique apportée à cette dernière.

Outre mer

Polynésie française – Droit applicable en Polynésie française – Redevances et taxes aéroportuaires – Redevances pour service rendu ou redevances domaniales – Fixation et perception des redevances pour service rendu – Aéroports appartenant à l'État – Compétence.

Transports

Transports – Transports aériens – Aéroports appartenant à l'État – Compétences de l'État – Fixation et perception des taxes – Redevances pour service rendu.

■ Section des travaux publics – Avis n° 382.369 – 17 février 2009

Le Conseil d'État (section des Travaux publics), saisi par le ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire de la question de savoir si les dispositions des articles L. 224-2 et R. 224-1 à R. 224-3-1 du code de l'aviation civile, issues respectivement de la loi 20 avril 2005 relative aux aéroports et du décret du 20 juillet 2005 relatif aux redevances pour services rendus sur les aéroports, sont applicables de plein droit en Polynésie française aux aéroports appartenant à l'État, par appli-

cation des dispositions du 3° de l'article 7 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française modifiée par la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, notamment son article 7 ;

Vu le code de l'aviation civile ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre dans le sens des observations suivantes :

1° Aux termes de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 précitée portant statut d'autonomie de la Polynésie française : « *Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. / Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Polynésie française, sans préjudice de dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : / (...) 3° Au domaine public de l'État ; / (...) Sont également applicables de plein droit en Polynésie française les lois qui portent autorisation de ratifier ou d'approuver les engagements internationaux et les décrets qui décident de leur publication, ainsi que toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République.* ». Aux termes de l'article 14 de la même loi organique : « *Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : / (...) 8° Autorisation d'exploitation des liaisons aériennes entre la Polynésie française et tout autre point situé sur le territoire de la République, à l'exception de la partie de ces liaisons située entre la Polynésie française et tout point d'escale situé en dehors du territoire national, sans préjudice des dispositions du 6° du I de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ; approbation des programmes d'exploitation et des tarifs correspondants ; police et sécurité concernant l'aviation civile ; / 9° (...) mise en œuvre des ouvrages et installations aéroportuaires d'intérêt national ; / (...) 11° (...) domaine public de l'État ; (...)* ». Et aux termes de l'article 46 de la même loi organique : « *L'État, la Polynésie française et les communes exercent, chacun en ce qui le concerne, leur droit de propriété sur leur domaine public et leur domaine privé.* ».

2° Aux termes de l'article L. 224-2 du code de l'aviation civile dans sa rédaction issue de la loi du 20 avril 2005 précitée : « *I. – Les services publics aéroportuaires donnent lieu à la perception de redevances pour services rendus fixées conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce. / Le montant des redevances tient compte de la rémunération des capitaux investis. Il peut tenir compte des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service. / Il peut faire l'objet, pour des motifs d'intérêt général, de modulations limitées tendant à réduire ou compenser les atteintes à l'environnement, améliorer l'utilisation des infrastructures, favoriser la création de nouvelles liaisons ou répondre à des impératifs de continuité et d'aménagement du territoire. / Le produit global de ces redevances ne peut excéder le coût des services rendus sur l'aéroport. / II. – Pour Aéroports de Paris et pour les exploitants d'aérodromes civils appartenant à l'État, des contrats pluriannuels d'une durée maximale de cinq ans conclus avec l'État déterminent les conditions de l'évolution des tarifs*

des redevances aéroportuaires, qui tiennent compte notamment des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services publics rendus par l'exploitant d'aérodrome. Ces contrats s'incorporent aux contrats de concession d'aérodrome conclus par l'État. (...)». Aux termes de l'article R. 224-1 du même code : *« Sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique et sur les aérodromes mentionnés aux articles R. 231-1 et R. 232-2, les services publics aéroportuaires donnant lieu à la perception de redevances en application de l'article L. 224-2 sont les services rendus aux exploitants d'aéronefs et à leurs prestataires de service à l'occasion de l'usage de terrains, d'infrastructures, d'installations, de locaux et d'équipements aéroportuaires fournis par l'exploitant d'aérodrome, dans la mesure où cet usage est directement nécessaire, sur l'aérodrome, à l'exploitation des aéronefs ou à celle d'un service de transport aérien. (...)».*

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 224-3 : *« Sous réserve, pour ceux des aérodromes n'appartenant pas à l'État, de l'accord du signataire de la convention prévue à l'article L. 221-1, l'exploitant d'un aérodrome établi sur le domaine public peut percevoir des redevances domaniales auprès des tiers autorisés à occuper ou utiliser le domaine considéré au-delà des limites des services publics aéroportuaires mentionnés à l'article L. 224-2 et du droit d'usage qui appartient à tous. Ces redevances peuvent tenir compte des avantages de toute nature procurés à l'occupant ou au bénéficiaire du domaine. Les taux de ces redevances peuvent être fixés par l'exploitant d'aérodrome, sous réserve, pour les aérodromes n'appartenant pas à l'État, de l'accord du signataire de la convention susmentionnée. ».*

3° En premier lieu, les dispositions du 3° de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 ont pour seul effet de rendre applicables de plein droit en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui, par leur objet, concernent le domaine public de l'État.

