



Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

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

Jean-Michel BELORGEY, Yves ROBINEAU, Yannick MOREAU, Bernard STIRN,
Marie-Dominique HAGELSTEEN, Pierre-François RACINE, présidents de section.

Christophe DEVYS, secrétaire général du Conseil d'État.

Frédéric TIBERGHIEEN, 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 : Jean-Michel BELORGEY

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
- Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004.
- Rapport public du Conseil d'État 2005, Considérations générales : *Responsabilité et socialisation du risque* (EDCE n° 56), 2005.
- Rapport public du Conseil d'État 2006, Considérations générales : *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE n° 57), 2006.
- Rapport public du Conseil d'État 2007, Considérations générales : *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?* (EDCE n° 58), 2007.

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.

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.

■ Éditorial

Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

■ Activité juridictionnelle 19

Section du contentieux 21

Bureau d'aide juridictionnelle 49

■ Activité consultative 51

Assemblée générale et commission permanente 53

Section de l'intérieur 63

Section des finances 83

Section des travaux publics 115

Section sociale 131

Récapitulatif des statistiques pour 2007 151

Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution 153

■ Activité de la section du rapport et des études 155

Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2007 157

Études et diffusion des travaux du Conseil d'État 167

Action internationale de la juridiction administrative 171

Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État 179

■ Activité du bureau des formations 183

Bilan des formations 185

■ Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives 193

Mission permanente d'inspection des juridictions administratives 195

■ Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel 197

L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.. 199

■ Activité des juridictions spécialisées 207

Commission des recours des réfugiés 209

Commission centrale d'aide sociale 219

Bilan statistique de l'activité des juridictions administratives spécialisées 221

■ Avis du Conseil d'État en 2007 223

Éditorial

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

La première partie du rapport public du Conseil d'État retrace traditionnellement le bilan de son activité consultative et de l'activité juridictionnelle de l'ensemble de la juridiction administrative (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Conseil d'État et juridictions spécialisées). Qu'il me permette aussi cette fois-ci de revenir sur une année de réforme pour notre institution.

Une institution en mouvement

L'année 2007 restera en effet, pour le Conseil d'État et la juridiction administrative, marquée par une volonté de réforme. De nombreux groupes de travail ont été constitués tant au Conseil d'État que dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Leurs rapports se sont révélés d'une grande richesse et vont donner lieu à un ensemble de changements et d'adaptations qui toucheront, au cours de l'année 2008, tant le Conseil d'État, dans ses missions consultatives et juridictionnelles, que les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Le décret du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État est la première étape de cet ensemble. Il rénove en profondeur les conditions d'exercice de la fonction consultative du Conseil d'État et consacre en droit la séparation de fait de ses fonctions consultatives et de ses attributions juridictionnelles.

Il crée une nouvelle section – la section de l'administration – qui disposera d'un bloc de compétences homogène et d'une vision transversale des enjeux globaux de la réforme de l'État. Alors que les projets de loi et de décret en matière de fonction publique étaient jusqu'alors traités par trois sections différentes selon le ministère d'origine, la nouvelle section de l'administration centralisera désormais l'ensemble de ces questions au sein de l'institution. Elle traitera également des relations entre administration et usagers, de la procédure administrative non contentieuse et de la défense nationale mais, également, de

tous les contrats publics ainsi que des propriétés publiques. La section de l'administration devient ainsi la section en charge des instruments de la gestion publique.

D'autres mesures instaurées par le décret du 6 mars 2008 rénovent les méthodes de travail. Dans chaque section administrative, une formation ordinaire (aux effectifs restreints) sera dorénavant chargée de l'examen des affaires les moins complexes, ce qui permettra un travail plus interactif avec les ministères. Ensuite, l'attribution de la voix délibérative à tous les membres des sections administratives, la diversification des profils des membres exclusivement affectés aux tâches consultatives et la création d'une fonction de président-adjoint permettront de renforcer la collégialité des travaux et de mieux répartir les responsabilités. Enfin, le recours à des personnes susceptibles, en raison de leurs connaissances ou de leur expérience, d'éclairer utilement les travaux des diverses formations consultatives favorisera une plus grande ouverture du Conseil d'État sur l'extérieur.

La séparation complète entre les activités de conseil et les activités contentieuses est désormais inscrite dans les textes avec le décret du 6 mars 2008 qui introduit, dans le code de justice administrative, un article R. 122-21-1 aux termes duquel « les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis ». Une telle règle figurait déjà à l'article 20 de la loi du 24 mai 1872. Mais, au début de la seconde guerre mondiale, il était apparu que cette règle serait difficile à respecter en raison du nombre de membres du Conseil d'État mobilisés. Aussi fut-elle suspendue par un décret du 4 octobre 1939 avant d'être abrogée par la loi du 18 décembre 1940. En pratique respectée depuis la Libération, cette règle coutumière est désormais à nouveau expressément réaffirmée. En outre, les justiciables pourront vérifier par eux-mêmes qu'elle est effectivement respectée en obtenant sur demande communication de la liste des membres des formations consultatives ayant pris part à l'avis rendu sur l'acte qu'ils attaquent : tel est l'objet du nouvel article R. 122-21-2 du code de justice administrative.

Le décret du 6 mars 2008 met également fin à la présence des représentants des sections administratives dans les formations de jugement du Conseil d'État (hors l'assemblée du contentieux). La composition des formations de jugement avait été modifiée à la suite des réactions virulentes qu'avait inspirées au général de Gaulle l'arrêt Canal du 19 octobre 1962. Dans le contexte de l'accession de la République créant une Cour militaire de justice pour méconnaissance du principe général du droit selon lequel toute décision de justice doit pouvoir au moins faire l'objet d'un recours en cassation. Dans le sens des préoccupations du chef de l'État et sans mettre en cause l'indépendance juridictionnelle du Conseil d'État, le décret du 30 juillet 1963 avait alors établi davantage de liens entre les formations consultatives et les formations contentieuses. Le décret du 6 mars 2008 procède à une « désimbrication » totale des activités juridictionnelles et consultatives.

Enfin, disposition particulièrement importante, le décret du 6 mars 2008 modifie la formation suprême de jugement du Conseil d'État : l'assemblée du contentieux passe ainsi à dix-sept membres, dont une nette majorité appartenant au contentieux, et elle devient la plus nombreuse des formations de jugement du



Conseil d'État. Par conséquent, la voix prépondérante du Vice-président disparaît. Surtout, lorsque l'assemblée du contentieux est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'État, le président de la section administrative qui a eu à délibérer de cet avis ne pourra y siéger. Il en a de même de tout autre membre de cette section, même s'il n'a pas pris part à la délibération le jour où l'affaire a été examinée ou s'il ne faisait pas encore partie de la section à cette date.

Les étapes suivantes de la réforme concerneront l'ensemble de la juridiction administrative. Elles trouveront leur source dans les rapports des groupes de travail qui ont été constitués tant au Conseil d'État que dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Ces réformes toucheront les questions de procédure (formation de jugement, rôle et appellation de commissaires du gouvernement, information des parties sur le déroulement de la procédure, place de l'oralité...) comme les questions statutaires. Elles s'inscriront dans un souci d'affirmation de l'unité de la juridiction administrative.

Une activité qui se maintient à un niveau élevé

L'activité consultative

Si, pour la première fois depuis cinq ans, le Conseil d'État enregistre un fléchissement, lié aux élections nationales de 2007, du nombre de textes examinés par ses **formations consultatives** – 1 267 textes en 2007 contre 1 411 en 2006, 1 390 en 2005 et 1 292 en 2004 –, ce nombre reste toutefois à un niveau élevé.

Le bilan d'activité de **l'assemblée générale** retrace la réalité des missions de l'institution et fait apparaître la portée de sa fonction consultative.

En 2007, l'assemblée générale a tenu moins de séances et elle a examiné moins de textes que les années précédentes : 40 textes en 2007 contre 75 l'année précédente et 123 en 2005. Ceci traduit l'effet des nouvelles procédures mises en place pour alléger le nombre de textes soumis à son examen. En contrepartie, l'activité de la commission permanente s'est renforcée, celle-ci ayant examiné 12 projets de loi en 2007 contre 2 en 2006.

L'assemblée générale a relevé à nouveau les difficultés récurrentes rencontrées en matière de non-respect des consultations préalables, de transposition tardive ou imparfaite des normes communautaires dans le droit national et de conception précipitée et donc insuffisamment réfléchie des textes législatifs et réglementaires, dont la qualité est rarement satisfaisante. Parmi les textes soumis à son examen obligatoire, il faut relever le projet de loi de règlement pour 2006, auquel s'appliquaient pour la première fois les dispositions de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), ainsi que la question de la flagrance fiscale à l'occasion de l'examen du projet de loi de finances pour 2007. L'assemblée générale a également eu à connaître des travaux de codification – notamment du nouveau code du travail – et de questions liées au contrôle de conventionnalité, lequel prend une place croissante dans le travail des formations consultatives du Conseil d'État.



L'activité des sections administratives est restée soutenue en 2007, tant en raison du nombre de textes examinés que de leur complexité.

Le bilan de la section de l'intérieur insiste sur la complexité croissante du droit de l'outre-mer ainsi que sur les évolutions de jurisprudence en matière d'établissement d'utilité publique ; la section des finances commente notamment la mise en place des nouvelles dispositions budgétaires et comptables, mais également économiques et financières, liées à la mise en œuvre de la LOLF ; la section des travaux publics consacre un développement instructif aux conditions d'élaboration des textes par l'administration ; la section sociale souligne enfin la multiplication des consultations préalables et les effets qu'elles emportent sur les procédures d'élaboration des textes et les conditions de saisine du Conseil d'État.

La section du rapport et des études a adopté trois études relatives à La transposition des normes communautaires dans le droit national, à L'implantation des organisations internationales sur le territoire français et au Droit de préemption.

Le 31 janvier 2007, la section a organisé un colloque en collaboration avec le Centre national d'études spatiales sur le thème « Pour une politique juridique des activités spatiales ». Un cycle de rencontres sur le droit public économique a également été lancé sous le nom d'« Entretiens du Palais Royal » et a donné lieu, le 7 mars 2007, à une première rencontre portant sur L'abus de droit en matière fiscale. Enfin, les propositions des considérations générales du rapport public annuel 2007 ont été débattues lors de deux séminaires de travail qui ont eu lieu au Conseil d'État le 30 mars 2007 avec des parlementaires, des fonctionnaires et des think tanks français ou européens, puis à l'occasion d'une journée d'étude qui s'est tenue le 12 octobre 2007 à l'Institut d'études politiques de Paris sur le thème Les administrations nationales et l'Union européenne.

Les actions de coopération internationale se sont enfin poursuivies à un rythme soutenu tout au long de l'année 2007, tant pour le Conseil d'État que pour les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, notamment dans le cadre de programmes suivis de coopération. Parmi ses nombreuses actions de coopération multilatérale ou bilatérale avec de hautes juridictions étrangères, le Conseil d'État a accueilli une délégation de la Cour suprême des États-Unis.

Alors que l'année 2007 marquait son dixième anniversaire, la cellule de droit communautaire de la section a eu à connaître de plus de 500 questions juridiques ce qui témoigne, comme les années précédentes, de l'importance et de la complexité des questions que pose le droit communautaire.

Enfin, toujours au titre du bilan d'activité de la section du rapport et des études, les demandes d'aide à l'exécution et celles relatives aux procédures d'astreinte en matière d'exécution des décisions de justice sont relativement stables en 2007 – 1 867 affaires contre 1 891 en 2006. Le nombre d'affaires réglées en phase administrative ou en phase juridictionnelle est en revanche en forte hausse pour les tribunaux administratifs et reste stable pour les cours administratives d'appel et le Conseil d'État. La tendance observée ces dernières années au règlement en phase non juridictionnelle des affaires d'exécution se confirme, même si des difficultés subsistent notamment pour le règlement des condamnations pécuniaires et en matière de contentieux de la fonction publique.



L'activité contentieuse

L'activité de la section du contentieux s'est maintenue à un niveau élevé en 2007. Marquée à la fois par une situation équilibrée entre les entrées et les sorties et par une diversité croissante des affaires et des formations de jugement appelées à en connaître, les résultats obtenus restent fragiles et appellent une vigilance permanente.

Le nombre d'affaires enregistrées passe de 11 578 en 2006 à 11 745 en données brutes soit une augmentation de 1,4 %, mais décroît de 4,6 % à près de 9 700 dossiers en données nettes, c'est-à-dire corrigées des séries et des affaires réglées par ordonnance du président de la section du contentieux.

Même s'il est légèrement inférieur à 2007, le nombre d'affaires jugées atteint 12 527 dossiers en données brutes et près de 10 000 en données nettes – soit 9 973 dossiers.

Par conséquent, le solde observé entre les sorties et les entrées reste positif, la capacité annuelle de jugement ayant dégagé un excédent de quelque 350 affaires, ce qui permet de ramener un stock, déjà historiquement bas, à 8 200 affaires au 31 décembre 2007 (données nettes). Comme le souligne justement le rapport, ce stock est nettement inférieur à la capacité annuelle de jugement de la section.

Il convient également de relever que ces améliorations se sont produites dans un contexte extrêmement tendu pour la section, dont les effectifs ont diminué de près de 20 % en 2007 sans que leur reconstitution progressive ne soit achevée en fin d'année. Des facteurs d'amélioration ont été recherchés par le renforcement des moyens dévolus aux sous-sections, tel le développement de l'aide à la décision qui a également permis d'établir un plan de redressement pour le bureau d'aide juridictionnelle.

Les méthodes de travail ont évolué grâce à une hiérarchisation systématique et rigoureuse dans le traitement des affaires.

En effet, le spectre des affaires soumises à la section du contentieux s'est élargi : elle est saisie d'un nombre croissant d'affaires simples et, simultanément, d'affaires plus difficiles. Ceci se traduit par une plus grande diversité dans les modes de traitement par les formations de jugement. Ainsi, près de la moitié des 10 000 affaires jugées en 2007 l'ont été par ordonnance (4 731), plus d'un tiers par les sous-sections jugeant seules (3 623), 1 537 affaires l'ont été en sous-sections réunies et 35 en section ou en assemblée. Ces dernières, complexes et intéressantes, se sont traduites par des arrêts importants, comme en témoignent les trois décisions d'assemblée du 14 décembre 2007 relatives à la situation des détenus.

La situation de la section du contentieux reste néanmoins fragile et mérite encore beaucoup d'attention. L'une de ces fragilités tient à la baisse de la part des dossiers enregistrés au titre du contentieux des étrangers qui ne représente plus que 12 % des entrées nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux (contre 37,5 % en 2002). Cette situation résulte notamment du transfert des appels des jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière aux cours administratives d'appel au 1^{er} janvier 2005.



La légère baisse des entrées constatée en 2007 comme en 2006 n'autorise pas à penser que cette tendance va se poursuivre pour l'avenir. En effet, 1 000 affaires de contentieux électoral devraient être enregistrées en 2008. De plus, comme le nombre de dossiers ne cesse de progresser devant les tribunaux administratifs, cette croissance du contentieux de premier ressort ne s'est pas encore totalement répercutée sur l'activité du Conseil d'État comme ce fut le cas pour les cours administratives d'appel en 2007, qui ont enregistré une augmentation de près de 26 % de leurs entrées en données nettes.

De même, alors que le nombre d'affaires jugées par les cours administratives d'appel a doublé en cinq ans, le taux des pourvois en cassation devant le Conseil d'État n'a pas augmenté. Il s'agit toutefois de rester vigilant sur ce type de contentieux, qui représente désormais 65 % des affaires enregistrées par l'institution en 2007, et s'avère particulièrement complexe et sensible. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'est pas encore parvenu, en ce qui concerne ces pourvois, à équilibrer sa capacité de jugement qui reste déficitaire. Aussi, l'objectif de parvenir dans les prochaines années à l'équilibre entre les entrées et les sorties pour les pourvois contre les arrêts des cours reste-t-il relativement ambitieux.

Il convient enfin de modérer les données globales relatives au délai moyen de jugement de la section du contentieux qui s'établit, toutes affaires confondues, à neuf mois en 2007. En effet, si l'on exclut les jugements par voie d'ordonnance ou de référé, qui concernent les affaires les moins complexes, le délai de jugement des formations collégiales est en réalité de dix-sept mois. La situation du stock est en revanche assez saine, plus de 7 500 affaires sur un total de 8 200 ayant moins de deux ans et 5 665, soit plus de la moitié, ayant moins d'un an. Les 500 affaires ayant entre deux et trois ans d'ancienneté dans le stock, ainsi que les 130 affaires accusant une ancienneté de plus de trois ans, sont actuellement en cours de traitement et devraient être jugées dans le courant de l'année 2008.

La situation des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel doit être appréciée à sa juste valeur au regard de l'évolution récente du contentieux administratif. Au cours des quarante dernières années, ce contentieux a augmenté structurellement de 6 % en moyenne chaque année. Depuis 2002, cette croissance s'est fortement amplifiée, le nombre de requêtes portées devant le juge administratif ayant crû de 9 % en moyenne chaque année.

Au regard de cette évolution, l'année 2007 peut être regardée comme rassurante. Dans les tribunaux administratifs, les 170 000 affaires enregistrées en données nettes n'ont progressé que de 2 %. Dans le même temps, les tribunaux ont redoublé d'efforts, jugeant 175 000 affaires, soit 6,5 % de plus qu'en 2006 et 43 % de plus qu'en 2002. Ainsi, pour la première fois depuis 2002, les tribunaux administratifs ont jugé plus d'affaires qu'ils n'en ont enregistrées, le ratio s'établissant à 103 %. Le délai prévisible moyen de jugement a donc décru. L'objectif assigné par le Parlement à la juridiction administrative est de réduire ce délai à moins d'un an. Devant les tribunaux administratifs, il s'élevait en 2002 à 1 an 7 mois et 21 jours ; il a été ramené à 1 an 2 mois et 5 jours en 2007.

Les cours administratives d'appel, quant à elles, ont été confrontées, à l'inverse des tribunaux, à une hausse spectaculaire des affaires enregistrées (+ 26 % par rapport à 2006). Or, après avoir progressé de 79 % entre 2002 et 2006, le nombre d'affaires jugées est parallèlement resté globalement stable (la légère augmentation du nombre d'affaires traitées par magistrat étant compensée par



une faible diminution de l'effectif réel des magistrats présents en juridiction). Pour la première fois depuis la mise en place des contrats d'objectifs en 2002, les cours ont jugé moins d'affaires qu'elles n'en ont enregistrées : le ratio correspondant, qui était de 123 % en 2006, est retombé à 97 % en 2007. Leur stock s'est ainsi légèrement alourdi et le délai prévisible moyen de jugement s'est allongé à 1 an 1 mois et 3 jours, en 2007, après avoir été réduit de 22 mois de 2002 à 2006 (année où il avait été ramené à 1 an et 18 jours).

Ces résultats sont globalement encourageants au regard des objectifs assignés par le législateur. Ils témoignent du bon emploi des moyens supplémentaires accordés par celui-ci, qui ont permis l'ouverture de deux juridictions nouvelles – la cour administrative d'appel de Versailles en 2004, le tribunal administratif de Nîmes, en 2006 – et permettront celle du tribunal administratif de Toulon en septembre 2008. Il faut surtout souligner que l'engagement des magistrats a été à la hauteur de l'effort ainsi consenti par l'État, puisque le nombre d'affaires jugées par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel s'est accru de très exactement 50 % entre 2002 et 2007. Or, cette progression n'est due que pour un peu moins de la moitié aux effectifs supplémentaires et s'explique donc pour plus de la moitié par la très forte augmentation du nombre d'affaires traitées par magistrat et par agent de greffe.

Mais ce bilan encourageant doit être sérieusement nuancé. D'une part, pour les requêtes « ordinaires » (c'est-à-dire excluant les référés, les affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers et les affaires réglées par ordonnance), les délais constatés atteignent globalement près du double du délai prévisible moyen (2 ans 2 mois et 16 jours devant les tribunaux administratifs en 2007). Ce délai est plus long encore pour les contentieux les plus lourds et, notamment, le contentieux fiscal. D'autre part, la situation varie beaucoup d'une juridiction à l'autre : les tribunaux administratifs d'Ile-de-France sont en particulier excessivement sollicités.

Surtout, l'équilibre constaté en 2007, outre qu'il ne permet pas de réduire des stocks encore beaucoup trop volumineux, demeure extrêmement fragile. Dès 2008, la pression sur les tribunaux administratifs sera notamment alimentée par le contentieux des élections et par celui relatif au droit opposable au logement, pression qui se traduira aussi inévitablement par une augmentation des appels et des pourvois en cassation. La juridiction administrative restera donc, à tous les niveaux, fortement sollicitée.

On finira en évoquant rapidement les juridictions spécialisées. **La Cour nationale du droit d'asile** a connu une nouvelle diminution des recours enregistrés de l'ordre de 25 % qui, combinée avec le maintien global de sa capacité de jugement et avec les efforts d'assainissement de son stock, a permis de diminuer le nombre des dossiers en instance, estimés à 22 800 en décembre 2007, contre 31 000 un an plus tôt.

La Commission centrale d'aide sociale a connu une légère hausse du nombre de ses entrées, particulièrement importante en matière de revenu minimum d'insertion (+ 44 % par rapport à 2006). Les efforts soutenus de la juridiction, consentis notamment pour pallier les difficultés chroniques en matière d'effectifs, ont néanmoins permis de maintenir les rythmes des audiences. En revanche, la situation des commissions départementales d'aide sociale reste particulièrement préoccupante.

En résumé, si la juridiction administrative se porte bien et rend une justice de qualité, elle est consciente des progrès qui restent à accomplir : elle poursuivra donc activement en 2008 l'adaptation de ses méthodes de travail ainsi que la réforme de son organisation, de son fonctionnement et des procédures applicables devant elle. Elle veillera aussi à mieux rendre compte de son activité et à s'ouvrir davantage sur ses partenaires et ses publics, en France, en Europe et dans le monde. Elle entend enfin activement contribuer au renforcement de la coopération européenne et internationale et à la convergence des droits publics, en particulier à l'échelle de notre continent.



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



Section du contentieux

Activité de la section

I. – Si le nombre d'affaires enregistrées en 2007, en données brutes, est supérieur à celui de l'année 2006, il connaît, en revanche, un léger fléchissement en données nettes, tout en se maintenant à un niveau élevé. En effet, mis à part les pourvois en cassation dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel dont le nombre ne cesse de progresser, les autres pourvois sont en baisse. Par ailleurs, le chiffre des sorties étant supérieur à celui des entrées d'environ 700 affaires, le stock, en données brutes, a diminué de 7,3 %. En données nettes, la baisse est de 4,3 %.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Données brutes						
Affaires enregistrées	11 471 ⁽¹⁾	10 213 ⁽²⁾⁽³⁾	12 868 ⁽⁴⁾	12 572 ⁽⁵⁾	11 578	11 745
Décisions rendues	11 739	11 209	11 528	12 124 ⁽⁶⁾	12 700	12 527
Données nettes						
Affaires enregistrées	11 281 ⁽¹⁾	9 905 ⁽²⁾⁽³⁾	12 074 ⁽⁴⁾	11 196 ⁽⁵⁾	10 271	9 627
Décisions rendues	11 402	11 135	11 001	11 270 ⁽⁶⁾	11 242	9 973
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux ⁽⁷⁾						
Affaires enregistrées	9 467 ⁽¹⁾	8 746 ⁽²⁾⁽³⁾	10 581 ⁽⁴⁾	9 102 ⁽⁵⁾	8 945	8 531
Décisions rendues	9 627	9 943	9 516	9 706 ⁽⁶⁾	9 736	8 780

⁽¹⁾ Dont 901 affaires relatives aux pensions militaires d'invalidité suite à la suppression de la commission spéciale de cassation des pensions au 1^{er} avril 2002.

⁽²⁾ Dont 264 nouvelles affaires de pensions militaires d'invalidité.

⁽³⁾ Dont 87 (données brutes) et 73 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

⁽⁴⁾ Dont 1 318 (données brutes) et 1 107 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

⁽⁵⁾ Dont 2 018 (données brutes) et 1 366 (données nettes) pourvois en cassation contre des jugements de tribunaux administratifs rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

⁽⁶⁾ Ces chiffres ne tiennent pas compte de 500 affaires réglées par ordonnance en 2005.

⁽⁷⁾ 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.

II. – Ce tableau appelle les remarques suivantes :

1. Le nombre total d'affaires enregistrées qui passe, en données brutes, de 11 578 en 2006 à 11 745 en 2007 a augmenté de 1,4 % par rapport à l'année précédente. Après déduction des affaires de séries et des affaires réglées par ordonnances du président de la section du contentieux au titre, d'une part, de la procédure de règlement des questions de compétence et, d'autre part, des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, le chiffre des entrées passe de 8 945 en 2006 à 8 531 en 2007 soit une diminution de 4,6 %. L'ensemble des pourvois en cassation en 2007 représente 65 % du total des entrées, en données nettes, contre 64 % en 2006. Seuls les pourvois dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel connaissent une hausse alors que ceux dirigés, d'une part, contre les jugements rendus en premier et dernier ressort par les tribunaux administratifs et, d'autre part, contre les décisions des juridictions spécialisées ont diminué. Si la réforme de l'appel introduite par le décret du 24 juin 2003, qui prévoit que pour certains litiges de faible importance les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort, a eu une forte incidence en 2004 et 2005, le nombre de pourvois enregistrés, à ce titre, en 2007 baisse sensiblement.

2. En ce qui concerne les affaires jugées, 12 527 décisions ont été rendues en 2007 contre 12 700 en 2006 (en données brutes), même si ce chiffre est légèrement inférieur à celui de l'année précédente, les sorties étant nettement supérieures aux entrées, le stock des affaires en instance a été réduit de manière significative. En effet, le stock global, en données brutes, passe de 9 789 affaires au 31 décembre 2006 à 9 072 affaires au 31 décembre 2007. Ainsi, le stock est nettement inférieur à la capacité annuelle de jugement.

III. – En ce qui concerne le contentieux des étrangers, depuis quelques années un développement particulier lui est consacré en raison de la charge qu'il a représentée de 1999 à 2005 pour l'activité juridictionnelle du Conseil d'État et, plus précisément, la part de ce contentieux correspondant aux trois masses que constituent les requêtes dirigées contre les refus de visas, les appels contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière et les pourvois en cassation contre les décisions de la commission des recours des réfugiés. Ainsi que le montre le tableau ci-après, le contentieux des étrangers a considérablement diminué depuis trois ans en raison principalement du transfert aux cours administratives d'appel, depuis le 1^{er} janvier 2005, des appels des jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière. En effet, ce contentieux de la reconduite à la frontière relève désormais de la compétence du Conseil d'État par la voie de la cassation et à ce titre, seulement 198 pourvois ont été enregistrés au cours de l'année 2007 contre 277 en 2006. Le nombre de pourvois en cassation contre les décisions de la Commission des recours des réfugiés a également connu une baisse très sensible.

Type de Contentieux	Entrées						Sorties					
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Reconduite à la frontière	2 196	2 355	2 571	22	277 ⁽¹⁾	198 ⁽¹⁾	2 037	2 251	1 956	1 920	223 ⁽¹⁾	236 ⁽¹⁾
Réfugiés	776	580	656	991	555	394	792	944	604	719	901	480
Visas	387	251	296	456	441	458	1 098	466	351	279	389	529
Total	3 359	3 186	3 523	1 469	1 273	1 050	3 927	3 661	2 911	2 918	1 513	1 245

⁽¹⁾ Pourvois en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel.

Si en 2002 le contentieux des étrangers ainsi décompté représentait 37,5 % des entrées nettes, après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la section du contentieux, il ne représente plus que 12 % de ces entrées en 2007.

Le nombre de pourvois en cassation dirigés contre les décisions de la commission des recours des réfugiés qui avait progressé de 51 % en 2005 décroît depuis 2006. Quant aux requêtes relatives aux décisions de refus de visas, leur nombre se stabilise autour de 450 affaires.

IV. – 2007 a été la septième année d'application de la loi du 30 juin 2000 relative au référé administratif (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001).

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 439 requêtes. À lui seul, le contentieux relatif aux titres de séjour et aux refus de visas représente 40,5 % des entrées.

Quant au délai moyen de jugement, il est de 20 jours pour les référés autres que les référés libérés (art. L. 521-2 du code de justice administrative).

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 829 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel soit une diminution de près de 10 % par rapport à 2007. Le nombre de décisions rendues s'élevant à 880, le nombre de pourvois en stock était de 362 au 31 décembre 2007.

V. – En ce qui concerne la durée moyenne de l'instance, celle-ci calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires appelées à être réglées par ordonnance du président de la section du contentieux, est de 11 mois en 2007.

Le nombre des affaires de plus de deux ans, qui ne représente qu'une faible part du stock, a continué de baisser. Malgré ses efforts, la section du contentieux n'a cependant pas entièrement atteint les deux objectifs fixés qui étaient d'abaisser à 2 % la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais de moins de trois ans et à 1 % la part des affaires enregistrées depuis plus de trois ans. Toutefois, dans les six derniers mois, le nombre de dossiers en stock enregistrés depuis plus de trois ans a été réduit de 200 à 150.

L'amélioration des délais de jugement reste une préoccupation constante du Conseil d'État. À cet égard, les différentes réformes de procédure intervenues ces dernières années, notamment celle introduite par le décret du 28 juillet 2005, en donnant la possibilité au juge de statuer seul par voie d'ordonnance pour les

affaires ne présentant pas de réelle difficulté juridique, ont pour effet d'accélérer le traitement de ces affaires.

Par ailleurs, l'année 2007 aura été la troisième année de la première expérimentation des « téléprocédures » qui permettent la dématérialisation de la totalité de la procédure contentieuse relative au contentieux fiscal de l'assiette.

Du 1^{er} janvier au 31 décembre 2007, 431 pourvois ont été déposés par cette voie par les sept avocats au Conseil d'État participant à cette expérimentation (358 en 2006), ce qui représente 91 % des pourvois déposés dans le domaine du contentieux fiscal de l'assiette par ces avocats (76 % en 2006) et environ 29 % du total de ce contentieux présenté au cours de la même période.

Il a été décidé d'ouvrir, dans ce domaine, « les téléprocédures » à l'ensemble des avocats au Conseil d'État. Cette ouverture se généralisera au cours du 1^{er} semestre de l'année 2008.

La même expérimentation a été lancée, pour le même contentieux, au tribunal administratif de Paris et à la cour administrative d'appel de Paris. Toutefois le Conseil d'État n'a pas encore été saisi d'un pourvoi en cassation contre un jugement ou un arrêt dont la procédure a été menée par cette voie.



Statistiques

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

	2003	2004	2005	2006	2007
Affaires enregistrées	9 905 [10 213]	12 074 [12 868]	11 196 [12 572]	10 271 [11 578]	9 627 [11 745]
Décisions rendues ^(b)	11 135 [11 209]	11 001 [11 528]	11 270 ^(c) [12 124] ^(c)	11 242 [12 700]	9 973 [12 527]

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

^(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 65 en 2007 (soit 12 462 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 par le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ^(a)

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2006	2007	2006	2007	2006	2007
Affaires enregistrées	10 271 (11 578)	9 627 (11 745)	21 083 (21 602)	26 554 (26 908)	166 785 (172 557)	170 014 (175 165)
Affaires réglées ^(b)	11 198 (12 625)	9 929 (12 462)	25 890 (26 414)	25 716 (26 473)	164 342 (173 907)	175 011 (182 645)
Affaires restant en instance ^(c)	8 567 (9 789)	8 201 (9 072)	27 153 (27 959)	28 062 (28 495)	211 990 (228 265)	206 676 (220 616)

^(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	
	2006	2007	2006	2007
Agriculture	236	240	159	170
Aide sociale	131	149	125	135
Armées	23	14	27	27
Collectivités territoriales	179	144	149	169
Comptabilité publique	11	3	10	12
Contentieux fiscal	1 402	1 694	1 264	1 620
Culture	4	22	5	4
Décorations	3	2	1	1
Domaine – voirie	138	117	108	113
Droits des personnes et libertés publiques	206	539	232	395

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2006	2007	2006	2007
Économie	89	53	83	72
Éducation – recherche	101	68	95	93
Élections	90	65	78	97
Environnement	88	102	121	100
Établissements publics	21	14	15	13
Étrangers	1 825	1 617	2 616	1 830
Expropriation	75	69	82	65
Fonctionnaires et agents publics	1 882	1 493	2 084	1 717
Juridictions	173	81	334	121
Logement	59	35	59	42
Marchés et contrats	281	326	218	258
Pensions	869	481	1 003	762
Police	217	234	242	230
Postes et télécommunications	28	18	39	24
Professions	311	1 532	309	1 568
Radiodiffusion et télévision	279	53	163	160
Rapatriés	23	59	9	23
Santé publique	188	201	185	199
Sécurité sociale et mutuelles	75	63	84	74
Sports	38	44	34	52
Transports	119	96	43	149
Travail	161	280	185	265
Travaux publics	102	89	124	83
Urbanisme et aménagement	710	590	529	645
Divers	27	49	57	41

^(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

Mode de saisine du Conseil	2006		2007	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 251	22	2 219	23
Appels des jugements des tribunaux administratifs	271	3	255	3
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	3 305	32	3 592	37
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référé)	872	9	750	8
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) ^(a)	1 378	13	1 125	12
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	1 050	10	780	8
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	247	2	174	2
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du code de justice administrative)	16	ns	13	ns
Divers	881	9	719	7
Total	10 271	100	9 627	100

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

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

	2006	2007
Assemblée du contentieux	15	8
Section du contentieux	41	27
Sous-sections réunies	1 564	1 537
Sous-sections jugeant seules	3 770	3 623
Décisions du président de la section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	247	3
Ordonnances du juge des référés	386	423
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	1 506	1 203
Ordonnances des présidents de sous-section	3 669	3 105
Total	11 198	9 929

(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

	2006		2007	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	38 %	31 %	40 %	33 %
Entre 1 et 2 ans	42 %	45 %	42 %	46 %
Entre 2 et 3 ans	16 %	19 %	14 %	16 %
Plus de 3 ans	4 %	5 %	4 %	5 %

(a) Ensemble des décisions rendues (sauf séries).

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

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

Affaires enregistrées	Au 31/12/2006 sur 9 789 affaires	Au 31/12/2007 sur 9 072 affaires
Moins de 1 an	69,7 %	68,6 %
Entre 1 et 2 ans	22,8 %	23,1 %
Entre 2 et 3 ans	5,7 %	6,5 %
Entre 3 et 4 ans	1 %	1,4 %
Entre 4 et 5 ans	0,3 %	0,2 %
Au-delà de 5 ans	0,5 %	0,2 %

Tableau 8
Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2006	2007	2006	2007
Premier ressort	430	373	441	358
Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	352 ^(b)	287	360 ^(b)	272
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	52	58	53	58
Autres référés ^(a)	26	28	28	28
Appel	68	66	67	65
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	66	65	66	64
Déférés prévus par le code général des collectivités territoriales (art. L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	2	1	1	1
Total	498	439	508	423

^(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.

^(b) Dont une série de 122 affaires.

Tableau 9
Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ^(a)

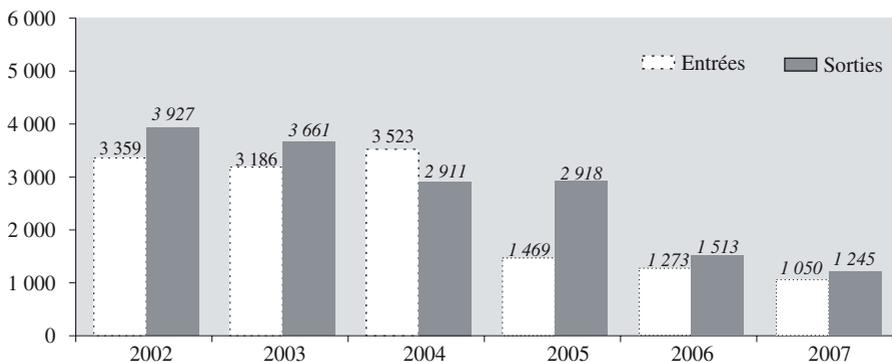
Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2006	2007	2006	2007
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	225	183	369	230
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1) ^(b)	572	452	561	507
Ordonnances de référé en matière de contrats	42	65	55	54
Décisions rendues en matière de référé fiscal	2	0	2	2
Autres ordonnances de référé ^{(b) (c)}	80	129	101	87
Total	921	829	1 088	880

^(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.

Contentieux des étrangers de 2002 à 2007 (reconduites à la frontière, réfugiés, visas)



Jurisprudence

Actes législatifs et administratifs

Par une décision du 22 juin 2007 (*M. Lesourd*), la section du contentieux a rappelé que le principe d'égalité d'accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen exclut que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe. Interprétant à la lumière de ce principe constitutionnel les dispositions de l'article 20 *bis* de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, introduites par l'article 25 de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, elle a jugé que ces dispositions, relatives à la composition des jurys dont les membres sont désignés par l'administration, ne fixaient qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, qui ne saurait faire prévaloir, lors de la composition des jurys, la considération du sexe sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications. Elle en a déduit que les dispositions de l'article 1^{er} du décret d'application du 3 mai 2002 qui prévoient, dans les jurys de concours, une proportion d'un tiers au moins de membres du même sexe, se bornaient elles-mêmes à fixer à l'administration un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, sans que le non-respect de cette proportion ait par lui-même pour effet de rendre le concours irrégulier.

Par ailleurs, quoique cette décision fasse une interprétation des dispositions législatives en cause en parfaite harmonie avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il en ressort toutefois implicitement que le Conseil d'État ne s'est pas estimé juridiquement lié par l'interprétation que celui-ci en avait donnée, de façon incidente, à l'occasion de l'examen de la conformité à la Constitution d'une autre loi.

En vertu de la jurisprudence issue de la décision d'Assemblée *Ternon* du 26 octobre 2001, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision. La section du contentieux a précisé, par une décision du 21 décembre 2007 (*Société Bretim*), qu'il suffisait, pour que ce délai soit respecté, que la décision de retrait ait été prise avant son expiration. La circonstance que cette décision ait été notifiée à son bénéficiaire après l'expiration du délai de quatre mois est en revanche, par elle-même, sans influence sur sa légalité.

Agriculture, chasse et pêche

Par deux décisions du 6 avril 2007 (*Ministre de l'agriculture et de la pêche c/ M. et M^{me} Blondeau*), la section du contentieux a rappelé que le propriétaire de parcelles incluses dans le périmètre d'une opération d'aménagement foncier peut contester les effets de cette opération sur ses biens en formant devant la juridiction administrative un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la

décision de la commission départementale d'aménagement foncier statuant sur sa réclamation et, le cas échéant, obtenir, même après la clôture de cette opération, la modification de ses attributions si celles-ci n'ont pas été déterminées conformément aux règles applicables à l'aménagement foncier. Dans ce cas, le propriétaire peut également demander l'annulation de l'acte ordonnant la réalisation de l'opération d'aménagement foncier, laquelle, si elle est prononcée par le juge, est, en principe, de nature à entraîner par voie de conséquence celle de tout acte pris sur le fondement de cet arrêté qui a été déféré au juge de l'excès de pouvoir dans le délai de recours contentieux.

La section a toutefois précisé que, eu égard à l'atteinte excessive à l'intérêt général et au respect du droit de propriété des autres intéressés qui résulterait d'une remise en cause générale des opérations d'aménagement foncier à une date postérieure à celle du transfert de propriété, le juge de l'excès de pouvoir ne peut annuler l'acte ordonnant les opérations ou suspendre son exécution que jusqu'à la date du transfert de propriété. De même, statuant après le transfert définitif de propriété sur un recours dirigé contre un acte pris dans le cadre des opérations d'aménagement foncier, il ne peut faire droit à une exception tirée de l'illégalité de l'acte ordonnant ces opérations que si celui-ci a fait l'objet d'une annulation ou d'une suspension avant le transfert de propriété.

Aide sociale

Par une décision du 22 février 2007 (*Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*), la section du contentieux a précisé, à l'occasion d'un litige portant sur la communication des états du personnel d'un centre d'aide par le travail, les conditions dans lesquelles un organisme privé peut être reconnu comme exerçant une mission de service public. Elle a jugé qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. En outre, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

En l'espèce, si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constituait bien une mission d'intérêt général, il résultait toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des handicapés, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur avait entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public.

L'article L. 132-3 du code de l'action sociale et des familles prévoit l'affectation de l'essentiel des ressources des personnes placées en établissement au titre de l'aide aux personnes âgées au paiement de leurs frais d'hébergement, dans la limite de 90 %. La somme laissée à la disposition de ces personnes



après ce prélèvement, couramment dénommée « argent de poche », ne peut être inférieure à 1 % du minimum vieillesse. Par une décision du 14 décembre 2007 (*Département de la Charente-Maritime*), l'assemblée du contentieux a jugé qu'il y avait lieu de déduire de l'assiette des ressources sur laquelle s'impute le prélèvement de 90 % les sommes nécessaires à la couverture de trois catégories de dépenses : d'une part, les dépenses légalement exigibles et exclusives de tout choix de gestion, telles que les sommes dont la personne âgée hébergée serait éventuellement redevable au titre de l'impôt sur le revenu ; d'autre part, eu égard aux exigences résultant du 11^e alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel la Nation garantit à tous la protection de la santé, la part des tarifs de sécurité sociale restant à la charge des assurés sociaux du fait des dispositions législatives et réglementaires et le forfait journalier prévu par l'article L. 174-4 du code de la sécurité sociale, ou les cotisations d'assurance maladie complémentaire nécessaires à la couverture de ces dépenses ; enfin, les frais d'entretien qui devraient trouver leur contrepartie dans le tarif « entretien » de l'établissement mais correspondent à des prestations qui ne sont pas offertes par ce dernier et restent, de ce fait, à la charge des personnes hébergées.

Assurance et prévoyance

Le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion, revenant sur une jurisprudence antérieure, de juger que la décision par laquelle la commission bancaire refuse d'ouvrir une procédure de sanction à l'encontre d'une personne soumise à son contrôle est une décision administrative susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, qui exerce sur une telle décision, eu égard au large pouvoir d'appréciation dont dispose la commission dans l'exercice de son pouvoir d'engager les poursuites, un contrôle restreint. Saisie d'une requête présentée collectivement par des assurés contre une décision de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles ayant refusé d'engager, à l'encontre de leur assureur, la procédure de sanction prévue à l'article L. 310-18 du code des assurances, la section du contentieux a étendu et précisé cette jurisprudence en jugeant, par une décision du 30 novembre 2007 (*M. Tinez et autres*), qu'il appartient à toute autorité administrative indépendante détentrice d'un pouvoir de sanction exercé de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste à assurer la sécurité d'un marché, de décider des suites à donner aux plaintes qui lui sont transmises par des tiers, son refus d'engager des poursuites étant alors susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Elle a en outre précisé que toute personne intervenant sur le marché soumis au contrôle de l'autorité en cause justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour former un tel recours.

Capitaux, monnaie, banques

Saisie d'un recours introduit par un prestataire de services d'investissement contre une sanction prononcée à son encontre par la commission bancaire, la section du contentieux a jugé, par une décision du 25 juillet 2007 (*Société Dubus SA*), qu'il incombe à la commission de sanctionner la méconnaissance de toutes les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissement, même si elles

ne figurent pas dans le code monétaire et financier, dès lors que le respect de ces dispositions est nécessaire à l'exercice effectif des missions de contrôle que le législateur lui a confiées. La section a, en conséquence, confirmé la légalité du premier motif de la sanction litigieuse, tiré de la méconnaissance de règles comptables de fond applicables aux commerçants, prévues par des dispositions du code de commerce.

La sanction attaquée se trouvait également motivée par une violation de la réglementation relative aux opérations de crédit, lesquelles incluent notamment, aux termes de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier, la mise à disposition de fonds à titre onéreux. La section a jugé, d'une part, que lorsqu'une entreprise d'investissement permet à son client qui intervient sur un marché à règlement différé de reporter d'un mois boursier sur l'autre ses positions, en inscrivant au débit de son compte espèces la moins-value constatée lors du report, le maintien durable d'un solde débiteur sur ce compte, dû à une insuffisance de couverture par le client, constitue une mise à disposition de fonds, au sens de cet article, dès lors que l'entreprise d'investissement ne fait pas toute diligence pour obtenir l'apurement du débit constaté. Relevant, d'autre part, le caractère onéreux de cette mise à disposition de fonds, au motif que, même sans percevoir d'intérêts sur les soldes débiteurs, l'entreprise d'investissement se rémunérait par des commissions de report, la section du contentieux en a conclu que l'entreprise avait bien réalisé des opérations de crédit au sens des dispositions de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier.

Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique

À l'occasion d'un litige tranché par une décision du 31 janvier 2007 (*Société France Antilles*), la section du contentieux était saisie de la question de savoir si le régime général du contrôle des concentrations prévu par les articles L. 430-1 et suivants du code de commerce est applicable en matière de presse, alors que la loi du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse a mis en place un régime spécifique de contrôle dans ce secteur. Dans l'affirmative, la section avait à déterminer de quelle manière il convenait d'apprécier l'existence d'un « contrôle conjoint » de deux sociétés sur une autre dans le cadre d'une opération de concentration.

Elle a jugé que les dispositions de la loi du 1^{er} août 1986, qui ont pour objet de garantir le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, qui est l'une des composantes de la liberté de la presse, s'appliquaient indépendamment de celles édictées ultérieurement par l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 puis reprises à l'article L. 410-1 du code de commerce, qui définissent, afin de préserver les intérêts économiques des consommateurs en prévenant les atteintes à la concurrence, un régime de contrôle des concentrations dont elles précisent qu'il concerne « toutes les activités de production, de distribution et de services ». Ainsi, une opération de concentration dans le domaine de la presse, qui obéit aux prescriptions de la loi du 1^{er} août 1986, entre aussi dans le champ d'application de l'article L. 430-4 du code de commerce. La section a précisé que, dans ce cadre, si l'opération regroupe plusieurs acheteurs, il incombe au ministre chargé de l'économie d'analyser ses effets anticoncurrentiels en incluant dans son analyse tous ceux de ces acheteurs exerçant une influence



déterminante sur l'activité de l'entreprise achetée et que, pour déterminer si une entreprise exerce une influence déterminante sur la société achetée, le ministre doit retenir, sous le contrôle du juge, une méthode reposant sur un faisceau d'indices au nombre desquels figurent notamment les caractéristiques du montage juridique et financier retenu et le pouvoir réel de désignation et de révocation des membres des organes dirigeants de l'entreprise achetée.

Invitée à se prononcer sur la nature du contrôle que le juge de l'excès de pouvoir doit exercer sur la sanction infligée à un professionnel, la section du contentieux a jugé, par une décision du 22 juin 2007 (*M. Arfi*), qu'il s'agissait d'un contrôle normal, consistant à vérifier que la sanction prononcée n'est pas disproportionnée à la gravité des faits reprochés à l'intéressé. Faisant application de cette règle aux circonstances de l'espèce, elle a relevé que la commission nationale des experts en automobile avait infligé à un expert, en application des dispositions de l'article R. 327-15 du code de la route alors en vigueur, la sanction de la radiation. Or, si les graves manquements reprochés à l'intéressé étaient de nature à justifier l'une des sanctions prévues par cet article, l'expert pouvait se prévaloir d'une longue expérience d'expert en automobile sans avoir fait l'objet de la moindre observation dans l'exercice de sa profession, les manquements commis, relatifs à la présentation de trois rapports d'expertise, concernaient des véhicules dont il n'était pas établi qu'ils aient présenté des défauts dangereux au moment de leur remise en circulation, et enfin il ne ressortait pas des pièces du dossier que l'intéressé ait bénéficié d'avantages personnels à raison des opérations d'expertise en cause. La section en a déduit que, dans ces conditions, la commission nationale, qui disposait d'un éventail de sanctions de nature et de portée différentes, notamment la suspension, a, en faisant le choix de la plus lourde, celle de la radiation, prononcé à l'encontre de l'intéressé une sanction disproportionnée.

Communautés européennes et Union européenne

Par une décision du 8 février 2007 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*), l'assemblée du contentieux a précisé dans quelle mesure il convenait pour le juge administratif de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement la transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive communautaire, compte tenu de l'obligation de transposition résultant de la Constitution.

La société Arcelor Atlantique et Lorraine et plusieurs de ses filiales françaises demandaient en effet l'annulation du refus opposé par l'administration à leur demande tendant à l'abrogation d'un décret du 19 août 2004 transposant une directive communautaire relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre mis en place dans le cadre du protocole de Kyoto. Elles soutenaient que le décret méconnaissait différents principes à valeur constitutionnelle, notamment le principe d'égalité. S'inspirant de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois de transposition des directives, le Conseil d'État indique que, en pareille hypothèse, le juge doit procéder en deux temps. Il doit d'abord rechercher si les principes constitutionnels dont la méconnaissance est invoquée ont un équivalent dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire si le droit ou la liberté en cause est effectivement et efficacement protégé par les traités et principes généraux du

droit communautaire. Dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à la règle ou au principe général du droit communautaire en cause. Il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle. En revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées.

En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que le principe constitutionnel d'égalité, invoqué par les sociétés requérantes, et dont la portée est d'interdire de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée, trouvait un équivalent dans le droit communautaire. Dès lors que la conformité de la directive au principe communautaire d'égalité posait une difficulté sérieuse, il a décidé de renvoyer cette question à la Cour de justice des Communautés européennes, à la décision de laquelle l'issue du litige est donc désormais suspendue.

Compétence

Par une décision du 21 décembre 2007 (*M^{me} Lipietz et autres*), le Conseil d'État, saisi d'un pourvoi en cassation contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 27 mars 2007 déclarant la juridiction administrative incompétente pour connaître des demandes tendant à ce que la SNCF indemnise les préjudices subis du fait des conditions dans lesquelles les victimes de la déportation ont été transportées durant l'Occupation depuis les gares proches des centres de détention administrative jusqu'aux gares desservant les camps de transit à partir desquelles elles devaient être envoyées en Allemagne, a rappelé le principe fondamental en matière de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction selon lequel le juge administratif est compétent pour connaître de conclusions tendant à mettre en jeu la responsabilité pour faute d'une personne morale de droit privé seulement si le dommage se rattache à l'exercice par cette personne de prérogatives de puissance publique qui lui ont été conférées pour l'exécution de la mission de service public dont elle a été investie.

Le Conseil d'État a relevé qu'à l'époque des faits, la SNCF était une société d'économie mixte exploitant le service public industriel et commercial des transports ferroviaires dans le cadre d'une convention qui avait fait l'objet d'une approbation par un décret-loi du 31 août 1937. Pour retenir la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, la cour administrative d'appel avait estimé que la société, placée à la disposition des autorités allemandes entre 1940 et 1944, avait assuré le transport des victimes de la déportation à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation sans disposer d'aucune autonomie. Le Conseil d'État a estimé que l'appréciation souveraine des faits qu'avait ainsi portée la cour administrative d'appel n'était entachée, au regard des pièces qui avaient été soumises à son examen, ni d'inexactitude matérielle ni de dénaturation. La cour, après avoir ainsi apprécié les faits, en avait déduit que la SNCF ne pouvait être regardée comme ayant exercé, pour l'exécution des transports en cause, des



prérogatives de puissance publique, ce qui, au regard du principe rappelé précédemment, conduisait nécessairement à écarter la compétence de la juridiction administrative. Le Conseil d'État a également confirmé ce raisonnement.

Contributions et taxes

Par une décision du 6 avril 2007 (*M. Clermont*), la section du contentieux, après avoir rappelé que l'administration a l'obligation, au moins trente jours avant la mise en recouvrement de pénalités visées par le second alinéa de l'article L. 80 D du livre des procédures fiscales, d'adresser au contribuable un document comportant la motivation des pénalités qu'elle envisage de lui appliquer et indiquant qu'il dispose d'un délai de trente jours pour présenter ses observations, a précisé que l'administration est également tenue de renouveler cette formalité si, pour quelque motif que ce soit, elle modifie, avant leur mise en recouvrement, la base légale, la qualification ou les motifs des pénalités qu'elle se propose d'appliquer au contribuable.

La section a en outre jugé que le document, comportant la motivation des pénalités au sens de l'article L. 80 E du livre des procédures fiscales, qui doit être visé par un agent ayant au moins le grade d'inspecteur principal, s'entend du document que l'administration a l'obligation de faire parvenir au contribuable en application du second alinéa de l'article L. 80 D du même livre. À cet égard, elle a précisé que ce visa n'est pas exigé sur un document ultérieur qui se borne à reprendre la motivation des pénalités figurant sur ce document. La section en a déduit que, lorsque la notification de redressements, qui comporte la motivation des pénalités de mauvaise foi mises en recouvrement, a été visée par un agent ayant au moins le grade d'inspecteur principal, la réponse aux observations du contribuable qui se borne à reprendre la motivation des pénalités figurant sur cette notification n'a pas à être visée par un agent ayant au moins ce grade.

Si, en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci. Il appartient, dès lors, au contribuable, pour l'application des dispositions du 1 de l'article 39 du code général des impôts, de justifier tant du montant des charges qu'il entend déduire du bénéfice net défini à l'article 38 du même code que de la correction de leur inscription en comptabilité, c'est-à-dire du principe même de leur déductibilité. Le contribuable apporte cette justification par la production de tous éléments suffisamment précis portant sur la nature de la charge en cause, ainsi que sur l'existence et la valeur de la contrepartie qu'il en a retirée. Dans l'hypothèse où le contribuable s'acquitte de cette obligation, il incombe ensuite au service, s'il s'y croit fondé, d'apporter la preuve de ce que la charge en cause n'est pas déductible par nature, qu'elle est dépourvue de contrepartie, qu'elle a une contrepartie dépourvue d'intérêt pour le contribuable ou que la rémunération de cette contrepartie est excessive. Par une décision du 21 mai 2007 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Sylvain Joyeux*), le Conseil d'État a précisé qu'en vertu de ces principes, lorsqu'une entreprise a déduit en charges une dépense réellement supportée, conformément à une facture régulière relative à un achat de prestations ou de biens dont la déductibilité par nature n'est pas contestée par



l'administration, celle-ci peut demander à l'entreprise qu'elle lui fournisse tous éléments d'information en sa possession susceptibles de justifier la réalité et la valeur des prestations ou biens ainsi acquis. Toutefois, la seule circonstance que l'entreprise n'aurait pas suffisamment répondu à ces demandes d'explication ne saurait suffire à fonder en droit la réintégration de la dépense litigieuse, l'administration devant alors fournir devant le juge tous éléments de nature à étayer sa contestation du caractère déductible de la dépense. Le juge de l'impôt doit ensuite apprécier la valeur des explications qui lui sont respectivement fournies par le contribuable et par l'administration.

Dans l'hypothèse où le comptable du Trésor qui a diligenté des mesures d'exécution avant que le contribuable ait demandé le sursis de paiement prévu par l'article L. 277 du livre des procédures fiscales s'abstient, nonobstant une demande du contribuable tendant à ce qu'il effectue la demande de constitution de garanties prévue par l'article R. 277-1 du même livre à hauteur des sommes appréhendées, de procéder à cette demande, il prive le contribuable de la possibilité de bénéficier effectivement du sursis de paiement en ce qui concerne ces sommes. Par une ordonnance du 13 juin 2007 (*Soppelsa*), le juge des référés du Conseil d'État a rappelé que le contribuable pouvait présenter devant le juge des référés une requête fondée sur l'article L. 521-1 du code de justice administrative, tendant à la suspension de la décision implicite de rejet née deux mois après la réception par l'administration de sa demande relative à l'application de l'article R. 277-1. Surtout, l'ordonnance précise qu'il lui est également loisible de proposer spontanément des garanties au comptable du Trésor à hauteur des sommes appréhendées avant la réclamation et de saisir le juge du référé fiscal du refus de ces garanties né, dans ce cas, du silence gardé par le comptable pendant deux mois. Enfin, si le contribuable souhaite présenter une requête en référé fondée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, en se prévalant de l'atteinte illégale portée à son droit au sursis de paiement découlant de l'article L. 277 du livre des procédures fiscales et donc à son droit de propriété, il doit justifier de l'urgence particulière des mesures sollicitées dans le cadre de cette procédure qui implique l'intervention du juge dans des délais particulièrement brefs.

Par une décision du 16 juillet 2007 (*Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*), l'assemblée du contentieux, si elle a réaffirmé, dans la lignée de sa décision *Syndicat national des transporteurs aériens* du 21 novembre 1958, qu'une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ou, le cas échéant, dans l'utilisation d'un ouvrage public et, par conséquent, correspondre à la valeur de la prestation ou du service, n'en a pas moins infléchi nettement le principe traditionnel du plafonnement par le coût du service rendu. L'Assemblée a ainsi précisé que le respect de la règle d'équivalence entre le tarif de la redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier mais aussi en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire. Elle a cependant strictement encadré cette possibilité en rappelant que le tarif doit être établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de concurrence.



En l'espèce, statuant sur les requêtes présentées par le syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et le syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique contestant les dispositions de l'article D. 6154-10-1 du code de la santé publique introduites par un décret du 7 mars 2006, définissant les modalités de calcul des tarifs des redevances dont les praticiens hospitaliers qui souhaitent exercer une activité libérale doivent s'acquitter auprès de l'établissement dans lequel ils exercent, l'Assemblée a écarté le moyen tiré de l'absence d'équivalence entre le coût de la prestation fournie et le montant de la redevance exigée en contrepartie. Au nom de la méconnaissance du principe d'égalité, l'Assemblée a néanmoins censuré l'article attaqué en tant qu'il n'avait pas retenu la même assiette de redevance selon que les actes pratiqués étaient ou non pris en charge par l'assurance-maladie.

Dérogeant sur ce point aux règles habituelles de territorialité, la convention fiscale bilatérale franco-monégasque du 18 mai 1963 a supprimé, dans le but de prévenir l'évasion fiscale vers Monaco, toute possibilité pour les ressortissants français d'échapper, du fait de leur installation dans la principauté, à l'impôt sur le revenu français. L'article 7 de la convention prévoit une exception à cette règle pour le passé, en faveur des ressortissants français justifiant, à la date du 13 octobre 1962, de cinq ans de résidence continue sur le territoire monégasque. Par une décision du 5 octobre 2007 (*Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M^{me} Mori-Bodin*), la section du contentieux a jugé que la preuve de cette résidence pouvait être apportée par tous moyens.

Droit des détenus

Par trois décisions du 14 décembre 2007, l'assemblée du contentieux a renforcé le contrôle exercé par le juge administratif sur la situation des détenus, en énonçant le principe selon lequel, pour savoir si une catégorie de décisions de l'administration pénitentiaire est ou non susceptible de recours pour excès de pouvoir, il convient d'apprécier sa nature ainsi que l'importance des effets de ces décisions sur la situation des détenus.

Faisant application de ces critères, l'Assemblée a, dans une première affaire (*Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Boussouar*), estimé qu'une décision de changement d'affectation d'un détenu d'un établissement pour peines à une maison d'arrêt constituait un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, compte tenu des différences substantielles qui existent entre ces deux régimes de détention. En revanche, l'application de ces mêmes critères a conduit l'Assemblée à estimer que des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ou encore des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature n'étaient pas, quant à elles, sauf si elles mettaient en cause des libertés et des droits fondamentaux, susceptibles d'être soumises au juge administratif.

L'assemblée du contentieux a également fait application des critères ainsi dégagés dans une deuxième affaire (*M. Planchenault*) où était contestée une décision de déclassement d'emploi. Eu égard à la nature et à l'importance des effets sur la situation du détenu d'une telle décision, dès lors que le travail exercé par les détenus dans les établissements pénitentiaires constitue pour eux non seulement

une source de revenus mais encore un mode de meilleure insertion dans la vie collective de l'établissement et une possibilité de faire valoir, le cas échéant, leurs capacités de réinsertion, l'Assemblée a estimé que celle-ci constituait un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En revanche, elle a considéré que des refus opposés à une demande d'emploi ou encore des décisions de classement ne sauraient, sauf si sont en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus, faire l'objet d'un tel recours.

Par ailleurs, face à la contestation par un détenu de la décision de l'administration pénitentiaire le soumettant à un régime de « rotations de sécurité », consistant en des changements d'affectation fréquents d'un établissement à un autre afin de prévenir toute tentative d'évasion, l'assemblée du contentieux a, par une décision du 14 décembre 2007 (*M. Payet*) jugé que la décision de soumettre un détenu à un tel régime ne constituait pas une mesure d'ordre intérieur mais une décision administrative susceptible de recours. Statuant comme juge des référés, elle a ensuite estimé que la condition d'urgence posée par l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne pouvait être regardée comme remplie en l'espèce, dès lors que, si la décision contestée portait effectivement atteinte aux conditions de détention de l'intéressé, elle répondait, eu égard à ses tentatives d'évasion répétées, à sa catégorie pénale et à sa dangerosité, à des exigences de sécurité publique.

Étrangers

Par une décision du 9 novembre 2007 (*M^{me} Cheglali*), la section du contentieux a annulé l'arrêt de reconduite à la frontière pris à l'encontre de la mère d'une enfant mineure à laquelle l'Office de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) avait reconnu la qualité d'apatride. Elle a en effet jugé qu'eu égard aux obligations de protection des apatrides imposées par la convention de New York du 28 septembre 1954, à l'objectif d'intégration qu'elle définit et au droit au séjour particulier reconnu à la personne apatride – qui trouve une traduction en droit national au 10° de l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 désormais codifié au 10° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile – l'intéressée ne pouvait légalement faire l'objet d'une mesure d'éloignement que pour des motifs de sécurité nationale ou d'ordre public. Elle en a déduit que, s'agissant comme en l'espèce d'une enfant mineure vivant auprès de sa mère, les droits et garanties que l'enfant reconnue apatride tenait de son statut, combinés avec les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposaient à ce que sa mère fasse l'objet d'une mesure d'éloignement, dès lors qu'une telle mesure aurait pour effet, soit de priver l'enfant du bénéfice des droits et garanties attachés au statut d'apatride, si elle accompagnait sa mère en exécution de la mesure d'éloignement, soit de porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale de cette dernière, si l'enfant demeurait en France, séparée de sa mère.



Fonctionnaires et agents publics

Par plusieurs arrêtés du 12 février 2007, relatifs aux concours interne et externe pour les emplois de conseiller des affaires étrangères, de secrétaire des affaires étrangères (cadre général et cadre d'Orient) et de secrétaire de chancellerie, le ministre des affaires étrangères avait introduit des nouveautés substantielles dans les épreuves de ces concours, qui exigeaient un travail long et spécifique de la part des candidats. Ces arrêtés étaient d'application immédiate, alors même qu'aucun motif d'intérêt général ne l'exigeait. Le Conseil d'État, par une décision du 25 juin 2007 (*Syndicat CFDT du Ministère des affaires étrangères*) a dès lors jugé qu'en contraignant les candidats à modifier les matières sur lesquelles devait porter leur préparation, dans des conditions susceptibles de les affecter de manière inégalitaire, ces arrêtés causaient à ces candidats des perturbations excessives par rapport à l'objectif poursuivi. Il en a déduit qu'en ne prévoyant pas le report, d'une année à tout le moins, de l'entrée en vigueur de ces arrêtés, afin de permettre aux candidats de disposer d'un délai raisonnable pour s'y adapter, le ministre des affaires étrangères avait méconnu le principe de sécurité juridique.

Juridictions administratives et judiciaires

L'article 12 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme des certaines professions judiciaires et juridiques prévoit que, dans des conditions précisées par voie réglementaire, les personnes justifiant de certains titres ou ayant exercé certaines activités pourront être dispensées de se soumettre à un examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle et à la formation théorique et pratique d'une durée d'au moins dix-huit mois sanctionnée par le certificat d'aptitude à la profession d'avocat pour exercer la profession d'avocat. L'article 98 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat énonce les catégories de personnes pouvant bénéficier de cette dérogation, en précisant pour chacune d'entre elles des conditions spécifiques. Le décret du 4 novembre 2005, attaqué devant le Conseil d'État, modifiait cet article pour y ajouter la catégorie des juristes salariés des cabinets d'avocats et fixait des conditions de dérogation moins favorables à ces personnes qu'à d'autres catégories visées par l'article 98, notamment les juristes d'entreprises et les juristes attachés à une organisation syndicale. Par sa décision du 25 juillet 2007 (*Syndicat des avocats de France*), la section du contentieux a écarté le moyen tiré de la violation du principe d'égalité, en estimant qu'en fixant de telles conditions, le pouvoir réglementaire avait tenu compte des caractéristiques propres aux expériences professionnelles des uns et des autres, sans édicter de mesure manifestement disproportionnée au regard des différences existant tant entre ces expériences qu'entre les possibilités offertes d'une part aux juristes salariés d'un cabinet d'avocat par la voie de la promotion professionnelle, d'autre part aux juristes d'entreprise ou attachés à des organisations syndicales par le biais d'un changement du cadre d'exercice de leur profession.

Logement

Par une décision du 25 juillet 2007 (*Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c/ Caballero*), la section du contentieux a jugé que les dérogations à l'interdiction de changement d'affectation des locaux à usage d'habitation prévues par l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation s'attachaient à la personne et non au local, et ce avant même que la loi du 23 décembre 1986 ne complète cet article en affirmant que ces dérogations étaient accordées à titre personnel.

Marchés et contrats administratifs

Par une décision du 6 avril 2007 (*Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer*), la section du contentieux a synthétisé et explicité la jurisprudence relative aux rôles respectifs de la réception de l'ouvrage et de l'établissement du décompte général et définitif dans l'extinction des rapports contractuels nés d'un marché public de travaux. Elle a ainsi jugé que la réception, acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve, met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage et qu'elle interdit, par conséquent, au maître de l'ouvrage d'invoquer, après qu'elle a été prononcée, et sous réserve de la garantie de parfait achèvement, des désordres apparents causés à l'ouvrage ou des désordres causés aux tiers, dont il est alors réputé avoir renoncé à demander la réparation. Il en est ainsi, s'agissant des dommages causés aux tiers, sauf clause contractuelle contraire, alors même que le maître de l'ouvrage entendrait exercer une action en garantie à l'encontre des constructeurs à raison de condamnations prononcées contre lui au profit de ces tiers, sauf dans le cas où la réception n'aurait été acquise à l'entrepreneur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives de sa part. La réception ne met toutefois fin aux obligations contractuelles des constructeurs que dans cette seule mesure et demeure ainsi, par elle-même, sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif. Seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître de l'ouvrage toute réclamation à cet égard.

Par la même décision, la section du contentieux a apporté des précisions quant à l'obligation de conseil du maître d'œuvre lors de la réception de l'ouvrage et de l'établissement du décompte général du marché. Au moment de la réception, l'obligation de conseil ne concerne que l'état de l'ouvrage achevé et ne s'étend donc pas aux désordres causés à des tiers par l'exécution du marché. En revanche, lorsqu'il a connaissance de désordres survenus en cours de chantier qui, sans affecter l'état de l'ouvrage achevé, ont causé des dommages au maître de l'ouvrage, il appartient au maître d'œuvre chargé d'établir le décompte général du marché, soit d'inclure dans ce décompte, au passif de l'entreprise responsable de ces désordres, les sommes correspondant aux conséquences de ces derniers, soit, s'il n'est pas alors en mesure de chiffrer lesdites conséquences avec certitude, d'appeler l'attention du maître de l'ouvrage sur la nécessité pour lui, en vue de sauvegarder ses droits, d'assortir la signature du décompte général de



réerves relatives à ces conséquences. À défaut, il commet une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage.

Par une décision du 6 avril 2007 (*Commune d'Aix-en-Provence*), la section du contentieux a rappelé et précisé les conditions de recours, par les collectivités publiques, aux divers modes de gestion des services publics.

Elle a, d'une part, rappelé que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers. À cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de services. La section a toutefois précisé que ces collectivités peuvent ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel.

D'autre part, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion. Elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre. Mais elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public, précise la décision du 6 avril 2007, si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de services. Un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public.

Enfin, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut en principe être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public. Son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements.

En l'espèce, la section a constaté que l'État, la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence avaient décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence un service public culturel. Compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif. Or l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être

regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service. Il n'y avait donc pas d'irrégularité, en l'espèce, à n'avoir pas passé un tel contrat après publicité et mise en concurrence.

Par une décision du 16 juillet 2007 (*Société Tropic Travaux Signalisation*), l'assemblée du contentieux a ouvert à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif la possibilité de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires.

L'ouverture de cette nouvelle voie de droit marque l'abandon de la jurisprudence ancienne consacrant, malgré certains aménagements, le principe de l'irrecevabilité du recours des tiers contre le contrat administratif. Le Conseil d'État en a défini avec précision le régime et les conséquences sur le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables préalables à la passation du contrat. Le recours, ouvert à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif (mais pas, en l'état actuel de la jurisprudence, à toute personne justifiant d'un droit lésé par cette conclusion), doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. Par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution. À partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ainsi défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.

L'assemblée du contentieux a, dans le même temps, précisé les pouvoirs et les devoirs du juge du contrat saisi de telles conclusions par un concurrent évincé. Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences et il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

Cette première évolution jurisprudentielle a conduit l'assemblée du contentieux à une seconde avancée, consistant à consacrer la possibilité de moduler dans le temps les effets d'un changement de la règle jurisprudentielle. Ainsi, s'il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, il peut toutefois en aller différemment si l'application de la règle nouvelle a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours. En l'espèce, toutefois, la fermeture aux concurrents évincés



de la passation d'un contrat administratif du recours contre les actes détachables préalables à cette passation, après la signature du contrat, ayant pour contrepartie l'ouverture aux intéressés d'un recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même, le Conseil d'État a jugé que les règles nouvelles, prises dans leur ensemble, n'apportaient pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours. Mais il peut également être dérogé à l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle nouvelle en raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours. Eu égard à cet impératif, le Conseil d'État a décidé, en l'espèce, que le recours de pleine juridiction ouvert aux concurrents évincés par sa décision ne pourrait être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la date de lecture de cette décision, sous la seule réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant cette même date.

Nature et environnement

En principe, un recours administratif préalable à un recours contentieux, qu'il soit gracieux ou hiérarchique, conserve le délai pour se pourvoir devant la juridiction administrative. Il en va toutefois différemment lorsque des procédures particulières ont été instituées qui y font obstacle. Cette exception, applicable en matière d'installations classées tant sous l'empire de la loi du 19 décembre 1917 que sous celle du 19 juillet 1976, a été confirmée, s'agissant des décisions relatives aux installations, ouvrages, travaux et activités entrant dans le champ d'application de l'article 10 de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, par une décision de la section du contentieux du 21 décembre 2007 (*Groupement d'irrigation des Prés de la Forge*). Cette décision s'appuie sur deux considérations. D'une part, avant l'intervention des décisions contestées, les procédures particulières applicables associent le demandeur ou l'exploitant aux différentes étapes ; ils peuvent ainsi faire valoir leurs observations en toute connaissance de cause. D'autre part, ces textes confient au juge des pouvoirs étendus de pleine juridiction, en vertu desquels il lui incombe, le cas échéant, de substituer son appréciation à celle de l'administration s'agissant des décisions à prendre et des prescriptions dont elles peuvent être assorties.

Police administrative

Par un avis du 31 janvier 2007 (*Verdier*), la section du contentieux a jugé que ni l'article L. 223-3 du code de la route, tel que modifié par la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, ni l'article R. 223-3 du même code n'exigent que l'auteur d'une infraction au code de la route soit informé du nombre exact de points susceptibles de lui être retirés, les services verbalisateurs pouvant se borner à porter la mention « oui » dans la case « retrait de points » des formulaires utilisés lors de la constatation des infractions. Il doit, en revanche, être informé de l'existence d'un traitement automatisé des points ainsi que de la possibilité d'exercer un droit d'accès, conformément aux articles L. 225-1 à L. 225-9 du code de la route. Dans les cas où il est fait application de la procédure de l'amende forfaitaire ou de la composition pénale, la personne contrevenante doit au surplus être informée que le paiement de l'amende ou

L'exécution de la composition pénale établit la réalité de l'infraction, dont la qualification lui est précisée, et entraîne, sur le principe, un retrait de points correspondant à l'infraction constatée.

Procédure

Par une décision du 31 mai 2007 (*Syndicat CFDT Interco 28*), le Conseil d'État a précisé l'étendue des pouvoirs du juge des référés saisi en vue du prononcé de mesures tendant à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Il a rappelé qu'il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1, L. 521-2 et L. 521-4 du code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce code et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte. Ces mesures doivent en principe présenter un caractère provisoire, mais il peut en aller différemment lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. La décision du 31 mai 2007 précise que ce caractère provisoire doit s'apprécier au regard de l'objet et des effets des mesures en cause et, en particulier, de leur caractère réversible ; il importe peu, en revanche, que ces effets soient identiques à ceux qu'aurait l'exécution de la décision prise, le cas échéant, par le juge administratif statuant au principal.

L'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date. Toutefois lorsque, postérieurement à l'introduction d'une requête dirigée contre un refus d'abroger des dispositions à caractère réglementaire, l'autorité qui a pris le règlement litigieux procède à son abrogation expresse ou implicite, le litige né de ce refus d'abroger perd son objet. Saisie du refus d'abroger certaines dispositions du règlement intérieur unifié des barreaux de France résultant de l'acte à caractère normatif du conseil national des barreaux du 24 avril 2004, alors que ce conseil, doté d'un pouvoir réglementaire spécial en application de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, avait, à l'occasion de l'adoption d'un nouveau règlement, abrogé le règlement litigieux postérieurement à l'introduction de la requête, la section du contentieux, après avoir rappelé ces principes, en a précisé la portée en indiquant que le litige ne perdait toutefois pas son objet lorsque la même autorité reprend, dans un nouveau règlement, les dispositions qu'elle abroge sans les modifier ou en ne leur apportant que des modifications de pure forme (5 octobre 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Évreux*).

S'agissant de la nature du contrôle que le Conseil d'État doit exercer en cassation sur les jugements et arrêts rendus en dernier ressort, en tant qu'ils prononcent une amende pour requête abusive envers les justiciables, la question n'avait encore jamais été tranchée de savoir si l'imposition d'une amende pour requête abusive relève devant le juge de cassation d'un contrôle de qualification juridique ou bien s'il y a lieu, pour celui-ci, de s'en remettre à l'appréciation souveraine du juge du fond en se limitant à censurer une éventuelle dénaturation. La section du contentieux a jugé que si le pouvoir conféré au juge administratif



d'assortir, le cas échéant, sa décision d'une amende pour recours abusif n'est pas soumis à l'exigence d'une motivation spéciale, la qualification juridique à laquelle il se livre pour estimer qu'une requête présente un caractère abusif peut être utilement discutée devant le juge de cassation. Le montant de l'amende relève, en revanche, de son pouvoir souverain d'appréciation (9 novembre 2007, *M^{me} Pollart*).

Un contribuable contestant les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu mises à sa charge a fait valoir que la notification de redressement dont ces cotisations procédaient ne lui avait pas été notifiée en temps utile. L'administration fiscale ayant produit devant le juge administratif une attestation du receveur des postes indiquant au contraire que la notification avait été effectuée à temps pour interrompre la prescription, le contribuable, contestant alors cette attestation, a demandé au juge administratif de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge pénal se soit prononcé sur la plainte pour faux déposée devant ce dernier. Par une décision du 30 novembre 2007 (*Pucci*), la section du contentieux a jugé que, bien que les litiges auxquels donnent lieu les relations de La Poste avec ses usagers sont en principe portés devant les juridictions judiciaires, certains litiges relèvent par leur nature de la juridiction administrative. Ainsi, il appartient au juge administratif de connaître des contestations, y compris celles présentées sous la forme d'inscriptions de faux, portant sur les documents postaux relatifs à l'acheminement du courrier dans le cadre d'une procédure administrative ou d'une procédure qui se déroule devant la juridiction administrative. Par suite, la cour administrative d'appel n'avait, en l'espèce, pas commis d'erreur de droit en jugeant que le tribunal administratif n'était pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire se soit prononcé sur la procédure d'inscription de faux engagée par le requérant.

Responsabilité de la puissance publique

Par une décision du 8 février 2007 (*M. Gardedieu*), l'assemblée du contentieux a consacré un nouveau cas d'ouverture de la responsabilité de l'État du fait des lois. Après avoir rappelé que celle-ci était susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour obtenir réparation des seuls préjudices présentant un caractère grave et spécial, elle a jugé qu'elle pouvait également être recherchée, à raison des obligations qui incombent à l'État en vue d'assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, afin de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France. Ce nouveau cas d'ouverture de la responsabilité de l'État peut être invoqué pour la première fois en cause d'appel dès lors qu'a été invoquée en première instance la responsabilité de l'État du fait des lois sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Faisant application de ces règles, l'assemblée du contentieux a jugé que l'intérêt financier qui s'attachait à la validation, par l'article 41 de la loi du 25 juillet 1994, des appels de cotisation effectués en application d'un décret du 27 février 1985, déclaré illégal par le Conseil d'État, ne pouvait suffire à caractériser un motif impérieux d'intérêt général et que le requérant était dès lors fondé à demander la condamnation de l'État à réparer les conséquences dommageables résultant de la loi ainsi adoptée en méconnaissance des stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de

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

Saisie d'une demande d'avis en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, la section du contentieux s'est prononcée, par un avis du 4 juin 2007 (*M. Lagier et consorts Guignon*), sur l'application dans le temps et l'interprétation à donner aux dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction résultant de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007. Celles-ci ont profondément modifié les règles fixant les droits respectifs des victimes de dommages corporels et des caisses de sécurité sociale qui leur versent des prestations à l'égard des tiers responsables, selon deux principes : d'une part, l'action subrogatoire des tiers payeurs s'exerce poste de préjudice par poste de préjudice, les préjudices à caractère personnel ne pouvant donner lieu à un tel recours que si le tiers payeur justifie de manière incontestable avoir effectivement et préalablement indemnisé la victime à ce titre ; d'autre part, la victime bénéficie d'un droit d'indemnisation prioritaire sur les caisses de sécurité sociale.

La section a tout d'abord estimé que ces dispositions, dont l'application n'est pas manifestement impossible en l'absence de texte réglementaire, étaient d'application immédiate. Elle a, en outre, considéré que, à la différence des règles relatives aux droits de la victime et aux obligations du tiers responsable d'un dommage, qui doivent être appréciées en fonction des dispositions en vigueur à la date de l'accident qui en constitue le fait générateur, les modalités d'imputation des créances des caisses de sécurité sociale sur la dette du tiers responsable étaient, compte tenu des caractéristiques propres au mécanisme de la subrogation légale, applicables aux instances relatives à des dommages survenus antérieurement à leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée.

En l'absence de dispositions réglementaires, la section, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi du 21 décembre 2006, a précisé les contours de la notion de poste de préjudice et défini les modalités d'imputation des prestations de sécurité sociale sur les indemnités mises à la charge du tiers responsable. Un poste de préjudice s'entend d'un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe. Pour l'application des dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, il y a lieu de distinguer, lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître le versement de prestations correspondantes par les caisses de sécurité sociale, les préjudices à caractère personnel, c'est-à-dire ceux qui ne consistent ni dans l'obligation d'exposer une dépense, ni dans la perte d'un revenu, des autres préjudices et, au sein de ces derniers, à tout le moins, les postes de préjudice suivants : dépenses de santé, frais liés au handicap, pertes de revenus, incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel et autres dépenses liées au dommage corporel. Toutefois, les postes de préjudice ne donnant lieu au versement d'aucune prestation imputable peuvent faire l'objet d'une indemnisation globale au profit de la victime.

