

N° anonymat :

N° 6 5 9

SESSION : 2014

ÉPREUVE : Dissertation

Nombre total d'intercalaires : 2
(Ne pas compter cette copie)

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

Sujet : "Les avis en droit public"

Le Conseil d'Etat, héritier du Conseil du Roi, a joué le rôle de Conseil du Prince bien avant de devenir son juge. Les avis en droit public sont donc un phénomène ancien, mais celui-ci a été notamment réinterprété dans les années 1970. Cf cette époque, la volonté de transparence de l'administration "la maison de verre" entraîne un renforcement des procédures administratives et de leur respect. Les avis pris doivent l'être dans un cadre strict, dont le respect est alors assuré par le juge.

Le terme avis, proche de celui de conseil, semble exclure de prime abord la notion de contrainte ou de normes à respecter. Certaines prises d'avis sont obligatoires et le cas échéant, l'avis peut être conforme. Dans cette hypothèse, l'avis donne le sens de la future décision prise par l'institution. En outre, même si la personne publique n'a pas d'obligation de suivre l'avis, elle le suit du fait de l'influence de l'avis et du poids de l'institution qui l'a déliné. Ainsi, les procédures d'avis sont de nature très différentes et la grande majorité des personnes publiques y ont recours.

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Traditionnellement, le gouvernement et l'administration avaient l'habitude de demander avis ou conseil au sein de leurs propres services. Ces procédures ^{internes} résidendaient généralement secrètes. D'ailleurs, aujourd'hui encore, le Conseil d'Etat ne publie les avis qu'il donne au gouvernement sur un projet de loi qu'avec son autorisation. Par ailleurs, il faut souligner que l'outil classique pour l'administration est l'acte unilatéral, décisionnel et exécutif. L'administration prenait dans ce cadre que très peu compte d'avis extérieur, a fortiori de l'avis des administrés. Cependant, la procédure d'expropriation met en place, dès le XIX^e siècle, une enquête publique qui permet aux administrés de faire entendre leurs voix.

Toutefois, les procédures consultatives doivent, au-delà d'avoir le mérite d'exister et de permettre à des personnes d'eventuellement extérieures aux personnes publiques de s'exprimer, s'inscrire dans un objectif d'efficacité et de démocratie. Les procédures sont donc sous le contrôle du juge interne mais également soumis à des exigences internationales en matière notamment d'impartialité. Ainsi, un avis ne doit plus seulement être pris mais il doit l'être dans des formes qui respectent l'impartialité dans une optique de bonne administration.

L'avis est une procédure largement utilisée par les personnes publiques, ^{et} au sein même de la juridiction (I). Mais la place ^{croissante} de ces avis entraîne un contrôle renforcé du juge qui fait de l'avis un élément important de la prise de décision (II).

I. Rôle central de l'avis dans le fonctionnement des institutions avec pour objectif une efficacité de la décision

La prise d'avis est une procédure traditionnelle lors de la prise d'une décision ^{administrative} réglementaire comme individuelle et participe notamment à l'objectif de bonne administration.

A) Une procédure traditionnellement interne qui s'ouvre à de nouveaux acteurs

Le Conseil d'Etat est l'institution française dont le rôle de conseil est le plus ancien et le plus traditionnel. Il définit différents types d'avis selon la procédure par laquelle il est saisi. Ainsi, si il est obligatoirement saisi pour les ordonnances (article 38 de la Constitution de 1958), pour les projets de loi (article 39) ou encore pour tous les décrets dits "en Conseil d'Etat". Dans ces hypothèses, son avis doit obligatoirement être pris. Il peut également être saisi pour tout décret (ce dernier porte alors la mention, Conseil d'Etat entendu). Le Conseil peut aussi être saisi ^{pour avis} par un des présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat sur une proposition de loi. Par ailleurs, lorsque le gouvernement le consulte, il doit soit reprendre la version originale ^{du texte} qu'il lui a soumis, soit celle telle que le Conseil l'a amendé cependant, il n'y a pas de troisième voie possible. Cette procédure très stricte illustre déjà le caractère contraignant et limitatif que peut prendre une demande d'avis. Cepen-