Or il résulte des dispositions précitées du code de l'aviation civile que les redevances aéroportuaires mentionnées à l'article L. 224-2 de ce code rémunèrent les services que les exploitants d'aéroport rendent aux compagnies aériennes et à leurs prestataires de services par la mise à disposition des diverses installations aéroportuaires nécessaires à l'embarquement et aux débarquements des passagers, à l'avitaillement, au décollage et à l'atterrissage des appareils, ainsi que la fourniture de services complémentaires tels le balisage ou l'information de vol. Si certaines de ces redevances rémunèrent, dans le cas des aéroports appartenant à des personnes publiques, le service rendu par l'usage même de parties du domaine public aéroportuaire, elles ne sont pas liées, à la différence des redevances mentionnées à l'article L. 224-3 du code de l'aviation civile, à une occupation privative du domaine. Dès lors, les redevances aéroportuaires prévues par l'article L. 224-2 ont le caractère de redevances pour service rendu, comme l'a d'ailleurs expressément précisé le législateur, et non de redevances domaniales. Par conséquent, les articles L. 224-2 et R. 224-1 à R. 224-3-1 du code de l'aviation civile ne sauraient être regardés, eu égard à leur objet, comme comportant des dispositions *« relatives au domaine public de l'État »* au sens du 3° de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

En deuxième lieu, les dispositions du 3° de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 ne sauraient être interprétées comme rendant applicables de

plein droit, sur les parties du territoire de la collectivité appartenant au domaine public de l'État, les dispositions dont l'objet est étranger à cette matière.

Enfin, les dispositions des articles L. 224-2 et R. 224-1 à R. 224-3-1 du code de l'aviation civile ne sont pas au nombre des dispositions dites « *de souveraineté* » visées au dernier alinéa de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004.

Par conséquent, ces dispositions du code de l'aviation civile ne sont pas applicables de plein droit dans cette collectivité, même s'agissant des quatre aéroports appartenant à l'État.

4° Il résulte des dispositions combinées du 8°, du 9° et du 11° de l'article 14 et de celles de l'article 46 de la loi organique du 27 février 2004 que l'État n'est compétent, en matière d'exploitation d'aéroports, qu'à l'égard des quatre aéroports dont il a la propriété. Il est donc également compétent pour fixer le régime des redevances susceptibles d'être perçues à l'occasion de l'exploitation de ces aéroports, mais ne l'est pas à l'égard des aéroports appartenant à la Polynésie française. Une éventuelle mesure d'extension des articles L. 224-2 et R. 224-1 à R. 224-3-1 du code de l'aviation civile à cette collectivité, prise en application du premier alinéa de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004, ne pourrait ainsi porter que sur les aéroports appartenant à l'État.

Police

Police générale – Sécurité publique – Police des établissements recevant du public – Notion – Champ d'application de la réglementation – Résidences hôtelières, résidences de tourisme, rues, places, jardins et parcs publics.

■ Section des travaux publics – Avis 382.352 – 31 mars 2009

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par le ministre de l'intérieur d'une demande d'avis portant sur la question de savoir si la réglementation des établissements recevant du public (ERP) est applicable :

- aux résidences hôtelières et résidences de tourisme et plus généralement à tout ensemble homogène de chambres ou d'appartements meublés, disposés en unités collectives ou pavillonnaires, disposant d'un minimum d'équipements et de services communs, et offerts en location pour une occupation à la journée, à la semaine ou au mois,
- aux places publiques, ou rues fermées à la circulation en vue de l'organisation de rassemblements festifs ;

Vu le code de la construction et de l'habitation, et notamment les articles L. 123-1 et suivants, R. 123-1 et suivants ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le régime de police des établissements recevant du public est codifié au code de la construction et de l'habitation, au Livre Ier : Dispositions générales, Titre II : Sécurité et protection des immeubles et Chapitre III intitulé : « *Protection contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public* » :

- l'article L. 123-1 prévoit que les travaux de construction, aménagement ou modification d'un établissement recevant du public doivent être conformes aux règles de sécurité fixées par décret en Conseil d'État ;
- l'article L. 123-2 permet d'imposer par décret aux propriétaires, aux constructeurs et aux exploitants de bâtiments et établissements ouverts au public, des mesures complémentaires de sauvegarde et de sécurité et des moyens d'évacuation et de défense contre l'incendie.

L'article R. 123-2 définit de manière extensive tant la notion d'établissement que celle de public :

« Pour l'application du présent chapitre, constituent des établissements recevant du public tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non.

Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel. »

Le code de la construction (partie réglementaire) prévoit par ailleurs le classement des ERP en différents types suivant la nature de leur exploitation (article R. 123-18), et selon l'effectif du public qui les fréquente (article R. 123-19).

Il prévoit (article R. 123-12) la définition par arrêté des règles de sécurité imposées aux établissements recevant du public – et précise que ces prescriptions générales s'appliquent à tous les établissements recevant du public, y compris ceux qui ne relèveraient pas de l'un des types d'ERP répertoriés en application de l'article R. 123-18. Outre ces prescriptions générales, ont été définies par arrêté, les prescriptions complémentaires s'appliquant aux établissements des différents types. Le règlement de sécurité applicable aux ERP se compose donc d'une part du règlement général de sécurité résultant d'un arrêté de 1980 fixant les prescriptions générales, et d'autre part des prescriptions particulières fixées par arrêtés relatifs aux différents types d'établissement.

Enfin parmi les différents types d'ERP définis comme on l'a dit en application de l'article R. 123-18, sont répertoriées différentes catégories de bâtiments – bureaux, magasins, restaurants, musées, bibliothèques, salles de concerts, hôtels (type d'établissement au sein duquel figurent notamment les chambres d'hôtes), établissements de soin ou établissements de culte – mais aussi des « établissements spéciaux » tels que notamment :

- « établissements de plein air » (stades, piscines ou patinoires de plein air notamment)
- « chapiteaux, tentes et structures » (fixes ou itinérants, en place pour moins de six mois ou davantage de temps)
- « structures gonflables » (bulles placées sur un terrain de tennis)
- « établissements flottants ».