L'imputation des prestations de sécurité sociale versées à la victime ou à ses ayants droit sur les indemnités mises à la charge du tiers responsable s'effectue poste de préjudice par poste de préjudice, seules les prestations à caractère indemnitaire versées en application du livre III du code de la sécurité sociale, en lien direct avec le dommage corporel et ayant pour objet la réparation du



préjudice correspondant, pouvant être regardées comme prenant en charge ce préjudice. Ces prestations ne peuvent, en principe, s'imputer sur les indemnités réparant des préjudices à caractère personnel, sauf dans le cas où la caisse de sécurité sociale établirait avoir effectivement et préalablement versé à la victime une prestation réparant de manière incontestable un tel préjudice.

La section a enfin détaillé le raisonnement à suivre pour respecter l'ensemble des exigences résultant de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale. Il appartient au juge, pour chacun des postes de préjudice, tout d'abord, d'évaluer le montant du préjudice total en tenant compte de l'ensemble des dommages qui s'y rattachent, de fixer ensuite la part demeurée à la charge de la victime, compte tenu des prestations dont elle a bénéficié et qui peuvent être regardées comme prenant en charge un préjudice, et, enfin, de déterminer le montant de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable au titre du poste de préjudice, ce montant correspondant à celui du poste si la responsabilité du tiers est entière et à une partie seulement en cas de partage de responsabilité. Le juge accorde à la victime, dans le cadre de chaque poste de préjudice et dans la limite de l'indemnité mise à la charge du tiers, une somme correspondant à la part des dommages qui n'a pas été réparée par des prestations de sécurité sociale, le solde de l'indemnité mise à la charge du tiers étant, le cas échéant, accordé à la caisse.

Par une décision du 21 décembre 2007 (*Centre hospitalier de Vienne*), la section du contentieux s'est rapprochée de la pratique du juge judiciaire pour réparer les dommages résultant, en matière de responsabilité des hôpitaux publics, de fautes ayant compromis les chances d'un patient d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation. Dans ce cas, il convient d'abord que l'existence d'une faute commise lors de la prise en charge ou le traitement soit établie. Cependant, le préjudice résultant directement de cette faute et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu, seule conséquence directe de l'action fautive de l'hôpital. Dès lors, la réparation qui incombe à l'établissement public n'est plus évaluée à hauteur du dommage corporel, ce qui était le cas jusqu'à présent, mais à une fraction de ce dommage déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue, appréciée en fonction des données de l'espèce.

Santé publique

Saisi du refus du directeur d'un centre hospitalier de reconnaître l'imputabilité de la sclérose en plaques dont était atteinte la requérante à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B dont elle avait fait l'objet en qualité d'infirmière dans cet établissement hospitalier, le Conseil d'État a estimé, par une décision du 9 mars 2007 (*M^{me} S.*), que le lien direct entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques devait être regardé comme établi lorsque la maladie apparaît dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin alors que le patient était en bonne santé et ne présentait aucun antécédent à cette pathologie antérieurement à sa vaccination. Tel étant le cas en l'espèce, le refus litigieux a été annulé.

Transports

Saisie de la sanction administrative infligée par l'autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA) à la société Corsair pour manquement à la réglementation visant à limiter les nuisances sonores, la section du contentieux a, par une décision du 31 janvier 2007 (*Compagnie Corse Air international*), précisé les règles procédurales applicables à l'exercice du pouvoir de sanction de cette autorité administrative indépendante créée par la loi du 12 juillet 1999. La section a en effet considéré qu'il résultait des dispositions de l'article L. 227-4 du code de l'aviation civile, aux termes desquelles l'ACNUSA, autorité collégiale, ne peut prononcer de sanction que sur proposition d'un autre organisme collégial, la commission nationale de prévention des nuisances (CNPN), que la personne à laquelle il est envisagé d'infliger une amende doit avoir connaissance de l'ensemble des éléments de son dossier, durant toute la procédure qui se déroule successivement devant les deux organismes collégiaux. Elle a également jugé que ces dispositions impliquent, afin de garantir le respect des droits de la défense, que la personne intéressée ait connaissance de la proposition de sanction de la commission pour être en mesure de présenter, le cas échéant, des observations devant l'autorité. Elle en a déduit, au cas d'espèce, que la décision avait méconnu les dispositions de l'article L. 227-4 du code de l'aviation civile, dès lors que la société requérante, qui avait été entendue par la commission, n'avait pas eu communication de la proposition de sanction formulée par celle-ci et n'avait pas été mise en mesure de présenter ses observations lors de la réunion au cours de laquelle l'ACNUSA avait statué sur la sanction contestée.



Bureau d'aide juridictionnelle

Bilan d'activité

En 2007, le bureau a enregistré 3 178 affaires contre 3 478 en 2006, soit une diminution de 9 %, confirmant la tendance de l'année précédente. Elle a concerné pour l'essentiel les demandes relatives aux décisions de la Commission des recours des réfugiés (592 contre 757 en 2006) et les procédures de référés (433 contre 522 en 2006).

Les demandes relatives à des jugements rendus par les tribunaux administratifs statuant en dernier ressort ont légèrement décreu (417 contre 492 en 2006). En revanche, les demandes contre les arrêts rendus par les cours administratives d'appel ont connu une augmentation très nette (1 238 contre 882 en 2006).

Le nombre d'affaires réglées (3 372) est sensiblement inférieur à celui de 2006 (3 771). Des moyens supplémentaires devant être alloués au bureau d'aide juridictionnelle dès 2008, sa capacité d'examen devrait retrouver son rythme habituel.

Le bureau a tenu 21 séances au cours desquelles 892 affaires ont été examinées, soit un nombre sensiblement inférieur à celui de 2006 (990).

Par ailleurs, 2 335 dossiers ont été traités par ordonnances, contre 2 784 en 2006.

Le taux d'admission a connu une diminution très sensible (180 contre 358 en 2006), imputable aux demandes concernant les pourvois alors que les intéressés invoquent des moyens relevant du pouvoir des juges du fond.

Enfin, au 31 décembre 2007, le nombre de dossiers en stock s'élevait à 621 dossiers.

Statistiques

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

	2004	2005	2006	2007
Affaires traitées	3 965	3 705	3 771	3 372
Aides accordées	464	431	358	301
Rejets	3 501	3 167	3 407	2 970

Tableau 2
Répartition des dossiers par nature de contentieux

	Affaires enregistrées	Affaires régées	Admissions	Rejets	Renvois
Asile politique	594	757	17	740	-
Reconduite à la frontière	342	198	16	182	-
Pensions militaires	92	137	112	25	-
CAA	1 238	750	46	704	-
TA (cassation)	417	903	17	886	1
Tribunal des conflits	0	3	3	-	-
Référés	377	435	33	402	-
Divers	118	189	57	132	1
Total	3 178	3 372	301	3 071	2

Tableau 3
Évolution du stock au 31 décembre

Le stock au 31 décembre 2007 s'établit à 621 dossiers dont 113 dossiers de demandeurs d'asile politique.

Année	Nombre d'affaires en stock au 31/12	Année	Nombre d'affaires en stock au 31/12
1995	1 751	2001	676
1996	714	2002	615
1997	362	2003	698
1998	559	2004	562
1999	666	2005	1 108
2000	1 083	2006	815

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 et commission permanente

Bilan d'activité

L'assemblée générale

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 requiert. L'analyse de l'ensemble de ces projets, à l'exclusion de ceux dont il est rendu compte ci-dessous, est présentée dans le compte rendu d'activité des sections administratives.

En 2007, l'assemblée générale a tenu 46 séances, dont 12 plénières, contre 47 séances tenues en 2006, dont 19 séances plénières, et 44 séances tenues en 2005, dont 12 séances plénières.

Elle a examiné 36 projets de loi, dont deux projets de loi constitutionnelle et un projet de loi organique, 3 projets d'ordonnance et un projet de décret, soit au total 40 textes, nombre très inférieur à celui constaté au titre des années précédentes (75 textes en 2006 et 123 textes en 2005). Outre les conséquences de l'application du décret du 21 décembre 2004 permettant de dispenser certains types de textes ne soulevant pas de difficulté juridique d'un passage en assemblée générale, cette importante diminution s'explique également par le fait que le Conseil d'État n'a été saisi que de 3 projets d'ordonnance, contre 21 en 2006, et que le contexte électoral de l'année 2007 (élections présidentielles puis législatives) a considérablement réduit, pendant plusieurs mois, le nombre de transmission de projets de loi au Conseil d'État.

L'assemblée générale a également délibéré sur le contenu du précédent rapport annuel du Conseil d'État ainsi que sur trois projets d'étude, qui lui ont été présentés par la section du rapport et des études. L'assemblée générale s'est, enfin, prononcée sur cinq demandes d'avis présentées par le Gouvernement.

La commission permanente

En cas d'extrême 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 neuf reprises en 2007. Ses délibérations ont porté sur des textes très importants, comme les projets de loi relatifs à la gouvernance et aux nouvelles compétences des universités et ceux renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ou instituant le droit au logement opposable. Cette fréquence des réunions de la commission permanente n'est que l'une des manifestations d'une certaine dégradation des conditions de saisine du Conseil d'État qui a été relevée par chacune de ses sections administratives dont le bilan d'activité figure ci-après.

Éléments d'analyse

L'assemblée générale et la commission permanente ont examiné **deux projets de loi constitutionnelle** relatifs, d'une part, à l'interdiction de la peine de mort et, d'autre part, à la modification du titre XV de la Constitution, ce dernier aux fins de permettre la ratification du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, ainsi qu'un projet de loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française.

L'examen de ses travaux fait apparaître que, même si elle a moins siégé en 2007 qu'en 2006, l'assemblée générale a eu à connaître, outre des projets de lois de finances, de projets de textes très importants intervenus dans les quatre domaines suivants : social ; justice ; consommation ; environnement.

Parmi les textes relevant du domaine social peuvent être mentionnés celui instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, celui en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, celui sur le dialogue social et la continuité du service public de transport, celui sur la réforme du service public de l'emploi. Dans le deuxième domaine peuvent être mentionnés le projet relatif à la rétention de sûreté et la culpabilité civile, celui renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, celui portant lutte contre les discriminations, celui portant création d'un contrôleur général indépendant des lieux de privation de liberté, et celui relatif à la lutte contre la corruption. Sont à ranger dans la troisième catégorie le projet pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et celui relatif à la lutte contre la contrefaçon et portant adaptation au droit communautaire. En quatrième lieu, peuvent être cités le projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés et celui relatif au parc naturel régional de Camargue.

L'assemblée générale a également eu à connaître de deux projets d'ordonnance relatifs à la partie législative du code de la défense et du code du travail.

Elle a délibéré sur les réponses à apporter à plusieurs demandes d'avis importantes, parmi lesquelles la compétence de la Cour des comptes pour contrôler les ordres professionnels des avocats, à raison de certaines cotisations professionnelles perçues, la portée des exigences attachées à la protection du secret de la défense nationale dans le cadre d'une enquête judiciaire, le suivi et le contrôle des installations classées pour la protection de l'environnement dans les pays et territoires d'outre-mer.

Elle a examiné, enfin, trois projets d'étude élaborés par la section du rapport et des études, l'une relative à une meilleure insertion des normes communautaires en droit national, l'autre à l'implantation des organisations internationales sur le territoire français, la troisième au droit de préemption.

Comme les années précédentes, l'ensemble des textes examinés par l'assemblée générale et la commission permanente donnent lieu à plusieurs observations d'ordre général.

Si le Conseil d'État a pu relever avec satisfaction que son étude de 2006 relative à une politique juridique des activités spatiales avait été très rapidement suivie d'effet par le projet de loi relatif aux opérations spatiales examiné dès 2007 et par la meilleure prise en compte, d'une façon générale, de son étude relative à la transposition des normes communautaires, force est de relever qu'il est difficile de dresser le même constat pour ce qui est des suites réservées aux préconisations qu'il avait formulées dans les considérations générales de son rapport public 2006 relatives à la sécurité juridique et à la complexité du droit. Pourtant, les propositions alors émises avaient fait l'objet d'une vaste concertation avec l'ensemble des administrations concernées. C'est ainsi que, pour s'en tenir aux principales observations relevées par les sections, le Conseil d'État est saisi d'un nombre de projets de texte trop important dans des conditions d'urgence telles que leur examen ne peut s'effectuer de façon satisfaisante en garantissant toute la sécurité juridique souhaitable.

Eu égard au défaut d'étude approfondie de certains textes particulièrement complexes, il est de plus en plus difficile pour le Conseil d'État de procéder dans de bonnes conditions à l'ensemble des contrôles de constitutionnalité, de conventionnalité et de cohérence rédactionnelle qui font traditionnellement partie de sa mission d'expertise et de contrôle.

Même si le Conseil d'État a constaté un meilleur recours, par les services qui préparent les projets de textes, au « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires » ou « Guide légistique », élaboré en 2005 et mis à jour en 2007 par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement, son utilisation reste cependant insuffisante.

Les efforts déployés par le Conseil d'État ces dernières années pour mieux faire partager son expertise et diffuser sa doctrine en matière d'élaboration des textes n'ont pas eu, à cet égard, les résultats escomptés. Le « Guide légistique », pourtant largement diffusé et disponible sur le site internet Légifrance, demeure peu connu en dehors des directions juridiques des ministères. Les rédacteurs n'ont pas toujours le réflexe de s'y référer alors que les réponses à leurs interrogations y figurent souvent.

Pour remédier à cette situation, un programme de formation légistique méthodique pourrait utilement être mis en œuvre à l'intention de l'ensemble des rédacteurs et juristes des ministères. Il pourrait être assuré par des membres du Conseil d'État en coordination avec le Secrétariat général du Gouvernement et l'École nationale d'administration. Il paraît par ailleurs souhaitable que chaque ministère mette en place un dispositif de contrôle centralisé de la qualité des textes, associant les bureaux du cabinet, le secrétariat général et la direction des affaires juridiques.

Il a enfin été relevé une méconnaissance encore trop fréquente de la hiérarchie des normes, notamment des champs d'application respectifs des articles 34 et 37 de la Constitution, l'apparition de concepts de portée incertaine, comme celui de droit opposable et un défaut d'attention suffisante aux dispositions transitoires qui sont souvent nécessaires dans une perspective de sécurité juridique.

Plusieurs affaires examinées par le Conseil d'État ont donné lieu à la formulation d'observations particulières qui viennent conforter les observations générales ci-dessus exposées.

1 – Le respect scrupuleux des consultations préalables se heurte à des difficultés qui ne font que s'accroître à proportion de l'augmentation du nombre de régimes consultatifs obligatoires, notamment en matière sociale. Lors de l'examen du projet de loi relatif au service public de l'emploi, qui crée un nouvel établissement public par fusion de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et d'une partie des institutions gestionnaires de l'assurance chômage, le Conseil d'État a estimé nécessaire que les comités d'entreprise des ASSEDIC et de l'UNEDIC soient consultés sur le projet de loi, et que cette consultation soit engagée avant qu'il n'examine lui-même ce projet. En effet, l'article L. 432-1 du code du travail dispose : « *Dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment (...) Le comité est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion* ». Certes, la cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt en date du 28 octobre 1986 relatif à la privatisation de TF1, que le rôle du comité d'entreprise ne peut se concevoir qu'autant que c'est le chef d'entreprise qui est amené à prendre des décisions. Mais la Cour de cassation estime que cette consultation s'impose, même si la décision n'appartient pas en droit aux organes dirigeants de l'entreprise, mais, par exemple, aux actionnaires (Cass. crim., 2 mars 1978, *Comité d'entreprise des établissements Haulotte*, Bull. n° 140). Le Conseil d'État statuant au contentieux a, par ailleurs, jugé que cette consultation devait intervenir avant un acte autorisant la sortie d'une entreprise du secteur public (26 juillet 1996, *Intersyndicale de la SA CIVEL*, aux tables) ou avant l'arrêté fixant les modalités du transfert au secteur privé de la participation majoritaire de l'État dans une entreprise (13 juillet 1997, *Union maritime de la CFDT*, au recueil). Enfin, la Cour de cassation exige que, dans une procédure complexe, le comité d'entreprise soit consulté à chaque étape de cette procédure (Cass. soc., 7 février 1996, n° 93-18756). Le Conseil d'État a estimé que cette jurisprudence devait s'appliquer dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, la décision de fusion appartient au législateur.

2 – Les difficultés classiques liées à l'insertion du droit communautaire en droit national se sont à nouveau rencontrées, notamment, lors de l'examen du projet loi relatif à la lutte contre les discriminations qui a pour objet de compléter la transposition de la directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique, de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et de la directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne



l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

L'assemblée générale a, à cette occasion, estimé que le projet de loi ne conduisait pas à un « abaissement du niveau de protection », au sens des directives, du fait notamment de l'introduction de définitions précises de la discrimination indirecte, de l'établissement d'un lien entre harcèlement et discrimination, ou encore de la prohibition de l'incitation à discriminer, de l'extension de l'aménagement de la charge de la preuve, de l'intervention des associations dans les procédures, des garanties données en cas d'adhésion à un syndicat et de la préservation des législations existantes. Le Conseil d'État a également estimé que le projet de loi ne méconnaissait pas les exigences de la transposition des directives, notamment en réécrivant la définition de la discrimination. Il a enfin estimé que ce projet n'était pas contraire à « l'identité constitutionnelle de la France » et ne comportait pas de disposition soulevant de difficulté particulière à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes).

3 – Les problèmes liés à la superposition des engagements internationaux, conventionnels et communautaires de la France, ainsi qu'à leur articulation, ont été particulièrement mis en lumière lors de l'examen du même projet de loi relatif à l'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Le Conseil d'État a considéré que ce projet ne méconnaissait pas les engagements internationaux de la France, notamment ceux qui résultent de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il a examiné cette question au regard de nombreux engagements internationaux de la France, intervenus dans le domaine des discriminations, qui prêtent à des difficultés d'interprétation : Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) et relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) et celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), conventions OIT. Il a relevé que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005 « *Bosphorus contre Irlande* » (n° 45036/98) implique une forte vigilance juridique.

Le Conseil d'État a également eu à connaître du projet de loi de règlement pour 2006, texte auquel s'appliquait, pour la première fois, l'ensemble des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), ainsi que du projet de loi de finances rectificative pour 2007.

1 – Le Conseil d'État (commission permanente) a examiné trois points essentiels du projet de loi de règlement pour 2006.

Il a relevé en premier lieu que les rapports annuels de performance mentionnés au 4° de l'article 54 de la loi organique relative aux lois de finances et les annexes explicatives présentant les résultats de la comptabilité d'analyse des coûts n'ont pas été examinés par la Cour des comptes et ne sont pas disponibles à la date à laquelle il est lui-même appelé à se prononcer. La jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit à regarder cette lacune et ce retard comme n'interdisant pas le dépôt du projet de loi devant le Parlement. Le Conseil d'État

a, par suite, admis qu'il était valablement saisi du projet de loi pour amputé qu'il soit. Il n'en irait pas de même si, au nombre des annexes manquantes, figuraient des annexes aussi essentielles au regard du principe de sincérité budgétaire que le compte général de l'État, le rapport de certification ou le rapport sur l'exécution du budget. En deuxième lieu, le Conseil d'État a relevé que la Cour des comptes avait circonscrit la démarche de certification aux seuls états financiers issus de la comptabilité patrimoniale et n'avait pas certifié le résultat budgétaire et le tableau de financement de l'État. Il a estimé qu'eu égard aux dispositions combinées des articles 27 et 37 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) ainsi qu'aux travaux préparatoires de cette même loi organique, le périmètre de certification ne couvre que les seuls états issus de la comptabilité patrimoniale. Il a estimé également que les critiques formulées par la Cour des comptes portant sur les données de la comptabilité budgétaire qui servent à alimenter la comptabilité patrimoniale n'étaient pas de nature à mettre en cause la validité de sa certification ou la sincérité de la loi de règlement. Le Conseil d'État a appelé cependant l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mettre au point les modalités permettant d'assurer pleinement l'articulation entre les résultats de la comptabilité budgétaire, les résultats de la comptabilité générale et le tableau de financement. La Cour des comptes ayant assorti la certification de treize réserves qu'elle a qualifiées de «substantielles», le Conseil d'État s'est également assuré de la portée de ces réserves au regard des exigences constitutionnelles de régularité, de sincérité et d'image fidèle. En l'espèce, il a relevé que ces réserves, bien qu'importantes, étaient précisément circonscrites, ayant donné lieu à des engagements de fond ou de méthode de la part du Gouvernement, de nature à réduire ou supprimer les limitations, incertitudes ou désaccords et donneraient lieu à une information complète du Parlement qui sera mis à même d'en apprécier la nature et la portée.

Ces trois considérations, jointes à la circonstance que la loi de règlement définitif du budget pour l'exercice 2006 est le premier cas d'application de la procédure de certification, ont conduit le Conseil d'État à estimer que les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus ne sont pas méconnues.

2 – Le Conseil d'État a été saisi, au titre du projet de loi de finances rectificative pour 2007, de l'article L. 16-0 BA du livre des procédures fiscales destiné à lutter contre la fraude fiscale réalisée au cours d'un exercice par un contribuable se livrant à une activité professionnelle et permettant à l'administration fiscale, alors qu'aucune obligation déclarative n'est encore née et que le fait générateur de l'imposition afférente à cet exercice n'est pas davantage constitué, de déclencher une procédure de flagrance l'autorisant, lorsque les conditions d'application en sont remplies, de constater par procès-verbal les faits frauduleux et de procéder, sans autorisation préalable du juge, à des saisies conservatoires afin de garantir le recouvrement de la créance fiscale. À cette occasion, il a veillé à assurer un juste équilibre entre la nécessité, d'une part, de la lutte contre la fraude fiscale, laquelle constitue un objectif de valeur constitutionnelle rappelé par la décision du Conseil constitutionnel n° 99-424 DC du 29 décembre 1999 relative à la loi de finances pour 2000 et, d'autre part, d'assortir cette procédure exorbitante du droit commun de garanties pour les contribuables satisfaisant aux principes constitutionnels. Le Conseil d'État a ainsi, dans le respect de cette double exigence, procédé aux corrections et formulé les recommandations qui s'imposaient tant pour le déclenchement de la procédure de flagrance, en veillant à ce que soient identifiés avec précision les cas autorisant



l'administration à y recourir, que pour sa mise en œuvre et ses conséquences au niveau des saisies conservatoires ainsi que pour les voies de recours devant le juge administratif offertes au contribuable qui aura la faculté de saisir le juge du référé d'un recours contre le procès-verbal de flagrance ou contre les mesures conservatoires et qui, en cas de décision du juge défavorable à l'administration, obtiendra la mainlevée immédiate des saisies conservatoires.

Enfin, le Conseil d'État a relevé une complexification excessive du droit de l'outre-mer, qu'il s'agisse des régimes consultatifs liés à son application ou de son contenu même, à l'occasion de l'examen de plusieurs projets de textes.

1 – Saisi de projets de loi autorisant la ratification de deux conventions internationales¹, le Conseil d'État leur a donné un avis favorable, en y apportant les précisions suivantes. S'agissant de la consultation sur ces deux projets de loi des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des collectivités d'outre-mer qui ont le statut de Pays et territoires d'outre-mer (PTOM) au sens de l'annexe II au traité instituant la Communauté européenne, il a estimé que pour en apprécier la nécessité à ce stade, il fallait se référer, non pas à celles des dispositions statutaires de ces différentes collectivités visant les « propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne », mais seulement à celles visant les « projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation » de certains traités et accords.

Par application de ce critère, eu égard aux termes de l'article 89 de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie selon lesquels « *le congrès est consulté par le haut-commissaire sur les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités ou accords qui ressortissent à la compétence de l'État et ont vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie* », la consultation du Congrès à laquelle le Gouvernement a procédé était nécessaire. En revanche, ni les dispositions de l'article 9, ni celles de l'article 135 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, ni les dispositions de l'article LO 6413-3, ni celles de l'article LO 6461-13 du code général des collectivités territoriales (CGCT) concernant Saint-Pierre-et-Miquelon, ni les dispositions de l'article LO 6113-3, ni celles de l'article LO 6161-11 du CGCT concernant Mayotte ne rendaient nécessaire la consultation, à laquelle il a été cependant procédé, des assemblées délibérantes de ces collectivités.

Enfin, le Conseil d'État a estimé qu'au regard des dispositions respectivement des articles LO 6213-3 et LO 6313-1 du CGCT, aucune consultation n'était nécessaire concernant Saint-Barthélemy et Saint-Martin qui, bien qu'érigés en collectivités d'outre-mer par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007,

1 - Accord modifiant l'accord de partenariat, signé à Cotonou le 23 juin 2000, entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté et ses États membres, d'une part, et l'approbation de l'accord interne entre les représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, relatif au financement des aides de la Communauté au titre du cadre financier pluriannuel pour la période 2008-2013 conformément à l'accord de partenariat ACP-CE et à l'affectation des aides financières destinés aux pays et territoires d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du traité CE d'autre part.

ne figurent pas à ce jour au nombre des PTOM mentionnés à l'annexe II au traité CE.

2 – S'agissant du contenu même du droit relatif à l'outre-mer, il a pu être procédé au même constat, notamment lors de l'examen du projet de loi organique et du projet de loi ordinaire tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française. À cette occasion, le Conseil d'État a veillé au partage entre la loi organique et la loi ordinaire en ce qui concerne le régime électoral des assemblées des collectivités d'outre-mer relevant de l'article 74 de la Constitution. Il a précisé que relèvent de la loi organique les règles définissant le mode de scrutin, les limites des circonscriptions, le nombre de membres, la durée du mandat ainsi que le régime des inéligibilités et incompatibilités, et que relèvent de la loi ordinaire les règles relatives à la campagne, aux listes électorales et aux opérations de vote, qui empruntent d'ailleurs très largement au droit commun électoral.

À l'occasion de l'examen de ces textes, il a en outre été estimé que le transfert au Conseil d'État de la connaissance des affaires soulevant des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la Polynésie française, jusque-là soumises au tribunal administratif de la Polynésie française en ce qui concerne l'exercice des missions tant consultatives que contentieuses, était contraire à une bonne administration de la justice et au bon fonctionnement des pouvoirs locaux. Le Conseil d'État n'a donc pu donner son accord aux dispositions opérant ce transfert, lesquelles auraient dérogé au droit commun sans justification suffisante au regard de l'objectif de renforcement de la stabilité des institutions. Le Conseil d'État n'a pu davantage approuver la disposition de la loi organique conférant aux membres de l'assemblée de la Polynésie française le pouvoir, identique à celui dont dispose le Haut-commissaire de la République, de demander la suspension d'un acte des autorités locales sans avoir à justifier de l'urgence. Il a estimé qu'elle était de nature à créer une confusion entre le contrôle de légalité inhérent à la fonction du représentant de l'État et la possibilité déjà ouverte aux représentants de l'assemblée de la Polynésie française, comme à toute personne intéressée, d'assortir une requête contre une décision administrative d'une demande de suspension de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

S'agissant enfin du régime des incompatibilités, le Conseil d'État a préconisé d'éviter qu'une règle d'incompatibilité vise une situation non susceptible d'être régularisée et constitutive d'un délit, telle que le trafic d'influence ou le favoritisme, et ce alors même que le cumul de la sanction pénale et de la démission d'office n'est pas inconstitutionnel dans son principe.



Statistiques

Nombre de séances tenues en 2007

Assemblée générale ordinaire	25
Assemblée générale plénière	12
Commission permanente	9
Total	46

Répartition des affaires examinées par l'assemblée générale

Projets de loi	36 (*)
<i>dont lois constitutionnelles</i>	2
<i>dont loi organique</i>	1
Projets d'ordonnance	3
Projet de décret réglementaire	1
Demandes d'avis	5
Projets de rapport et d'étude	6
Total	51 (*)

(*) Total auquel il faut ajouter les douze projets de loi examinés par la commission permanente.

Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2007, la section de l'intérieur a examiné 14 projets de loi, dont 2 projets de loi constitutionnelle, 1 projet de loi organique et 1 projet de loi du pays soumis à son avis sur le fondement de l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ainsi que 6 projets d'ordonnance. Elle a également examiné 176 projets de décret réglementaire et 194 projets de décret et d'arrêté individuels. Elle a enfin répondu à 9 demandes d'avis.

Le volume total de cette activité est stable par rapport à celui de l'année 2006 et se situe dans la moyenne des cinq dernières années. Tel n'est pas le cas cependant pour deux catégories de textes. Le nombre de projets de loi transmis à la section est inférieur à celui des quatre années précédentes mais ce reflux est dû à l'absence de projet de ratification d'ordonnance, et le nombre de projets de loi examinés reste en définitive dans la moyenne des années antérieures, abstraction faite des lois de ratification. À l'inverse, le nombre des projets de décret et d'arrêté individuels examinés en 2007 a cru de plus de 15 % par rapport à l'année précédente, dépassé le plafond atteint en 2004 et représenté la moitié des affaires examinées par la section. Cette croissance est entièrement due à l'augmentation des affaires traitées en matière de demandes de création ou de modification des statuts de fondations, de demandes de reconnaissance d'utilité publique ou de modification des statuts d'associations, d'autorisations de libéralités et d'affaires relatives aux congrégations, qui s'est établie à près de 20 %. Par ailleurs la section a examiné 9 projets de décrets de refus et de retrait de la nationalité française, dont la compétence lui a été attribuée en cours d'année.

La contribution de la section de l'intérieur au processus de codification a comporté en 2007 l'examen des parties réglementaires du code de commerce et du code des sports, celui du livre IV de la partie réglementaire du code de l'éducation ainsi que celui de l'ordonnance étendant et adaptant le code général des collectivités territoriales aux communes de la Polynésie française.

Les autres textes soumis à la section continuent de couvrir des domaines très divers : procédure applicable aux irresponsables pénaux en raison d'un trouble mental, contrôle des lieux de privation de liberté, adaptation au droit communautaire en matière de contrefaçon et de droit économique, transposition de conventions internationales sur la lutte contre la corruption, gouvernance des universités, organisation de la profession d'architecte, contrôle des comptes des conseils de l'ordre des avocats par la Cour des comptes, dopage des sportifs, régime des cultes en Alsace et en Moselle. Toutefois certaines questions reviennent de manière récurrente devant la section : ainsi de l'immigration et l'intégration qui ont fait l'objet d'un projet de loi en 2007 comme en 2006 et en 2003, ou encore de la sécurité et de la prévention de la délinquance, objets d'un projet

de loi en 2006 et de trois en 2007, dont deux traitant de la récidive. L'activité normative est plus intense encore en ce qui concerne le régime des collectivités d'outre-mer, auquel ont été consacrés cette année un projet de loi organique, un projet de loi ordinaire, six projets d'ordonnance, six demandes d'avis, douze projets de décrets ainsi qu'un projet de loi du pays.

Il faut enfin souligner les situations paradoxales auxquelles peut conduire la fréquence des révisions constitutionnelles soumises à la section, au nombre de deux en 2007 comme en 2006. S'agissant de celle nécessitée par la ratification et la mise en œuvre du traité de Lisbonne, le bref intervalle qui la sépare de la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution dans la perspective de la ratification et de la mise en œuvre du traité établissant une Constitution pour l'Europe a nécessité une modification de l'article 4 de cette dernière loi constitutionnelle qui précisait les modalités d'application transitoire de l'article 88-5 de la Constitution, relatif à la ratification par référendum des nouvelles adhésions à l'Union européenne et aux Communautés européennes.

Principes constitutionnels, libertés publiques, régime des personnes

Droit pénal

- À propos du projet de loi relatif à la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, le Conseil d'État a tout d'abord observé qu'en vertu des dispositions de l'article 122-8 du code pénal, l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante constitue, en matière pénale, la loi spéciale applicable aux mineurs, dérogeant au code pénal, loi générale, sur tous les points qu'elle traite. Si les dispositions générales du projet sont applicables aux mineurs, elles ne peuvent l'être que sous réserve des dispositions spéciales de l'ordonnance du 2 février 1945. En particulier, en application des dispositions des articles 2 et 20 de cette ordonnance, la juridiction compétente à l'égard d'un mineur prononce, en principe, une mesure de protection, d'assistance, de surveillance ou d'éducation et ne peut appliquer une condamnation pénale que si elle l'estime nécessaire. C'est à cette condition que l'application des peines minimales prévues aux articles 132-18-1 et 132-19-1 introduites par le projet dans le code pénal sera conforme au principe à valeur constitutionnelle de nécessité des peines ainsi qu'au principe fondamental reconnu par les lois de la République, dégagé par le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2002-461 DC du 29 août 2002 et n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, en vertu duquel il est nécessaire de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité.

En second lieu, le Conseil d'État a souligné que, pour répondre aux exigences d'un procès équitable et aux principes et règles constitutionnels d'indépendance des juridictions et de protection de la liberté individuelle par le juge judiciaire, les dispositions selon lesquelles l'injonction de soins s'impose à la personne



condamnée du seul fait qu'une expertise médicale établit qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement doivent être entendues comme laissant au juge, tant en ce qui concerne les condamnations prononcées que les aménagements de peines décidés, toute liberté d'appréciation sur les conséquences à tirer des conclusions de l'expertise ordonnée. Ces mêmes principes ne lui ont pas paru compatibles avec l'obligation pour le tribunal de l'application des peines ou le juge de l'application des peines de refuser tout octroi de réduction de peines supplémentaires ou toute attribution de libération conditionnelle, dès lors que le condamné refuse le traitement médical qui lui a été proposé. Il a paru contraire à l'indépendance des juridictions que tant le comportement du condamné que les conclusions de l'expert commis par le juge obligent ce dernier à prendre une décision dans un sens déterminé et le privent de tout pouvoir d'appréciation sur l'ensemble des éléments qui lui sont soumis.

- En ce qui concerne le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la culpabilité civile, le Conseil d'État a en premier lieu relevé que la rétention de sûreté qui est une mesure de maintien en détention en fin de peine, en vue d'une prise en charge médicale et sociale dans un centre spécialisé, prononcée par l'autorité judiciaire à l'encontre de personnes dont il est constaté qu'elles présentent encore une particulière dangerosité après avoir été condamnées à une peine privative de liberté de quinze ans au moins pour crime ou délit commis sur un mineur de quinze ans (meurtre ou assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle et atteinte sexuelle) entre dans le champ du *a*) du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel : «Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent...». Conformément à l'interprétation donnée de ces dispositions par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a estimé nécessaire de prévoir que le principe d'un réexamen de la situation du condamné à la fin de sa peine en vue d'une éventuelle décision de rétention de sûreté doit être décidé par la juridiction de jugement.

En deuxième lieu, la possibilité de soumettre des personnes condamnées pour délits d'agression sexuelle ou d'atteinte sexuelle à une privation de liberté indéfiniment prolongée dans les mêmes conditions que celles qui auraient été condamnées pour crime n'est pas apparu au Conseil d'État satisfaisant au principe résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789 selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire.

En troisième lieu, il a souligné que la coordination entre les nouvelles mesures envisagées et les procédures existantes, déjà complexes et pour certaines très récentes, tendant à prévenir les risques liés en fin de peine à la dangerosité des détenus laisse subsister certaines incertitudes qui auraient pu être surmontées au terme d'une réflexion plus approfondie. Il en est ainsi de l'articulation, qui risque de soulever des difficultés de mise en œuvre, entre la rétention de sûreté et le suivi socio-judiciaire, alors même qu'ils tendent aux mêmes fins.

En quatrième lieu, en ce qui concerne la procédure applicable aux irresponsables pénaux en raison d'un trouble mental, le Conseil d'État n'a pu approuver les dispositions selon lesquelles la chambre de l'instruction, dans le cas où elle estime que les charges sont suffisantes contre la personne mise en examen et que cette dernière relève du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, serait

compétente au terme de la même audience pour déclarer que cette personne a commis les faits qui lui sont reprochés et pour se prononcer sur sa responsabilité civile. Cette confusion entre l'office d'une juridiction d'instruction et celui d'une juridiction de jugement est de nature à porter atteinte au principe de la présomption d'innocence et au droit au procès équitable, tout particulièrement à l'égard des éventuels coauteurs ou complices de la personne atteinte de troubles mentaux. Le souci légitime de faciliter les démarches procédurales des victimes a conduit le Conseil d'État à prévoir, dans ce cas, que la chambre de l'instruction renvoie elle-même l'affaire devant le tribunal compétent pour se prononcer sur les demandes de dommages-intérêts formées par les parties civiles.

Acquisition de la nationalité

Du fait de la création du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement, la section de l'intérieur est en 2007 devenue compétente en matière de retrait et de refus d'acquisition de la nationalité française, auparavant attribués à la section sociale. La date de ce transfert et le faible nombre de projets de décret jusqu'ici soumis à son examen n'ont pas permis à la section de l'intérieur d'acquiescer le recul suffisant pour porter une appréciation générale sur cette matière. Toutefois, lors de l'examen d'un projet de décret portant opposition, pour motif d'indignité, à l'acquisition de la nationalité par un conjoint de français, l'attention du Gouvernement a été appelée sur l'insécurité juridique née de ce que l'allongement à deux ans, par la loi du 24 juillet 2006, du délai pendant lequel le Gouvernement peut s'opposer à une telle acquisition pour motif d'indignité ou défaut d'assimilation ne s'est pas accompagné d'une adaptation du délai d'enregistrement de la déclaration d'acquisition au terme duquel, faute d'opposition, le déclarant est réputé avoir acquis la nationalité, avec toutes les conséquences de droit qui en découlent, délai qui est resté fixé à un an. Pour remédier à cette situation tout en permettant au Gouvernement de disposer du délai supplémentaire d'instruction qu'a souhaité le législateur, une disposition législative doit prévoir les conditions dans lesquelles, en cas de mise en œuvre de la procédure d'opposition, le délai de refus d'enregistrement (et donc d'enregistrement) se trouve prolongé.

Régime des personnes

- Lors de l'examen du projet de décret pris pour l'application de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages et modifiant certaines dispositions relatives à l'état civil, le Conseil d'État a disjoint les dispositions permettant au procureur de la République, en cas d'indices sérieux laissant présumer que le mariage d'un Français à l'étranger encourt la nullité, de suspendre les délais de deux et six mois dont le parquet dispose d'une part pour faire opposition au mariage, d'autre part pour se prononcer sur sa transcription sur les registres de l'état civil français. En effet il n'appartenait pas au pouvoir réglementaire de prévoir une prolongation, au demeurant variable selon les situations et sans date ultime fixe, de délais dont la durée, s'agissant d'une règle intervenant dans le domaine de la liberté du mariage, avait été expressément limitée par le législateur sous le contrôle du Conseil constitutionnel.



- L'examen d'une demande d'avis du président du tribunal administratif de la Polynésie française portant sur la répartition des compétences dans cette collectivité a par ailleurs conduit la section à se pencher sur la délicate question de la répartition entre règles de fond et règles de procédure en matière d'état et de capacité des personnes.

Pouvoirs publics

Autorités administratives indépendantes

L'examen de deux textes relatifs à des autorités administratives indépendantes a illustré la tendance du Gouvernement, déjà relevée dans de précédents rapports, à leur conférer cette qualité tout en les soumettant à des règles relevant plutôt du régime de tutelle des établissements publics, voire de celui des administrations centrales de l'État.

- S'agissant du projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, le Conseil d'État n'a pu donner son accord à la disposition instituant un commissaire du Gouvernement auprès du contrôleur général. Il a estimé en effet qu'à la différence du cas des autorités indépendantes collégiales pour lesquelles il a paru utile qu'un commissaire du Gouvernement éclaire le collège avant ses délibérations, l'institution d'un tel organe administratif auprès de l'autorité indépendante que constitue, à lui seul, le contrôleur général ne pouvait qu'alourdir de manière inopportune les procédures selon lesquelles celui-ci devrait être conduit à mener sa mission en toute indépendance. Par ailleurs il a paru au Conseil d'État que le contrôleur général établirait naturellement tous contacts utiles avec les responsables des lieux visités et, lors de la phase d'établissement de son rapport, avec chaque ministre intéressé, sans qu'il y ait lieu non plus de charger un commissaire du Gouvernement de lui servir de correspondant dans l'administration.

Il est apparu en outre au Conseil d'État qu'interdire toute autre publicité des avis, recommandations ou propositions qu'à l'occasion du rapport annuel constituait une limitation irréaliste des moyens d'action du contrôleur général. Il a donc estimé nécessaire de prévoir cette publicité à l'initiative du contrôleur général, dans des conditions qui traduisent le dialogue préalable engagé avec les autorités responsables et qui garantissent l'équité de la procédure.

- À propos du projet de décret relatif aux contrôles autorisés pour la lutte contre le dopage et à l'agrément et l'assermentation des personnes chargées des contrôles, le Conseil d'État a relevé que le 13° du I de l'article L. 232-5 du code du sport prévoit que l'Agence française de lutte contre le dopage remet chaque année un rapport d'activité au Gouvernement et au Parlement et il a estimé que le pouvoir réglementaire n'était pas habilité à ajouter d'autres obligations d'information à celle ainsi prévue par la loi, même s'il était loisible à l'Agence et au ministère des sports de convenir entre eux des échanges d'informations utiles à l'exercice de leurs missions respectives. Il n'a donc pu donner son accord à des dispositions astreignant l'Agence d'une part à transmettre mensuellement à chaque directeur régional de la jeunesse, des sports et de la vie associative un

état récapitulatif des contrôles effectués dans sa région, d'autre part à communiquer chaque mois au ministre chargé des sports et aux directeurs régionaux de la jeunesse, des sports et de la vie associative un récapitulatif des substances interdites détectées par son département des analyses dans les prélèvements effectués lors des contrôles.

Le Conseil d'État a également écarté une disposition autorisant le directeur du département des contrôles de l'Agence à donner délégation au directeur régional de la jeunesse, des sports et de la vie associative aux fins de mettre en place les contrôles qu'il est chargé de diligenter en application de l'article L. 232-12 du code du sport. Il a en effet estimé que la possibilité de consentir une délégation de compétence à des agents du ministère des sports qui ne sont pas placés sous l'autorité du délégant, si elle a été prévue à titre transitoire par le décret du 29 septembre 2006 relatif au fonctionnement et à l'organisation de l'Agence pour permettre à celle-ci d'exercer la responsabilité des opérations de contrôle dès son installation et sans attendre la publication du décret organisant le transfert de cette compétence du ministère chargé des sports à l'Agence, ne pouvait être pérennisée sans remettre en cause le transfert ainsi décidé par la loi du 5 avril 2006. Il a en revanche admis que le directeur du département des contrôles de l'Agence pouvait déléguer la signature des décisions désignant les personnes chargées des contrôles ainsi que de leurs ordres de mission aux directeurs et agents des services du ministre chargé des sports auxquels l'Agence fait appel dans les conditions prévues au II de l'article L. 232-5 du code du sport.

Élections

L'actualité électorale des années 2007 et 2008 a permis au Conseil d'État de préciser deux questions. L'avis donné sur des dépenses exposées par les candidats à l'élection présidentielle pour la fabrication des déclarations envoyées dans le cadre de la campagne officielle, lorsque ces déclarations ne sont pas imprimées sur du papier de qualité écologique et qu'en vertu de l'article 20 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, leur coût n'est pas pris en charge par l'État, indique les raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour autant de les inclure dans le compte de campagne.

L'examen de projets de décret portant modification des limites territoriales de plusieurs communes a amené le Conseil d'État à préciser que sous réserve qu'elles n'aient aucune incidence sur les listes électorales faute d'électeurs dans les parcelles transférées d'une commune à l'autre, de telles modifications n'entrent pas dans le champ de l'interdiction, instituée par l'article 7 de la loi n° 90-1103 du 11 décembre 1990 organisant la concomitance des renouvellements de conseils généraux et des conseils régionaux, de procéder à des redécoupages de circonscriptions électorales dans l'année précédant l'échéance normale de renouvellement des assemblées concernées.



Droit applicable à l'outre-mer

En dehors des dispositions spécifiques au statut de la Polynésie française, reprises dans la rubrique « assemblée générale », la section a estimé que le volume et la difficulté croissante des textes relatifs à l'outre-mer exigeaient un renforcement des moyens des services chargés de les élaborer ou d'en vérifier la pertinence.

La question de l'applicabilité du droit métropolitain outre-mer a conduit la section de l'intérieur à se prononcer sur les questions relatives à l'extension par l'État de ce droit, à son adaptation et à la répartition des compétences entre l'État, les collectivités, les communes et, en Nouvelle-Calédonie, les provinces.

- S'agissant des mesures d'extension outre-mer du droit métropolitain, le Conseil d'État a eu l'occasion de renouveler au Gouvernement son regret que certains textes importants qui régissent depuis longtemps la métropole n'aient toujours pas été rendus applicables en Nouvelle-Calédonie et dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution. Cette remarque a notamment été faite lors de l'examen du projet de décret modifiant le décret n° 67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Le Conseil d'État a rappelé que, sans méconnaître l'ampleur du travail préalable à accomplir, il avait déjà recommandé que ce statut soit rendu applicable à l'outre-mer lors de sa dernière modification, en 2004.

- Le projet d'ordonnance relatif à l'adaptation à Mayotte de diverses dispositions législatives, pris dans le cadre de l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 19 de la loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, pour adapter la législation applicable à Mayotte afin de tirer les conséquences de la modification des règles relatives au régime d'applicabilité de plein droit des lois et règlements dans cette collectivité, a été l'occasion de préciser l'étendue du pouvoir d'adaptation aux collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution dans les domaines régis par le principe d'identité législative. Ce pouvoir d'adaptation, conféré tant aux autorités nationales compétentes que, dans les conditions qu'elle a prévues, aux autorités locales par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, doit être regardé comme le corollaire du principe d'identité et de même nature que celui concernant les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution. Au regard de la finalité ainsi retenue par le législateur organique, sont admissibles les adaptations justifiées par la situation de droit ou de fait prévalant à Mayotte et proportionnées aux exigences découlant de la particularité de la situation de Mayotte. Toutefois, compte tenu des difficultés que soulève le passage du régime de la spécialité législative à celui de l'identité législative dans le cas de Mayotte, il convient d'avoir, de la notion d'adaptation figurant à l'article 19 de la loi ordinaire n° 2007-224, une interprétation large et cohérente avec celle figurant à l'article LO 6113-1 du code général des collectivités territoriales, issu de l'article 3 de loi organique n° 2007-223, qui prévoit l'application de plein droit, à compter du 1^{er} janvier 2008, de l'ensemble des dispositions des lois et règlements en vigueur à cette date « sous réserve qu'elles n'en disposent pas autrement ».

Ainsi, eu égard à la situation de fait prévalant actuellement à Mayotte, notamment dans les secteurs économiques de la construction et de l'assurance, il pouvait être admis de différer l'application du titre IV du code des assurances jusqu'au 1^{er} janvier 2012 afin de permettre une évaluation des conditions de mise à niveau de ces secteurs et l'adoption des mesures appropriées pour la réaliser. De même, s'agissant du titre V relatif à l'obligation d'assurance de responsabilité civile médicale, un différé d'application, jusqu'au 1^{er} janvier 2009, est admissible au titre des mesures d'adaptation compte tenu de ce qu'un texte traitant de cette matière est en cours d'élaboration et devrait intervenir avant le terme du délai imparti. A enfin été admis un différé d'application d'un an des dispositions du livre IV du même code relatives au régime d'indemnisation des calamités agricoles.

Le même différé d'application d'un an pour le titre VI du livre III du code rural, relatif lui aussi au régime d'indemnisation des calamités agricoles, a été substitué à la mesure d'exclusion de ce régime proposée par le Gouvernement, et devrait permettre à ce dernier d'examiner s'il y a lieu d'appliquer à Mayotte les dispositions instituant un fonds de garantie spécifique pour les départements d'outre-mer.

En revanche le Conseil d'État n'a pu donner son accord à l'exclusion de l'application à Mayotte des titres IV et V du livre II du code des assurances proposée par le Gouvernement. Il a estimé qu'il n'existait pas de motif suffisant pour écarter l'application du titre IV relatif à l'obligation d'assurance en matière de travaux de construction, alors que le régime de responsabilité institué par les articles 1792 et suivants du code civil, auquel cette obligation d'assurance répond, y est applicable.

Le Conseil d'État n'a pas non plus admis l'exclusion, sans motif convaincant, de l'application à Mayotte de la totalité du code minier.

- Le projet d'ordonnance portant extension des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics a également conduit le Conseil d'État à se prononcer sur des adaptations de la législation nationale aux particularités de cette collectivité. Il n'a pu donner son accord aux dispositions tendant à ouvrir la possibilité d'un vote par correspondance, y compris par des moyens électroniques, pour les délibérations d'un conseil municipal d'une commune comportant des communes associées insulaires, dans la mesure où le vote par correspondance de délibérations soumises au conseil municipal heurterait, d'une part le principe selon lequel les conseillers municipaux débattent des projets de délibération qui leur sont soumis avant de voter, d'autre part, celui selon lequel, en règle générale, les séances du conseil municipal sont publiques. Il a estimé que seule une organisation permettant de tenir, par téléconférence, un conseil municipal simultanément dans plusieurs lieux, pourrait concilier ces principes et la prise en compte des contraintes géographiques qui pèsent sur les communes insulaires isolées de Polynésie française.

Le même texte a conduit le Conseil d'État à s'inquiéter des conséquences, en termes de lisibilité du droit, du choix fait par le Gouvernement, pour rendre applicable en Polynésie française le régime communal métropolitain, d'étendre, en les adaptant, trois des livres du code général des collectivités territoriales,

plutôt que de modifier, comme il l'avait fait pour la Nouvelle-Calédonie, le code des communes applicable localement. En effet, compte tenu du grand nombre d'adaptations résultant des compétences propres de la Polynésie française et du principe de spécialité législative qui s'y applique, la lecture des articles du code général des collectivités territoriales pour la Polynésie française sera plus complexe que la lecture d'un code spécifique. Pour pallier cette difficulté, l'ordonnance confie au haut-commissaire le soin d'assurer, à titre d'information, la publication par voie électronique des dispositions du code général des collectivités territoriales telles qu'elles sont applicables aux communes de Polynésie française, à leurs groupements et leurs établissements publics, ce qui revient à lui confier la tâche de tenir un code consolidé. Le Conseil d'État a vérifié qu'il était effectivement procédé à cette consolidation.

- La section de l'intérieur s'est penchée à de nombreuses reprises sur la répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer et sur les conséquences qui en résultent en matière d'applicabilité du droit métropolitain dans ces collectivités. Ces questions mettent en évidence les difficultés de compréhension que ce droit présente, en particulier pour les autorités locales. Beaucoup soulèvent de délicats problèmes d'interprétation des dispositions des statuts des collectivités d'outre-mer relatives à la répartition des compétences.
- Conformément à sa jurisprudence selon laquelle, pour déterminer les compétences respectives des collectivités d'outre-mer et de l'État, il convient de s'attacher à la matière ou au domaine en cause et non au véhicule législatif ou réglementaire (code par exemple) que l'on modifie, le Conseil d'État a estimé, lors de l'examen du projet d'ordonnance relatif à l'immigration et à l'intégration à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, qu'il n'y avait pas lieu de rendre expressément applicables, dans ces collectivités, les modifications apportées par la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration à des articles du code civil ainsi qu'à un article de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, dès lors que ces textes, qui sont relatifs à la nationalité et à l'état civil, sont au nombre de ceux qui, par leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national et sont donc applicables de plein droit, avec leurs modifications, sur l'ensemble de ce territoire.
- Plusieurs textes ont illustré la difficulté à régler le cas des matières ou des domaines dont la compétence n'est pas expressément attribuée par les statuts et qui se trouvent « à l'intersection » de compétences attribuées à des collectivités publiques différentes. Il y a alors lieu de déterminer la matière ou le domaine le plus attractif pour la compétence en cause. Il en résulte des solutions marquées par un certain empirisme.

Il en a été ainsi, lors de l'examen du projet d'ordonnance portant extension des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics, pour les dispositions de ce code relatives aux conditions d'exercice de mandats municipaux qui prévoient que l'employeur d'un élu municipal est tenu de lui accorder des autorisations d'absence ou de le faire bénéficier d'une formation. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions faisaient partie du statut de l'élu et relevaient, comme telles, des « règles relatives à l'administration, à l'organisation et à la compétence des communes » placées par la loi organique statutaire dans la compétence de l'État,

plutôt que du droit du travail localement applicable, placé dans la compétence de la Polynésie française. De la même manière, le Conseil d'État a considéré que l'obligation d'affiliation des élus à un régime de sécurité sociale relève de la compétence de l'État, alors même que le régime d'affiliation est celui que la Polynésie française a organisé dans le cadre de ses compétences.

À l'inverse, dès lors que l'article 49 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française donne à cette collectivité compétence pour fixer les règles relatives aux marchés publics, il appartient à la Polynésie française, et non à l'État, d'ouvrir la possibilité aux communes de la Polynésie française de conclure des contrats de partenariat du type de ceux instaurés en droit national par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ainsi que de définir le régime applicable à ces contrats.

Compte tenu des compétences reconnues à la Polynésie française par le II de l'article 43 de la loi organique statutaire, il n'appartient pas non plus à l'État d'étendre les dispositions du code général des collectivités territoriales relatives aux formes et modalités des aides que les collectivités territoriales peuvent accorder. En revanche la compétence de cette collectivité en matière de réglementation des professions et de réglementation sanitaire ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue la possibilité pour les communes polynésiennes d'assurer, en régie directe ou par gestion déléguée, un service de pompes funèbres ni à ce qu'elles soient représentées, au titre notamment de leurs compétences en matière de cimetières, au Conseil national des opérations funéraires, la Polynésie française pouvant au demeurant y siéger également.

- Le projet de décret relatif à l'«Autorité de régulation des mesures techniques» a conduit le Conseil d'État à se prononcer sur la compétence en matière de propriété intellectuelle en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. La propriété intellectuelle se rattache concurrentement au droit civil et au droit commercial. Le Conseil d'État a constaté qu'en Nouvelle-Calédonie, les compétences en matière de droit civil et de droit commercial étaient exercées par l'État jusqu'à ce qu'elles soient transférées à la Nouvelle-Calédonie, par une loi du pays devant intervenir dans les six mois du début du mandat du congrès élu en 2004 ou dans les six mois du début du mandat du congrès devant être élu en 2009. Il en a déduit que faute pour le congrès élu en 2004 d'avoir adopté une loi du pays portant transfert de compétence en matière de propriété intellectuelle, l'État demeurait compétent dans cette matière pour la Nouvelle-Calédonie. En Polynésie française, il a relevé que la compétence en matière de droit commercial avait été transférée à la collectivité territoriale alors que l'État demeurait compétent en matière de droit civil. Il y avait dès lors lieu de rechercher un autre critère d'attribution de la compétence en matière de propriété intellectuelle, qu'il a trouvé dans l'article 91 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 fixant la liste des décisions individuelles et des actes délibérés en conseil des ministres de la Polynésie française, au nombre desquels figure la création, la réglementation et la fixation des tarifs des organismes chargés des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs.
- Dans le même ordre d'idée, l'avis rendu à la demande du président du tribunal administratif de la Polynésie française sur la détermination de l'autorité compétente, en Polynésie française, pour édicter les règles de procédure civile a permis de préciser quand, en matière d'état et de capacité des personnes, les règles



de procédure sont indissociables des règles de fond dont elles empruntent alors le régime. S'incorporent ainsi au fond et relèvent de la compétence de l'État :

– les règles substantielles de procédure relatives à des matières qui ont par nature un caractère judiciaire, comme le divorce ou l'absence : soit, en matière de divorce, les règles de procédure relatives au pouvoir d'homologation du juge, à la conciliation ou à l'effet suspensif des voies de recours, en matière d'absence, les pouvoirs conférés au juge et les règles de publicité de la requête et du jugement ;

– les règles de procédure qui constituent par elles-mêmes la garantie d'une liberté publique : mesures judiciaires propres à préserver l'intimité de la vie privée, régime procédural des oppositions à mariage et de l'annulation de l'union, rôle du juge des tutelles en ce qui concerne les mesures de protection des majeurs vulnérables ;

– les règles spécifiques qui s'écartent du droit commun pour des motifs touchant au fond : tel est le cas, dans les instances relatives à la filiation, des règles de recevabilité de l'action et d'opposabilité du jugement, dictées par l'intérêt de l'enfant.

• Enfin l'avis rendu à la demande du président de la province des îles Loyauté sur la répartition des compétences en matière de transports scolaires en Nouvelle-Calédonie illustre la complexité de la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et ses communes.

La compétence en matière de transports scolaires appartient aux autorités de Nouvelle-Calédonie en vertu de l'article 22 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, tant en ce qui concerne la réglementation de ces transports que l'organisation du service public. La Nouvelle-Calédonie peut cependant, en vertu des dispositions de l'article 47 de la même loi organique, déléguer aux provinces sa compétence en la matière, mais seulement dans certaines limites et dans le cadre d'une convention passée entre les autorités délégante et délégataire.

En réponse à la question du président de la province des îles Loyauté relative aux conséquences à tirer, pour les communes, d'une carence éventuelle de ces autorités, le Conseil d'État a considéré que la prise en charge de l'organisation du service public de transport scolaire pour répondre à des besoins immédiats et essentiels non satisfaits de la population scolaire d'une commune, dans le respect de la réglementation édictée par les autorités compétentes, est au nombre des « affaires de la commune » au sens de l'article L. 121-23 de code des communes de la Nouvelle-Calédonie. La portée de la réponse dépasse sans doute le cas particulier tant du transport scolaire que de la Nouvelle-Calédonie.

Établissements d'utilité publique

La forte croissance (20 %) des affaires dites « courantes » traitées par la section (demandes de création ou de modification des statuts de fondations, demandes de reconnaissance d'utilité publique ou de modification des statuts d'associations, autorisation de libéralités, affaires relatives aux congrégations) coïncide avec une croissance plus forte encore, qui s'établit à 30 %, des affaires enregistrées dans ces mêmes matières. Avec les affaires de nationalité (16 demandes

enregistrées entre août et décembre 2007) les affaires courantes représentent désormais plus de la moitié des entrées de la section de l'intérieur (223 sur 431 en 2007), et croissent de 40 % par rapport aux affaires courantes enregistrées en 2006.

La comparaison des entrées d'«affaires courantes» sur les trois dernières années 2005, 2006 et 2007 montre que l'augmentation de 30 % constatée en 2007 est principalement due aux demandes d'approbation des modifications de statuts des associations reconnues d'utilité publique ou des fondations : les entrées dans cette catégorie d'affaires s'établissaient, pendant les deux premières années citées, respectivement à 72 et 68, et se chiffrent à 108 en 2007, soit une augmentation de plus de la moitié. Les demandes de reconnaissance d'utilité publique d'associations ou de création de fondations sont en revanche moins nombreuses en 2007 (45) qu'en 2006 (51) mais tout de même supérieures à celles de 2005 (40). Les entrées relatives aux affaires de congrégations et de libéralités (54) sont elles aussi supérieures à celles des années précédentes (42 en 2006, 48 en 2005).

La section enregistre ainsi, avec un décalage de plusieurs mois, les conséquences du surcroît d'activité du bureau des associations et fondations au ministère de l'intérieur. Confrontée en 2006 à un pic des demandes de reconnaissance d'utilité publique et de modifications de statuts, puis en 2007 à une stabilisation des entrées dans ces deux catégories à un niveau supérieur à la moyenne des cinq années précédentes, cette administration a en outre entrepris de réduire son important stock d'affaires en cours, qui a décré de 700 dossiers à la fin de 2005 à environ 600 à la fin de 2007. Cet effort ne s'est cependant pas accompagné d'un renforcement significatif des effectifs et de la capacité juridique du service en cause, de sorte que la section a pu constater une moindre qualité de l'instruction des dossiers qui lui étaient soumis, instruction dont l'objet est de s'assurer de la régularité de la procédure et du respect des principes dégagés par la jurisprudence de la section et traduits dans les statuts types qu'elle a élaborés pour les établissements d'utilité publique. Il en résulte un accroissement des délais d'examen de ces dossiers par la section, celle-ci ayant jusqu'ici privilégié la voie du complément d'information à celle du rejet en l'état. Toutefois cette dernière solution a été adoptée par exemple, à l'égard d'un projet d'arrêté modifiant les statuts d'une association reconnue d'utilité publique, en raison de l'insuffisance de l'instruction à laquelle avait procédé le ministère de l'intérieur en omettant de vérifier le respect de la procédure de modification des statuts des associations, qui doit être délibérée en assemblée générale et non pas en conseil d'administration.

Associations et fondations

- L'examen des statuts proposés pour des fondations ou des associations reconnues d'utilité publique a conduit la section à s'interroger sur la nature et l'importance des dérogations aux statuts types auxquelles elle pouvait donner son approbation. Ces statuts types comportent en effet trois types de clauses :
 - celles pour lesquelles aucune dérogation ne peut être admise, parce qu'elles découlent de la nature même de l'acte par lequel sont institués les établissements d'utilité publique ou parce qu'elles garantissent la représentativité de leurs assemblées délibératives ou la gestion désintéressée de leurs dirigeants. Il en est ainsi,



notamment, du principe d'irrévocabilité de l'affectation des biens constituant la dotation d'une fondation à la réalisation de son objet social, de la règle suivant laquelle la régularité des délibérations du conseil d'administration est subordonnée à la présence effective de la majorité de ses membres, de celle prévoyant que chaque membre du conseil d'administration ne peut recevoir qu'un pouvoir, de l'impossibilité pour les salariés d'une association d'accéder aux fonctions de président, de vice-président, de secrétaire général ou de trésorier ;

– celles qui ne constituent que des recommandations. Il en est ainsi, notamment, de la faculté de prévoir, en cas de dissolution d'un établissement d'utilité publique, la dévolution de l'actif net après liquidation à des établissements visés à l'article 6, alinéa 2, de la loi du 1^{er} juillet 2001, c'est-à-dire à des associations déclarées qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale, la seule clause obligatoire étant celle qui prévoit l'attribution de l'actif net à des établissements analogues publics ou reconnus d'utilité publique ;

– celles enfin qui sont destinées à garantir le respect des autres principes fondamentaux applicables à ces établissements ou qui sont nécessaires à leur bon fonctionnement, mais auxquelles il peut être dérogé de manière limitée et pour un motif légitime. Il en est ainsi, notamment, du principe selon lequel aucune catégorie de membres d'une association reconnue d'utilité publique ne peut être exclue du droit de faire partie de l'assemblée générale avec voix délibérative, des règles relatives à la composition et à l'équilibre des collèges du conseil d'administration des fondations, de celles fixant l'effectif maximum du conseil d'administration à 12 pour les fondations et à 24 pour les associations reconnues d'utilité publique, et de celle limitant le nombre de membres du bureau à un tiers du nombre des membres du conseil.

S'agissant des fondations, les règles relatives à la composition et à l'équilibre des collèges du conseil d'administration ont pour objet de garantir l'indépendance de la fondation à l'égard des fondateurs et une représentation suffisante des membres représentant l'intérêt général. La dérogation à la règle suivant laquelle le nombre des membres de droit est égal au tiers des membres du conseil d'administration et supérieur ou égal au nombre des fondateurs, doit donc être justifiée par le cas d'espèce. Le rayonnement international d'une fondation et le nombre des personnalités et organismes français et étrangers qui contribuent de manière pérenne à son financement ont ainsi justifié une proportion de fondateurs supérieure au tiers du conseil et plus élevée que celle des membres de droit. Une dérogation à la règle du tiers pour le collège des membres de droit a également été admise en raison du caractère international très affirmé de la fondation en cause, dont l'objet intéressait un État étranger.

En revanche, l'indépendance d'une fondation à l'égard de ses fondateurs n'est pas assurée lorsque la présidence ne résulte pas d'une élection par le conseil d'administration mais est dévolue de droit à l'un des fondateurs et lorsque le collège des fondateurs peut seul proposer les personnalités susceptibles d'être cooptées dans le collège des membres associés.

S'agissant des associations, la présence de membres de droit au sein du comité directeur méconnaît le principe du libre choix de l'assemblée générale sur lequel repose la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations et ne peut donc être acceptée que dans des proportions limitées (en l'espèce, 1/8^e du total des membres du comité) et lorsque des circonstances particulières le justifient.

Si l'importance numérique d'une association et sa composition particulière, par exemple une majorité de mineurs parmi les adhérents, peuvent justifier la limitation apportée au principe selon lequel toutes les catégories de membres participent avec les mêmes droits aux assemblées générales et autoriser des modes différents de participation à ces assemblées, une telle limitation ne doit pas conduire, par son caractère disproportionné, à remettre en cause le principe d'égalité entre les membres. Tel est le cas lorsque la catégorie de membres dont les droits sont limités représente 80 % de l'ensemble des adhérents et se voit cependant attribuer un nombre de représentants inférieur de moitié à celui de l'autre catégorie de membres, lorsque seuls ces derniers sont pris en compte pour la convocation de l'assemblée générale et le calcul du quorum et lorsqu'ils peuvent en outre être désignés en qualité de représentants de la catégorie dont les droits sont limités.

- Plusieurs demandes de création de fondations ont conduit la section à préciser sa jurisprudence sur la nature et le montant minimal de la dotation. Une dotation de 800 000 euros est suffisante pour une fondation ayant pour objet la conduite d'opérations de reconstruction d'urgence après des catastrophes naturelles, dès lors qu'il résulte de l'expérience de l'association fondatrice que le financement de ces opérations est assuré par les dons et contributions privés recueillis lors de ces événements. À l'inverse, une dotation de 750 000 euros est insuffisante pour garantir l'accomplissement durable de l'objet statutaire d'une fondation qui se propose de contribuer au développement du potentiel français de recherche, d'enseignement et de formation dans les domaines des risques financiers, industriels, environnementaux, patrimoniaux et de santé, alors surtout que les quatre fondateurs sont quatre très importantes sociétés françaises et alors même que le dossier indique que la fondation devrait en outre bénéficier de subventions annuelles versées par les fondateurs au cours de ses quatre premiers exercices. Enfin une dotation exclusivement composée de l'usufruit temporaire de biens immobiliers, accordé pour une période de dix ans renouvelable et représentant, pour la première période de dix ans seule assurée à la fondation envisagée, une donation totale de 1 million d'euros effectuée en dix versements annuels de 100 000 euros et dont les projets de statuts et de budget prévoient qu'elle sera entièrement consommée pour les besoins du fonctionnement, ne remplit pas les critères d'irrévocabilité, de pérennité et de suffisance exigés pour la constitution d'une fondation reconnue d'utilité publique.

- Une demande de modification des statuts et notamment de l'objet d'une association reconnue d'utilité publique a conduit la section à préciser qu'il n'appartient pas à une association, sauf si la puissance publique lui a confié une telle prérogative, de réglementer l'exercice d'une profession ou l'usage d'un titre qui ne l'ont pas été jusque-là. Une association regroupant certains des membres d'une profession peut seulement proposer des règles de bonne pratique professionnelle ou reconnaître une qualification particulière à certains de ses membres, sans laisser entendre que l'usage d'un titre ou l'exercice d'une profession qui ne sont pas réglementés pourraient être régis par lesdites règles ou requérir ladite qualification.

- Une demande de reconnaissance d'utilité publique d'une fédération sportive a fait l'objet d'un avis défavorable en raison d'une disposition de ses statuts qui fixait à un siège la représentation des femmes dans ses instances dirigeantes, quelle que soit par ailleurs leur proportion parmi les licenciés. Ce faisant, la



section n'a pas entendu trancher la délicate question de savoir s'il y a lieu d'interpréter les statuts types des fédérations sportives agréées prévus à l'annexe I-5 de l'article R. 131-3 du code du sport comme imposant à ces fédérations d'adopter les clauses types relatives à l'attribution aux femmes, dans les instances dirigeantes, d'un nombre de sièges en proportion du nombre de licenciées éligibles, et dans cette hypothèse, s'il y a lieu de distinguer entre les fédérations dont les activités sont organisées selon un principe de mixité et celles qui pratiquent une séparation entre les hommes et les femmes, en raison du caractère déterminant des différences d'aptitude physique entre les sexes dans le sport dont elles s'occupent.

Dons et legs

Lors de l'examen du projet de décret relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du code civil, le Conseil d'État a rappelé que la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, sur le fondement de laquelle a été prise l'ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels, a seulement habilité le Gouvernement à aménager le régime d'autorisation relatif aux libéralités consenties au profit des associations, fondations et congrégations. Elle n'a pas entendu modifier le régime d'acceptation des libéralités consenties aux établissements étrangers qui, aux termes d'un avis du Conseil d'État en date du 12 janvier 1854, est celui de l'autorisation préalable de l'autorité administrative prévu au premier alinéa de l'article 910 du code civil, et dont les modalités sont précisées à l'article 3 du décret du 13 juin 1966, qui mentionne en outre les libéralités consenties aux États étrangers. Toutefois l'avis du 12 janvier 1854 est fondé sur ce que l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1819, qui accorde aux étrangers la même capacité à recevoir qu'aux Français, dispose de même pour les établissements d'utilité publique étrangers dotés de la personnalité morale et qu'en l'absence de dérogation expresse prévue par la loi, il y a lieu d'appliquer à ces établissements étrangers le régime d'acceptation prévu pour les établissements français de même nature par l'article 910 du code civil. Dans la mesure où l'ordonnance du 28 juillet 2005 supprime l'autorisation administrative préalable pour les libéralités consenties aux établissements d'utilité publique français, sans disposer pour les établissements étrangers, la compatibilité de la situation moins favorable désormais faite à ces derniers avec le principe de non-discrimination applicable aux ressortissants des États membres de l'Union européenne apparaît douteuse. L'attention du Gouvernement a donc été attirée sur le nécessaire réexamen du régime d'autorisation des libéralités consenties aux établissements et aux États étrangers.



Problèmes de compétence

Compétence législative

- Le projet de décret relatif à l'autorisation provisoire de séjour pour l'exercice d'une mission de volontariat en France et aux cartes de séjour temporaires autorisant l'exercice d'une activité professionnelle a conduit à préciser que le Gouvernement ne tenait pas de l'article L. 311-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ni d'aucune autre disposition législative, une habilitation à décider, par voie réglementaire, d'une part que l'autorisation provisoire de séjour délivrée à l'étranger souhaitant effectuer une mission de volontariat en France auprès d'une fondation, d'une association reconnue d'utilité publique ou d'une association adhérente à une fédération elle-même reconnue d'utilité publique ne pourrait être renouvelée en cas de prolongation de la mission confiée au volontaire, d'autre part que la mission de volontariat constituait un engagement à temps plein exclusif de toute autre activité, notamment professionnelle.
- Dans le projet de décret relatif à la définition des besoins prioritaires de la population et aux mesures à prendre par les exploitants d'un service destiné au public lors des situations de crise, pris en application de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, le Conseil d'État a estimé que le pouvoir réglementaire ne tenait de la loi aucune habilitation pour créer un régime particulier de sanctions en cas de carence des exploitants et qu'il revenait aux cahiers des charges et aux contrats de déterminer, dans le cadre des règles de droit commun, le régime de sanctions applicable pour chaque service concerné.
- Dans le projet de décret relatif aux inspections des études d'huissier de justice, à la commission de localisation des offices d'huissier de justice et à la commission de localisation des offices de notaire, le Conseil d'État n'a pu donner son accord aux dispositions mettant à la charge de l'huissier de justice inspecté certains frais liés à la mise en œuvre de l'inspection, car une telle contribution ne relève pas de la catégorie des redevances pour service rendu que le pouvoir réglementaire est compétent pour instituer et ne pourrait trouver un fondement que dans le cadre de la loi.

Lors de l'examen du projet de décret relatif au groupement d'intérêt public constitué pour la reconstitution des titres de propriété en Corse, le Conseil d'État a admis la possibilité de prévoir dans un texte réglementaire, et non dans la convention constitutive du groupement, que l'État disposerait de la majorité des voix à l'assemblée générale. Il a en effet considéré qu'en se référant expressément, pour instituer ledit groupement, à la catégorie des groupements d'intérêt public intervenant dans la recherche, pour laquelle l'article L. 341-3 du code de la recherche prévoit que les personnes morales de droit public, les entreprises nationales et les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public disposent ensemble de la majorité des voix dans l'assemblée du groupement et dans le conseil qu'elle désigne, et en réservant à l'État la majorité des voix au conseil d'administration du groupement d'intérêt public constitué pour la reconstitution des titres de propriété en Corse, la loi



n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a également entendu donner à l'État la majorité des voix à l'assemblée générale.

Compétence réglementaire

Comme les années précédentes, la section de l'intérieur a veillé à ce que le Gouvernement ne recoure pas à un décret en Conseil d'État lorsqu'un règlement de niveau inférieur suffit. Ainsi, elle n'a pu donner son accord à l'insertion, dans le projet de décret modifiant le tarif des greffiers des tribunaux de commerce, des dispositions relatives au Conseil national et à la bourse commune, qui relevaient d'un décret simple.

Deux projets de décret relatifs à la mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel ont amené le Conseil d'État à tirer les conséquences, en ce qui concerne le niveau de texte exigé pour autoriser de tels traitements, des modifications de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui résultent de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004. Ainsi, l'autorisation de déroger à l'interdiction de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les opinions politiques des personnes, est désormais délivrée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés et non plus par décret en Conseil d'État. Dès lors, le renouvellement des traitements mis en œuvre depuis 1994 par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques pouvait être autorisé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, alors même que l'autorisation initiale avait été donnée par décret en Conseil d'État.

S'agissant du projet de décret portant création d'un système de transmission aux magistrats et enquêteurs des interceptions judiciaires de mini-messages émis par voie de communications électroniques, le Conseil d'État a estimé que ce système devait être autorisé par l'arrêté pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, prévu au I de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et non par le décret prévu au II du même article. En effet, compte tenu des caractéristiques du traitement mis en œuvre, qui se borne à assurer, à la demande des magistrats ou enquêteurs de police judiciaire, leur transmission sous forme codée et chiffrée, la circonstance que les mini-messages en cause sont susceptibles de contenir des données pouvant faire apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes ou des données relatives à leur santé ou à leur vie sexuelle, ne permet pas d'en inférer que le traitement « porte » sur de telles données au sens et pour l'application du II de l'article 26 de la même loi.

Compétence consultative

Plusieurs projets de décrets ont amené la section de l'intérieur à s'interroger sur les consultations auxquelles ces textes devaient être soumis.

Les lois n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles et n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libé-

ral ont prévu des obligations très larges de consultation des organismes chargés de représenter les professions libérales préalablement à l'adoption de mesures concernant ces professions. Lors de l'examen du projet de décret relatif à la partie réglementaire du code de commerce, le Conseil d'État a toutefois admis que la consultation de ces organismes ne s'imposait que pour des modifications de fond des décrets pris pour l'application de ces lois qui concernent l'économie de chaque forme de société en mettant en cause sa constitution, son organisation et son fonctionnement ainsi que les droits et obligations des associés. La consultation ne s'impose pas, en revanche, pour des dispositions d'harmonisation prises dans le cadre de la codification et relatives à l'exercice sous forme de société des professions d'administrateur judiciaire et mandataire judiciaire, en distinguant les dispositions communes à toutes les formes de société et les dispositions propres à chacune d'elles.

L'article L. 36-5 du code des postes et des télécommunications électroniques n'impose la consultation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes que pour les projets de textes législatifs ou réglementaires concernant de manière spécifique les opérateurs économiques relevant du secteur de communications électroniques. Elle n'était donc pas requise pour le projet de décret pris pour l'application des articles 30, 31 et 36 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et relatif aux moyens et aux prestations de cryptologie.

Le décret pourtant création de l'Agence nationale des titres sécurisés a institué un établissement public nouveau, placé sous la tutelle du ministre de l'intérieur et doté d'une mission nouvelle affectant les attributions et le fonctionnement des services centraux de ce ministère. Il devait donc être soumis à l'avis du comité technique paritaire de son administration centrale.

Le règlement général et le règlement financier de l'Institut de France et de ses académies, qui fixent l'organisation administrative et financière des services communs à ces organismes, doivent être soumis pour avis au comité technique paritaire de l'Institut de France institué par arrêté conjoint du ministre de la fonction publique et du ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche. L'avis rendu par ce comité technique paritaire sur le règlement général et le règlement financier a donc été visé dans les projets de décrets en Conseil d'État approuvant lesdits règlements sur le fondement de l'article 38 de la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche. Ce visa ne tranche toutefois pas la question de savoir si l'Institut de France et ses académies, que l'article 35 de la loi de programme pour la recherche qualifie de personnes morales de droit public à statut particulier et à qui il confie la gestion d'un service public administratif, étaient tenus de constituer des organismes consultatifs paritaires pour mettre en œuvre le principe de participation qui constitue l'une des garanties attachées à la qualité d'agent public dont bénéficient leurs agents.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2007, la section de l'intérieur a tenu 78 séances et des affaires relevant de sa compétence ont été examinées dans 2 séances de commission permanente. Pendant cette période, la section a examiné 399 textes, dont 13 ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2003	2004	2005	2006	2007
Lois	20	22	37	30	13
Ordonnances	6	16	27	9	6
Lois du pays	0	0	0	0	1
Décrets réglementaires	144	175	190	189	176
Décrets individuels, arrêtés et décisions	163	191	171	167	194
Avis	14	7	10	6	9
Total	347	411	435	401	399

Tableau 2
Délais d'examen des projets de loi et d'ordonnance

	Total	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Lois	14	6	6	2	0
Ordonnances	6	0	2	0	4
Total	20	6	8	2	4

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Avis	Total
Premier ministre	0	0	0	0	0	0	0
Culture – Communication	0	0	0	21	1	0	22
Éducation	0	0	0	14	6	0	20
Enseignement supérieur depuis le 18 mai 2007	1	0	0	1	2	0	4
Immigration depuis le 18 mai 2007	1	0	0	5	9	0	15
Intérieur jusqu'au 18 mai 2007	0	0	0	50	102	1	153
Intérieur, Outre-mer depuis le 18 mai 2007	3	2	0	20	74	1	100
Justice	8	1	0	50	0	2	61
Outre-mer jusqu'au 18 mai 2007	0	3	0	6	0	0	9
Sports	0	0	0	7	0	0	7
Autres ministères	0	0	1	2	0	5	8
Total	13	6	1	176	194	9	399

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2007
Associations et fondations (sauf dons et legs)	138
Collectivités territoriales (hors fonction publique territoriale)	23
Communication – Culture	21
Congrégations et cultes (sauf dons et legs)	24
Déclarations d'utilité publique	0
Dons et legs	22
Droit administratif et constitutionnel	12
Droit civil et procédure civile	7
Droit commercial	8
Droit pénal et procédure pénale	16
Élections	10
Enseignement	12
Étrangers	2
Fonction publique territoriale	15
Nationalité	9
Organisation administrative	21
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	19
Outre-mer	14
Police	16
Sports	8
Divers	2
Total	399

Section des finances

La section des finances s'est réunie à 103 reprises.

Elle a examiné 3 projets de loi de finances, 64 autres projets de loi (dont 57 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 4 projets d'ordonnance et 5 projets de loi du pays. La section a également examiné 260 projets de décret réglementaire.

Parmi ces projets, nombreux sont ceux relatifs à l'application du droit communautaire, mais on relève, en particulier, 3 projets de loi, 2 projets d'ordonnance et 3 projets de décret qui ont eu pour objet principal la transposition de directives communautaires.

Elle a enfin répondu à 5 demandes d'avis du Gouvernement et examiné 58 demandes de remise de débet.

Au-delà des problèmes de fond et des aspects juridiques propres aux textes qu'elle a examinés, la section des finances a été amenée à résoudre certaines questions de principe ou d'interprétation qu'il paraît utile d'exposer.