Ne rien inscrire dans cet emplacement

dant cette procédure demeure interne à l'administration et ne permet pas à des opinions externes de s'exprimer. Au niveau gouvernemental, ce sera le cas avec le Conseil économique, social et environnemental (depuis révision constitutionnelle de 2005) qui émet des avis sur les projets du gouvernement dans ses domaines de compétences. Il est composé de professionnels, de personnes du monde associatif ou syndical. Mais cette ouverture existe aussi au sein de l'administration, notamment au sein de la fonction publique avec les commissions administratives paritaires qui existent au sein de chaque corps. C'est d'ailleurs une formation restreinte de cette même commission qui se réunit en tant que commission disciplinaire. Elle regroupe agents, représentants syndicaux et instances hiérarchiques. Il faut enfin souligner le renforcement des procédures consultatives des administrés dans le domaine environnemental en des grands projets. Cette procédure, initiée par la procédure d'enquête publique, a été renforcée en 1983 pour les projets portant atteinte à l'environnement. Les avis des administrés ne sont cependant pas dilués tels qu'ils à l'administration mais font l'objet d'une synthèse par une commission enquêteur qui produit lui-même un rapport remis à l'administration. Enfin, l'utilisation de la procédure d'avis est utilisée au sein des institutions publiques dans de nombreux cas, elle est très encadrée. Il faut souligner une ouverture à des acteurs extérieurs voire aux administrés mais dans ce cas par le biais d'intermédiaires qui rendent ces avis utilisables. Elle répond enfin aux caractéristiques d'ouverture et de transparence voulues au sein de l'administration.



B) Une procédure dont le juge va lui-même faire usage.

Le juge peut toujours avoir à statuer dans l'attente d'une décision d'un autre organe de juridiction ou dans le cadre d'une question préjudicielle. Mais, cette procédure n'a pas le caractère d'une demande d'avis. En revanche, l'article L 113-1 du code de justice administrative permet à une juridiction inférieure de l'ordre administratif de saisir d'avis et de demander un avis au Conseil d'Etat sur les questions soulevées par ce litige. La question de droit doit se présenter dans de nombreux litiges et poser une difficulté sérieuse d'interprétation. Le Conseil d'Etat délivrera alors un avis qui n'a pas autorité de chose jugée qui répondra aux questions posées. La juridiction inférieure peut y déroger mais elle connaît alors l'avis du Conseil d'Etat et sa décision aura toutes les chances d'être cassée de cas écheant. En pratique, les juridictions inférieures se conforment aux avis du Conseil. Cette procédure particulière se combine avec d'autres cas où le juge peut demander un tiers par avis. Il peut, par le biais d'une mesure d'instruction demander une expertise. La pratique de l'"amicus curiae" permet également au juge d'avoir un avis sur un point complexe ou technique. En revanche et contrairement à la procédure d'avis devant le Conseil d'Etat, ces avis ne peuvent concerner des points de droit. Ces procédures et en particulier l'avis du Conseil concourent à la bonne administration de la justice en unifiant plus rapidement la jurisprudence au niveau des premiers juges sans attendre.

que les affaires parviennent en cassation devant le Conseil d'Etat. Cette procédure souligne également le fait que l'avis même sans force obligatoire, peut parvenir ^{quasiment} au résultat du fait de la force doctrinale et de la position subordonnée du demandeur. La notion d'avis comme simple conseil facultatif est à nouveau battue en brèche. Le terme d'"avis" ne doit pas laisser croire que l'acte n'a qu'un caractère secondaire.

L'avis même s'il n'est pas contraignant pouvant avoir une influence très grande, le juge a renforcé son contrôle des procédures de demandes d'avis pour que ce dernier respecte la légalité mais aussi l'impartialité.

II. Un contrôle juridictionnel tant interne qu'externe qui renforce la place et la légitimité de ces avis

La grande variété des formes d'avis entraîne un contrôle du juge plus ou moins renforcé mais ce contrôle fait de l'avis une étape cruciale de la décision de la personne publique.