Ainsi la réglementation applicable aux ERP a-t-elle un objet spécifique mais un champ d'application large, s'étendant en vertu de l'article R. 123-2 du code de la construction et de l'habitation à « tous bâtiments, locaux et enceintes » recevant du public, ce qui inclue non seulement les bâtiments au sens usuel du terme mais aussi tout abri ou structure même temporaire et démontable. Par ailleurs si pour l'application de ce régime de police les établissements ont été classés sui-



vant la nature de leur exploitation afin de préciser pour chaque type d'établissement les règles spécifiques de sécurité à observer, cette classification n'est pas exhaustive et un établissement ne relevant d'aucun des types définis en application de l'article R. 123-18 relève bien de cette police dès lors qu'il entre dans la définition retenue à l'article R. 123-2.

Compte tenu du champ d'application large ainsi défini par l'article R. 123-2 du code de la construction et de l'habitation, le Conseil d'État a jugé que le maire pouvait exercer les pouvoirs qui lui sont confiés pour assurer la protection contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public, dans le cas d'un immeuble dans lequel étaient hébergées dans des chambres des personnes âgées, regroupées en une association employant du personnel et leur fournissant diverses prestations, notamment des soins, nonobstant la circonstance que les personnes admises dans l'établissement auraient toutes signé un contrat de location avec les propriétaires (CE, 5/10 SSR, 4 mars 1991, *Ville de Tourcoing*, rec.).

Entrent a fortiori dans le champ d'application de la réglementation des ERP les résidences hôtelières ou de tourisme au sens large – définies comme un ensemble homogène de chambres ou d'appartements meublés, disposés en unités collectives ou pavillonnaires, disposant d'un minimum d'équipements et de services communs, et offerts en location pour une occupation à la journée, à la semaine ou au mois – nonobstant la circonstance que d'autres réglementations relatives à la construction de ces ensembles leur soient par ailleurs applicables.

En revanche et en dépit du caractère attractif de la notion d'établissement recevant du public, que le pouvoir réglementaire a pu sans méconnaître la loi, définir de manière large, n'entre pas dans cette catégorie l'espace des rues, places ou jardins et parcs qui, même une fois clos et fermé à la circulation automobile, ne constitue pas une «*enceinte*» au sens de l'article R. 123-2 du code de la construction et de l'habitation et ne saurait être regardé comme un «*établissement*» recevant du public. Le fait que la réglementation des ERP ne soit pas applicable ne prive pas le maire de sa compétence de police générale, pour édicter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des rassemblements festifs sur la voie publique, tels que fêtes foraines, foires à la brocante et spectacles de rue.

Ports

Travaux portuaires – Grands ports maritimes – Aménagement et exploitation des ouvrages nécessaires au fonctionnement des services portuaires (article L. 146-8 du code de l'urbanisme) – Terminaux méthaniers faisant l'objet d'une exploitation privative – Implantation – Préservation du littoral.

■ Section des travaux publics – Avis n° 382.669 – 14 avril 2009

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, de la question de savoir si, dans le contexte issu de la loi portant réforme portuaire du 4 juillet 2008, qui facilite le recours à l'initiative privée pour l'aménagement et l'exploitation des ouvrages réalisés dans l'enceinte des grands ports maritimes, les ouvrages, comme ceux

liés aux terminaux méthaniers, dont la localisation à proximité du rivage répond à une nécessité technique impérative tels que les entrepôts et terre-pleins destinés à accueillir les marchandises déchargées des navires ou les cuves destinées à recueillir les fluides acheminés par la voie maritime, constituent, avec les bâtiments nécessaires à l'exploitation de ces infrastructures, des ouvrages «*nécessaires au fonctionnement des services publics portuaires*» au sens de l'article L. 146-8 du code de l'urbanisme y compris lorsque ces ouvrages sont construits et exploités par des personnes privées ;

Vu la Charte de l'environnement, notamment son article 6 ;

Vu le code de l'environnement, notamment son article L. 321-1 ;

Vu le code des ports maritimes, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, notamment ses articles L. 101-3 et L. 103-2 ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques, notamment ses articles L. 2111-6 et L. 2124-1 ;

Vu le code de l'urbanisme, notamment son article L. 146-8 ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 6 de la Charte de l'environnement : «*Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. (...)*».

Le principe ainsi énoncé est notamment mis en œuvre, s'agissant du littoral, par l'article L. 321-1 du code de l'environnement, qui dispose que : «*I. – Le littoral est une entité géographique qui appelle une politique spécifique d'aménagement, de protection et de mise en valeur. /II. – La réalisation de cette politique d'intérêt général implique une coordination des actions de l'État et des collectivités locales, ou de leurs groupements, ayant pour objet : (...) 3° La préservation et le développement des activités économiques liées à la proximité de l'eau, telles que la pêche, les cultures marines, les activités portuaires, la construction et la réparation navales et les transports maritimes ; 4° Le maintien ou le développement, dans la zone littorale, des activités agricoles ou sylvicoles, de l'industrie, de l'artisanat et du tourisme.*».

Le même principe inspire le premier alinéa de l'article L. 146-8 du code de l'urbanisme, dont il résulte que les installations, constructions, aménagements de nouvelles routes et ouvrages nécessaires au fonctionnement des services publics portuaires autres que les ports de plaisance ne sont pas soumis aux prescriptions du code de l'urbanisme particulières au littoral lorsque leur localisation, fût-ce en dehors de la zone portuaire, répond à une nécessité technique impérative.

En vertu de l'article L. 101-3 du code des ports maritimes, les grands ports maritimes sont chargés d'un service public portuaire qui comprend, dans les conditions et limites fixées par ses dispositions, l'ensemble des missions et des installations concourant au bon fonctionnement général de l'établissement.

Il est vrai que, par application des dispositions combinées de l'article L. 101-3 et de l'article L. 103-2 du même code, la réalisation et l'exploitation des outillages

utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires sont désormais confiées, sauf exception, à des personnes privées. Il en va ainsi des installations des terminaux pétroliers et gaziers. Les missions correspondantes ne constituent donc plus en principe un service public, alors même que les outillages continuent à relever du régime de la domanialité publique.