Actes

Autorités disposant du pouvoir réglementaire

Il résulte des dispositions combinées des articles 13 et 21 de la Constitution qu'à l'exception des décrets délibérés en conseil des ministres, le Président de la République n'exerce pas le pouvoir réglementaire et ne signe donc pas les décrets de nature réglementaire. Le Premier ministre est en conséquence l'auteur de décrets réglementaires non délibérés en conseil des ministres quand bien même portent-ils de façon superfétatoire la signature du Président de la République. Les modifications à apporter à de tels décrets doivent par suite résulter de décrets signés du Premier ministre et non du Président de la République, dès lors qu'il n'est pas envisagé de soumettre le texte modificatif à la délibération du conseil des ministres. La section a fait application de cette position à propos d'un projet de décret relatif au fonds de prévoyance de l'aéronautique.

Décrets de codification

Examinant la première partie de la partie réglementaire du code de la défense, la section a estimé indispensable que son examen porte sur la totalité des textes réglementaires codifiés afin d'assurer la cohérence et le suivi de la numérotation des articles codifiés, quelle que soit leur nature juridique. En l'espèce, le Gouvernement ayant choisi de préparer les projets de décret, le Conseil d'État les a tous examinés : le premier regroupant les articles du code ayant valeur de décrets en Conseil d'État et en conseil des ministres ; le deuxième comprenant les décrets en conseil des ministres, pris « après avis du Conseil d'État » ; le troisième rassemblant les décrets en Conseil d'État ; le quatrième enfin portant sur les décrets simples, pris après avis du Conseil d'État.

Des formules alternatives de présentation des décrets de codification sont cependant concevables, dès lors qu'est prévue l'introduction dans ces décrets d'une clause de modification simplifiée ou toute autre formule appropriée destinée à éviter que l'ensemble des dispositions codifiées ne puisse à l'avenir être modifiées que par décret en Conseil d'État.

Procédure consultative

Lorsqu'est prescrite la consultation par l'autorité administrative d'une instance collégiale sur un projet de texte, un vœu ou une motion spontanément adoptés par cette instance peuvent tenir lieu de l'avis requis, à condition toutefois qu'il soit établi qu'à l'occasion de l'adoption de ce vœu ou de cette motion, l'ensemble des questions soulevées par ce projet ont été examinées. Tel est notamment le cas lorsque le projet retenu par l'autorité administrative traduit exactement le contenu du vœu ou de la motion.

Contreseing

Selon la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux, les règles de contreseing des décrets qui sont susceptibles d'être sanctionnées pour vice de forme sont celles prescrites par les articles 19 et 22 de la Constitution et non par le décret déterminant les attributions d'un ministre (CE, Ass., 8 juillet 1994, *Tête*). En outre, le contreseing d'un secrétaire d'État n'est pas nécessaire, ni suffisant (CE, Ass., 24 juin 1955, *Syndicat national des ingénieurs de la navigation aérienne*), hors le cas où ce dernier n'est rattaché à aucun département ministériel (CE, 21 janvier 1977, *Péron-Magnan*).

Lors de l'examen de projets de décrets portant dispositions statutaires relatives à des corps de fonctionnaires de l'équipement, la section des finances a estimé que cette jurisprudence ne faisait pas obstacle à ce que le secrétaire d'État chargé de la fonction publique contresigne conjointement avec le ministre auprès duquel il est placé les décrets relevant de ses attributions et ceci bien qu'il ne dispose pas de compétences autonomes et que la formalité ainsi remplie ne soit pas prescrite à peine d'illégalité.

La section des finances a considéré cependant que le tempérament apporté aux règles du contreseing des actes du Premier ministre ne saurait être étendu au



contreseing des actes du président de la République (ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres) qui repose sur la notion de ministre responsable (CE, Sect., 10 juin 1966, *Pelon*).

Mesures transitoires

Une réglementation nouvelle a, en principe, vocation à s'appliquer immédiatement, sous réserve, d'une part, du respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, d'autre part, de l'obligation qui incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique s'il y a lieu cette réglementation nouvelle.

En application de ces règles, la section des finances a complété un projet de décret relatif aux fromages et spécialités fromagères soumis à son examen, en nouvelle délibération, par l'insertion d'un article qui diffère l'entrée en vigueur des nouvelles règles imposées aux opérations économiques. Toutefois, compte tenu du degré élevé d'information des milieux professionnels sur la réglementation en cause, le différé d'application à prévoir peut être, en l'espèce, relativement bref.

Impôts, taxes et redevances

Prélèvement exceptionnel

Le Conseil d'État vérifie que le prélèvement exceptionnel sur les excédents financiers d'un organisme privé chargé de centraliser les excédents des organismes collecteurs paritaires gérant les contributions des employeurs à divers dispositifs de formation professionnelle, en l'espèce le fonds unique de péréquation, répond au principe de nécessité de l'impôt et ne revêt pas un caractère confiscatoire, conditions qu'il estime, en l'espèce, satisfaites.

La circonstance que le prélèvement sera affecté directement à un établissement public administratif, le Fonds de solidarité, et non au budget général, ne conduit pas à mettre en question la constitutionnalité de la mesure.

Utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR)

L'article 6 de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 a ajouté au livre des procédures fiscales un article L. 98 B qui dispose que l'organisme du régime général de sécurité sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales dues par « les particuliers employeurs » utilisant des dispositifs tels que le chèque emploi service, communique à l'administration des impôts, les informations relatives aux personnes déclarées par ces particuliers employeurs. Après avoir spécifié que cette communication peut être faite par voie électronique, l'article

L. 98 B laisse à un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le soin de fixer le contenu et les modalités de cette communication, et notamment « les conditions d'utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques » pour les échanges et traitements nécessaires à la communication des informations.

L'intention des auteurs de l'article 6 de l'ordonnance, telle qu'elle ressortait de l'examen de cette disposition par l'assemblée générale du Conseil d'État, était de permettre de renseigner la déclaration préremplie des salariés des particuliers employeurs. Dès lors, le projet de décret pris pour l'application de l'article L. 98 B, prévoyant que le NIR pouvait être utilisé par la direction générale des impôts pour vérifier la fiabilité des éléments d'identification des personnes physiques figurant dans les traitements de données relatives à l'assiette, au contrôle et au recouvrement « de tous impôts, droits, taxes, redevances et amendes » a paru excéder les limites résultant de l'objet de l'article 6 de l'ordonnance.

La section des finances a estimé en conséquence qu'il était plus conforme à cet objet de limiter l'utilisation du NIR, pour la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 98 B du livre des procédures fiscales, à l'impôt sur le revenu.

Compétence ministérielle en matière de « législation fiscale »

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la saisine de la commission des infractions fiscales, la section des finances a estimé que la « législation fiscale », au sens du décret n° 2007-996 du 31 mai 2007 relatif aux attributions de la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et du décret n° 2007-1003 du même jour relatif aux attributions du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, devait s'entendre de tout texte ayant, à un titre ou à un autre, un objet fiscal, qu'il s'agisse d'un texte relatif à l'assiette d'un impôt, aux modalités de recouvrement ou de contrôle, aux obligations déclaratives des redevables, aux règles contentieuses ou aux mesures gracieuses dès lors que ce texte est susceptible d'avoir une incidence sur la situation du contribuable, que ce soit au regard de ses droits ou à celui de ses obligations.

Elle a estimé que tel était le cas du projet de décret soumis à son examen alors même que celui-ci se borne à modifier la compétence de certaines autorités de l'administration centrale de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique pour saisir la commission des infractions fiscales. Par suite elle a considéré que ce projet devait être pris sur le double rapport de la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et devait être contresigné par ces deux ministres.

Redevances pour rémunération de service rendu

1° L'article 4 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) dispose que : « *La rémunération de services rendus par l'État peut être établie et perçue sur la base de décrets en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre chargé des finances et du ministre intéressé.* »



La section des finances a considéré, d'une part, que le ministre chargé des finances au sens des dispositions de l'article 4 précité devait s'entendre comme le ministre qui avait en charge les opérations relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État et qu'il s'agissait, dans la composition actuelle du Gouvernement, du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et, d'autre part, que le « ministre intéressé » au sens des mêmes dispositions était celui qui avait autorité sur les services de l'État qui assuraient, au bénéfice d'un tiers, la prestation rémunérée.

Elle en a déduit que ni la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, ni le ministre chargé de la marine marchande, au titre de la tutelle qu'il exerce sur l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM), établissement public bénéficiaire de la prestation et débiteur de la redevance, n'avaient à rapporter le projet de décret examiné.

2° Par ailleurs, dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2007, le Conseil d'État a été saisi d'un projet d'article portant ratification d'un décret instituant une redevance destinée à couvrir les coûts exposés par l'État pour la gestion des fréquences électriques.

Ce projet d'article se fondait sur la dernière phrase de l'article 4 de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, qui prévoit que les décrets instituant des rémunérations pour services rendus « deviennent caducs en l'absence d'une ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée »

Comme il ressort de la décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001 du Conseil constitutionnel, cette obligation n'a pour objet que d'autoriser, au-delà de l'entrée en vigueur de la prochaine loi de finances, la perception de ces rémunérations. Cette ratification s'analyse donc comme une autorisation de poursuivre, à l'avenir, la perception de la redevance qui a été compétemment édictée et qui a été perçue à compter de l'entrée en vigueur du décret l'instituant.

Taxe pesant sur les véhicules poids lourds empruntant le réseau routier national

La section des finances, répondant à une demande d'avis, a été conduite à préciser les conditions juridiques, tant au regard du droit interne qu'au regard du droit communautaire, de mise en œuvre d'un système de télépéage en flux libre s'appliquant aux poids lourds empruntant le réseau routier français.

Compétences fiscales des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin

À l'occasion d'une demande d'avis du Gouvernement sur l'étendue de la compétence en matière fiscale des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, le Conseil d'État a été conduit à interpréter les dispositions de la loi organique n° 2007-223 du 27 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, qui donnent compétence à ces nouvelles collectivités de l'article 74 de la Constitution pour fixer les règles applicables

en matière d'impôts, droits et taxes, mais précisent qu'une personne physique ou morale ne peut être considérée comme ayant son domicile fiscal dans ces collectivités si elle n'y réside pas depuis au moins cinq ans, cette condition ne s'appliquant, pour la collectivité de Saint-Martin, qu'aux personnes ayant auparavant leur domicile fiscal en métropole ou dans un département d'outre-mer.

Le Conseil d'État a pris en compte la volonté du législateur, attestée par les travaux parlementaires, de limiter la compétence fiscale des collectivités pour les personnes ayant leur domicile fiscal en France, ou étant réputées l'avoir, en soulignant que ces personnes ne sont passibles que des impôts sur le revenu et sur la fortune établis en France, sur l'ensemble de leurs revenus ou l'ensemble de leurs biens. De manière analogue, les collectivités ne peuvent soumettre à l'impôt sur les sociétés les personnes morales résidant fiscalement en France, même pour les bénéfices réalisés dans des entreprises exploitées dans ces collectivités.

En revanche, les collectivités ont une pleine compétence fiscale pour les personnes n'ayant pas, ou pas encore, leur domicile fiscal dans l'une des collectivités, sans l'avoir en France, aucune disposition de la loi organique ne faisant obstacle à l'imposition par la collectivité des revenus ou de la fortune dont ces personnes y disposent, sous la seule réserve des conventions fiscales qui viendraient à être conclues pour la collectivité avec des États étrangers.

Dispositions budgétaires et comptables

Certaines questions soulevées par l'examen du projet de loi de règlement pour 2006 ainsi que des dispositions particulières relatives à la franchise fiscale contenues dans la loi de finances rectificative sont abordées dans la rubrique « assemblée générale ».

Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances de l'année

Saisi dans le cadre du projet de loi de finances pour 2008 de dispositions tendant à supprimer ou à modifier des dispositifs d'exonération de cotisations de sécurité sociale, le Conseil d'État a estimé que ces dispositions avaient leur place dans cette loi de finances.

En effet, si l'article L. 131-7 du code de la sécurité sociale institue une obligation de compensation intégrale par le budget de l'État au profit des régimes concernés des réductions ou exonérations de cotisations sociales, la suppression d'un dispositif d'exonération comme en l'espèce, se traduira par une moindre compensation de recettes par le budget de l'État et aura donc une incidence directe sur les dépenses budgétaires de l'année au sens du b) du 7° du II de l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF).



Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances rectificative

Le Conseil d'État a considéré que, malgré le silence sur ce point de l'article 35 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), qui définit l'objet des lois de finances rectificatives, ces lois peuvent comporter des dispositions relevant du 7^o du II de l'article 34, relatif au contenu facultatif de la loi de finances de l'année. Mais, s'agissant de mesures législatives ayant pour effet d'augmenter ou, comme en l'espèce, de diminuer les charges de l'État, le b) de ce 7^o limite la possibilité d'insertion en loi de finances aux « dispositions affectant directement les dépenses budgétaires de l'année ». Dans le cas d'une loi de finances rectificative, les termes « dépenses budgétaires de l'année » visent nécessairement celles qui seront imputées sur l'exercice en cours.

Ressources affectant l'équilibre budgétaire

Le Conseil d'État a examiné un projet abrogeant le I de l'article 36 de la loi de finances pour 2001 (n^o 2001-1352 du 30 décembre 2000) qui fixe le montant et les conditions de liquidation des redevances domaniales dues par les titulaires d'autorisation d'exploiter des réseaux de télécommunications de troisième génération ainsi que la durée de ces autorisations. Il estime que cet article ne peut être rattaché à aucun des cas décrits au 7^o du II de l'article 34 de la LOLF. Est exclu en particulier un rattachement au e) du 7^o qui vise les dispositions relatives à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques en raison du caractère très artificiel qu'aurait le lien entre l'abrogation envisagée et l'information du Parlement. Il ne peut, dès lors, trouver sa place en loi de finances rectificative. En revanche, dès lors que la délivrance d'une quatrième licence en 2008 devrait entraîner la perception, sous forme d'une redevance domaniale, d'une ressource affectant l'équilibre budgétaire au sens du 2^o du I de l'article 34 de la LOLF, la disposition proposée peut trouver sa place dans le projet de loi de finances initiale pour 2008, sous les réserves inhérentes au degré d'avancement de la procédure parlementaire.

Nomenclature budgétaire

Examinant l'article répartissant les autorisations d'engagement et les crédits de paiement entre les missions et les programmes du budget général, le Conseil d'État a constaté que la structure des missions a été notablement modifiée pour tenir compte de la création à la suite du décret du 19 juin 2007 relatif à la composition du Gouvernement, d'une part, du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, d'autre part, du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement.

Eu égard aux termes de l'article 7 de la loi organique relative aux lois de finances, il appartient au Gouvernement de définir le périmètre des missions en fonction des politiques publiques mises en œuvre. Il est également de sa compétence de choisir de constituer ces missions à partir des crédits d'un seul ou de plusieurs ministères, les critères sur lesquels repose la délimitation des missions ne devant toutefois pas être entachés d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le Conseil d'État a observé que le choix opéré, en l'espèce, par le Gouvernement, qui correspond à la volonté de promouvoir des politiques publiques nouvelles n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Il a rappelé, toutefois, à cette occasion que tant l'esprit de la loi organique relative aux lois de finances (qui repose que le principe d'une allocation des moyens par objectif) que les exigences de la bonne information du Parlement, s'opposent à des changements trop fréquents de la nomenclature budgétaire, notamment motivés par des modifications de périmètres ministériels qui ne s'accompagnent pas de la définition de nouvelles politiques publiques.

Reports de crédits

L'article 15 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) limitant la faculté de report «au même programme ou, à défaut, sur un programme poursuivant les mêmes objectifs», la modification de l'intitulé d'un programme ou *a fortiori* de son périmètre, oblige à mentionner, dans l'article de loi de finances ouvrant une possibilité de dérogation au plafond de 3 %, la nomenclature de l'année n et celle de l'année n + 1 de façon à permettre le contrôle de la règle rappelée ci-dessus.

Garantie de l'État

1° Dans le cadre d'un avenant au traité de concession, l'État a transféré à Cofiroute la gestion d'une section d'autoroute construite par l'État et a garanti la société contre les recours contentieux de riverains. Saisi d'un projet d'article de loi de finances validant cette garantie, le Conseil d'État a tout d'abord relevé que les travaux préparatoires de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), à la lumière notamment de son avis du 21 décembre 2000, faisaient apparaître la volonté du législateur organique de permettre à la loi de finances d'appréhender l'ensemble des charges financières éventuelles résultant de garanties accordées par l'État à des tiers en vue de les prémunir, le cas échéant, contre des pertes financières.

L'absence de définition dans la LOLF de la notion de garantie interdit, selon le Conseil d'État, de la cantonner aux seules garanties d'opérations de prêts ou d'emprunts et aux garanties de passifs mais doit conduire à inclure, dans le champ de la procédure du 5° du II de l'article 34 de la LOLF, tous les mécanismes par lesquels l'État accepte d'assumer une charge financière éventuelle qui normalement incombe au tiers garanti.

Ni la circonstance que la garantie accordée, en l'espèce, à Cofiroute résulterait d'un contrat, ni celle que l'État continuerait ainsi à assumer une charge qui initialement lui incombait en tant que maître de l'ouvrage, ne sont de nature à retirer à la garantie accordée à cette société son caractère de garantie au sens de l'article 34 de la LOLF.

Le Conseil d'État n'a pas retenu davantage pour écarter cette qualification, la circonstance qu'en l'espèce il aurait été possible pour l'État de parvenir au même résultat sans mentionner une quelconque garantie, en stipulant qu'alors même



que l'ouvrage routier était transféré à Cofiroute, l'État continuerait à assumer la responsabilité des dommages causés aux tiers du fait de cet ouvrage.

Il résulte de ce qui précède que le Conseil d'État n'a pas estimé possible d'exclure les garanties contractuelles du champ des garanties mentionnées par le 5° du II de l'article 34 de la LOLF.

Le Conseil d'État a relevé en deuxième lieu qu'en vertu du 5° du II de l'article 34 de la LOLF l'octroi de la garantie de l'État ne peut procéder que d'une autorisation préalable du législateur financier, lequel est, en outre, tenu d'en fixer le régime avec une précision suffisante. Toutefois, cette exigence ne prive par le Gouvernement de la possibilité d'insérer dans un contrat une stipulation relative à la garantie de l'État à condition de l'assortir d'une clause résolutoire.

Enfin, si la garantie de l'État accordée à une «entreprise» au sens du traité instituant la Communauté européenne constitue en principe une aide d'État au sens des articles 87 et 88 de ce traité et doit, par suite, faire l'objet d'une notification à la Commission européenne, le Conseil d'État a estimé qu'en l'espèce la garantie accordée à Cofiroute ne peut être regardée comme un avantage économique consenti à cette société, dans la mesure où cette garantie n'est que la contrepartie du transfert de l'ouvrage routier. En conséquence, le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur la question de l'application de la règle *de minimis* à une garantie de l'État.

2° Examinant un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Agence spatiale européenne relatif à l'Ensemble de lancement Soyouz (ELS) au Centre spatial guyanais (CSG), l'assemblée générale estime que la circonstance qu'une convention internationale comporte une stipulation équivalente à l'engagement de la garantie de l'État au sens du 5° du II de l'article 54 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) ne fait pas obstacle à ce que l'autorisation de ratification soit donnée par la seule loi ordinaire, prise sur le fondement de l'article 53 de la Constitution.

L'adoption ultérieure d'une disposition de loi de finances, conformément aux dispositions susmentionnées, n'est nécessaire que si et seulement si les stipulations relatives à l'engagement de la garantie de l'État figurant dans la convention ne sont pas d'effet direct et que leurs modalités d'application doivent être précisées par une loi interne. Il a été fait application de ces principes par la commission permanente lors de l'examen d'un accord additionnel à l'accord passé avec le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif au musée universel d'Abou Dhabi et portant dispositions relatives aux garanties des États parties, dont l'intervention était susceptible d'appeler une traduction en loi de finances.

Remise de dette

Saisi dans le cadre du collectif 2007 d'un article portant majoration du plafond de l'autorisation donnée par l'article 64 de la loi de finances rectificative pour 1991 au ministre des finances d'accorder des remises de dette aux pays pauvres très endettés, le Conseil d'État a examiné la compatibilité d'un tel dispositif avec la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) dont aucune disposition n'institue de procédure particulière pour ce type de mesure, contrairement

à ce qui est prévu aux 5° et 6° du II de l'article 34 de la loi organique pour la garantie de l'État ou les reprises de dettes des tiers. Il estime que le silence de la loi organique sur les remises de dette consenties dans un but d'intérêt général et qui constituent un des moyens traditionnels d'intervention de l'État, dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, ne vaut pas interdiction de ce type de mesure et que rien dans les travaux préparatoires de la LOLF ne permet de penser que le Parlement ait entendu priver l'État de cette faculté alors que restent ouvertes la voie des subventions ou encore la procédure de reprise de dette des tiers.

Le Conseil a estimé, en deuxième lieu, qu'une remise de dette ne peut résulter que d'une disposition de la loi de finances de l'année ou d'une disposition de loi ordinaire. Elle ne peut en revanche figurer dans une loi de finances rectificative que si, à défaut d'une incidence directe sur les ressources budgétaires et, par suite, sur l'équilibre de l'exercice en cours, elle peut se rattacher à l'une des situations décrites au 7° du II de l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF).

Enfin, le Conseil d'État a considéré que le législateur financier comme le législateur ordinaire peuvent déléguer au Gouvernement ou à un ministre, dans les conditions qu'ils déterminent, le pouvoir de décider de remises de dettes. En l'espèce, si la délégation prévue est apparue comme suffisamment encadrée (objet, bénéficiaires, plafond), il a été jugé cependant nécessaire d'introduire une disposition prévoyant une obligation pour le Gouvernement de rendre compte, chaque année, au Parlement des remises de dettes consenties sur le fondement de l'autorisation qui lui est donnée.

Cette obligation d'information parachève l'encadrement de la délégation. Elle permet également de justifier le rattachement de l'article examiné à la loi de finances rectificative pour 2007. Alors que le relèvement du plafond des remises de dette aux pays pauvres très endettés n'affecte pas l'équilibre budgétaire de l'exercice 2007, la disposition introduite est relative à l'« information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques » au sens du e) du 7° du II de l'article 34 de la LOLF et peut donc ainsi figurer dans la loi de finances rectificative pour 2007.

Loi de règlement

Outre les points figurant au titre du bilan de l'assemblée générale et de la commission permanente, le projet de loi de règlement pour 2006 a appelé les autres observations suivantes.

1° Le Conseil d'État a relevé qu'en vertu d'une jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel, les moyens tirés d'irrégularités entachant les opérations relatives à l'exécution du budget sont inopérants à l'encontre de la loi de règlement en tant que celle-ci procède à des constatations ou à des ajustements de crédits.

Dégagée sous l'empire de l'ordonnance du 2 janvier 1959 à partir de la décision du 16 janvier 1986, cette jurisprudence est, dans son principe, transposable sous l'empire de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) qui assigne à la loi de règlement les mêmes fonctions de constatation et d'ajustement.



Toutefois, le principe de sincérité entendu comme « l'exactitude des comptes » lorsqu'il s'applique à la loi de règlement, impose que le rattachement à l'exercice des opérations de dépenses et de recettes s'effectue conformément aux règles posées par l'article 28 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF).

À cet égard, le Conseil d'État a constaté que le projet du Gouvernement intégrant dans le résultat budgétaire de l'exercice 2006 des opérations effectuées entre le 1^{er} et le 20 janvier 2007 alors que le décret pris pour l'application de l'article 28 de la loi organique relative aux lois de finances et définissant le cadre de la période complémentaire à l'année civile, n'était intervenu que le 5 mai 2007.

Ce texte n'ayant pas et ne pouvant d'ailleurs pas avoir de portée rétroactive, le résultat budgétaire présenté dans le projet du Gouvernement est apparu au Conseil d'État comme entaché d'inexactitude.

Le Conseil d'État a estimé, afin de régulariser les écritures ainsi présentées, qu'il importait de prévoir une disposition expresse de la loi de règlement conférant une portée rétroactive au décret du 4 mai 2007 précité, une ratification implicite par la loi de règlement ne suffisant pas à assurer par elle-même l'exactitude des comptes.

2° La comptabilité budgétaire étant une comptabilité de caisse, le Conseil d'État a estimé, en second lieu, qu'il convenait d'inclure pour un montant de 3,27 milliards d'euros dans le résultat de 2006 l'impact d'une mesure exceptionnelle de régularisation du calendrier des pensions. Le chiffre de – 35,734 milliards d'euros qui figurait dans le projet initial du Gouvernement est rectifié par le Conseil d'État et fixé à – 38,999 milliards d'euros.

En revanche, le Conseil d'État n'a pas fait sienne l'analyse de la Cour des comptes figurant dans son rapport sur l'exécution budgétaire 2006 (p. 10 et 11) selon laquelle le résultat budgétaire devrait intégrer le montant des dépenses exposées en 2006 pour le compte de l'État par le Crédit foncier de France (495 millions d'euros) et le Centre national d'amélioration des structures d'exploitation agricole s'élevant à 36 millions d'euros. Si ces dépenses ainsi prises en charge par ces deux entités extérieures à l'État incombent normalement à l'État et si celui-ci devra tôt ou tard les couvrir, elles n'ont donné lieu à aucun décaissement en 2006 de la part de l'État. Par suite, l'article 28 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) fait obstacle à ce qu'elles soient prises en compte dans le résultat budgétaire de 2006.

Décrets d'avance

Le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la nature de l'exigence de motivation des décrets d'avance découlant de l'article 56 de la loi organique susvisée qui, autant sur les mesures d'annulation que sur celles d'ouverture de crédit, doit être suffisamment précise et sincère pour permettre aux commissions parlementaires d'émettre un avis circonstancié dans les délais impartis par l'article 13 de la LOLF et à ceux qui en prendront connaissance par la publication au *Journal officiel* d'appréhender le sens et la portée des arbitrages auxquels il a été procédé.

Période complémentaire

La comptabilité de l'État doit retracer les opérations que l'État réalise pour son propre compte au travers de réseaux de comptables publics (DGCP, DGI, DGDDI) et celles liées aux relations que l'État entretient avec une multitude de partenaires (le secteur public local et les correspondants du Trésor notamment).

Cette particularité justifie le fait que certaines opérations de recettes ou de dépenses effectuées par l'État doivent transiter par des comptes d'imputation provisoire avant de recevoir leur imputation comptable définitive en comptabilité de l'État.

Par suite, le projet de décret d'application de l'article 28 de la loi organique relative aux lois de finances mentionne à bon droit la régularisation des opérations sur «comptes d'attente» parmi les opérations à intervenir durant la période complémentaire.

L'objectif d'apurement des comptes d'imputation provisoire qui répond à l'exigence de qualité des comptes, est inscrit dans l'article 28 de la loi organique qui impose d'apurer ces comptes par leur imputation aux comptes définitifs au plus tard à la date d'expiration de la période complémentaire.

Comité des normes de comptabilité publique

Le Conseil d'État a estimé également que le même projet de décret, qui définissait la période complémentaire, était relatif à la comptabilité budgétaire de l'État. Il s'ensuit que la soumission de ce projet de décret au comité des normes de comptabilité publique instituée par l'article 136 de la loi de finances pour 2002 (n° 2001-1275 du 28 décembre 2001) n'était pas juridiquement indispensable dans la mesure où l'article 136 ne prévoit d'obligation de consultation que pour les projets de normes de comptabilité publique, lesquelles se rattachent à la comptabilité générale et non à la comptabilité budgétaire.

Principe d'exclusivité de compétence du comptable public

Saisi d'une demande d'avis relative aux conditions de validité des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques des collectivités territoriales, le Conseil d'État (section des finances) a relevé notamment que la règle d'exclusivité de compétence du comptable public pour percevoir les recettes publiques et payer les dépenses publiques, résultant, pour les communes, de l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales et, pour les départements, de l'article L. 3342-1 du même code, n'a pas d'équivalent dans le titre IV du livre III de la quatrième partie du même code relative à la région.

Toutefois, le principe d'exclusivité de compétence du comptable public étant un principe général des finances publiques, il doit être appliqué à l'ensemble des collectivités territoriales, y compris les régions et la collectivité territoriale de Corse.



Remises gracieuses accordées à des comptables de fait

La section des finances, saisie d'un projet de décret modifiant le décret n° 64-1022 du 29 septembre 1964 relatif à la constatation et à l'apurement des débits des comptables publics et assimilés et modifiant le code des juridictions financières, a été conduite à s'interroger sur le fondement légal des remises gracieuses accordées par le ministre chargé du budget à des comptables de fait.

La section des finances a relevé que le troisième alinéa du XI de l'article 60 de la loi de finances rectificative pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963), dans sa rédaction issue de l'article 146 de la loi n° 2006-1171 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, dispose que : *« les gestions irrégulières entraînent, pour leurs auteurs, déclarés comptables de fait par la Cour des comptes, les mêmes obligations et responsabilités que les gestions patentes pour les comptables publics. Néanmoins, le juge des comptes peut, hors le cas de mauvaise foi ou d'infidélité du comptable de fait, suppléer par des considérations d'équité à l'insuffisance des justifications produites ».*

La section des finances a considéré que les dispositions précitées pouvaient, sans pour autant conférer un avantage aux comptables de fait par rapport aux comptables publics, être interprétées, comme l'a fait le second alinéa de l'article 19 du décret n° 64-1022 du 29 septembre 1964, en ce sens que les mots « mêmes obligations et responsabilités que les gestions patentes pour les comptables publics » signifient le même régime de responsabilité, le même régime d'atténuation de responsabilité et, par suite, le même régime de remises gracieuses.

Dispositions économiques et financières

Banque de France et autorités de contrôle du secteur bancaire

1° En vertu de l'article L. 614-2 du code monétaire et financier, le comité consultatif de la législation et de la réglementation financières est consulté notamment sur les projets de loi ou de décret « traitant de questions relatives au secteur bancaire »

Il est apparu que n'entrait pas dans le champ des prévisions de ces dispositions, un projet de décret relatif au fonctionnement interne de la Banque de France.

La section des finances a estimé que ce projet n'avait pas davantage à être soumis à la consultation de la Banque centrale européenne (BCE) dès lors que cette institution avait été consultée, et avait d'ailleurs rendu un avis sur la proposition de loi, dont est issue la loi n° 2007-212 du 20 février 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, pour l'application de laquelle est pris le projet de décret, lequel ne se départit pas substantiellement de la loi et de son exposé des motifs. La réitération de la consultation s'impose d'autant moins que la Banque centrale a publié un « guide relatif à la consultation de la BCE par les autorités nationales au sujet des projets de réglementation », selon lequel la décision 98/415/CE susmentionnée *« ne signifie pas que la BCE doit être consultée sur tous les textes réglementaires qui mettent en œuvre un texte*

législatif relevant des domaines de compétence de la BCE. Il ressort clairement des objectifs de la décision 98/415/CE que son avis sur un tel projet de texte réglementaire ne devrait être sollicité de la BCE que s'il porte sur une matière étroitement liée aux missions de la BCE et si son incidence sur les sujets relevant des domaines de compétence de la BCE est distincte de celle découlant du texte législatif lui-même. »

Bien que n'ayant pas de valeur normative, ce « guide » éclaire la portée de la décision du Conseil de 1998 et permet en l'espèce de se dispenser de la consultation de la BCE.

2° Par son article 4, la loi du 20 février 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France a habilité le Gouvernement agissant par voie d'ordonnance à prendre les « dispositions législatives nécessaires » pour transposer aussi bien la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice que la directive 2006/49/CE du même jour sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit.

La section des finances a estimé que le fait que l'article 136 de la directive 2006/48/CE mentionne la capacité pour les autorités de surveillance d'imposer à un établissement bancaire d'arrêter « rapidement » les actions ou mesures permettant de redresser sa situation, n'autorisait cependant pas à regarder comme une norme nécessaire à la transposition de cette directive, entrant dans le champ de l'habilitation conféré par la loi, une disposition autorisant la Commission bancaire, en l'absence de toute procédure préalable obligatoire, d'enjoindre à un établissement de crédit de se conformer à la totalité des recommandations et injonctions énumérées à l'article L. 631-16 du code monétaire et financier, tel que complété par le projet d'ordonnance.

3° Saisi de deux projets de décret relatifs à la solvabilité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et aux sociétés de crédit foncier et modifiant le code monétaire et financier (partie réglementaire), la section des finances leur a donné un avis favorable, sous réserve la disjonction de dispositions relatives à la publication de certains documents et informations par la commission bancaire et le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

Ces dispositions, qui assurent la transposition de l'article 144 de la directive 2006/48/CE du 14 juin 2006, prévoient la publication par voie électronique, par la commission bancaire et le CECEI, des « orientations, méthodes et critères généraux » dont ces autorités de contrôle font application pour les besoins de la surveillance prudentielle, notamment les « modalités d'exercice des facultés prévues par la législation communautaire en matière prudentielle ». Il s'agit donc de porter à la connaissance des établissements de crédit et des entreprises d'investissement des précisions à caractère général sur la façon dont la commission bancaire et le CECEI exercent leurs compétences en application des dispositions du code monétaire et financier relatives à la surveillance prudentielle de ces entreprises.

De tels documents et informations ont été regardés comme entrant dans le champ matériel des dispositions combinées des articles 1^{er} et 7 (premier alinéa) de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions



d'ordre administratif, social et fiscal. Par suite, en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 7 de cette loi, leur publication doit être organisée selon des modalités fixées par un décret en Conseil d'État pris après avis de la commission d'accès aux documents administratifs.

À défaut d'un tel avis, et dès lors que le dispositif de publication envisagé s'écarte de celui prévu de manière générale par les articles 29 à 33 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 pris pour l'application de la loi du 17 juillet 1978, les dispositions en cause n'ont pas pu être retenues.

Assurance et prévoyance

1° En vertu de l'article L. 614-2 du code monétaire et financier, le comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) « est saisi » pour avis par le ministre chargé de l'économie des projets de décret, autres que les mesures individuelles, traitant de questions relatives au « secteur des assurances ».

La section des finances a estimé, eu égard aux dispositions des articles L. 125-1 à L. 125-6 du code des assurances qui donnent droit à chaque assuré possédant un contrat de dommages aux biens au bénéfice d'une garantie complémentaire contre les effets des catastrophes naturelles, qu'un projet de décret ayant pour objet d'impartir un délai à une commune pour présenter une demande de reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle entrerait dans le champ des prévisions de l'article L. 614-2 du code monétaire et financier et devait par suite être soumis à l'avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (n° 380556).

2° Examinant le projet d'ordonnance relative aux marchés d'instruments financiers qui transpose la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, la section a regretté qu'au a) du 2° de l'article L. 531-2 le Gouvernement ait, à nouveau, réservé aux seules entreprises d'assurances régies par le code des assurances une mesure qu'une transposition complète de la directive aurait dû étendre aux mutuelles régies par le code de la mutualité et aux institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale, tout en admettant les raisons d'opportunité avancées par le Gouvernement, et qui sont susceptibles d'être admises par les autorités communautaires.

Établissements financiers

À l'occasion de l'examen de ce même projet d'ordonnance relative aux marchés d'instruments financiers, a été disjoint un projet d'article L. 518-2-2 du code monétaire et financier exonérant la Caisse des dépôts et consignations de la procédure d'agrément prévue pour les prestataires de service d'investissement, au motif qu'aucune disposition de la directive n'excluait de son champ cet établissement public quand il fournit des services financiers, même si le projet du Gouvernement prévoyait de limiter cette dispense aux services d'investissement nécessaires à l'accomplissement des missions confiées à la Caisse des dépôts et consignations par les lois et règlements.



Consommation

1° Le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs soumis au Conseil d'État a conduit ce dernier à disjoindre une disposition méconnaissant la règle fondamentale de la procédure judiciaire selon laquelle l'action en responsabilité civile est engagée par la personne qui soutient avoir subi un préjudice ou par une personne à qui elle a donné mandat et qui déclare expressément agir en son nom.

La disposition en cause qui tendait à habiliter le ministre chargé de l'économie ou le ministère public à poursuivre comme en matière d'impôts directs le recouvrement des sommes dues au titre de la répétition de l'indu, exposait en effet l'ensemble du paragraphe III de l'article L. 442-6 au risque de non-conformité à la Constitution, voire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Au lieu et place de cette procédure, le Conseil d'État a recommandé, comme étant la voie la plus efficace et la plus sûre, l'instauration d'un régime de sanctions pécuniaires, et dont le montant devrait être proportionné à la gravité des agissements punissables.

2° Examinant le projet de décret modifiant le décret n° 85-872 du 14 août 1985 portant application de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services en ce qui concerne les confitures, gelées et marmelades de fruits et autres produits similaires, la section a estimé au vu de la communication interprétative de la Commission n° 2003/C 265/02 – «Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre» qu'il y avait lieu d'harmoniser la rédaction des clauses de reconnaissance mutuelle figurant dans les projets de décrets pris par le Gouvernement français.

Cette clause est insérée dans divers projets de décret pris en application de l'article L. 214-1 du code de la consommation et doit faire l'objet d'une notification à la Commission des Communautés européennes lorsque le projet entre dans le champ de la directive 98/34/CE modifiée du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

3° Pour la mise en œuvre du règlement n° 648/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif aux détergents, la section a estimé que les dispositions qu'il contient relatives aux règles de mise sur le marché et d'étiquetage, pouvaient être sanctionnées en vertu d'un décret pris sur le fondement de l'article L. 214-3 du code de la consommation.

En revanche, celles des dispositions du règlement qui sont relatives aux restrictions à la mise en vente en rapport avec la biodégradabilité des agents de surface et des détergents, sont apparues comme relevant du 4° du I de l'article L. 211-2 du code de l'environnement et ne pouvant être sanctionnées qu'en vertu d'un décret pris sur cette base légale.



Aides d'État

1° Examinant le nouveau régime d'aide au secteur des hôtels, cafés et restaurants (HCR) le Conseil d'État s'assure que du fait du plafonnement de la nouvelle aide à 30 salariés, elle n'excédera jamais 200 000 euros sur trois ans en régime de croisière, fixé par le règlement (CE) n° 1998/2006 du 15 décembre 2006.

Le Conseil d'État estime, en outre, que durant la période transitoire 2008-2009, il n'y a pas lieu de réintégrer, pour l'appréciation du plafond « *de minimis* » sur trois ans, les aides accordées au titre du précédent régime d'aide au secteur HCR, lequel avait fait l'objet d'une notification puisqu'il était susceptible de conduire à dépasser le plafond « *de minimis* » de 100 000 euros posé par le règlement (CE) n° 69/2001 du 12 janvier 2001 alors en vigueur.

Par suite le nouveau régime d'aide n'a pas à faire l'objet d'une notification.

Cette appréciation portée sur la création du régime en tant que tel ne dispense pas de s'assurer du respect, par les entreprises aidées, du plafond « *de minimis* » compte tenu de l'existence éventuelle d'autres aides se cumulant avec l'aide au secteur HCR.

2° Saisi d'un projet de décret instituant un régime d'aides en faveur des débiteurs de tabac qui mettent fin à leur activité, la section des finances a considéré que de telles mesures n'étaient pas constitutives d'un régime d'aides d'État au sens du droit communautaire, puisque leur objet même était la cessation d'une activité économique.

3° Pour le même motif, la reprise par l'État de la dette résiduelle de Charbonnages de France n'a pas été regardée comme constitutive d'une aide d'État.

Experts-comptables

Saisi d'un projet de décret portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable, la section des finances a relevé que ce code, à la différence de ceux applicables aux autres professions réglementées (avocats, professions de santé, architectes, géomètres experts...), ne trouve pas de fondement exprès dans les dispositions législatives applicables à la profession d'expert-comptable. Dans sa version aujourd'hui en vigueur, en effet, l'ordonnance du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, ne comporte aucun renvoi à un décret sur ce point, ni d'ailleurs aucune mention d'un tel code. Il a toutefois été considéré qu'un décret, pris dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome, pouvait légalement édicter les règles de déontologie applicables à une profession, dont la méconnaissance peut donner lieu à des sanctions disciplinaires allant jusqu'à l'interdiction définitive d'exercice de cette profession, dès lors que ces règles constituent le complément d'une réglementation de cette profession, à laquelle le législateur a lui-même déjà procédé.

Conventions internationales

Notion d'engagement international

La loi fondamentale de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine adoptée le 4 août 1990 énonce dans son article 151 que la « Région administrative spéciale de Hong Kong peut elle-même entretenir et développer des relations et conclure et exécuter des accords avec des États et des unités territoriales étrangers ainsi qu'avec des organisations internationales dans les domaines pertinents comme les domaines économique, commercial, financier et monétaire, des transports maritimes, des communications, du tourisme, de la culture et des sports ».

En cet état du droit, un accord a été passé entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine sur le transfèrement des personnes condamnées. Il est spécifié dans le premier alinéa de l'accord que le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine, qualifié de Partie contractante, était « *dûment autorisé par le Gouvernement central de la République populaire de Chine* ».

La section des finances a estimé que le texte ainsi conclu devait être regardé comme un engagement international soumis en conséquence aux dispositions du titre VI de la Constitution française.

Accords intervenant dans une matière législative

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle constante du Conseil d'État prévoient qu'un accord ou un traité doit être soumis à autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation s'il porte sur une matière de nature législative, sans qu'il soit besoin de considérer si ce traité ou cet accord modifie des dispositions législatives existantes.

1° Le Conseil d'État a donné son accord au projet de loi autorisant l'approbation du protocole sur la modification de l'accord instituant une Commission internationale pour le Service international de recherches, lequel est chargé de gérer les archives relatives aux personnes détenues dans les camps de concentration ou de travail nationaux-socialistes ou aux non-Allemands déplacés du fait de la seconde guerre mondiale.

Il a estimé que ce protocole intervient dans des matières de nature législative dès lors que pour l'essentiel il autorise l'accès des tiers à des données nominatives sensibles et qu'il concerne le régime de consultation des archives publiques, domaines touchant aux garanties fondamentales du citoyen.

2° Examinant le projet de loi autorisant l'approbation d'un accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Surinam relatif à la coopération transfrontalière en matière policière, le Conseil d'État (section des finances) a estimé qu'il intervenait dans une matière par nature législative puisqu'il prévoyait le détachement pour une durée limitée de



fonctionnaires de la police nationale ou militaires de la gendarmerie auprès des services surinamiens de police.

Le Conseil d'État a relevé, en effet, concernant les militaires de la gendarmerie, que les dispositions statutaires pertinentes (qui sont de nature législative) ne prévoient pas la possibilité de la mise à disposition. Quant aux fonctionnaires de la police nationale, si les dispositions de l'article 42 de la loi n° 84-16 modifiée autorisent bien leur mise à disposition, une autorisation législative est nécessaire, puisque la ratification de l'accord permettra de maintenir la mise à disposition d'agents français, même si la possibilité prévue à l'article 42 précité de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 devait être supprimée.

Amendements et avenants

1° Eu égard au fait qu'en adoptant une loi autorisant la ratification d'amendements ou d'avenants à une convention internationale dont ils ne sont pas séparables, et qui n'a été précédemment ratifiée qu'en vertu d'un décret du Président de la République, le législateur est regardé comme ayant entendu ratifier ensemble et les amendements ou avenants et le texte initial auxquels ces amendements ou avenants se rattachent, le Conseil d'État estime qu'il est tenu, lorsqu'il est saisi d'un projet de loi autorisant la ratification ou l'approbation de tels amendements ou avenants, d'examiner également le texte initial auxquels ils se rattachent.

La solution est la même si, par leur seul contenu explicite, l'amendement ou l'avenant n'entrent pas eux-mêmes dans le champ des traités et accords dont l'article 53 de la Constitution subordonne la ratification à une autorisation du législateur, dès lors que le traité en cause qui va être implicitement ratifié relève lui-même de cet article.

2° Lorsqu'il apparaît à propos de l'examen d'un projet de loi autorisant la ratification, l'approbation ou l'adhésion à une convention internationale que cette dernière prévoit un mécanisme interne d'amendement par lequel le texte de cette convention pourrait être modifié sur des points ou dans des domaines qui entrent dans le champ de l'article 53 de la Constitution, il appartient alors au Gouvernement de soumettre en temps utile à l'approbation du Parlement tout amendement introduit par cette procédure interne et entrant dans le champ de compétence du législateur au titre de l'article 53 de la Constitution.

Il n'est pas nécessaire de soumettre au Parlement l'approbation de certains amendements à la convention internationale. Tel est notamment le cas de ceux qui :

a) créent une organisation internationale, lorsque la personnalité juridique de cette dernière n'est pas opposable à la France mais seulement à un État tiers et sur son seul territoire ;

b) sont déjà prévus dans leur principe par la convention soumise au Parlement, et enserrés par elle dans des limites précises, telles qu'on puisse considérer qu'en approuvant la convention initiale le législateur a autorisé également le Gouvernement à ratifier ces amendements (cas d'amendements sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes, dont les règles de revalorisation sont fixées par la convention elle-même) ;

c) portent sur le montant de contributions facultatives au budget d'organisations internationales.



Compétences partagées entre la Communauté européenne et les États membres

La protection de l'enfance en danger entre dans le champ des compétences partagées entre la Communauté européenne et les États membres.

Dans la mesure où, en tout état de cause, les dispositions de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 vont au-delà de celles prévues par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, l'adhésion d'un État membre à cette convention est subordonnée à l'autorisation du Conseil des ministres de l'Union européenne et aux conditions fixées par celui-ci.

Lorsque la Communauté européenne ne peut adhérer elle-même à la convention, dès lors que celle-ci réserve l'adhésion aux seuls États, l'autorisation donnée aux États membres prend la forme d'une décision du Conseil des ministres de l'Union européenne.

Constitutionnalité d'une convention d'extradition

L'extradition d'une personne susceptible d'encourir la peine de mort dans l'État requérant est contraire à l'ordre public français depuis la loi du 9 octobre 1981. Il est admis cependant que l'extradition peut être accordée si la France obtient de l'État requérant des garanties suffisantes établissant que la peine capitale ne sera pas prononcée ou, si elle est prononcée qu'elle ne sera pas exécutée.

La section des finances a estimé que cet état du droit positif ne se trouvait pas remis en cause par la circonstance que l'interdiction de la peine de mort a acquis valeur constitutionnelle en vertu de la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007. Elle en a déduit que n'était pas contraire à la Constitution une convention d'extradition passée par la France avec un État qui conserve cette peine dans sa législation, dès lors qu'il est stipulé qu'un refus d'extradition peut intervenir en pareil cas, à moins que ne soit donnée l'assurance que la peine capitale ne sera pas prononcée ou, si elle est prononcée, qu'elle ne sera pas exécutée.

Défense

1° La section des finances a tout d'abord, conjointement avec la section de l'intérieur, élaboré un avis rendu par l'assemblée générale sur la procédure applicable aux perquisitions effectuées par les magistrats et officiers de police judiciaire dans les zones protégées intéressant la défense nationale.

2° Le Conseil d'État a, par ailleurs, répondant à une demande d'avis relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie, estimé que dans ces territoires les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et les installations, ouvrages, travaux et activités relatifs aux eaux et milieux aquatiques (IOTA) relevant du ministre de la défense, entrent dans le champ



d'application des lois du pays en Polynésie française et des délibérations des provinces en Nouvelle-Calédonie.

Mais si la compétence en matière de droit de l'environnement relève de ces deux collectivités, le Conseil d'État relève qu'elle ne peut s'exercer que dans le respect des sujétions de la défense nationale qui sont de nature à limiter les pouvoirs des autorités territoriales. Par voie de conséquence, il appartient à l'État d'édicter par voie réglementaire les règles de procédure strictement nécessaires pour assurer la prise en compte de ces exigences.

3° Examinant quatre projets de décret relatif à la première partie (réglementaire) du code de la défense, la section a observé que même si la matière « défense nationale » figure dans le dernier état de la législation, au nombre des lois s'appliquant de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République, il était néanmoins opportun d'insérer dans chaque décret de codification un article prévoyant expressément l'application des dispositions codifiées dans les collectivités ultra-marines soumises au principe de spécialité législative. En effet, non seulement les règles nouvelles résultant de la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 ne s'appliquent pas immédiatement à l'ensemble des collectivités concernées, mais de plus, il est difficile d'affirmer que les dispositions objet de la codification se rattachent toutes à la « défense nationale » au sens conféré à ce terme par le législateur organique.

Organisation et gestion de l'administration

Délégation de pouvoir

1° Saisie d'un décret destiné à permettre au ministre de la défense de déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics à des autorités extérieures à l'administration centrale du ministère de la défense, la section des finances a estimé qu'un tel décret devait être pris en Conseil d'État.

Lorsqu'un ministre délègue une partie de ses pouvoirs à un fonctionnaire placé sous son autorité, il opère en effet une nouvelle répartition des compétences et modifie ainsi l'organisation du service public. Par suite, une telle répartition ne peut être autorisée que par l'autorité qui a qualité pour organiser le service public et fixer les attributions des ministres, c'est-à-dire un décret en Conseil d'État.

2° À l'occasion de l'examen du projet de décret portant délégation de pouvoir au président de la Bibliothèque nationale de France (BNF) en matière de gestion de personnels relevant de divers corps de fonctionnaires, la section des finances a été conduite à s'interroger sur le niveau de norme requise pour autoriser un ministre à déléguer des pouvoirs en matière de gestion de fonctionnaires de l'État à un dirigeant d'établissement public à caractère administratif (EPA), dès lors que cet établissement ne relève pas du pouvoir hiérarchique du ministre.

Elle a observé que relève de l'organisation du service public, la faculté donnée par un décret en Conseil d'État à un ministre de se départir de ses pouvoirs de gestion des fonctionnaires au profit d'un dirigeant d'établissement public.

Elle a estimé qu'à l'inverse de la délégation de signature qui impose, par sa nature même, que le délégataire soit placé sous l'autorité hiérarchique de l'autorité délégante, l'existence d'un lien de subordination hiérarchique du délégataire envers l'autorité délégante n'est pas une condition de la validité juridique de la délégation de pouvoir, laquelle institue au contraire une répartition de compétence nouvelle, permanente et exclusive de la répartition antérieure.

Elle a enfin observé que la faculté donnée à un ministre de déléguer à un dirigeant d'EPA le pouvoir de prendre des actes de gestion concernant les membres de divers corps de fonctionnaires relevant de ce ministre et qui sont affectés dans cet établissement, n'est pas susceptible de porter atteinte aux « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'État », domaine que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi, dès lors que les règles statutaires applicables aux corps de fonctionnaires de l'État, fixées par décret en Conseil d'État en application de l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, demeurent inchangées.

À ce titre, la gestion du personnel fonctionnaire affecté à un tel établissement entre dans le champ de la déconcentration du recrutement et de la gestion des corps de la fonction publique de l'État prévue par l'article 13 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires.

De l'ensemble de ces considérations il résulte que l'autorisation donnée par le Premier ministre à un ministre de déléguer à un dirigeant d'EPA des pouvoirs de gestion de fonctionnaires de l'État relève d'un décret en Conseil d'État et non d'une loi.

Établissements publics

1° Dès lors que l'autorité compétente décide de confier l'exercice d'une mission de service public à un établissement public, ce dernier doit disposer d'un minimum d'autonomie, tout en étant soumis à un contrôle de tutelle.

Sur le fondement de ces principes et compte tenu des caractéristiques spécifiques de la mission de service public confiée à l'établissement en cause, la section des finances a modifié le projet de décret portant création, organisation et fonctionnement de l'établissement public des Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique d'une part, en majorant la représentation des personnels allocataires au sein du conseil d'administration et en réduisant en conséquence celle des représentants de l'État et, d'autre part, en disjoignant la disposition qui soumettait au pouvoir hiérarchique du ministre de la défense les décisions du directeur général de l'établissement public relatives à l'octroi des allocations gérées par ce dernier.

2° L'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 dispose, dans sa rédaction issue de l'article 10 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, qu'« en l'absence de dispositions particulières prévues par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement, la limite d'âge des présidents de conseils d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'État est fixée à soixante-cinq ans ». Le Conseil d'État a estimé que l'exercice du pouvoir de dérogation ouvert par la loi devait se traduire par la fixation d'une limite d'âge



se substituant à celle du droit commun. Il a considéré également qu'il lui appartient de veiller à ce que la limite d'âge retenue par l'autorité réglementaire ne soit pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir.

La section des finances a estimé légale la fixation à 70 ans de la limite d'âge applicable au président du conseil d'administration de l'Agence française de développement, compte tenu notamment du caractère de la fonction et de l'intérêt qui s'attache, dans un établissement financier spécialisé aux responsabilités financières étendues et dont la tutelle est partagée entre trois ministères, à ce qu'il puisse être fait appel à une personnalité en fin de carrière, disposant d'expérience et de disponibilité.

Par ailleurs, la section estime que la gratuité des fonctions de président du conseil d'administration d'un établissement public ne constitue pas un principe général du droit qui s'imposerait, même sans texte, à l'autorité réglementaire. Si le décret relatif au statut d'un établissement public devait lui-même poser le principe de la rémunération des fonctions de président du conseil d'administration, il n'a pas à en déterminer lui-même le montant comme cela se vérifie pour certaines autorités administratives indépendantes et peut se borner à laisser le soin de le fixer à un arrêté interministériel pris par les ministres chargés de la tutelle administrative et financière de l'établissement public. En tant qu'il s'applique à une fonction, un tel arrêté a un caractère réglementaire. Son application à une personne déterminée résulte d'un acte individuel.

Service à compétence nationale

L'opérateur national de paye est un service à compétence nationale rattaché conjointement au directeur général de l'administration et de la fonction publique et au directeur général de la comptabilité publique, lesquels relèvent respectivement du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget.

Si le décret n° 97-464 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale (SCN) prévoit que ces services peuvent se voir confier « Toute mission à caractère opérationnel, présentant un caractère national et correspondant aux attributions du ministre sous l'autorité duquel ils sont placés », cette disposition ne limite pas le recours à la formule du SCN au seul cas des services ministériels et doit être regardée comme autorisant implicitement la création de SCN placés sous l'autorité de plusieurs ministres. Par suite le décret créant l'opérateur national de paye ne déroge pas au décret précité du 9 mai 1997 et n'a pas, à ce titre, à intervenir le « Conseil d'État entendu ».

Les dispositions de ce décret du 9 mai 1997 trouvant ainsi normalement à s'appliquer, il y a lieu de se référer pour la procédure de création de l'opérateur national de paye aux règles fixées par l'article 2 de ce décret.

En l'espèce l'opérateur national de paye, bien que placé « sous l'autorité des ministres chargés de la fonction publique et du budget » au sens de l'article 1^{er} du décret du 9 mai 1997, n'est pas rattaché directement à ces deux ministres. Il n'entre donc pas dans la catégorie des SCN, mentionnés au premier alinéa de l'article 1^{er} du décret du 9 mai 1997, dont la création doit intervenir par décret en Conseil d'État.

Rattaché directement aux deux directeurs généraux précités, l'opérateur national de paye doit suivre le sort réservé, par le deuxième alinéa de l'article 2, aux SCN rattachés à un directeur, à un chef de service ou à un sous-directeur, c'est-à-dire en principe, être créé par arrêté du ou des ministres sous l'autorité desquels il est placé.

Toutefois l'opérateur national de paye étant dirigé par un comptable supérieur du Trésor et exerçant les fonctions comptables de liquidation et de paiement des traitements, salaires et accessoires des agents de l'État, le service détient, à ce titre, des compétences propres et doit, par suite, être regardé comme exerçant ces compétences par délégation du ministre, au sens de la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 2 du décret du 9 mai 1997. Le ministre chargé du budget n'ayant pas la qualité de comptable public, l'opérateur national de paye doté de compétences propres échappe au pouvoir d'évocation du ministre et le décret le concernant doit, pour ce motif, intervenir le « Conseil d'État entendu, » conformément au cas particulier prévu à la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article 2 précité.

Services déconcentrés

La section des finances a estimé que la consultation prévue par les dispositions législatives relatives aux départements et régions d'outre-mer ainsi qu'aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie devait s'appliquer à un projet de décret comportant des mesures d'adaptation de l'organisation des services déconcentrés de l'État dans les collectivités concernées.

Commission consultative

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la commission de réforme des pensions militaires d'invalidité, la section des finances a estimé que la composition d'une commission consultative devait être au moins de trois membres afin que la collégialité qui sous-tend le fonctionnement d'une telle commission puisse valablement s'exercer.

Fonctionnaires et agents publics

Décret en conseil des ministres

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 69-222 du 6 mars 1969 relatif au statut particulier des agents diplomatiques et consulaires, la section des finances lui a donné un avis favorable. Elle a toutefois estimé que les dispositions de l'article 2 du projet de décret relatives à la mobilité des membres du corps des conseillers des affaires étrangères, qui assimilent, à la mobilité prévue à l'article 1^{er} du décret n° 2004-708 du 16 juillet 2004 relatif à la mobilité et au détachement des fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration, les services accomplis à l'étranger par les conseillers des affaires étrangères entrés dans le corps par la voie du tour extérieur, devaient faire l'objet



d'un décret en Conseil d'État et en conseil des ministres. En effet, ces dispositions ne constituent pas des « modalités d'accomplissement de la mobilité statutaire » au sens du premier alinéa de l'article 6 du décret du 16 juillet 2004, mais dérogent directement au dernier alinéa de l'article 2 de ce décret, qui dispose que « *Les conseillers des affaires étrangères ne peuvent accomplir leur mobilité dans leur propre administration* ». Par suite, le projet de décret dérogatoire doit être pris dans les mêmes formes que le décret de 2004 auquel il est dérogé et qui est un décret en Conseil d'État et en conseil des ministres.

Principe de l'accès des ressortissants communautaires

Saisi d'un projet de décret relatif aux emplois de directeur des services administratifs du ministère de la défense, la section des finances a relevé que ces emplois entraient bien dans le champ des dispositions de l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dans sa rédaction issue de l'article 10 de la loi du 26 juillet 2005, aux termes desquelles les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois, à l'exception de ceux des emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.

Compte tenu de la nature des fonctions susceptibles d'être exercées, à dominante administrative et de gestion, il ne lui a pas paru nécessaire de mentionner explicitement l'exception précitée parmi les dispositions du statut d'emploi.

Elle a toutefois estimé que le champ de compétences du ministère considéré (le ministère de la défense) justifiait que la référence à l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 figure explicitement dans les visas, afin de garantir au mieux l'application des dispositions de cet article, s'agissant notamment des réserves liées à l'exercice de la souveraineté ou des prérogatives de puissance publique.

Statut spécial

La création d'un corps unique d'adjoints administratifs par fusion de divers corps ministériels ne fait pas obstacle au maintien, au sein d'un ministère, sous statut spécial, des seuls membres du nouveau corps exerçant leurs fonctions dans les services déconcentrés de l'administration pénitentiaire.

La section des finances a estimé qu'un décret en Conseil d'État pouvait légalement opérer, au sein d'un même corps, une distinction de cette nature. Elle a en particulier observé qu'en prévoyant, en son article 2, que les personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire sont régis par un statut spécial qui peut déroger au statut général (désormais fixé par la loi du 13 juillet 1983 et la loi du 11 janvier 1984), « en raison des sujétions et des devoirs exceptionnels attachés à leurs fonctions », l'ordonnance du 6 août 1958 a expressément privilégié une approche fonctionnelle.

Personnels des autorités administratives indépendantes

Saisi d'un projet de décret relatif à la mise à disposition à temps partiel de certains fonctionnaires de l'État auprès de l'Autorité de sûreté nucléaire, le Conseil d'État a examiné les conditions particulières dans lesquelles les fonctionnaires de l'État de catégorie A exerçant les fonctions de chef d'un service déconcentré de l'État étaient mis à la disposition à temps partiel de l'Autorité de sûreté nucléaire ainsi que les règles régissant cette forme de mise à disposition.

S'agissant des conditions dans lesquelles ces fonctionnaires exercent leurs fonctions au sein de l'Autorité de sûreté nucléaire et pour tenir compte tant de la nature de la nature des fonctions qu'ils étaient susceptibles d'exercer concomitamment au sein des services de l'État que des missions particulières dévolues à l'Autorité de sûreté nucléaire, la section a estimé nécessaire de préciser, au deuxième alinéa de l'article 2 du projet de décret, qu'ils étaient, pour l'exercice de leurs fonctions au sein de l'Autorité de sûreté nucléaire, soumis aux dispositions du règlement intérieur mentionné aux articles 12 et 40 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité nucléaire et notamment aux règles de déontologie fixées au chapitre 3 dudit règlement homologué par un arrêté interministériel du 15 décembre 2006.

Déconcentration de la gestion

La section des finances a admis une disposition prévoyant, à titre dérogatoire, pour la seule branche «voies navigables et ports maritimes» du corps des personnels d'exploitation des travaux publics de l'État, la possibilité de retenir certains actes de gestion au niveau du ministre. Elle a estimé que l'administration avait pu légalement s'abstenir de créer des commissions administratives paritaires locales compétentes pour la branche «voies navigables, ports maritimes», dès lors que, d'une part, les effectifs de cette branche au plan local se sont avérés insuffisants, au regard des critères fixés par deux avis d'Assemblée précités en date du 7 juin 1990 et du 30 mai 1996 et que, d'autre part, la disposition transitoire précitée de l'article 33 du décret du 25 avril 1991 ne fixait aucune limite dans le temps à la dérogation.

En deuxième lieu, la section des finances a considéré qu'il pouvait être dérogé par décret en Conseil d'État, aux dispositions précitées des articles 2 et 3 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives, afin d'organiser une gestion distincte des deux branches du corps, justifiée par les effectifs respectifs de ces deux branches. Elle a en effet estimé qu'aucune disposition législative ne faisait obstacle à l'instauration d'une part, de CAP locales placées auprès des préfets compétents, pour la gestion déconcentrée des fonctionnaires de la branche «routes, bases aériennes», et d'autre part, d'une CAP nationale, placée auprès du ministre, compétente pour les seuls fonctionnaires de la branche «voies navigables, ports maritimes», s'agissant des actes emportant l'appréciation des mérites. Si les dispositions de l'article 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, aux termes desquelles «*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*» visent essentiellement la situation des corps à gestion déconcentrés,



pour lesquels une CAP locale est constituée auprès de chaque chef de service déconcentré, elles n'excluent pas la coexistence d'une pluralité de CAP locales et d'une CAP nationale placée auprès du ministre.

La section des finances a enfin estimé que la dualité de gestion des deux branches du corps des personnels d'exploitation des travaux publics de l'État, ne portait pas atteinte au principe d'égalité de traitement des agents d'un même corps, l'avis d'assemblée précité du 30 mai 1996 ayant estimé qu'était licite un dispositif dissociant les niveaux de déconcentration des actes de gestion en fonction des effectifs du corps dans chaque circonscription territoriale et n'ayant exclu que la seule variation du périmètre des actes déconcentrés en fonction des circonscriptions.

Organisation des concours

À l'occasion de l'examen de l'article 61 du projet de décret portant modification de certaines dispositions statutaires relatives à des corps de catégorie A de la fonction publique de l'État, modifiant l'article 75 du décret n° 95-370 du 6 avril 1995 fixant les dispositions statutaires applicables aux ingénieurs et aux personnels techniques de formation et de recherche du ministère de l'agriculture et de la pêche, la section des finances a considéré que le principe d'égalité devant la loi s'opposait à ce que l'arrêté d'organisation d'un concours de recrutement laisse au jury le choix de faire subir aux candidats des épreuves différentes et de n'entendre que les candidats dont la valeur professionnelle, appréciée sur un dossier de titres et travaux, lui paraissait suffisante. La section des finances a retenu un texte qui prévoit d'abord une admissibilité sur titres et travaux suivie d'une admission après entretien avec le jury.

Statut d'emploi

1° Examinant un projet de décret relatif à l'emploi de conseiller d'administration de l'écologie du développement et de l'aménagement durables, le Conseil d'État (section des finances) relève que cet emploi est susceptible d'être implanté tant dans les services de ce ministère que dans les établissements publics administratifs en dépendant, alors que seuls les comités techniques paritaires ministériels correspondant au périmètre du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables ont été consultés sur le projet dont elle a été saisie.

Les statuts d'emploi se rattachant « *aux problèmes généraux d'organisation des administrations, établissements ou services* » au sens du 1° de l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982, leur création dans des établissements publics à caractère administratif requiert la consultation des comités techniques paritaires centraux des établissements concernés.

La section des finances n'a pas fait obstacle à ce que le projet de décret fixant le champ d'application du statut d'emploi englobe aussi bien les services du ministère de l'écologie, de l'aménagement et du développement durables que les établissements publics administratifs placés sous sa tutelle.

Elle a estimé cependant qu'il devait être spécifié dans le projet que « *la création d'emplois de conseiller d'administration au sein d'un établissement public administratif sous tutelle est subordonnée à l'avis du comité technique paritaire central de l'établissement considéré* » afin de préserver, par cette mention, l'obligation de consultation du comité propre à chaque établissement intéressé.



2° Concernant un projet de décret relatif aux conditions de nomination et d'avancement dans l'emploi de secrétaire général et de chef de département de l'Institut national du sport et de l'éducation physique, la section a estimé que la création de ce statut d'emploi, dès lors qu'elle relève du pouvoir réglementaire général, échappe à la compétence délibérative du conseil d'administration de l'établissement concerné. En revanche, elle requiert la seule consultation du comité technique paritaire central de l'établissement, les statuts d'emploi se rattachant «aux problèmes généraux d'organisation des administrations, établissements ou services» au sens du 1° de l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires.

Comité technique paritaire central

La création d'un service à compétence nationale dénommé «opérateur de paye», rattaché à la direction générale de la comptabilité publique (DGCP) et à la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), doit être soumise au comité technique paritaire central de la DGCP et au comité technique paritaire spécial de la DGAFP, à l'exclusion des comités techniques paritaires ministériels des deux ministères dont relèvent les deux directions (3° de l'article 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires).

Comité technique paritaire ministériel

1° La section a estimé que le projet de décret modifiant le décret n° 81-241 du 12 mars 1981 portant statut particulier du corps de l'inspection générale de l'administration devait obligatoirement être soumis au comité technique paritaire ministériel du ministère de l'intérieur.

En effet, aux termes du premier alinéa de l'article 14 du décret du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, le comité technique paritaire ministériel est seul compétent pour connaître des statuts particuliers. Le comité technique paritaire du ministère de l'intérieur était donc compétent pour connaître des mesures statutaires que comportait le projet.

En outre, le comité technique paritaire ministériel était aussi seul compétent pour connaître de la mesure d'organisation que comportait également le projet (création d'un statut d'emploi pour le chef du service de l'inspection générale de l'administration). En effet, aux termes du 1° de l'article 13 du décret de 1982, le comité technique paritaire ministériel examine «les questions intéressant l'ensemble des services centraux et déconcentrés du service ministériel considéré». Or, l'organisation de l'inspection générale de l'administration intéresse l'ensemble du ministère de l'intérieur et non la seule administration centrale du ministère (n° 380386).

2° Par ailleurs la section a été conduite à préciser, dans une réponse à une demande d'avis adressée à la suite du décret du 19 juin 2007, les règles applicables à la constitution des différents comités techniques paritaires ministériels afin de donner dans la nouvelle organisation gouvernementale toute sa portée au principe de participation rappelé à l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983.



Selon la section des finances, doit être regardé comme un « département ministériel » au sens et pour l'application du décret du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, l'ensemble des services et des corps placés sous l'autorité hiérarchique d'un même ministre qui exerce à leur égard l'ensemble des pouvoirs du chef de service.

Pour déterminer le domaine d'intervention des différents départements ministériels, il convient, donc, de se référer, d'une part, aux décrets relatifs à la composition du Gouvernement ainsi qu'aux décrets d'attribution des ministres subséquents qui énumèrent les services sur lesquels les ministres exercent leur autorité, le cas échéant conjointement avec un ou plusieurs autres ministres, d'autre part, aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires qui définissent l'autorité ministérielle dont relèvent les corps intéressés.

Le critère organique de l'autorité dont relèvent les services et les corps est le seul à prendre en considération. En conséquence, il n'y a lieu, pour la détermination des périmètres des comités techniques paritaires ministériels, de prendre en compte ni les décrets d'attribution des ministres en tant qu'ils déterminent les matières pour lesquelles les ministres sont compétents, ni ces mêmes décrets en tant qu'ils énumèrent la liste des services dont « disposent » les ministres ou auxquels ils « peuvent faire appel », ni enfin, les décrets d'organisation intervenus sur le fondement du décret susvisé du 15 juin 1987 qui se bornent à définir l'organisation des services d'administration centrale et n'ont ni pour objet, ni pour effet de déterminer les compétences des ministres.

Personnel de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur

La loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche a créé l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur. Cette autorité administrative indépendante a, en vertu de l'article L. 114-3-1 du code de la recherche, notamment pour mission : « 1° *D'évaluer les établissements et organismes de recherche, les établissements d'enseignement supérieur et de recherche, les établissements et les fondations de coopération scientifique ainsi que l'Agence nationale de la recherche (...); 4° De valider les procédures d'évaluation des personnels des établissements et organismes mentionnés au 1° et de donner un avis sur les conditions dans lesquelles elles sont mises en œuvre* ». Pris pour l'application de ces dispositions législatives, le décret n° 2006-1334 du 3 novembre 2006 énonce dans son article 11 que la « section des établissements », qui est une composante de l'Agence, est compétente « *d'une part, pour l'évaluation des établissements et organismes mentionnés au 1° de l'article L. 114-3-1 du code de la recherche et, d'autre part, pour valider les procédures d'évaluation des personnels de ces établissements et organismes et préparer un avis sur les conditions dans lesquelles elles sont mises en œuvre* ».

Il ne résulte ni de ces diverses dispositions, ni des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 avril 2006, que l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur doive être consultée sur tout projet de décret modifiant les règles statutaires applicables aux corps de fonctionnaires d'un établissement public scientifique et technologique, alors même que ce texte a trait à l'évaluation des membres de ce corps.



Statistiques

En 2007, la section des finances a tenu 103 séances; au cours de l'année, la section a examiné 399 textes dont 18 ont été soumis à l'assemblée générale et 7 à la commission permanente.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2003	2004	2005	2006	2007
Lois	78	74	60	48	67
<i>dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	<i>61</i>	<i>53</i>	<i>29</i>	<i>35</i>	<i>59</i>
Ordonnances	2	18	17	5	4
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	4	4	5	7	5
Décrets réglementaires	210	219	289	333	260
Remises gracieuses	56	49	34	35	58
Avis	0	5	3	6	5
Total	350	369	408	434	399

Tableau 2
Délais d'examen des projets de loi et d'ordonnance

	Total	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Lois	67	9	15	24	19
Ordonnances	4	0	3	0	1
Total	71	9	18	24	20

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets	Remises gracieuses	Avis	Total
Affaires étrangères	57	-	-	4	-	-	61
Affaires sociales	-	-	-	11	-	-	11
Agriculture et pêche	-	-	-	5	-	-	5
Budget	3	-	-	13	58	1	75
Consommation	1	-	-	5	-	-	6
Culture et communication	-	-	-	6	-	-	6
Défense	1	1	-	40	-	1	43
Outre-mer	-	-	-	-	-	-	-
Écologie	-	-	-	7	-	-	7
Économie	5	3	-	88	-	2	98
Éducation nationale	-	-	-	12	-	-	12
Enseignement supérieur et recherche	-	-	-	1	-	-	1
Équipement et transports	-	-	-	9	-	-	9
Fonction publique	-	-	-	22	-	1	23
Industrie	-	-	-	6	-	-	6
Intérieur	-	-	-	6	-	-	6
Jeunesse et sports	-	-	-	2	-	-	2
Justice	-	-	-	9	-	-	9
Petites et moyennes entreprises	-	-	-	6	-	-	6
Premier ministre	-	-	-	7	-	-	7
Santé	-	-	-	1	-	-	1
Autres	-	-	5	-	-	-	5
Total	67	4	5	260	58	5	399

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	2007
Accords internationaux	57
Assurance	6
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	19
Comptabilité publique	13
Consommation	17
Contributions et taxes	23
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	14
Défense	24
Diplomatie (sauf accords internationaux)	-
Domaine	-
Douane	2
Fonctionnaires et agents publics	130
Marchés et contrats administratifs	3
Pensions	3
Pouvoirs publics	30
Remises de débet	58
Total	399

Section des travaux publics

L'activité de la section des travaux publics a été soutenue au cours de l'année 2007 en raison notamment d'échéances politiques qui ont conduit le Gouvernement à accélérer la transmission de décrets d'application de lois votées sous la XII^e législature.

La section avait examiné 193 dossiers en 2003, 205 en 2004, 254 en 2005 et 297 en 2006. Elle en aura examiné 258 en 2007¹ dont 10 projets de lois (incluant une loi du pays) et deux ordonnances. La légère inflexion constatée en 2007 semble principalement imputable à la diminution des saisines provenant du ministère de l'agriculture et de la pêche (61 textes examinés pour ce département en 2006, contre 29 en 2007). On notera cependant que le nombre de décrets réglementaires examinés a augmenté de près de 80 % par rapport à 2003. La tendance à la diminution des demandes d'avis, déjà mentionnée dans le précédent rapport, semble se confirmer (2 en 2007, contre 3 en 2006 et 7 en 2005).

Plus d'un quart des textes a été déclaré urgent par le Gouvernement. On peut regretter que l'urgence soit fréquemment demandée pour des textes juridiquement et techniquement complexes, comme cela a été le cas pour le projet de loi instituant le droit au logement opposable ou celui relatif aux organismes génétiquement modifiés.

Le nombre de séances est revenu à un niveau plus habituel (2005 : 86 ; 2006 : 104 ; 2007 : 89).

Élaboration et qualité des textes

1° La section a observé ces dernières années des **modifications notables dans les méthodes du travail gouvernemental et plus particulièrement dans les conditions d'élaboration des textes.**

1 - Ainsi que cela a été indiqué dans le précédent rapport, la section a entrepris un travail de refonte de ses statistiques d'activité. Les chiffres fournis dans le présent rapport, y compris pour les années passées, sont désormais ceux provenant des saisies informatiques, qui ne coïncident pas toujours exactement avec ceux résultant des comptages classiques antérieurement opérés. À titre indicatif, un nouveau tableau de répartition des affaires par domaine joint en annexe complète le tableau traditionnel par matière, dont la nomenclature ne tient pas suffisamment compte des évolutions de l'organisation administrative de l'État.

Traditionnellement, les administrations saisissaient le Conseil d'État, dans le cadre d'une procédure hiérarchisée, découpée en plusieurs étapes rigoureusement séparées et supervisée par le Secrétariat général du Gouvernement, d'un projet ayant fait l'objet d'un accord exprès de l'ensemble des ministres intéressés ou d'un arbitrage interministériel cimenté dans un compte rendu de réunion interministérielle. La section établissait ensuite son projet, en principe intangible une fois diffusé, à charge pour l'administration, sous le contrôle du Secrétariat général du Gouvernement d'arrêter le texte définitif, conformément aux règles dégagées par la jurisprudence.

Divers facteurs remettent en cause cette organisation, notamment l'accélération du rythme de l'action politique, l'inflation normative et le développement de la messagerie électronique et des applications informatiques de gestion des textes. Leur élaboration se présente, de plus en plus, comme un processus horizontal, collectif et interactif, en partie automatisé.

Cette situation présente des avantages : un meilleur partage des connaissances et, pour employer une expression à la mode, le développement d'une véritable « intelligence collective », une confection et une circulation plus rapide des projets de textes, une réduction des charges de secrétariat et de transmission.

Mais elle n'est pas sans présenter divers inconvénients ou difficultés.

Le rôle du Conseil d'État s'infléchit sensiblement. Son intervention n'est plus nécessairement cantonnée à l'examen final de projets formalisés et arbitrés. Il peut ainsi être saisi en amont d'un avant-projet confié à un prérapporteur et sollicité pour accompagner au long cours les réformes techniquement difficiles. Certains textes donnent lieu à un deuxième examen en section, à plusieurs semaines d'intervalle, après des travaux complémentaires associant le rapporteur et les commissaires du Gouvernement, comme cela a été le cas pour le décret relatif à l'assistance technique fournie par les services des départements au bénéfice des communes et de leurs groupements. Ce réexamen est souvent dû à des informations incomplètes données lors de la saisine ou même aux réticences des administrations à signaler spontanément les difficultés soulevées par le projet.

Il convient aussi de souligner une dégradation sensible des conditions de saisine (absence d'accords formalisés au dossier, ou d'accord par une autorité habilitée à engager le ministère, raréfaction des « bleus » d'arbitrage, documentation absente ou embryonnaire, absence de tableaux comparatifs « 3 colonnes » lorsqu'il est procédé à la modification d'un texte antérieur...). Ainsi, la section a été saisie peu de temps avant les élections présidentielles d'un projet de décret portant réforme de la réglementation des ports maritimes, qui n'avait donné lieu à aucun accord interministériel.

La section souligne enfin certaines conséquences de la généralisation en 2007 de l'utilisation de l'application informatique « Solon » (*i. e.* : Système d'organisation en ligne des opérations normatives). Celle-ci doit permettre la dématérialisation de la procédure de validation de l'ensemble des actes dont la production ou la publication est coordonnée par le Secrétariat général du Gouvernement et une gestion plus efficace de la procédure d'élaboration des textes. Mais sa mise en œuvre soulève des problèmes inédits. La démultiplication des formes et versions des textes qu'elle entraîne et son principe d'organisation non hiérarchique rendent difficile l'identification du statut des textes circulant dans le réseau et des personnes « responsables ».

2° La section a constaté que la **confection des décrets d'application se heurte à des difficultés particulières lorsque la base législative est approximative, comporte des ambiguïtés ou méconnaît la hiérarchie des normes**, notamment lorsque ces dispositions sont issues d'amendements dont les implications ont été insuffisamment expertisées. Ainsi, saisie d'un projet de décret relatif à l'organisme unique en charge de la gestion des prélèvements d'eau pour l'irrigation, la section a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que les dispositions de l'article L. 211-3 du code de l'environnement, sur le fondement desquelles devait être pris ce texte, étaient trop générales. Dans le même ordre d'idées, l'article L. 563-5 du code de l'environnement prévoit que, sur demande des collectivités territoriales motivée par la sécurité des personnes et des biens, l'État et ses établissements publics communiquent gratuitement les données dont ils disposent. À l'occasion de l'examen du projet de décret d'application, la section a constaté les sérieuses difficultés pratiques auxquelles s'est heurté le Gouvernement pour définir un dispositif cohérent et efficace compte tenu de cette seule base législative.

3° La section constate qu'une proportion importante des textes dont elle est saisie continue à méconnaître la **hiérarchie des normes**.

D'une part, les administrations ont souvent tendance, par excès de précaution juridique ou pour « anoblir » leur ouvrage, à **surclasser la règle de droit, en l'insérant dans un texte de niveau supérieur**. La section s'efforce de combattre cette pratique, qui, si elle n'est pas de nature à vicier les actes, est la cause de nombreuses malfaçons dans l'élaboration des textes. Ainsi, à l'occasion d'un projet de décret relatif au financement des exploitations agricoles, elle a rappelé que les sanctions administratives peuvent, sauf dispositions législatives contraires, être instituées par décret simple.

D'autre part, la section a encore été saisie **de nombreux projets de décret comportant des dispositions de nature législative**. Tel a été le cas d'un projet de décret portant adaptation aux entreprises électriques et gazières des dispositions du code du travail relatives aux institutions représentatives du personnel, dont la section a disjoint un article qui laissait jusqu'au 30 novembre 2007 pour organiser les élections aux nouvelles institutions représentatives et, dans cette attente, prorogeait pour la même durée le mandat des représentants du personnel actuellement en place, alors que la loi du 3 août 2004 limite la durée de la période transitoire à trois ans à compter de sa publication.