A) Une prise d'avis contrôlée par le juge et qui devient un élément à part entière de légalité

En effet, même dans l'hypothèse où une prise d'avis est facultative, si elle est prise, elle doit l'être en respectant les règles, le cas échéant la consultation est invalidée. Cependant, le juge de l'excès de pouvoir n'annule généralement pas un acte en cas d'un manquement procédural à moins

que cet élément de procédure soit substantiel. Il a ainsi été accepté dans le cadre des commissions du titre de séjour statuant sur la situation des étrangers qui demandent un tel titre de limiter la saisie de la commission au cas où l'étranger répondait effectivement aux exigences posées pour obtenir un tel titre. Cependant, si la commission n'a pas été saisie alors que l'étranger remplissait de telles conditions, le juge annule la décision et enjoint le préfet de saisir la commission. Par ailleurs un avis négatif d'une personne ou commission consultée peut faciliter le recours au juge. Enfin, si le commissaire enquêteur suite à une enquête publique rend un avis négatif sur le projet, cet avis n'empêche pas l'administration de continuer la procédure d'expropriation. Cependant, un éventuel requérant qui voudrait contester la procédure n'aura pas besoin de justifier de son intérêt à agir. Enfin, la procédure d'avis devient un élément central dans une procédure administrative. Si l'avis est conforme, il peut même dans certaines hypothèses être attaqué directement. En revanche, l'administration est alors dégagée de tout engagement d'une illégalité à son encontre. Cependant la jurisprudence (CE, Montaignac) est très stricte à cet égard : l'avis ne doit laisser aucune marge de manœuvre à l'administration. L'avis devient en quelque sorte décisive au dessus de la décision même qui en tant que telle ne fait plus grief. Ce contrôle du juge, adapté aux différentes formes que peuvent prendre les avis, renforce leur importance au sein de la procédure administrative. Il permet également de protéger les administrés qui peuvent ainsi déterminer qui est l'auteur réel de la décision qui s'impose à eux ou le cas échéant être éclairé

par le point de vue d'un tiers.

b) Un renforcement du contrôle des organes et leur membres délivrant les avis

Après cela des éléments procéduraux, le juge et notamment le juge de la Convention européenne de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a repris son contrôle de l'impartialité, notamment de l'institution qui délivre les avis et est en même temps juge du ^{de l'administration} contentieux. Une jurisprudence très restrictive a été édictée en 1995 à ce sujet (CEDH, 1995, *Poids c/ Luxembourg*). La Cour de Strasbourg est revenue quelque peu sur sa position en 2003 (*Kleyn et autres c/ Pays-Bas*). Elle s'est finalement penchée sur le cas du Conseil d'Etat français et a considéré son fonctionnement compatible avec la Convention dans la mesure où les membres avaient un statut qui protégeait leur indépendance, leurs fonctions consultatives n'avaient pas d'influence sur leur activités juridictionnelles et qu'ils ne pouvaient pas être à la fois conseil et juge d'une même affaire. Cette exigence était déjà présente dans la loi du 4 mai 1872 portant création du Conseil d'Etat "moderne". Elle avait été abrogée en 1941 mais continuait d'être respectée de manière traditionnelle au sein de l'institution. Si la question de l'impartialité des membres du Conseil d'Etat ne semble pas porter de controverse, il pourrait en être différemment des membres des différentes commissions consultatives. Si des déclarations d'intérêts sont généralement demandées dans les domaines économiques ou financiers, elles sont remplies par les membres de la commission eux-mêmes et leur

N° anonymat :

N° 6 5 9

SESSION : 2014 ÉPREUVE : Dissertation

Numéro d'intercalaire :

2

Ne rien inscrire dans cet emplacement

impartialité repose sur leur bonne foi. Dans les commissions disciplinaires de la fonction publique, des agents inférieurs au grade du fonctionnaire qui suit la procédure disciplinaire ne peuvent participer. Par ailleurs, le commissaire enquêteur, qui était anciennement nommé par le préfet est aujourd'hui nommé par le président du tribunal administratif dans le ressort duquel se situe la procédure d'expropriation. Enfin, les magistrats administratifs sont souvent appelés à participer ou à présider de telles commissions consultatives comme gage d'impartialité. Enfin, si la volonté de permettre l'expression d'avis dans la procédure décisionnelle ces derniers ne doivent pas être de nature à remettre en cause la légitimité de la décision prise.

Ne rien inscrire dans cet emplacement