Mais ces installations, qui participent du bon fonctionnement global du port, n'en demeurent pas moins affectées à l'objet d'utilité générale qui en a déterminé la création. Dès lors, la circonstance qu'elles relèvent d'une exploitation privative, fût-ce pour le compte propre d'une entreprise, n'a pas pour effet de les soustraire au service public portuaire, dont elles ne sont pas dissociables.

En conséquence, des ouvrages tels que les entrepôts et terre-pleins destinés à accueillir les marchandises déchargées des navires ou les cuves destinées à recueillir des hydrocarbures, acheminés par voie maritime et les bâtiments nécessaires à leur exploitation qui sont implantés dans une zone proche du rivage régie par les articles L. 146-1 et suivants du code de l'urbanisme peuvent être regardés comme des équipements nécessaires au fonctionnement du service public portuaire, au sens de l'article L. 146-8 précité, y compris lorsqu'ils sont construits et exploités par des personnes privées. Ils entrent dès lors dans les prévisions de cet article, sous réserve que leur localisation réponde à une nécessité technique impérative. Pour apprécier si cette dernière condition est remplie, il est possible de tenir compte des contraintes particulières qu'imposent le transport, la manutention ou le stockage des marchandises et produits concernés et en particulier des risques qu'ils présentent.

Il convient toutefois de rappeler que les décisions d'utilisation du domaine public maritime relatives aux équipements dont s'agit, même lorsqu'ils ne sont pas soumis aux dispositions particulières du code de l'urbanisme relatives au littoral en vertu de l'article L. 146-8, doivent, conformément à l'article L. 2124-1 du code général de la propriété des personnes publiques, tenir compte des impératifs de préservation des sites et paysages du littoral et que l'article L. 146-8 s'applique sans préjudice des dispositions portant transposition des textes communautaires concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvage.

Poste et Communications électroniques

Communications électroniques – Téléphonie mobile – Troisième génération – Appel à candidature infructueux – Nouvelles attributions de fréquences – Division des lots et dissociation de leurs conditions d'attribution – Conditions et limites – Lot réservé – Enchères – Différence de traitement avec les opérateurs préexistants – Prix de réserve.

■ Section des travaux publics – Avis n° 382.574 – 7 avril 2009

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, de questions relatives aux modalités d'attribution des différents lots de fré-

quences restant disponibles dans la bande 2,1 GHz, notamment des questions de savoir :

1° Si la procédure d'attribution de la bande de fréquences 2,1 GHz qu'il est prévu de mettre en œuvre doit nécessairement être identique à celle mise en œuvre lors de l'attribution des trois premières autorisations ou s'il est possible de considérer que seule l'attribution du lot réservé à un nouvel opérateur doit obéir aux mêmes règles que l'attribution des précédentes autorisations ?

2° S'il est possible de recourir à une procédure d'enchères pour les deux lots de fréquences ouverts à tous ?

3° S'il est possible d'attribuer les 3 lots de fréquences disponibles selon des modalités différentes de celles des premiers appels à candidatures pour l'attribution d'autorisations 3 G dans cette bande ?

4° Si, dans l'hypothèse où la procédure d'enchères prévue à l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques serait utilisée pour l'attribution des deux lots ouverts, il est possible au Gouvernement, pour garantir une valorisation appropriée des fréquences attribuées, de fixer un prix de réserve ?

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

A la suite des deux appels à candidatures menés en 2000 et 2001, trois opérateurs ont été autorisés à établir et exploiter des réseaux mobiles de 3^{ème} génération dans la bande 2,1 GHz. L'une des 4 autorisations initialement prévues est restée disponible, correspondant à environ 15 MHz duplex.

Le 8 mars 2007, le gouvernement a lancé un nouvel appel à candidatures 3G. Mais cette procédure s'est avérée infructueuse, le seul opérateur candidat ayant fait savoir qu'il n'acceptait pas en l'état les conditions financières alors fixées par l'article 36 modifié de la loi de finances pour 2001.

A la suite de cet échec, le gouvernement a demandé au Conseil d'État si, et dans quelles mesures, il pouvait procéder à une modulation des conditions financières pour le 4^{ème} entrant sur le marché de la téléphonie mobile par rapport aux trois titulaires actuels de licence. La section des travaux publics, dans un avis rendu le 22 janvier 2008 (n° 381.142), a admis qu'il était « possible, sans porter atteinte au principe de non discrimination, d'accorder au 4^{ème} opérateur qui entrera sur un marché plus mature plusieurs années après ses concurrents des modalités financières différentes de celles retenues pour l'attribution des 3 premières autorisations, afin de rétablir une plus grande égalité entre opérateurs et de créer les conditions d'une meilleure concurrence sur le marché de la téléphonie mobile de détail, sous réserve que l'avantage qui en résultera pour le nouvel entrant reste proportionné aux handicaps à compenser et à ce qui est nécessaire pour améliorer durablement la situation de la concurrence sur le marché ».

Le Gouvernement a depuis lors décidé de modifier le dispositif initialement prévu. Le Premier ministre a présenté, dans un communiqué du 12 janvier 2009, un schéma d'attribution consistant, afin de renforcer le caractère concurrentiel du marché de la téléphonie mobile, à scinder la bande de fréquences restant non

attribuée pour en faire trois lots, dont l'un serait réservé à un nouvel entrant et ferait l'objet d'une première phase d'appel à candidatures, selon des modalités similaires à celles utilisées pour les précédents appels. Dans un second temps, les deux autres lots feraient à leur tour l'objet d'un appel à candidatures selon une procédure ouverte à tous.