Lors de l'examen d'un projet de décret relatif aux conventions globales de patrimoine des organismes d'habitations à loyer modéré, a été disjointe, pour le même motif une disposition au terme de laquelle, à défaut de renouvellement d'une convention globale de patrimoine signée, pour une durée initiale de six ans, entre l'État et un établissement, le cahier des charges de gestion sociale, qui est, en application de la loi, partie intégrante de la convention globale de patrimoine, et prévoit, pour chaque immeuble ou groupe immobilier et en fonction de la catégorie à laquelle il appartient, à la fois les niveaux de loyers maxima et les plafonds de ressources que doivent respecter les ménages qui y sont logés, restait en vigueur. La section a considéré qu'imposer à l'organisme cette atteinte à la liberté contractuelle ne relevait pas de la compétence du pouvoir réglementaire.

4° Ainsi que la section a eu l'occasion de le souligner, par exemple lors de l'examen d'un projet de loi relatif à la nationalité des équipages de navires, **aucune réforme importante ne devrait aujourd'hui être engagée sans avoir**

été précédée d'une étude comparative – sous la réserve naturellement que cette comparaison ait une signification, compte tenu des spécificités des systèmes juridiques nationaux – sur la façon dont les autres grands pays développés, notamment dans l'Union, ont traité le problème posé. Le souci d'efficacité mais aussi les exigences de la construction européenne, qui implique une harmonisation des législations nationales, le commandent. Une telle démarche, particulièrement justifiée lorsqu'il s'agit de transposer une directive communautaire, demeure malheureusement exceptionnelle. Il est envisagé de relancer la procédure des études d'impact préalables aux projets de texte. Ce pourrait être l'occasion d'imposer une telle exigence.

5° L'une des questions récurrentes auxquelles a été confrontée la section est celle du **partage des domaines respectifs du règlement et du contrat**. Ce dernier joue un rôle croissant dans l'action administrative. Mais, simultanément, le Gouvernement est fréquemment enclin à encadrer par décret les prérogatives des cocontractants. Il n'est pas nécessairement dans l'intérêt de l'État de brider de manière excessive la liberté de négociation des parties, ainsi que la section a eu l'occasion de le rappeler à propos d'un projet de décret ayant pour objet de prévoir le reversement aux personnes publiques qui subventionnent les concessions autoroutières d'une partie des excédents financiers d'exploitation. La section a estimé que les modalités de reversement pouvaient être pour l'essentiel définies par les cahiers des charges.

6° La section constate **trois carences fréquentes dans les textes qui lui sont soumis**.

En premier lieu, les administrations font preuve de **manque de rigueur dans la mise en œuvre des règles de consultation**. La section rappelle qu'est intervenu le 8 juin 2006 un décret relatif à la création, à la composition et au fonctionnement des commissions administratives à caractère consultatif. L'existence de ce texte, qui fixe des règles importantes, par exemple en matière de quorum ou de délai de convocation, est souvent ignorée par les administrations, ainsi que la section a pu le constater, par exemple, lors de l'examen d'un projet de décret relatif aux sanctions administratives en matière d'aviation civile.

La section rappelle que lorsqu'est prescrite la consultation d'une personne morale de droit public, l'avis doit – à peine d'irrégularité – être exprimé par l'autorité compétente, qui est le plus souvent, dans le silence des textes ou en l'absence de délégation à cet effet, l'organe délibérant et non son exécutif.

Les dispositions instituant des consultations obligatoires rédigées en termes trop généraux soulèvent fréquemment des difficultés ou incertitudes sur la nécessité d'y procéder, comme la section a pu le constater par exemple pour le « conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie » et le « conseil national de l'habitat ».

En second lieu, les administrations omettent souvent de prévoir des mesures transitoires, notamment dans les textes qui procèdent à des mesures de réorganisation (par exemple ceux portant transformation d'établissements publics) et dans ceux qui prévoient des changements de règles de procédure, ou encore les rédigent de façon approximative, sans chercher à identifier précisément les différents cas de figure qui peuvent se présenter.



Enfin, la section a encore été saisie de **projets de décrets, dont les dispositions pénales n'avaient donné lieu à aucun examen préalable avec la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice**. Tel a été le cas d'un projet de décret relatif à l'obligation de tenue d'un registre des produits phytopharmaceutiques, qui comportait des contraventions dont l'institution pouvait soulever des difficultés en raison de l'imprécision de la définition de certaines infractions ou de l'institution d'un mécanisme d'amende forfaitaire inadapté aux infractions en cause.

7° La section des travaux publics déplore être fréquemment saisie en urgence de **projets de décrets qui ne seront finalement publiés que plusieurs mois après leur examen par le Conseil d'État**. Un décret portant création de la réserve naturelle de Chasteix-Sancy a ainsi été publié six mois après son passage en section. De tels retards sont d'autant plus injustifiables qu'ils concernent souvent des décrets d'application de loi et qu'ils peuvent conduire à une nouvelle saisine, notamment lorsqu'ils comportent des dispositions transitoires ou d'entrée en vigueur ou sont affectés par les modifications d'autres textes intervenus dans l'intervalle. La section s'est ainsi efforcée d'examiner dans un délai de six semaines un projet de décret, particulièrement long et complexe, modifiant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées. Bien que le texte ne comporte que trois contreseings, il n'était toujours pas intervenu plus de quatre mois après son examen. Le Gouvernement a été obligé de saisir de nouveau la section d'un projet identique ayant pour seul objet de reporter l'entrée en vigueur de certaines mesures qu'il prévoyait.

8° La section a encore été confrontée aux **difficultés soulevées par la transposition des directives communautaires**.

Elle observe que la portée de son contrôle de légalité sur les projets de décret dont elle est saisie est nécessairement restreinte lorsqu'ils tendent à une pure et simple reprise des dispositions de la directive, comme elle a pu par exemple le constater lors de l'examen de deux décrets relatifs aux organismes génétiquement modifiés. Elle a accepté que ces textes fassent directement référence aux dispositions de cette directive, dans leur rédaction en vigueur à la date d'intervention du décret, pour éviter de les reproduire à l'identique, comme elle l'avait déjà admis pour un décret relatif aux voies ferrées portuaires.

Elle appelle l'attention du Gouvernement sur les problèmes récurrents d'articulation entre les notions de droit communautaire et celles de droit interne. Les administrations ont tendance, souvent il est vrai en raison de la nécessité de respecter les dates limites de transposition fixées par les directives, à juxtaposer ces notions sans chercher à les harmoniser. Cette pratique, qui est contraire aux préconisations figurant dans l'étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 22 février 2007, peut conduire à une transposition incomplète ou fragiliser la légalité du texte national. Ainsi, la section, saisie d'un projet de décret relatif à la qualité de l'air, a disjoint des articles portant transposition de dispositions de directives communautaires relatives aux « valeurs cibles » de diffusion de certaines substances toxiques dans l'air ambiant. Le Gouvernement se proposait d'assimiler la notion communautaire de « valeurs cibles » à celle de « valeurs limites » telle que définie dans le code de l'environnement et d'ajouter le respect de ces « valeurs cibles » aux objectifs des plans de protection de l'atmosphère dont le même code prévoit la mise en œuvre en cas de dépassement de « valeurs limites ». Mais l'absence d'équivalence entre les « valeurs limites »

et les « valeurs cibles » au sens des directives, qui y intègrent notamment un facteur de proportionnalité, faisait obstacle à une telle assimilation par la voie réglementaire.

9° La section **renouvelle ses remarques formulées en 2005 et 2006 relatives aux insuffisances affectant certains codes**, notamment le code des postes et des communications électroniques, le code forestier et le code de la construction et de l'habitation.

Tout en soulignant la nécessité de poursuivre les efforts engagés, par exemple en déclassant en décret simple les dispositions de portée essentiellement technique, elle constate que des améliorations importantes ont été apportées au code de l'urbanisme et dans une moindre mesure au code rural. L'élaboration de la partie réglementaire du code de l'environnement est maintenant achevée, à la suite de l'examen par la section en 2007 de ses livres II et V.

La réglementation relative au domaine de l'énergie a connu depuis une dizaine d'années de nombreuses réformes et modifications. Ce droit est devenu peu lisible et difficile d'accès. La section recommande d'accélérer l'élaboration du code de l'énergie pour porter remède à cette situation.

10° Enfin la section regrette que, à l'exception de la simplification du dispositif de déconcentration des décisions administratives individuelles opérée par le décret n° 2007-139 du 1^{er} février 2007, qui ne doit toutefois pas dispenser les administrations de s'interroger sur le niveau pertinent de prise de la décision, **la plupart des propositions formulées par la section dans son précédent rapport n'ont pas été mises en œuvre par le Gouvernement, et ne semblent même pas avoir été mises à l'étude.**

On citera notamment, sans souci de hiérarchisation, celles relatives à l'amélioration de la méthode d'élaboration des décrets d'application des lois portant transposition de directives communautaires, à la refonte de certains codes, à la nécessité de compléter rapidement la législation en ce qui concerne la protection et la gestion des noms de domaine de l'Internet pour les collectivités publiques et les élus, à la clarification des termes « distributeur » et « fournisseur » en matière de tarification de l'électricité, à l'unification du régime applicable à l'accueil en milieu professionnel des élèves de l'enseignement agricole avec celui de droit commun, aux compléments à apporter à la directive territoriale d'aménagement de l'estuaire de la Loire, à la modification de l'article L. 350-1 du code de l'urbanisme afin de lever les incertitudes que suscite son actuelle rédaction quant à la possibilité de faire coexister sur un même territoire une directive de protection et de mise en valeur et une directive territoriale d'aménagement, à la modification de la réglementation pour permettre à l'administration d'imposer la fourniture de renseignements et documents détaillés sur la capacité financière des candidats et, le cas échéant, leurs liens capitalistiques en matière de contrats de partenariat.

La section réitère ces suggestions qui sont de nature à améliorer l'efficacité et la lisibilité de la réglementation.



Organisation et fonctionnement de l'administration

1° Les décrets d'attribution

À la suite de la nomination du nouveau Gouvernement, ont été examinés les projets de décrets d'attribution des ministres chargés de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, de l'agriculture et de la pêche, et du logement et de la ville. La doctrine d'élaboration de ces textes, qui ont un impact important sur le fonctionnement des administrations centrales, a connu depuis le milieu des années 1990 un certain nombre de modifications.

L'organisation du Gouvernement est largement discrétionnaire. En témoignent le nombre variable et la diversité des titres ou des dénominations des ministres. L'exercice n'est toutefois pas exempt de contraintes. Il faut que le décret d'attributions respecte l'acte de nomination et l'intitulé donné à chaque ministre. Les décrets d'attributions doivent encore s'articuler avec d'autres textes, notamment les décrets d'organisation des administrations centrales. Mais il convient que les décrets d'attribution, qui relèvent d'une autre logique, ne les modifient pas d'autant que des règles procédurales particulières pourraient alors s'appliquer, comme celle imposant la consultation des comités techniques paritaires. Il est enfin nécessaire qu'ils répondent aux exigences de cohérence et de « lisibilité » de l'action administrative.

Si a longtemps prévalu un principe d'économie de moyens, qui conduisait à ne pas prendre un nouveau décret d'attribution en cas de changement de Gouvernement lorsque les compétences n'étaient pas modifiées et, en cas de modification, à procéder par référence aux précédents décrets, l'usage est aujourd'hui de définir de manière exhaustive les compétences des ministres et les services et organismes d'administration centrale qui leur sont rattachés.

L'exercice est classique et réserve rarement des surprises, mais les derniers décrets révèlent une double rupture.

Une rupture quantitative, d'abord, en raison de la réduction du nombre de ministres. Elle impose des regroupements nouveaux, qui obligent à marier des cultures administratives différentes. Elle peut présenter des avantages si toutes les conséquences en sont tirées, notamment par la simplification des lignes hiérarchiques et la suppression des structures redondantes ou concurrentes.

La deuxième rupture est qualitative. Certains décrets d'attribution, notamment celui du ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables anticipent une réorganisation des administrations centrales. Le champ de compétences dévolu à ce dernier ministre est particulièrement étendu. Pour la première fois depuis 1978, les compétences relatives à l'équipement et à l'écologie se trouvent réunies. L'objectif principal de ce regroupement, auxquels s'ajoutent notamment les transports, l'énergie et l'aménagement, est de conduire avec plus d'efficacité la politique du développement durable, dont l'une des priorités est la lutte contre le changement climatique. Toutefois, comme dans le précédent Gouvernement, le logement reste confié à un ministre distinct chargé du logement, ainsi que c'est d'ailleurs le schéma dominant depuis une vingtaine d'années.



2° Les décrets relatifs à l'organisation des services centraux de l'État

Saisie d'un projet de décret ayant pour objet de tirer les conséquences de la création de l'Autorité de sûreté nucléaire sur l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, la section a disjoint les dispositions prévoyant de placer les services de la direction chargée de la sûreté nucléaire sous l'autorité des ministres chargés de l'écologie et de la santé lorsqu'ils exercent les compétences que la loi leur a dévolues en matière de sûreté nucléaire. En effet, de telles dispositions plaçant une structure d'un ministère sous l'autorité, permanente ou en tant que de besoin, exclusive ou conjointe, d'un ministre relèvent des décrets en conseil des ministres régissant les compétences de chaque ministre.

Les textes relatifs à l'organisation du fonctionnement des administrations requièrent la consultation de comités techniques paritaires. Les règles régissant leur saisine, telles qu'elles résultent notamment du décret du 28 mai 1982, sont malaisées à appliquer, compte tenu de la multiplicité des catégories de comités et des modes d'organisation des services. L'examen des textes publiés au *Journal officiel* révèle d'ailleurs un manque d'homogénéité dans les pratiques des ministères à cet égard. Les consultations superflues, en général inspirées par un souci de précaution, semblent fréquentes, ce qui est de nature à alourdir substantiellement la charge de travail des services concernés. Il est vrai que divers assouplissements ont été apportés à la réglementation ces dernières années. Mais un nouvel effort de clarification et de simplification paraît souhaitable, d'autant plus que les réorganisations en cours des services d'administration centrale et déconcentrés ne seront pas sans conséquences.

3° Les décrets relatifs à l'organisation des services déconcentrés

La décentralisation, qui entraîne une réduction sensible des effectifs, la politique de rationalisation des structures de l'État et la recherche de modes d'intervention publique plus efficaces remettent en cause l'organisation traditionnelle des services déconcentrés par ministère dans le cadre des circonscriptions régionales ou départementales, respectivement sous l'autorité des préfets de région et de département, ainsi qu'en témoignent les fusions de directions départementales de l'agriculture et de la forêt et de directions départementales de l'équipement ou la création de directions interdépartementales des routes. D'autres projets similaires sont à l'étude, comme la fusion des directions régionales de l'équipement, des directions régionales de l'environnement et des directions régionales de l'industrie, de la recherche et l'environnement.

La section appelle l'attention du Gouvernement sur le fait que ces réorganisations interfèrent parfois avec les dispositions du décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action de l'État dans les régions et départements et celles du décret du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles, tous deux pris en Conseil des ministres. En pareil cas, les textes en cause doivent eux-mêmes être pris en Conseil des ministres, ainsi que la section l'a indiqué lors de l'examen de trois projets de décrets tendant à moderniser et à simplifier les structures et les procédures de délivrance de titres de navigation sur les eaux intérieures.

4° Les décrets relatifs aux transferts de services aux collectivités territoriales

Lors de l'examen de projets de décrets relatifs au transfert à certaines collectivités territoriales de services du ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables qui participent à l'exercice des compétences dévolues à ces collectivités en matière d'infrastructures, la section a veillé à ce que



les dispositions relatives aux années de référence à prendre en considération pour le calcul des compensations financières versées par l'État reflètent le plus fidèlement possible la réalité des dépenses engagées par l'État. Dans le doute, a été retenue la solution la plus avantageuse pour les collectivités territoriales bénéficiaires des transferts.

5° La section a déjà appelé dans le passé l'attention du Gouvernement sur les inconvénients de **la pratique consistant à confier à des entités privées la responsabilité, qui incombe en principe à l'administration, du contrôle de la conformité d'activités économiques à la réglementation**. Elle a encore eu, en 2007, à connaître d'un projet de décret relatif aux conditions techniques du transport de denrées alimentaires sous température dirigée, qui avait pour objet d'attribuer à des organismes tiers le contrôle technique des engins de transport des denrées périssables, mission qui relève des attributions des directions départementales des services vétérinaires. La section ne s'est pas opposée à cette mesure, la faculté de déléguer le contrôle technique ayant été prévue par la loi. Mais elle n'a pu que constater que le dispositif prévu est complexe et risque de s'avérer onéreux pour les entreprises qui y sont soumises. En outre, il ne dispense pas l'administration de conserver des moyens humains substantiels pour contrôler ces organismes tiers.

Protection de l'environnement et sites classés

Le Conseil d'État a examiné le projet de loi relatif à la responsabilité environnementale. L'attention du Gouvernement a été appelée sur les difficultés juridiques que risque de soulever l'entrée en vigueur tardive de la loi après le 30 avril 2007 qui est la date limite de transposition de la directive 2004/35 et, en vertu de l'article 17 de ce texte, la date de début d'application du régime de responsabilité environnementale.

Un projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés (OGM) a été examiné en urgence en fin d'année. Cette loi, qui a notamment pour objet de préciser le régime de responsabilité des exploitants utilisant ces substances, de renforcer la transparence et d'achever la transposition des directives communautaires en ce domaine est le premier texte dont a été saisi le Conseil d'État mettant en œuvre les conclusions du « Grenelle de l'environnement ».

L'activité réglementaire a été soutenue. 14 projets de décrets d'application de la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques et 7 décrets d'application de la loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité nucléaire et de la loi du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs ont ainsi été examinés en 2007.

Saisie d'un projet de décret relatif aux études de dangers des ouvrages d'infrastructures de stationnement de chargement ou déchargement de matières dangereuses, la section a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait qu'aucune disposition spécifique législative ou réglementaire n'était prévue pour les installations relevant de la défense nationale, qui seront donc soumises au dispositif de droit commun.

La section a été saisie d'un projet de décret modifiant la réglementation du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, après le rejet d'un premier plan jugé trop peu contraignant par la Commission européenne. Elle a observé que certaines des modifications proposées ne résultaient pas directement de la directive

du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, que ce décret contribuait à transposer, mais d'un accord conclu dans le cadre du comité du changement climatique entre tous les États membres, à l'instigation de la Communauté européenne, pour parvenir à une interprétation commune de certaines annexes de cette directive. Compte tenu de l'obligation dans laquelle se trouve la France d'obtenir l'accord de la Commission sur son projet de plan national d'affectation des quotas de gaz à effet de serre pour la période 2008-2012, la section a estimé qu'elle devait s'en tenir aux termes des dispositions arrêtées sous l'égide de la Commission.

La section a disjoint d'un projet de décret relatif aux parcs naturels régionaux une disposition prévoyant, après qu'il a été indiqué que le parc comprend tout ou partie du territoire des communes ayant approuvé la charte, que : « En outre, une zone marine peut le cas échéant y être associée, sous réserve qu'il n'y ait pas de superposition avec un parc naturel marin. ». Il lui est apparu que la possibilité d'inclure un espace marin n'ayant été prévue par le législateur que pour les parcs naturels nationaux et les réserves naturelles, cette disposition était entachée d'incompétence.

Logement, urbanisme, ville

La section a été saisie de 55 projets de textes relevant des domaines de la construction, de l'urbanisme et du logement (19 en 2003) ce qui témoigne du « dynamisme normatif » de ce secteur.

L'un des temps forts de l'activité de l'année 2007 a été l'examen en urgence du projet de loi instituant le droit au logement opposable. Son décret d'application a également été examiné en urgence en fin d'année. Ce texte a notamment précisé l'articulation de la nouvelle réglementation avec la législation spéciale relative aux immeubles dangereux ou insalubres.

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet d'ordonnance relative aux offices publics de l'habitat, qui se substituent aux anciens offices publics d'habitations à loyer modéré et aux offices publics d'aménagement et de construction. Cette réforme doit être saluée, tant sur la méthode – une large place ayant été laissée à la concertation – que sur le fond. Il s'agit en effet d'un texte cadre qui définit des principes généraux en laissant une marge de liberté importante aux autorités locales et apporte des simplifications bienvenues à la législation applicable aux offices. Le Conseil d'État appelle toutefois l'attention du Gouvernement sur la nécessité de prendre rapidement les décrets d'application de cette ordonnance, qui a déjà été ratifiée.

Saisie d'un projet de décret portant approbation du schéma de mise en valeur de la mer du Trégor-Goëlo, la section a invité le Gouvernement à compléter le document pour y faire figurer les espaces remarquables dans les communes d'estuaire dont la liste a été définie par un décret du 29 mars 2004.

À l'occasion de l'examen de projets de décret portant extension de certaines zones franches urbaines, la section a rappelé qu'il était légalement possible, compte tenu notamment de l'article 42 de la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement du territoire aux termes duquel la délimitation des zones franches urbaines est opérée par décret en Conseil d'État « en tenant compte des éléments de nature à faciliter l'implantation d'entreprises ou le développement



d'activités économiques», d'étendre une telle zone franche à des parcelles contiguës ou proches, à la double condition que cela soit utile au développement économique du quartier qui a justifié l'instauration d'une zone franche en permettant notamment l'embauche de personnes originaires de ce quartier, et que la délimitation retenue ne soit pas de nature à induire une discrimination illégale devant l'impôt ou des distorsions de concurrence avec les entreprises situées dans les parcelles limitrophes laissées en dehors de la zone.

Énergie, communications, mines, transports

L'activité législative et réglementaire dans le domaine de l'énergie a été particulièrement soutenue ces dernières années (74 textes en cinq ans, dont 18 en 2007), dans un contexte marqué notamment par la libéralisation progressive des secteurs du gaz et de l'électricité et le développement des préoccupations environnementales.

Le processus d'élaboration de ces textes n'est pas exempt de difficultés. Les directives communautaires, au nombre de quatre, ont été systématiquement transposées avec retard par six lois différentes depuis l'année 2000. Elles ont nécessité l'intervention de dizaines de décrets d'application, certains étant modifiés à plusieurs reprises à quelques mois d'intervalle.

Saisie d'un projet de décret relatif au « médiateur national de l'énergie », la section n'a pas cru pouvoir s'y opposer dès lors que cette autorité indépendante est prévue par la loi. Mais elle s'est interrogée sur l'utilité de créer une telle institution, qui s'ajoute à divers dispositifs existants de protection des consommateurs et devra être dotée de moyens humains substantiels pour pouvoir fonctionner.

La section n'a pu accepter que le président de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) participe, même avec simple voix consultative, à des instances exécutives de l'Institut de radioprotection et de sécurité nucléaire et du Commissariat à l'énergie atomique ayant à connaître de décisions concernant la politique nucléaire ou la recherche en matière de sûreté. Une telle mesure lui a paru, en effet, incompatible avec le statut d'autorité administrative indépendante conféré à l'ASN. En revanche, compte tenu de la légitime préoccupation d'assurer la circulation des informations entre les acteurs du secteur, elle a admis que ces instances puissent demander au président de l'ASN d'assister à une réunion et de l'entendre, le président pouvant, pour des motifs qu'il lui appartiendra d'apprécier au regard de ses missions et de son statut, décliner cette invitation. Il pourra également assister à son initiative, s'il l'estime utile, aux réunions de ces instances.

Saisie d'un projet de décret portant dissolution et mise en liquidation de Charbonnages de France la section a estimé que la disparition du titulaire des concessions mettrait fin, par construction, à ces concessions. Elle a donc estimé qu'il n'y avait pas lieu pour l'administration de suivre les procédures administratives de renoncement à ces concessions ou d'y mettre fin dans le décret prononçant la dissolution de l'établissement public. Il appartiendra, en revanche, à l'État auquel le décret transfère les obligations mises à la charge de l'exploitant lors de la fin de l'exploitation minière conformément aux termes de l'article 146 du code minier d'assumer à compter du 1^{er} janvier 2008 ces obligations et donc de mettre en œuvre à ce titre les procédures administratives et les travaux correspondants.

A été examiné un projet de loi relatif à la nationalité des équipages de navires, qui avait notamment pour objet de permettre aux ressortissants d'autres États de l'Union européenne d'exercer les fonctions de capitaine de navire battant pavillon français. Le Conseil d'État a estimé que les prérogatives dévolues aux intéressés notamment en matière d'ordre public et de police n'étaient pas d'une nature et d'une importance telles qu'elles puissent justifier que ne soient pas remplis les engagements pris au titre du Traité instituant la Communauté européenne en matière de libre circulation des travailleurs et mises en œuvre les dispositions de l'article 39 exceptant de l'application de ce principe certains emplois dans l'administration publique. En revanche, la nature de ces prérogatives ferait obstacle à ce que les fonctions de capitaine de navire soient exercées par des ressortissants d'un pays tiers.

Saisie d'un projet de décret relatif aux voies ferrées portuaires, la section a estimé que ces dernières entraient dans le champ d'application des directives communautaires relatives aux infrastructures ferroviaires, contrairement à ce qu'avait initialement estimé le Gouvernement. La section a estimé possible d'apporter elle-même les modifications minimales permettant d'assurer le respect de ces directives. Elle a toutefois indiqué qu'il était nécessaire, avant de se prononcer définitivement sur le projet de décret de saisir de nouveau pour avis le Conseil supérieur de la marine marchande du projet ainsi modifié. En effet, la question de la soumission de ces voies ferrées portuaires aux prescriptions des directives communautaires n'avait pas été évoquée lors d'une première consultation de ce conseil.

Propriété et domaine publics, travaux publics, routes, utilité publique, sécurité routière

Saisie d'un projet de décret portant modification du régime des redevances pour occupation du domaine public des communes et des départements par les ouvrages de transport et de distribution de gaz, la section a appelé l'attention du Gouvernement sur l'intérêt d'harmoniser les critères de calcul des redevances d'occupation du domaine public pour les opérateurs de réseaux notamment afin d'éviter d'éventuelles distorsions de concurrence liées aux différences entre les régimes existants.

La section a examiné un projet de décret portant application du dernier alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, issu d'un amendement parlementaire à la loi du 13 août 2004 sur les libertés et responsabilités locales, qui prévoit que les personnes publiques qui subventionnent les concessions autoroutières peuvent bénéficier des éventuels excédents financiers d'exploitation. Elle a été conduite à trancher plusieurs difficultés d'interprétation soulevées par cette disposition dont la rédaction est imprécise, alors au demeurant que les cahiers des charges pourraient directement prévoir un tel dispositif. La section a estimé qu'il résultait des termes mêmes de la loi que ce dispositif de partage des excédents financiers ne concernait que les collectivités territoriales. Il ne peut avoir pour objet ou pour effet de restreindre le pouvoir que détient l'État, en tant qu'autorité déléguée, de négocier librement avec les sociétés candidates les clauses des concessions et, le cas échéant, de prévoir dans les cahiers des charges un mécanisme de partage des excédents financiers à son bénéfice lorsque lui-même fournit une contribution.



La section a examiné 14 projets de décrets portant déclaration d'utilité publique ou prorogation d'un tel acte. Ils concernent des liaisons routières et autoroutières et des contournements routiers en majorité, plus rarement des liaisons ferroviaires. La section s'est attachée à sécuriser juridiquement ces textes dont l'élaboration est particulièrement longue et complexe et soulève souvent des difficultés procédurales et de fond.

La section lors de l'examen d'un projet de décret relatif à la liaison ferroviaire Lyon-Turin, a constaté que l'infrastructure étant réalisée conjointement avec un autre pays voisin dans le cadre d'une convention internationale régulièrement ratifiée et publiée, l'utilité publique devait être regardée comme présumée.

La section appelle à nouveau l'attention du Gouvernement sur les graves inconvénients résultant de modifications des plans d'occupation des sols ou des plans locaux d'urbanisme postérieures à une enquête publique, sans prise en compte d'un projet en cours et sans que l'État n'intervienne. Il est nécessaire que ce dernier, lorsqu'une telle hypothèse se réalise, invite les communes à mettre ces plans en compatibilité avec le projet et, si ces dernières n'y procèdent pas, fasse usage des prérogatives que lui confèrent les articles L. 123-14 et R. 121-3 et 4 du code de l'urbanisme relatifs aux projets d'intérêt général ainsi que des moyens contentieux, notamment les procédures d'urgence, dont il dispose.

Lors de l'examen d'un projet de décret portant prorogation des effets d'une telle déclaration, la section a été confrontée à la question de savoir si elle était justifiée eu égard au retard important pris dans l'exécution des travaux liés à cette déclaration. Elle a admis que tel était le cas, compte tenu de ce que l'utilité publique du projet n'était pas remise en cause, de ce que les acquisitions foncières étaient avancées et se poursuivaient à un rythme soutenu et de ce que des éléments très significatifs et coûteux du tracé avaient été réalisés, dès lors que les autres conditions légales de prorogation, comme l'absence de modification du tracé, étaient respectées.

Saisie d'un autre décret prorogeant les effets d'une déclaration d'utilité publique, la section a estimé que la date d'expiration du délai de prorogation devait être fixée par rapport à la date de publication au *Journal officiel* du décret initial déclarant l'utilité publique et non à compter de la date de signature de celui-ci.

La section n'a pu émettre un avis favorable à un projet de décret approuvant un avenant à la convention passée entre l'État et une société concessionnaire d'un ouvrage public. En effet, la possibilité de prolonger la durée d'un contrat, qui est prévue à l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ne peut conduire, alors même que les conditions posées par cet article seraient remplies, à ce que l'autorité délégante autorise une prolongation disproportionnée par rapport à la durée initiale du contrat. Au cas d'espèce, la modification apportée au cahier des charges, qui conduisait à un quasi-doublement de la durée totale de la concession, excédait par son ampleur les modifications qui peuvent être apportées par voie d'avenant à la durée d'une concession.

La section a examiné une demande d'avis portant sur la question de savoir dans quelles conditions il était légalement possible de concéder, dans le cadre d'un même appel d'offres, la construction et l'exploitation de plusieurs sections autoroutières relevant d'un même itinéraire et de prévoir que les tarifs de péage couvrent globalement le coût de ces ouvrages. La section a notamment indiqué que la réglementation nationale et communautaire applicable aux concessions ne fait pas



par elle-même obstacle à de telles mesures dès lors que les infrastructures peuvent être regardées comme constituant un ouvrage unique. Toutefois, une simple proximité géographique ne suffit pas pour qualifier l'existence d'un tel ouvrage.

La section a été saisie d'un projet de décret relatif à l'assistance technique fournie par les services des départements au bénéfice des communes et de leurs groupements pris pour l'application de l'article L. 3232-1-1 du CGCT. Elle a rappelé qu'en regard à l'intention du législateur et en conformité avec le droit communautaire, ces collectivités ne devaient pas bénéficier de l'assistance technique dans des conditions anormalement avantageuses. Elle s'est donc assurée de la pertinence des critères objectifs auxquels est subordonnée la faculté pour une collectivité de recourir à cette assistance technique et a veillé à encadrer le dispositif proposé.

Agriculture, pêche et chasse

Les textes présentés par le ministère de l'agriculture et de la pêche ont porté sur des objets très divers, concernant par exemple l'organisation des services déconcentrés, les chambres d'agriculture, les tribunaux paritaires des baux ruraux, les coopératives agricoles, les animaux de compagnie, le financement et le contrôle des exploitations agricoles, la protection des appellations d'origine, la participation des employeurs à l'effort de construction, la pêche maritime de loisir, les règles d'organisation et de fonctionnement du comité national des pêches, les loyers des bâtiments d'habitation soumis à la législation des baux ruraux, l'allocation de préretraite agricole, les concessions foncières aux agriculteurs pratiquant la culture sur abattis à caractère itinérant en Guyane.

Il s'agit souvent, et cette remarque n'est pas nouvelle, de dispositions de portée strictement technique dont il serait logique que le code rural prévoit qu'elles sont édictées par décret simple. La section a été saisie d'un projet de décret relatif aux animaux de compagnie. Il n'existe pas de statut général de l'animal en droit français. Les règles sont dispersées entre le code rural, le code de l'environnement, le code général des collectivités territoriales et le code de la santé publique qui définissent le régime juridique de l'animal de manière finaliste, selon les préoccupations propres aux différentes législations. Sans méconnaître les difficultés d'une telle démarche et les contradictions qu'elle pourrait révéler, la section suggère d'engager une réflexion pour remédier à certaines des incohérences résultant de cette situation. Elle a par ailleurs, observé qu'il existe souvent un écart important entre la réglementation et la pratique qui pourrait justifier certains aménagements des dispositions en vigueur.

La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques impose aux distributeurs agréés de produits phytopharmaceutiques la tenue d'un registre de vente. La section, lors de l'examen du décret d'application, a pu constater que ce dispositif n'était pas satisfaisant, car il est fondé sur des dispositions législatives figurant dans deux codes distincts, le code rural et le code de l'environnement, qui répondent à des logiques différentes et sont mal articulées entre elles. La section a par ailleurs estimé que les dispositions législatives en cause, à savoir les articles L. 254-1 du code rural et L. 213-10-8 du code de l'environnement, qui obligent les distributeurs à tenir un registre, permettent de leur imposer par décret d'établir un bilan annuel par produit des quantités vendues ou distribuées, qui est annexé au dit registre, et de le transmettre à l'administration.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2007, la section des travaux publics a tenu 89 séances et a participé à une séance de sections réunies.

Pendant cette période, la section a examiné 258 textes dont 13 ont été soumis à l'assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2003	2004	2005	2006	2007
Lois	12	18	24	17	9
Ordonnances	5	14	19	11	2
Lois du pays	0	0	0	1	0
Décrets réglementaires	119	136	174	226	245
Décrets individuels	44	26	29	33	-
Avis	4	1	7	3	2
Total	184	195	253	291	258

Tableau 2
Délais d'examen des projets de loi et d'ordonnance

	Total	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Lois	8	2	4	2	-
Ordonnances	2	-	-	2	-
Total	10	2	4	4	-

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Lettre rectificative	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Avis	Total
Premier ministre	9	2	-	-	-	-	1	12
Agriculture	-	-	-	-	36	-	-	36
Budget	-	-	-	-	-	-	-	-
Équipement – Habitat – Aménagement – Mer	-	-	-	-	90	-	-	90
Écologie	-	-	-	-	95	-	-	95
DOM-TOM	-	-	-	-	2	-	-	2
Industrie, poste et télécommunications, recherche	-	-	-	-	17	-	-	17
PME	-	-	-	-	4	-	-	4
Tourisme	-	-	-	-	1	-	-	1
Aucun	-	-	-	-	-	-	1	1
Total	9	2	0	0	245	0	2	258

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2007
Agriculture – Forêts – Pêche	35
Autoroutes – Routes	19
Construction – Urbanisme – Aménagement	57
Eaux	16
Énergie (électr., hydro., therm., nucl.)	18
Écologie	27
Hydrocarbures	1
Industrie – Recherche – Télécom – Entreprises	11
Mer	2
Mines – Carrières	5
Parcs – Réserves	5
Planification – Administrations	12
Sites	9
Télécommunications – Communications électroniques	4
Transports terrestres	16
Transports maritimes et fluviaux	12
Transports aériens	5
Tourisme	4
Total	258

Au cours de l'année 2007, le nombre des textes examinés par la section sociale est, hormis les décrets individuels, du même ordre de grandeur que les années précédentes. La charge de la section a, en revanche, été très variable au cours de l'année, le nombre de textes lui étant transmis ayant été particulièrement important à la fin de la législature. L'ampleur ou la difficulté des textes a en outre conduit la section sociale à tenir 97 séances en 2007, alors qu'elle n'en avait tenu que 85 en 2006 et 82 en 2005.

Cette évolution confirme, au total, une tendance de moyen terme. Le nombre de projets de loi, d'ordonnance, de loi du pays et de décret réglementaire reste sensiblement plus élevé qu'il ne l'était il y a cinq ou dix ans. En effet, si le nombre des décrets individuels relatifs à la nationalité transmis à la section a fortement baissé, passant de 151 en 2004 à 73 en 2006 et à 17 en 2007, c'est en raison de la limitation en 2003 des cas d'avis obligatoire du Conseil d'État, puis du passage de ces décrets dans les compétences de la section de l'intérieur au milieu de l'année 2007. Mais, en dehors de ces projets de décrets individuels, ce sont quelque 194 projets de loi, d'ordonnance, de loi du pays et de décrets réglementaires qui ont été examinés en 2007 : un peu moins qu'en 2005 et 2006, années pendant lesquelles la section en a respectivement examiné 236 et 212, mais sensiblement plus qu'en 2003 et 2004, années pendant lesquelles elle en a examiné respectivement 132 et 171.

Les 194 textes dont la section a eu à connaître en 2007 se répartissent en 12 projets de loi, 3 projets d'ordonnance, un projet de loi du pays et 178 projets de décret réglementaire. Les délais d'examen ont diminué au cours de l'année, ce qui a permis de résorber le stock du début de l'année avant l'été et d'examiner au total un nombre de textes législatifs et réglementaires plus important (194) que le flux des nouvelles saisines (185).

Observations d'ordre général

La préparation insuffisante et la complexité accrue de certains textes

La section sociale a rencontré, lors de l'examen de plusieurs projets de loi signalés comme urgent par le Gouvernement, de réelles difficultés liées aux délais de saisine et à la complexité de certains textes.

Le délai très rapide d'examen par le Conseil d'État de certains projets de loi ou de décret se double parfois d'autres problèmes. Du fait de l'urgence, la préparation du texte n'associe pas suffisamment les ministères et services compétents, les arbitrages se révèlent parfois insuffisants et précaires et les dispositions de coordination avec la législation existante sont très insuffisamment prévues. La saisine officielle tardive manifeste dans ce cas que le projet n'est pas prêt.

C'est ainsi que si le projet de loi sur le service public de l'emploi, a pu, dans ses dispositions essentielles, être examiné de manière satisfaisante, les conditions de préparation n'ont pas permis d'opérer dans de bonnes conditions la substitution aux multiples références aux organismes gestionnaires de l'assurance chômage qui existent dans la législation en vigueur, soit de la référence à la nouvelle institution créée par fusion de l'ANPE et des ASSEDIC, soit de la référence à l'institution gestionnaire maintenue. Cela a ainsi conduit le Conseil d'État à ajouter à ce projet, à son initiative et avec l'accord du Gouvernement, plusieurs dizaines de dispositions modificatives.

On doit aussi mentionner la loi pour le pouvoir d'achat qui a dû être examinée en quelques jours alors qu'elle introduisait des mesures accroissant la complexité du droit applicable au temps de travail et à la participation des salariés et soulevait des questions difficiles.

- La coordination insuffisante du ministère de l'agriculture et du ministère chargé de la sécurité sociale

– Projet de décret relatif à la durée maximale d'assurance et au revenu annuel moyen pris en compte pour le calcul de la pension de retraite des salariés et des travailleurs non salariés des professions artisanales, industrielles et commerciales ; projet de décret relatif à la durée d'assurance prise en compte pour le calcul de la pension de retraite des personnes non salariées des professions agricoles et modifiant le code rural

La section sociale a été saisie, à cinq mois d'intervalle, de deux projets de décret pris pour l'application de la loi n° 2006-1040 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, dont l'objet était d'éviter l'anticipation de départs en retraite avant le 31 décembre 2007, en garantissant aux assurés que leur seraient appliquées, les conditions d'âge et de durée de cotisations nécessaires pour bénéficier d'une retraite à taux plein qu'ils réunissaient à la date à laquelle ils remplissaient pour la première fois ces deux conditions, même s'ils poursuivaient l'exercice de leur activité au-delà de cette date. Le premier projet de décret concernait les salariés et les non salariés relevant du régime social des indépendants et modifiait le code de la sécurité sociale, le second projet concernait les non salariés agricoles et modifiait le code rural. Ces deux projets avaient la même finalité et, à quelques ajustements près, des dispositions similaires. La section sociale a été une nouvelle fois conduite à déplorer l'insuffisance de la coordination entre le ministère de l'agriculture et le ministère chargé de la sécurité sociale qui est génératrice de retards, de risques de discordances et d'alourdissement de la charge de travail des rapporteurs.

On note d'ailleurs une très faible communication auprès du public sur ces textes dont l'objectif était de freiner l'augmentation des départs à la retraite dus à la crainte d'un alourdissement des conditions en 2008 : des textes de ce type ne peuvent avoir un effet utile que si leur contenu est largement connu.

- Les délais pour les consultations obligatoires

La rapidité de la préparation de certains textes conduit à faire les consultations obligatoires de conseils ou commissions et d'organisations représentatives, fréquentes en matière sociale, dans des délais très resserrés, ce qui provoque souvent des réactions défavorables qui ne portent pas sur le fond du texte, mais sur le délai accordé pour la consultation. Or, dans le même temps, la reconnaissance par les pouvoirs publics de la nécessité de consultations préalables obligatoires est confirmée, parfois jusqu'à l'excès, par le législateur ou par le pouvoir réglementaire.

Les consultations préalables : questions nouvelles et difficultés récurrentes

– Codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie

Lors de l'examen pour avis du projet de loi du pays relatif à la codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État a estimé que, si seule la méconnaissance d'une obligation de consultation résultant de la Constitution elle-même ou d'une loi organique est susceptible d'être censurée par le Conseil constitutionnel, il lui appartient aussi de vérifier que les consultations rendues obligatoires par d'autres dispositions ont été effectuées. En l'espèce, la consultation de la commission consultative du travail, qui résulte de l'article 2 de la délibération n° 34 du 9 juillet 1986 modifiée, est obligatoire « *sur tous les textes concernant le travail, l'emploi la protection et la prévoyance sociale des salariés* ». En l'occurrence, une telle consultation est d'ailleurs intervenue.

– Tatouage, perçage

L'examen du projet de décret relatif à la sécurisation des pratiques du tatouage et du perçage a été l'occasion pour le Conseil d'État de rappeler que lorsqu'un dispositif réglementaire ne peut légalement être instauré qu'après consultation d'un organisme, la jurisprudence exige que ce soit l'organisme compétent à la date à laquelle est pris le décret qui ait été consulté. (25 mai 1970, *Sté L'Allobroge et Dancet* 73314, aux tables sur ce point).

Aux termes de l'article L. 1311-1 du code de la santé publique, le Haut Conseil de la santé publique doit être consulté préalablement à l'édiction de décrets en Conseil d'État relatifs à des « *règles générales d'hygiène et toutes mesures propres à préserver la santé de l'homme* ». Le Conseil d'État a estimé, compte tenu des termes même de la loi et de la nécessité, dans l'intérêt de cet organisme, de lui conserver un niveau de réflexion adéquat, qu'il n'y avait pas lieu, pour le ministre, de le consulter obligatoirement à chaque fois qu'il prendra un arrêté dans le domaine des pratiques du tatouage ou du perçage.

– Protection des travailleurs contre les dangers des rayonnements ionisants ; protection des personnes contre les rayonnements ionisants

Si le projet de décret relatif à la protection des travailleurs contre les dangers des rayonnements ionisants doit être soumis à l'avis préalable du Conseil supérieur de prévention des risques professionnels en application des dispositions de l'article R. 231-14 (2°) du code du travail, il n'a pas, en revanche, à être obliga-

toirement précédé de la consultation du Haut conseil de la santé publique prévu à l'article L. 1311-1 du code de la santé publique.

En revanche, à l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux autorisations nucléaires, à la protection des personnes contre les dangers des rayonnements ionisants, la section sociale s'est interrogée sur le fait de savoir si la consultation du Haut conseil de la santé publique prévue à l'article L. 1311-1 du code de la santé publique était ou non obligatoire.

Elle a estimé qu'en égard à la difficulté de déterminer, au regard notamment de l'article L. 1311-1 du code de la santé publique, les cas de consultation obligatoire du Haut Conseil de la santé publique¹, et dans l'attente de l'étude demandée au Gouvernement sur ses missions réelles de cet organisme, elle n'était pas en mesure de se prononcer de façon définitive sur une telle question, tout en invitant par prudence le Gouvernement à procéder à cette consultation.

Il faut noter qu'à supposer que la consultation du Haut conseil soit obligatoire, celle-ci s'imposait alors même que le Conseil supérieur d'hygiène publique de France auquel il s'est substitué, avait été consulté.

– Temps de travail dans la FPH ; intervention des structures d'hospitalisation à domicile dans les établissements d'hébergement des personnes âgées ; comité technique d'établissement institué dans certains établissements publics sociaux et médico-sociaux

L'examen d'un projet de décret relatif au temps de travail dans la fonction publique hospitalière, d'un projet de décret relatif à l'intervention des structures d'hospitalisation à domicile dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées et d'un projet de décret relatif au comité technique d'établissement institué dans certains établissements publics sociaux et médico-sociaux, a conduit la section sociale à préciser les conditions de la consultation préalable du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale. L'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles prévoit la consultation par le ministre chargé des affaires sociales de la section sociale de ce comité « sur les problèmes généraux relatifs à l'organisation des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, notamment sur les questions concernant leur fonctionnement administratif et financier ».

Une telle consultation n'a été regardée comme obligatoire par la section sociale que dans les cas où c'est la structure qui fait l'objet d'une modification, et au contraire facultative pour les modalités de fonctionnement, qui n'ont pas le caractère de « problèmes généraux » au sens du texte précité.

– Missions du Conseil de l'hospitalisation

À l'occasion de l'examen du décret relatif aux missions du Conseil de l'hospitalisation prévu par l'article L. 162-21-2 du code de la sécurité sociale, la section a été conduite à conseiller au Gouvernement, dans le souci de limiter les consultations obligatoires et les risques contentieux que ces obligations font courir à certaines

1 - Voir par exemple, CE, 6 juillet 2007, *Association Aster'x* (n° 294599), relatif au décret n° 2006-474 relatif à la lutte contre le saturnisme.

décisions, de disjoindre la disposition prévoyant une consultation obligatoire sur les principes généraux relatifs aux inscriptions d'actes et de prestations. La formulation pouvait en effet donner lieu à des difficultés d'interprétation et fragiliser ainsi un nombre important de décisions relatives à de telles inscriptions.

– *Transposition de la directive relative aux instances représentatives et à l'implication des salariés applicables aux sociétés coopératives européennes : Commission nationale de la négociation collective*

La section sociale a estimé qu'un projet de loi, qui transpose une directive européenne relative aux instances représentatives et à l'implication des salariés dans les sociétés coopératives européennes, entre, par le caractère général des obligations qu'il fixe, pour le type de société qu'il régit, dans le champ des dispositions de l'article L. 136-2 (2°) du code du travail, selon lesquelles la Commission nationale de la négociation collective est chargée d'émettre un avis sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret relatifs aux « règles générales » relatives aux relations individuelles et collectives du travail.

– *Projet de loi pour le pouvoir d'achat ; projet de loi sur la continuité du service public des transports ; application de l'article L. 100-1 du code du travail ; projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations*

Le Conseil d'État a eu à apprécier, dans trois cas, la notion de réforme au sens de l'article L. 100-1 du code du travail. Aux termes de cet article, issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 relative à la formation tout au long de la vie et au dialogue social, « tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives (...) en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

Le projet de loi pour le pouvoir d'achat autorisait, dans certaines conditions, le déblocage immédiat des heures de travail épargnées et des droits à participation, pour un paiement aux salariés avant la fin du premier semestre 2008. Le Conseil d'État a estimé que de telles mesures, parce qu'elles ont un effet strictement limité dans le temps et même si cet effet a vocation à toucher un grand nombre de salariés, ne modifient pour l'avenir ni les règles applicables à la réduction du temps de travail ni celles relatives au blocage de la participation. Elles n'ont, dès lors, pas le caractère de « réformes » au sens de l'article L. 100-1 du code du travail, qui auraient justifié la concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue d'une éventuelle négociation.

Saisi d'un projet de loi relatif à la continuité du service public dans les transports, le Conseil d'État a constaté que cette réforme sectorielle ne relevait pas du « champ de la négociation nationale et interprofessionnelle » et que n'avaient pas à être appliquées les dispositions de l'article L. 100-1 du code du travail.

Le Conseil d'État a estimé que les deux articles du projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations qui modifient le code du travail, sont des articles de coordination, la transposition des directives communautaires dans le code du travail ayant déjà eu lieu, et que le projet de transposition pouvait dès lors être regardé comme n'étant pas une réforme au sens de l'article L. 100-1 mentionné ci-dessus.

– *Protection des travailleurs contre les rayonnements ionisants : Commission nationale de l’informatique et des libertés*

Le projet de décret relatif à la protection des travailleurs contre les rayonnements ionisants ne pouvait être adopté sans l’avis préalable de la Commission nationale de l’informatique et des libertés, dans la mesure où il prévoyait la modification de deux articles du code du travail en élargissant à deux nouvelles catégories de personnes l’habilitation à recevoir les informations figurant dans un fichier nominatif. La mention des destinataires des données fait partie intégrante de l’acte autorisant le traitement, qui est en l’occurrence, en application de l’article 27 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, un décret en Conseil d’État pris après avis motivé et publié de cette commission.

– *Agence de biomédecine : conseils d’administration des caisses de sécurité sociale*

La consultation obligatoire des conseils des caisses de sécurité sociale en application des dispositions de l’article L. 200-3 du code de la sécurité sociale a, comme la section l’a souvent observé, un champ très large. Toutefois, la section sociale a été amenée à ne pas regarder comme obligatoire celle de la commission des accidents du travail et des maladies professionnelles sur le projet de décret relatif à l’Agence de biomédecine dès lors que ses dispositions n’étaient pas susceptibles d’affecter l’équilibre financier de la branche en cause.

La transposition de directives : droit de la concurrence et sécurité sanitaire

La section sociale a été conduite à examiner en 2007 trois projets de loi, un projet d’ordonnance et quatorze projets de décret portant principalement ou partiellement transposition de directives communautaires, soit sensiblement plus que les autres formations consultatives du Conseil d’État. C’est dans le domaine de la santé, et plus précisément du médicament, que celles-ci ont été les plus nombreuses

La transposition de certaines directives, notamment quand elle est opérée par voie d’ordonnance, est souvent conduite sans un véritable effort d’articulation entre le droit français existant et le droit communautaire transposé. Une transposition faite dans ces conditions est lourde de difficultés juridiques pour l’avenir.

Ceci résulte sans doute du fait qu’il est parfois insuffisamment perçu lors de la phase de négociation de la directive qu’elle risque d’entrer en contradiction avec la façon dont une question est envisagée dans le droit national.

À cette occasion ainsi qu’au moment de l’examen de certains projets de décret intervenant pour l’application complète des directives, la section sociale a été conduite à s’interroger à plusieurs reprises sur la manière dont la conciliation était faite entre les exigences de sécurité sanitaire et le droit de la concurrence. Elle souligne qu’il est nécessaire que le ministère de la santé soit impliqué dès le début de la négociation des directives et ait la capacité de faire valoir toutes les implications sanitaires que ces directives peuvent avoir.



Le contrôle de conventionnalité

La section sociale s'efforce d'effectuer systématiquement un contrôle de la conformité des projets de loi et de décret, non seulement au droit communautaire dérivé, mais aussi aux conventions internationales du travail.

Le contrôle de conventionnalité des projets de texte qui sont soumis à l'examen du Conseil d'État s'opère, tant au regard du droit communautaire que d'autres sources conventionnelles, comme les normes internationales du travail ou la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce contrôle l'a parfois conduit à disjoindre certaines dispositions des projets examinés.

– Diverses mesures en faveur de la cohésion sociale

Pour l'application du principe constitutionnel d'égalité à une aide destinée à faciliter les longs séjours dans le pays d'origine, les nationaux français sont dans une situation différente des étrangers. En revanche, les ressortissants communautaires ne sont pas dans une situation des ressortissants de pays tiers. Il en résulte qu'ils doivent bénéficier des mêmes droits.

Le Conseil d'État a estimé que la condition de durée de résidence en France, prévue pour bénéficier de l'aide, doit être entendue comme incluant le total des périodes de résidence en France ainsi que dans un autre État membre ou un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. La totalisation de ces périodes est, en effet, prévue par le règlement 1408/71 relatif aux régimes de sécurité sociale, dont le bénéfice a été étendu aux ressortissants des pays tiers ayant séjourné dans plusieurs États membres par le règlement n° 859/2003 du 14 mai 2003.

– Régime de déclaration et d'autorisation des laboratoires établis hors de France dans un État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen et modifiant le code de la santé publique ; modification de l'article R. 332-6 du code de la sécurité sociale

Pour mettre un terme à une procédure d'avis motivé engagée contre la France par la Commission européenne pour manquement aux obligations du traité en matière de libre prestation de services, faisant suite à un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 11 mars 2004, le Gouvernement a soumis à la section sociale un projet de décret instituant un régime déclaratif pour les laboratoires établis et agréés dans un État membre dont les conditions d'agrément ou d'autorisation sont reconnues comme équivalentes à celles qui existent en France. Toutefois, pour apurer complètement le contentieux communautaire, il convenait de modifier également une disposition du code de la sécurité sociale permettant le remboursement des analyses réalisées par les laboratoires relevant de ce nouveau régime déclaratif. Le projet de décret correspondant n'a été soumis au Conseil d'État que deux mois plus tard, et la section sociale s'est étonnée de l'insuffisance de coordination entre deux directions relevant du même ministère, alors même qu'il y avait urgence à éviter les pénalités financières auxquelles la procédure d'avis motivé n'aurait pas d'exposer notre pays.



– Service public de l'emploi

Le Conseil d'État a examiné la conformité du projet de loi sur le service public de l'emploi, qui procède à la fusion de l'Agence nationale pour l'emploi et des ASSEDIC en une nouvelle institution, aux stipulations de la convention n° 88 de l'Organisation internationale du travail sur le service public de l'emploi de 1947. Il n'a pas détecté de difficulté de nature à faire courir un risque d'inconventionnalité à la loi. A notamment été examinée la compatibilité du projet de loi avec l'article 9 de cette convention, aux termes duquel « *le personnel du service public de l'emploi doit être composé d'agents publics* ». Sur ce point, l'assemblée générale a estimé que le choix du Gouvernement de mentionner que « *les agents (...) sont régis dans les conditions particulières prévues par une convention collective étendue agréée par les ministres chargés de l'emploi et du budget* » ne contrevenait pas à la clause précitée de la convention internationale, dès lors que sont ainsi données aux agents des garanties de stabilité et d'indépendance dans l'exercice de leur profession et que le projet mentionne précisément que la convention collective « *comporte des stipulations, notamment en matière de stabilité de l'emploi et de protection à l'égard des influences extérieures, nécessaires à l'accomplissement* » de leur mission de service public, qui apporte de fait des garanties équivalentes à celles prévues par la convention.

– Comités régionaux de la prévention des risques professionnels

Le projet de décret relatif aux comités régionaux de la prévention des risques professionnels est conforme aux conventions n° 81 et 129 de l'Organisation internationale du travail relatives à l'inspection du travail. Le fait que les comités régionaux ainsi créés soient appelés à formuler des avis sur les objectifs et les priorités d'action à l'échelle régionale relatifs à l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail n'emporte aucune conséquence de droit sur les prérogatives que les inspecteurs du travail tiennent des articles L. 611-1 et suivants du code du travail. Elle ne remet pas en cause l'indépendance de ces agents qui résulte de l'article 6 de la convention n° 81 et les mesures prises concourent au respect des obligations de l'article 5 de la même convention aux termes duquel les autorités publiques doivent prendre les mesures appropriées pour favoriser la collaboration entre les fonctionnaires de l'inspection du travail et les organisations d'employeurs et de travailleurs.

Principaux domaines de compétence

Sécurité sociale

La section sociale n'a été saisie que dans les derniers jours de l'année des sept projets de décrets portant réforme de régimes spéciaux de retraite. Elle ne les a donc examinés qu'au mois de janvier 2008.

– Décrets d'attributions des ministres

La création dans le nouveau Gouvernement d'un ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique modifie sensiblement l'équilibre antérieur



des attributions en matière de financement de la sécurité sociale dès lorsque ce ministre assure en liaison avec les ministres de la préparation et le suivi de l'exécution des lois de financement de la sécurité sociale.

Le décret d'attribution de la ministre de la santé, de la jeunesse et des sports n'a pas soulevé de difficultés particulières si ce n'est celle résultant de la création d'un ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique. Il ne paraissait pas possible que le ministre chargé de la santé ne soit pas au moins associé à la préparation et au suivi de l'exécution des lois de financement en ce qu'elles concernent les dépenses de santé et l'assurance maladie. Le Conseil d'État a donc demandé au Gouvernement de compléter le projet de décret d'attribution en ce sens. Il a été suivi. La même remarque vaut pour le ministre chargé des personnes âgées et donc des retraites, ainsi que de la famille.

Examinant le projet de décret d'attribution du ministre du travail, la section a relevé que le choix de séparer dans deux ministères différents la direction chargée du travail et celle qui est chargée de l'emploi était sans précédent et appellera, après cette expérience, une évaluation approfondie.

– *PLFSS pour 2008 ?*

À l'occasion de l'examen qu'il fait chaque année du projet de loi de financement de la sécurité sociale, le Conseil d'État a été conduit à apprécier la sincérité des prévisions incluses dans ce projet. S'il a pu porter des appréciations nuancées sur les hypothèses financières du projet pour 2008, il n'a pas été conduit à remettre en cause la sincérité du projet qui lui était présenté.

– *Relations entre le régime social des indépendants (RSI) et les organismes conventionnés*

La section sociale a considéré, dans la continuité avec les décisions du Conseil d'État statuant au contentieux du 20 mai 1981 *Mutuelle chirurgicale savoyarde* (n° 15481, aux tables p. 924) et du 15 mars 1999 *Mutuelle générale du commerce, de l'industrie et de l'artisanat* (n° 200598), que les conventions conclues par la Caisse nationale du régime social des indépendants avec les organismes conventionnés aux fins de leur confier le soin d'assurer, pour le compte des caisses de base, l'encaissement des cotisations et le service des prestations d'assurance maladie, avaient le caractère d'actes de droit privé.

– *Domiciliation des personnes sans domicile stable*

L'article L. 264-1 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction issue de l'article 51 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, dispose que les personnes sans domicile stable doivent élire domicile « *pour prétendre au service des prestations sociales légales, réglementaires et conventionnelles* ». La section sociale a regardé l'expression « prestations sociales » comme comprenant, en l'espèce, les prestations de sécurité sociale, celles qui sont prévues par le code de l'action sociale et des familles, celles qui relèvent de la protection sociale complémentaire et des régimes d'indemnisation du chômage (régime d'assurance et régime de solidarité).

– *Modalités d'évaluation des biens et éléments de train de vie pour le bénéficiaire de certaines prestations sociales sous conditions de ressources*

La section sociale a examiné le projet de décret relatif aux modalités d'évaluation des biens et éléments de train de vie pour le bénéficiaire de certaines prestations sociales sous conditions de ressources, pris en application de l'article 132 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006. Elle a reconnu la compétence du pouvoir réglementaire pour fixer un seuil de train de vie en dessous duquel l'écart entre le train de vie et les ressources déclarées n'est pas pris en compte. Elle a estimé que la fixation de ce seuil à deux fois le plafond de ressources n'était pas contraire au principe d'égalité, dès lors que des éléments différents entrent dans le calcul du plafond des ressources et dans celui du train de vie.

Travail, emploi, formation professionnelle

– *Projet d'ordonnance relative à la partie législative du code du travail*

Le Conseil d'État a examiné en début d'année la partie législative de la recodification du code du travail. Le code du travail, créé en 1910 et complété jusqu'en 1927, avait fait l'objet d'une recodification par la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973. Le plan du code, conçu il y a trente-cinq ans, c'est-à-dire à une date antérieure à la montée du chômage et des licenciements pour motif économique et au développement de droits nouveaux pour les salariés, n'avait pas été modifié². Certains articles sont particulièrement longs et traitent successivement de plusieurs sujets ce qui rend leur lecture difficile.

L'habilitation donnée initialement au Gouvernement par les articles 84 et 92 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a dû être renouvelée, compte tenu du délai nécessaire à ce travail de grande ampleur, par une habilitation donnée par l'article 57 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006.

L'habilitation a précisément encadré les travaux de recodification de ce code, en retenant le principe de la codification à droit constant. Il s'agissait d'introduire dans le code du travail les dispositions non codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification. Les dispositions à codifier étaient celles en vigueur lors de la publication de l'ordonnance, sous réserve des modifications nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet.

Pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, en particulier des règles constitutionnelles qui régissent le partage entre la loi et le règlement, de nombreuses dispositions de nature réglementaire, portant essentiellement sur des règles de procédure et d'organisation de l'État ou sur des organismes consultatifs, ont fait l'objet d'un déclassement. Le Conseil d'État a cependant admis le maintien en partie législative de certaines dispositions relatives principalement

2 - Le nouveau code doit entrer en vigueur le 1^{er} mai 2008 en application de l'article 2 de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

aux critères d'âge, aux seuils propres aux institutions représentatives du personnel ainsi que celles relatives à la durée des contrats ou à la durée des congés, dans la mesure où elles pouvaient, dans le domaine particulier du droit du travail, être regardées soit comme indissociables des principes relevant de la loi, soit comme répondant à un impératif de lisibilité. Saisi de la constitutionnalité des déclassements opérés par un recours contre la loi de ratification de cette ordonnance, le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008 qu'il était loisible au législateur d'abroger lui-même des dispositions de nature réglementaire figurant dans des textes législatifs.

Le Conseil d'État a estimé que l'Agence nationale d'amélioration des conditions de travail déroge aux règles constitutives de sa catégorie du fait du caractère tripartite de la composition de son conseil d'administration, et qu'il s'agit dès lors d'une nouvelle catégorie d'établissement public qui relève du domaine de la loi. Doivent figurer dans la partie législative du code la disposition créant l'agence ainsi que l'énoncé des missions de l'établissement, qui forment un tout indivisible.

Les dispositions relatives à la répression du marchandage contiennent deux articles issus du décret-loi du 8 août 1935 qui concernent, d'une part, les obligations que doit respecter l'entrepreneur principal qui conclut un contrat pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services avec un autre entrepreneur qui met à sa disposition du personnel sans être propriétaire d'un fonds de commerce (article L. 8232-1 du nouveau code, L. 200-3 de l'ancien code) et, d'autre part, la possibilité, dans un contrat de même type, de faire face à l'insolvabilité d'un sous-traitant en prévoyant que le donneur d'ordres se substituera aux engagements financiers du sous-traitant défaillant (article L. 8232-2 du nouveau code, L. 125-2 de l'ancien code). Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions ne pouvaient être considérées comme tombées en désuétude dès lors qu'elles portent sur des cas de dépendance économique totale et peuvent trouver à s'appliquer. Leur abrogation n'est donc pas possible à droit constant. Compte tenu de l'incertitude entourant la notion de marchandage et des difficultés d'articulation entre les différents articles concernés, le Conseil d'État invite le Gouvernement à revoir l'ensemble de ces dispositions en cohérence avec celles qui portent sur le travail dissimulé et le prêt illicite de main-d'œuvre.

L'apprentissage est, aux termes de l'article L. 6223-1 (article L. 117-5 de l'ancien code), ouvert à « toute entreprise ». Certaines entreprises (associations, professions libérales) ne relèvent pas d'une chambre consulaire, alors que l'enregistrement des contrats d'apprentissage est opéré, aux termes de l'article L. 6224-1 (article L. 117-14 de l'ancien code) par les seules chambres consulaires pour leurs adhérents. Le Conseil d'État a considéré qu'il ne pouvait, à droit constant, combler cette lacune. Il appartient au Gouvernement de proposer au législateur les dispositions nécessaires à l'enregistrement des contrats d'apprentissage conclus par un employeur ne relevant pas d'une chambre consulaire.

Le nouveau plan du code du travail et le parti retenu de n'y faire figurer qu'une disposition par article ont mis en évidence le caractère hétérogène des dispositions d'application et le très grand nombre de renvois à des décrets en Conseil d'État, sans que les justifications du partage entre décret en Conseil d'État et décret simple n'apparaissent clairement. Le Conseil d'État a donc invité le Gouvernement à examiner celles des dispositions réglementaires qui ne nécessitent pas, notamment par leur importance ou par leur objet, un décret en Conseil

d'État. Il aurait pu ainsi, dans la loi de ratification de l'ordonnance portant sur les dispositions législatives, modifier la répartition entre ces différentes catégories de décrets. Mais il en a très peu fait usage.

Il est encore quelques autres questions que la recodification à droit constant n'a pas permis de résoudre. Il ressort, par exemple, des dispositions combinées des articles L. 8113-8 et L. 8114-3 (article L. 631-3 du code actuel) et du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié, relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, que pour le contrôle des règles d'hygiène et de sécurité, l'exploitant public La Poste relève à la fois des inspecteurs et contrôleurs du travail prévus par le titre I^{er} du livre VI et des agents prévus à l'article 4 du décret précité pour la fonction publique. Le Conseil d'État a invité le Gouvernement à clarifier cette situation en précisant les compétences respectives de chacun de ces corps de contrôle.

La recodification a fait l'objet d'un travail préalable particulièrement important des services du ministre chargé du travail et de la commission supérieure de codification. Une concertation régulière avec les partenaires sociaux a été menée au cours de ce travail. L'anticipation de la saisine a pu être suffisante pour permettre l'examen dans de bonnes conditions par la section sociale, puis par l'assemblée générale. Le Conseil d'État a également examiné le projet de loi de ratification. Cette loi, adoptée par le Parlement, a été soumise au Conseil constitutionnel, qui a déclaré conformes à la Constitution les dispositions critiquées, en observant notamment que « loin de méconnaître les exigences résultant de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le nouveau code du travail tend, au contraire, à les mettre en œuvre ». La section est saisie au début de l'année 2008 de la partie réglementaire de ce code.

– Dialogue social et continuité dans les transports

Le Conseil d'État a eu à connaître du projet de loi relatif au dialogue social et à la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. Celui-ci n'établit pas véritablement un « service minimum », contrairement à ce qui est parfois indiqué, mais organise la négociation préalable entre l'entreprise et les organisations syndicales envisageant de déposer un préavis, dans un délai de dix jours avant le dépôt éventuel de ce préavis de grève ; il implique, en outre, l'autorité organisatrice, l'entreprise de transport et les partenaires sociaux dans l'entreprise dans la définition du meilleur service possible en cas de perturbation imprévisible de trafic, notamment en cas de grève. Le Conseil d'État a eu à se prononcer sur la question de savoir si l'allongement de fait de la durée du préavis en raison de la négociation préalable, l'obligation pour les salariés nécessaires pour effectuer le service de faire connaître 48 heures à l'avance leurs intentions en cas de grève ou la possibilité d'une consultation du personnel concerné par l'objet de la grève à l'initiative de l'employeur ou d'une organisation syndicale, constituaient des limitations telles au droit de grève qu'il serait ainsi porté atteinte à l'exercice de ce droit constitutionnellement reconnu. Il y a répondu par la négative dans les trois cas.

– Service public de l'emploi

Le projet de loi qui procède à la fusion de l'ANPE et des ASSEDIC a posé, outre les questions évoquées plus haut, la question de la nature de la nouvelle institution.



Le Conseil d'État a estimé que cette institution était une personne publique, dès lors qu'elle satisfaisait aux quatre critères retenus par la jurisprudence (création par les pouvoirs publics, but d'intérêt public en vue duquel l'activité de l'organisme est exercée, étroitesse des rapports de l'organisme avec l'autorité publique – nomination des organes de direction, contrôle public de sa gestion et dotation de l'organisme de prérogatives de puissance publique –). Il a estimé, par ailleurs, qu'il s'agissait d'un établissement public administratif, en raison de la nature de ses missions, de ses modalités d'intervention et de l'origine de ses ressources. Le recours à la loi pour créer cet établissement lui a paru justifié, dès lors qu'il s'agit d'une nouvelle catégorie d'établissement public, en raison de la mission de versement des allocations d'assurance chômage qui lui est confiée et qu'aucun établissement public n'a encore assumée.

Santé

– Prestations de services effectuées par les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes

Saisie d'un projet de décret fixant les démarches à accomplir par certains professionnels de santé établis dans un autre État de la Communauté européenne ou partie à l'Espace économique européen et venant exercer en France dans le cadre d'une prestation de services, la section sociale a observé que la directive dont ce projet de décret assure pour partie la transposition laissait, par certains aspects contradictoires ou insuffisamment précis, une part excessive à l'interprétation de la Commission aboutissant à ce que les obligations faites, d'une part, à des médecins établis en France et, d'autre part, à des médecins non établis mais réalisant en France le même type de prestations de services soient inégalement contraignantes. Dans le droit fil des observations formulées par le Conseil d'État dans les considérations générales de son rapport public pour 2007, la section sociale a invité l'administration à concevoir les textes d'application parallèlement à la négociation des directives de manière à prévenir, avant leur conclusion, ce type de discordances et à accélérer ultérieurement le processus de transposition.

– Mesures d'injonction thérapeutique et médecins relais

Lors de l'examen du projet de décret relatif au suivi des mesures d'injonction thérapeutique et aux médecins relais, la section sociale a été conduite à disjoindre la disposition prévoyant que « *lorsque la mesure d'injonction thérapeutique est décidée dans le cadre d'une composition pénale ou en tant que peine complémentaire, sa durée ne peut excéder 18 mois* ». En effet, si l'injonction thérapeutique consiste en une obligation de soin, et qu'elle est dès lors une peine complémentaire, seul le législateur a compétence pour en fixer la durée. Par ailleurs, si la peine doit en l'occurrence être regardée comme limitée à l'obligation de prendre contact avec un médecin, la durée du traitement qui s'en suit relève de sa seule responsabilité.

– Formation délivrée pour les exploitants d'un débit de boisson

À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif à la formation délivrée pour l'exploitation d'un débit de boissons, la section a considéré que l'article L. 3332-1 du code de la santé publique, en introduisant pour les exploitants de

débites de boissons et les autres titulaires de licence de vente de boissons alcoolisées, une obligation de suivre une formation faisant l'objet d'une attestation remise par l'organisme de formation, n'a pas entendu transformer le régime déclaratif actuel en un régime d'autorisation.

Par ailleurs, la section a considéré que le décret pouvait, sans contrevenir à la loi dès lors que celle-ci évoquait la mise en place de la formation par les syndicats professionnels nationaux représentatifs, prévoir que seraient agréés les organismes de formation qui auront conclu une convention avec un syndicat représentatif en vue de dispenser cette formation.

– *Fonctionnement et procédure disciplinaire des conseils des ordres professionnels des médecins, et autres*

Lors de l'examen du projet de décret relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils des ordres des professions de santé, la section a observé que la liste des personnes et autorités qui peuvent saisir le conseil national ou départemental de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes ou des sages-femmes proposée par le Gouvernement était très large. Elle a souligné la nécessité que cette liste ait un caractère certain et exhaustif.

– *Ordre des infirmiers*

La section a été conduite à préciser, lors de l'examen du projet de décret modifiant les articles R. 4311-55 et R. 4311-85 du code de la santé publique, que, compte tenu des dispositions combinées des articles L. 4112-3 à L. 4112-6 et L. 4113-3, ainsi que L. 4112-9 à L. 4112-13 du code de la santé publique, l'inscription et le maintien au tableau des infirmiers sont liés, y compris pour les infirmiers retraités, à l'exercice d'une activité professionnelle.

– *Installations de chirurgie esthétique*

Saisi, pour l'application de l'article 52 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, d'un projet de décret relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique, le Conseil d'État n'a pu lui donner un avis favorable.

En effet, le décret n° 2005-776 du 11 juillet 2005 prévoit des dispositions transitoires, à l'intérieur desquelles s'inscrivait le projet, dispositions qui donnent aux médecins concernés deux années supplémentaires pour se mettre en conformité avec l'exigence de sécurité exprimée par la loi du 4 mars 2002. Le projet, en prévoyant d'octroyer un nouveau délai supplémentaire pouvant aller jusqu'à 18 mois pour permettre à certains médecins de se mettre à leur tour en conformité avec la loi porte une atteinte disproportionnée à l'objectif de sécurité poursuivi par celle-ci.

Au surplus, l'article 52 de cette loi a pour objectif de renforcer la sécurité des patients qui souhaitent subir une opération de chirurgie esthétique. À cette fin, les décrets n° 2005-776 et 2005-777 du 11 juillet 2005 pris pour son application réservent l'exercice de la chirurgie esthétique à des praticiens relevant de disciplines chirurgicales. En levant cette réserve au bénéfice de médecins qui ne relèvent pas de ces disciplines, le projet soumis au Conseil d'État allait à l'encontre de l'objectif général de la loi et introduisait dans l'ordre réglementaire une exception non justifiée aux règles définies par les dispositions des décrets du 11 juillet 2005.



Fonction publique hospitalière

– *Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière.*

Le projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction a conduit à préciser les prérogatives du directeur de ce centre en matière de gestion de ces personnels. Le législateur n'a pas entendu, en confiant un pouvoir de gestion à cet établissement public, retirer au Gouvernement le pouvoir de nommer dans les emplois de directeur des établissements, dès lors que l'article L. 6141-1 du code de la santé publique n'a pas été abrogé. En revanche, le Gouvernement peut déléguer sa compétence à ce centre pour la nomination dans les corps des personnels de direction et des praticiens hospitaliers à l'entrée dans la carrière.

L'examen du projet de décret a conduit à vérifier que, compte tenu de l'existence du Centre national de la fonction publique territoriale, le Centre national de gestion n'appartenait pas à une nouvelle catégorie d'établissement public.

Action sociale

– *Revenu de solidarité active*

Le projet de loi « travail, emploi et pouvoir d'achat » comportait quatre articles à l'examen de la section sociale, consacrés au nouveau revenu de solidarité active (RSA). Il s'agit d'un dispositif expérimental destiné à améliorer les conditions dans lesquelles certains bénéficiaires de minima sociaux sont susceptibles de reprendre un travail ou d'accroître leur quotité de travail. Ce dispositif consiste à additionner les revenus du nouveau travail avec, dans un cas, tout ou partie du RMI et dans l'autre tout ou partie de l'allocation de parent isolé (API), le tout faisant éventuellement l'objet d'un complément financier afin d'atteindre un objectif de revenu cible.

Cette expérimentation, prévue pour une dizaine de départements pour une durée maximale de trois ans, et pour une population limitée à l'intérieur de chaque département, répond aux exigences constitutionnelles. Le Conseil d'État a exprimé le souhait, compte tenu notamment de sa complexité et de son interaction avec de nombreux dispositifs d'aide sociale, qu'elle soit attentivement évaluée, le moment venu, avant d'être, le cas échéant, étendue à l'ensemble des revenus sociaux et/ou à l'ensemble de la population française.

– *Accueil de jour dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*

Lors de l'examen du projet de décret relatif à l'accueil de jour dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, la section a estimé que les frais de transport entre le domicile des personnes accueillies et l'établissement pouvaient être regardés comme inclus dans ceux qui sont exposés par « l'assuré dans l'obligation de se déplacer pour recevoir les soins appropriés à son état » et mis à la charge de l'assurance maladie par le 2° de l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale.

Étrangers et nationalité

Comme il a été mentionné ci-dessus, l'examen des projets de décrets portant retrait de la nationalité française obtenue par fraude et des projets de décrets portant opposition à l'acquisition de la nationalité française par déclaration ne relève plus depuis l'arrêté du 25 juillet 2007 de la section sociale, mais de la section de l'intérieur.

– *Diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*

Le projet de loi portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale insère notamment dans le code de l'action sociale et des familles un article L. 117-2 créant une « aide à la réinsertion familiale et sociale » des anciens migrants dans leur pays d'origine.

L'aide à la réinsertion ne saurait, sans méconnaître le principe d'égalité, être réservée aux bénéficiaires de l'allocation logement ou de l'aide sociale au logement. Cette condition, initialement prévue dans le projet du Gouvernement, a été remplacée par une condition de ressources et une condition relative à la disposition en France d'un logement conforme aux normes donnant droit aux aides au logement.

– *Autorisations de travail délivrées à des étrangers et contribution spéciale due en cas d'emploi d'un étranger dépourvu d'autorisation de travail*

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux autorisations de travail délivrées à des étrangers, la section sociale a souligné la complexité croissante des procédures et l'enchevêtrement des dispositifs entre, d'une part, le code du travail, et, d'autre part, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cette complexité et cet enchevêtrement résultent pour partie de la multiplication des régimes d'admission au séjour pour différentes catégories d'étrangers (ressortissants de l'Union européenne ou des États parties à l'Espace économique européen, communautaires des nouveaux États membres soumis aux mesures transitoires, ressortissants d'États avec lesquels ont été conclus des accords bilatéraux, comme l'Algérie, etc.). De ce fait, la finalité de certaines formalités (certificat médical prévu par le code du travail, validation des compétences linguistiques prévue à la fois par le code du travail et par le contrat d'accueil et d'intégration institué par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) n'apparaît pas aussi clairement qu'il serait souhaitable. En dépit du caractère récent de certaines de ces dispositions, une clarification des procédures et de leurs finalités servirait grandement l'objectif d'intelligibilité de la loi.

Outre-mer

– *Emploi des jeunes travailleurs de moins de dix-huit ans les jours fériés et des apprentis de moins de dix-huit ans les dimanches et jours fériés et modifiant le code du travail applicable à Mayotte*

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret modifiant le code du travail à Mayotte en ce qui concerne le régime applicable les dimanches et jours fériés aux jeunes travailleurs et aux apprentis, la section sociale a constaté que ce

texte était une copie pure et simple des dispositions applicables en métropole, dans leur rédaction issue du décret n° 2006-43 du 13 janvier 2006. Elle s'est donc étonnée, d'une part, qu'il ait fallu plus de dix-huit mois pour lui soumettre un texte qui n'était que le « copier coller » du code du travail métropolitain et, d'autre part, de façon plus générale, que le code du travail applicable à Mayotte s'écarte de plus en plus fréquemment de sa vocation initiale qui était d'adapter le droit du travail aux réalités économiques et sociales de la collectivité, pour se transformer en une transposition du code du travail ne comportant plus guère d'adaptations.

– *Recodification du code du travail applicable à la Nouvelle-Calédonie*

En raison du transfert de la compétence en matière de droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, d'une part, en application du 2° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, d'autre part, en application de l'article 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française, plusieurs dispositions relatives aux entreprises françaises ayant une filiale ou un établissement en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française n'ont pas été codifiées jusqu'à présent. Le Conseil d'État a donc invité le Gouvernement à examiner les dispositions de coordination qui relèvent désormais de la loi organique pour éviter toute lacune préjudiciable à la situation des entreprises en cause.

– *Transfert du recouvrement et du contrôle de la contribution sur les contrats d'assurance automobile*

Le Conseil d'État a été conduit à apprécier, lors de l'examen du projet de décret relatif au transfert du recouvrement et du contrôle de la contribution sur les contrats d'assurance en matière de circulation des véhicules terrestres à moteur, que ce décret était applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, nouvelles collectivités d'outre-mer, dès lors que les articles L. 133-6 et suivants du code de la sécurité sociale instituant un interlocuteur social unique pour les indépendants et le décret du 23 décembre 2006 qui en a reporté l'application au 1^{er} janvier 2008 appartenaient à l'ordre juridique existant dans les deux collectivités lors de l'entrée en vigueur de la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.