1. La première question posée par le Gouvernement porte sur le point de savoir si la procédure d'attribution de la bande de fréquences qu'il est prévu de mettre en œuvre doit nécessairement être identique à celle mise en œuvre lors de l'attribution des trois premières autorisations ou s'il est possible de considérer que seule l'attribution du lot réservé doit obéir aux mêmes règles que l'attribution des précédentes autorisations.

L'attribution de quatre licences, et donc la présence de quatre opérateurs sur le marché de la téléphonie mobile de 3^{ème} génération, a été prévue par le Gouvernement dès le 1^{er} appel à candidatures en 2000 ainsi que lors des appels à candidatures successifs de 2001 et 2007. Cet objectif constamment maintenu par le Gouvernement a notamment conduit à imposer aux opérateurs sélectionnés, au moment de l'attribution de leur autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz, de faire droit aux demandes raisonnables d'itinérance sur leur réseau 2G d'un éventuel nouvel entrant ne pouvant s'appuyer sur un réseau 2G durant le déploiement de son réseau 3G.

De son côté, la Commission européenne, dans sa décision du 20 juin 2004 relative à la modification rétroactive des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS, a considéré que les deux procédures d'appel à candidature lancées en 2000 et 2001 étaient dans la continuité l'une de l'autre et que le gouvernement français avait dès lors pu appliquer les mêmes conditions à tous les opérateurs ayant obtenu une licence. Le TPICE a lui aussi relevé, dans l'arrêt Bouygues SA et Bouygues Telecom SA du 4 juillet 2007 (affaire T-475/04, confirmé par la Cour de justice dans un arrêt du 2 avril 2009, C-431/07, mais sans que celle-ci se prononce à nouveau sur cette question d'appréciation de fait) que, en dépit des modalités de leur organisation matérielle, les deux appels à candidatures de 2000 et de 2001 constituent en réalité une procédure unique et que dans ce cadre, le principe de non discrimination doit s'appliquer en envisageant globalement ces différents appels à candidatures.

Pour tenir compte de l'échec de l'appel à candidatures de 2007, le Gouvernement souhaite diviser en trois lots les fréquences restant disponibles dans la bande 2,1 GHz, réserver l'attribution de l'un de ces lots à un nouvel opérateur et attribuer les deux lots restants selon une procédure ouverte à tous les opérateurs. Plusieurs éléments conduisent à admettre qu'il est possible de diviser en plusieurs lots les fréquences restant disponibles dans la bande 2,1 GHz et d'opérer une différenciation entre l'attribution d'un lot réservé à un nouvel opérateur et celle des deux lots restants.

En premier lieu, si le souhait du Gouvernement a d'emblée été d'avoir quatre opérateurs 3G sur le marché de la téléphonie mobile, la question de l'identité des lots attribués ne revêtait pas un aspect essentiel. Sans doute le schéma envisagé initialement consistait-il dans l'attribution de quatre lots identiques, pour des raisons tenant à la volonté de ne pas créer d'avantage au profit de certains opérateurs. Pour autant, la dimension du lot attribué au dernier opérateur apparaît secondaire par rapport à la préoccupation principale du Gouvernement, qui

est de favoriser l'émergence d'un 4^{ème} opérateur afin de renforcer la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile.

En deuxième lieu, l'évolution des conditions économiques du marché et l'expérience de l'échec de l'attribution d'un seul lot pour les fréquences restant disponibles sur la bande 2,1 GHz ont conduit le Gouvernement, pour atteindre son objectif de l'entrée d'un nouvel opérateur 3G sur le marché de la téléphonie mobile, à adapter le dispositif initialement prévu. Le Gouvernement ne pouvant atteindre cet objectif en diminuant de façon significative le montant de la redevance, au risque de céder les fréquences à un prix sensiblement inférieur à leur valeur réelle et de porter atteinte au principe d'égalité de traitement avec les 3 opérateurs en place, la division en plusieurs lots de la bande de fréquences non encore attribuées paraît aujourd'hui l'approche la plus efficace pour favoriser l'entrée d'un nouvel opérateur sur ce marché.

En troisième et dernier lieu, des éléments de fait vont dans le sens d'une dissociation des conditions d'attribution des lots. Le principe même d'un lot réservé à un nouvel opérateur, dans le but exclusif d'accroître la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile en permettant l'introduction, prévue dès l'an 2000, d'un 4^{ème} opérateur, rattache l'attribution de ce lot aux trois précédentes attributions de licences UMTS. Au demeurant, les conditions d'attribution du lot réservé sont identiques à celles des trois premières autorisations, qu'il s'agisse des obligations minimales imposées au candidat retenu, notamment en termes de couverture du territoire, ou, sous réserve d'une légère actualisation, des critères de sélection des candidats. S'agissant en revanche des deux autres lots, le Gouvernement se place dans une logique différente. Les objectifs recherchés à travers l'attribution des fréquences additionnelles consistent, outre dans le renforcement de la concurrence sur le marché existant, notamment en améliorant les conditions d'accueil et les perspectives de développement des MVNO, dans la maximisation de la valorisation du spectre radioélectrique et dans l'accroissement de la capacité globale des opérateurs existants, y compris du nouvel opérateur, qui sont susceptibles d'avoir besoin de fréquences supplémentaires pour faire face à l'augmentation du trafic sur les réseaux 3G.

Un tel raisonnement, qui admet une dissociation de la procédure d'attribution de la bande de fréquences restantes, est inspiré par des motifs de réalisme. La division en plusieurs lots des fréquences restant disponibles et une dissociation des conditions d'attribution de ces lots constituent aujourd'hui l'approche la plus efficace pour atteindre l'objectif constamment affiché par le Gouvernement, celui d'avoir quatre opérateurs 3G sur le marché de la téléphonie mobile pour améliorer le fonctionnement de la concurrence sur ce marché, tout en accroissant les capacités globales des opérateurs et en maximisant la valorisation des fréquences.

En revanche, pour s'assurer de l'entrée d'un nouvel opérateur, dans la perspective d'améliorer durablement la situation de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, il est nécessaire d'empêcher les trois opérateurs actuels d'être candidats à l'un des lots.

2. La question suivante porte sur le point de savoir s'il est possible de considérer qu'une fois le lot réservé attribué, à la suite d'un appel à candidatures réalisé dans les mêmes conditions que lors de l'attribution des précédentes autorisations, l'attribution des deux lots supplémentaires pourra s'effectuer selon des

modalités significativement différentes de l'attribution de ce premier lot, notamment par la voie des enchères prévues à l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a modifié les dispositions de l'article L. 42-2 du CPCE pour permettre le recours à une procédure d'enchères pour l'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences. La loi a laissé entièrement libre le choix entre les deux procédures, l'appel à candidatures et la procédure d'enchères.

A partir du moment où seule l'attribution du lot réservé se rattache à la poursuite de l'objectif initial d'élargissement à un 4^{ème} opérateur 3G du marché de la téléphonie mobile, rien ne fait obstacle à ce que le Gouvernement décide de recourir à la procédure d'enchères pour attribuer les deux lots supplémentaires de fréquences de la bande 2,1 GHz. Sans doute l'exigence, posée par l'article L. 42-1 du CPCE, selon laquelle les autorisations d'utilisation des fréquences doivent être accordées «dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires», demeure-t-elle applicable à l'attribution des deux lots supplémentaires. De la même façon, s'appliquent les dispositions de la directive 97/13/CE du 10 avril 1997 et la décision 128/1999/CE du 14 décembre 1998, relatives à l'utilisation du spectre radioélectrique pour la prestation de services de télécommunications, reprises à l'identique par la directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 aujourd'hui en vigueur, qui indiquent que si un État membre choisit la procédure d'octroi de licences et limite le nombre de licences susceptibles d'être octroyées, alors les licences devront être octroyées «selon des procédures ouvertes, non discriminatoires et transparentes» et «sur la base de critères de sélection objectifs, non discriminatoires, transparents, proportionnés et détaillés». Mais le recours à la procédure d'enchères, autorisé par le législateur, ne saurait être regardé comme portant par lui-même atteinte à cette exigence. Et le principe de transparence et de non discrimination doit être apprécié en deux temps. Dans un premier temps, il conduit, à l'occasion de l'achèvement de l'opération de sélection de 4 opérateurs 3G sur le marché de la téléphonie mobile, à comparer l'attribution du lot réservé à celle des trois précédentes autorisations délivrées pour l'utilisation de la bande 2,1 GHz, c'est-à-dire en envisageant globalement ces différents appels à candidature. Dans un second temps, à partir du moment où l'objectif d'avoir 4 opérateurs 3G sur le marché de la téléphonie aura été atteint, l'exigence de procédure ouverte, transparente et non-discriminatoire s'appliquera, de façon autonome, à la phase d'attribution des fréquences restant disponibles selon la procédure d'enchères. Le changement de procédure pour l'attribution des deux derniers lots, dès lors qu'il a lui-même été dûment rendu public, ne se heurte à aucun obstacle de principe.

3. La question suivante porte sur le point de savoir s'il est possible de considérer qu'en cas d'appel à candidatures infructueux pour l'attribution du lot réservé, l'attribution des trois lots pourra être effectuée selon des modalités différentes de celles retenues pour l'attribution des trois précédentes autorisations, notamment par la voie des enchères.

Par cette question, le Gouvernement demande en réalité s'il pourrait recourir à la procédure d'enchères pour attribuer le lot réservé dans l'hypothèse où l'appel à candidatures lancé s'avérerait infructueux.

Le recours à la procédure d'enchères pour l'attribution du lot réservé semble se heurter à des obstacles de principe. Le raisonnement tenu par la section des travaux publics dans son avis du 22 janvier 2008 sur la modulation des conditions financières pour le 4^{ème} entrant, qui a été rappelé ci-dessus, peut être transposé à la détermination de la procédure d'attribution. L'attribution du lot réservé selon la procédure d'enchères conduirait, s'agissant du choix de la procédure, à introduire une différence de traitement disproportionnée entre les candidats, la technique des enchères ne permettant pas de garantir que l'opérateur sélectionné selon cette procédure ne sera pas placé dans une situation où il bénéficierait d'avantages manifestement disproportionnés par rapport à la situation des trois opérateurs existants.

S'il s'avérait en revanche, à la suite de l'analyse de l'échec de l'attribution du lot réservé, que l'objectif de l'entrée sur le marché de la téléphonie mobile d'un 4^{ème} opérateur 3G n'est pas réaliste, il serait loisible au Gouvernement d'y renoncer et, dès lors, une fois abandonné le principe de la sélection d'un nouvel opérateur, d'attribuer les trois lots de fréquences restant disponibles sur la bande 2,1 GHz selon une procédure d'enchères ouverte à tous les opérateurs.

4. Dans l'hypothèse où la procédure d'enchères prévue à l'article L. 42-2 du CPCE serait utilisée pour l'attribution des deux lots ouverts, le Gouvernement souhaite, pour garantir une valorisation appropriée des fréquences attribuées, fixer un prix de réserve.

La faculté de fixer un prix de réserve est prévue au sixième alinéa de l'article L. 42-2 du CPCE, dans le cas où le ministre prévoit « que le ou l'un des critères de sélection est constitué par le montant de la redevance que les candidats s'engagent à verser si la fréquence ou la bande de fréquences leur sont assignées ». Cette disposition vise aussi bien la procédure de soumission comparative, fondée sur une comparaison des offres en fonction de plusieurs critères, que celle des enchères, fondée sur un critère unique de sélection, le prix.