Statistiques

En 2007, la section sociale a tenu 97 séances ; au cours de l'année elle a examiné 211 textes dont 5 ont été soumis à l'assemblée générale

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2003	2004	2005	2006	2007
Lois	16	31	23	15	12
Ordonnances	-	-	31	5	3
Lois du pays	1	1	5	5	1
Décrets réglementaires	114	139	186	185	178
Décrets individuels	142	151	58	73	17
Avis	1	-	1	2	-
Total	274	322	294	285	211

Tableau 2
Délais d'examen des projets de loi et d'ordonnance

	Total	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Lois	12	7	4	1	-
Ordonnances	3	-	1	2	-
Total	15	7	5	3	-

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois et ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois de pays	Total
Agriculture et pêche	1	10	-	-	-	11
Budget, comptes publics et fonction publique	1	2	-	-	-	3
Écologie, développement et aménagement durables	-	1	-	-	-	1
Économie, finances et emploi	1	-	-	-	-	1
Éducation nationale, enseignement supérieur et recherche	-	1	-	-	-	1
Emploi, cohésion sociale et logement	3	32	17	-	-	52
Gouvernement Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	1	1
Immigration	-	1	-	-	-	1
Intérieur et aménagement du territoire	-	1	-	-	-	1
Intérieur, outre-mer, collectivités territoriales	-	1	-	-	-	1
Outre-mer	1	1	-	-	-	2
Petites et moyennes entreprises	-	2	-	-	-	2
Santé et solidarités	2	93	-	-	-	95
Santé, jeunesse et sports	1	24	-	-	-	25
Sports	1	-	-	-	-	1
Transport, équipement, tourisme et mer	-	1	-	-	-	1
Travail, relations sociales et solidarités	4	8	-	-	-	12
Total	15	178	17	0	1	211

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2007
Autres affaires sociales	40
Divers	2
Fonction publique hospitalière	22
Nationalités	17
Santé publique – Hors fonction publique hospitalière	58
Sécurité sociale	25
Travail, emploi et formation professionnelle	47
Total	211



Récapitulatif des statistiques pour 2007

Tableau 1
Vue d'ensemble de l'activité des sections administratives

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Total
Lois	13	67	9	12	101
Ordonnances	6	4	2	3	15
Lois du pays	1	5	0	1	7
Décrets réglementaires	176	260	245	178	859
Décrets individuels, arrêtés, décisions	194	58	-	17	269
Avis	9	5	2	-	16
Total	399	399	258	211	1267

Tableau 2
Évolution de l'activité consultative au cours des cinq dernières années

	2003	2004	2005	2006	2007
Lois, ordonnances et lois du pays	131	194	238	153	123
Décrets réglementaires	587	669	839	933	859
Décrets individuels, arrêtés, décisions	405	417	292	308	269
Avis	19	12	21	17	16
Total	1 142	1 292	1 390	1 411	1 267

Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution

385 avis ont été rendus en 2007 par le Conseil d'État au titre de la mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution, ce qui représente une légère augmentation par rapport à 2006 (363 avis).

La proportion des propositions d'actes de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative reste à un niveau important, soit 67,5 % des textes transmis par le Gouvernement.

La section des finances a examiné 176 textes (dont 32 projets relatifs à la politique étrangère et de sécurité commune), la section des travaux publics, 115 textes, la section de l'intérieur, 80 textes et la section sociale, 14 textes.

Compte tenu des délais très courts impartis au Conseil d'État pour se prononcer, tels qu'ils résultent de la circulaire du Premier ministre en date du 22 novembre 2005, chacun des 385 projets d'actes a été examiné, en moyenne, en six jours. À noter que parmi ceux-ci, 81 textes ont fait l'objet d'une procédure d'examen en urgence en raison d'une adoption imminente au niveau communautaire (cas où les avis ont alors été rendus, en moyenne, en moins de 48 heures).

Certaines propositions d'actes de l'Union européenne méritent d'être mentionnées :

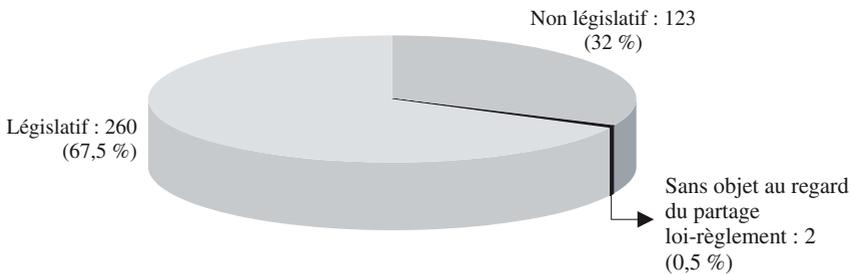
- proposition de règlement du Conseil concernant certaines mesures restrictives à l'encontre de l'Iran ;
- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects de l'utilisation des biens à temps partagé, des produits de vacances à long terme et des systèmes d'échange et de revente ;
- proposition de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de l'accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie et du protocole à l'accord-cadre pour un programme multilatéral environnemental dans le domaine nucléaire en Fédération de Russie concernant les actions en justice, les procédures judiciaires et l'indemnisation ;
- proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les redevances aéroportuaires ;
- projet de décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière ;
- proposition de directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié ;

– proposition de règlement du Conseil portant création de l'entreprise commune pour l'initiative en matière de médicaments innovants.

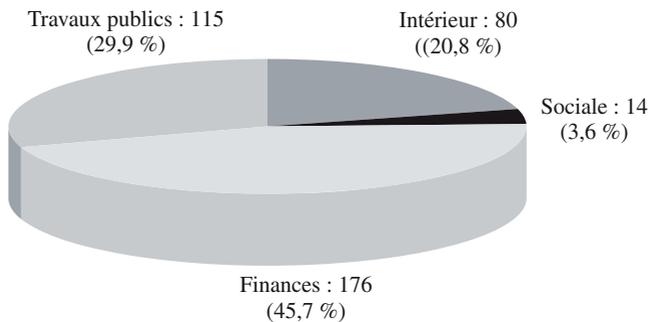
En 2007, le Gouvernement n'a pas fait usage des possibilités offertes par la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003, qui lui permet de solliciter l'avis du Conseil d'État sur des projets d'actes européens dont le contenu serait, notamment, susceptible d'être contraire à des principes de valeur constitutionnelle.

Les graphiques suivants font apparaître le bilan statistique de l'année 2007 concernant l'examen des propositions d'actes européens transmises pour avis au Conseil d'État :

Répartition des textes selon leur nature



Répartition selon les sections administratives



Activité de la section du rapport et des études



Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2007

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. Les éléments transmis sont une source précieuse d'information pourvu que les analyses auxquelles il est procédé soient suffisamment explicites.

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 ici 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.

Bilan d'activité

Les évolutions constatées en 2007

Après plusieurs années de hausse parfois importante, les statistiques agrégées pour 2007 font apparaître une certaine stabilité, par rapport à l'année précédente, du nombre des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions : 1 867 affaires enregistrées en 2007, contre 1 891 en 2006, 1 529 en 2005 et 1 610 en 2004.

Le nombre de saisines du Conseil d'État est en légère baisse. Par ailleurs, le nombre des demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études du Conseil d'État a été de 13 en 2007, soit un chiffre légèrement supérieur à celui des années précédentes (9 en 2005 puis 7 en 2006), mais bien inférieur au « pic » enregistré en 2004 – 21 affaires.

Le nombre des affaires réglées, en phase administrative ou en phase juridictionnelle, est globalement en hausse, exclusivement du fait de l'activité des tribunaux administratifs (1 187 affaires réglées en 2007 contre 879 en 2006), l'activité des cours administratives d'appel et du Conseil d'État étant globalement stable.

Considérations sur la gestion des procédures d'exécution

La tendance au règlement en **phase non juridictionnelle** d'une majorité d'affaires examinées par la juridiction administrative se confirme. 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. On ne peut que se féliciter de cette évolution, qui est d'ailleurs soulignée par de nombreux présidents de juridiction. Un président de cour administrative d'appel souhaiterait que la règle qui impose, dans les cours et les tribunaux administratifs, le passage automatique d'une affaire en phase contentieuse à l'expiration d'un délai de six mois de phase administrative puisse être assouplie. Cette possibilité sera étudiée en 2008.

Les chefs de juridiction constatent, comme en 2006, qu'un nombre significatif d'affaires semble lié à une **mauvaise compréhension par certains justiciables du contenu de la décision**, en particulier en cas d'annulation pour excès de pouvoir d'une décision, lorsque cette annulation n'a d'autre effet que d'imposer à l'administration de statuer à nouveau sur la demande dont elle avait été saisie. Un chef de juridiction cite ainsi le cas d'une affaire dans laquelle un maire d'une petite commune n'avait pas tiré les conséquences de l'annulation de son refus de faire usage de ses pouvoirs de police administrative, ce qui a engendré un contentieux relatif à l'exécution du jugement du tribunal administratif, sans que cette attitude soit, apparemment, liée à un refus d'appliquer la décision de justice. Certaines juridictions assortissent, dans ce cas, leurs décisions d'explications en direction de l'administration, mais on peut s'interroger sur l'opportunité d'adresser également au requérant une explication sur les conséquences de la décision favorable qui vient d'être rendue à son profit.

Cette année encore, plusieurs questions récurrentes ressortent des observations des chefs de juridiction. La première concerne le règlement des **condamnations pécuniaires**, et en particulier **du versement par l'État des frais irrépétibles** cité par un grand nombre d'entre eux, alors que, sur ce point, la décision de justice ne devrait soulever aucune difficulté d'application. Il faut noter, toutefois, que quelques tribunaux ont constaté une réduction du nombre de saisines de ce chef, liée à une meilleure procédure de délégation de crédits aux administrations déconcentrées. La persistance de ce problème est particulièrement dommageable, car elle est à l'origine à la fois d'un encombrement inutile des juridictions et d'une dégradation réelle de l'image de l'autorité publique qui donne l'impression d'être peu désireuse ou incapable de s'acquitter de ses obligations.

Le deuxième sujet de préoccupation est toujours celui de la part, dans l'ensemble des procédures d'exécution, des affaires touchant au **contentieux de la fonction publique** : la proportion des affaires de cette nature est manifestement excessive au regard de ce que représente ce contentieux dans l'ensemble des décisions rendues par le juge administratif. L'origine de cette situation semble être la réticence de certaines administrations à exécuter spontanément et complètement des décisions de justice défavorables dans une matière sensible du point de vue de la gestion de leurs services, mais aussi les difficultés pratiques liées à l'exécution des décisions en cause. La section du rapport et des études a ainsi à nouveau constaté que, dans la grande majorité des cas, les décisions de réintégration d'un agent ayant obtenu une décision en ce sens n'étaient pas

complètement exécutées, pour diverses raisons dont le départ en retraite de l'agent ou encore sa mutation, entre-temps, dans une autre administration. C'est largement la durée de la procédure qui est à l'origine de ce phénomène.

Outre le maintien à un niveau élevé des **contentieux relatifs aux étrangers**, il faut noter l'apparition, dans plusieurs juridictions, d'une forte proportion d'affaires relatives à des contentieux portant sur le **permis de conduire** et notamment les pertes de points ou les retraits de permis.

Les remarques de plusieurs chefs de juridiction sur l'intérêt qu'il y aurait à étendre aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs la procédure de la **demande d'éclaircissement** pourraient être étudiées. En effet, même si l'extension de cette procédure ne peut, à l'évidence, concerner qu'un nombre limité d'affaires, elle pourrait permettre une meilleure coopération entre les administrations locales et les juridictions.

Enfin, la section du rapport et des études a été alertée sur le traitement, par les juridictions, des affaires qui ont débouché sur le prononcé d'une astreinte. En cas de prononcé d'une astreinte, la juridiction ouvre la **phase juridictionnelle de la liquidation**. Cette procédure prend fin, en cas d'inexécution, par un jugement de liquidation de l'astreinte, qui peut être définitive ou provisoire, seule la liquidation définitive clôturant juridiquement la phase juridictionnelle. En revanche, en cas d'exécution de la décision de justice postérieurement au prononcé de l'astreinte, il est assez fréquent que les juridictions omettent de prononcer un **non-lieu à liquidation** – qui peut être prononcé par ordonnance. La simple lettre de classement adressée aux parties ou la clôture administrative sur la base informatique «Skipper» laissant courir le jugement de prononcé d'astreinte, il serait utile que les juridictions généralisent la pratique de l'ordonnance de non-lieu à liquidation, afin d'éviter de laisser pendantes, sur le plan juridique, des affaires qui ont été réglées.

Comme les années précédentes, 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, ont présenté de **réelles difficultés**.

C'est ainsi que la section a été saisie, dans le cadre des missions qui lui incombent au bénéfice de la section du contentieux, d'une requête de syndicats nationaux de pharmaciens et biologistes praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires, tendant à obtenir la **liquidation de l'astreinte prononcée par une décision du 27 juillet 2005 du Conseil d'État** rendue à leur demande. Par cette décision, notifiée le 7 septembre 2005, le Conseil d'État a annulé le rejet implicite opposé par le Premier ministre à la demande des requérants tendant à ce que soient pris les décrets d'application nécessaires à l'exécution des articles 64 et 65 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Saisi à de nombreuses reprises par la section du rapport et des études, le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche a pris le 23 mai 2006 un décret modifiant le précédent décret du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires. Toutefois, la section du rapport et des études a dû constater que, malgré l'importance du délai qui avait été ménagé à l'administration, le décret du 23 mai 2006 ne correspondait qu'à une exécution très partielle de la décision du Conseil d'État : les articles 64 et 65 de la loi du 17 janvier 2002 sont toujours inapplicables et la

décision du Conseil d'État ne peut être regardée comme exécutée. À cette occasion, la section a rappelé à l'administration que seule la modification de la loi pourrait exonérer le gouvernement de l'obligation de prendre les textes prévus pour l'application de ces dispositions. Elle a donc proposé à la section du contentieux de prononcer la liquidation provisoire de l'astreinte.

En matière de **procédure**, la section du rapport et des études a été saisie par un requérant, sous couvert d'une demande d'aide à l'exécution, d'une « *requête d'aide à l'exécution sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative* ». Le requérant demandait au Conseil d'État d'ordonner, en suite de son arrêt du 12 octobre 2006 qui avait annulé une décision l'excluant du laboratoire auquel il appartenait, sa réintégration au sein du laboratoire d'automatique et de productique de l'Université de Bordeaux I et de fixer à ladite université un délai d'exécution à cet effet, alors qu'il n'avait pas formulé une telle demande dans le cadre de son recours principal. La section, se fondant sur l'article L. 911-1 du code de justice administrative, lequel dispose que : « *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution.* », n'a pu que constater qu'il résulte de cet article que seul le juge statuant au principal peut être saisi de telles conclusions à fin d'injonction et qu'il lui revient alors d'apprécier lui-même quelles sont les conséquences nécessaires de sa décision et que, par suite, la requête de l'intéressé était irrecevable. Cet avis a été suivi par la sous-section concernée.

Enfin, il convient de signaler un **avis rendu par la section du contentieux** (CE, 25 avril 2007, *M. Guerirem*, n° 299850), rendu sur renvoi du président de la cour administrative d'appel de Lyon, qui apporte une réponse à deux questions souvent posées à l'occasion des demandes d'aide à l'exécution des décisions juridictionnelles. Le Conseil d'État a, d'une part, dit qu'il résulte des dispositions des articles L. 991-4, R. 921-5 et R. 921-6 du code de justice administrative que le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel est tenu de faire droit à la demande tendant à l'ouverture d'une procédure juridictionnelle présentée par un justiciable dont la demande d'exécution a fait l'objet d'un classement administratif, dès lors que cette demande a été présentée dans le mois qui suit la notification à l'intéressé de la décision de classement administratif. Il a relevé, d'autre part, que si la demande d'ouverture de la procédure juridictionnelle est tardive, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel doit la rejeter par une décision qui, dès lors qu'elle rejette définitivement la demande d'exécution, a le caractère d'une décision juridictionnelle contre laquelle sont ouvertes les voies de recours de droit commun identiques à celles prévues à l'encontre des décisions dont l'exécution est demandée. L'intéressé peut toutefois, s'il s'y croit fondé, présenter une nouvelle demande sur le fondement de l'article L. 911-4 du code de justice administrative.

Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2007

La section du rapport et des études a traité en 2007 treize demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du code de justice administrative. C'est un chiffre qui se situe dans la moyenne constatée ces

dernières années, où il a varié de trois, en 2003, à vingt et un en 2004 – ce pic demeurant toutefois une exception au regard des chiffres constatés depuis lors. Si les questions relatives à la procédure – et notamment à la recevabilité des demandes d'éclaircissement, semblent dorénavant moins fréquentes – encore qu'il ait fallu rappeler à diverses occasions que seul le ministre ou son directeur de cabinet a compétence pour saisir le Conseil d'État d'une demande d'éclaircissement, certaines affaires méritent, sur le fond, une mention dans le présent rapport.

Il faut, d'abord, relever là encore, la part significative des questions touchant aux contentieux de la fonction publique, qu'elles concernent des situations individuelles ou des situations collectives, liées en règle générale aux conséquences à tirer de l'annulation par le juge administratif d'actes réglementaires – tableau d'avancement par exemple. On relèvera également la part croissante des demandes d'éclaircissement émanant des collectivités territoriales, par rapport à celles présentées par les administrations centrales. Cette tendance, déjà observée en 2006, semble se confirmer.

Une demande d'éclaircissement présentée par une commune sur **les conditions d'exécution d'une décision d'annulation du licenciement d'un agent** a permis à la section de préciser les différentes situations susceptibles d'être rencontrées par les administrations. En l'espèce, le maire d'une commune de l'ouest de la France avait, par une décision du 19 août 2004, licencié M^{me} S., qui avait été l'année précédente placée en position de disponibilité d'office pour inaptitude à l'exercice de son emploi ; cette décision avait été prise sur le fondement d'un avis du comité médical départemental rendu le 22 juillet 2004, qui déclarait l'intéressée inapte définitivement et de manière permanente à l'exercice de toute fonction. Le tribunal administratif avait annulé, par jugement du 29 août 2007, cette décision pour vice de procédure et le maire demandait à la section du rapport et des études de l'éclairer sur les modalités d'exécution de ce jugement en lui indiquant la position administrative dans laquelle il devait placer l'intéressée lors de sa réintégration, ainsi que les modalités de son éventuelle rémunération à la date de sa réintégration. Il ressortait du dossier soumis à la section du rapport et des études que M^{me} S. avait fait valoir ses droits à la retraite depuis le 1^{er} mai 2006. Or, la réintégration effective de l'agent ne peut être prononcée si ce dernier a atteint l'âge de la retraite antérieurement au prononcé de la décision juridictionnelle. Par conséquent, la commune n'avait pas à rétablir effectivement l'intéressée dans son emploi (CE, 27 mars 1987, *Laulaney*). Toutefois, la section a rappelé au maire qu'il lui incombait de réintégrer juridiquement et de façon rétroactive cet agent et de reconstituer sa carrière jusqu'à la date à laquelle celle-ci aurait normalement pris fin, en distinguant deux périodes distinctes. Pour la période du 23 juillet 2004 (date d'effet de la décision annulée) au 22 juillet 2005, la reconstitution de la carrière de l'agent était possible par la prolongation, pour un an, de sa disponibilité d'office. En effet, si l'inaptitude définitive et permanente de l'intéressée à l'exercice de toute fonction rendait impossible son affectation sur un poste de travail au sein de la collectivité, les textes en vigueur ouvrent la possibilité de renouveler la mise en disponibilité d'office de l'intéressée pour une année supplémentaire, sans toutefois que celle-ci puisse prétendre, ni au versement de son traitement en l'absence de tout service fait (CE, 7 avril 1933, *Deberles*), ni à ce que les années passées en disponibilité d'office soient prises en compte dans le calcul des annuités en vue de la retraite. Placée dans cette position administrative, l'intéressée avait, toutefois, droit à une couverture sociale. Pour ce qui concerne

la période allant du 23 juillet 2005 au 1^{er} mai 2006, date de son admission, à sa demande, à la retraite, l'article 41 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991 dispose que : « *Le fonctionnaire qui est définitivement inapte physiquement à l'exercice de ses fonctions à l'issue d'un congé de maladie, d'accident de travail, de maternité ou d'adoption ou de la période de disponibilité accordée au titre de l'article 40 ci-dessus et qui ne peut être reclassé en application du décret n° 85-1054 du 30 septembre 1985 susvisé est licencié* ». Eu égard à ces dispositions M^{me} S ne pouvait être que licenciée. Par conséquent, la section a conclu qu'il n'y avait pas lieu de reconstituer sa carrière pour cette période.

La section a été saisie d'une délicate demande d'éclaircissement présentée par le ministre de l'écologie et du développement durable, relatif à la portée de la décision rendue par le Conseil d'État statuant au contentieux le 17 février 2007, annulant le décret du 9 novembre 2004 qui avait confié **la gestion du parc naturel régional de Camargue** à un syndicat mixte créé entre les collectivités territoriales intéressées, en lieu et place de la fondation reconnue d'utilité publique qui assurait, depuis 1970, cette mission. Le fondement de l'annulation était le non-respect des règles régissant la révision de la charte d'un parc naturel régional. En effet, celles-ci impliquent la participation active du gestionnaire du parc naturel régional à la procédure de révision ; or, l'objet de la révision étant précisément le changement d'organisme gestionnaire, la participation de la fondation n'a pu être obtenue. Le ministre souhaitait être éclairé sur les possibilités d'action de l'État, compte tenu des textes applicables et des circonstances particulières. Il insistait sur les conséquences dommageables d'une prolongation de la situation et sur les risques réels de blocage de l'activité du parc.

Après avoir relevé qu'il ressortait de la décision du Conseil d'État qu'une procédure de révision ayant pour seul objet le changement d'organisme gestionnaire du parc était possible, à condition que le projet de révision porte sur l'ensemble des dispositions de la charte qui font mention du rôle du gestionnaire, mais aussi que la procédure sus-rappelée soit respectée, en complément de cette réponse et compte tenu de la particularité de cette affaire, la section du rapport et des études a estimé que trois solutions potentielles pouvaient être explorées pour débloquer la situation du parc naturel régional de Camargue. 1) Obtenir de la fondation qu'elle accepte de concourir, ainsi que le prévoient les textes applicables, à une procédure de révision ayant, *a minima*, pour objet de changer d'organisme gestionnaire du parc dans les conditions rappelées par la décision du Conseil d'État, auquel cas un projet de décret satisfaisant, sur le fond, aux exigences du code de l'environnement pourrait être proposé par elle au conseil régional, lequel l'adopterait, après avoir procédé aux consultations nécessaires. 2°) Dans l'hypothèse où la fondation persisterait dans sa position d'opposition à toute évolution dans les modalités de la gestion du parc, le retrait de son utilité publique par décret pouvait être envisagé pour remédier au blocage du fonctionnement normal du parc qui en résulterait – procédure d'ailleurs engagée une première fois en 2002, mais qui n'avait pas été menée à son terme. 3°) À défaut, la section relevait que seule la loi pourrait prononcer le changement de gestionnaire du parc naturel régional de Camargue au profit du syndicat mixte créé par les collectivités territoriales. Il est à noter que c'est, *in fine*, cette dernière solution qui a été retenue par le gouvernement, le parlement ayant, par la loi n° 2007-1773 du 17 décembre 2007, décidé que « nonobstant toute mention contraire, le syndicat mixte dénommé "Syndicat mixte de gestion du parc naturel régional de Camargue" assure l'aménagement et la gestion du parc naturel régional de Camargue », mettant ainsi fin à une situation délicate pour cet établissement.

Enfin, la section a été saisie d'une demande d'éclaircissement qui révélait une situation dans laquelle **une commune semblait se désintéresser de la protection de son propre domaine**. Le maire de la commune de R. demandait à être éclairé sur les mesures d'exécution du jugement du 9 février 2007 par lequel le tribunal administratif de Nîmes a, d'une part, annulé la décision implicite par laquelle le maire avait refusé de prendre les mesures nécessaires au rétablissement du chemin rural n° 124 dit «de la Tine» que s'était approprié un propriétaire riverain dudit chemin et, d'autre part, lui a enjoint de prendre toute mesure propre à permettre le rétablissement de ce chemin dans sa configuration telle qu'elle figure au cadastre rénové de la commune établi en 1965 dans un délai de quatre mois à compter de la notification du jugement et sous astreinte de 500 euros par jour de retard. Il faut noter que ce jugement a été rendu à la demande d'un particulier, qui avait demandé en vain au maire d'exercer sa compétence. L'objet même de la question posée par le maire soulignait les réticences de la commune à intervenir – d'autant qu'elle avait jugé utile de faire appel du jugement du tribunal administratif – qui lui enjoignait pourtant de faire respecter son domaine privé : il demandait en effet à la section de lui indiquer quelle devait être la largeur du chemin à rétablir, alors pourtant que les documents produits indiquaient que la largeur initiale était de quatre mètres. Dans une réponse à dessein sévèrement rédigée, la section a tenu à rappeler la commune à ses obligations en faisant valoir qu'il était extrêmement regrettable que l'usurpation, par une personne privée, du domaine communal, n'ait pas entraîné de la part de la commune de réaction appropriée, ce qui avait pour conséquence, plus de dix ans après cette usurpation, de rendre difficile la reconstitution du chemin dans sa configuration antérieure à cet acte illégal. De la même manière, elle a relevé qu'il était très surprenant qu'un plan de bornage, validé par un jugement du tribunal d'instance d'Uzès du 5 décembre 2002, n'ait pu être communiqué à la section, certains courriers échangés entre les protagonistes de cette affaire laissant même à penser qu'il aurait été perdu... Enfin, elle a tenu à rappeler au maire l'obligation qui lui était faite d'exécuter le jugement du tribunal administratif, sauf à engager sa responsabilité personnelle. Concernant les mesures d'exécution, la section s'est contentée de remarques rapides, pour l'essentiel une simple paraphrase du jugement du tribunal administratif. Il convenait ainsi, de se reporter au cadastre et aux titres de propriété des parcelles contiguës, voire au bornage, pour déterminer l'emprise du chemin rural, (*cf.* articles D. 161-12 et 161-13 du code rural). Seule la production, par un tiers qui contesterait les limites du chemin tel qu'il figure au cadastre, d'actes de propriété pourrait remettre en cause le tracé figurant au cadastre (CAA Marseille, 26 juin 2001, *Commune de San Martino di Lota*, n° 99MA00164). En l'absence de telles productions par les propriétaires riverains et d'action en justice de leur part, le rétablissement du chemin, c'est-à-dire l'exécution rapide du jugement du tribunal administratif, ne nécessite donc aucun acte d'expropriation. Il est regrettable de constater qu'à la fin de l'année 2007, cette affaire, pourtant simple, ne semblait pas avoir été réglée au mieux des intérêts de la commune.

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

	2003	2004	2005	2006	2007
Affaires enregistrées	183	224	171	168	152
Affaires réglées	193	208	177	159	161
Affaires en cours	34	50	51	47	38

Tableau 2

Détail des demandes d'aide à l'exécution et des procédures d'astreinte

	2003	2004	2005	2006	2007
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	129 (4)	187 (21)	142 (9)	127 (7)	107 (13)
Autres saisines					7
Procédures d'astreinte (dont liquidations d'astreinte)	54 (23)	37 (16)	29 (11)	41 (9)	38 (6)
Total	183	224	171	168	152

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 2007	47
Affaires enregistrées au cours de l'année	152
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution (dont réponses à des demandes d'éclaircissement)	119 14
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte (dont liquidation d'astreinte)	42 10
Total des affaires traitées en 2007	161
Affaires en cours au 1^{er} janvier 2008	38

Tableau 4

Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2007

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	152	523	1 192	1 867
Affaires réglées	161	482	1 187	1 830

Tableau 5

Évolution de l'activité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	2003	2004	2005	2006	2007
Tribunaux administratifs					
Affaires enregistrées	803	898	908	1 174	1 192
Affaires réglées	645	793	759	879	1 187
Cours administratives d'appel					
Affaires enregistrées	481	488	450	549	523
Affaires réglées	377	361	406	483	482



Études et diffusion des travaux du Conseil d'État

L'activité d'étude en 2007

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État, les études réalisées à la demande du Premier ministre occupent une place importante. À travers elles, la fonction consultative du Conseil d'État se traduit par une réflexion approfondie sur des sujets variés, en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation des politiques publiques. Les études, qui sont publiées par la Documentation française, constituent à la fois une source d'information synthétique et un projet de réflexion ou de réforme propre, le cas échéant, à éclairer l'action du Gouvernement et à enrichir le débat public.

Les projets d'étude sont élaborés au sein de groupes de travail spécialement constitués autour de membres du Conseil d'État avec le concours de personnalités extérieures (représentants des administrations, universitaires, élus territoriaux, professionnels), dont la composition garantit à la fois un haut niveau d'expertise et une confrontation suffisante de points de vue. Ces groupes définissent librement leur méthode d'approche du sujet, l'expérience montrant que leur rapport final détermine très largement l'analyse et les propositions retenues en définitive par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Alors que la France se classait encore, en 2007, dans la deuxième moitié du tableau des États membres établi par la Commission européenne pour évaluer les résultats obtenus en matière de transposition des directives communautaires, l'étude relative à « **La transposition des normes communautaires dans le droit national** », demandée par le Premier ministre, a permis au Conseil d'État d'analyser les contraintes présidant à l'exercice de transposition et de proposer des solutions permettant d'en améliorer la qualité et de mieux en coordonner les travaux. S'appuyant sur l'expertise des pratiques ministérielles et interministérielles nationales comme sur les expériences des États membres de l'Union européenne, le Conseil d'État a préconisé d'anticiper, le plus en amont possible, le processus de conception et d'élaboration de la norme communautaire, mais également de simplifier les techniques de rédaction de la norme de transposition et d'alléger les régimes de consultation préalable établis en la matière.

Deux études ont également été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État en 2007 : « **L'implantation des organisations internationales sur le territoire français** » et « **Le droit de préemption** » ; leur publication est prévue au premier semestre 2008.

Enfin, un groupe de travail chargé, à la demande du Premier ministre, d'une étude relative aux procédures de **recours administratifs préalables obligatoires** a été installé au mois de décembre 2007 et poursuivra ses travaux en 2008.

La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative

Pour la quatrième année consécutive, la section du rapport et des études s'est efforcée de mieux faire connaître les travaux du Conseil d'État et la vie de la juridiction administrative en organisant des manifestations publiques, des conférences scientifiques et des colloques. Elle contribue ainsi à renforcer les liens entre l'institution, les milieux académiques et les praticiens. À ce titre, le programme des manifestations figure sur le site internet du Conseil d'État.

L'année 2007 a tout d'abord permis de poursuivre les « **Colloques du Conseil d'État** » qui, à l'occasion de la publication d'une étude sollicitée par le Premier ministre, sont organisés par le Conseil d'État en partenariat avec un organisme public. Fruit d'une collaboration avec le Centre national d'études spatiales, le colloque « *Pour une politique juridique des activités spatiales* » a ainsi été organisé le 31 janvier 2007 à la Cité des sciences de La Villette. S'appuyant sur les préconisations de l'étude éponyme du Conseil d'État, les débats ont été l'occasion de revenir sur l'état du droit applicable aux activités spatiales, et d'examiner les enjeux prévalant à l'adoption d'une « loi spatiale » nationale, adaptée aux engagements internationaux de la France. Les thématiques des tables rondes ont permis d'évoquer les questions qu'appellent, à l'échelon communautaire, les perspectives pour la France de contribuer à préfigurer, le moment venu, certains instruments de droit européen ou au moins à influencer sur l'élaboration de ceux-ci : les activités spatiales et le droit qui leur est applicable peuvent-ils encore se concevoir dans un cadre strictement national ? Face aux évolutions du secteur, notamment sous l'effet de la libéralisation, comment un contrôle peut-il s'exercer ? Le mécanisme actuel de mise en jeu de la responsabilité en matière spatiale est-il satisfaisant ?

Un cycle de rencontres sur le droit public économique a également été lancé en 2007 sous le nom d'« **Entretiens du Palais Royal** », aux fins de renforcer le dialogue, sur des thématiques déterminées, entre le Conseil d'État et les principaux acteurs concernés au sein des institutions, des entreprises, ou parmi les praticiens du droit, publics comme privés, nationaux ou européens. Le premier de ces Entretiens, qui s'est tenu au Conseil d'État le 7 mars 2007, a porté sur « *L'abus de droit en matière fiscale* ». À partir des délicates questions soulevées par la notion, la détermination du champ d'application, les frontières et la portée de la notion d'abus de droit, trois tables rondes ont été l'occasion d'aborder les enjeux relatifs à la frontière entre optimisation fiscale et abus de droit, l'interprétation de la convergence des jurisprudences française et communautaire et les conséquences à en tirer au regard des montages mis en œuvre actuellement par les entreprises. Ce premier Entretien sera suivi, en 2008, de trois autres rencontres, consacrées aux aides d'État, aux concentrations d'entreprises et aux partenariats public-privé.

Comme de tradition, les considérations générales du rapport public 2007 du Conseil d'État qui ont porté sur « *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?* », ont fait l'objet de plusieurs présentations, notamment dans les écoles d'application des élèves fonctionnaires de catégories A ainsi qu'au sein d'instituts d'études politiques.

Elles ont également donné lieu à une **Journée d'étude** qui s'est tenue, le 12 octobre 2007, à l'Institut d'études politiques de Paris sur le thème « *Les administrations nationales et l'Union européenne* ». Cette Journée d'étude a été l'occasion de prolonger la réflexion du Conseil d'État sur les stratégies d'adaptation des États membres et de leurs administrations aux élargissements successifs et aux évolutions institutionnelles de l'Union. Les thèmes abordés lors de cette rencontre qui a réuni, aux côtés de grands témoins, des parlementaires ainsi que des représentants des administrations et des Gouvernements des pays de l'Union ont porté sur l'organisation et l'adaptation des États membres aux enjeux européens, sur les mécanismes européens de décision et sur les relations entre le juge communautaire et les juges nationaux.

La section du rapport et des études a enfin apporté son concours à la préparation et à l'organisation de manifestations auxquelles le Conseil d'État était partie, comme pour le séminaire des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne portant sur le thème « *Le juge administratif et le droit communautaire de l'environnement* », organisé par l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, prévu en janvier 2008.



Action internationale de la juridiction administrative

L'action internationale du Conseil d'État conduite par la cellule de coopération internationale, sous l'autorité du Vice-président et en liaison avec le secrétariat général, s'est développée en 2007 selon deux grands axes :

- le dialogue des juges ;
- la promotion du droit continental.

La participation du Conseil d'État au dialogue des juges

Les échanges avec les grandes juridictions étrangères

Au cours de l'année 2007, le Conseil d'État a poursuivi ses activités d'échanges bilatéraux avec les hautes juridictions étrangères.

L'événement le plus marquant de cette coopération a été la tenue d'une journée d'études avec une délégation de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique conduite par le *Chief Justice* et composée de quatre autres «Justices». Cette journée d'études a eu lieu dans le cadre d'un déplacement officiel en France du nouveau *Chief Justice* des États-Unis qui a rencontré également les plus hautes autorités de l'État, ainsi que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation. Les travaux au Conseil d'État ont porté sur plusieurs thèmes d'intérêt commun relatifs au contrôle de l'administration, en particulier la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, le respect du principe de laïcité ou encore le dialogue des juges en matière de protection des droits.

Ont été également reçus au Conseil d'État par le Vice-président :

- le *Chief Justice* de la Cour suprême indienne ;
- les présidents des Cours suprêmes afghane, géorgienne, et serbe ;
- le président de la Cour suprême de Corée du Sud, accompagné de plusieurs personnalités du monde judiciaire coréen. Il a été convenu à cette occasion de procéder à des échanges de stagiaires et de jurisprudence ;
- les premiers présidents des Cours suprêmes de la République démocratique du Congo et de Madagascar ;
- les premiers présidents des cours administratives d'appel de Marrakech et de Rabat.

Par ailleurs, le Vice-président du Conseil d'État s'est rendu à la Cour de justice des Communautés européennes au mois de février 2007 ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme au mois d'octobre.

Les actions menées dans le cadre de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA) et de l'Association des Conseils d'État et des juridictions suprêmes de l'Union européenne

1 – Le Conseil d'État et l'AIHJA. Le Conseil d'État est très impliqué au sein de l'AIHJA, association chargée de promouvoir la coopération entre les hautes juridictions administratives. Le Vice-président en est traditionnellement le vice-président et le secrétaire général du Conseil d'État en est le secrétaire général depuis la création de l'association.

L'année 2007 a été marquée par le Congrès tri-annuel de l'association. Ce congrès s'est tenu en Thaïlande sur le thème du statut des magistrats administratifs.

Le déplacement du Vice-président en Thaïlande a été l'occasion de renforcer les liens étroits qui unissent le Conseil d'État au Conseil d'État thaïlandais et à la Cour administrative supérieure de ce pays.

2 – Le Conseil d'État et l'Association des Conseils d'État et des juridictions suprêmes de l'Union européenne. L'Association des Conseils d'État et des juridictions suprêmes de l'Union européenne a pour objet de regrouper les juridictions administratives de l'Union européenne. Le Conseil d'État a accueilli en mars un séminaire de l'Association et lui a permis de présenter des propositions relatives au rôle de la justice administrative dans la construction d'une Europe de la justice. Il a par ailleurs participé activement à un colloque public organisé par l'association et qui constituait l'aboutissement d'une étude sur la justice administrative en Europe réalisée dans le cadre de l'Association, en partenariat avec la Mission de recherche droit et justice. Enfin, le Conseil d'État a accueilli en stage dans trois sous-sections de la section du contentieux, pour une durée de quinze jours, trois magistrats appartenant à des juridictions membres de l'association : la Cour suprême d'Espagne, la Cour suprême d'Estonie et la Cour administrative suprême de la République tchèque.

Les actions destinées à la consolidation des juridictions administratives

Le Conseil d'État a répondu à de nombreuses demandes de coopération émanant de juridictions francophones ou francophiles, soit dans le cadre de programmes suivis de coopération, soit à la suite de demandes ponctuelles.

Le Conseil d'État a apporté son concours aux actions de coopération développées par la France avec l'Ukraine en matière de justice. Pour la seule année 2007, cinq missions françaises ont été organisées et consacrées à divers aspects de la mise en place d'une justice administrative dans ce pays. Dans le même temps, des personnalités ukrainiennes du monde judiciaire ont été accueillies au Conseil ; ainsi une délégation de sept membres de la Cour suprême

administrative, conduite par le chef du département de la législation, est venue s'informer en France de l'organisation de la justice administrative. Un accord de coopération a enfin été signé en fin d'année entre la Cour administrative supérieure et le Conseil d'État. Cet accord de coopération, au cadre relativement large, prévoit spécialement le maintien d'échanges réguliers de documentation et l'organisation de séminaires sur des thèmes d'intérêt commun, en particulier de jurisprudence. Il témoigne des relations excellentes nouées entre les deux juridictions.

Des programmes suivis de coopération ont été mis en place avec des États africains.

Tout d'abord, la présidente du Conseil d'État du Burkina Faso a été accueillie pour convenir d'un dispositif de coopération entre les deux institutions. Il a à cette occasion été décidé que des magistrats burkinabés seraient reçus chaque année au Conseil d'État et que celui-ci apporterait au Burkina Faso un appui en matière documentaire.

La coopération avec la Cour suprême de la Côte-d'Ivoire s'est poursuivie en 2007 avec l'accueil, pour une visite de travail, du président de la chambre administrative de cette cour.

Enfin, dans le cadre de l'Association africaine des Hautes juridictions francophones, une mission a été réalisée au Bénin; deux membres du Conseil y ont animé une session de formation des magistrats.

Le Conseil d'État a par ailleurs reçu de nombreuses délégations et des stagiaires à la suite de demandes particulières. Ont notamment été accueillis : des magistrats de la Cour suprême de justice de la République du Congo, des représentants du ministère de la justice éthiopien, des membres de la Cour suprême kazakhe.

Des stages ont également, comme à l'ordinaire, été organisés au bénéfice d'étudiants du collège franco-juridique de Bucarest et de l'Institut supérieur d'administration du Maroc.

La promotion du droit continental

Le Conseil d'État participe à de nombreuses actions de coopération visant à promouvoir le droit continental, en particulier administratif, dont l'initiative revient le plus souvent à des organismes spécialisés.

La participation aux activités des organismes français de coopération

Le Conseil d'État apporte régulièrement son appui à l'Agence de coopération juridique internationale (Acojuris). Il a plus particulièrement participé en 2007 au Projet EuropAid intitulé « Support institutionnel au Vietnam » dont cet organisme à la charge : cet important programme de coopération et de soutien à la réforme législative et institutionnelle engagée au Vietnam, est financé par

l'Union européenne et doit permettre d'accompagner, à terme, l'adhésion du Vietnam à l'OMC. Le Conseil d'État a été sollicité dans le cadre de la composante législative du programme : un membre du Conseil d'État s'est ainsi déplacé à Hanoï afin d'apporter une expertise sur le thème de la codification ; une délégation de neuf personnalités vietnamiennes, dont plusieurs parlementaires, conduite par le président de la Commission des affaires étrangères, a également été accueillie au Conseil d'État sur ce sujet.

Le Conseil d'État a participé activement à la naissance de la Fondation pour le droit continental qui a pour objet d'assurer le rayonnement du droit continental ; la Fondation a été officiellement créée et reconnue d'utilité publique par décret du 11 mai 2007. Le Conseil d'État est membre de droit du Conseil d'administration ; deux membres du Conseil d'État sont également membres du conseil scientifique de la Fondation.

Par ailleurs, le Conseil d'État participe à plusieurs organismes à vocation de coopération bilatérale :

- La Maison franco-vietnamienne du droit : le Conseil d'État est membre de son conseil d'administration et contribue régulièrement aux activités qu'elle organise. En 2007, le Conseil d'État a participé à deux séminaires d'expertise organisés sur deux projets de lois : le premier relatif aux procédures d'élaboration des normes législatives et réglementaires, le second relatif à la responsabilité de la puissance publique. Le séminaire portant sur ce dernier projet de loi a été précédé d'un colloque international sur la responsabilité de la puissance publique, auquel participaient des juristes du Cambodge, de Chine, d'Indonésie et du Laos. Une mission d'étude des responsables du projet de loi vietnamien sur la responsabilité de la puissance publique a été accueillie ensuite au Conseil d'État.
- La Maison franco-andine du droit : en 2007, la Maison a profité de la présence d'un représentant du Conseil d'État à Bogotá dans le cadre du Forum ibéro-américain de droit public pour organiser deux conférences-débats. La première a eu lieu à la « Procuradaria general de la Nación » : son objet était de présenter le rôle du commissaire du gouvernement en France et de le rapprocher de celui de la Procuradaria. La seconde a eu lieu à l'École supérieure d'administration publique en présence du ministre de la fonction publique et avait pour thème « Perspectives de la fonction publique en France et en Amérique latine ».
- Le Centre sino-français du notariat dont l'objectif est l'institutionnalisation d'une coopération régulière entre professionnels de la justice français et chinois. Un représentant du Conseil d'État a participé à la mission de formation organisée en novembre par le Conseil national du notariat à Shanghai.

La participation aux réseaux internationaux de coopération en matière de droit et de gouvernance

Le Conseil d'État a participé aux activités de coopération organisées par les réseaux internationaux spécialisés en la matière :

- L'Institut international de sciences administratives dont le siège est à Bruxelles et dont l'objet est de promouvoir le développement des sciences de l'administration et l'amélioration du fonctionnement des administrations publiques.

En 2007, l'IISA a tenu son XXVII^e congrès à Abou Dhabi. Une délégation de l'Institut français des sciences administratives, conduite par le Vice-président du Conseil d'État a participé à cette réunion. Des représentants du Conseil d'État sont intervenus sur les thèmes du partenariat public-privé, de la probité et de l'impartialité des agents publics et du contrôle des administrations publiques en vue d'une pleine efficacité économique et sociale.

- Le Forum mondial de la gouvernance organisé par les Nations unies. En lien avec la direction générale de la coopération internationale et du développement (DGCID), le Conseil d'État était représenté au 7^e Forum mondial qui s'est tenu à Vienne par le responsable de la cellule de coopération ; le thème retenu cette année était « établir la confiance dans le gouvernement ».
- Le Forum ibéro-américain du droit administratif organisé cette année à l'université Externado de Bogotá en Colombie et qui réunit des universitaires, spécialistes en droit public de toute l'Amérique latine, ainsi que d'Espagne et du Portugal. Les principaux thèmes du colloque étaient : les contrats publics, la responsabilité de l'État, les services publics, la Constitution et le droit de l'urbanisme.
- Le Conseil d'État a également participé à une table ronde au Caire organisé par l'International Law Organisation (organisation internationale de droit du développement) qui portait sur l'accès à la justice administrative.

Les réponses aux demandes de coopération ou d'échanges émanant d'autres institutions

En dehors de ces réseaux spécialisés dans la coopération, bilatérale ou multilatérale, le Conseil d'État s'efforce de répondre aux demandes ponctuelles émanant d'autres institutions.

L'année 2007 a été marquée à ce titre par la participation d'une importante délégation du Conseil d'État, conduite par le Vice-président, à un colloque organisé par l'université de Split ayant pour thème : « Vers l'administration moderne – traditions et transitions – l'action et le rôle du Conseil d'État français ». Le Vice-président a prononcé le discours d'ouverture du colloque et les contributions des membres ont porté sur les différentes facettes du rôle du Conseil d'État.

Le Conseil d'État a répondu à une demande émanant de l'Université catholique pontificale de Lima pour la participation à un colloque sur la réforme de l'État au Pérou. Un membre du Conseil a présenté à cette occasion l'expérience française en matière de décentralisation.

Deux membres du Conseil d'État ont fait partie de la délégation constituée par la Fondation Charles de Gaulle et conduite par le président Mazeaud pour participer à un programme d'échanges franco-chinois, appelé programme « Charles de Gaulle » portant sur « le dialogue et les échanges entre les jeunes élites chinoises et françaises ».

Un membre du Conseil d'État a été associé au colloque organisé à Pékin sur le thème « Acteurs français du droit à l'international » sous le patronage conjoint du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de l'ambassade de France. L'objectif de cette manifestation était de faire connaître les diffé-

rentes professions juridiques, leurs méthodes de travail et les services qu'elles peuvent offrir. Les interventions, centrées sur le thème de la sécurité juridique, ont permis de développer les apports des techniques et des procédures du droit continental.

Le Conseil d'État a accueilli de nombreuses personnalités et des stagiaires. Il a notamment reçu des «personnalités d'avenir» dans le cadre du programme organisé depuis une dizaine d'années par le ministère des affaires étrangères, ainsi que, pour deux semaines en moyenne, de jeunes personnalités étrangères proposées par les ambassades et les consulats. La visite du Conseil d'État est souvent une étape dans les programmes de ces personnalités qui sont alors reçues pour un entretien par un membre du Conseil. Cette année, ont été reçus au Conseil :

- un professeur de droit brésilien, autour de la question de la place du droit français au Brésil et des possibilités de coopération entre le Conseil et les universités brésiliennes ;
- un secrétaire à la recherche et à la planification au sein du Mouvement Populaire de Libération du Soudan ;
- une universitaire suisse spécialisée dans les questions relatives aux droits de l'homme.

Enfin, à la demande de l'École nationale d'administration (ENA), le Conseil d'État reçoit des stagiaires étrangers, dans le cadre du cycle de formation sur le système politique et administratif de la France proposé par l'école. Le Conseil d'État a accueilli à ce titre trois groupes de hauts fonctionnaires marocains, kazakhs et macédoniens pour des exposés portant sur le rôle administratif et juridictionnel du Conseil d'État, ou plus généralement sur les structures administratives françaises.

L'action internationale des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ont également mené des actions d'échange et de coopération avec les juridictions étrangères homologues. Certaines de ces actions s'inscrivaient dans des programmes suivis de coopération.

Dans le cadre d'un programme initié par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), la cour administrative d'appel de Lyon a ainsi reçu une délégation ukrainienne menée par le Vice-président de la cour administrative suprême. Deux missions dans le pays, dont une impliquant le président de la cour, ont également été réalisées.

Le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion mène quant à lui une action de coopération suivie avec la République de Madagascar. Son principal interlocuteur est l'École nationale de la magistrature et des greffes qui envoie régulièrement des stagiaires à Saint-Denis et organise des réunions de travail auxquelles participent les membres du tribunal.

Enfin, le tribunal administratif de Marseille a accueilli, comme il le fait déjà depuis plusieurs années, deux magistrats chinois pour des stages de deux mois.

Les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ont également répondu à des demandes ponctuelles de coopération.

Une délégation de cinq membres de la chambre administrative de la Cour suprême du Tchad, récemment créée, a été reçue dans le cadre d'une visite d'étude par les tribunaux administratifs de Lille et d'Amiens et par la cour administrative d'appel de Douai.

Des magistrats européens ont effectué des visites ou des stages dans les juridictions administratives : le tribunal administratif de Toulouse a ainsi accueilli un Haut-conseiller à la Cour administrative suprême d'Autriche à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée ; il a également accueilli deux magistrats allemand et portugais pour un stage de quinze jours. Le tribunal administratif de Bordeaux a quant à lui accueilli un groupe de magistrats et d'avocats grecs dans le cadre d'un échange entre universités, ainsi que deux magistrats slovènes effectuant un séjour organisé par l'École nationale de la magistrature.



Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État

La cellule de droit communautaire du Conseil d'État, créée il y a tout juste dix ans, a assuré, au titre de l'année 2007, une charge de travail toujours aussi intense. Elle n'a pu le faire qu'avec le concours précieux de l'assistant de justice et des stagiaires qui ont été étroitement associés à l'accomplissement de ses différentes missions.

En premier lieu, le nombre de questions juridiques posées à la cellule s'est désormais stabilisé à environ 500. 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.

De nombreuses questions, classiques et récurrentes, ont porté notamment sur les thèmes suivants : problèmes techniques ou rédactionnels relatifs à la transposition des directives communautaires (par exemple, un renvoi dynamique fait par une norme nationale à un règlement communautaire); aides d'État (qualification juridique, application de la jurisprudence Altmark, entrée en vigueur du nouveau règlement *de minimis* et de ses dispositions transitoires, répétition de l'indu...); articulation entre les conventions internationales et le droit communautaire; questions relatives aux mécanismes de la TVA communautaire (portée du principe de neutralité fiscale); statut des différentes collectivités d'outre-mer au regard du droit communautaire; interprétation de la « directive services » et conséquences précises de son entrée en vigueur; concept communautaire de profession réglementée; notion d'entité économique au sens du droit communautaire (notamment pour ce qui est des GIP, des sociétés coopératives et des sociétés mutualistes); marché des instruments financiers et ratios prudentiels; statut des moyens d'ordre public en droit national et en droit communautaire; portée du principe communautaire de non-discrimination au regard du principe national d'égalité; interprétation exacte de la directive « OGM »; interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme, notamment pour ce qui est du droit au procès équitable.

Des questions nouvelles, souvent complexes, ont également été posées, concernant notamment le statut des sportifs de haut niveau au regard du droit communautaire; les problèmes liés à l'insaisissabilité des établissements publics au regard du droit communautaire; la consultation de la BCE pour des normes nationales modifiant les statuts de la Banque de France; la conciliation du droit de propriété sur une grotte préhistorique au regard de l'article 14 de la CEDH et de son premier protocole additionnel; la licéité, au regard du droit de la concurrence, de l'obligation faite, par une autorité administrative, à l'ensemble de ses

agents de passer par un voyageur déterminé ; l'exercice du droit de préemption foncier urbain des collectivités territoriales aux fins de mieux déterminer certaines catégories d'activités commerciales ; le traitement à réserver aux ressortissants communautaires, selon qu'ils travaillent ou qu'ils recherchent un emploi, au regard notamment du droit au logement opposable ; la possibilité, pour une autorité administrative, d'étendre des accords-cadres de négociation de prix, y compris de prix minima ; la portée exacte du projet de « troisième directive blanchiment ». Enfin, la cellule a été saisie de deux demandes d'étude : l'une, de droit comparé portant sur la conciliation du droit communautaire et du droit constitutionnel des autres États membres de l'Union européenne, aux fins de préciser les jurisprudences de leurs juridictions suprêmes lorsqu'elles ont à connaître d'hypothèses comparables à celle ayant conduit à la jurisprudence ARCELOR du 8 février 2007 ; l'autre, relative aux statuts des établissements publics au regard du droit communautaire.

En 2007, les membres de la section du contentieux ont moins fortement sollicité la cellule de droit communautaire que ne l'ont fait ceux des sections administratives.

En deuxième lieu, le bulletin de la cellule de droit communautaire a été, au cours de l'année 2007, 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. À partir du mois de février 2008, le bulletin sera assorti de liens hypertextes aux fins de faciliter l'accès aux arrêts, rapports ou autres documents qui y sont mentionnés. Il est d'ailleurs envisagé de procéder à une diffusion plus large de ce bulletin, notamment par la voie électronique.

En troisième lieu, la cellule de droit communautaire a continué d'exercer un rôle important dans la formation de nombreux étudiants effectuant des stages au Conseil d'État et dans l'accueil de plusieurs délégations ou personnalités.

En quatrième lieu, elle a été associée étroitement aux autres activités de la section du rapport et des études, notamment celles du rapporteur général de la section, pour l'élaboration de la partie communautaire des considérations générales du rapport annuel 2008, une partie substantielle des problématiques liées aux contrats publics trouvant sa source dans des normes de droit communautaire.

En cinquième lieu, la cellule a été très fortement mobilisée par l'achèvement, puis la valorisation de l'étude intitulée « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national », adoptée par l'assemblée générale le 22 février 2007.

En sixième et dernier lieu, le responsable de la cellule 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 grandes écoles, universités ou instituts, notamment sur le rapport public annuel 2007 ou sur l'étude relative à la transposition des directives. En étant auditionné par le Conseil général des Ponts sur l'activité du Conseil d'État en matière de droit communautaire de l'environnement. En participant à plusieurs réunions de travail avec des représentants de professions réglementées sur la portée de « la

directive services», notamment avec les commissaires aux ventes volontaires. En participant à plusieurs cycles de formation, par exemple celui de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. En entretenant un échange constant de réflexions ou d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national, notamment avec la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, avec les délégations parlementaires pour l'Union européenne, l'observatoire européen de la Cour de cassation, le Secrétariat général pour les affaires européennes et la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères.

Activité du bureau des formations



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, comptait 27 stagiaires et regroupait les magistrats issus de l'École nationale d'administration, du détachement et du tour extérieur, le second, du 1^{er} octobre au 20 mars 2008, regroupe 35 conseillers issus du concours de recrutement complémentaire et du détachement. Au total, 62 magistrats ont suivi ou suivent le stage de formation initiale.

Le programme de chaque stage a été approuvé par le comité de coordination de la formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel présidé par M. Edmond Honorat, président de la 2^e sous-section de la section du contentieux.

Le programme du premier stage est organisé autour de trois activités principales : des conférences à thèmes (140 heures), la participation à des sous-sections de formation (45 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'État.

Cette formation est complétée par un stage d'une semaine dans un tribunal administratif. Les conférences sont toutes assurées par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives.

Le programme du deuxième stage comporte une première partie destinée à mieux faire connaître aux stagiaires l'administration et son environnement. Elle est organisée en trois temps :

- une série de conférences ;
- des travaux de groupe. Cette année, quatre groupes ont été constitués et ont chacun travaillé sur un thème portant sur le contentieux des étrangers. Leurs rapports seront diffusés sur l'intranet des juridictions administratives ;
- un stage pratique de six semaines dans une administration (administration centrale, préfecture, chambre régionale des comptes, etc.).

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Le programme de formation continue a été élaboré à partir des réponses à un questionnaire envoyé dans toutes les juridictions et tient également compte des demandes formulées par les magistrats et des modifications des textes législatifs. Ce programme, approuvé par le comité de pilotage de la formation mais aussi par le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, s'organise autour des thèmes suivants :

- stages de réflexion ;
- actualisation des connaissances juridiques ;
- adaptation à de nouvelles fonctions ;
- maîtrise de l'outil informatique ;
- participation aux stages organisés par divers organismes.

Seuls vingt-cinq stages sur les vingt-huit programmés pour l'année 2007 ont été réalisés. Ils ont été principalement animés par des membres du Conseil d'État et des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 535 magistrats, alors que 712 d'entre eux avaient fait acte de candidature, ce qui représente un taux de présence de 75 %. De plus, le Conseil d'État a assuré la participation de dix magistrats à des actions de formation mises en œuvre par des organismes extérieurs. Il est à noter que toutes les demandes de stage ont été satisfaites.

Les magistrats ont pu pour la première année s'inscrire à des formations linguistiques ; les magistrats parisiens (dix-neuf magistrats) sont associés aux cours dispensés au Conseil d'État ; pour les magistrats des autres juridictions, le Conseil d'État a assuré la prise en charge des frais d'inscription de vingt-et-un magistrats.

Huit stages organisés par l'École nationale de la magistrature ont été ouverts à la participation des magistrats administratifs, mais seulement neuf d'entre eux ont suivi ces formations.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Le développement de l'offre de formation s'est logiquement accompagné d'une participation en plus grand nombre des personnels aux actions de formation.

Sur les 40 stages prévus au programme de l'année 2007, 25 stages ont été programmés par le bureau des formations ; ils ont recueilli 515 candidatures et ont été suivis par 445 agents (contre 429 inscrits et 384 participants pour 18 stages en 2006).

Ces stages relèvent de trois thèmes principaux :

- *l'accueil des agents nouvellement nommés* : ces stages, dont la durée a été progressivement augmentée au fil des années, ont pour objet de faire connaître la juridiction administrative et de donner les connaissances de base sur l'activité juridictionnelle ; les trois stages de cinq jours organisés en 2007 ont été suivis

par 70 participants, ce qui représente près de 70 % des personnes ayant rejoint la juridiction administrative cette année (contre 75 en 2006) ;

– *l'adaptation à de nouvelles fonctions ou le perfectionnement* : ces formations s'adressent à ceux qui connaissent un changement de fonction ou une évolution de ces fonctions : treize stages ont été organisés à ce titre pour 104 agents (contre cinq stages et 93 participants en 2006). La nouvelle formation de trois jours mise en place cette année sous l'intitulé «travailler dans un greffe», qui porte sur la découverte des notions de base du contentieux administratif et l'apprentissage, au travers d'exemples concrets, du traitement d'un dossier depuis l'enregistrement de la requête jusqu'à la notification de la décision, a rassemblé 22 participants répartis sur deux stages, l'un pour les tribunaux administratifs, l'autre pour les cours. Les stages de greffier de chambre et d'assistant du contentieux, également d'une durée de trois jours, ont été suivis respectivement par 17 et 7 participants ;

– les autres stages se rattachent au thème de *la découverte du droit administratif et l'actualisation des connaissances juridiques* : ces neuf stages d'une ou deux journées selon le cas, ont été suivis au total par 260 agents (contre huit stages et 216 participants en 2006). Cette catégorie de stages ne se limite pas au contentieux mais constitue également une ouverture sur certaines branches du droit. Il est certain que la réforme du droit des étrangers explique en grande partie cette progression très nette des données chiffrées : quatre stages de deux jours ont en effet été organisés et ont réuni au total 122 participants. Quant à l'actualité du contentieux administratif, qui rencontre chaque année un franc succès, elle a donné lieu à deux stages, dont l'un à la cour administrative d'appel de Lyon, et 59 participants ont suivi cette formation contre 36 en 2006. Le nombre grandissant des candidatures pour ces stages théoriques confirme le souhait des personnels de greffe d'approfondir leurs connaissances au-delà de ce qui apparaît comme des formations plus opérationnelles.

À ces formations organisées par le bureau des formations, il convient d'ajouter *les actions organisées par la direction des systèmes d'information* du Conseil d'État pour la formation aux divers logiciels informatiques. Ces formations se déroulent au Conseil d'État mais aussi dans les juridictions.

Au total, les formations aux différents logiciels bureautiques et applications informatiques ont été suivies par 490 participants tous personnels et juridictions confondus, ce qui correspond à une baisse significative par rapport à l'année 2006 où 750 participants avaient suivi ces formations, traduisant ainsi la généralisation progressive de la maîtrise des outils informatiques par les personnels. Les agents de greffe ont été 245 à suivre une formation informatique ou bureautique en 2007 (423 en 2006). À cet égard, pour 191 de ces 245 agents, la formation a été dispensée sur site, répondant ainsi au souhait exprimé fréquemment d'une organisation des actions de formation au plus près du lieu d'affectation.

À toutes ces actions de formation s'ajoutent celles qui sont organisées dans les juridictions à l'initiative des chefs de juridiction : ceux-ci ont été encouragés à le faire de manière à permettre d'élaborer un programme spécifique en fonction des besoins des agents de la juridiction, en y associant le cas échéant les agents des juridictions voisines, voire même quelques agents de la préfecture. Ces actions de formation ont tendance à se généraliser, en dehors de l'adaptation aux besoins spécifiques de la juridiction ; elles sont aussi l'occasion de rapprocher les agents de greffe des magistrats.

Au total, on constate une progression de la participation aux stages organisés par le bureau des formations, (434 participants en 2007 contre 384 en 2006, soit une augmentation de 13 %). Il n'a pas été possible cette année de mettre en place un suivi plus précis de la participation des personnels aux actions de formation, de manière à déterminer la part des agents de greffe qui ont le moins accès à l'offre de formation et de tenter d'en analyser les causes. La nouvelle organisation des structures de formation devrait rendre plus aisée la conduite de ce type d'études.

Formation des agents du Conseil d'État

La formation des agents du Conseil d'État a été organisée en 2007 en fonction des observations formulées lors de la réunion annuelle du comité de pilotage et d'orientation de la formation. Le tableau annexé regroupe l'ensemble des actions de formation proposées et le nombre de participants.

Comme les années précédentes, une préparation aux concours administratifs internes et aux examens professionnels a été assurée dès l'annonce des épreuves.

Les formations aux langues vivantes européennes se poursuivent.



Statistiques

Tableau 1
Formation continue des magistrats administratifs

Intitulé du stage	Total Inscrits	Stage non effectué	Stage effectué	Excusés
Stages organisés au Conseil d'État				
L'administration française et l'Union européenne (*)	7	7	-	-
Le juge administratif dans la société contemporaine (*)	15	15	-	-
La justice administrative en Espagne	16	1	13	2
Actualité des politiques de santé publique et de protection sociale (*)	4	4	-	-
Le juge administratif et l'administration pénitentiaire	17	-	17	-
La situation des droits de l'homme dans les principaux pays d'émigration	8	1	7	-
La Cour européenne des droits de l'homme	7	-	1	6
Le travail parlementaire	16	1	12	3
L'actualité jurisprudentielle : contentieux général	52	7	40	5
L'actualité jurisprudentielle : contentieux général 2	22	4	17	1
L'actualité du contentieux fiscal	47	7	32	8
L'actualité du droit international et communautaire	41	4	31	6
L'actualité du droit du séjour et de l'éloignement des étrangers	61	12	41	8
L'actualité du droit des marchés publics	38	2	28	8
L'actualité du droit de la fonction publique	42	4	36	2
L'actualité du droit de l'urbanisme	46	2	37	7
Droit de l'environnement : approche juridique et technique	27	-	21	6
L'évaluation du préjudice corporel dans le contentieux de la responsabilité	26	1	24	1
Devenir vice-président de tribunal administratif	13	1	7	5
La procédure d'appel	68	3	60	5
Présider une chambre disciplinaire des professions de santé	43	1	40	2
Éléments de management public	13	-	11	2
Formation à la rédaction de textes juridiques	10	-	9	1
Le contentieux fiscal : mise à jour des connaissances (*)	4	4	-	-
Le contentieux fiscal : la comptabilité des entreprises – principes généraux	22	4	15	3
Le contentieux fiscal : le contentieux du recouvrement	18	1	16	1
Le contentieux fiscal : la procédure fiscale administrative et contentieuse	21	5	16	-
Le contentieux fiscal : les principes de la fiscalité des entreprises et de la TVA	8	4	4	-
Total I	712	95	535	82
Stages bureautiques organisés au Conseil d'État				
Recherche documentaire : lexisnexis et navis fiscal	35	-	35	-
Applications métier	53	-	50	3
Bureautique	6	3	2	1
Dual Screen	10	-	10	-
Total II	104	3	97	4

Intitulé du stage	Total Inscrits	Stage non effectué	Stage effectué	Excusés
Stages organisés par l'ENM				
Le droit des sociétés	3	-	3	-
La place du juge dans les relations contractuelles	0	-	-	-
L'Islam en France	7	5	2	-
Immigration irrégulière et réponses pénales	0	-	-	-
L'assurance	0	-	-	-
Total III	10	5	5	0
Stages organisés par l'Académie de droit européen				
L'ouverture des marchés européens de l'énergie	0	-	-	-
Développements récents en droit communautaire	2	-	2	-
Fraude et infraction fiscales dans l'Union européenne	1	-	1	-
Développements récents en droit communautaire des marchés publics	0	-	-	-
Le droit fiscal européen	0	-	-	-
Total IV	3	0	3	0
Stages organisés par l'ENA				
Le maire, entre intérêt local et intérêt national	0	-	-	-
Responsabilité et risque pénal de l'agent public	0	-	-	-
Gestion des risques urbains	2	-	1	1
Préparer sa mobilité	1	-	-	-
Total V	3	0	1	1
TOTAL GÉNÉRAL (I + II + III + IV + V)	832	103	641	87

(*) Stage annulé.

Tableau 2
Formation continue des agents des greffes (par thème de formation suivie)

Stages	Inscrits	Présents
Stages d'accueil		
1. Stage d'accueil des agents récemment nommés du 26 au 30 mars	26	22
2. Stage d'accueil des agents récemment nommés du 18 au 22 juin	27	25
3. Stage d'accueil des agents récemment nommés du 19 au 23 novembre	29	23
Total I	82	70
Stages de découverte du contentieux administratif et actualisation des connaissances juridiques		
4. Les bases du droit et du contentieux administratifs	11	10
5. Le traitement d'un dossier contentieux	12	10
6. Le traitement d'un dossier contentieux (organisé à la CAA de Lyon)	15	14
7. L'organisation de la justice en France	19	15
8. L'actualité du contentieux administratif :	70	59
à la CAA de Lyon (le 16 novembre)	30	23
à Paris (le 6 décembre)	40	36

Stages	Inscrits	Présents
9. Le droit fiscal (initiation)	13	12
10. Le droit des étrangers et les nouvelles procédures d'éloignement :	132	122
30 et 31 janvier	33	32
14 et 15 février	34	30
14 et 15 février (à la CAA de Paris)	36	33
2 et 3 mai	29	27
11. Le droit de la fonction publique	17	15
12. Le droit de la commande publique	15	15
Total II	291	260
Adaptation à de nouvelles fonctions et perfectionnement		
13. Le greffier en chef	2	2
14. L'assistant du contentieux	10	7
15. Le greffier de chambre	19	17
16. Travailler dans un greffe de CAA	12	9
17. Travailler dans un greffe de TA	18	13
18. Travailler dans un greffe de TA (organisé au TA de Marseille)	1	Stage annulé
19. La gestion budgétaire et les marchés publics	13	11
20. L'accueil du public	8	8
21. Le documentaliste	5	5
22. Le documentaliste : formation au progiciel Ex Libris	24	24
23. Le correspondant informatique : formation initiale	3	0
24. Le correspondant informatique : perfectionnement	8	(*)
25. L'exécution des décisions de justice	19	19
Total III	142	115
TOTAL GÉNÉRAL (I + II + III)	515	445

(*) Ce stage qui est programmé tous les deux ans se déroulera en 2008.

Tableau 3 Formation continue des agents du Conseil d'État (par thème de formation suivie)

Formations dispensées par le Conseil d'État	134 participants
Thèmes des formations proposées :	
Accueil des agents nouvellement nommés	13
Accueil des nouveaux assistants de justice	16
Les bases du droit et du contentieux administratifs	8
Initiation au droit communautaire	34
L'organisation de la justice en France	5
Le traitement d'un dossier contentieux	5
L'actualité du contentieux administratif	4
Le droit fiscal	4
Le droit de la fonction publique	9
Le droit de la commande publique	12
La gestion budgétaire et les marchés publics	8
La rédaction d'une correspondance administrative	11
Formation ACMO	1
Formation des membres du CHS	4

Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives



Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Bilan des missions d'inspection des juridictions administratives

1 – Les articles L. 112-5, R. 112-1 et R. 231-4 du code de justice administrative prévoient que **le contrôle de l'activité des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est exercé, sous l'autorité du Vice-président du conseil d'État, par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives.**

Au titre de l'évaluation, la mission permanente d'inspection a, au cours de l'année 2007, procédé à l'inspection de huit tribunaux administratifs (Besançon, Rennes, Montpellier, Lyon, Versailles, Melun, Poitiers et Strasbourg) et des cours administratives d'appel de Marseille et Bordeaux.

Comme par le passé, chaque inspection a pu être menée sur deux jours par une équipe composée de deux à cinq membres. L'inspection constitue avant tout un moment privilégié pour ses membres de s'entretenir avec tous les magistrats, les greffiers en chef et les greffiers de chambre de la juridiction, avec le souci d'examiner l'ensemble des activités de la juridiction et l'adaptation de ses moyens et méthodes de travail.

Les missions sont également l'occasion, le cas échéant, d'évaluer en cours de réalisation la mise en œuvre des contrats d'objectifs.

Le chef de la mission permanente d'inspection a connu, comme les années précédentes, d'autres occasions de se rendre au sein des juridictions, soit lors de visites du Vice-président du Conseil d'État, soit lors de manifestations organisées par elles ou encore à l'occasion de l'entretien d'évaluation de leur président.

2 – Le décret du 19 décembre 2005 a institutionnalisé les pratiques déjà suivies en insérant dans le code de justice administrative des articles R. 112-2 et R. 112-3 qui prévoient **que toute partie faisant état de la durée excessive d'une procédure peut saisir le chef de la mission d'inspection.** Celui-ci peut faire des recommandations à la juridiction concernée et est destinataire des décisions administratives ou juridictionnelles allouant une indemnité en réparation de la durée excessive de la procédure.

Ces dispositions ont eu pour effet d'accroître, à partir de 2006, le nombre de réclamations dont il est saisi et de renforcer les occasions d'échanges entre les chefs de juridiction et le chef de la mission. Les réclamations des justiciables, invoquant les difficultés qu'ils rencontrent dans l'examen de leurs requêtes sont en effet toujours suivies de réponse, même lorsqu'elles apparaissent, à l'analyse, injustifiées.

Bilan de la participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

1- Au titre des dispositions de l'article L. 232-2 du code de justice administrative, **le chef de la mission permanente est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTA)**, qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du Vice-président du Conseil d'État. Il est par-là même associé à la gestion du corps : chaque fois que le Conseil supérieur est appelé à faire des propositions relatives à l'évolution de la carrière des magistrats (recrutements au tour extérieur, détachements dans le corps, intégrations dans le corps après détachement, inscriptions au tableau d'avancement, désignations aux fonctions de commissaire du gouvernement), le chef de la mission permanente donne son avis. L'article L. 236-1 lui donne le pouvoir de saisir le Conseil supérieur en matière disciplinaire.

Le chef de la mission permanente est également consulté sur les demandes de détachement hors du corps et les mises à disposition. Il note chaque année les présidents de tribunal administratif et, désormais, en vertu de l'arrêté du 1^{er} juin 2004, pris pour l'application du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002, il conduit tous les deux ans l'entretien d'évaluation de ces présidents.

Il lui revient enfin de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire.

L'ensemble de ces dispositions et la tradition ont conduit à associer étroitement des activités dont la finalité est de suivre et d'évaluer l'activité des juridictions et de leurs magistrats, à des fonctions de coordination avec les services chargés de gérer les tribunaux et les cours administratives d'appel.

Au titre de la gestion des tribunaux et des cours, ainsi que du corps des magistrats, le chef de la mission permanente d'inspection a continué à être associé à l'ensemble des décisions, en participant aux réunions de coordination organisées au niveau du secrétariat général du Conseil d'État, notamment pour préparer les séances du Conseil supérieur et en assurant de nombreuses tâches de sélection (tour extérieur pour l'accès au corps, accueil en détachement, tours extérieurs d'accès au Conseil d'État réservés aux magistrats des TA et CAA). Ces tâches sont de plus en plus lourdes, eu égard au nombre croissant des candidats pour un corps dont les effectifs ont beaucoup augmenté.

2- Le chef de la mission permanente a participé en outre aux divers **comités spécialisés dans la mise en œuvre des programmes de formation des personnels** ou du **schéma directeur en matière d'informatique**, ainsi qu'aux **groupes de travail chargés en 2007 par le Vice-président du Conseil d'État d'étudier les moyens de moderniser l'action des juridictions administratives sous ses différents aspects** (pilotage, statut et carrière des membres, règles de la procédure contentieuse, déontologie...).

Il a enfin assuré la présidence du groupe de travail chargé de la mise à jour des outils de travail sous forme numérique (formulaires et bibliothèques de paragraphes) mis à la disposition des magistrats.

Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel



L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Les résultats de l'année 2007 apparaissent très contrastés entre tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, les premiers profitant d'un relatif ralentissement de l'augmentation du contentieux, tandis que les secondes ont été confrontées à une très forte progression de leurs entrées.

En données nettes des séries, les tribunaux administratifs ont enregistré 170 014 affaires nouvelles en 2007, soit une progression de 1,95 % par rapport à 2006. Cette progression apparaît exceptionnellement modérée par rapport à la tendance observée sur l'ensemble de la période 2002-2007, caractérisée par une augmentation annuelle moyenne de 8,6 %. Les tribunaux ayant poursuivi leur effort, ils ont rendu 175 011 jugements en 2007, soit une progression de 6,5 % par rapport à 2006. Pour la première fois depuis 2002, les « sorties » excèdent les « entrées », et le stock d'affaires en instance au 31 décembre se réduit (- 2,5 %). Le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock accélère ainsi sa décade : il s'établit au 31 décembre 2007 à 14 mois et 5 jours, contre 15 mois et 13 jours un an plus tôt. Ces moyennes doivent être interprétées avec prudence, car elles intègrent toutes les catégories de procédure. Ainsi, le délai de jugement constaté pour les affaires sérieuses et ne relevant pas de procédures d'urgence ou enserrées dans des délais particuliers atteint 2 ans, 2 mois et 16 jours, et peut même dépasser 4 ans, dans certaines matières, notamment fiscale, et certains tribunaux, en particulier en région parisienne. Les dossiers enregistrés depuis plus de 2 ans représentent encore 25 % des affaires en stock dans les tribunaux administratifs. La situation de ces derniers reste donc extrêmement fragile, et elle est particulièrement critique pour les juridictions d'Ile-de-France, où le nombre d'affaires jugées, en 2007, n'a représenté que 93 % des affaires nouvelles.

La situation des cours administratives d'appel, qui s'était améliorée de façon continue depuis 2002, grâce notamment aux contrats d'objectifs et de moyens conclus avec chacune d'entre elles pour la période 2002-2007, s'est dégradée en 2007 en raison de l'augmentation considérable du volume de leurs entrées. Les cours ont enregistré 26 554 affaires nouvelles en 2007, soit une progression de 26 % par rapport à 2006. En dépit de nouveaux efforts de productivité, le nombre d'affaires réglées par magistrat continuant de progresser, le léger tassement de l'effectif réel moyen des magistrats présents en juridiction a interrompu la croissance du nombre d'affaires jugées : après avoir cru de 79 % de 2002 à 2006, ce nombre s'est stabilisé, les cours ayant rendu 25 716 arrêts en 2007 (- 0,67 % par rapport à 2006). Cette stabilisation n'a pas permis de compenser l'augmentation considérable des entrées, et le nombre d'affaires jugées a été, pour la première fois depuis 2003, inférieur au nombre d'affaires enregistrées : ce ratio, qui s'élevait à 123 % en 2006, est tombé à 97 % en 2007. Le stock des

affaires en instance a progressé de ce fait de 3,3 %, et le délai prévisible moyen de jugement, après avoir diminué de 22 mois de 2002 à 2006, a augmenté en 2007 de 15 jours, atteignant 13 mois et 3 jours. Ce délai reste néanmoins inférieur d'un jour à la cible fixée par les contrats d'objectifs. En outre, la part des affaires de plus de deux ans dans les stocks a été encore réduite et passe sous les 10 %. L'assainissement global permis par les efforts menés depuis 2002 dans le cadre des contrats d'objectifs n'est donc pas remis en cause, mais l'évolution observée en 2007 souligne que la vigilance reste de mise.

De fait, si les résultats de l'année 2007 sont globalement encourageants, la situation globale de la juridiction administrative demeure fragile. L'augmentation du contentieux en première instance devrait notamment être alimentée, en 2008, par le contentieux électoral et celui du droit opposable au logement, et elle se traduira inévitablement par une augmentation des appels. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel resteront donc fortement sollicités.

L'activité des tribunaux administratifs en 2007

Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont, en 2007, enregistré 175 165 affaires en données brutes et 170 014 affaires en données nettes, soit une augmentation respectivement de 1,51 % et de 1,94 % par rapport à l'année 2006. Ce taux est nettement plus faible que celui des années précédentes, qui était, en données nettes, de 6,24 % en 2006 et de 5,36 % en 2005.

L'augmentation modérée constatée en 2007 recouvre des évolutions contrastées selon les matières. Pour s'en tenir aux plus importantes en volume, en données nettes, sont en baisse le contentieux de la fonction publique (- 5,01 %) et celui de l'aide sociale (- 4,30 %). Sont en revanche en hausse le contentieux des mesures de police (+ 15,05 % ; ce contentieux inclut celui du permis de conduire), le contentieux du logement (+ 11,04 %), le contentieux des étrangers (+ 6,06 %), ainsi que, dans une moindre mesure, le contentieux du travail (+ 2,31 %) et – ces derniers constituant par ailleurs des contentieux parmi les plus techniques et complexes, celui des marchés et contrats (+ 3,19 %), le contentieux fiscal (+ 2,92 %), et le contentieux de l'urbanisme et de l'aménagement (+ 2,14 %).

La situation est également contrastée selon les juridictions. Certains tribunaux sont confrontés à une hausse particulièrement forte de leurs entrées : c'est le cas à Cayenne (+ 22,72 %), Caen (+ 15,99 %), Lille (+ 11,57 %), Melun (+ 11,05 %) et, dans une moindre mesure, à Châlons-en-Champagne (+ 8,75 %), Pau (+ 8,73 %) et Bordeaux (+ 6,59 %). D'autres en revanche connaissent une baisse de leurs entrées : Montpellier (- 23,93 %) et Marseille (- 9,68 %), notamment du fait de la création du TA de Nîmes, mais aussi Poitiers (- 9,12 %), Dijon (- 8,05 %), Limoges (- 7,17 %) ou Bastia (- 6,59 %), par exemple.

Le nombre de requêtes en référé-suspension s'établit à 10 499 en données brutes, en diminution de près de 8 % par rapport à 2006, l'utilisation accrue de cette voie de recours en matière de contentieux du permis de conduire (+ 12 %) ne

compensant pas sa moindre utilisation en matière de contentieux des étrangers (- 29,15 %). Les requêtes en référé-liberté, quant à elles, augmentent de près de 9 % par rapport à 2006 (1 610 affaires en 2007 contre 1 482 affaires en 2006 en données brutes).

Affaires réglées

Avec 175 011 affaires réglées en données nettes, soit une augmentation de 6,49 % par rapport à l'année 2006, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs continue de progresser. Cette progression correspond à une poursuite de l'effort de productivité des tribunaux : le nombre d'affaires réglées par magistrat, qui s'établissait à 209 en 2002, dépasse 262 en 2007.

Grâce à cet effort soutenu, le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées s'améliore de manière importante et dépasse, pour la première fois depuis l'année 2002, le taux de 100 % avec une valeur de 104,27 % en données brutes et de 102,94 % en données nettes. Toutefois, la situation est très contrastée selon les juridictions, certains tribunaux étant encore loin de juger autant d'affaires qu'ils n'en enregistrent (Versailles et Cergy-Pontoise : 84 % ; Toulouse : 87 % ; Bordeaux : 89 % ; Melun et Lille : 95 %). À cet égard, la situation est particulièrement critique en Ile-de-France, ce ratio s'établissant, pour le total des quatre tribunaux administratifs franciliens, à 93 %.