Le sixième alinéa de l'article L. 42-2 du CPCE permet donc au Gouvernement de fixer un prix de réserve lorsqu'il recourt à la procédure d'enchères pour attribuer des fréquences.



Table des matières

Éditorial

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

■ **Activité juridictionnelle** 19

Bilan d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État..... 21

Activité des tribunaux administratifs 21

Statistiques..... 25

Activité des cours administratives d'appel 27

Statistiques..... 29

Activité de la section du contentieux du Conseil d'État 30

Statistiques..... 33

Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle du Conseil d'État..... 37

Activité du bureau d'aide juridictionnelle 37

Statistiques..... 39

Bilan de la jurisprudence du Conseil d'État 41

Actes législatifs et administratifs 41

Communications électroniques 42

Comptabilité publique et budget 43

Contributions et taxes 43

Convention européenne des droits de l'homme 44

Détenus 45

Domaine 46

Élections 46

Environnement 48

Étrangers..... 49

Fonction publique..... 50

Libertés publiques 53

Marchés et contrats administratifs..... 54

Outre mer..... 57

Pensions..... 57

Police 58

Pouvoirs publics 58

Procédure contentieuse..... 59

Responsabilité 59

Sanctions	61
Union européenne.....	62
Urbanisme	63
Analyse des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs	65
Actes.....	65
Agriculture.....	66
Collectivités territoriales	67
Contributions et taxes	68
Convention européenne des droits de l'homme	69
Cultes.....	70
Détenus.....	71
Domaine	72
Environnement	72
Établissements publics	73
Famille.....	74
Fonction publique.....	74
Libertés publiques	75
Marchés et contrats administratifs.....	75
Police	76
Procédure contentieuse.....	76
Responsabilité	77
Sanctions	78
Urbanisme	79
Voirie	80
 ■ Activité consultative	 81
Assemblée générale, commission permanente et questions communes aux différentes formations	83
Activité	83
L'assemblée générale : une activité croissante	83
La commission permanente : une activité toujours soutenue.....	85
Remarques générales sur les conditions de saisine	86
Délais d'examen	86
Consultations et participations du public à l'élaboration des actes.....	87
Étude d'impact (loi organique du 15 avril 2009)	97
Mise en œuvre de la réforme constitutionnelle	100
Lois organiques	100
Élections et référendum.....	104
Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi portant simplification du droit.....	106
Règles d'examen des propositions de loi	106
Procédure d'examen et forme de l'avis	107
Contenu de l'avis.....	109
Autres éléments d'analyse	109
Actes.....	109
Capitaux, monnaie, banques – Régulation financière	111
Collectivités territoriales	114
Comptabilité publique	115
Juridictions administratives et juridictions financières.....	115
Contributions, taxes et redevances	116

Défense.....	117
Droits civils et individuels.....	118
Établissements publics et groupements d'intérêt public	119
Fonction publique.....	119
Juridictions administratives et judiciaires	122
Lois de finances.....	122
Loi de financement de la sécurité sociale.....	124
Marchés et contrats.....	125
Outre mer.....	125
Poste et télécommunications	127
Professions réglementées – Tourisme.....	128
Sécurité sociale.....	129
Spectacles, sports et jeux.....	130
Travail et formation professionnelle.....	130
Urbanisme	133
Section de l'intérieur.....	135
Actes.....	136
Application dans le temps – Texte applicable – Validation législative.....	136
Associations et fondations	137
Collectivités territoriales	141
Cultes et établissements religieux.....	142
Droits civils et individuels	143
Accès aux documents administratifs – Communications de traitements automatisés de données à caractère personnel	143
Libertés publiques – Liberté d'expression	146
Nationalité	146
Élections et référendum.....	148
Établissements publics et groupements d'intérêt public	151
Juridictions administratives et judiciaires.....	152
Outre mer – Ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution.....	154
Mayotte.....	154
Nouvelle-Calédonie.....	154
Saint-Barthélemy et Saint-Martin	156
Saint-Martin – Mesures d'adaptation – Existence – Eloignement du tribunal.....	156
Polynésie française.....	156
Wallis et Futuna.....	157
Pouvoirs publics et autorités administratives indépendantes	158
Spectacles, cinéma, sport	158
Statistiques.....	160
Section des finances	163
Actes.....	163
Budget et comptabilité.....	167
Comptes spéciaux.....	167
Dispositions pouvant figurer en loi de finances.....	168
Garantie de l'État.....	168
Loi de programmation des finances publiques	169
Convention européenne des droits de l'homme	169
Conventions internationales	169
Accord engageant les finances de l'État.....	169
Accord relatif à l'organisation internationale – Accord sur les produits de base... ..	170



Champ d'application territorial – Départements d'outre mer	170
Contrôle de constitutionnalité des conventions internationales	171
Échanges de données à caractère personnel – Modalités et cadre juridique	172
Extradition	173
Réserves et déclarations interprétatives	173
Économie et finances	174
Chambres de commerce et d'industrie	174
Consommation et crédit à la consommation	175
Jeux et paris	175
Produits financiers	176
Impôts, taxes et redevances	176
Crédit d'impôt – Recherche	176
Impôt sur le revenu	177
Redevances – Carte de commerçant ambulant	177
Taxe sur la valeur ajoutée – Terrain à bâtir – Notion	178
Outre mer	178
Actes – Compétence	178
Adaptation – Extension	179
Consultation des collectivités d'outre mer	179
Loi du pays	180
Répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre mer	181
Répartition des compétences à l'intérieur du territoire	182
Union européenne	182
Aides d'État – Notion	182
Information de la Commission européenne	183
Libre circulation des capitaux	183
Libre circulation des marchandises	184
Libre prestation de services – Directive services	184
Transposition de directives	184
Statistiques	186
Section des travaux publics	189
Actes – Décrets en Conseil d'État – Décret	190
Contributions, taxes et redevances	190
Énergie	191
Établissements publics	191
Espace	194
Logement	196
Monuments et sites	199
Nature et environnement	200
Parcs naturels nationaux	200
Responsabilité environnementale	202
Outre mer	203
Police	204
Ports	204
Poste et communications électroniques	204
Professions réglementées	204
Tourisme	205
Statistiques	206

Section sociale	209
Actes – Consultations obligatoires	210
Composition irrégulière d'un organisme consultatif.....	210
Consultation de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations	211
Obligation consultative sur les textes à caractère réglementaire : cas d'une ordonnance	211
Organisme compétent à la date de publication du décret.....	212
Action sociale	212
Anciens combattants et victimes de guerre	213
Emploi et formation professionnelle.....	214
Outre mer	216
Mayotte.....	216
Nouvelle-Calédonie.....	217
Polynésie Française	218
Saint-Barthélemy et Saint-Martin	219
Santé publique	219
Sécurité sociale.....	222
Ministres compétents.....	222
Consultation du conseil d'administration d'organismes de sécurité sociale	223
Tutelle sur les organismes	226
Sanctions financières en matière de sécurité sociale.....	227
Assurance-maladie	230
Retraites et pensions.....	231
Recouvrement et financement	232
Travail, dialogue social.....	233
Application des articles L. 1 et L. 2 du code du travail.....	233
Décrets relatifs à des catégories particulières de travailleurs	234
Statistiques.....	237
Section de l'administration	239
Commande publique	239
Délégation des pouvoirs en matière de marchés publics.....	239
Recours contentieux applicables aux contrats de la commande publique et sécurité juridique	240
Défense nationale.....	241
Dissuasion nucléaire et secret de la défense nationale	241
Protection et contrôle des matières, des transports et des installations nucléaires.....	241
Coordonnateur national du renseignement.....	242
Fonctionnaires et agents de l'État.....	242
Compétences respectives du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE) et des comités techniques paritaires ministériels (CTPM).....	242
Compétences des différents comités techniques paritaires	244
Modalités de consultation du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État en matière d'hygiène et de sécurité	244
Statut commun à divers corps.....	245
Statut d'emploi	245
Spécialités professionnelles.....	246
Réforme du statut des enseignants chercheurs	247
Élévation au niveau du master du niveau de recrutement de certains enseignants ..	248
Statut des architectes en chef des monuments historiques	248
Statut des administrateurs des finances publiques.....	250



Fonctionnaires et agents des collectivités territoriales	251
Décret en Conseil d'État et décret simple	251
Ouverture du concours interne à des candidats de l'Union européenne	252
Sapeurs-pompiers	252
Fonctionnaires et agents des hôpitaux	252
Durée de travail	252
Engagement de servir	253
Militaires et personnels civils de la défense.....	253
Rattachement de la gendarmerie nationale au ministère de l'intérieur	253
Discipline et récompenses	254
Organisation et gestion des services publics.....	254
Principes généraux relatifs à l'organisation des services déconcentrés de l'État... 254	
Organisation, missions et déontologie.....	256
Gestion des personnels des directions départementales interministérielles	257
Organisation dérogatoire des services déconcentrés de la direction générale des finances publiques.....	257
Extension des compétences territoriales de la préfecture de police	259
Principe de participation et organisation de la gendarmerie nationale.....	259
Propriétés des personnes publiques.....	260
Principe de l'obligation d'inventaire du domaine de l'État.....	260
Statistiques.....	261
Récapitulatif des statistiques pour 2009	263
■ Activité de la section du rapport et des études.....	265
Exécution des décisions de la juridiction administrative.....	267
Les évolutions constatées.....	267
Commentaires généraux sur la gestion des procédures d'exécution.....	268
Commentaires particuliers à certaines affaires	269
Demandes d'éclaircissements	272
Statistiques.....	274
Études, colloques et conférences du Conseil d'État.....	277
L'activité d'étude	277
La diffusion des travaux	278
Activité internationale de la juridiction administrative.....	281
La place essentielle réservée aux institutions européennes.....	281
Les échanges bilatéraux avec les juridictions et institutions étrangères	282
Europe	282
Asie.....	285
Amériques	286
Afrique.....	286
Afrique du Nord – Proche et Moyen-Orient	287
La participation aux jumelages sur appels d'offres internationaux et aux activités des organismes et programmes de coopération.....	288
La promotion internationale du droit continental et du droit public	289
Activité de la délégation au droit européen du Conseil d'État	291

■ Activité de la cellule de veille européenne	295
Activité de la cellule de veille européenne	297
■ Activité des services de formation et d'inspection du Conseil d'État	299
Activité de formations initiale et continue	301
Conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel.....	301
Magistrats des juridictions administratives	302
Agents de greffe des juridictions administratives.....	303
Membres du Conseil d'État.....	304
Agents du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile	305
Statistiques.....	306
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	309
■ Activité des juridictions spécialisées	311
Cour nationale du droit d'asile	313
Les recours.....	314
L'activité juridictionnelle.....	316
Les pourvois en cassation	318
Le délai de traitement des recours	318
Dossiers en instance	319
Aide juridictionnelle	320
Jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile	320
Commission centrale d'aide sociale	325
Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale	327
Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins	329
Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des chirurgiens-dentistes	330
Section des assurances sociales du conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes	332
Chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens	334
Section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens	336
Chambre disciplinaire nationale et section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des sages-femmes	337
Chambre supérieure de discipline de l'Ordre des vétérinaires	338
Chambre nationale de discipline des architectes	340
Haut Conseil du commissariat aux comptes	341
Bilan statistique de l'activité des juridictions administratives spécialisées	342
■ Avis du conseil d'État en 2009	343