Affaires en instance et délais

La croissance soutenue du nombre d'affaires jugées, associée à la progression modérée des affaires enregistrées, permet, globalement, une légère réduction du stock des affaires en instance. Ce stock s'établit au 31 décembre 2007 à 220 616 affaires en données brutes, soit une diminution de 3,35 % par rapport au 31 décembre 2006, et à 206 676 affaires en données nettes, soit une diminution de 2,51 %. Cette diminution n'efface pas complètement les effets de l'augmentation observée notamment en 2004, et les tribunaux administratifs peinent encore à réduire le stock des affaires de plus de deux ans, qui continue de représenter près de 25 % du stock total.

Reste que, compte tenu de la croissance des affaires jugées et de la réduction des affaires en stock, le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock accélère sa décrue, en passant de 1 an 3 mois et 14 jours en 2006 à 1 an 2 mois et 5 jours en 2007.

Le délai de jugement constaté, quant à lui, passe de 1 an, 5 mois et 14 jours en 2006 à 1 an, 3 mois et 9 jours en 2007. Mais si l'on retire les affaires de référé, ce délai atteint 1 an, 4 mois et 16 jours. Si l'on retire en outre les affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers, il atteint 1 an, 7 mois et 20 jours. De fait, ces dernières (et notamment le contentieux des refus de titre de séjour assortis d'une obligation de quitter le territoire français) prennent une place croissante dans le volume global des affaires réglées : imposant une intervention rapide du juge, elles se traduisent aussi par l'éviction d'autres catégories de contentieux. Enfin, si l'on retire aussi les affaires réglées par ordonnance, le délai de jugement constaté s'élève à 2 ans, 2 mois et 16 jours.

Tribunaux administratifs : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2007/2006)

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006
TA de métropole	167 714	170 086	+ 1,41 %	161 992	165 343	+ 2,07 %
TA d'outre-mer	4 843	5 079	+ 4,87 %	4 793	4 671	- 2,55 %
Total	172 557	175 165	+ 1,51 %	166 785	170 014	+ 1,94 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006
TA de métropole	168 468	177 961	+ 5,63 %	159 378	170 376	+ 6,90 %
TA d'outre-mer	5 439	4 684	- 13,88 %	4 964	4 635	- 6,63 %
Total	173 907	182 645	+ 5,02 %	164 342	175 011	+ 6,49 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006	En 2006	En 2007	Évolution 2007/2006
TA de métropole	221 777	213 731	- 3,63 %	205 620	200 247	- 2,61 %
TA d'outre-mer	6 488	6 885	+ 6,12 %	6 370	6 429	+ 0,93 %
Total	228 265	220 616	- 3,35 %	211 990	206 676	- 2,51 %

Tribunaux administratifs : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (données nettes et évolution 2007/2006)

JURIDICTIONS	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006
Amiens	3207	- 1,93 %	3372	- 3,96 %	3549	- 4,60 %
Bastia	1461	- 6,59 %	1576	+ 17,70 %	928	- 11,53 %
Besançon	1869	- 1,16 %	2341	+ 17,23 %	1461	- 24,30 %
Bordeaux	5662	+ 6,59 %	5077	+ 10,49 %	7464	+ 8,33 %
Caen	2749	+ 15,99 %	2768	+ 10,99 %	1833	- 0,92 %
Cergy-Pontoise	13953	- 1,73 %	11719	+ 4,22 %	21705	+ 10,87 %
Châlons-en-Champagne	2584	+ 8,75 %	2775	+ 2,63 %	3186	- 5,80 %
Clermont-Ferrand	2158	+ 1,22 %	2448	+ 8,13 %	1484	- 16,63 %
Dijon	2831	- 8,05 %	3011	- 3,59 %	2394	- 7,92 %
Grenoble	6036	+ 2,90 %	6171	+ 7,75 %	9887	- 0,98 %
Lille	8219	+ 11,57 %	7774	- 4,30 %	6479	+ 8,65 %
Limoges	1489	- 7,17 %	1720	+ 13,98 %	1690	- 12,07 %
Lyon	8248	+ 3,72 %	8647	- 1,37 %	7422	- 4,82 %
Marseille	8270	- 9,68 %	11082	- 2,51 %	7899	- 25,62 %
Melun	9535	+ 11,05 %	9071	+ 23,62 %	10623	+ 3,74 %
Montpellier	5378	- 23,93 %	7335	- 14,14 %	6349	- 25,40 %
Nancy	2203	- 0,72 %	2332	+ 18,44 %	1739	- 6,61 %
Nantes	6972	+ 1,40 %	7574	+ 33,25 %	9077	- 3,32 %
Nice	6935	+ 1,48 %	8205	+ 17,11 %	11296	- 10,04 %
Nîmes	3763	-	4048	-	3205	-
Orléans	4601	- 4,42 %	4709	+ 16,62 %	5152	- 2,03 %
Paris	19914	+ 2,57 %	20843	- 3,96 %	30396	- 3,13 %
Pau	2465	+ 8,73 %	2512	- 4,63 %	3139	- 1,81 %
Poitiers	2840	- 9,12 %	3063	+ 4,79 %	2215	- 10,32 %
Rennes	5357	+ 4,98 %	5579	+ 6,51 %	6920	- 6,83 %
Rouen	3359	- 1,26 %	4125	+ 16,89 %	4493	- 14,45 %
Strasbourg	5888	- 2,19 %	5787	+ 3,17 %	6199	+ 1,01 %
Toulouse	5067	+ 2,84 %	4404	- 4,74 %	7482	+ 9,63 %
Versailles	12330	- 2,72 %	10308	+ 10,97 %	14581	+ 16,14 %
Total métropole	165343	+ 2,07 %	170376	+ 6,90 %	200247	- 2,61 %
Basse-Terre	1251	+ 4,69 %	1192	- 14,61 %	2509	+ 2,45 %
Cayenne	551	+ 22,72 %	612	+ 0,33 %	567	- 10,43 %
Fort-de-France	721	- 0,14 %	797	+ 14,84 %	1013	- 6,89 %
Mata-Utu	14	- 75,44 %	71	+ 688,89 %	10	- 85,07 %
Nouvelle-Calédonie	312	- 23,53 %	319	- 21,81 %	177	- 3,80 %
Polynésie française	442	- 11,60 %	497	- 7,45 %	225	- 19,64 %
Saint-Denis de la Réunion et Mamoudzou	1356	- 5,83 %	1120	- 14,18 %	1875	+ 14,54 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	24	+ 9,09 %	27	+ 440,00 %	53	+ 65,63 %
Total Outre-mer	4671	- 2,55 %	4635	- 6,63 %	6429	+ 0,93 %
Total général global	170014	+ 1,94 %	175011	+ 6,49 %	206676	- 2,51 %

L'activité des cours administratives d'appel en 2007

Affaires enregistrées

L'année 2007 est marquée par une augmentation considérable des affaires enregistrées devant les cours administratives d'appel. Avec 26 908 dossiers en données brutes et 26 554 dossiers en données nettes, les entrées progressent, respectivement, de 24,56 % et de 25,95 % par rapport à l'année 2006. Cette augmentation touche la totalité des cours, mais plus particulièrement celles de Nantes (+ 90 % en données nettes, à raison principalement du contentieux des naturalisations), Marseille (+ 44 %) et Paris (+ 20 %). Les hausses les plus significatives sont constatées en matière de contentieux des naturalisations (+ 540 %), sans doute temporaire, et plus structurellement en matière de contentieux des étrangers (+ 47 %), de contentieux du travail (+ 41 %) et de contentieux de l'urbanisme (+ 20 %). Ne connaissent une baisse significative, en appel, que le contentieux des fonctionnaires et des agents publics (- 11 %) et le contentieux fiscal (- 8 %).

Affaires réglées

Le nombre des affaires réglées en 2007 est resté globalement stable par rapport à 2006, avec 26 473 dossiers en données brutes, soit + 0,22 %, et 25 716 en données nettes, soit - 0,67 %. En dépit de la création de dix postes supplémentaires dans les cours administratives d'appel, l'effectif réel moyen des magistrats présents dans celles-ci a légèrement diminué, à raison notamment de l'importance des mouvements, départs à la retraite compris, qui ne peuvent être instantanément remplacés. Cette diminution a effacé les gains résultant de l'effort de productivité encore constaté en 2007 (le nombre d'affaires réglées par magistrat passant de 104 en 2006 à 106 en 2007).

La quasi-stabilité du nombre d'affaires jugées n'a pas suffi à couvrir l'augmentation des affaires nouvelles. Pour la première fois depuis la mise en place, en 2002, des contrats d'objectifs, les cours n'ont pu juger plus d'affaires qu'elles n'en ont enregistrées. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées, qui s'établissait à 123 % en 2006, est tombé à 97 %. La situation est toutefois contrastée selon les juridictions : certaines cours maintiennent un taux de couverture favorable, comme celles de Bordeaux (117,8 %), Nancy (114,4 %) et Lyon (112,2 %). Celles de Paris (99,9 %) et Nantes (97,2 %) sont quasiment à l'équilibre. En revanche, cet indicateur se dégrade pour la cour administrative d'appel de Nantes (97,2 %), et plus nettement pour celles de Douai (89,8 %), Versailles (86,7 %) et surtout Marseille (76,7 %).

Affaires en instance et délais

Le nombre d'affaires réglées ayant été inférieur au nombre d'affaires enregistrées, le stock des affaires en instance devant les cours administratives d'appel a légèrement progressé. Avec 28 495 dossiers en données brutes et 28 062 dossiers

en données nettes au 31 décembre 2007, il augmente respectivement de 1,92 % et 3,35 % par rapport au 31 décembre 2006. Néanmoins, la part, dans ce stock, des affaires de plus de deux ans a été ramenée de 20 % en 2006 à 10 % en 2007. En effet, les cours administratives d'appel ont jugé plus d'affaires qu'elles n'en ont enregistrées dans la totalité des matières sauf une, le contentieux des étrangers, où l'écart entre entrées et sorties est de près de 4 000 affaires.

L'accroissement du stock global combiné à la stabilité des sorties se traduit par une légère dégradation du délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock. Alors qu'il était, en données nettes, de 1 an et 18 jours en 2006, il s'établit à 1 an 1 mois et 3 jours en 2007. Il reste néanmoins inférieur d'un jour à celui prévu par les contrats d'objectifs.

Le délai de jugement constaté, quant à lui, continue de décroître, passant de 1 an, 10 mois et 4 jours en 2006 à 1 an, 5 mois et 11 jours en 2007. Si l'on retire les affaires de référé, ce délai atteint 1 an, 5 mois et 15 jours. Et si l'on retire aussi les affaires réglées par ordonnance, il s'élève à 1 an, 9 mois et 12 jours.

Cours administratives d'appel : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2007/2006, données détaillées par juridiction)

JURIDICTIONS	Données brutes					
	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006
CAA Bordeaux	2 705	+ 3,36 %	3 199	- 12,50 %	3 813	- 11,16 %
CAA Douai	2 023	+ 13,59 %	1 818	+ 0,22 %	1 459	+ 17,38 %
CAA Lyon	2 984	+ 14,37 %	3 420	+ 8,50 %	4 355	- 9,27 %
CAA Marseille	5 121	+ 42,29 %	3 967	+ 2,03 %	7 362	+ 18,93 %
CAA Nancy	1 836	+ 10,14 %	2 174	- 11,30 %	1 808	- 15,32 %
CAA Nantes	3 792	+ 73,79 %	3 814	+ 46,02 %	1 773	+ 1,49 %
CAA Paris	5 136	+ 19,44 %	5 210	- 13,60 %	4 754	- 1,57 %
CAA Versailles	3 311	+ 16,30 %	2 871	+ 2,13 %	3 171	+ 16,50 %
Total	26 908	+ 24,56 %	26 473	+ 0,22 %	28 495	+ 1,92 %

JURIDICTIONS	Données nettes					
	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006	Total	Évolution 2007/2006
CAA Bordeaux	2 663	+ 3,30 %	3 136	- 10,93 %	3 747	- 10,87 %
CAA Douai	2 010	+ 13,62 %	1 805	+ 0,17 %	1 459	+ 17,38 %
CAA Lyon	2 922	+ 13,74 %	3 278	+ 5,88 %	4 241	- 7,90 %
CAA Marseille	5 085	+ 43,97 %	3 902	+ 1,93 %	7 313	+ 19,65 %
CAA Nancy	1 822	+ 11,71 %	2 084	- 14,56 %	1 808	- 12,19 %
CAA Nantes	3 709	+ 90,11 %	3 605	+ 41,15 %	1 657	+ 7,81 %
CAA Paris	5 066	+ 20,30 %	5 065	- 13,46 %	4 702	+ 0,04 %
CAA Versailles	3 277	+ 15,31 %	2 841	+ 1,57 %	3 135	+ 16,41 %
Total	26 554	+ 25,95 %	25 716	- 0,67 %	28 062	+ 3,35 %

Activité des juridictions spécialisées



Commission des recours des réfugiés (devenue Cour nationale du droit d'asile par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007)

État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2007

L'activité de la Commission des recours des réfugiés en 2007 s'inscrit dans un contexte général marqué par la création du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement, chargé de l'asile et assurant la tutelle de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et dans un contexte plus particulier où la juridiction devrait connaître des évolutions majeures :

- l'article 29 de la loi 2007-1631 du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* parue au JO du 21 novembre 2007 modifie la dénomination de la commission des recours des réfugiés qui s'appelle désormais « Cour nationale du droit d'asile » ;
- il résulte des travaux préparatoires à la loi que les rapporteurs des deux Chambres ont demandé le rattachement de la juridiction au programme « Conseil d'État et autres juridictions administratives » de la mission « Conseil et contrôle de l'État » qui relève de la responsabilité du Premier ministre ; cette demande a rencontré un accueil favorable et sa réalisation, envisagée pour le PLF 2009, contribuera à conforter l'autonomie de la juridiction ;
- enfin, un conseiller d'État, M. Jacky Richard, a été chargé par le Premier ministre d'étudier les modalités du transfert de la gestion de la juridiction au Conseil d'État.

L'activité de la Cour présente en 2007 les caractéristiques principales suivantes :

- comme en 2006, le maintien de la tendance à la baisse de la demande et de la concentration de la demande ;
- une légère diminution du nombre de décisions qui, malgré une activité maintenue, est directement corrélée à l'accroissement du nombre de renvois et à la baisse du nombre d'entrées ;
- un accroissement du taux d'annulation des décisions de l'OFPRA, avec stabilisation du taux de recours ;
- la poursuite de la résorption et de l'assainissement du stock de dossiers en instance, qui se traduit par un allongement mécanique dû au traitement de dossiers anciens, mais modéré, des délais de traitement.

Tels sont les points qui seront exposés ci-après ; ils traduisent la volonté de la juridiction de s'inscrire dans une démarche de gestion par objectifs et d'une poursuite des efforts dans un contexte où les audiences s'alourdissent, du fait d'un taux de constitution d'avocats toujours plus important.

La partie statistique de ce document est établie pour l'essentiel à partir de données brutes INEREC éditées en janvier 2007. Ces chiffres sont provisoires et sont susceptibles de modifications lors de mises à jour ultérieures de la base de données. En outre, la base INEREC est dépourvue d'historique concernant le stock ou les renvois.

Comme en 2006, tendance à la baisse et à la concentration de la demande

A.) La Commission a enregistré 22 676 recours, contre 30 501 en 2006, ce qui représente une baisse de 25,6 %, similaire à celles constatées lors des deux exercices précédents.

Cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Cour. Toutefois, la structure de la demande, par nationalité, pour les vingt pays qui représentent plus de 88,1 % de la demande, permet de constater des baisses inférieures à la moyenne pour la moitié d'entre eux.

La baisse est plus marquée pour les deux pays les plus présents les années précédentes. Ainsi, les demandes turque et congolaise de la République démocratique du Congo sont en forte diminution, respectivement - 35,8 % et - 28,5 %. De même, la demande haïtienne s'effondre (- 69,5 %).

En revanche, la stabilité de la demande sri-lankaise (- 1,4 %) en fait, avec 2 487 requérants, la première demande devant la Cour. Les demandes serbe, russe et bangladaise sont aussi assez stables, respectivement - 5,7 %, - 16,1 % et - 13,6 %.

Seules les demandes arméniennes (+ 19,5 %), chinoises (+ 15,2 %) et soudanaises (+ 71,2 %) voient leur nombre de demandes augmenter.

B.) L'accroissement de la concentration de la demande se poursuit lentement depuis 2005.

À l'image des deux exercices précédents, les requérants déposant un recours devant la Commission sont toujours concentrés sur un nombre restreint de nationalités.

Les dix premiers pays, en nombre absolu de demandes, concernent 68,3 % de la demande totale en 2007¹ contre 65,34 % en 2006² et 53 % en 2005. En revanche, le nombre de requérants pour les cinq premiers pays est stable à 45,0 % du total des recours entrés en 2007, contre 45,4 % en 2006.

1 - En 2007, ces pays sont le Sri Lanka, la Turquie, la République de Serbie, la République démocratique du Congo, l'Arménie, la Russie, la Chine, le Bangladesh, Haïti, et la Guinée.

2 - Turquie, Haïti, République démocratique du Congo, Sri Lanka, République de Serbie Monténégro, Russie, Arménie, Bangladesh, Chine et Mauritanie.



Une légère diminution du nombre des décisions rendues, conséquence de l'accroissement du nombre de renvois et de la baisse des entrées

La Cour a rendu 27 242 décisions en 2007, contre 29 156 en 2006, soit une diminution de 6,6 %. Cette baisse des sorties n'est cependant pas liée à une baisse d'activité de la Cour. En effet, en 2007, 1 997 audiences publiques ont été tenues contre 1 968 en 2006. En revanche, d'une part, le taux de renvoi des affaires audiencées a, de nouveau, crû en 2007 et, d'autre part, le nombre de décisions d'ordonnance, qui dépend du nombre d'entrées, est en baisse. Ces décisions ont concerné 113 nationalités. Dans la ligne des initiatives réussies des années précédentes, la juridiction a de nouveau tenu des missions foraines en Guadeloupe, à Mayotte et en Guyane.

Le taux moyen annuel de dossiers ayant fait l'objet d'un renvoi s'établit à 28,5 % contre 24,4 % en 2006 et 23 % en 2005. Comme en 2006, ce taux a été marqué par les différentes grèves (avocats et transports). Ainsi, pour les mois d'octobre et de novembre, il atteint 32,0 % et 38,6 %. Plus de 8 000 affaires ont fait l'objet d'un renvoi. La juridiction est presque revenue au taux moyen record de 30 % en 2002. L'augmentation du nombre de renvois diminue d'autant le nombre de décisions collégiales, expliquant pour partie la baisse des sorties.

Les ordonnances expliquent pour une autre partie la baisse du nombre de décisions rendues en 2007 par rapport à 2006. En effet, le nombre des ordonnances est lié au nombre de recours entrant et non à l'activité collégiale de la juridiction ; le stock est sans incidence sur les ordonnances. Par conséquent, le recul des entrées (- 25,6 %) implique une baisse des ordonnances dites « classiques », leur nombre diminuant par rapport à 2006 de 17,8 %, et des ordonnances dites « nouvelles », dont le pourcentage recule de 12,5 %. Dans le même temps, les décisions collégiales ne baissent que 4,3 %.

En outre, comme en 2006, le recrutement tardif de dix rapporteurs, à compter de juillet 2007, n'a pu, de ce fait, produire ses premiers effets avant le mois de septembre. La même méthode ayant les mêmes conséquences, en 2008, dernière année de recrutement par concours du plan triennal de transformation de l'emploi contractuel en emploi titulaire, la Cour subira de nouveau ce phénomène.

L'accélération des tendances antérieures pour les taux d'annulation et de rejet par ordonnance

5 415 jugements annulant les décisions du directeur général de l'OFPPRA ont été lus en 2007. Ce chiffre était de 4 451 en 2006.

Le pourcentage d'annulation des décisions de l'OFPPRA (19,9 %) est en augmentation par rapport aux années précédentes (15,3 % en 2006 et 15,5 % en 2005). Ces dernières années, cette augmentation doit, notamment, être mise en perspective avec l'évolution du nombre de statuts accordés par l'administration,



le nombre de places proposées en CADA³ ainsi que l'évolution du nombre de dossiers plaidés. Par ailleurs, l'observation du taux d'annulation par pays fait ressortir des différences qui, si elles sont importantes, ne sont que le reflet de la situation de ces pays au regard des critères de la Convention ; le taux pour la Russie est 39,4 % contre 10,2 % pour Haïti. Ces écarts peuvent aussi résulter d'une inadéquation de la demande à la situation du pays, à l'image de la Chine pour laquelle le taux d'annulation est de 0,9 %.

Les annulations des décisions du directeur général de l'OFPRA aboutissant à l'octroi du statut de réfugié par la Cour représentent 17,8 % de l'ensemble des décisions contre 14,15 % en 2006. Il faut ajouter à ce pourcentage l'octroi de la protection subsidiaire, accordée aux ressortissants d'un pays ne pouvant prétendre au statut de réfugié mais menacés sans pouvoir bénéficier de l'asile interne, et qui, en augmentation, représente plus de 10 % des annulations, soit 2,1 % de l'ensemble des décisions, contre 1,3 % en 2006 et 0,57 % en 2005.

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) représentent 7,3 % des décisions (1 977 décisions) et sont en baisse de 17,8 % par rapport à 2006 (2 405, soit 8,2 %). La procédure des ordonnances dites « nouvelles » qui fait l'objet d'une séance entre un président et un rapporteur, a connu une évolution similaire. Ainsi, 3 525 ordonnances « nouvelles » ont été prises, soit 12,9 % des décisions contre 4 028, soit 13,8 %, en 2006. Au total, les ordonnances représentent 5 502 décisions soit 20,2 % de l'ensemble des décisions.

Stabilisation du taux de recours, légère décreue des réouvertures et augmentation du nombre d'affaires plaidées

En 2007, 87,5 % des décisions refusant d'accorder le statut de réfugié ont fait l'objet d'un recours devant la juridiction. Il s'agit d'une stabilisation en regard de l'année 2006 (87,6 %) qui avait connu une augmentation de près de 2 % par rapport à 2005 (85,7 %).

La part des recours en réouverture dans l'ensemble des recours passe de 23,65 % en 2006 à 22,0 % en 2007. Elle se rapproche ainsi du chiffre de 2005, 21,82 %. Cette évolution indique une baisse des recours en réouverture plus importante (- 30,9 %) que la baisse moyenne.

Comme en 2006, le taux de constitution dans les dossiers examinés par les formations de jugement de la Cour est en augmentation puisqu'il est passé de 53,9 % des dossiers enrôlés en 2006 à 61,4 % en 2007. De même, le taux de constitution dans les affaires jugées a atteint 55,9 % en 2007 pour 46,2 % en 2006. Enfin, en 2007, 65,4 % des décisions collégiales ont été prises après qu'un avocat a été entendu. En regard des données de la fin de l'année 2007, il est vraisemblable que, même en dehors de la généralisation de l'aide juridictionnelle au 1^{er} décembre 2008, le taux de constitution augmentera en 2008. En outre, cette évolution influe sur les taux de renvoi, d'annulation et sur la durée des audiences.

3 - L'hébergement dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile permet, grâce aux travailleurs sociaux, très souvent au demandeur de comprendre le système administratif et juridictionnel dans lequel il évolue, de mieux préparer son dossier en entreprenant, notamment, les démarches afin d'obtenir des documents au soutien de la demande et parfois d'accéder à un avocat.



Il est à noter que, comme en 2006, 20 % des avocats qui se constituent devant la juridiction plaident, à eux seuls, plus de 80 % des affaires.

La résorption du stock de dossiers en instance

Après avoir subi, en 2006, une légère augmentation de son stock de dossiers en instance, la juridiction a, grâce au maintien de sa capacité de jugement, « dés-stocké » en début d'année. Toutefois, l'effet conjugué des vacances judiciaires et la perte de productivité, principalement due aux départs fréquents des rapporteurs contractuels ainsi qu'aux nombreux renvois motivés par les grèves des avocats et des transports publics, ont diminué cet effort. Cependant, le moindre nombre de décisions prises ne doit pas masquer l'effort exceptionnel d'assainissement du stock réel et informatique entamé en 2006 et maintenu en 2007. Ainsi, les nombreuses vérifications et corrections apportées tout au long de l'année sur les fichiers informatiques ont induit près de 3 000 sorties du stock⁴ qui, si elles ne sont pas des décisions de justice, diminuent d'autant le nombre de dossiers apparaissant en instance devant la Cour.

Évolution du nombre de dossiers en instance (« photographie » de l'état du stock)

2004	2005	2006	2007
51 901	29 621	30 963	22 803

Le travail sur le stock a par ailleurs conduit à la disparition de la distinction « technique » entre les dossiers « en cours de traitement » et ceux « en attente de traitement ».

L'assainissement du stock, cause mécanique de l'allongement des délais de traitement

La CRR a deux façons de connaître son délai de traitement soit en divisant son stock par sa capacité de jugement, soit au travers des données fournies par l'OFPRA.

Pour connaître son délai de traitement, la juridiction définit son stock en regard de sa capacité de jugement par une simple division. Cette méthode met en relief l'importance et le caractère fluctuant de la capacité de jugement. Elle prend également en compte d'autres variables telles que le taux d'ordonnance ou celui des renvois. Ainsi, au 2 janvier 2007, cette méthode fait apparaître un délai de traitement de 10 mois.

Grâce à un outil statistique propre, l'OFPRA calcule le délai par la somme des nombres de jours écoulés entre la date de dépôt du recours et la date de décision de la CRR. Le délai de traitement moyen sur les onze premiers mois de l'année

4 - Ces sorties sont estimées à partir d'une « photographie » du stock à un « instant t » ; le logiciel actuel ne dispose pas d'un historique.

2006 est de 11,7 mois. À ce titre, il doit être observé qu'avec cette méthode plus le dossier enrôlé est ancien, plus le délai de traitement augmente, situation qui s'est produite en 2006 et 2007 où les dossiers anciens ont été traités en priorité.

Ainsi, les dossiers traités de plus 10 mois représentent 53,4 % de l'ensemble mais 78,8 % de l'ancienneté. Si c'est le chiffre de 11,7 mois qui est pris en considération, les pourcentages sont les suivants 43,7 % pour la part des dossiers et 69,8 % pour l'ancienneté. De même, les dossiers traités de plus deux ans d'ancienneté représentent 7,2 % des dossiers traités mais sont responsables de 18,2 % du délai de traitement.

La structure du stock permet en comparaison d'apprécier la diminution du nombre de vieux dossiers et par voie de conséquence, le stock de dossiers en instance a été rajeuni.

Au 2 janvier 2008, l'ancienneté moyenne d'un dossier non jugé est de 300,4 jours.

Mise à jour des procédures et disparition du stock du Bureau d'aide juridictionnelle

Après avoir été de 18 mois début 2006, puis de 3 mois fin 2006, le délai moyen de traitement d'une demande d'aide juridictionnelle a été ramené à moins de 1,5 mois en 2007. Le projet d'une informatisation intégrée de la chaîne de traitement n'a pas encore abouti et n'a donc pas permis de réduire plus avant ce délai.

En 2007, le Bureau d'aide juridictionnelle établi près la juridiction a enregistré 4 275 demandes d'AJ (contre 6 078 en 2006) soit une baisse de 29,7 %, et rendu 6 209 décisions définitives (soit - 34,5 % par rapport à 2006). Il a ainsi connu l'exacte évolution inverse de l'année précédente.

Le nombre d'admissions à l'aide juridictionnelle s'est établi à 2 255 contre 3 445 en 2006 (- 34,5 %).

Éléments de jurisprudence

Alors que l'Union européenne se prépare à franchir de nouvelles étapes vers la mise en place d'un système commun européen d'asile⁵, la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres⁶ est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2007. Elle n'a pas encore apporté de modifications substantielles à la procédure suivie devant la Cour. En effet, la réforme majeure, c'est-à-dire la suppression de la condition de l'entrée régulière sur le territoire français nécessaire au bénéfice de l'aide juridictionnelle ne sera, quant à elle, effective que le 1^{er} décembre 2008⁷. En outre, la mise en place

5 - Cf. *Livre vert de la Commission européenne*, juin 2007.

6 - *JOCE* n° L 326 du 13 décembre 2005.

7 - Article 93 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.



d'un recours suspensif contre le refus d'entrée au titre de l'asile ⁸, s'il ne relève pas de la compétence de la Cour, a donné un éclairage nouveau à la notion de recours effectif en matière d'asile ⁹. Si pour la Cour nationale du droit d'asile, qui ne statue ni sur des contestations à caractère civil ni en matière pénale, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas directement applicables ¹⁰, cette jurisprudence ne pourra toutefois rester sans conséquence sur les procédures suivies devant la juridiction de l'asile.

D'un point de vue jurisprudentiel, des décisions importantes ont permis sur le plan procédural, de qualifier de nouvelles pratiques administratives ou d'en tirer les conséquences (1°), et sur le fond, de nourrir la réflexion sur des notions bien connues du juge de l'asile, telle l'exclusion (2°), enfin, d'approfondir les critères de la protection (3°), ou d'en dégager de nouveaux, poursuivant en ce sens le travail de mise en œuvre de la réforme de l'asile, intervenue en 2003.

Les conséquences sur le droit d'asile de nouvelles pratiques administratives

L'article L 741-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile disposant qu'un étranger sollicitant l'asile, auquel le droit au séjour a été refusé ou retiré, ne peut se maintenir sur le territoire que jusqu'à la notification de la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, la juridiction a été saisie d'un recours émanant d'un demandeur **renvoyé vers son pays d'origine, postérieurement à l'introduction de son recours**, et qui alléguait en outre y être victime de persécutions. Les dispositions de la Convention de Genève s'appliquant à *la personne qui se trouve en dehors du pays dont elle a la nationalité*¹¹, le retour involontaire dans son pays d'origine d'un demandeur, n'ayant pas entendu renoncer à sa demande de protection, a été considéré comme une interruption provisoire de l'instruction de l'instance. Le recours doit alors être regardé comme temporairement sans objet¹².

Rappelant la décision du Conseil constitutionnel, selon laquelle **la confidentialité des éléments d'information relatifs à la personne sollicitant l'asile en France**¹³, constitue une garantie essentielle du droit d'asile¹⁴, la juridiction a considéré que la méconnaissance par les autorités du pays responsable de l'examen des demandes d'asile du respect de ce principe, peut avoir pour conséquence l'aggravation des craintes exprimées, voire créer à elle seule les conditions d'une exposition à des persécutions ou à des menaces graves¹⁵.

8 - Par la loi du 20 novembre 2007 précitée.

9 - V. *infra* et CEDH, 26 avril 2007, *Gebremehdin c/ France*.

10 - CRR, SR, 9 janvier 2003, 362645, *M. Altun Riza*.

11 - Article 1^{er} A2.

12 - CRR, SR, 1^{er} juin 2007, 573524, *Aydin*.

13 - Principe aussi affirmé par la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

14 - Décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003.

15 - CRR, Sections réunies, 1^{er} juin 2007, *Oumar Bocar*.

Enfin, pour la première fois, à la suite d'un recours en révision formé par le directeur général de l'OFPRA, a été déclarée non avenue une décision en constatant le caractère frauduleux des déclarations sur la base desquelles la qualité de réfugié lui avait été reconnue¹⁶.

Les conditions d'application des dispositions relatives à l'exclusion d'une protection

Il a été jugé que l'application de l'article 1^{er} Fb de la convention de Genève dépendait de **la prise en compte des objectifs poursuivis par leurs auteurs et du degré de légitimité de la violence mise en œuvre**¹⁷.

Les conditions dans lesquelles pouvaient être appréciées **des clauses exonératoires de l'exclusion** ont été précisées. Ainsi, l'hypothèse de la gravité des persécutions passées et les explications précises et convaincantes données par le requérant sur le degré de contrainte dont il avait été victime ont été retenues. En revanche, l'emprise psychologique d'une société secrète et la contrainte alléguée sur l'un de ses membres¹⁸ ont été écartées.

Le recours de M^{me} Agathe Habyarimana, veuve du président rwandais Juvénal Habyarimana, a été écarté sur le fondement de l'article 1^{er} Fa de la convention de Genève et des dispositions de l'article L. 712-2a) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui excluent du bénéfice d'une protection, les personnes pour lesquelles «il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité». Il a été considéré que la requérante avait joué un rôle prépondérant, au sein du premier cercle du pouvoir, lors de la perpétration du génocide au Rwanda en 1994.

Prohibé par le premier protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949, par la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, et par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, l'enrôlement par des forces belligérantes d'enfants de moins de quinze ans a été qualifié de crime de guerre pouvant engendrer pour ses victimes des persécutions d'une exceptionnelle gravité¹⁹.

Les critères de la protection

- *Sur les motifs de reconnaissance de la qualité de réfugié*

En raison de la gravité de **la situation prévalant en Tchétchénie**, la qualité de réfugié a, notamment, été reconnue à un requérant ayant œuvré pour la préservation de la sécurité de la population dans son village et qui encourait des

16 - CRR, 18 janvier 2007, 584821, *OFPRA c/ Kingani*.

17 - Première mise en œuvre de la jurisprudence du Conseil d'État, 28 février 2001, *Silva Ilandari Dewage* : CRR, 25 janvier 2007, *Souleimanov*.

18 - CRR, 5 juillet 2007, 469930, *Mustapha* et CRR, 3 juillet 2007, 566454, *Enobakhare*.

19 - CRR, 1^{er} mars 2007, 566183, *Mwe Ngambimi*.



craintes fondées de persécutions tant de la part des services de sécurité que de celle de combattants wahhabites²⁰. De même, cette qualité a été reconnue à un requérant pour lequel les séquelles physiques d'un accident avaient été interprétées comme le signe d'un engagement dans la résistance²¹, ainsi qu'à la veuve d'un combattant menacée en raison des convictions politiques de ce dernier²².

Le développement de la protection subsidiaire, pour les personnes qui ne remplissent pas les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié mais sont exposées à l'une des menaces graves visées par la loi, ne s'est pas fait au détriment d'un des motifs visés par la convention de Genève : **l'appartenance à un certain groupe social**²³. Ainsi, le statut d'enfant naturel en Afghanistan a été reconnu comme constitutif d'une caractéristique identifiant les individus de manière particulièrement négative aux yeux de la société, en raison de principes traditionnels et religieux, et les exposaient à des persécutions contre lesquelles les autorités, dont l'action est inspirée par les mêmes principes, ne leur assuraient aucune protection²⁴. Par ailleurs, ont également été reconnues en tant que groupe social, les personnes revendiquant leur homosexualité au Sénégal et la manifestant, ces personnes pouvant de ce fait être exposées tant à l'exercice effectif de poursuites judiciaires qu'à des violences de la part de la population²⁵.

• *Sur les menaces graves justifiant l'octroi de la protection subsidiaire*

La Cour a reconnu pour la première fois le **risque de peine de mort** dans le cas d'une demanderesse, victime en Iran d'une procédure de répudiation pour adultère et susceptible, à ce titre, d'être condamnée à la lapidation, en cas de retour²⁶.

La soumission à la prostitution²⁷, l'impossibilité de quitter une organisation sectaire²⁸, les risques encourus par un militaire luttant contre la déforestation dont la mission avait été entravée par des connivences entre autorités et trafiquants de bois²⁹, mais aussi le mariage forcé en Guinée, dès lors que *l'attitude de la requérante n'a pas été perçue par tout ou partie de la société guinéenne comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur dans son pays, où les mariages forcés font l'objet d'une interdiction légale*³⁰, ont été reconnus

20 - CRR, 11 janvier 2007, 577351, *Mazazayev*.

21 - CRR, 5 juillet 2007, 544857, *Noukhaev*.

22 - CRR, 1^{er} juin 2007, 552629, *M^{me} Kamkoeva veuve Itaeva*.

23 - Selon l'interprétation du Conseil d'État, 23 juin 1997, 171858, O : Considérant (...) qu'en estimant ainsi que les craintes de persécutions alléguées par le requérant ne pouvaient être rattachées à l'appartenance à un groupe social au sens des stipulations précitées de la convention de Genève, sans rechercher si les éléments qui lui étaient soumis sur la situation des transsexuels en Algérie permettaient de regarder ces derniers comme constituant un groupe dont les membres seraient, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société algériennes, susceptibles d'être exposés à des persécutions, la commission n'a pas légalement justifié sa décision.

24 - CRR, 11 mai 2007, 592688, *B*.

25 - CRR, 18 mai 2007, 589676, *D*.

26 - CRR, 5 janvier 2007, 574329, *M^{me} Eshraghi ép. Ghobadi*.

27 - CRR, 12 juillet 2007, 581079, *M^{lle} S*.

28 - CRR, 3 juillet 2007, 566454, *Enobakhare*, précité.

29 - CRR, 14 février 2007, 540585, *Hong*.

30 - CRR, 11 janvier 2007, 550107, *M^{lle} Soumaoro*.

comme des **traitements inhumains ou dégradants**, confirmant la jurisprudence de la Cour en la matière.

La situation en Somalie caractérisée actuellement dans certaines zones géographiques, telles que la région du Bas Shabelle, par un climat de violence généralisée, se traduisant par la perpétration d'exactions, de massacres, de meurtres, de viols, d'extorsions de fonds et de menaces visant les habitants de ces zones, qui résulte des violents affrontements entre les forces armées des clans majoritaires, menant notamment sur certaines parties du territoire somalien des opérations militaires continues et concertées en vue de leur contrôle, a été regardée comme une situation de violence généralisée résultant d'une situation **de conflit armé** interne³¹.

Certaines situations nourrissent le débat quant à la nature de la protection qu'il convient d'apporter aux demandeurs, pour lesquels les risques personnels semblent avérés. Ainsi, à la différence de la situation prévalant à Haïti, caractérisée par une *insécurité générale, se traduisant notamment par des actes criminels opérés par des gangs et des réseaux de crime organisé*, et qualifiée de *situation de troubles et de tensions internes*³² et sans exclure les possibilités de reconnaissance de la qualité de réfugié pour un motif politique ou ethnique, s'agissant de la situation du Sri Lanka, plusieurs décisions de la Cour ont privilégié la qualification de conflit armé débouchant sur l'octroi de la protection subsidiaire³³.

- *Sur la protection des autorités*

La juridiction a porté un regard nouveau sur **la nature de la protection** qu'un citoyen est en droit d'attendre des autorités de son pays et sur **la notion d'asile interne**, en particulier sur les seuils et critères définissant des conditions de vie normale en cas de retour dans la zone d'asile interne, exigées par la loi.

Ainsi, la protection mentionnée à l'article L. 713-3 doit être le fait des autorités étatiques du pays d'origine du requérant, d'organisations internationales ou d'organisations régionales ayant la volonté et la capacité de prendre les mesures nécessaires pour empêcher, dans la partie concernée du territoire, toute persécution ou atteinte grave à la personne humaine. Pour estimer si le demandeur peut raisonnablement rester dans cette partie du territoire, sa situation personnelle doit être appréciée au regard des conditions générales d'existence de la population dans cette zone³⁴.

Le juge des réfugiés a également estimé que les autorités béninoises n'avaient pu venir en aide à l'une de leurs ressortissantes victime de pratiques vaudoues assimilables à des persécutions, *en raison de (sa) forte imprégnation dans la société béninoise et de l'opinion largement partagée par ces autorités, que les mesures coercitives qui peuvent en découler, relèvent du domaine des affaires familiales privées*³⁵.

31 - CRR, 17 juillet 2007, *M^{me} Roble Mohamed ép. Abdousalam*.

32 - CRR, 16 mars 2007, 494335, *Symbert*.

33 - CRR, 2 mars 2007, 552880, *Thambirajah*.

34 - CRR, Sections réunies, 17 février 2007, 573815, *Traore*.

35 - CRR, 2 novembre 2007, 535997, *M^{lle} Dossa*.



Commission centrale d'aide sociale

La Commission centrale d'aide sociale a été saisie en 2007 d'un nombre de dossiers en légère augmentation par rapport au nombre de dossiers enregistrés en 2006. Cette augmentation a présenté de grandes différences selon les types d'aides : le contentieux de la couverture maladie universelle complémentaire a enregistré une baisse de 114 dossiers, celui de l'aide sociale aux personnes handicapées, une diminution de 38 dossiers. En revanche, le nombre de dossiers relatifs au revenu minimum d'insertion (RMI) s'est accru de 306 (+ 43,90 %).

Cette augmentation avait déjà été très importante l'an passé.

Le nombre de dossiers enregistrés pour les autres formes d'aides est resté relativement stable : 251 dossiers contre 268 pour l'aide sociale aux personnes âgées, 54 dossiers contre 58 pour l'allocation personnalisée d'autonomie, 63 dossiers contre 90 pour le domicile de secours.

La Commission centrale d'aide sociale a tenu 142 audiences en 2007, avec une diminution volontaire des audiences en CMU, afin de s'adapter au nombre de dossiers entrants, mais avec une très nette augmentation des audiences pour le contentieux relatif au RMI, le nombre de rapporteurs mobilisés pour cette seule forme d'aide étant pratiquement identique au nombre de rapporteurs affectés pour l'ensemble des autres formes d'aides.

Il est à signaler que trois auditeurs au Conseil d'État ont rejoint la Commission pour exercer des fonctions de rapporteur, remplaçant les départs de trois autres auditeurs assurant ces fonctions les deux précédentes années. Eu égard au nombre de dossiers RMI enregistrés chaque année, il paraît opportun qu'au moins trois auditeurs puissent chaque année venir exercer ces fonctions.

Le nombre d'affaires jugées a connu également une évolution différente selon les formes d'aides :

- allocation personnalisée d'autonomie : 47 dossiers (74 en 2006) ;
- aide sociale aux personnes handicapées : 65 dossiers (101 en 2006) ;
- couverture maladie universelle complémentaire : 419 dossiers (880 en 2006) ;
- domicile de secours : 69 dossiers (85 en 2006) ;
- aide sociale aux personnes âgées : 375 dossiers (506 en 2006) ;
- RMI : 860 dossiers (+ 47,50 % par rapport à 2006).

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, la Commission a pu maintenir un niveau d'affaires jugées équivalant à celui des affaires enregistrées.

Le départ d'un président de section pour raison de santé a été provisoirement compensé par le président de la Commission centrale d'aide sociale qui a repris

ses audiences en sus de celles qu'il assure habituellement. 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 2007 peuvent être considérés comme positifs.

Si le rythme des audiences se maintient et si le nombre de rapporteurs peut encore être augmenté, début 2008 devraient être jugés des dossiers RMI enregistrés en 2007.

La revalorisation attendue des indemnités des membres de la juridiction devrait pouvoir y contribuer.

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 centrale 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 ne répondent pas aux suppléments d'instruction. La réforme des commissions départementales d'aide sociale préconisée par le rapport du Conseil d'État est de plus en plus urgente pour assurer une justiciabilité digne de ce nom en matière d'aide sociale.



Bilan statistique de l'activité des juridictions administratives spécialisées

	2006			2007		
	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12	Affaires entrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31/12
Juridictions sociales						
Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale	34	0	688 ¹	30	330 ²	388
Commission centrale d'aide sociale	1 699	2 281 ³	1 037 ⁴	1 837	1 800	1 074
Commission supérieure des soins gratuits	1	1	0	4	4	0
Juridictions disciplinaires						
Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins	296	287	78	254	252	80
Section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins	226	183	162	134	141 ⁵	155 ⁶
Section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	92	43	91	63	71	73 ⁷
Section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	72	70	54	80	57	77
Conseil national de l'ordre des pharmaciens						
<i>Chambre de discipline</i>	63	65	52	84	84	52
<i>Section des assurances sociales</i>	32	25	19	16	27	8
Conseil national de l'ordre des sages-femmes						
<i>Section disciplinaire</i>	2	1	1	0	1	0
<i>Section des assurances sociales</i>	0	4	0	0	0	0
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	28	29	11	30	35	6
Chambre nationale de discipline des architectes	23	24	63	34	11	86
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts	9	10	3	12	7	8
Haut Conseil du commissariat aux comptes	15	7	17	5	19	3
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	21	15	27	12	18	21
Autres juridictions						
Cour nationale du droit d'asile	30 418	28 837	20 389 ⁸	22 676	30 839 ⁹	22 803
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	44	115	2	1	3	0

1 - Compte tenu de l'ajout de 48 dossiers non comptabilisés au titre de 2005.

2 - Dont 275 ordonnances.

3 - Dont 51 dossiers en délibéré ou sursis à statuer ou en supplément d'instruction.

4 - Hors les dossiers ci-dessus passés en audience mais non définitivement jugés et hors 111 (non saisis), 360 (remis aux rapporteurs pour des audiences début 2007), sortis du stock mais non jugés en 2006, 88 (en attente d'arrivée du dossier complet).

5 - Dont 6 ordonnances.

6 - Soit 142 dossiers en instance plus 13 en attente de notifications.

7 - Données théoriques : 83 ; données réelles : 73 (des décisions résultant de la jonction de plusieurs appels).

8 - Données théoriques : 20 389 ; données réelles : 30 966 (dont 10 577 dossiers « en cours de traitement » et « en instance de traitement »).

9 - Données théoriques : 27 242 ; données réelles : 30 839 (dont 3 597 dossiers constituant les affaires sorties).

Avis du Conseil d'État en 2007



Contributions et taxes

■ Section des finances – Avis n° 381.058 – 11 décembre 2007

Redevances routières – Contrat d’abonnement unique – Télépéage – Recouvrement de la taxe – Délégation à un prestataire privé – Étendue – Compétence respective de la loi et du règlement – Contrôle des infractions – Fichiers – Constitution d’un fichier par le prestataire – Accès au fichier national des immatriculations.

Le Conseil d’État (section des finances), saisi par le ministre d’État, ministre de l’écologie, du développement et de l’aménagement durables et la ministre de l’économie, des finances et de l’emploi, des questions suivantes :

1° Quelle est la portée de la notion de « contrat d’abonnement unique », et plus précisément de l’obligation de faire figurer dans un tel contrat la perception de la taxe poids lourds et les télépéages acquittés auprès de concessionnaires ? Faut-il considérer, au regard de la directive du 29 avril 2004 que, dès l’instant où un usager dispose d’un contrat avec un émetteur, le recouvrement de la taxe doit s’effectuer dans le cadre de ce contrat ?

2° Est-il possible, pour ce qui concerne le dispositif national destiné à étendre et à remplacer le dispositif prévu par l’article 285 *septies* du code des douanes, de confier à un partenaire privé, sous le contrôle de l’État, non seulement la conception, la réalisation et la gestion des moyens électroniques de télépéage, mais aussi l’établissement de l’assiette de la taxe, sa liquidation et son recouvrement ?

3° Est-il possible pour le prestataire privé d’effectuer des contrôles automatiques et, en l’absence de paiement après relance, d’établir une taxation forfaitaire, complétée par des frais de dossiers, et d’en assurer le recouvrement, l’administration assumant pour sa part les contrôles physiques sur le réseau ou en entreprise ainsi que le recouvrement forcé ?

4° Dans quelles conditions l’accès aux informations contenues dans le fichier national des immatriculations au profit de l’administration des douanes et du prestataire privé peut-il être autorisé ? Quelles sont les conditions dans lesquelles le prestataire privé pourra constituer et exploiter la base de données nécessaire à l’accomplissement de ses missions, étant donné les règles régissant la protection des données nominatives ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 34, 37 et 72 ;

Vu la directive 1999/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 1999 modifiée, relative à la taxation des poids lourds pour l’utilisation de certaines infrastructures ;

Vu la directive 2004/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant l’interopérabilité des systèmes de télépéage routier dans la Communauté ;

Vu le code des douanes, notamment les articles 60 et suivants et 285 *septies* ;

Vu le code de la route, notamment son article L. 330-2 ;

Vu le code de la voirie routière, notamment son article L. 121-1 ;

Vu la loi n° 63-156 du 23 février 1963 portant loi de finances pour 1963, notamment son article 60 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment ses articles 23 à 27 ;

Vu le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre dans le sens des observations ci-après :

1° La directive 2004/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2004 concernant l'interopérabilité des systèmes de télépéage routier dans la Communauté, en application des dispositions du 1 de son article 1^{er}, « *s'applique à la perception électronique de tous les types de redevances routières, sur l'ensemble du réseau routier communautaire, urbain et interurbain, autoroutes, grands ou petits axes routiers et ouvrages divers tels que tunnels, ponts et bacs* ».

Aux termes du 2 de ce même article, elle « *ne s'applique pas :*

« *a) aux systèmes de péage dépourvus de dispositifs de perception électronique ;*

« *b) aux systèmes de péage électronique qui ne requièrent pas l'installation d'un équipement embarqué à bord des véhicules ;*

« *c) aux systèmes de péage de petite envergure, à l'échelon purement local, pour lesquels les coûts de mise en conformité avec les exigences de la présente directive seraient disproportionnés par rapport aux avantages qui en découleraient.* »

Il résulte de ces dispositions et de l'objectif poursuivi par la directive que le système de télépéage en flux libre, c'est-à-dire sans arrêt à une barrière de péage, que le Gouvernement envisage de mettre en place pour la perception d'une nouvelle taxe pesant sur les véhicules poids lourds empruntant le réseau routier national au sens de l'article L. 121-1 du code de la voirie routière, à l'exception des autoroutes et des ouvrages déjà soumis à péage et les routes relevant des collectivités territoriales susceptibles de subir un report de trafic entre dans le champ d'application du 1 de l'article 1^{er} de la directive précitée et ne relève pas de la liste des exceptions définie au 2 de ce même article, nonobstant le caractère d'imposition de toutes natures que revêt, en droit français, ce prélèvement.

Dès lors, le gestionnaire, quel qu'il soit, du système de perception électronique envisagé devra mettre en œuvre le service européen de télépéage que crée la directive susmentionnée aux fins de garantir l'interopérabilité de tous les systèmes de télépéage en Europe. Ainsi, dès lors que le redevable de la taxe « poids lourds » aura souscrit un contrat unique d'abonnement au sens de l'article 3 de la directive, le gestionnaire devra procéder au recouvrement de cette taxe auprès de l'émetteur de ce contrat.

2° Aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que le législateur confie à un prestataire privé la mission de réaliser les prestations de collecte des éléments d'assiette, de liquidation et de recouvrement de la taxe « poids lourds » sous réserve que cet organisme soit placé dans cette mesure sous le contrôle de l'État, que soient constituées des garanties de nature à assurer le reversement

intégral des sommes facturées et que l'exécution du service public soit assurée dans le respect des règles comptables appropriées.

Dans ces conditions,

- a) il relève de la compétence du législateur :
 - de définir un régime cohérent et complet correspondant aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution concernant l'établissement, le recouvrement, le contrôle et le contentieux du nouvel impôt;
 - de fixer, dans le respect des principes de la commande publique, le contenu des obligations principales incombant tant à l'État qu'au prestataire, les modalités générales d'exécution du contrat, notamment l'obligation d'une comptabilité distincte permettant à l'État d'exercer son contrôle, ainsi que les garanties prises par l'État de nature à assurer le reversement des sommes facturées;
 - de définir l'organisation générale du contrôle qu'exercera l'État sur cet organisme.
- b) il relève de la compétence du pouvoir réglementaire de préciser les modalités d'application des règles définies par le législateur, les règles juridiques et comptables s'imposant au prestataire privé, les modalités de reddition des comptes à l'État en vue de leur prise en charge par le comptable public ainsi que les justifications des opérations du prestataire pour autoriser leur intégration dans les écritures du comptable public.

3° Les contrôles automatisés visant à déterminer les infractions au regard du paiement de la taxe « poids lourds » ne constituent qu'un prolongement du système de télépéage qu'il est envisagé de mettre en place. Toutefois, le droit de constater les infractions conféré aux agents du prestataire privé ne saurait emporter, pour ce dernier, une participation à l'exercice du pouvoir de police.

Dès lors, le dispositif proposé par le Gouvernement consistant d'une part, à autoriser le prestataire privé à effectuer des contrôles automatisés et, le cas échéant, à procéder à l'établissement et au recouvrement d'une taxe forfaitaire, majorée éventuellement de frais de dossiers, à l'égard du redevable en infraction, et d'autre part, de réserver aux fonctionnaires des douanes, qui disposent des prérogatives que leur confèrent les articles 60 et suivants du code des douanes, la réalisation des contrôles physiques ainsi que du recouvrement forcé, ne se heurte à aucun obstacle d'ordre constitutionnel.

4°

a) L'article L. 330-2 du code de la route dresse la liste des organismes disposant d'un droit d'accès aux informations contenues dans le fichier national des immatriculations.

En application des dispositions de l'article 64 B du code des douanes, les documents et informations contenues dans ce fichier peuvent être communiqués aux fonctionnaires des douanes.

Eu égard à la mission confiée au prestataire privé, il peut être envisagé d'élargir la liste figurant à l'article L. 330-2 susmentionné afin d'autoriser le prestataire privé à accéder au fichier national des immatriculations aux seules fins d'identifier le redevable en infraction au regard de la taxe « poids lourds » ; le prestataire devra apporter tous les éléments utiles attestant de la réalité de l'infraction.



b) Les bases de données collectées par le prestataire privé devront être tenues conformément aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés susvisée. Les données collectées devront ainsi être pertinentes au regard de la finalité du traitement, c'est-à-dire strictement nécessaires et exclusivement destinées à la collecte des éléments d'assiette, à la détermination du montant de la taxe et au recouvrement de celle-ci.

Les titres de recouvrement devront indiquer les modalités d'exercice du droit d'accès aux clichés et autres données collectées.

Ne relevant pas du champ d'application du régime d'autorisation préalable prévu aux articles 25 à 27 de la loi susmentionnée, le prestataire devra seulement déposer auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés une déclaration selon les modalités prévues aux articles 23 et 24 de cette loi.

Collectivités territoriales

■ Assemblée générale – Avis n° 373.788 – 13 février 2007

Dispositions financières – Exécution des dépenses et des recettes – Aides publiques – Ordonnateur et comptable public – Délégation à un mandataire – Conditions et limites.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur les questions suivantes :

1° Dans les cas où la loi n'autorise pas l'intervention d'un mandataire, les collectivités et établissements locaux peuvent-ils décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public ?

2° La signature préalable d'une convention par le mandant et le mandataire est-elle obligatoire dans le cas où la loi ne fixe que le principe et non pas les modalités de l'intervention d'un mandataire autre que le comptable public ?

3° Toute convention de mandat, portant sur des opérations de recouvrement de recettes ou de paiement de dépenses publiques, doit-elle être signée non seulement par le mandataire et par l'ordonnateur mais aussi par le comptable public compétents, chacun de ces deux derniers intervenant en qualité de mandant pour les compétences qu'ils détiennent au regard de la réglementation en vigueur ?

4° Si une réponse positive est apportée à la troisième question, un comptable public peut-il refuser d'intégrer dans sa comptabilité les opérations du mandataire, lors de leur reddition, alors même qu'elles sont bien justifiées par les pièces prévues par la réglementation en vigueur, au seul motif qu'il n'a pas signé la convention du mandat en cause ?

5° Dans les cas où la loi n'autorise pas expressément la possibilité de déléguer à un mandataire l'attribution et le paiement d'aides publiques, une collectivité territoriale peut-elle transférer au mandataire, par une convention de mandat décrivant les principes d'octroi des aides, la compétence pour à la fois déterminer les bénéficiaires de ces aides, liquider leur montant et payer ces aides ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 34 et 72 ;

Vu le code civil, notamment ses articles 1984 et 1985 ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 2343-1, L. 3342-1 et R. 1617-1 et suivants ;

Vu le code des marchés publics, notamment son article 1^{er} et la section III du chapitre III du titre III de sa première partie ;

Vu la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) modifiée, notamment son article 60 ;

Vu le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique, notamment ses articles 5, 10, 11, 14, 18, 30 et 31 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1° L'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales dispose que : *« Le comptable de la commune est chargé seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés. »*

« Tous les rôles de taxes, de sous-répartition et de prestations locales sont remis à ce comptable. »

L'article L. 3342-1 du même code prévoit des dispositions comparables pour le comptable du département. Même si le code ne contient pas de disposition expresse analogue applicable aux régions, le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

L'article 11 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, modifié, portant règlement général sur la comptabilité publique précise que *« Les comptables publics sont seuls chargés :*

« De la prise en charge et du recouvrement des ordres de recettes qui leur sont remis par les ordonnateurs, des créances constatées par un contrat, un titre de propriété ou autre titre dont ils assurent la conservation ainsi que de l'encaissement des droits au comptant et des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir ;

« Du paiement des dépenses soit sur ordres émanant des ordonnateurs accrédités, soit au vu des titres présentés par les créanciers, soit de leur propre initiative, ainsi que de la suite à donner aux oppositions et autres significations ;

« De la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics ;

« Du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités ;

« De la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents de comptabilité ;

« De la tenue de la comptabilité du poste comptable qu'ils dirigent ».



Si le troisième alinéa de l'article 14 du même décret prévoit que « *les comptables publics peuvent déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité* », cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents de la direction générale de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics.

Enfin, si l'article 18 du même décret dispose que « *des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement* », le mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local, qui n'est pas le préposé du comptable, ne peut être qualifié de régisseur s'il n'est pas nommé dans les conditions fixées par les articles R. 1617-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié. Il en résulte, eu égard aux dispositions législatives et réglementaires précitées, que les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne sont pas fondés à disposer de leur compétence, en matière de recettes et de dépenses publiques, par une convention de mandat, sauf dans le cas où la loi autorise spécifiquement la conclusion d'une telle convention.

Par suite, il y a lieu de répondre ainsi qu'il suit à la première question : dans les cas où la loi n'autorise pas l'intervention d'un mandataire, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public.

2° Par cette question, le gouvernement entend demander qu'il lui soit précisé, d'une part, dans quelle mesure une loi peut se borner à fixer le principe de la faculté, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, de recourir à des conventions de mandat en matière de recettes et de dépenses publiques en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de préciser les modalités de telles conventions et, d'autre part, quels doivent être la procédure d'élaboration, les formes et le contenu de telles conventions.

Il résulte de la réponse à cette première question que seule une loi peut ouvrir aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics la faculté de conclure une telle convention. Il appartient également au législateur, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, de fixer les règles essentielles qui gouvernent le recours à une telle convention, le contenu des obligations principales du mandant et du mandataire, ainsi que les modalités générales d'exécution dans le respect des principes de la comptabilité publique et de cessation de la convention. Notamment, il appartient au législateur de rendre obligatoire, sous peine de nullité, la forme écrite du mandat et sa signature par le mandant et le mandataire.

Il appartient, en revanche, au pouvoir réglementaire de préciser les conditions d'application des règles essentielles susmentionnées, notamment les conditions de la consultation préalable du comptable public dont l'avis est porté à la connaissance de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public local autorisant la signature de la convention, les règles juridiques et comptables s'imposant au mandataire, les modalités de reddition au

moins annuelle des comptes par le mandataire au mandant en vue de leur prise en charge par le comptable public, les justifications des opérations du mandataire pour autoriser leur intégration dans les écritures du comptable public et les règles de publicité appropriées à l'objet de la convention.

Par suite, il y a lieu de répondre dans le sens des observations qui précèdent à la deuxième question.

3° Dans le cas mentionné à la question II, le comptable public, n'intervenant pas en qualité de mandant dans la conclusion et dans l'exécution des conventions de mandat conclues en matière de recettes et de dépenses publiques, n'a pas, par suite, à signer de telles conventions.

En revanche, il doit être mis en mesure d'émettre un avis préalable à la conclusion de la convention, afin de s'assurer notamment des stipulations conventionnelles relatives à la reddition des comptes du mandataire qu'il est tenu de contrôler avant leur intégration dans ses écritures.

4° Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de répondre à la quatrième question.

5° S'agissant des opérations de liquidation et de mandatement des aides publiques, compétence exclusive de l'ordonnateur, en application des articles 5, 10, 30 et 31 du décret du 29 décembre 1962 susvisé, il y a lieu de rappeler qu'une autorité publique investie d'une compétence ne peut disposer de celle-ci que si une norme de niveau approprié a autorisé une telle délégation de compétences. Par suite, en l'absence d'une disposition générale ou particulière les y autorisant, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent déléguer leurs compétences de liquidation et de mandatement des aides publiques à un mandataire.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que les collectivités territoriales puissent se faire assister, dans l'exercice de leurs compétences, en confiant les opérations préparatoires à la liquidation et au mandatement à un cocontractant, par la voie d'un marché public de prestations de services satisfaisant aux exigences de publicité préalable requises par le code des marchés publics.

S'agissant des opérations de paiement et en l'absence de disposition législative autorisant les collectivités territoriales et leurs établissements publics à déléguer le paiement d'aides publiques à une personne autre que le comptable public, ces collectivités ne peuvent confier à un mandataire, par une convention de mandat, le soin de procéder au paiement de ces aides.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de répondre ainsi qu'il suit à la cinquième question : dans les cas où la loi n'autorise pas expressément les collectivités territoriales et leurs établissements publics à déléguer à un mandataire l'attribution et le paiement d'aides publiques, une collectivité territoriale ou un établissement public local ne peut transférer à un mandataire, par une convention de mandat décrivant les principes d'octroi des aides, la compétence pour déterminer les bénéficiaires de ces aides, liquider leur montant et procéder à leur paiement.



Élections

■ Assemblée générale – Avis n° 380.131 – 15 mars 2007

Comptes de campagne – Déclaration – Impression sur du papier écologique – Conséquences.

Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis sur la question de savoir si les dépenses exposées par un candidat dans le cadre de la campagne officielle pour l'élection présidentielle qui ne seraient pas prises en charge directement par l'État au motif que les déclarations de ce candidat n'ont pas été imprimées sur du papier écologique doivent être inscrites dans le compte de campagne du candidat et, dans l'affirmative, si elles doivent être prises en compte pour apprécier le respect par le candidat du plafond des dépenses autorisées ;

Vu le code électoral, notamment ses articles L. 52-11, L. 52-12 et R. 39 ;

Vu la loi organique n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, modifiée en dernier lieu par la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006, notamment son article 3 ;

Vu le décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, modifié par le décret n° 2002-243 du 21 février 2002, le décret n° 2006-459 du 21 avril 2006 et le décret n° 2007-136 du 1^{er} février 2007 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article L. 52-12 du code électoral, applicable à l'élection présidentielle en vertu de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 susvisée :

« Chaque candidat... soumis au plafonnement prévu à l'article L. 52-11 est tenu d'établir un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, hors celles de la campagne officielle par lui-même ou pour son compte... ».

Aux termes de l'avant-dernier alinéa de l'article 20 du décret du 8 mars 2001 susvisé, issu du décret du 1^{er} février 2007 :

« La prise en charge par l'État du coût du papier et de l'impression des textes des déclarations visées à l'article 18 ne se fait, sur présentation de pièces justificatives, que pour les déclarations produites à partir de papier de qualité écologique répondant au moins à l'un des deux critères mentionnés à l'article R. 39 du code électoral. »

Il résulte de ces dispositions que le candidat qui ferait le choix de ne pas recourir au papier écologique subirait par là même la sanction financière que représente l'absence de remboursement par l'État de ces dépenses exposées par lui dans le cadre de la campagne officielle.

Les dépenses en cause ont pour seul objet de satisfaire aux règles relatives à la campagne officielle, sous le contrôle de la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale, dans le respect des caractéristiques techniques définies par le code électoral et n'apportent aucun avantage supplémentaire au candidat qui en supporte la charge. Il en résulte qu'elles ne doivent pas être retracées

dans le compte de campagne de ce dernier et qu'elles n'interviennent pas dans le calcul du plafond des dépenses prévu à l'article L. 52-11 du même code et fixé à l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 susvisée.

Fonctionnaires et agents publics

Comités techniques paritaires ministériels – Décret du 28 mai 1982 – Détermination du périmètre – Création et regroupement – Procédure – Délais.

Pouvoir publics

Gouvernement – Décret d'attribution – Réorganisation ministérielle – Conséquences – Comités techniques paritaires ministériels.

■ Section des finances – Avis n° 380.693 – 18 juillet 2007

Le Conseil d'État (section des finances) saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique des questions de savoir :

1° Si un département ministériel, au sens du décret du 28 mai 1982, est créé par le décret d'attribution du ministre ou par le décret d'organisation des services du ministère ;

2° Comment ajuster l'organisation des comités techniques paritaires à la nouvelle organisation du Gouvernement au cas où un service est placé sous l'autorité conjointe de plusieurs ministres ;

3° De quels délais disposent les administrations pour créer des comités techniques paritaires ministériels correspondant à la nouvelle organisation gouvernementale,

Vu la Constitution, notamment ses articles 20 et 21 ;

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 le décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres ;

Vu le décret n° 82-452 du 28 mai 1982 modifié relatif aux comités techniques paritaires ;

Vu le décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale modifié par le décret n° 2005-124 du 14 février 2005 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

En premier lieu, l'article 9 de la loi susvisée du 13 juillet 1983 énonce que : « *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 (...)* ».

En deuxième lieu, l'article 2 du décret du 28 mai 1982 susvisé prévoit que : « Dans chaque département ministériel un comité technique paritaire ministériel est créé auprès du ministre par arrêté du ministre intéressé. Il peut être créé un comité technique paritaire commun à plusieurs départements ministériels par arrêté conjoint des ministres concernés lorsque ces départements ont des services communs ou pour l'examen des questions communes ». Par ailleurs le premier alinéa de l'article 17 du même décret dispose que : « Lorsqu'il apparaît souhaitable que des questions communes à plusieurs ministères soient examinées par la même instance, les comités ministériels concernés sont réunis conjointement par décision des ministres intéressés (...) ».

Enfin, alors que l'article 12 du même décret énumère les différentes matières dont ont à connaître les comités techniques paritaires et qui touchent pour l'essentiel à l'organisation et au fonctionnement des services, aux règles statutaires applicables aux fonctionnaires et à la situation et aux conditions de travail et d'emploi des personnels des services, les articles 13 et 14 de ce décret disposent que les comités techniques paritaires ministériels sont exclusivement compétents pour examiner les questions intéressant l'ensemble des services centraux et déconcentrés du département ministériel considéré, les questions relatives à l'élaboration ou à la modification des règles statutaires régissant les personnels des corps relevant du ministre affectés dans les services placés sous son autorité ou dans les établissements publics placés sous sa tutelle ainsi que les problèmes généraux des personnels affectés dans les services du ministère.

1° De l'ensemble de ces dispositions telles qu'interprétées par la jurisprudence du Conseil d'État, il résulte que chaque département ministériel doit être doté d'un comité technique paritaire ministériel et que doit être regardé comme un « département ministériel » au sens et pour l'application du décret du 28 mai 1982, l'ensemble des services et des corps placés sous l'autorité hiérarchique d'un même ministre qui exerce à leur égard l'ensemble des pouvoirs du chef de service.

Pour déterminer le domaine d'intervention des différents départements ministériels, il convient, donc, de se référer, d'une part, aux décrets relatifs à la composition du Gouvernement ainsi qu'aux décrets d'attribution des ministres subséquents qui énumèrent les services sur lesquels les ministres exercent leur autorité, le cas échéant conjointement avec un ou plusieurs autres ministres, d'autre part, aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires qui définissent l'autorité ministérielle dont relèvent les corps intéressés.

Le critère organique de l'autorité dont relèvent les services et les corps est le seul à prendre en considération. En conséquence, il n'y a lieu, pour la détermination des périmètres des comités techniques paritaires ministériels, de prendre en compte ni les décrets d'attribution des ministres en tant qu'ils déterminent les matières pour lesquelles les ministres sont compétents, ni ces mêmes décrets en tant qu'ils énumèrent la liste des services dont « disposent » les ministres ou auxquels ils « peuvent faire appel », ni, enfin, les décrets d'organisation intervenus sur le fondement du décret susvisé du 15 juin 1987 qui se bornent à définir l'organisation des services d'administration centrale et n'ont ni pour objet, ni pour effet de déterminer les compétences des ministres.

2° Il incombe au Gouvernement de tirer les conséquences tant du décret relatif à la composition du Gouvernement du 19 juin 2007 que des décrets d'attribution des ministres sur la constitution des différents comités techniques paritaires

ministériels, afin de donner dans la nouvelle organisation gouvernementale toute sa portée au principe de participation rappelé à l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983.

À cet égard, si la règle énoncée à l'article 2 du décret du 28 mai 1982 précité est de doter chaque département ministériel d'un comité technique paritaire ministériel, le Gouvernement peut dans le cas de services placés sous l'autorité conjointe de plusieurs ministres et s'il le juge opportun, créer un comité technique paritaire commun à ces départements ministériels, ainsi que le permet le second alinéa de ce même article 2.

De même, afin d'éviter d'alourdir l'architecture des organes consultatifs – déjà très complexe –, il y aurait lieu d'explorer la possibilité de recourir, toutes les fois que possible, à la procédure de la réunion conjointe de comités techniques paritaires ministériels prévue à l'article 17 du décret du 28 mai 1982.

Si enfin, le Gouvernement souhaite pour des motifs de gestion doter un département ministériel de deux comités techniques paritaires ministériels ou bien mettre en place un comité technique paritaire unique se substituant aux comités techniques paritaires ministériels existant ou qui auraient dû en principe être créés, il lui appartient de procéder par un décret en Conseil d'État dérogeant à la règle posée à l'article 2 du décret du 28 mai 1982.

3° Compte tenu des délais requis pour constituer les nouveaux comités techniques paritaires ministériels, y compris le temps nécessaire à la concertation avec les organisations syndicales représentatives, il apparaît que le Gouvernement dispose pour se conformer aux obligations qui viennent d'être indiquées, d'un délai raisonnable qui, sauf circonstances particulières, devrait être de l'ordre de six mois, courant à compter de l'intervention du décret du 19 juin 2007 relatif à la composition du Gouvernement.

Durant cette période transitoire, à défaut de pouvoir constituer de nouveaux comités techniques paritaires ministériels conformément aux règles rappelées ci-dessus, l'administration doit, en tant que de besoin, consulter les organismes existants offrant les mêmes garanties.

En conséquence, aussi longtemps que n'auront pas été mis en place les nouveaux comités et sans excéder le délai raisonnable qui vient d'être indiqué, il y a lieu de procéder à la consultation des comités qui auraient normalement dû être consultés dans le cadre de l'organisation antérieure.

Outre-mer

■ Assemblée générale – Avis n° 373.877 – 25 janvier 2007

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Aide au logement – Nature – Prestation d'aide sociale – Financement – Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil d'État, saisi par la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en application des dispositions de l'article 100 de la loi n° 99-209 du

19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, d'un projet de loi du pays portant création d'une aide au logement en Nouvelle-Calédonie,

Vu la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie;

Vu l'avis du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie en date du 3 novembre 2006;

Formule son avis dans le sens des observations suivantes :

I. – Le Conseil d'État constate que si le logement n'est pas au nombre des compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie par l'article 22 de la loi organique n° 99-209 susvisée, le projet de loi qui lui est soumis institue une aide au logement consentie sans contrepartie de cotisation et accordée à toute personne remplissant certaines conditions de ressources et occupant à titre principal un logement locatif. Bien que cette aide soit versée en principe au bailleur pour venir en déduction du loyer, elle revêt, compte tenu de ses caractéristiques, le caractère d'une prestation d'aide sociale au bénéfice des locataires. Dans ces conditions le projet est relatif à la compétence attribuée à la Nouvelle-Calédonie en matière de protection sociale par le 4° de l'article 22 de la loi n° 99-209 organique susvisée, et détermine des principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale, dans lesquels, aux termes du 3° de l'article 99 de la même loi, une loi du pays peut intervenir.

II. – Le Conseil d'État estime que si l'exercice par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence en matière de protection sociale n'implique pas que cette collectivité assume seule la totalité de la charge financière résultant de l'aide au logement instituée, elle ne peut, sans leur accord, faire contribuer d'autres collectivités au financement de cette aide sans méconnaître les dispositions de la loi organique n° 99-209 susvisée.

Le Conseil d'État estime par ailleurs que le projet de loi du pays pouvait imposer au Fonds social de l'habitat, qui a été créé pour contribuer à la politique de l'habitat social, une contribution obligatoire destinée à permettre le financement de l'aide au logement instituée. L'obligation faite au Fonds social de l'habitat de contribuer au financement d'une aide sociale au logement, qui entre dans la mission dévolue à ce fonds, n'a pas le caractère d'une imposition.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 380.276 – 26 juin 2007

Droit applicable outre-mer – Polynésie française – Appareils de radiothérapie – Réglementation et contrôle – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 175 de la loi n° 2004-192 du 27 février 2004, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et les autorités de la Polynésie française;

Vu la transmission en date du 8 mars 2007, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 20 mars 2007, de la demande d'avis du président de la Polynésie française portant sur la détermination de l'autorité compétente pour réglementer et contrôler l'emploi d'appareils de radiothérapie;

Vu le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Il résulte du 4° de l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée que l'État est compétent en Polynésie française en ce qui concerne les « *matières premières stratégiques* » notamment en matière nucléaire. En vertu du 6° du même article, il est également compétent en ce qui concerne la « *sécurité* » et « *l'ordre public* » et notamment, à ce titre, pour la « *préparation des mesures de sauvegarde, élaboration et mise en œuvre des plans opérationnels et des moyens de secours nécessaires pour faire face aux risques majeurs et aux catastrophes ; coordination et réquisition des moyens concourant à la sécurité civile* ». Toutefois aucune des législations relatives à ces matières n'a pour objet de fixer les règles générales applicables à l'utilisation et au contrôle des appareils de radiothérapie qui font l'objet de la présente demande d'avis.

Si la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire a institué une autorité administrative indépendante, l'Autorité de sûreté nucléaire compétente dans le domaine, cette loi qui n'a pas le caractère d'une loi de souveraineté n'a ni pour objet ni pour effet de modifier la répartition des compétences opérée par le législateur organique.

En conséquence, les autorités de la Polynésie française, compétentes en vertu des dispositions de l'article 13 de la loi organique dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14 sous réserve des compétences attribuées aux communes ou exercées par elles en application de la même loi et, par suite, compétentes en matière de santé publique, de droit du travail et de l'environnement, ont seules le pouvoir de réglementer, sous forme de lois du pays conformément à l'article 140 de la loi organique et dans le respect des normes de base définies en application du traité Euratom, l'utilisation des appareils de radiothérapie.

La préoccupation exprimée dans la demande d'avis par les autorités polynésiennes à l'égard des risques liés aux équipements de radiothérapie qui utilisent des sources radioactives peut trouver une réponse, d'une part, dans le concours de l'Autorité de sûreté nucléaire pour aider à l'élaboration d'une réglementation de ces appareils et, d'autre part, dans la conclusion d'une convention avec cette autorité administrative indépendante en vue de faciliter la mise en place de moyens de contrôle en charge de veiller au respect de cette réglementation.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 380.733 – 25 septembre 2007

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Transport scolaire – Répartition des compétences entre les provinces et les communes.

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 des îles Loyauté et portant sur



la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes en matière de transport scolaire ;

Vu la transmission en date du 20 juillet 2007, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 27 juillet 2007, de la demande d'avis du président de l'assemblée de la province des îles Loyauté portant sur les questions suivantes :

1° Quelle est la collectivité compétente pour réglementer et organiser les transports scolaires en Nouvelle-Calédonie ?

2° Dans l'hypothèse où les transports scolaires ressortiraient à la compétence de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces, les communes seraient-elles néanmoins habilitées sur le fondement de l'article L. 121-25 du code des communes, en cas de carence des autorités compétentes, à prendre en charge l'organisation de transports scolaires ?

3° Dans l'hypothèse où la Nouvelle-Calédonie serait compétente en matière de transports scolaires et déléguerait aux provinces, dans les conditions prévues à l'article 47 de la loi organique du 19 mars 1999, l'organisation des services de transport scolaire, ce transfert serait-il de nature à faire obstacle à l'exercice par les communes d'une compétence en cette matière ?

Vu la Constitution ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment ses articles 20, 21, 22, 47 et 206 ;

Vu le code des communes de Nouvelle-Calédonie, notamment son article L. 121-25 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 12° Circulation routière et transports routiers* » et aux termes de l'article 47 de la même loi organique : « *I. – Le congrès peut, à la demande d'une assemblée de province, donner compétence aux autorités de la province pour adapter et appliquer : (...) 2° La réglementation des transports routiers.../ IV. – Ces délégations de compétences sont prévues par des conventions qui doivent comprendre, le cas échéant, les transferts des moyens permettant leur exercice normal* ».

1° Il résulte de ces dispositions que, en Nouvelle-Calédonie, le transport scolaire par voie terrestre, qui constitue une forme de transport public routier de personnes, ressortit à la compétence des autorités de la Nouvelle-Calédonie. Cette compétence comprend non seulement la réglementation du transport scolaire mais aussi, ainsi qu'il ressort notamment des débats parlementaires préalables à l'adoption de la disposition devenue l'article 47 précité qui prévoit la possibilité de sa délégation partielle aux provinces, l'organisation de ce service public.

2° Dans l'hypothèse où les autorités de la Nouvelle-Calédonie n'exerceraient pas la plénitude de leur compétence en matière de transport scolaire, la prise en charge de l'organisation du service public de transport scolaire pour répondre à des besoins immédiats et essentiels non satisfaits de la population scolaire d'une commune, dans le respect de la réglementation édictée par les autorités de la Nouvelle-Calédonie en ce domaine, peut être considérée comme étant au

nombre des « affaires de la commune » au sens de l'article L. 121-25 du code des communes de Nouvelle-Calédonie.

3° Les dispositions précitées de l'article 47 de la loi organique autorisent le congrès à donner compétence aux autorités de province pour « adapter et appliquer la réglementation des transports routiers », et donc du transport scolaire. Le congrès ne saurait toutefois, sans méconnaître sa compétence, ainsi que l'a déjà indiqué le Conseil d'État dans une réponse à une demande d'avis relative à l'application de ces dispositions à une délégation de compétence en matière de protection sociale prévue par le 1° du I de ce même article, déléguer cette compétence « intégralement aux provinces, ou s'abstenir de déterminer avec une précision suffisante l'étendue et les limites de la délégation qu'il consent. Les compétences exercées par les provinces doivent l'être, quant à elles, dans le respect des limites de la délégation qu'elles ont reçues... » (avis n° 364.687 du 28 mars 2000). La délégation conventionnelle de compétence en matière de transport scolaire pourrait, ainsi, régulièrement porter sur l'organisation de ce service public dans un cadre réglementaire défini par le congrès.

Dans l'hypothèse où la Nouvelle-Calédonie soit exercerait effectivement sa compétence en matière d'organisation du transport scolaire, soit confierait cette responsabilité aux provinces ou à une province dans les conditions prévues à l'article 47 précité, et où des communes auraient, dans les conditions évoquées au 2° du présent avis, assumé cette charge jusqu'ici, il incomberait à l'autorité compétente de prévoir des mesures transitoires. Les autorités de la Nouvelle-Calédonie pourraient aussi envisager la possibilité pour l'autorité organisatrice, c'est-à-dire la Nouvelle-Calédonie elle-même ou, par délégation, la province, de confier par convention tout ou partie de l'organisation des transports scolaires à des communes qui le souhaiteraient dans des conditions semblables à celles qui sont prévues, pour la métropole, par les dispositions de l'article L. 213-12 du code de l'éducation. Cela supposerait que le congrès définisse préalablement un cadre juridique approprié.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 380.751 – 25 septembre 2007

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Protection et mise en valeur du patrimoine kanak – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces.

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 la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces pour adopter, au sens du point 5 du préambule de l'accord de Nouméa, une réglementation en matière de protection des « savoirs traditionnels et expressions culturelles issus de la coutume kanak »,

Vu la Constitution, notamment son titre XIII ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 ;



Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

En l'absence de définition précise des « *savoirs traditionnels et expressions culturelles issus de la coutume kanak* », il convient de se référer, comme y invite au demeurant la demande d'avis, au contenu de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998.

Aux termes du point 5 du préambule de cet accord : « *La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un sénat coutumier, à protéger et à valoriser le patrimoine kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien avec la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des signes identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée* ». Le point 1 du « *document d'orientation* » de l'accord, relatif à l'identité kanak, comprend cinq parties portant respectivement sur le statut civil particulier (1.1), le droit et les structures coutumières (1.2), le patrimoine culturel (1.3), la terre (1.4) et les symboles (1.5). La troisième de ces parties définit quatre domaines d'intervention : noms de lieu (1.3.1), objets culturels (1.3.2), langues (1.3.3) et développement culturel (1.3.4 et 1.3.5).

De façon générale :

- la compétence de droit commun que les provinces tiennent des dispositions combinées des articles 20 à 27 de la loi organique du 19 mars 1999 trouve notamment à s'exercer en matière de politique culturelle ;
- pour autant, la compétence recherchée appartient, de façon non nécessairement exclusive, à l'État, à la Nouvelle-Calédonie, à ses provinces ou à ses communes dans la mesure où chacune de ces collectivités publiques est susceptible de fixer, dans l'exercice de ses compétences, des règles tendant à valoriser les savoirs traditionnels et les expressions culturelles issus de la coutume kanak et à en assurer la pérennité et l'authenticité.

S'agissant plus particulièrement des mesures prévues par l'accord de Nouméa au titre du patrimoine culturel :

a) Il est de la compétence des provinces de fixer des règles assurant l'inventaire, la préservation, la restauration et la mise en valeur :

- des objets culturels kanak mentionnés au 1.3.2 de l'accord de Nouméa ;
- et des sites traditionnels kanak, à propos desquels le paragraphe 1.3.1 de l'accord de Nouméa comporte l'orientation suivante : « *Les sites sacrés selon la tradition kanak seront identifiés et juridiquement protégés, selon les règles applicables aux monuments historiques* ».

Par ailleurs, sans préjudice des attributions particulières de la Nouvelle-Calédonie pouvant toucher à cette matière, la compétence de droit commun des provinces trouve à s'exercer pour fixer des règles propres à assurer le « *recensement et le rétablissement des noms kanak de lieux* », selon les termes du paragraphe 1.3.1 de l'accord de Nouméa.

En outre, les provinces sont compétentes, en vertu du 28° de l'article 22 de la loi organique statutaire, pour « *adapter les programmes de l'enseignement primaire* », de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, « *en fonction des réalités*

culturelles et linguistiques » auxquelles fait référence le 1.3.3 de l'accord de Nouméa.

b) Il n'appartient qu'à l'État d'édicter des règles tendant à « *favoriser le retour en Nouvelle-Calédonie d'objets culturels kanak qui se trouvent dans des musées et collections en France métropolitaine ou dans d'autres pays* » (paragraphe 1.3.2 de l'accord de Nouméa).

L'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 donnant compétence à l'État en matière de communication audiovisuelle (II 6°), d'enseignement supérieur et recherche (II 7°) et, jusqu'au transfert prévu par son article 26, d'enseignement du second degré public et privé hors réalisation et entretien des collèges (III 2°) et d'enseignement primaire privé (III 3°), il est de sa compétence de prendre, en ces matières, des mesures donnant une « *place accrue aux langues kanak* » (paragraphe 1.3.3 de l'accord de Nouméa) et « *valorisant la culture kanak dans les formations artistiques et les médias* » (paragraphe 1.3.4 de l'accord).

Il est en outre de la compétence de l'État de faire en sorte qu'un enseignement universitaire des langues kanak soit organisé, comme l'évoque le paragraphe 1.3.3 de l'accord de Nouméa, sous l'égide de l'Institut national des langues et civilisations orientales.

La législation relative à la propriété intellectuelle restant une compétence d'État, tant que n'est pas intervenu le transfert prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, il est de la compétence de l'État de contribuer, dans ce cadre, au « *respect effectif* » des droits de propriété intellectuelle des « *auteurs de culture kanak* » évoqué au paragraphe 1.3.4 de l'accord de Nouméa.

Enfin, l'État s'étant engagé, aux termes du paragraphe 1.3.5 de l'accord de Nouméa, à apporter tout son concours au « *centre culturel Tjibaou pour lui permettre de tenir pleinement son rôle de pôle de rayonnement de la culture kanak* », il est de sa compétence, tant que l'« *agence de développement de la culture kanak* » n'est pas transférée à la Nouvelle-Calédonie dans les conditions prévues à l'article 23 de la loi organique, de conformer à sa vocation, si nécessaire, les règles d'organisation et de fonctionnement de cet établissement public.

c) L'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 donnant compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de statut civil coutumier, terres coutumières et limites des aires coutumières (5°), de postes et télécommunications (7°), de circulation routière (12°) et de principes directeurs du droit de l'urbanisme et de cadastre (21°), il est de sa compétence de fixer, dans la réglementation applicable à chacune de ces matières, et sans préjudice de la compétence de droit commun des provinces, des règles propres à assurer le « *recensement et le rétablissement des noms kanak de lieux* », pour reprendre les termes du paragraphe 1.3.1 de l'accord de Nouméa.

Il résulte en outre des dispositions combinées du 23° du même article (sur l'organisation des services et des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie) et de son 29° (sur la réglementation des activités sportives et socio-éducatives et les infrastructures et manifestations sportives et culturelles intéressant la Nouvelle-Calédonie) que la Nouvelle-Calédonie est habilitée, sans préjudice de la compétence de droit commun des provinces et de l'action des communes, à créer des équipements et à organiser des manifestations, dans les domaines culturel, sportif et socio-éducatif, intéressant l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie et

qui, dans la mesure où ils auraient trait à la tradition kanak, seraient de nature à valoriser celle-ci dans les formations artistiques et les médias, conformément à l'orientation exprimée au paragraphe 1.3.4. de l'accord de Nouméa.

Enfin, aux termes de l'article 140 de la loi organique, il appartient à la Nouvelle-Calédonie de fixer les conditions dans lesquelles le sénat coutumier, après avis des conseils coutumiers, désigne les membres de l'«*Académie des langues kanak*», établissement public local dont le conseil d'administration doit être composé, en vertu du dernier alinéa du 1.3.3 de l'accord de Nouméa, «*de locuteurs désignés en accord avec les autorités coutumières*».

Les autres compétences réglementaires de la Nouvelle-Calédonie, pour assurer la mise en œuvre des mesures prévues au titre du 1.3 de l'accord de Nouméa, sont à ce jour potentielles :

- lorsque sera intervenu le transfert du droit civil et du droit commercial prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie sera compétente pour définir, aux termes du 10° de l'article 99 de la même loi, les «*principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales*». Elle sera alors compétente, dans la mesure où les lois du pays correspondantes pourront y contribuer, pour veiller au respect effectif des droits de propriété intellectuelle des auteurs de culture kanak évoqué au paragraphe 1.3.4 de l'accord de Nouméa ;
- de même, après le transfert de cet établissement public à la Nouvelle-Calédonie dans les conditions prévues par l'article 23 de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie sera compétente, en vertu du 23° de l'article 22 de cette loi, pour définir les règles d'organisation de l'agence de développement de la culture kanak ;
- après le transfert prévu par le 2° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, la place des langues kanak dans les programmes du second degré relèvera de la compétence de la Nouvelle-Calédonie ;
- enfin, la Nouvelle-Calédonie serait compétente, dans la mesure où l'est aujourd'hui l'État dans ces deux domaines, si elle se voyait confier le soin de fixer les règles applicables à l'enseignement supérieur ou à la communication audiovisuelle dans les conditions prévues par l'article 27 de la loi organique statutaire.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 380.799 – 2 octobre 2007

Droit applicable outre-mer – Polynésie française – Règles de procédure civile – État et capacité des personnes – Autorité parentale – Régimes matrimoniaux – Successions et libéralités – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française, par le président de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État ;

Vu la transmission en date du 6 août 2007, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 20 août 2007, de la demande d'avis du président de la Polynésie française portant sur la détermination de l'autorité compétente pour édicter les règles de procédure civile en matière d'état et de capacité des personnes, d'autorité parentale, de régimes matrimoniaux, de successions et de libéralités ;

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 7, 13, 14 et 175 ;

Vu le code civil, notamment son livre premier et les titres I, II et V du livre troisième ;

Vu le nouveau code de procédure civile, notamment ses livres premier et III ;

Vu la délibération n° 2001-200/APF du 4 décembre 2001 portant code de procédure civile de Polynésie française, modifiée par la délibération n° 2005-13/APF du 13 janvier 2005, notamment ses livres premier, II et IV ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa de l'article 13 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française :

« Nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14, sous réserve des compétences attribuées aux communes ou exercées par elles en application de la présente loi organique. »

Selon l'article 14 de cette même loi : *« Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes :*

« 1° Nationalité ; droits civiques ; droit électoral ; droits civils, état et capacité des personnes, notamment actes de l'état civil, absence, mariage, divorce, filiation ; autorité parentale ; régimes matrimoniaux, successions et libéralités ;

« 2° Garanties des libertés publiques ; justice : organisation judiciaire, aide juridictionnelle, organisation de la profession d'avocat, à l'exclusion de toute autre profession juridique ou judiciaire, droit pénal, procédure pénale, commissions d'office, service public pénitentiaire, services et établissements d'accueil des mineurs délinquants sur décision judiciaire, procédure administrative contentieuse (...). »

I. – Il résulte de la combinaison de ces dispositions, éclairées par les travaux préparatoires, notamment les débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, que le législateur organique n'a pas entendu remettre en cause en 2004 la compétence des autorités de Polynésie française en matière de procédure civile, retenue de manière constante par les précédents statuts de la collectivité, alors même que cette branche du droit n'est plus exclue explicitement des matières réservées à l'État.

Cette compétence comprend non seulement les règles générales de procédure, communes à l'ensemble des matières et qui relèvent du livre premier du code de procédure civile polynésien, mais aussi les règles particulières à certaines d'entre elles, relevant des livres II à V, au rang desquelles figurent les branches du droit civil énumérées au 1° de l'article 14 précité (état et capacité des personnes ; autorité parentale ; régimes matrimoniaux, successions et libéralités) et qui n'ont pas été transférées à la collectivité.

La circonstance que les matières énumérées au 1° de l'article 14 ressortissent à la compétence de l'État est en effet sans incidence sur la compétence des autorités de Polynésie française pour édicter les règles de procédure civile afférentes à celles-ci, eu égard à la différence de nature entre le droit civil qui touche aux

règles de fond et la procédure civile qui régit l'action et l'instance propres à en garantir l'application.

Dans le cas où les autorités de la Polynésie française n'auraient pas exercé la plénitude de leur compétence en matière de procédure civile, l'article 1026 du code de procédure civile polynésien permet d'appliquer à la collectivité les règles du code de procédure civile métropolitain dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} mars 2001.

II. – Toutefois, certaines règles de procédure civile, en nombre au demeurant limité, sont indissociables des règles de fond applicables à la matière dont elles assurent la protection judiciaire. Participant de la nature de celles-ci, elles en empruntent alors le régime et ne peuvent, par voie de conséquence, qu'être édictées par l'autorité compétente au fond, c'est-à-dire, s'agissant des matières ci-dessus énumérées, par l'État.

Le caractère indissociable des règles de procédure et de fond s'apprécie au regard de chaque règle et de chaque matière considérées sans qu'une énumération exhaustive puisse en être dressée.

Plusieurs éléments peuvent être pris en compte dans cette appréciation et constituer des indices à l'appui de ce caractère.

Il en est ainsi, notamment, pour s'en tenir au droit des personnes :

- de la nature par essence judiciaire de la matière en cause où la règle de fond s'exprime dans l'office du juge, ainsi que dans les règles qui gouvernent l'instance et les effets attachés au jugement comme à l'exercice des voies de recours ; c'est le cas, en matière de divorce, du pouvoir d'homologation du juge, du caractère obligatoire de la tentative de conciliation dans la procédure contentieuse ou de l'effet suspensif des voies de recours ; il en est de même, dans le régime de l'absence, des pouvoirs étendus conférés au juge ainsi que des règles de publicité de la requête et du jugement ;

- des règles de procédure qui constituent par elles-mêmes la garantie d'une liberté publique ; il en est ainsi des mesures judiciaires propres à préserver l'intimité de la vie privée, notamment, à prévenir les atteintes dont elle pourrait faire l'objet, du régime procédural des oppositions à mariage et de l'annulation de l'union, qui comporte des délais strictement encadrés au regard de la liberté matrimoniale, ou encore de la protection de la liberté individuelle, qui implique un rôle de surveillance générale du juge des tutelles dans le déroulement des mesures de protection prises à l'égard des majeurs vulnérables ;

- ou encore des règles qui revêtent une spécificité irréductible au regard des principes du droit commun de l'action judiciaire dont elles ne constituent pas la simple application à la matière considérée et qui ne peuvent trouver de fondement que dans le droit dont elles empruntent les traits originaux ; tel est le cas, dans les instances relatives à la filiation, des règles de recevabilité de l'action et d'opposabilité du jugement, dictées par l'intérêt de l'enfant.

En tout état de cause et quelle que soit la matière considérée, même lorsque la règle de procédure est indissociable de la règle de fond, la Polynésie française reste compétente pour déterminer les simples modalités de mise en œuvre judiciaire.

■ Assemblée générale – Avis n° 380.759 – 8 novembre 2007

Droit applicable outre-mer – Polynésie française et Nouvelle-Calédonie – Installations relevant du ministère de la défense – Régime juridique – Contrôle

– Sujétions de la défense nationale – Règles fondamentales – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes – Décret en Conseil d'État.

Le Conseil d'État saisi par le ministre de la défense d'une demande d'avis portant sur les questions suivantes :

1° Les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et les installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA) relevant du ministère de la défense en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, relèvent-elles du droit de l'environnement ou du domaine de la défense nationale ? Plus précisément, ces installations sont-elles régies par les lois du pays en Polynésie française et des délibérations des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie ?

2° Pour la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, le ministère de la défense bénéficie-t-il d'un régime propre en matière de suivi et de contrôle des ICPE et des IOTA implantées dans ces territoires ? Quelle est la qualification des personnes amenées à exercer des contrôles et des inspections dans les ICPE et les IOTA relevant du ministère de la défense ? S'il s'agit d'inspecteurs ne relevant pas du ministère de la défense, comment garantir les règles de protection du secret de la défense nationale lors des inspections de ces installations implantées à l'intérieur d'enceintes militaires ? Si les inspecteurs relevant du Contrôle général des armées étaient reconnus compétents pour suivre et contrôler les ICPE et les IOTA relevant de la défense dans ces deux collectivités, quelle modification du droit faudrait-il envisager ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 74 et 77 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie-française ;

Vu le code de la défense ;

Vu le code pénal ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Sur la première question :

I. – En Polynésie française, aux termes de l'article 13 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée, il est précisé que : « *nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14* ». Cet article 14 ne fait pas mention de l'environnement comme étant une des compétences de l'État. L'article 140 de la même loi organique dispose que : « *Les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés lois du pays (...) interviennent (...) dans les matières suivantes : (...) droit de l'environnement (...)* ».

En Nouvelle-Calédonie, l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée prévoit 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* ». Aux termes de l'article 21 de la même loi organique, l'environnement ne fait pas

partie des compétences relevant de l'État. L'article 22 ne le mentionne pas au titre des compétences de la Nouvelle-Calédonie. Aucune disposition de cette loi ne le reconnaît comme relevant des communes. L'environnement est donc une compétence de chacune des provinces composant la Nouvelle-Calédonie.

II. – Aux termes de l'article L. 1142-1 du code de la défense : « *le ministre de la défense est responsable, sous l'autorité du Premier ministre, (...) de l'infrastructure militaire qui est nécessaire aux forces* ».

En Polynésie française, l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée dispose que : « *sont applicables de plein droit (...) sans préjudice de dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives (...) à la défense nationale (...)* ». Aux termes de l'article 14, « *Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : (...) défense (...)* ». L'article 27 précise que : « *La Polynésie française exerce ses compétences dans le respect des sujétions imposées par la défense nationale* ».

En Nouvelle-Calédonie, l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée prévoit que : « *L'État est compétent dans les matières suivantes : (...) défense au sens de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense (...)* », ordonnance codifiée désormais dans le code de la défense (partie législative).

III. – Il résulte de l'ensemble de ces dispositions qu'en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et les installations, ouvrages, travaux et activités relatifs aux eaux et milieux aquatiques (IOTA) relevant du ministre de la défense, entrent dans le champ d'application des lois du pays en Polynésie française et des délibérations des provinces en Nouvelle-Calédonie.

Mais si la compétence en matière de droit de l'environnement relève de ces deux collectivités, elle ne peut s'exercer que dans le respect des sujétions de la défense nationale qui sont de nature à limiter les pouvoirs des autorités territoriales. Par voie de conséquence, il appartient à l'État d'édicter par voie réglementaire les règles de procédure strictement nécessaires pour assurer la prise en compte de ces exigences.

Sur les autres questions :

Le respect des sujétions de la défense nationale exige que soient rendues applicables dans ces deux collectivités les règles fondamentales suivantes :

1° la sécurité des installations dépendant du ministre de la défense et les secrets de la défense nationale doivent être préservés en application des dispositions du code pénal relatives aux atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées intéressant la défense nationale et de la législation sur la protection des secrets de la défense nationale ;

2° l'instruction interne d'un dossier d'autorisation ou de déclaration d'installations dépendant du ministre de la défense ainsi que le suivi et le contrôle de ces installations sont assurés par des inspecteurs relevant du contrôle général des armées. Le statut de fonctionnaire de l'État de ces agents ainsi que le caractère de souveraineté attaché au décret n° 64-726 du 16 juillet 1964 relatif aux attributions, à l'organisation générale et au fonctionnement du contrôle général des armées les autorisent en effet à exercer leurs responsabilités dans tous les

organismes soumis à l'autorité du ministre de la défense ou à sa tutelle sur l'ensemble du territoire de la République ;

3° l'impératif de disponibilité attendue des forces armées afin de concourir à l'atteinte des objectifs prévus à l'article L. 1111-1 du code de la défense exclut que le fonctionnement ou l'intégrité d'une installation dépendant du ministre de la défense puisse être compromis par un acte pris par les autorités territoriales. À cet effet, le Haut-Commissaire peut mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de l'article 172 de la loi organique relative à la Polynésie et de l'article 204 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie pour demander au Conseil d'État l'annulation – ainsi que la suspension – de tels actes.

Dans un souci de clarification, il serait souhaitable que l'ensemble des règles précédentes soient rappelées par la voie d'un décret en Conseil d'État qui trouverait son fondement dans les dispositions relatives à la défense prévues dans les lois organiques susvisées.

En outre, ce décret pourrait également prévoir que le Haut-Commissaire de la République, qui a la charge des intérêts nationaux en Polynésie française ou est dépositaire des pouvoirs de la République en Nouvelle-Calédonie, doit donner un avis sur tout projet d'acte des autorités territoriales en matière de protection de l'environnement intéressant les installations relevant de la défense nationale.

■ Section des finances – Avis n° 381.054 – 27 décembre 2007

Droit applicable outre-mer – Saint-Barthélemy et de Saint-Martin – Loi organique n° 2007-223 du 27 février 2007 – Imposition des revenus ou de la fortune – Domicile fiscal – Notion – Compétences fiscales des collectivités.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi d'une demande d'avis : « relative à l'étendue de la compétence en matière fiscale des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin », qui pose la question de savoir : « si la loi organique n° 2007-223 du 27 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer donne aux collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin la compétence pour imposer les revenus ou la fortune dont disposent dans ces territoires les personnes qui n'y ont pas la qualité de résident fiscal, lorsque sont en cause des impositions, droits ou taxes reposant sur une notion de résidence fiscale ».

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2007-223 du 27 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-547 DC du 15 février 2007 ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles LO. 6211-1, LO. 6214-3, LO. 6214-4, LO. 6311-1, LO. 6314-3, LO. 6314-4 et LO. 6380-1 ;

Vu le code général des impôts, notamment ses articles 4 A, 4 B, 4 bis, 209 et 885 A ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations ci-après :

I. – La compétence des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin en matière fiscale



A. – La loi organique n° 2007-223 du 27 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l’outre-mer, en instituant les deux nouvelles collectivités d’outre-mer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, leur a donné une compétence en matière fiscale.

Les articles LO. 6214-3 et LO. 6314-3 du code général des collectivités territoriales, introduits dans le code par cette loi organique, disposent, respectivement pour Saint-Barthélemy et pour Saint-Martin, dans les mêmes termes, que : « *La collectivité fixe les règles applicables* » en matière d’« *impôts, droits et taxes dans les conditions prévues* » à l’article LO. 6214-4 pour Saint-Barthélemy et à l’article LO. 6314-4 pour Saint-Martin.

Les articles LO. 6214-4 pour Saint-Barthélemy et LO. 6314-4 pour Saint-Martin du même code précisent que la collectivité exerce les compétences qu’elle tient du 1° du I de l’article LO. 6214-3 ou de l’article LO. 6314-3 « *dans le respect* » des dispositions qui suivent.

1° Ces dispositions encadrent de deux manières la compétence fiscale de ces collectivités :

- au 1° des deux articles, est fixée une condition de durée de résidence d’au moins cinq ans pour qu’une personne, physique ou morale, soit considérée comme ayant son domicile fiscal dans la collectivité ;
- au 3°, est posée la règle selon laquelle les collectivités exercent leur compétence fiscale sans préjudice des règles fixées par l’État en matière de cotisations sociales et des autres prélèvements destinés au financement de la protection sociale et à l’amortissement de la dette sociale.

2° Par les dispositions du 2° des deux articles, obligation est faite aux collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin de transmettre à l’État toute information utile pour l’application de leur réglementation fiscale ou pour l’exécution des clauses d’échanges de renseignements figurant dans les conventions fiscales conclues par la France ;

3° Enfin, est posé, dans le dernier alinéa du I des articles LO. 6214-4 et LO. 6314-4, le principe que les modalités d’application de cette partie des articles seront, en tant que de besoin, précisées par des conventions conclues entre l’État et les collectivités, en vue de prévenir l’évasion fiscale et les doubles impositions et de définir les obligations de communication d’informations des collectivités.

B. – Les dispositions du 1° du I des articles LO. 6214-4 et LO. 6314-4 ne sont pas identiques pour les deux collectivités

a) En vertu du I de l’article LO. 6214-4, les personnes physiques ne peuvent être considérées comme ayant leur domicile fiscal à Saint-Barthélemy qu’après y avoir résidé pendant cinq ans au moins. Pour les personnes morales, la condition de domiciliation fiscale est l’installation du siège de leur direction effective depuis cinq ans au moins, sauf si, installées depuis moins de cinq ans, elles sont contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques résidant elles-mêmes à Saint-Barthélemy depuis cinq ans au moins.

Un dernier alinéa de cet article précise pour Saint-Barthélemy que les personnes physiques et morales qui ne remplissent pas cette condition de résidence de cinq ans, et ne peuvent donc être considérées comme ayant leur domicile fiscal dans cette collectivité, sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France.

Il s'en déduit que les personnes installées dans la collectivité de Saint-Barthélemy depuis moins de cinq ans, qu'elles aient été jusque-là domiciliées fiscalement en France, c'est-à-dire, du point de vue fiscal, en métropole ou dans un département d'outre-mer, ou dans une autre collectivité d'outre-mer ou à l'étranger, ne peuvent être considérées comme domiciliées fiscalement à Saint-Barthélemy. Ces personnes sont donc réputées avoir leur domicile fiscal en France, dès lors qu'elles remplissent, à Saint-Barthélemy, l'une des conditions prévues à l'article 4 B du code général des impôts pour être domiciliées fiscalement en France.

b) Pour Saint-Martin, le législateur organique, afin de ne pas décourager l'installation de personnes physiques ou morales étrangères, a limité la condition de résidence d'au moins cinq ans aux personnes ayant, avant leur installation à Saint-Martin, leur domicile fiscal dans un département de métropole ou d'outre-mer, ce qui a pour conséquence que les personnes ayant leur domicile fiscal dans une autre collectivité d'outre-mer ou à l'étranger peuvent se voir reconnaître leur domicile fiscal dans la collectivité de Saint-Martin sans y résider depuis au moins cinq ans.

Par ailleurs, du fait que la condition de résidence de cinq ans ne s'applique pour Saint-Martin qu'aux personnes ayant leur domicile fiscal en France, le législateur organique n'a pas précisé, comme il l'a fait pour Saint-Barthélemy, que les personnes ne remplissant pas cette condition de résidence étaient domiciliées en France.

C. Dans le silence de la loi organique, la condition de résidence de cinq ans doit être regardée comme satisfaite, à compter du 15 juillet 2007, date d'entrée en vigueur de cette loi, par une résidence dans la collectivité pendant les cinq années qui précèdent la date à laquelle cette condition doit être appréciée.

II. – Les conséquences de la domiciliation fiscale sur les compétences des collectivités

A. Pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur la fortune

1. – La domiciliation fiscale en France a pour conséquence, selon les dispositions du code général des impôts, de rendre les personnes domiciliées passibles de certaines impositions établies en France.

Selon l'article 4 A du code général des impôts, les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus, quelle qu'en soit l'origine. Celles dont le domicile fiscal est fixé hors de France sont passibles de cet impôt seulement en raison de leurs revenus de source française. L'article 4 B dispose notamment que sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal, ou celles qui exercent en France une activité professionnelle, sauf si celle-ci est accessoire, ou celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques. Enfin, l'article 4 *bis* rend passibles de l'impôt sur le revenu les personnes de nationalité française ou étrangère, domiciliées fiscalement en France ou non, si elles recueillent des bénéfices ou des revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions.



En vertu des dispositions de l'article 885 A du même code, sont soumises à l'impôt annuel de solidarité sur la fortune, lorsque la valeur de leurs biens est supérieure à une limite, les personnes physiques ayant leur domicile fiscal en France, à raison de leurs biens situés en France ou hors de France ainsi que les personnes physiques n'ayant pas leur domicile fiscal en France, à raison de leurs biens situés en France.

2. – Les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution ont un statut défini par une loi organique qui fixe notamment leurs compétences.

En prévoyant que les compétences des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin en matière d'impôts, droits et taxes s'exercent notamment « *dans le respect* » des dispositions du 1° du I des articles LO. 6214-4 et LO. 6314-4, lesquelles indiquent à quelles conditions les personnes physiques et morales peuvent être considérées comme ayant leur domicile fiscal dans ces collectivités, le législateur organique a entendu préciser la compétence de ces collectivités en matière fiscale au regard de la domiciliation fiscale des personnes.

a) Pour les personnes ayant leur domicile fiscal à Saint-Barthélemy ou à Saint-Martin

Les dispositions de la loi organique permettent à ces collectivités d'exercer leur compétence fiscale en instituant des impôts sur les revenus ou la fortune dont disposent les personnes qui y sont domiciliées fiscalement. Si l'une de ces collectivités adoptait des dispositions prévoyant un impôt sur le revenu ou un impôt sur la fortune assis sur l'ensemble des revenus ou des biens, y compris ceux qui ont leur origine ou sont situés en France (métropole ou départements d'outre-mer), les situations de double imposition qui résulteraient de l'application à ces mêmes personnes des dispositions des articles 4 A ou 885 A du code général des impôts pourraient être prévenues par les stipulations de la convention fiscale prévue entre la France et cette collectivité.

b) Pour les personnes ayant leur domicile fiscal en France

À l'inverse, les dispositions susmentionnées doivent s'interpréter comme excluant les personnes ayant leur domicile fiscal en France, ou étant réputées l'avoir, de la compétence fiscale des deux collectivités. Ces personnes sont, par suite, passibles des seuls impôts sur le revenu et sur la fortune établis en France, dans les conditions prévues pour les personnes domiciliées fiscalement en France par les dispositions des articles 4 A et 885 A du code général des impôts, sur l'ensemble de leurs revenus ou l'ensemble de leurs biens.

D'une part, en effet, la loi organique n'a pas prévu que, par exception, ces personnes pourraient être assujetties à des impositions établies par les collectivités de Saint-Barthélemy ou de Saint-Martin, se bornant au contraire à prévoir une compensation intégrale pendant cinq ans, pour la seule collectivité de Saint-Martin, des pertes de recettes résultant pour celle-ci de la limitation de sa compétence fiscale. D'autre part, il ressort tant des rapports présentés devant le Sénat et l'Assemblée nationale au nom des commissions de ces assemblées que des déclarations du ministre de l'outre-mer et des débats parlementaires que le législateur organique a voulu, comme le lui proposait le Gouvernement, écarter le risque d'évasion fiscale résultant de la compétence fiscale des deux nouvelles collectivités par la mise en place d'un dispositif permettant l'application du seul

droit fiscal national aux personnes dont le domicile fiscal est, en application des dispositions de la loi organique, situé en France.

c) Pour les personnes qui n'ont leur domicile fiscal ni dans une des collectivités ni en France

Pour les personnes qui n'ont pas, ou pas encore, leur domicile fiscal dans l'une des collectivités, sans l'avoir en France, aucune disposition de la loi organique ne fait obstacle à ce que cette collectivité impose les revenus ou la fortune dont ces personnes disposent dans la collectivité, sous réserve des stipulations des conventions fiscales qui viendraient à être conclues pour la collectivité avec des États étrangers.

B. Pour l'impôt sur les sociétés

Pour les mêmes motifs que ceux exposés au b du 2. du A du II, il résulte de la combinaison des dispositions des articles LO. 6214-4 et LO. 6314-4 du code général des collectivités territoriales susmentionnées et de celles du I. de l'article 209 du code général des impôts – qui prévoient, sous réserve des dispositions de l'article 209 *quinquies* du même code, que les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés en tenant compte uniquement des bénéficiaires réalisés dans les entreprises exploitées en France, ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions – que les collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ne peuvent soumettre à un impôt sur les sociétés les personnes morales résidant fiscalement en France, même pour les bénéficiaires réalisés dans les entreprises exploitées dans la collectivité.

Police judiciaire

■ Assemblée générale – Avis n° 374.120 – 5 avril 2007

Perquisition en zone protégée – Autorisation – Articles 413-7 et 413-11 du code pénal – Communications d'informations protégées – Déclassification – Commission consultative du secret de la défense nationale – Pouvoir du chef d'établissement et du juge d'instruction – Saisie de documents classifiés – Conditions.

Le Conseil d'État, saisi par la ministre de la défense et le garde des Sceaux, ministre de la justice, d'une demande d'avis portant sur les questions suivantes :

1° Les magistrats ou les officiers de police judiciaire agissant sur leur délégation, souhaitant pénétrer en zone protégée pour effectuer une perquisition en application de l'article 94 du code de procédure pénale, doivent-ils solliciter l'autorisation mentionnée par les dispositions de l'article 413-7 du code pénal qui incrimine le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire sans autorisation à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications ? Dans l'hypothèse où une autorisation serait nécessaire, quels peuvent être les motifs d'un refus éventuel de l'administration ? Cette autorisation peut-elle être refusée pour des motifs tirés de la sécurité ou de la protection du secret de la défense nationale ?

2° Les officiers de police judiciaire commis par le juge peuvent-ils, lors de perquisitions, accéder à des informations classifiées et en prendre connaissance aux fins de recherche, de tri, de saisie et d'inventaire, sans encourir les sanctions prévues par les dispositions de l'article 413-11 du code pénal ?

Vu le code pénal ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu le code de la défense ;

Est d'avis de répondre aux questions posées, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, dans le sens des observations ci-après :

Sur la première question :

1° Aux termes de l'article 81 du code de procédure pénale : « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ». Toutefois, ces pouvoirs se heurtent à de strictes limites s'agissant des informations couvertes par le secret de la défense nationale.

Ainsi que l'ont rappelé les avis du Conseil d'État du 19 juillet et du 29 août 1974, l'accès à ces informations est en effet réservé aux seules personnes habilitées pour l'accomplissement de leur fonction ou de leur mission par décision du Premier ministre ou du ministre concerné. Quiconque est détenteur d'un secret de la défense nationale ne peut le divulguer.

Afin de concilier les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, codifiée aux articles L. 2312-1 à L. 2312-8 du code de la défense, a déterminé les conditions dans lesquelles peuvent être opérées, dans le cadre d'une procédure engagée par une juridiction, la déclassification et la communication d'informations couvertes par le secret de la défense nationale. Il en résulte notamment que le juge d'instruction, qui ne tient pas du code de procédure pénale qualité pour connaître de tels secrets, peut seulement solliciter de l'autorité administrative compétente la déclassification et la communication d'informations protégées à ce titre. Cette autorité ne peut se prononcer qu'après avoir saisi pour avis la Commission consultative du secret de la défense nationale créée par la loi susmentionnée et pris connaissance de son avis.

2° Le juge d'instruction qui confie à un officier de police judiciaire par commission rogatoire, en vertu de l'article 81 du code de procédure pénale, le soin d'exécuter un acte qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter lui-même ne peut conférer à l'intéressé plus de pouvoirs que ceux qu'il tient de ces dispositions. Dans le cadre de la délégation ainsi reçue du juge d'instruction, l'officier de police judiciaire ne saurait ainsi se prévaloir d'une habilitation qui aurait pu lui être conférée, par ailleurs, par l'autorité administrative.

3° Si, aux termes de l'article 94 du code de procédure pénale : « *les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité* », l'exercice de ces prérogatives ne saurait conduire le juge d'instruction à méconnaître l'interdiction qui lui est faite, comme à toute personne non qualifiée, de prendre connaissance « des renseignements, procédés, objets,

documents, données informatiques ou fichiers » qui ont le caractère de secret de la défense nationale au sens de l'article 413-9 du code pénal.

La perquisition décidée sur le fondement des dispositions de l'article 94 du code de procédure pénale ne peut toutefois être regardée comme entrant dans le champ d'application de l'incrimination prévue à l'article 413-7 du code pénal, qui punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, dans les services, établissements ou entreprises publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications. Le juge d'instruction n'a donc pas à solliciter d'autorisation pour pénétrer dans une zone protégée à ce titre.

Il lui incombe cependant, lorsqu'il envisage de pénétrer dans une telle zone, de respecter la nécessité impérieuse d'éviter tout risque de compromission du secret de la défense nationale, compromission qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone, sous peine d'encourir les sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret.

Or le législateur n'a édicté aucune règle particulière de procédure permettant, s'agissant de l'entrée dans les lieux où peut intervenir l'autorité judiciaire et où peuvent se trouver des informations couvertes par le secret de la défense nationale, de concilier les objectifs constitutionnels mentionnés au 1^o ci-dessus. Seules font exception les enceintes militaires, l'accès à celles-ci, en vertu de l'article 698-3 du code de procédure pénale, étant subordonné à une réquisition adressée par le juge à l'autorité militaire, laquelle ne peut d'ailleurs pas s'y opposer.

À l'instar des dispositions de procédure pénale qui énoncent, à peine de nullité de la procédure, les conditions dans lesquelles le pouvoir de perquisition du juge d'instruction se concilie avec la protection d'intérêts légitimes tels que le secret médical, le secret professionnel ou les droits de la défense s'agissant de la correspondance entre l'avocat et son client, il apparaît donc indispensable d'édicter des règles législatives fixant les conditions dans lesquelles sont définis les obligations et les pouvoirs respectifs du chef d'établissement, chargé de la protection des secrets de la défense nationale, et du juge d'instruction, chargé de la manifestation de la vérité.

Sur la seconde question :

La procédure mise en œuvre par la loi du 8 juillet 1998 répond pleinement au cas où les documents dont le juge souhaite la déclassification sont suffisamment identifiés ou identifiables.

En revanche, aucune disposition particulière ne fixe la procédure à suivre lorsque le juge ou les officiers de police judiciaire délégués par lui découvrent des documents classifiés dont ils ne peuvent savoir, avant d'en avoir obtenu la déclassification après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale, s'ils sont utiles à l'instruction. Dans cette hypothèse, il n'existe aucune certitude sur le régime juridique applicable en cas de prise de connaissance de ces documents par l'autorité judiciaire et, notamment, sur l'application des dispositions de l'article *413-11 du code pénal, qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « *le fait, par toute personne*



non visée à l'article 413-10, de s'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale... ».

Il est par conséquent nécessaire que l'autorité judiciaire veille, à l'occasion de la découverte de documents classifiés dont elle ne sait s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité, à ce que soit écarté tout risque de prise de connaissance de secrets protégés.

La protection de ces secrets impose notamment que les pièces saisies, qui ne peuvent être versées au dossier de l'enquête avant une éventuelle déclassification, soient maintenues sur place et que le chef de service ou d'établissement soit désigné en tant que gardien des scellés. Ces mesures sont de nature à réduire tout risque de compromission.

Afin de concilier plus sûrement, dans cette hypothèse, les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, il apparaît indispensable que le législateur complète les règles de procédure applicables et fixe précisément les conditions dans lesquelles peuvent être saisis et mis sous scellés, sans risque de divulgation à des personnes non qualifiées de secrets protégés, des documents classifiés dont l'autorité judiciaire ne peut savoir s'ils sont utiles à son instruction. À cette fin, les prérogatives de la Commission consultative du secret de la défense nationale pourraient être utilement étendues afin de lui permettre d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, notamment en zone protégée.



Table des matières

Éditorial

Jean-Marc Sauvé, *Vice-président du Conseil d'État* 7

I. Rapport d'activité

■ **Activité juridictionnelle** 19

Section du contentieux 21

Activité de la section 21

Statistiques 25

Jurisprudence 29

Actes législatifs et administratifs 29

Agriculture, chasse et pêche 29

Aide sociale 30

Assurance et prévoyance 31

Capitaux, monnaie, banques 31

Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique 32

Communautés européennes et Union européenne 33

Compétence 34

Contributions et taxes 35

Droit des détenus 37

Étrangers 38

Fonctionnaires et agents publics 39

Juridictions administratives et judiciaires 39

Logement 40

Marchés et contrats administratifs 40

Nature et environnement 43

Police administrative 43

Procédure 44

Responsabilité de la puissance publique 45

Santé publique 47

Transports 48

Bureau d'aide juridictionnelle 49

Bilan d'activité 49

Statistiques 50

■ **Activité consultative** 51

Assemblée générale et commission permanente 53

Bilan d'activité 53

L'assemblée générale 53

La commission permanente 53

Éléments d'analyse 54

Statistiques 61

Section de l'intérieur	63
Principes constitutionnels, libertés publiques, régime des personnes	64
Droit pénal.....	64
Acquisition de la nationalité.....	66
Régime des personnes	66
Pouvoirs publics	67
Autorités administratives indépendantes	67
Élections	68
Droit applicable à l'outre-mer	69
Établissements d'utilité publique.....	73
Associations et fondations.....	74
Dons et legs	77
Problèmes de compétence.....	78
Compétence législative.....	78
Compétence réglementaire.....	79
Compétence consultative.....	79
Statistiques.....	81
Section des finances	83
Actes.....	83
Autorités disposant du pouvoir réglementaire.....	83
Décrets de codification	84
Procédure consultative.....	84
Contreseing.....	84
Mesures transitoires.....	85
Impôts, taxes et redevances	85
Prélèvement exceptionnel.....	85
Utilisation du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR).....	85
Compétence ministérielle en matière de « législation fiscale ».....	86
Redevances pour rémunération de service rendu	86
Taxe pesant sur les véhicules poids lourds empruntant le réseau routier national.....	87
Compétences fiscales des collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.....	87
Dispositions budgétaires et comptables	88
Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances de l'année.....	88
Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances rectificative	89
Ressources affectant l'équilibre budgétaire.....	89
Nomenclature budgétaire	89
Reports de crédits	90
Garantie de l'État.....	90
Remise de dette	91
Loi de règlement.....	92
Décrets d'avance	93
Période complémentaire	94
Comité des normes de comptabilité publique	94
Principe d'exclusivité de compétence du comptable public.....	94
Remises gracieuses accordées à des comptables de fait.....	95
Dispositions économiques et financières	95
Banque de France et autorités de contrôle du secteur bancaire.....	95
Assurance et prévoyance	97
Établissements financiers	97
Consommation	98

Aides d'État.....	99
Experts-comptables.....	99
Conventions internationales.....	100
Notion d'engagement international.....	100
Accords intervenant dans une matière législative.....	100
Amendements et avenants.....	101
Compétences partagées entre la Communauté européenne et les États membres....	102
Constitutionnalité d'une convention d'extradition.....	102
Défense.....	102
Organisation et gestion de l'administration.....	103
Délégation de pouvoir.....	103
Établissements publics.....	104
Service à compétence nationale.....	105
Services déconcentrés.....	106
Commission consultative.....	106
Fonctionnaires et agents publics.....	106
Décret en conseil des ministres.....	106
Principe de l'accès des ressortissants communautaires.....	107
Statut spécial.....	107
Personnels des autorités administratives indépendantes.....	108
Déconcentration de la gestion.....	108
Organisation des concours.....	109
Statut d'emploi.....	109
Comité technique paritaire central.....	110
Comité technique paritaire ministériel.....	110
Personnel de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur.....	111
Statistiques.....	112
Section des travaux publics.....	115
Élaboration et qualité des textes.....	115
Organisation et fonctionnement de l'administration.....	121
Protection de l'environnement et sites classés.....	123
Logement, urbanisme, ville.....	124
Énergie, communications, mines, transports.....	125
Propriété et domaines publics, travaux publics, routes, utilité publique, sécurité routière.....	126
Agriculture, pêche et chasse.....	128
Statistiques.....	129
Section sociale.....	131
Observations d'ordre général.....	131
La préparation insuffisante et la complexité accrue de certains textes.....	131
Les consultations préalables : questions nouvelles et difficultés récurrentes.....	133
La transposition de directives : droit de la concurrence et sécurité sanitaire.....	136
Le contrôle de conventionnalité.....	137
Principaux domaines de compétence.....	138
Sécurité sociale.....	138
Travail, emploi, formation professionnelle.....	140
Santé.....	143
Fonction publique hospitalière.....	145



Action sociale.....	145
Étrangers et nationalité.....	146
Outre-mer.....	146
Statistiques.....	148
Récapitulatif des statistiques pour 2007.....	151
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution.....	153
■ Activité de la section du rapport et des études.....	155
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2007.....	157
Bilan d'activité.....	157
Les évolutions constatées en 2007.....	157
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution.....	158
Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2007.....	160
Statistiques.....	164
Études et diffusion des travaux du Conseil d'État.....	167
L'activité d'étude en 2007.....	167
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative.....	168
Action internationale de la juridiction administrative.....	171
La participation du Conseil d'État au dialogue des juges.....	171
Les échanges avec les grandes juridictions étrangères.....	171
Les actions menées dans le cadre de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA) et de l'Association des Conseils d'État et des juridictions suprêmes de l'Union européenne.....	172
Les actions destinées à la consolidation des juridictions administratives.....	172
La promotion du droit continental.....	173
La participation aux activités des organismes français de coopération.....	173
La participation aux réseaux internationaux de coopération en matière de droit et de gouvernance.....	174
Les réponses aux demandes de coopération ou d'échanges émanant d'autres institutions.....	175
L'action internationale des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.....	176
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État.....	179
■ Activité du bureau des formations.....	183
Bilan des formations.....	185
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel.....	185
Formation continue des magistrats des juridictions administratives.....	186
Formation des agents de greffe des juridictions administratives.....	186
Formation des agents du Conseil d'État.....	188
Statistiques.....	189

■ Activité de la Mission permanente d’inspection des juridictions administratives	193
Bilan des missions d’inspection des juridictions administratives.....	195
Bilan de la participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel.....	196
■ Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel	197
L’activité des tribunaux administratifs en 2007	200
Affaires enregistrées.....	200
Affaires réglées.....	201
Affaires en instance et délais.....	201
L’activité des cours administratives d’appel en 2007	204
Affaires enregistrées.....	204
Affaires réglées.....	204
Affaires en instance et délais.....	204
■ Activité des juridictions spécialisées	207
Commission des recours des réfugiés	209
État statistique de l’activité de la Commission pour l’année 2007	209
Comme en 2006, tendance à la baisse et à la concentration de la demande	210
Une légère diminution du nombre des décisions rendues, conséquence de l’accroissement du nombre de renvois et de la baisse des entrées.....	211
L’accélération des tendances antérieures pour les taux d’annulation et de rejet par ordonnance	211
Stabilisation du taux de recours, légère décreue des réouvertures et augmentation du nombre d’affaires plaidées	212
La résorption du stock de dossiers en instance.....	213
Évolution du nombre de dossiers en instance («photographie» de l’état du stock) ...	213
L’assainissement du stock, cause mécanique de l’allongement des délais de traitement.....	213
Mise à jour des procédures et disparition du stock du Bureau d’aide juridictionnelle.....	214
Éléments de jurisprudence.....	214
Les conséquences sur le droit d’asile de nouvelles pratiques administratives	215
Les conditions d’application des dispositions relatives à l’exclusion d’une protection.....	216
Les critères de la protection.....	216
Commission centrale d’aide sociale	219
Bilan statistique de l’activité des juridictions administratives spécialisées	221
■ Avis du Conseil d’État en 2007	223
Contributions et taxes	225
Collectivités territoriales	228
Élections.....	232

Fonctionnaires et agents publics	233
Pouvoir publics.....	233
Outre-mer.....	235
Police judiciaire.....	251







Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

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

Jean-Michel BELORGEY, Yves ROBINEAU, Yannick MOREAU, Bernard STIRN,
Marie-Dominique HAGELSTEEN, Pierre-François RACINE, présidents de section.

Christophe DEVYS, secrétaire général du Conseil d'État.

Frédéric TIBERGHIEEN, 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 : Jean-Michel BELORGEY

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
- Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004.
- Rapport public du Conseil d'État 2005, Considérations générales : *Responsabilité et socialisation du risque* (EDCE n° 56), 2005.
- Rapport public du Conseil d'État 2006, Considérations générales : *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE n° 57), 2006.
- Rapport public du Conseil d'État 2007, Considérations générales : *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?* (EDCE n° 58), 2007.

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.

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^{le} édition, 2001.
- Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, n^{le} édition à paraître.



Éditorial

Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État 7

Le contrat, mode d'action publique et de production de normes

Introduction 15

Première partie

Un recours accru au contrat pour conduire l'action publique ou édicter des normes 17

Deuxième partie

Contrat, loi et décision administrative unilatérale : des imbrications croissantes 91

Troisième partie

Utiliser le contrat à bon escient 167

Conclusion 275

Annexes 277

Contributions

Agrément fiscal et droit communautaire 287

Contrats publics et sécurité juridique 329

L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics 355

L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes 369

Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ? 383

Éditorial

Pour un développement maîtrisé du contrat

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

Les modes d'action publique se sont profondément renouvelés dans notre pays. Parmi eux, il en est un dont l'essor est considérable : le contrat. Il est devenu un outil indispensable aux collectivités publiques pour mettre en œuvre de très nombreuses politiques ou conduire leurs actions, spécialement celles qui sont définies et menées en concertation ou en partenariat. Cet essor rend nécessaire de fixer les conditions à remplir pour que cet instrument puisse continuer à se développer harmonieusement.

L'ascension du contrat, comme mode de production de normes et comme procédé d'action publique, constitue l'un des traits les plus remarquables des dernières décennies. Le contrat est de fait omniprésent dans la vie publique et sociale. Il a bénéficié de la convergence de plusieurs évolutions qui ont affecté la loi, l'organisation de l'État, les modes de gestion des services publics et l'exercice de l'autorité. Sa montée en puissance est en effet allée de pair avec la remise en cause plus ou moins forte de l'exclusivité de la loi, de la prééminence de l'État central, de la gestion en régie des services publics et, plus largement, des modes d'action fondés sur le commandement et la contrainte. Ce phénomène n'est pas propre à la France : tous nos partenaires européens le connaissent, d'une manière ou d'une autre.

De quelque côté que l'on se tourne, le procédé contractuel est donc à l'œuvre : ce sont les délégations de service public, les contrats de partenariat ou les baux emphytéotiques et les contrats de crédit-bail pour gérer le domaine ou les services publics ou pour financer, construire et exploiter des infrastructures ; ce sont les marchés publics pour acquérir des biens et des services ; ce sont les instruments de pilotage de l'action administrative avec les contrats de performance ou d'objectif et de moyens qui se sont développés au sein de l'État ou entre celui-ci et ses agences ou établissements sous tutelle ; ce sont les contrats entre l'État et les collectivités territoriales pour les politiques de la ville et de l'aménagement du territoire ; c'est la place éminente du contrat dans le champ



social, en droit du travail mais aussi dans celui de la sécurité sociale, des hôpitaux, de la politique du médicament ou de l'action sociale, le contrat étant aussi au cœur des politiques de lutte contre l'exclusion. Le contrat a enfin conquis une place croissante en droit économique et il émerge en droit fiscal.

Ce foisonnement recouvre des réalités sociales, administratives ou juridiques très différentes. Le mot « contrat » est lui-même devenu l'un des plus polysémiques qui soit : il s'applique à une grande variété de procédés et les fonctions qu'il remplit sont multiples ; les effets de mode ne sont pas non plus étrangers à sa prolifération : le contrat est aussi valorisé que la loi, réputée bavarde et forcément unilatérale, voire représentative d'une gouvernance marquée par la contrainte, serait disqualifiée. La loi exprime certes la volonté générale, comme nous le rappelle la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais le contrat, de son côté, fonde la société.

La première, selon la définition de Portalis, permet, ordonne ou interdit. Le second, par sa dimension procédurale, appelle une société de la négociation : il permet, par le réseau de droits et de devoirs qu'il crée, d'obtenir l'adhésion des citoyens, d'orienter leurs comportements et d'inciter sans contraindre.

Le contrat présente de fait des atouts qui contribuent à sa faveur actuelle.

Il permet d'abord à la puissance publique d'ordonner autrement ses rapports avec la société civile : la première n'a pas seulement à commander à la seconde, ni non plus à produire les biens et services qui lui sont nécessaires. Avec une vision stratégique, il lui revient d'exprimer et de hiérarchiser les besoins à satisfaire puis de définir les moyens les plus appropriés pour y parvenir. Parmi ceux-ci figurent les politiques d'externalisation permettant de répondre aux besoins du public avec souplesse, efficacité et au meilleur coût.

Le contrat permet ensuite de mobiliser les savoir-faire et les financements qui font défaut à la puissance publique. Il contribue aussi à mieux valoriser ses ressources, qu'il s'agisse de ses produits ou services ou encore du domaine public ou privé.

Le contrat est aussi un puissant levier de modernisation de l'État. Parce que, sans imposer la fin des statuts, il permet de rénover la gestion des agents publics, de donner du contenu et de faire produire des effets au dialogue social. Parce qu'il érige les cocontractants en interlocuteurs responsables. Parce qu'il impose des évaluations préalables, la formalisation des buts à atteindre et la gestion des objectifs. Et parce qu'il autorise des démarches expérimentales. Le recours au contrat est d'autant plus utile que nous vivons une période de changement profond avec, en particulier, le remodelage de l'organisation et des compétences de l'État et des collectivités territoriales. Il permet d'introduire de l'ordre et de la cohérence dans des systèmes qui sont en transition.

Le contrat est en outre un instrument incontournable des politiques sociales : s'il ne peut rendre la loi sans objet, il ne peut y avoir de loi sans concertation ou négociation préalable, comme la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social l'a rappelé. De même, le contrat peut et doit certainement, pas seulement en droit du travail, être un moyen d'appliquer la loi, comme la jurisprudence l'a reconnu, aux lieux et place du pouvoir réglementaire.

Enfin, le contrat apparaît comme un outil essentiel de régulation dans une économie de marché. Comme en matière sociale, il donne de la sécurité juridique



et garantit la pertinence et l'adaptation des mesures. La spectaculaire émergence d'un droit économique négocié et concerté et l'apparition de procédures d'autorisation ou de sanction quasi négociées, notamment par les autorités indépendantes, témoignent de l'ampleur du mouvement de contractualisation à l'œuvre dans notre société.

Ce mouvement appelle moins des remises en cause, qui seraient largement chimériques, qu'un encadrement de son développement.

Tout d'abord, le recours au contrat ne doit méconnaître ni les compétences que la Constitution assigne au législateur, ni le principe d'égalité, ni les autres principes fondamentaux garantis par son préambule. Certes, le partage entre ce qui relève aujourd'hui de la loi ou du contrat n'est pas immuable et ne correspond pas nécessairement à des exigences constitutionnelles. Mais les contrats publics ne sauraient s'affranchir de celles-ci. Les personnes publiques ne peuvent pas disposer de leurs compétences, ni contracter dans des domaines où elles sont tenues d'agir par décision unilatérale, comme en matière de police administrative. C'est ainsi et il convient de s'y tenir fermement.

En deuxième lieu, le recours au contrat ne s'impose que s'il présente un avantage comparatif par rapport à d'autres modes d'intervention ou de gestion des services publics. Le contrat doit être choisi au vu de ses mérites propres, dûment établis, et non pas au nom de positions de principe. De même, chaque type de contrat ne doit être utilisé que pour les fins pour lesquelles il a été conçu : trop de mécomptes ont résulté dans le passé du fait que des dispositifs conçus à des fins déterminées ont été utilisés à mauvais escient. À titre rétrospectif, les marchés d'entreprises de travaux publics constituent un bon exemple de telles déviations.

En troisième lieu, le développement des procédés contractuels suppose un professionnalisme exemplaire de l'administration. Or celle-ci n'est pas toujours en mesure de maîtriser la négociation de ses contrats ni les sources d'insécurité juridique comme les risques financiers pouvant les affecter. Une personne publique ne saurait être en position d'infériorité par rapport à son cocontractant : des mises à niveau sont nécessaires dans les collectivités publiques, y compris en recourant à des conseils extérieurs. Pour favoriser le recours au contrat, il faut aussi assurer un règlement efficace et rapide des litiges par la transaction et promouvoir le recours à l'arbitrage.

L'on ne saurait en quatrième lieu parler de contrat sans parler d'Europe, tant la réglementation nationale en la matière est directement inspirée par le droit et la jurisprudence communautaires. La maîtrise des contrats dans notre pays impose de faire preuve d'une grande vigilance et d'un réel sens de l'anticipation sur la scène communautaire : il serait regrettable par exemple que la réglementation des marchés publics finisse par absorber les délégations de service public, comme il serait désolant que les exigences de la concurrence soient interprétées si strictement qu'elles portent atteinte à la liberté d'organisation des personnes publiques. Une conception trop radicale du droit de la concurrence appliqué à la commande publique pénaliserait en effet la réorganisation de l'État en empêchant par exemple la transformation de certains services en établissements publics ou en limitant les facultés de coopération entre collectivités territoriales.



La modernisation de la gestion publique pousse enfin à mieux définir la valeur juridique associée aux accords internes à une personne publique. On ne peut en rester à la situation dans laquelle seuls les contrats passés avec le secteur privé et, le cas échéant, avec d'autres personnes publiques lient et engagent la puissance publique. Si l'on veut par exemple promouvoir la famille des « contrats de performance », il faut qu'ils ne soient pas dénués de toute portée juridique et que la parole de l'État puisse être respectée. La réforme de la gestion publique passe donc par une nouvelle génération de contrats prévoyant leur propre régime de sanction. À défaut, après avoir regretté l'affaiblissement de la loi, on déplorerait l'absence de crédibilité des contrats.

*
* *

Le contrat émerge comme un puissant instrument de modernisation des services publics et de renouvellement des relations entre l'État et la société. Il appartient à l'État de bien l'articuler avec la loi et de veiller à ce qu'il tienne effectivement ses promesses, sans comporter d'effets pervers. Si le contrat permet de « faire faire », il ne saurait en aucun cas être assimilable au « laissez-faire ». Sa vocation est de contribuer à l'efficacité de l'action publique ainsi qu'à la stabilité et à la sécurité de la norme. Il jouera pleinement ce rôle, si l'ensemble des acteurs publics partagent une vision commune de son bon usage. Ces considérations générales voudraient y contribuer.



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



LE CONTRAT,
MODE D'ACTION
PUBLIQUE ET DE
PRODUCTION DE
NORMES



Les considérations générales du Conseil d'État sur « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes » ont été rédigées par M. Frédéric TIBERGHIEU, rapporteur général de la section du rapport et des études, avec le concours de Xavier DOMINO, Jean-Marc ANTON, Brice BOHUON, Philippe RANQUET et Aurélie BRETONNEAU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État le 13 mars 2008.

Taïs AMORIM-CARDOSO, Marine CHANON, Sandra DESMETRE, Marie PREVOT, Alice RICHARD et Aurélien HASSIN, stagiaires au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport. Qu'ils en soient vivement remerciés.



La place accrue du contrat dans le droit public français reflète les importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000 : la modification des rapports entre l'État et le marché, la construction européenne qui a encadré l'exercice de leurs compétences par les États membres et totalement appréhendé la matière des contrats administratifs, l'ouverture à la concurrence mondiale et la pénétration croissante du droit anglo-saxon qui privilégie le contrat par rapport à l'acte unilatéral, la décentralisation qui a installé de nouvelles sources de légitimité concurrentes de celle de l'État, les évolutions de notre propre système juridique comportant notamment la reconnaissance, depuis peu, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

Cette ascension du contrat traduit aussi l'irruption du consumérisme dans la sphère administrative, comme dans le reste de la société. L'utilisateur n'est, du moins le soutient-on, plus un être anonyme qu'on peut éconduire de derrière un guichet ou à qui on peut imposer des sujétions en ignorant ses réactions ou ses particularités. Mieux éduqué et mieux informé, doué d'une raison calculatrice, il est devenu une personne qui connaît plus précisément ses droits, entend les faire valoir et veut des réponses adaptées à sa situation ou à son cas particulier. L'État tutélaire et source d'obligations pour un citoyen anonyme est devenu un État Providence qui dispense ses bienfaits à des catégories sociales ou à des personnes ayant des besoins spécifiques. Le discours politique, pour corriger le déséquilibre des rapports entre le service public et l'utilisateur, a dès lors volontiers recouru au vocabulaire contractuel : les chartes des droits, les engagements de service ont fleuri.

La contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité. L'État contemporain recherche l'adhésion des acteurs de préférence à l'action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la « coproduction » ou la « coconstruction » de la norme publique et de l'action publique.

Le Président de la République s'est clairement exprimé en ce sens lorsqu'il a tiré les conclusions du Grenelle de l'environnement le 25 octobre 2007 : « *Nous l'avons prouvé avec le Grenelle. Il faut avoir le courage de décider autrement. Il faut avoir le courage de changer les méthodes et de préférer la décision issue de la négociation plutôt que la décision issue de l'administration* ».

Cette nouvelle posture reflète, dans la sphère publique, la crise d'autorité qui a affecté les sociétés développées, avec notamment la remise en cause des institutions (famille, mariage, autorité parentale...) et des corps intermédiaires, et qui débouche sur un autre mode d'exercice du pouvoir et de l'autorité.

Le contrat a donc bonne presse : devenu synonyme de modernité, substituant la régulation au rapport de tutelle, libérant l'action administrative de ses rigidités, il apporterait une nouvelle légitimité à l'action administrative car, après tout, « *Le contrat (...) c'est la réforme permanente, c'est la démocratisation de l'action administrative (...)* »¹.

Se référant à l'autre versant de la tradition politique française, la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, le Vice-président du Conseil d'État pouvait écrire en 2003 « *on ne saurait (...) élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut pas gouverner par contrat. Il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement, le cas échéant, sous la menace de peines applicables en cas de manquement* »².

Le prestige dont jouit le contrat n'empêche de fait pas que l'annonce d'une loi demeure dans notre pays l'acte cathartique et l'outil privilégié de tout Gouvernement pour tenter de désamorcer les crises dans l'urgence.

Malgré cela, le contrat n'a cessé de gagner du terrain à la fois dans la gestion publique et dans l'élaboration de la norme juridique. Après avoir passé en revue cette dynamique contractuelle, le rapport du Conseil d'État entend apporter des éléments de réponse aux questions suivantes :

- l'ascension du contrat répond-elle à un simple phénomène de mode ou à de véritables nécessités ?
- pourquoi l'administration a-t-elle de nos jours besoin de recourir davantage au contrat ?
- à quoi sert exactement le contrat en droit administratif ?
- en quoi le contrat se distingue-t-il des autres normes ou modes d'action de l'administration ?
- dans quels cas est-il plus avantageux et plus efficace pour l'administration de recourir au contrat qu'à l'acte administratif unilatéral ?
- faut-il envisager de nouvelles extensions pour la sphère contractuelle, à quelles conditions et dans quelles limites ?
- est-t-il nécessaire de revoir la définition du contrat pour tenir compte de ses nouvelles fonctions et du droit communautaire ?
- quelles sont les actions prioritaires à conduire pour améliorer la sécurité juridique des contrats administratifs ?

1 - L. Richer, *AJDA*, 19 mai 2003, p. 973.

2 - R. Denoix de Saint Marc, « L'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 971.

Première partie

Un recours accru au contrat pour conduire l'action publique ou édicter des normes

« Il convient de penser un contrat naturel passé réellement entre les humains et les choses, entre la nature et les nations, comme jadis nous pensâmes un contrat social passé seulement dans les nations, c'est-à-dire entre les humains seuls ».

*Michel Serres,
Le contrat naturel, 1990.*

L'ascension du contrat est contemporaine d'une inflexion dans la posture de l'État. La France sort, dans les années 1970, d'une longue ère de dirigisme où un État centralisateur et planificateur édictait surtout des normes unilatérales, après ou sans concertation avec les forces vives de la nation, et focalisait l'action publique sur la réalisation des équipements collectifs.

Au cours des décennies 1970-2000, le contrat demeure d'usage courant dans ses domaines traditionnels d'élection depuis le XIX^e siècle, l'achat de prestations par les personnes publiques, la gestion du domaine et l'association à la gestion du service public à travers la concession, auxquels s'est ajouté plus récemment le recrutement de personnels.

Mais il s'étend aussi à des champs totalement nouveaux, parfois au prix d'abus de langage. Il commence en effet à être utilisé pour régler les rapports entre une personne publique et des catégories d'usagers toujours plus larges, puis les rapports entre personnes publiques ou au sein d'une même personne publique. Il couvre désormais des domaines aussi vastes que le droit social, le droit économique, l'aménagement du territoire, l'éducation, le sport et la culture, et même les relations internationales.

Cette extension de la sphère contractuelle à de nouveaux domaines s'est effectuée, selon Laurent Richer³, en trois périodes : la phase de l'économie contractuelle (1960-1982), la phase de l'administration territoriale (1982-1992) et la phase du tout contractuel (1992-2002), cette dernière ayant donné lieu à une littérature très abondante.

Même s'il est tentant de figer l'histoire, la dynamique d'extension de la sphère contractuelle n'est sans doute pas encore parvenue à son terme. La pensée de l'écologie et la percée des préoccupations de développement durable conduisaient ainsi Michel Serres à concevoir dès 1990 un nouveau contrat implicite ou

3 - L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973.

virtuel, le contrat naturel⁴, sous-jacent à la vie collective comme l'est le contrat social de Rousseau. C'est la raison pour laquelle, afin de retracer cette dynamique dont on n'entrevoit pas encore la fin, l'approche matérielle par domaine a été préférée à une approche purement historique.

L'inventaire ci-dessous ne prétend pas à l'exhaustivité. Il vise seulement à rendre compte d'une tendance et à baliser les terrains conquis par le contrat. S'il concerne principalement le droit public, il s'autorise quelques incursions dans le droit privé⁵. Le dresser de manière totalement rigoureuse et fiable supposerait de disposer d'une définition claire du contrat et d'une terminologie communément acceptée. Comme ce n'est pas le cas, les questions de la définition du contrat (cf. 7), de la typologie (cf. 7.4.1) et de la terminologie (cf. 13.4.1) contractuelles sont renvoyées à plus tard. L'explorateur doit accepter d'entrer dans la jungle contractuelle avec comme seuls outils son courage et son sens de l'orientation pour s'y frayer vaille que vaille un chemin.

1. Le contrat, mode d'exercice des compétences des collectivités publiques

État et collectivités territoriales recourent au contrat pour gérer leurs opérations quotidiennes : acheter des biens ou services, organiser le service public et réaliser des infrastructures, recruter du personnel. Phénomène plus récent, ils l'utilisent aussi pour piloter l'action administrative et expérimenter de nouvelles règles de droit ou de nouvelles politiques publiques.

1.1. Gérer des moyens

Les lois du 10 août 1871 sur le département et du 5 avril 1884 sur la commune organisent de manière détaillée le recours aux procédures contractuelles par ces collectivités. Fortes de leur autonomie, celles-ci se sont mises, au même titre que l'État, à passer toute une variété de contrats : marchés de fournitures ou de travaux, occupation du domaine public et conventions de gestion de biens, concessions et délégations de service public, etc. Le champ couvert par le contrat dans la gestion quotidienne des administrations est vaste.

4 - La nature dans un monde fini devient, pour Michel Serres, objet et sujet de droit à la fois. Son usage se contractualisera à son tour un jour, selon lui. Ce contrat sera-t-il seulement un contrat politique, sera-t-il un contrat administratif, un contrat de droit privé ou un contrat collectif d'un genre nouveau ?

5 - Il sera beaucoup question de droit du travail pour des raisons expliquées plus loin. On n'évoquera en revanche ni le droit de la consommation ni, hormis le logement social, les rapports entre propriétaires et locataires, qui mériteraient pourtant tous deux des développements particuliers.



1.1.1. Acheter des biens, des services ou des travaux : les marchés publics

Le marché public illustre l'une des fonctions principales et les plus anciennes du contrat : le contrat comme outil ou support de l'échange marchand⁶, souvent dénommé contrat-échange⁷. **Le marché public consiste en effet pour l'administration à se procurer les moyens de son action, à acheter en payant un prix.**

Le recours au contrat est ancien pour l'achat de biens, de fournitures ou de services : un décret du 10 brumaire anIV prévoit l'adjudication pour les travaux des hospices et établissements de charité. Il a justifié en partie la création de la juridiction administrative par la loi du 28 pluviôse anVIII : le conseil de préfecture se voit reconnaître la compétence pour se prononcer « *sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés* »⁸. Cette compétence a été étendue aux marchés de fournitures de l'État par un décret du 11 juin 1806.

Une ordonnance du 4 décembre 1836 impose la mise en concurrence des fournisseurs. La place de la commande publique se renforce au XIX^e siècle, époque où l'adjudication au moins-disant devient le mode normal d'attribution des marchés de l'État et des collectivités locales, qu'il s'agisse de travaux, de fournitures ou de transports (décret du 18 novembre 1882). Dès cette époque, la réglementation des marchés publics consiste essentiellement à déterminer la procédure applicable aux achats publics et à enserrer dans des contraintes formelles la liberté de choix du cocontractant par l'administration (cf. 7.2.2).

Aujourd'hui, les transactions faisant l'objet de marchés publics représentent plus de 8 % du PIB⁹. Leur rôle dans l'économie nationale est devenu si important qu'ils sont parfois assimilés à un levier de politique publique, spécialement en direction des petites et moyennes entreprises¹⁰.

6 - Le marché public est un achat effectué pour répondre aux besoins de la collectivité et se caractérise par l'acquiescement d'un prix (CE, 11 décembre 1983, *Ville de Colombes*, rec. p. 812 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^e édition, 1983), ce qui le distingue fondamentalement des délégations de service public (cf. 1.2.1). Sur cet élément essentiel de la définition du marché public, voir également A. Ménéménis, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120.

7 - J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 194, 1987.

8 - Un autre contentieux particulier relatif à l'exécution de travaux publics est administratif par nature : celui des offres de concours. La doctrine et la jurisprudence considèrent toutefois que l'offre de concours constitue un engagement unilatéral et lui refusent tout caractère synallagmatique.

9 - Ch. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Economica, p. 456.

10 - Les États-Unis, à travers leur « *Small business act* » (SBA) qui favorise l'accès des PME à la commande publique et leur développement, ont ouvert une voie que l'Union européenne s'approprie à suivre : la Commission européenne envisage l'élaboration d'un SBA européen en 2008 (*AJDA*, 2007, p. 2173). Les propositions du rapport Stoleru de décembre 2007 ne retiennent pas en revanche cette idée pour la France (*AJDA*, 2007, p. 2344). À cet égard, il est important de souligner que le Conseil d'État vient de censurer les dispositions du code des marchés publics 2006 qui opéraient une discrimination positive en faveur des PME (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, *AJDA*, 2007, p. 1593, note J.-D. Dreyfus). Sur cette question, voir aussi P. de Baecke, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, p. 1505.

Le recours au contrat pour acheter des prestations gagne sans cesse en étendue : les prestations intellectuelles ou de conseil font désormais partie des achats courants de l'État. On voit même des contrats passés avec des cabinets de conseil juridique pour élaborer la norme de droit¹¹.

Grâce à la création de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP)¹² et aux données qu'il fournit, les caractéristiques et l'évolution récente des marchés publics sont mieux connues. Le nombre de marchés recensés baisse, de 194 004 en 2004 à 178 735 en 2006, principalement ceux de moins de 90 000 euros : de 139 101 en 2005 à 123 227 en 2006. Cette diminution affecte surtout les marchés locaux : 157 959 contre 171 761. Si le nombre de marchés baisse, leur montant progresse : ils représentent plus de 59 milliards d'euros en 2006 contre un peu plus de 42 milliards en 2005. Y contribue principalement la hausse du nombre de marchés de plus de 50 millions d'euros, qui passe de 37 en 2004 à 87 en 2006, pour un montant progressant de 6 à 18 milliards d'euros. Les marchés de l'État, notamment de fournitures et services, assurent l'essentiel de la hausse, passant de 9 milliards à plus de 27 milliards d'euros. La majorité des marchés notifiés le sont par le secteur public local (157 906 contre 20 829 pour l'État), leur valeur dépassant légèrement celle des marchés passés par l'État (32 milliards contre 27).

Depuis les années 1990, les marchés publics sont en outre encadrés par le droit communautaire dérivé : une directive de 1992 et trois directives de 1993, profondément remaniées en 2004¹³, font application des principes du traité de l'Union européenne (TUE) à la commande publique, à savoir la non-discrimination en raison de la nationalité, la liberté de circulation et la liberté de prestation de service d'où découle une obligation d'égalité de traitement, de libre accès et de transparence de la commande publique (cf. 10.1.1.3). Le code des marchés publics (CMP) a été modifié à trois reprises en six ans (2001, 2004 et 2006), la dernière fois afin de le rendre compatible avec les nouvelles exigences

11 - Le recours aux banques conseil pour accompagner les privatisations ou aux grands cabinets de consultants pour mener les audits liés à la révision générale des politiques publiques fournit deux autres exemples du développement récent de ces prestations : l'État n'utilise plus uniquement ses ressources humaines internes pour exercer ses missions stratégiques et n'hésite plus à les soustraire en tout ou partie.

12 - Recensement des marchés notifiés en 2006 consultable sur le site internet de l'OEAP : www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/recensement/1_Proc_2006.pdf

13 - Pour un commentaire sur ces directives, voir *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 286. La dernière refonte du code des marchés publics a eu pour objet d'achever la transposition des deux nouvelles directives (n° 2004/17 et n° 2004/18, CE du 31 mars 2004) : la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que la directive portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. C'est en application de la directive « recours » de 1989 qu'a été introduit le référé précontractuel (cf. 7.2.3). Une nouvelle directive, la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007, a modifié les directives « recours » de 1989 et de 1992 et devra être transposée en droit interne avant le 20 décembre 2009.



communautaires¹⁴. Signe du caractère encore très récent de l'interpénétration du droit national et du droit communautaire en cette matière, ce dernier a été transposé par deux instruments juridiques distincts :

- le code des marchés publics applicable aux marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics¹⁵;
- l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et ses deux décrets d'application (n°2005-1308 du 20 octobre 2005 et n°2005-1742 du 30 décembre 2005) qui régit les marchés passés par les personnes publiques ou privées qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices au sens des directives de 2004 mais qui ne relèvent pas du CMP.

1.1.2. *Gérer le domaine*

La plupart des actes de gestion (locations...) ou de disposition relatifs au domaine privé des collectivités (ventes en l'état futur d'achèvement, cessions...) empruntent la forme du contrat de droit privé.

Dans la gestion de leur domaine public, les collectivités publiques recourent en revanche à l'ensemble des prérogatives reconnues à la puissance publique, notamment aux règlements de police et aux contraventions de grande voirie. Les conditions d'occupation du domaine public sont quant à elles fixées indifféremment dans des actes unilatéraux ou des contrats. Elles faisaient plutôt appel jusqu'à un passé récent à des actes unilatéraux, autorisations d'occupation du domaine public essentiellement¹⁶. En effet, l'inaliénabilité du domaine a longtemps été considérée comme interdisant la constitution de droits réels sur

14 - Les marchés publics sont également soumis à d'autres règles internationales, par exemple aux seuils internationaux définis dans l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). De même, ils sont soumis à la convention n° 94 de l'OIT sur les clauses de travail, ratifiée par la France en 1951, qui prévoit d'appliquer les conditions les plus favorables résultant, dans une région donnée, de la combinaison de la loi et des conventions collectives. Alors que les articles 117 à 121 du code des marchés publics de 1964 assuraient la pleine application de cette convention aux fournisseurs et sous-traitants de l'administration, les codes plus récents, notamment celui de 2006, ne prévoient plus l'insertion de clauses de travail dans les marchés publics. La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT a donc demandé au Gouvernement français, dans son rapport public 2007 (p. 484), de prendre les mesures pour assurer de nouveau la pleine application de la convention. Le rapport 2008 a repris la constatation de ce retour en arrière (Conférence internationale du travail, 97^e session, 2008, « Les clauses de travail dans les contrats publics », n° 54, p. 19).

15 - Le code distingue une première partie consacrée aux marchés passés par les personnes publiques quand elles ont la qualité de pouvoirs adjudicateurs, la seconde aux marchés passés par les mêmes personnes quand elles exercent une des activités d'opérateurs de réseaux définies à l'article 135 dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux, et qu'elles ont par suite la qualité d'entités adjudicatrices. Cf. A. Ménéménis, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA*, 2006, p. 1754.

16 - Il en va ainsi par exemple pour les titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération délivrées par l'autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Délivrées pour une durée de vingt ans, ces autorisations comportent une série de conditions fixées dans un cahier des charges annexé à l'autorisation (article 36 de la loi de finances pour 2001) et emportent le paiement d'une redevance pour occupation privative du domaine public de l'État.

celui-ci¹⁷. En découle le caractère précaire des droits de l'occupant du domaine public qui est susceptible d'en être expulsé à tout moment, sans délai. Mais ces conditions d'occupation sont de plus en plus souvent fixées dans des actes contractuels (baux emphytéotiques administratifs, conventions d'occupation du domaine public...).

L'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation¹⁸ permet aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics¹⁹ (à l'exclusion de l'État) de conclure des baux emphytéotiques administratifs²⁰ d'une durée variant de 18 à 99 ans. Cette reconnaissance de droits réels sur le domaine public nécessite l'accomplissement pour le compte de la collectivité d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général²¹.

Les conventions d'occupation du domaine public consenties par les collectivités publiques ou leurs concessionnaires sont des contrats administratifs par nature. Comme telles, elles sont soustraites aux règles de droit privé issues notamment de la législation sur les baux commerciaux ou les baux à ferme et aux servitudes du code civil. Le décret-loi du 17 juin 1938 attribue leur contentieux à la juridiction administrative.

Le recours au contrat permet de mieux mettre en valeur la propriété publique et d'associer le propriétaire public à la performance économique de l'occupant, mais aussi de transformer une autorisation par nature précaire et révocable à tout moment dans l'intérêt public en occupation stable et garantie, c'est-à-dire de conforter les droits de l'occupant ayant besoin de visibilité pour déployer son activité économique²². La reconnaissance de droits réels au profit de l'occupant domanial découle de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits

17 - Dans l'arrêt *Eurolat*, le Conseil d'État a affirmé « l'incompatibilité avec les principes de la domanialité publique » de clauses de conventions qui comportaient l'attribution, par un bail emphytéotique, de droits réels sur le domaine public (6 mai 1985, « Association Eurolat et Crédit foncier de France », rec. p. 141, *RFDA*, 1986, p. 21, concl. B. Genevois, *AJDA*, 1985, p. 620, note J. Moreau et E. Fatôme).

18 - Codifiée aux articles L. 1311-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

19 - L'article L. 1311-4 du code général des collectivités territoriales prévoit que « les dispositions des articles L. 1311-2 et L. 1311-3 sont applicables aux établissements publics des collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités ».

20 - Ces contrats sont par exemple utilisés lorsqu'une commune souhaite rénover un stade, en abandonnant au club sportif les risques de construction et d'exploitation de celui-ci (cf. 5.3). Sur ce contrat, voir CE, Sect., 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, rec. p. 94, *RFDA*, 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova et l'avis des sections de l'intérieur et des travaux publics du 31 janvier 1995, *EDCE*, n° 47, p. 407. Un avis de la section sociale du 16 juin 1994 (*EDCE*, 1994, p. 367) souligne que ce bail ne constitue par lui-même ni un marché public ni, en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public.

21 - Une ordonnance du 4 septembre 2003 a également étendu aux établissements hospitaliers la possibilité de conclure des baux emphytéotiques sur leur domaine.

22 - R. Rézenthel, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1025.

réels sur le domaine public et a été renforcée par le code général de la propriété des personnes publiques²³.

L'acte relatif à l'occupation du domaine public s'insère parfois lui-même dans un rapport contractuel plus large. Ainsi l'article L. 224-2 paragraphe II du code de l'aviation civile²⁴ prévoit que la société Aéroports de Paris (ADP) et tout exploitant d'aérodrome civil appartenant à l'État concluent avec ce dernier un contrat pluriannuel d'une durée maximale de cinq ans. Ce contrat détermine les conditions d'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, en tenant compte notamment des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services rendus par l'exploitant. Ce contrat, qui précise l'évolution du montant de la redevance d'occupation du domaine, s'incorpore lui-même au contrat de concession d'aérodrome conclu par l'État.

1.2. Organiser le service public et faire réaliser ou gérer des infrastructures

La délégation de service public (DSP) répond à un régime juridique qui diffère sensiblement de celui qui s'applique aux marchés publics. Elle permet à l'administration de confier l'exploitation du service public à un tiers. Le contrat de partenariat, apparu plus récemment, lui apporte en outre la possibilité de se procurer les moyens nécessaires au fonctionnement de services publics dont elle conserve la responsabilité.

1.2.1. La délégation de service public

- La délégation de service public (DSP) est une notion récente en droit administratif, consacrée par les lois n°92-125 des 6 février 1992 d'orientation relative à l'administration territoriale de la République²⁵ et n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Apparue en jurisprudence à la fin des années

23 - Les articles L. 2122-6 et suivants du code disposent : « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions, installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre (...) ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation... les prérogatives et obligations du propriétaire* ». Sur cette question, voir aussi la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, rec. p. 96 et l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 33, p. 343).

24 - Dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : « *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.* » Dans le cas d'ADP, l'attribution de la concession résulte de la loi du 20 avril 2005.

25 - Cette loi utilise trois notions différentes : convention de délégation de service public, convention de gestion déléguée et contrat de service public.

1980 et au début des années 1990²⁶, elle correspondait à une pratique antérieure, celle de la gestion déléguée²⁷, qui regroupait différentes formes de délégation à un tiers de la gestion d'un service public : la concession, l'affermage, la régie et la gérance.

La délégation de service public se définit aujourd'hui comme le contrat par lequel une personne publique confie à une personne publique ou privée la gestion d'un ouvrage ou d'un service public administratif ou industriel et commercial, la rémunération du délégataire étant substantiellement assurée par l'exploitation²⁸. Les lois des 6 février 1992 et 29 janvier 1993, dans leur rédaction résultant de la loi du 11 décembre 2001, ont repris à leur compte la définition jurisprudentielle de la DSP, en précisant que la rémunération du délégataire « est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Cette rémunération peut donc provenir d'autres sources que l'usager du service ou de l'ouvrage, par exemple de tiers ou de recettes accessoires. La jurisprudence a interprété cette condition légale : si la rémunération est assurée par le paiement d'un prix²⁹ et ne l'est pas substantiellement par les résultats de l'exploitation³⁰, la qualification de DSP est refusée (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, rec. p. 137, *AJDA*, 1996, p. 729, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *RFDA*, 1996, p. 715, concl. Ch. Chantepy, note P. Terneyre). La jurisprudence exige donc que le délégataire assume au moins partiellement le risque de l'exploitation, la jurisprudence communautaire sur le transfert du risque économique paraissant aller légèrement plus loin que les termes de la loi du 29 janvier 1993 interprétée par la jurisprudence (cf. 13.3.1).

26 - Elle a été utilisée par le Tribunal des conflits (TC, 6 juin 1989, *SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, Recueil Lebon, p. 293, *RFDA*, 1989, p. 457, concl. B. Stirn), qui a retenu la notion d'acte juridique de dévolution de l'exécution de service public, puis par le Conseil d'État (15 mai 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, rec. p. 1033) qui mentionne la délégation de gestion d'un service public et le fait que le cocontractant supporte dans certaines limites le risque financier de l'exploitation.

27 - La première allusion à la notion de délégation est attribuée à une circulaire interministérielle du 7 août 1987 relative à la gestion déléguée des services publics locaux (*JO*, 20 décembre 1987, p. 14863).

28 - Sur l'historique de ce contrat, voir J.-C. Douence, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936 et J.-B. Auby et C. Maugué, « Les contrats de délégation de service public », *JCP*, éd. G, 1994 (9), doct. n° 3743. Sur la définition de la DSP, voir également J.-B. Auby et C. Maugué, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP*, éd. G, 1996, n° 25, doct. 3941 ; J.-C. Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 894 ; E. Delacour, « Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans », *CMP* 2003, chron. 6.

29 - CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaumand-Granges*, rec. p. 878, *AJDA*, 1999, p. 517, concl. C. Bergeal pour un traité de gérance qualifié de marché, les rémunérations proportionnelles au volume d'eau distribué constituant un prix.

30 - La quotité de recettes exigée par la jurisprudence des usagers autres que la collectivité délégante pour entraîner la qualification de DSP se situe à 30 %, cette fraction permettant de déduire de l'existence d'un aléa financier que la rémunération était substantiellement assurée par des recettes d'exploitation ou par les résultats de l'exploitation (CE, 30 juin 1999, *SMITOM*, rec. p. 229, *AJDA*, 1999 714, concl. C. Bergeal, *RFDA*, 1999, p. 1134, obs. J.-C. Douence pour un contrat qualifié par ses signataires de régie intéressée). J.-C. Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges Moderne*, 2004, p. 501. C. Milhac, *L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée du service public*, *CMP* 2006, étude 17.

Si la doctrine a parfois reproché à la jurisprudence le caractère flou de cette définition et donc du seuil entre marché public et DSP³¹, la jurisprudence n'est pas encore très abondante sur la notion de transfert du risque d'exploitation entre autorité délégante et délégataire et la définition légale de la DSP laisse une grande souplesse d'interprétation et une marge d'appréciation au juge.

Ayant pour objet d'associer le cocontractant au service public, la DSP se différencie radicalement de l'acte d'achat qui constitue le marché public. Elle exige un support contractuel et exclut en principe toute délégation par acte unilatéral³².

L'affermage³³, la régie intéressée et la gérance constituent des modes de gestion dont les appellations, antérieures aux lois de décentralisation, ne correspondent plus aujourd'hui – si elles y ont jamais correspondu – à des catégories juridiques spécifiques. L'affermage se différencie de la concession sur deux points : le fermier ne réalise pas les installations, qui sont à la charge de la collectivité³⁴, mais peut être chargé de les étendre³⁵; et, tout en supportant le risque économique de l'exploitation, il reverse une redevance fixe à la collectivité. Dans la régie intéressée, le régisseur gère le service pour le compte de la collectivité en qualité de mandataire et perçoit de celle-ci une rémunération indexée sur les résultats de l'exploitation. Affermage et régie intéressée relèvent donc de la DSP lorsque la rémunération du fermier ou du régisseur est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Le gérant percevant pour sa part une rémunération forfaitaire, éventuellement assortie d'un intéressement aux résultats, et ne supportant pas le risque d'exploitation, la gérance ne constitue pas une DSP³⁶ mais un marché de prestation de service ou un contrat de mandat.

- Au XVII^e siècle, la concession fut utilisée pour permettre le creusement du canal du Midi. Elle connaît son apogée au XIX^e siècle, époque où elle a été considérée comme le mode le plus approprié pour faire réaliser aux

31 - J.-D. Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 38 ; D. Moreau, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418 ; J.-C. Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 501 ; F. Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2003, p. 301 ; CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, requête n° 288459, *Dr. adm.*, décembre 2006, n° 185, p. 25 note A. Ménéménis. Voir aussi *Code des marchés publics commenté*, édition 2008, Dalloz, p. 705.

32 - Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État du 9 mars 1995 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 32, p. 327). Voir aussi l'avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE, 2005, p. 185. Il existe toutefois des délégations en vertu d'actes unilatéraux : c'est en particulier le cas en matière d'organisation des transports en Ile-de-France où, en vertu de l'ordonnance du 7 janvier 1959, l'inscription au plan de transport vaut délégation mais aussi en matière d'autorisation de transport de gaz (avis d'Assemblée générale du 28 septembre 1995, EDCE, 1995, n° 47, p. 402).

33 - P. Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », *AJDA*, 1996, p. 608. L'affermage se distingue de la concession par le fait que l'ouvrage est déjà construit et que le contrat ne porte que sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

34 - CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, Recueil Lebon, p. 152, *RFDA* 1987, p. 525, concl. Y. Robineau.

35 - CE, 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, rec. p. 170.

36 - Sur la gérance, voir CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, rec. tp. 878 et note 29.

risques et périls d'entrepreneurs privés, sous certaines réserves classiques (imprévision, fait du prince...), les grandes infrastructures nationales (transport ferroviaire, réseaux de communications et énergie) mais aussi pour exploiter les services publics locaux de proximité (distribution de l'eau, de l'électricité ou du gaz, éclairage public, transport urbain, halles, foires et marchés). Elle reste très employée au XX^e siècle, notamment pour la réalisation de grandes infrastructures (autoroutes, tunnels, ports et aéroports, stades, parkings...) ou la gestion de nouveaux services (enlèvement et traitement des déchets...): « *La concession connaît un grand succès en Europe, notamment dans les pays latins et dans la France de l'avant deuxième guerre mondiale, elle est célébrée pour sa souplesse* ³⁷ ».

La concession se définit comme le contrat par lequel une collectivité confie à une personne privée, à ses risques et périls, l'exécution d'un ouvrage public ou d'un service public en l'autorisant à percevoir une redevance sur les usagers de l'ouvrage ou du service³⁸ ou plus exactement depuis 1996 à se rémunérer par l'exploitation du service. Le financement par l'utilisateur – ou en toute rigueur l'exploitation du service – étant essentiel pour caractériser la concession³⁹, un contrat qui n'en prévoit pas ne peut jamais être qualifié de concession (11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, rec. p. 62). Mais le contrat de concession comporte bien d'autres caractéristiques: il est généralement conclu pour une durée très longue, afin de permettre l'amortissement de son investissement par l'exploitant⁴⁰; les biens indispensables à l'exploitation reviennent gratuitement au concédant en fin de concession de manière à assurer la continuité du service; la concession comporte des obligations de service public à la charge du concessionnaire qui peuvent entraîner le versement de compensations par le concédant; et ce dernier dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction à l'égard du concessionnaire de manière à pouvoir adapter le service rendu dans la durée (cf. 7.1.2). Le régime juridique de la concession comporte également quelques règles spécifiques, dégagées par la jurisprudence, en ce qui concerne la résiliation du contrat: sauf stipulation contraire, la résiliation unilatérale est impossible; la déchéance prononcée par l'autorité concédante peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par le concessionnaire (cf. 7.1.2.1); cette déchéance s'accompagne d'un remboursement au concessionnaire de la valeur nette des investissements.

• Il est très difficile d'obtenir des statistiques globales et fiables sur le sujet. Si l'Institut de gestion déléguée cherche actuellement à élaborer un panorama chiffré

37 - Intervention de M. Long au colloque « Service public et privatisation », Buenos Aires, 10-11-12 mai 2000.

38 - 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, GAJA, 13^e édition, n° 32, p. 187; S 17 mars 1916, concl. Chardenet, note Hauriou; Avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 14 octobre 1980, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 12, p. 149. Sur la définition de la concession, voir aussi L. Richer, *Délégation de service public: une notion difficile à cerner*, MTPB, 6 juin 1997, p. 56.

39 - Avis de la section des finances du Conseil d'État du 18 juin 1991, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 24, p. 241. Avis de l'Assemblée générale du 16 mai 2002 (*Rapport public*, p. 201) sur les concessions d'autoroutes.

40 - La loi du 29 janvier 1993 (cf. 7.2.4) a durci les règles applicables à la durée du contrat si bien que ces caractéristiques de la concession sont moins tranchées aujourd'hui.

des DSP, il constatait en 2005 qu'il n'existait pas « *de données permettant de quantifier la part de la gestion déléguée dans la gestion des services publics et a fortiori son évolution* »⁴¹.

Un des rares domaines documentés est celui de l'eau⁴². En 2004, les opérateurs privés titulaires d'une DSP ont réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 4,6 milliards d'euros dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. En moyenne, de 8 à 10 % de ces contrats donnent lieu chaque année à un changement d'opérateur. Dans 96 % des cas, l'appel d'offres a conduit en 2007, selon le BIPE, au maintien de l'opérateur en place ; dans 3 % des cas au passage de la régie à la délégation et dans 1 % des cas de la délégation à la régie. La durée moyenne des contrats signés en 2004 a été de 11,3 ans. En nombre, seul un tiers (9 000 sur 29 000 en 2004) des services de distribution d'eau et d'assainissement des eaux usées fait l'objet d'une DSP. Mais près des trois quarts des Français sont alimentés en eau par des services de distribution gérés par des entreprises.

1.2.2. Le contrat de partenariat

Introduits en France par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004⁴³, les contrats de partenariat permettent de confier aux cocontractants de l'administration une mission globale de préfinancement, construction, gestion, le cas échéant, conception et prestation d'autres services relatifs à un ouvrage ou aux équipements nécessaires à l'exercice d'une mission de service public. Ce type de contrat global, inspiré du « *Private Finance Initiative* » (PFI) britannique, a rencontré peu de succès avant 2005, notamment du fait de la mise en place début 2005 seulement de l'organisme expert dont l'intervention est nécessaire. Depuis lors, il est progressivement en train de conquérir sa place, en particulier auprès des collectivités territoriales⁴⁴, même si les opérations que ces dernières envisagent restent généralement de taille modeste.

41 - Rapport de l'Institut de gestion déléguée, *Quelle compétition pour l'amélioration du service public*, La Documentation française, juin 2005, p. 56.

42 - Rapport du BIPE et de la FP2E, « Les services collectifs d'eau et d'assainissement en France : données économiques, sociales et techniques », octobre 2006, 44 p.

43 - A. Méneménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA*, 2004, p. 1737. En réalité, des lois antérieures avaient déjà introduit ce type de contrat global pour l'édification de bâtiments destinés au service pénitentiaire (loi du 22 juin 1987 et 9 septembre 2002), à la police et à la gendarmerie (lois du 29 août 2002 de programmation pour la sécurité intérieure et des 27 janvier et 18 mars 2003).

44 - 132 projets ont fait l'objet d'une publication au *BOAMP* et la Mission d'appui aux partenariats public-privé, dont l'intervention est facultative pour les collectivités territoriales, a rendu à ce jour trente-huit avis, pour des montants variant de deux millions d'euros (système de billetterie du Château de Versailles) à trois milliards d'euros (réalisation du canal Seine-nord). 17 contrats ont été signés à ce jour. Le contrat de partenariat a également été retenu pour réaliser le viaduc de Millau ou la ligne TGV Perpignan-Figueras ou encore par la Ville de Lille pour construire son nouveau stade. Le montant cumulé des contrats signés fin 2007 approche un milliard d'euros. Ce montant n'est pas négligeable si l'on rapproche ce chiffre des statistiques anglaises relatives au PFI : à fin 2007, 620 opérations ont été conclues en vingt ans pour plus de 56 milliards de livres. La montée en puissance du contrat a été lente : 200 millions de livres en moyenne par an entre 1987 et 1995, 2 milliards entre 1996 et 2001 et 7 milliards entre 2002 et 2007.

Le mode de rémunération du titulaire du contrat est déterminé par l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance : « *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant notamment la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et le cas échéant, leur niveau de fréquentation.* » Cette rémunération, définie selon un certain nombre de critères, doit distinguer les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement de l'opération et faire apparaître les recettes annexes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer lors de la phase d'exploitation de l'ouvrage⁴⁵ ainsi que les motifs et modalités de variation de cette rémunération pendant la durée du contrat.

Le contrat de partenariat se développe essentiellement dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (voirie, transports...) et dans le domaine des systèmes d'information et des nouvelles technologies. Le contexte économique et budgétaire actuel lui semble propice du fait à la fois de besoins de financement importants dans les secteurs de la défense, de l'éducation (collèges et universités) et de la sécurité intérieure (locaux de police ou de gendarmerie et prisons), de la complexité croissante des projets et de la disponibilité de fonds privés cherchant à s'investir. Le contrat de partenariat apporte ainsi une réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique.

1.3. Recruter et gérer du personnel

Si un vif débat a agité les grands auteurs du droit public (Jèze, Hauriou, Laferrière...) au début du XX^e siècle quant à l'existence éventuelle d'un contrat au fondement du droit de la fonction publique, la jurisprudence, la doctrine et les textes se sont très tôt engagés en sens inverse. Ainsi le Tribunal des conflits juge-t-il le 27 décembre 1879 que « *le lien de fonction publique n'est en aucune mesure contractuel* ». Dans le même esprit, le Doyen Hauriou, écartant la thèse contractuelle, affirmait que « *dans la réalité des choses, l'administration et le fonctionnaire ne sont pas opposables, ils ne font qu'un* ». Dans ses considérations générales 2003 consacrées aux « Perspectives pour la fonction publique », le Conseil d'État soulignait de même que « *La fonction publique (...) ne connaît pas le contrat comme source du droit normatif du régime applicable aux agents publics. Les seuls contrats qui peuvent exister sont les contrats individuels, à titre dérogatoire au régime normal (...)* ». Malgré la force de ces propos, le contrat conquiert progressivement une place non négligeable, à la fois comme débouché de la négociation et sous la forme de contrats individuels.

45 - Cette inclusion dans le contrat permet à la collectivité de mieux négocier et d'espérer alléger à son profit le coût de l'opération.



1.3.1. La négociation dans la fonction publique

La Constitution du 27 octobre 1946 reconnaît le droit syndical aux fonctionnaires comme aux autres salariés et consacre le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁴⁶, principe qui s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle (cf. 10.1.2.1). Il se concrétise par la mise en place d'organes de concertation permettant aux salariés de s'exprimer par la voix de leurs représentants aussi bien dans le dans le secteur public (avec les comités techniques paritaires et les commissions administratives paritaires) que dans le secteur privé (avec notamment les comités d'entreprise). Dans le secteur privé, le prolongement naturel de cette concertation est la conclusion d'engagements réciproques entre partenaires placés sur un pied d'égalité et responsables, les conventions collectives. Il n'en va pas de même dans la fonction publique⁴⁷.

En effet, si prévaut à la Libération l'idée de « faire jouer à l'État un rôle moteur pour moderniser le pays, de rationaliser le mode de gestion de ses agents et de fournir à chacun d'entre eux un ensemble de garanties individuelles et collectives pour qu'ils s'engagent activement dans la reconstruction puis dans la croissance économique », l'article 4 du statut général édicté par la loi du 19 octobre 1946 confirme que « le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation légale et réglementaire ». Ses droits et obligations ainsi que ses conditions de travail découlent dès lors d'actes réglementaires unilatéraux, du statut général mais aussi de statuts particuliers de corps, obligatoirement pris par décret en Conseil d'État⁴⁸. En raison de cette situation juridique particulière, la négociation n'occupe qu'une place très limitée dans la gestion ou la fixation des règles applicables à la fonction publique : en témoigne jusqu'à nos jours l'absence de valeur juridique des accords sur lesquels il arrive qu'elle débouche (cf. 9.3.1). Elle tend cependant à s'imposer de fait puis, au fil du temps, à s'élargir.

46 - Conseil constitutionnel, décisions n° 77-79 et 77-83 DC des 5 et 20 juillet 1977 et bien d'autres ultérieurement. Il recouvre pour les salariés du secteur privé les principales modalités suivantes : une concertation appropriée, par exemple en cas de licenciement, la négociation collective et la conclusion de conventions collectives.

47 - Après avoir dénié toute valeur juridique à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'État l'a finalement admise (CE, 8 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et hauts fonctionnaires de la police*, RDP 1987, p. 250), en précisant toutefois que « les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent ». Le Conseil constitutionnel semble imposer une concertation avec les syndicats en amont de l'édition de la règle de droit pour les textes qui déterminent les conditions de travail des fonctionnaires (décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977).

48 - Il en résulte, au-delà de la fonction publique *stricto sensu*, qu'une convention conclue entre la CNAMTS et les organisations syndicales ne peut pas légalement définir les conditions de cessation anticipée d'activité des praticiens conseils du contrôle médical alors même que leur décret statutaire ne comporte aucune disposition en cette matière (CE, *Profumo*, 28 juillet 1999, requête n° 188060, p. 1032). Une solution identique a été retenue pour un accord collectif ayant institué à l'ANPE, établissement public administratif dont le personnel est placé dans une situation réglementaire ou statutaire, un régime complémentaire de retraite et de prévoyance (*Union des syndicats des affaires sociales CGT*, 11 décembre 1996, requête n° 130743, p. 677).

La négociation salariale a fait l'objet d'une forme de reconnaissance dans le droit de la fonction publique à la faveur du « protocole Oudinot » du 2 juin 1968, l'équivalent symbolique des « accords de Grenelle » pour le secteur privé. Un premier accord est signé en octobre 1969 qui prévoit le reclassement des fonctionnaires des catégories C et D⁴⁹. La consécration législative de la négociation sur les rémunérations et les conditions de travail figure à l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 : « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ».

Si la concertation⁵⁰ continue à l'emporter dans les autres domaines, la négociation salariale est depuis lors devenue une pratique courante dans la fonction publique, en particulier à l'échelon interministériel, même si ses résultats sont limités depuis une dizaine d'années (cf. 7.4.2.2).

Malgré les limitations imposées par la loi de 1983, la négociation s'est progressivement étendue en dehors du seul domaine des rémunérations grâce à l'accord-cadre interministériel de 1989 sur la formation continue, puis aux accords Durafour du 9 février 1990 portant sur la refonte de la grille indiciaire, étendant du même coup son champ à l'échelon ministériel⁵¹. Un accord a ensuite été conclu le 28 juillet 1994 sur l'hygiène et la sécurité puis trois accords signés en 1996 ont à nouveau porté sur la formation continue (accord du 22 février 1996), sur la résorption de l'emploi précaire (accord du 14 mai 1996) et sur le départ anticipé pour l'emploi des jeunes dans la fonction publique (accord du 16 juillet 1996). Plus récemment, le ministre de la fonction publique a signé une série de protocoles d'accords avec plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires, ouvrant ainsi de nouveaux champs à la négociation collective dans la fonction publique d'État : il s'agit des protocoles d'accord du 25 janvier 2006 relatifs d'une part à la promotion professionnelle et à l'amélioration des carrières et d'autre part à l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique, et du protocole d'accord du 21 novembre 2006 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie, dit « protocole Jacob ».

Le droit communautaire n'est pas neutre dans ce processus car il tend à promouvoir y compris dans la fonction publique l'accord à valeur juridique. Ainsi une directive de la Commission peut-elle rendre applicable des accords conclus au niveau européen entre partenaires sociaux dans toute la Communauté ; ceux-ci

49 - Pour un bilan des accords signés en 1970 et 1971, voir André Lebon, « Les principaux accords salariaux signés en 1970 et 1971 dans les secteurs public et nationalisé », *Dr. Soc.*, 1971, n° 7-8 p. 441 et suiv.

50 - En droit administratif, la concertation précède souvent un acte unilatéral tandis que la négociation précède en général un contrat et marque sa spécificité procédurale. La distinction entre concertation et négociation fait l'objet de développements spécifiques au point 7.2.1. Pour un commentaire complet sur la distinction entre concertation et négociation dans le domaine particulier de la fonction publique, voir Y. Saint-Jours, « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. Soc.*, avril 1975, p. 227 et suiv.

51 - Voir par exemple le protocole d'accord triennal signé le 17 mars 2004 entre le ministère de l'équipement, du logement, des transports et de la mer, et la majorité des organisations syndicales représentatives des personnels de la direction générale de l'aviation civile.

peuvent concerner des agents du secteur public comme des salariés du secteur privé⁵²; la Commission a déjà fait usage de cette prérogative.

Les efforts notables pour revaloriser la place de la négociation collective qui ont été accomplis récemment dans le secteur privé, notamment au travers de la loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵³, prenant elle-même exemple sur le modèle européen de la négociation collective (cf. 8.1.1), n'ont pas concerné la fonction publique. C'est ainsi que la loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique s'est bornée à transcrire les acquis du « protocole Jacob » dans la loi.

L'état du droit et les pratiques en vigueur reflètent en définitive un consensus implicite: eu égard à la situation statutaire des fonctionnaires, la négociation collective demeure sensiblement moins avancée dans le secteur public (cf. 2.1) que dans le secteur privé. Dans la fonction publique de l'État (FPE), le principe de participation continue à se traduire surtout par la consultation ou la concertation au sein des instances paritaires (comités techniques paritaires ou Conseil supérieur de la fonction publique de l'État auquel sont soumis tous les grands projets de réforme de la fonction publique)⁵⁴. Ceci peut expliquer que des innovations relatives aux droits des agents dans la FPE, comme le droit individuel à la formation, ne reprennent qu'avec retard celles du secteur privé⁵⁵.

Si la place occupée par la négociation dans la FPE⁵⁶ et son environnement immédiat demeure donc encore modeste, quoique grandissante, elle se développe plus rapidement au sein de la fonction publique territoriale (FPT) et de la fonction publique hospitalière (FPH). Les grands employeurs y mènent des négociations au contenu plus large que dans la FPE, même si celles-ci restent très encadrées par les contraintes statutaires: il n'est pas rare, dans les très grandes collectivités, d'y débattre des rémunérations et de leur évolution en masse, des conditions de travail, de l'évolution des effectifs à moyen terme et des qua-

52 - *AJDA*, 19 mai 2003, p. 991.

53 - *Journal officiel* du 1^{er} février 2007, p. 1944.

54 - Le rapport Chertier de 2006 (cf. 8.3) comporte un passage « Faire évoluer le dialogue social dans la fonction publique » qui renvoie pour l'essentiel au Livre blanc de 2002.

55 - Le « protocole Jacob » reprend pour l'essentiel, avec trois ans de retard, le contenu de l'accord sur la formation professionnelle tout au long de la vie conclu dans le secteur privé (cf. 8.2.1).

56 - Cette place aurait pu être plus importante si, par exemple, la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La Poste et des Télécommunications et la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise France Telecom avaient été plus souples. Le Conseil d'État a interprété ces textes à la fin des années 1990 selon sa jurisprudence traditionnelle, interdisant au contrat d'intervenir dans le champ des mesures relevant des statuts particuliers (*Association syndicale des cadres supérieurs et ingénieurs aux télécommunications, Fédération syndicale Sud des PTT*, 8 février 1999, rec. p. 23). La rédaction de l'article 5 de la loi du 26 juillet 1996 réservait en effet le régime des conventions collectives aux seuls agents contractuels et la jurisprudence des sections administratives du Conseil d'État relative au maintien du statut de fonctionnaire dans une SA se prêtait mal à une extension du domaine ouvert à l'accord (avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État du 18 novembre 1993, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, 2002, n° 30, p. 305; avis du 26 septembre 1995, *AJDA*, 1996, p. 468, obs. S. Salon). En sens inverse, des dispositions particulières, telles l'article L. 1222-7 du code de la santé publique, ont pu prévoir que les conditions d'emploi des personnels régis par le code du travail seraient fixées par une convention collective de travail (CE, 23 avril 2007, requête n° 285222 pour l'*Établissement français du sang*, établissement public de l'État).

fications, de la formation et même, dans les hôpitaux, du projet social. La proximité entre employeur et salariés au sein de la FPT et la FPH et la moindre conflictualité facilitent sans doute une approche plus globale de la négociation. L'information sur ces pratiques de terrain demeurant limitée, l'État gagnerait à les observer de plus près pour mieux en apprécier les avantages et les limites.

1.3.2. *Les contrats individuels*

Si le principe fermement établi demeure que les emplois permanents sont tous occupés par des fonctionnaires placés dans une situation légale et réglementaire, l'administration a, de fait, toujours eu recours au contrat pour recruter une partie de ses agents⁵⁷. Le pourcentage de non titulaires dans l'administration fluctue autour de 15 % : cette proportion est stable dans la fonction publique d'État (autour de 10 %), en baisse dans la fonction publique territoriale (autour de 17 %) et en hausse très marquée dans la fonction publique hospitalière (autour de 13 %)⁵⁸.

Ces contrats prennent des formes variées : contrat à durée déterminée (CDD) ou indéterminée (CDI) de droit public ou plus rarement de droit privé, vacations, contrats aidés etc. La gamme en est devenue extrêmement vaste⁵⁹, surtout avec la multiplication des formules de contrats aidés réservées au secteur public⁶⁰. Il existe aussi un contrat d'apprentissage propre au secteur public qui, à la différence du parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État (PACTE), n'ouvre pas droit à titularisation. Il arrive même à l'État de créer pour son propre usage des types de contrat spécifiques : par exemple des contrats à durée déterminée de cinq ans ont été autorisés par la loi n° 99-894 du 22 octobre 1999 portant organisation de la réserve militaire et du service de défense pour

57 - On compte environ 890 000 non titulaires sur les 5,3 millions d'agents des trois fonctions publiques.

58 - L'emploi d'agents non titulaires dans la fonction publique hospitalière a connu une hausse de 97 % entre le 31 décembre 1994 et le 31 décembre 2004 (cf. Rapport annuel fonction publique 2005-2006, *Faits et chiffres*, p. 56).

59 - Sur ce point aussi, le secteur public réplique ce qui se passe dans le secteur privé, en particulier la multiplication des contrats aidés. La fonction publique d'État comptait 124 000 titulaires de contrats aidés en 2006.

60 - Le parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État (PACTE), créé par l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 a ainsi ouvert la possibilité à des jeunes de 16 à 25 ans sans qualification d'être titularisés dans un corps ou cadre d'emplois de catégorie C. Le CAE (contrat d'accompagnement dans l'emploi), créé par la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 en remplacement des contrats emploi-solidarité (CES) et des contrats emploi consolidé (CEC), permet à toute personne rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles d'accéder à un emploi dans le secteur non marchand (collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public ; organismes de droit privé à but non lucratif comme les associations et personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public comme les caisses de sécurité sociale ; organismes conventionnés par l'État au titre de l'insertion par l'activité économique et développant des activités d'utilité sociale). La loi de cohésion sociale a aussi institué le contrat d'avenir, également réservé au secteur non marchand, qui s'adresse aux bénéficiaires de l'allocation de revenu minimum d'insertion (RMI), de l'allocation de solidarité spécifique (ASS), de l'allocation de parent isolé (API) ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH), sans condition d'ancienneté. Il s'agit d'un contrat de travail de droit privé à durée déterminée et à temps partiel. La durée hebdomadaire du travail des personnes embauchées en vertu d'un contrat d'avenir est fixée à 26 heures, éventuellement 20 à 26 heures lorsque l'embauche est réalisée par un employeur conventionné au titre de l'article L. 322-4-16-8 du code du travail (ateliers et chantiers d'insertion) ou par une association de services à la personne visée à l'article L. 129-1 du code du travail.

recruter des engagés dans les forces armées⁶¹, alors que la limite supérieure du CDD a toujours été fixée pour le secteur privé entre dix-huit mois et deux ans, selon les époques. Dans le même sens, la liste des établissements publics autorisés par décret à recruter des contractuels augmente⁶² et la plupart des statuts des nouveaux établissements publics prévoient cette possibilité.

L'existence de nombreux agents publics sous contrat, pour des durées variables, pose inévitablement la question de l'organisation de leur parcours professionnel et de son aboutissement : rupture du lien avec le service public en fin de contrat, intégration dans la fonction publique à la faveur de concours ou de vastes opérations de titularisation⁶³, organisation d'une « carrière » sous un statut de contractuel⁶⁴. Cette dernière a longtemps reposé sur des quasi-statuts, élaborés par décret dans les années 1970, comme pour les titulaires : quand l'État a voulu organiser la carrière des contractuels, il a mis au point des grilles qui ressemblent aux grilles statutaires et les a entérinées par décret. Le décret n° 2007-338 du 12 mars 2007 vient de modifier le décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'État, en instituant pour eux non pas une grille d'évolution des rémunérations, mais une procédure de révision triennale de la rémunération, après entretien d'évaluation, avec intervention facultative d'une commission consultative paritaire⁶⁵.

Une nouveauté, dont on n'a pas encore mesuré toutes les conséquences à long terme, découle des articles 12 à 19 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 qui prévoient les modalités de reconduction des CDD en CDI au terme d'une période de 6 ans⁶⁶ de la directive 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 dont la portée ne se limite pas au secteur privé.

61 - Les armées, professionnalisées, emploient désormais un nombre élevé de contractuels : 100 % des hommes du rang, 33 % des sous-officiers et 25 % des officiers servent sous ce statut et font des carrières courtes, de quinze ans au plus. Les armées ont donc mis au point au profit des contractuels des politiques de recrutement et de reconversion, nettement plus avancées que celles de la fonction publique civile.

62 - La préparation du rapprochement entre l'ANPE et l'Unedic a fait apparaître que l'ANPE employait 22,6 % de ses effectifs en emplois « précaires » (CDD surtout, emplois aidés et emplois temporaires).

63 - Périodiquement, des concours de titularisation sont ouverts dans le cadre de plans de résorption de l'emploi précaire. On a mentionné plus haut l'accord du 14 mai 1996 sur ce sujet. La loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 a également prévu l'ouverture de concours réservés ou d'examens professionnels pendant cinq ans ainsi que des recrutements sans concours pour l'accès à certains corps.

64 - La question du déroulement de la carrière n'est évidemment pas la seule à se poser. Celle de la participation des intéressés à la négociation collective ou à la détermination de leurs conditions de travail se pose aussi. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il jugé, en application de la directive du Conseil n° 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que les agents non titulaires et les agents de droit privé devaient participer à l'élection des représentants aux comités techniques paritaires des collectivités locales et de leurs établissements publics (CE, 10 juillet 2002, *Fédération CFDT INTERCO*, requête n° 232034, rec. p. 269).

65 - Pour un commentaire complet de toutes les dispositions récentes relatives au recrutement et à la carrière des non titulaires, voir la circulaire BB n° 1262 du 26 novembre 2007, www.fonction-publique.gouv.fr

66 - M. Pochard, « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *AJDA*, 2005, 401. D. Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 35, 29 août 2005, p. 1306.

Au total, la fonction publique française, en théorie composée exclusivement de fonctionnaires, et à titre dérogatoire de contractuels recrutés pour une durée limitée, s'éloigne de ce modèle théorique. Elle comporte maintenant des CDI de droit public et même de droit privé, dont la gestion reste à organiser, selon une logique dont il reste à préciser jusqu'à quel point elle sera différente de celle prévalant pour la gestion des fonctionnaires.

1.4. Piloter l'action administrative

Le recours au support contractuel pour le pilotage de l'action administrative s'est développé en lien avec la thématique de la réforme⁶⁷ et de la modernisation de l'État, promue par les institutions financières internationales auprès des pays en développement dans le cadre des politiques d'ajustement structurel. Sous leur impulsion, prévaut depuis les années 1980, sous le terme de « consensus de Washington », l'idée qu'il faut redéfinir la place de l'État, privatiser les services publics dont la gestion peut être confiée au marché ou externaliser leur gestion et rendre les services publics plus efficaces et plus productifs. L'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) promeut aussi ce modèle, qui a également été mis en œuvre par l'Union européenne avec l'achèvement du marché intérieur. Son écho a été moindre en France. Malgré cela, le contrat est de plus en plus largement utilisé pour tenter de moderniser le secteur public.

1.4.1. La nouvelle gestion publique et la LOLF

La littérature relative à la réforme de l'État (« *new public management* ») incite à le réorganiser en distinguant clairement les instances de décision et d'exécution. Des « agences » sont à ce dernier titre chargées d'exécuter un pan des politiques publiques⁶⁸. Dotées de moyens dont elles sont pleinement responsables, elles rendent compte de leurs performances, mesurées par rapport à la réalisation d'objectifs fixés ou négociés préalablement avec l'instance de décision et résumées par des indicateurs dits de performance. Une centaine d'agences ont vu le jour en France comme l'Agence française du médicament en 1993 ou l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) en 1999. Ces agences ne constituent pas une nouvelle catégorie d'organes administratifs mais se rattachent toutes à une forme juridique préexistante (établissement public, groupe-ment d'intérêts public ou GIP, autorité administrative indépendante ou service identifié au sein d'une administration). La qualification d'agence désigne ainsi des entités juridiques de statut varié mais bénéficiant de garanties d'autonomie et/ou d'indépendance et de financement dans des domaines généralement

67 - C. Pollitt et G. Bouckaert, *Public Management Reform. A comparative analysis*, Oxford University Press, 2000.

68 - En principe, une agence ne participe pas à la définition d'une politique publique et se borne à la mettre en œuvre dans un domaine facilement sécable ou identifiable. Elle n'est pas nécessairement dotée de la personnalité morale ce qui, en l'état de notre droit, l'empêche de contracter valablement. Focalisée sur l'atteinte d'objectifs précisément fixés, elle est en revanche pleinement responsable de l'utilisation de ses moyens.

spécifiques ou sensibles, la sécurité sanitaire par exemple. Certaines assurent une fonction de pilotage et de mise en cohérence des acteurs dans un secteur, comme l'Agence du médicament ou l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), ou dans une zone géographique donnée, comme les agences régionales de l'hospitalisation (cf. 2.2.2). D'autres sont chargées de la prévention des risques, comme l'Institut de la veille sanitaire. Leurs agents sont plus fréquemment des contractuels (cf. 1. 3.2) que des fonctionnaires sous statut⁶⁹.

Le contrat de performance ou d'objectifs et de moyens⁷⁰ fait simultanément son apparition comme outil de management public⁷¹. Il veut favoriser la responsabilisation des agents et de leurs chefs, la meilleure utilisation des ressources publiques (obtenir le meilleur service au moindre coût⁷²) et la transparence sur les politiques publiques. Les objectifs assignés aux services, établissements ou agences sont ensuite répercutés sur les agents, sur les cocontractants, les fournisseurs, les partenaires ou les usagers du service. À l'image de l'entreprise, l'organisme public devient un « nœud de contrats » : son mode d'action privilégié consiste à nouer et à gérer des contrats ou des engagements. La réforme de l'État par décret s'enrichit de sa réforme par contrat.

Le contrat de performance s'est développé en France à partir du programme de renouveau du service public, organisé par la circulaire du Premier ministre en date du 23 février 1989, et de l'identification de centres de responsabilité. La circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics introduit la notion de « contrat de service ». Des projets de service, mentionnant à la fois les objectifs et les moyens des divers services de l'administration, sont définis dans des contrats signés entre l'administration centrale et les services déconcentrés, par exemple au sein

69 - À titre d'exemple, l'ARCEP comptait 67 fonctionnaires et 101 contractuels fin 2005, 66 fonctionnaires et 97 contractuels fin 2006, ce qui donne 60 % environ de contractuels. De même le Conseil de la concurrence ne fonctionne que grâce à des agents contractuels, certains étant, il est vrai, des fonctionnaires détachés sur des emplois de contractuel.

70 - Il prend des dénominations variées. Par exemple l'État a signé avec l'ANPE trois contrats de progrès entre 1990 et 2003. Les contrats, signés avec l'AFPA et l'ANPE, sont prévus à l'article L. 910-1 du code du travail.

71 - Dans leur ouvrage *État d'urgence, réformer ou abdiquer : le choix français* (Robert Laffont, 2005), R. Fauroux et B. Spitz relie d'ailleurs plusieurs des aspects déjà rencontrés : « *Il faut préconiser des structures de gestion simplifiées, les recours aux contrats d'objectifs, un pilotage stratégique par l'État dirigé sur le long terme et un dialogue social modernisé* ». Bien d'autres avant eux s'étaient penchés sur cette question du management public, S. Rials et M. Crozier notamment.

72 - Le contrat de partenariat prévu par l'ordonnance du 17 juin 2004 (cf. 1.2.2) s'inscrit clairement dans cette logique de performance. La personne publique contractante en contrôle l'exécution après avoir fixé des indicateurs objectifs permettant de mesurer les performances techniques et/ou de fréquentation.

du ministère de l'équipement⁷³. A partir de mai 1996 les contrats de service accordent une plus grande autonomie de gestion budgétaire aux services déconcentrés, sous forme d'une enveloppe globale de fonctionnement négociée avec l'administration centrale et au sein de laquelle des arbitrages sont possibles.

La loi organique relative aux lois de finances (LOLF), votée en 2001 et appliquée depuis 2006, place la recherche de la performance au cœur de la gestion budgétaire. Selon ses dispositions, chaque responsable de programme est chargé d'atteindre les objectifs fixés dans la loi de finances et déclinés en indicateurs de performance. Il dispose, pour les atteindre, d'une liberté de gestion des moyens qui lui sont affectés. La LOLF reprend ainsi à son compte le vocabulaire contractuel, sans en retenir la forme : la responsabilisation sur des objectifs et des engagements négociés ; l'autonomie dans la gestion des moyens ; l'évaluation de la performance au moyen d'indicateurs qui peuvent également être utilisés pour déterminer la rémunération des agents.

La LOLF possède une forte puissance de contagion : la signature d'un contrat de performance englobant un ou plusieurs programmes appelle en cascade la signature de chartes de gestion aux niveaux inférieurs d'exécution de ces programmes : budgets opérationnels de programme (BOP) et unités opérationnelles (UO). Même si ces chartes de gestion répondent davantage à une approche unilatérale qu'à une démarche contractuelle, les spécialistes des finances publiques n'excluent pas de les voir revêtir à l'avenir un caractère contractuel plus affirmé.

1.4.2. Les contrats de performance du ministère de l'économie et des finances

Les huit « contrats de performance » signés par les directeurs généraux de trois ministères (économie et finances, équipement et affaires étrangères) avec le ministère du budget déclinent cette politique de recherche de gains de performance et de productivité. Ceux qui ont été signés en juillet 2006 par toutes les grandes directions du ministère de l'économie et des finances prévoient trois séries d'objectifs en matière de modernisation, de productivité et de maîtrise des coûts, et d'ambition sociale. Chaque objectif y est brièvement décrit et le

73 - Au même moment, l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 introduit, à l'article L. 714-26-1 du code de la santé publique, la possibilité pour tout hôpital d'identifier des centres de responsabilité et de mettre en place des procédures de contractualisation interne. Les centres de responsabilité bénéficient d'une délégation de gestion de la part du directeur. Et la délégation de gestion fait l'objet d'un contrat négocié par le responsable du centre avec le directeur, contrat qui comporte notamment des indicateurs de suivi, les modalités d'intéressement du centre aux résultats et les conséquences de l'inexécution du contrat.

Le Président de la République s'est clairement inscrit dans cette filiation en déclarant à Bordeaux le 16 octobre 2007 : « *La révolution du contrat, ensuite. L'autonomie de gestion de l'hôpital doit s'appuyer sur le contrat. Le contrat est au service de la qualité et de la performance. Je souhaite que la pratique du contrat entre l'agence régionale de l'hospitalisation, l'ARH, et l'établissement soit systématique pour que chacun sache ce qu'il a à faire. Le contrat doit fixer des objectifs clairs, négociés, chiffrés, communicables, avec un échéancier précis et, oserais-je le dire, des sanctions positives et négatives (...)* Le contrat ARH-établissement doit être décliné dans les contrats conclus entre le directeur et les praticiens hospitaliers, à commencer par les responsables de pôle. Il est indispensable qu'il y ait une cohérence entre les engagements pris par l'établissement à l'égard de l'ARH et les engagements pris par chaque praticien hospitalier vis-à-vis du directeur et du président de la commission médicale d'établissement ».

plus souvent chiffré. Les gains de productivité et réductions d'effectifs attendus ou recherchés sont également quantifiés avec des contreparties non chiffrées en termes de garanties de maintien de la rémunération en cas de réforme, de primes d'intéressement aux résultats, de mesures catégorielles et de meilleures perspectives de formation et de promotion. Ces documents, s'ils sont baptisés « contrat », n'en revêtent pas la forme et n'en présentent pas les caractéristiques habituelles : on y chercherait par exemple en vain la formulation d'un engagement ferme du ministère du budget en dehors d'une première indication de tendance sur le niveau des ressources budgétaires des années 2 et 3. Bref, il s'agit plutôt d'entériner des objectifs de gestion à moyen terme imposés lors des conférences budgétaires ou d'un relevé de conclusions de décisions prises par le ministère du budget après négociation avec les intéressés puis estampillées « contrat de performance ». Le contrat se résume ici à un programme d'actions qu'une administration s'engage unilatéralement à exécuter, espérant recevoir en contrepartie un traitement budgétaire plus favorable.

1.4.3. Les contrats d'objectifs et de moyens de la juridiction administrative

Faisant face à une situation d'engorgement du prétoire, la juridiction administrative a recouru au contrat d'objectifs et de moyens pour permettre aux sept cours administratives d'appel (CAA) récemment créées de sortir d'une situation critique et très préoccupante⁷⁴. Ces « contrats » ont été la modalité choisie par le Conseil d'État pour mettre en œuvre au sein de la juridiction administrative la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 qui prévoyait l'attribution d'effectifs supplémentaires en magistrats (une centaine), agents de greffe (cent trente) et assistants de justice ainsi que de locaux et moyens informatiques. Inséparables d'une certaine garantie ou visibilité sur l'ampleur des ressources à moyen terme, leur durée (2003-2007) a été volontairement calée sur celle de la programmation. Cette première génération de contrats, négociée entre juillet et novembre 2002, poursuivait une ambition quantitative : permettre aux CAA de juger deux fois plus d'affaires (26 000 en 2007 contre 14 200 en 2002) et réduire par voie de conséquence leurs stocks et leurs délais de jugement qu'on espérait voir ramenés entre un an et un an et demi fin 2007. Ce résultat a été atteint à la faveur d'une réforme de procédure⁷⁵ et d'une augmentation du nombre de magistrats d'un peu plus de 50 %, légèrement inférieure à ce qui était prévu (le taux d'exécution de la loi de programmation a été en moyenne de 70 % pour la juridiction administrative) et d'agents de greffe. Le nombre des affaires jugées est passé de 14 200 à 25 700 par an et le délai moyen de jugement est revenu de 34 mois en 2002 à treize mois fin 2007.

74 - Leur délai moyen de jugement était passé de un an et deux mois en 1992 à plus de trois ans en 2001 et, à moyens constants et sans action corrective, aurait atteint cinq ans et trois mois en 2007. Des délais évidemment incompatibles avec le délai raisonnable de jugement imposé en particulier par la CEDH et susceptibles d'engager à ce titre la responsabilité financière de l'État (CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Magiera*, rec. p. 248, concl. F. Lamy).

75 - Cette réforme a consisté à substituer aux appels dirigés contre des jugements de tribunaux administratifs des recours en cassation devant le Conseil d'État, allégeant d'autant la charge de ces dernières.

Ces «contrats» ont eu un effet mobilisateur indéniable sur les cours, à plusieurs titres. Psychologiquement tout d'abord ; signer un contrat c'est reconnaître en termes symboliques l'importance d'un service ou d'une mission : « *on s'intéresse à nous, on compte, on s'occupe de nous et de nos difficultés, on nous demande notre avis sur ce qu'il convient de faire* ». Sur le plan de l'organisation et de la gestion surtout. Car l'existence d'une négociation préalable sur les objectifs et les moyens a obligé les cours à procéder à un bilan d'entrée ou à une autoévaluation, à une analyse d'ensemble de leur fonctionnement au-delà de la dispersion des augmentations budgétaires annuelles, à identifier les pistes d'amélioration de la productivité et les priorités, à vérifier les cohérences internes dans l'affectation des moyens (par exemple entre magistrats et greffes), ensuite à se référer en permanence aux indicateurs de gestion. Les cours reconnaissent être entrées dans une « culture du résultat » à la faveur de ces contrats qui ont aussi eu le mérite de décloisonner, d'objectiver et de globaliser le dialogue de gestion entre les cours et le Conseil d'État.

Si l'apport des contrats de performance ou d'objectifs et de moyens est généralement reconnu, de nombreuses questions sont soulevées sur leur nature juridique (cf. 7.1.1 et 7.4.1.1) et par voie de conséquence sur la place qu'il convient de leur réserver à l'avenir (cf. 13.2.2.2).

1.5. Expérimenter de nouvelles normes et moderniser les politiques publiques

Décrite comme « *une procédure de mise au point sur un échantillon* » qui constitue « *la première phase opératoire dont la fonction demeure limitée et dont l'objet est de faire l'économie des inconvénients inhérents à l'application immédiate de mesures généralisées* »⁷⁶, la démarche expérimentale a progressivement acquis droit de cité. L'expérimentation constitue une des voies pour tester, au plan national ou local, à une échelle réduite mais en vraie grandeur et avec le support d'un outil d'évaluation scientifique, des législations nouvelles ou des inflexions dans les politiques publiques, avant de généraliser les réformes. **Expérimentation et contrat entretiennent des liens étroits.**

1.5.1. Avant la réforme constitutionnelle de 2003

L'expérimentation issue d'un texte législatif est apparue à la fin des années cinquante, initialement avec la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 relative à l'enseignement privé⁷⁷.

La loi n° 82-689 du 4 août 1982 a introduit dans le code du travail des dispositions relatives au droit d'expression des salariés dans l'entreprise pour une période expérimentale de trois ans.

76 - J. Boulouis, « Note sur l'utilisation de la "méthode expérimentale" en matière de réformes », *Mélanges Trotabas*, LGDJ, 1970.

77 - Cette loi instituait un régime contractuel dans lequel le contrat simple, l'un des trois types de contrats proposés, faisait l'objet d'une expérimentation pendant neuf ans (cf. 5.1.1). Selon J. Chevallier, elle serait la première expérimentation issue d'un texte législatif et non plus d'une simple initiative de l'administration (J. Chevallier, « Les lois expérimentales. Le cas français », in C.-A. Morand (dir.), J.-L. Bergel (préf.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires Aix-Marseille, 1993, p. 125).

Des expérimentations de caractère médical et social ont également été autorisées par voie législative dès 1985. La loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière a notamment introduit dans le code de la santé publique une section «expérimentations»⁷⁸. Ont ainsi été institués des régimes expérimentaux pour l'autorisation d'installations d'équipements matériels lourds dans une ou plusieurs régions sanitaires pendant une période limitée à trois ans⁷⁹ et une tarification hospitalière par objectifs et pathologies durant cinq ans.

L'article 38 de la loi n°94-637 du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale a ouvert la possibilité aux départements et aux organismes sociaux de conclure des conventions afin de mettre en place de nouvelles prestations. La loi n°97-60 du 24 janvier 1997 relative à la prestation spécifique de dépendance (PSD) en a usé de même. Elle a prévu que des conventions seraient conclues entre certains départements, des organismes de sécurité sociale et, éventuellement, d'autres collectivités territoriales qui définiraient, dans le cadre d'un cahier des charges établi au plan national par le ministre chargé des affaires sociales, les conditions de la mise en œuvre des dispositifs expérimentaux d'aide aux personnes âgées dépendantes⁸⁰.

Dans un autre registre, la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a utilisé l'expérimentation pour confier aux régions de nouvelles compétences en matière de développement des ports maritimes, des aéroports et du patrimoine culturel. Les régions candidates à l'expérimentation ont ainsi passé des conventions avec l'État sur les modalités de transfert, avant l'établissement d'un rapport d'évaluation.

1.5.2. Après la réforme constitutionnelle

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a organisé deux types d'expérimentations : en matière de répartition des compétences d'une part et de règles de fond d'autre part⁸¹.

78 - Section 1 « Expérimentations » du chapitre 6 intitulé « Expérimentation » (articles L. 716-1 et L. 716-2 du code).

79 - La mise en œuvre de l'expérimentation était subordonnée à la conclusion entre le demandeur de l'autorisation, le représentant de l'État et les caisses régionales d'assurance maladie d'un contrat fixant les modalités particulières d'exploitation et de tarification des équipements.

80 - Cette tradition d'expérimentation en matière de sécurité sociale s'est poursuivie après la réforme constitutionnelle de 2003. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 prévoit ainsi, dans son article 44, que les expérimentations intéressant les nouveaux modes de rémunération des professionnels de santé ou de financement des établissements de santé conduites par les missions régionales de santé font l'objet de conventions conclues entre leurs directeurs, les professionnels et les établissements volontaires.

81 - Le quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution permet aux collectivités territoriales d'expérimenter en matière de transferts de compétence. La loi organique du 1^{er} août 2003 a précisé le régime juridique de ce type d'expérimentation. Par ailleurs, le nouvel article 37-1 de la Constitution confirme la possibilité d'introduire dans la loi des dispositions de caractère expérimental dérogeant au principe d'égalité. Leur régime a été défini par la décision du Conseil constitutionnel n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 rendue à propos de la loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel. Cette expérimentation doit être de nature à permettre, au vu de ses résultats, une généralisation.

Dans ce nouveau contexte, plusieurs rapports⁸² et ouvrages⁸³ ont suggéré de recourir davantage à la technique expérimentale dans le champ des politiques sociales, et notamment de la lutte contre la pauvreté et les exclusions (cf. 2.3). Une délégation interministérielle à l'innovation, à l'expérimentation sociale et à l'économie sociale a été créée⁸⁴. Des initiatives privées ont également été mises en place avec le soutien financier des pouvoirs publics, comme l'association «solidarités actives», créée à la suite du rapport «Au possible nous sommes tenus» rendu en avril 2005 par la commission «familles, vulnérabilité, pauvreté», qui a fait du développement des expérimentations son objet social. L'École d'économie de Paris, qui a vu le jour en 2006, en fait un axe pédagogique.

De ce fait, l'expérimentation sociale se développe dans notre pays, avec un certain décalage par rapport aux démocraties anglo-saxonnes qui ont mis en place, depuis le milieu des années 1960, un réseau dense de porteurs de projets expérimentaux et d'organismes d'évaluation : la *Rand corporation*, l'*Urban Institute*, le *Mathematica Policy Research*, la *Manpower Demonstration Research Corporation*, l'*Institute for Fiscal Studies (R-U)*, l'*Institute for Research on Poverty* figurent parmi les plus connus⁸⁵.

C'est ainsi qu'ont démarré en 2006, sur le fondement de l'article 72 de la Constitution, une expérimentation sur le contrat de transition professionnelle dans sept bassins d'emploi ainsi qu'une expérimentation sur la simplification des contrats aidés et le revenu de solidarité active (RSA), étendue en 2007, l'une des propositions figurant dans le rapport déjà mentionné d'avril 2005 et s'inscrivant dans la politique de lutte contre la pauvreté.

L'État s'est engagé à couvrir, d'une part, la moitié des frais occasionnés aux départements par l'expérimentation du RSA-RMI, d'autre part une partie des coûts d'animation et de mise en œuvre opérationnelle de l'expérimentation RSA-API (allocation de parent isolé). La mobilisation de ce soutien financier passe par une convention entre l'État et les collectivités territoriales intéressées, dans laquelle chaque département décrit les modalités d'organisation concrètes de l'expérimentation⁸⁶ ainsi que les moyens spécifiques engagés pour la conduire. Les engagements pris par l'État portent aussi sur la mise à disposition de services, de moyens statistiques ou de personnels pour accompagner l'expérimentation. La convention sert en définitive à se mettre d'accord sur le contenu et les contours précis de l'expérimentation, à combiner des financements et à cadrer les obligations du bénéficiaire de la nouvelle prestation objet de l'expérimentation.

82 - Commission familles, vulnérabilité, pauvreté, « *Au possible nous sommes tenus* », rapport au ministre de la santé, avril 2005, voir la résolution 13 proposant la création d'une Agence nationale de l'expérimentation sociale.

83 - J.-B. de Foucauld, D. Piveteau, *Une société en quête de sens*, Odile Jacob, 1994.

84 - Décret du 13 février 2006.

85 - Sur ce développement et ce marché, voir D. Greenberg, M. Schroder, et M. Onstott, « The Social experiment market », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n° 3, Summer 1999, p. 157-172.

86 - Il s'agit surtout de détailler l'expérimentation au plan technique, budgétaire et de l'évaluation scientifique mais aussi les moyens dédiés à l'expérimentation.

2. Le contrat en droit social

Dans le domaine social, le contrat a toujours tenu une place importante, en droit du travail d'abord car ce droit est en grande partie négocié entre partenaires sociaux à telle enseigne que, le plus souvent, aucune personne publique n'est partie à ces contrats et qu'on pourrait s'interroger sur la place de tels développements dans une réflexion consacrée au contrat comme mode d'action publique. Mais la puissance publique y est en réalité présente à plus d'un titre (cf. 7.4.1.1 *in fine*). D'autres champs comme l'organisation de la sécurité sociale ou l'action sociale réservent également aujourd'hui une place de plus en plus large au contrat, avec toutefois une logique et une approche différentes.

2.1. Relations du travail

La convention collective joue depuis la loi du 25 mars 1919 un rôle important en droit du travail. À l'origine, elle ne lie que les entreprises signataires. La loi du 24 juin 1936 introduit la procédure d'extension de la convention à toutes les entreprises d'une même branche ou profession par le ministre du travail (cf. 9.3.3) et impose un contenu minimum à la convention, qui doit désormais comporter des clauses obligatoires. Le champ de cette négociation est étendu au-delà du commerce et de l'industrie par la loi du 11 février 1950 qui légalise les accords d'établissement. La loi du 13 juillet 1971 reconnaît l'existence d'un « *droit des travailleurs à la négociation collective* », transformant le droit des conventions collectives en droit de la négociation collective. Elle accroît aussi le champ de cette négociation en instituant les accords d'entreprise soumis à un régime identique à celui de la convention de branche, en étendant l'objet des conventions collectives aux « garanties sociales », et en facilitant la procédure d'extension.

La convention collective a pour vocation principale de compléter la loi en améliorant la protection que prévoit cette dernière et en fixant des règles qui s'imposent ensuite aux contrats individuels de travail : le principe de faveur encourage la négociation au niveau inférieur, à condition qu'elle ne contredise pas les normes fixées au niveau supérieur⁸⁷. C'est dire que la négociation collective a traditionnellement pour but d'octroyer des avantages supplémentaires aux salariés, sans qu'il y ait nécessairement de « contrepartie » de leur part. Elle contribue aussi à la résolution des conflits survenant dans les relations professionnelles : les accords signés sont souvent des accords de sortie de grève, au niveau de l'entreprise, de la branche, ou interprofessionnels comme le furent les accords de Matignon en 1936 ou de Grenelle en 1968.

La négociation collective monte en puissance dans les années 1970. Si l'État n'en est pas directement partie prenante, il la suscite ou invite parfois les partenaires sociaux à traiter tel ou tel problème avant de reprendre à son compte dans une loi l'accord résultant de la négociation (cf. 8.2) ou de l'étendre (cf. 9.3.3).

87 - CE, Ass., avis du 22 mars 1973, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 8, p. 117. Ce principe n'a pas valeur constitutionnelle (cf. note 499).

Les traits les plus marquants de la négociation sociale au cours des dernières années ont été les suivants : des rendez-vous de négociation plus nombreux ; le développement des négociations d'entreprise ; une bonne résistance des accords de branche ; l'enrichissement de la négociation interprofessionnelle ; l'apparition d'accords dérogatoires à la loi.

2.1.1. Des rendez-vous imposés plus nombreux

L'obligation de négocier a été sans cesse renforcée sous l'impulsion de la loi, à tous les niveaux de négociation (entreprise, branche, interprofession), mais aussi des accords interprofessionnels.

La loi du 13 novembre 1982 instaure une obligation de négociation annuelle portant sur les salaires, les effectifs, les conditions de travail, la durée effective et l'organisation du temps de travail, la formation professionnelle et le droit d'expression dans les entreprises comprenant au moins une section syndicale. Elle impose à chaque branche d'ouvrir tous les ans des négociations sur les salaires, tous les trois ans sur les conditions d'accès à l'emploi et la formation professionnelle et tous les cinq ans sur les classifications.

La loi du 24 février 1984 a ajouté pour la branche une obligation de négocier tous les cinq ans sur les objectifs et les moyens de la formation professionnelle.

L'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire prévoit, en son article 9, qu'à l'occasion de la négociation annuelle de branche et d'entreprise les parties examinent la situation du travail flexible.

L'article 21 de la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 impose aux employeurs de négocier chaque année dans l'entreprise sur les modalités d'un régime de prévoyance maladie lorsque les salariés ne sont pas déjà couverts par un accord de branche ou par l'accord d'entreprise.

La loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale complète, pour les entreprises de plus de 50 salariés, l'obligation de négocier sur la participation des salariés aux résultats.

La loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui supprime l'interdiction du travail de nuit des femmes en application de la directive européenne du 9 février 1976, oblige les partenaires sociaux à négocier tous les ans sur les objectifs et les moyens de réaliser cette égalité dans l'entreprise et tous les trois ans dans la branche.

La loi du 21 août 2003 impose de négocier tous les trois ans dans l'entreprise sur les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés âgés ainsi que sur la pénibilité du travail.

Le Parlement a également adopté durant cette période des lois incitatives à la négociation sur le temps de travail en prévoyant le versement d'aides (cf. 3.1.1).



Ainsi, les négociations se multiplient à tous niveaux, singulièrement dans l'entreprise sur des thèmes de plus en plus nombreux⁸⁸.

2.1.2. *Le développement de la négociation d'entreprise*

Le rôle prédominant joué par la négociation de branche s'atténue et laisse place à une négociation organisée autour de l'entreprise. Les accords d'entreprise sont multipliés par six entre 1982 (2400) et 2003 (15800). Ils ont dépassé le chiffre de 21000 en 2007. En outre, les lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000 relatives à la réduction du temps de travail obligent à passer par un accord d'entreprise pour bénéficier des allègements de cotisations sociales. D'où l'explosion des négociations au niveau de l'entreprise. Celle-ci découle aussi de la double volonté des employeurs d'instaurer un management participatif dans les entreprises et de déplacer le centre de gravité de la négociation au niveau où le rapport de force leur est le plus favorable. Les syndicats ne s'y sont pas opposés car c'est surtout dans l'entreprise qu'on trouve « du grain à moudre ». Malgré ce développement spectaculaire, seuls un peu plus de 15 % des salariés sont couverts par des accords d'entreprise⁸⁹.

- Les salaires en sont le thème principal : 80 % des accords et des avenants concernent ce sujet. À compter des années 1980, le nombre des accords signés diminue toutefois sensiblement : on négocie souvent sans aboutir et seulement la moitié des salariés bénéficient d'un accord salarial d'augmentation à compter de 2002. En revanche, le temps de travail, deuxième thème de la négociation d'entreprise, prend une place prépondérante, de même que l'épargne salariale et l'intéressement. En 2000 quatre accords sur dix portent sur la mise en place de tels dispositifs. Ont également fait leur apparition dans les années 1990 de nombreux accords portant sur l'emploi et la gestion des restructurations, le droit syndical, l'égalité professionnelle entre les hommes et femmes, ou les institutions représentatives du personnel. On négocie aussi sur la sécurité et la santé au travail. Les accords d'entreprise deviennent souvent multithématiques à partir de l'an 2000.

- On note enfin un changement profond dans la nature des accords passés : alors que jusque dans les années 1980 les accords signés s'inscrivaient dans une stratégie distributive consistant à reconnaître aux salariés toujours davantage de droits, les accords des années 1990 introduisent une logique donnant-donnant où l'entreprise recherche d'abord une augmentation de sa productivité et de sa compétitivité avant d'en redistribuer les bénéfices⁹⁰. Cette faculté de revenir sur des accords antérieurs par des accords donnant-donnant pose en termes nouveaux la question de la représentativité et de la légitimité des signataires de tels

88 - Cet enrôlement de la négociation sociale collective par l'État sur un agenda et des thèmes qu'il détermine unilatéralement pose la question de l'étendue de la liberté contractuelle des partenaires sociaux et renvoie au nouveau mode d'exercice du pouvoir étatique (cf. 12.2.8).

89 - Les entreprises signataires, 21 000 en 2007, ne représentent que 2 % au plus des 1,2 million d'entreprises employant plus d'un salarié. D'où le très faible taux de couverture des accords d'entreprise au regard de celle des accords de branche.

90 - R. Soubie, « La négociation collective : déclin ou renouveau ? » *Dr. Soc.*, 1984, p. 671, qui souligne, avant leur généralisation, l'apparition des accords donnant-donnant.

accords⁹¹. L'accord d'entreprise devient ainsi un instrument de gestion de celle-ci⁹². Par ailleurs, un nombre significatif d'accords concerne la procédure de négociation elle-même : ces accords de méthode et non pas de fond traitent de questions essentielles pour assurer la bonne foi dans la conduite de la négociation (information des parties...) et l'exécution des accords signés (mécanismes de suivi...).

La négociation collective devient dès lors un outil de régulation *a priori* des conditions et des relations du travail. Il ressort en effet des statistiques que la conflictualité a davantage baissé dans les entreprises ayant négocié et signé des accords depuis 1990 que dans les autres.

On assiste aussi à la signature d'accords-cadres transnationaux et à l'émergence des comités de groupe, donc au développement des négociations à ce niveau. Les accords de groupe traitent principalement des questions relatives à la représentation du personnel, d'harmonisation des statuts mais aussi de gestion de l'emploi. Autre nouveauté, ces accords tendent à mettre en place des accords de participation et d'épargne salariale.

De façon marginale, on assiste également à l'émergence d'une négociation territoriale à l'occasion de la mise en œuvre de la loi sur l'aménagement et la réduction du temps de travail ou sur le travail dominical.

2.1.3. *La bonne résistance des accords de branche*

Si le nombre des accords de branche reste pratiquement inchangé depuis le début des années 1980 (environ 1 000 par an), le nombre de salariés des établissements privés couverts par ces accords s'est nettement accru pour atteindre environ 85 % des salariés⁹³. La négociation de branche résiste donc bien malgré l'ascension de la négociation d'entreprise.

Cette négociation reste dominée par la thématique salariale, mais cette dernière connaît un fort déclin : alors qu'elle représentait 80 % des accords conclus en 1984, ce pourcentage tombe à 45 % en 2001. Comme au niveau de l'entreprise, il arrive qu'on négocie sans conclure : alors que le SMIC est relevé par décision unilatérale de l'État, beaucoup de *minima* de branche deviennent inférieurs au SMIC et le restent durablement, perdant ainsi toute signification. La négociation se reporte alors sur d'autres sujets et notamment sur la formation professionnelle, qui en devient l'épicentre, l'aménagement du temps de travail, l'emploi ou la protection sociale complémentaire.

91 - Mais aussi de leur formation : négocier la « flexsécurité » suppose d'adopter une posture qui ne soit pas seulement celle de la revendication tournée vers le « toujours plus ».

92 - J. Barthélémy, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1990, p. 580.

93 - Ce chiffre relativise le faible taux de syndicalisation, 8 % environ, en France. Malgré la faiblesse de ce taux, la quasi-totalité des salariés sont couverts par un accord collectif de branche. C'est le résultat de la procédure d'extension des accords de branche (cf. 9.3.3).

2.1.4. Des accords interprofessionnels au champ élargi

Au cours des années 1980 et 1990, à la suite de l'échec de la négociation de 1984 sur ce sujet, le thème de la flexibilité domine la négociation interprofessionnelle. Les accords interprofessionnels sont de trois types : des accords adaptent ou complètent la loi ou le règlement pour un certain nombre de professions (cf. 8.1.1), d'autres déterminent les conditions d'application de la loi en se substituant au pouvoir réglementaire (cf. 10.2.3) tandis que certains préfigurent la loi (cf. 8.3). Le nombre d'accords interprofessionnels, une cinquantaine par an en incluant les avenants, est inversement corrélé au degré d'intervention de l'État : lorsque cette intervention est très intense comme entre 1997 et 2000, le nombre d'accords interprofessionnels conclus baisse, d'environ 50 %. Lorsqu'en revanche l'État s'abstient d'intervenir massivement, le nombre des accords interprofessionnels augmente.

Le projet de refondation sociale, promu par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) à partir de 2000, élargit le champ de la négociation interprofessionnelle : aux négociations traditionnelles sur le régime d'assurance chômage et la formation professionnelle s'ajoutent des négociations sur la santé au travail, les retraites complémentaires, l'égalité professionnelle entre hommes et femmes (accord national interprofessionnel du 1^{er} mars 2004) et sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

Le thème de la complémentarité entre la loi et la convention collective revient au cœur de la négociation interprofessionnelle. L'enjeu est de redéfinir l'articulation entre le domaine de la loi et celui de la négociation collective, la nature et l'étendue de l'obligation de respect par la norme conventionnelle de la norme législative supérieure (cf. 8.3). Ce débat intervient dans un contexte où la loi, qui détermine les principes fondamentaux du droit du travail, renvoie de plus en plus à la norme contractuelle pour définir ses conditions d'application (cf. 8.1.1).

2.1.5. L'ouverture du champ des accords dérogeant à la loi et des accords dérogatoires

Alors que l'accord de branche tend à égaliser les conditions de concurrence entre les entreprises d'un même secteur en définissant les règles de base applicables à tous les salariés, l'accent mis à partir des années 1980 sur les besoins de flexibilité dans la gestion de l'entreprise contribue à privilégier ce niveau de négociation par rapport à la branche (cf. 2.1.2). Mais cette évolution s'accompagne d'une autre, aussi significative.

À la suite du protocole d'accord du 17 juillet 1981, l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés autorise des accords d'entreprise à déroger à la loi en vertu d'accords de branche étendus pour mieux adapter la législation sociale aux réalités et contraintes économiques de chaque entreprise, notamment en ce qui concerne la modulation du temps de travail⁹⁴.

94 - L'ordonnance permet aux entreprises de faire varier la durée hebdomadaire du travail à condition que la durée moyenne ne dépasse pas sur l'année 39 heures par semaines travaillées. Les heures travaillées au-delà de la durée légale (ramenée de 40 à 39 heures par l'ordonnance) sont majorées mais ne sont pas prises en compte dans le contingent d'heures supplémentaires.

Au cours des années suivantes, le régime de cette modulation est modifié à maintes reprises par la loi (cf. 8.1.1). C'est ainsi que se multiplient les accords donnant-donnant, qui comportent une possibilité de renonciation, dans le cadre d'une négociation globale (cf. 2.1.2), à certains avantages acquis.

Dernière étape dans ce processus, la loi du 4 mai 2004 ouvre la possibilité pour tout accord collectif de déroger à l'accord de niveau supérieur, sauf dans quatre champs (article L. 123-2-3 du code du travail), et si l'accord supérieur l'exclut expressément (cf. 8.1.1). Le pouvoir reconnu aux partenaires sociaux de signer des accords dérogatoires pose alors, avec davantage d'acuité, la question de leur représentativité et de leur légitimité (cf. 7.2.5).

2.2. Action sanitaire et sociale et protection sociale

Le contrat, s'il est largement utilisé en droit du travail, l'est aussi dans le domaine de la santé, de la protection sociale ainsi que de l'action sociale et médico-sociale. Un système conventionnel sophistiqué préside également à la fixation du prix des médicaments.

2.2.1. Les conventions avec les professions médicales et paramédicales

Le contrat est utilisé depuis 1971 pour définir au niveau national les relations de la puissance publique avec les professions médicales ou paramédicales. Se substituant aux conventions départementales antérieures qui réglaient, depuis 1960, les rapports entre caisses primaires d'assurance maladie et médecins, une convention nationale régit, depuis la réforme de 1971, les relations entre la sécurité sociale et les différentes professions médicales et paramédicales. Si cette convention n'est pas tripartite (profession médicale, sécurité sociale et État) mais bipartite (profession médicale et sécurité sociale)⁹⁵, l'État dispose d'un pouvoir d'approbation de la convention signée et son approbation confère à cette dernière une valeur réglementaire (cf. 9.3.2).

Depuis 1971, huit conventions⁹⁶ et de nombreux avenants⁹⁷ à ces conventions ont été signés avec la profession médicale (en 1971, 1976, 1980, 1985, 1990, 1993, 1997 et 2005) ainsi que de nombreuses autres avec les professions paramédicales, dont le sort juridique a été mouvementé (cf. 12.2.2).

95 - L'État est en revanche signataire, aux côtés des professionnels, des conventions annuelles fixant le montant des frais et tarifs d'analyses et examens de laboratoire ou les frais d'hospitalisation dans les établissements privés à but lucratif, mais ces conventions sont en réalité des actes réglementaires de fixation de tarifs, sans rapport avec une véritable convention. Si les conventions médicales sont formellement bipartites, l'État interfère de fait en permanence dans la négociation, compte-tenu de son enjeu politique et financier (cf. 7.4.1.1 et 13.1.2). Il en résulte que la convention signée l'est en général sur la base du plus petit dénominateur commun entre les trois acteurs impliqués dans une relation triangulaire complexe.

96 - Sur ce point, voir J.-J. Dupeyroux *et al.*, *Droit de la sécurité sociale*, 8^e édition, p. 411 et son *addendum*, p. 20 et suiv. Voir aussi *Droit de la santé*, 175-I Historique du système conventionnel, Lamy, 2006.

97 - La convention de 2005 a donné lieu à la signature de treize avenants entre mars 2005 et juin 2006.



Leur but initial était d'instaurer une médecine de ville de qualité et de faciliter, à une époque de pénurie de personnel médical, l'accès de toute la population aux soins sur l'ensemble du territoire en promouvant une tarification unique pour l'ensemble des professionnels. Le champ de ces conventions s'est progressivement élargi à d'autres domaines⁹⁸ : la formation médicale continue, la reconversion professionnelle, la maîtrise des dépenses de santé, les bonnes pratiques et la procédure d'évaluation, la transmission de données à l'assurance maladie, l'expérimentation et l'innovation, la coordination des soins avec le médecin référent.

Depuis les années 1980, la convention n'a plus pour objectif premier d'améliorer la situation des assurés, mais bien de régler les relations financières entre des professions libérales et la sécurité sociale et de contenir la progression des dépenses de médecine de ville en tentant de stabiliser deux de ses paramètres, le prix et le volume des consultations. Elle vise donc aussi à modifier les pratiques individuelles par le biais notamment de la formation des médecins et de l'éducation sanitaire des patients.

2.2.2. *Les conventions avec les établissements sanitaires et sociaux*

Le contrat a vu sa place se renforcer dans le secteur sanitaire à la suite de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée et instituant les agences régionales de l'hospitalisation⁹⁹. Aux termes de l'article L. 6114-1 du code de la santé publique, ces agences concluent avec les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire et les autres titulaires de l'autorisation de délivrer des soins, des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) d'une durée maximale de cinq ans. Le contenu de ces contrats est précisé aux articles L. 6114-2 et 3 de ce code.

Illustration de leur importance, 450 CPOM ont été signés entre l'Agence régionale de l'hospitalisation d'Ile-de-France (ARHIF) et les établissements sanitaires de la région. Deux établissements sur 452 n'en ont pas signé, en raison d'une situation économique incertaine (difficultés budgétaires ou fusion en cours). Ces contrats comportent plusieurs annexes dont la dernière, dédiée aux modalités financières, doit être signée avant l'été 2008.

Les établissements peuvent également signer un contrat de retour à l'équilibre financier (CREF). L'ARHIF en a signé 25 depuis 2004, avec un bilan qu'un récent rapport de l'IGAS décrit comme limité. Si, selon ce rapport, l'Agence a rempli toutes ses obligations contractuelles, les hôpitaux n'en ont pas tous fait autant.

Avant l'ordonnance de 1996, la loi du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales avait déjà ouvert la voie du conventionnement

98 - Sur les champs pouvant être ouverts à la négociation, voir l'avis de la section sociale du Conseil d'État du 2 avril 1985, EDCE 1986, n° 37, p. 185.

99 - Deux circulaires du Premier ministre en date des 7 juin 1996 et du 1^{er} décembre 2000 relatives aux conventions d'objectifs entre l'État et les associations prévoient à la même époque que le financement des associations assurant la gestion d'un service public social est conditionné par la conclusion de conventions d'objectifs entre l'État et ces associations.

par les collectivités publiques, notamment en direction des établissements et services accueillant les bénéficiaires de l'aide sociale. Selon l'article 11-2 de la loi, l'habilitation peut être assortie d'une convention et cette dernière doit préciser un certain nombre de mentions obligatoires qui ne figureraient pas dans l'habilitation¹⁰⁰. Afin d'assurer une coordination de l'action sociale et médico-sociale dans le département ainsi que la continuité de la prise en charge des bénéficiaires de l'aide sociale, des conventions pluriannuelles sont également, depuis 2002, conclues entre l'État ou le département et les gestionnaires d'établissements ou de services. Ces conventions¹⁰¹ précisent, selon l'article 27-7 de la loi modifiée du 30 juin 1975, les objectifs prévisionnels et les critères d'évaluation de l'activité et des coûts des prestations imputables à l'aide sociale. Des réseaux sociaux ou médico-sociaux peuvent ou doivent être créés par voie conventionnelle.

2.2.3. Les conventions d'objectifs et de gestion avec les caisses de sécurité sociale

L'ordonnance n°96-344 du 24 avril 1996 prévoit la conclusion de conventions entre l'État et les différentes caisses nationales de sécurité sociale : la Caisse nationale de l'assurance maladie, la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, la Caisse nationale des allocations familiales et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS). Aux termes de l'article L.227-1 du code de la sécurité sociale, il s'agit de « *conventions d'objectifs et de gestion comportant des engagements réciproques des signataires.* » Couramment désignées par leur acronyme (COG), ces conventions « *déterminent (...) les objectifs pluriannuels de gestion, les moyens dont les branches et les organismes disposent pour les atteindre et les actions mises en œuvre à cette fin par chacun des signataires* » et « *prévoient, le cas échéant, les indicateurs quantitatifs et qualitatifs associés à la définition des objectifs* ». Ces COG sont conclues pour une durée de quatre ans mais prévoient la conclusion d'avenants pour tenir compte des lois de financement de la sécurité sociale qu'elles doivent respecter, ou de modifications importantes de la charge de travail liées à l'évolution du cadre législatif et réglementaire.

Leur contenu est assez strictement normé : on y trouve, par exemple, des développements sur l'évolution de l'offre de services de la caisse, sur la qualité du service aux usagers ou sur les indicateurs permettant de mesurer la réalisation des objectifs. Cependant, elles comportent assez peu de précisions sur les dispositions prises pour répondre, conformément à la loi n° 1998-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, aux besoins spécifiques des usagers les plus faibles.

Les objectifs définis dans les COG sont ensuite déclinés, en application de l'article L.227-3 du code de la sécurité sociale, dans des contrats pluriannuels de gestion, conclus entre, d'une part, chacune des Caisses nationales et l'ACOSS

100 - Par exemple les critères d'évaluation des actions conduites, les conditions d'attribution des avances financières ou les modalités de conciliation en cas de divergence.

101 - L'analogie avec les contrats d'objectifs et de moyens conclus entre les hôpitaux et les ARH est forte. Il s'agit dans les deux cas de responsabiliser et de donner de la visibilité aux opérateurs.



et, d'autre part, chacun de leurs organismes régionaux ou locaux. Par exemple, la COG de la Caisse nationale d'allocations familiales définit le montant du fonds national d'action sociale et l'utilisation des crédits de ce fonds fait ensuite l'objet, en vue de sa répartition, d'une négociation avec chaque caisse d'allocations familiales.

Les COG tendent en définitive à substituer à un rapport unilatéral de tutelle, aux conditions d'exercice aléatoires et imprévisibles pour l'entité sous tutelle, un rapport rationnel et prévisible à moyen terme¹⁰². Le recours au contrat sert ici à renforcer l'autonomie de gestion et à objectiver l'exercice de la tutelle, grâce à une définition des résultats à atteindre et à des instruments de mesure de la performance¹⁰³.

2.2.4. La fixation du prix des médicaments

Pour qu'un médicament¹⁰⁴ puisse faire l'objet d'un remboursement, il doit être inscrit sur une liste établie par arrêté ministériel. Et seuls peuvent être inscrits sur cette liste les médicaments pour lesquels il est démontré qu'ils apportent un service médical rendu (SMR), indication par indication¹⁰⁵.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) laisse le soin aux États membres d'apprécier et de décider souverainement leur politique de prix du médicament, dès lors qu'elle repose sur des conditions objectives et vérifiables (CJCE, affaire C-238/82, 7 février 1984, *Duphar*), en n'ignorant pas son impact sur les dépenses de santé¹⁰⁶. Pour éviter des disparités et prévenir les obstacles à la libre circulation, la directive CEE n° 89/105 du conseil du 21 décembre 1988 relative à la transparence des mesures régissant le prix des médicaments et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance maladie a encadré la marge de manœuvre des États : tout refus d'inscription d'un médicament sur la liste doit comporter un exposé des motifs fondé sur des critères objectifs et vérifiables, et aucune discrimination ne saurait être opérée entre les médicaments nationaux et ceux provenant d'autres États membres.

102 - M. Laroque, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA*, 2003, p. 976.

103 - Elles doivent, sur ce point, être rapprochées des contrats qui ont eu pour objet de faire évoluer le mode d'exercice de la tutelle sur les entreprises publiques (cf. 3.1.3).

104 - L'article L. 5111-1 du code de la santé publique le définit ainsi : « *substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique* ».

105 - La légalité de ces dispositions a été admise par le Conseil d'État (CE, 6 octobre 2000, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, requête n° 215145).

106 - La participation de l'assuré est fixée en France par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) dans les limites suivantes : de 60 à 70 % pour les médicaments principalement destinés à des traitements sans gravité, de 30 à 70 % pour les autres médicaments ; elle peut aussi être supprimée dans le cas des affections les plus graves (article L. 322-3 du code de sécurité sociale relatif aux affections de longue durée).

Les conditions de prise en charge des médicaments par l'assurance maladie sont en effet couplées avec un mécanisme de régulation du prix du médicament. Si la pharmacie a connu un régime de liberté des prix jusqu'en 1939, ce prix est actuellement fixé de manière régaliennne. Les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale ou le Comité économique des produits de santé (CEPS)¹⁰⁷ peuvent fixer par décision unilatérale les prix et les marges des produits ainsi que les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale (article 28 de la loi du 30 juillet 1987). Dérogation expresse à la règle générale de la liberté des prix posée à l'article L. 410-2 du code de commerce¹⁰⁸, ce régime de contrôle des prix des spécialités remboursables est directement fondé sur un objectif de maîtrise des dépenses d'assurance maladie, qui présente une valeur constitutionnelle (décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997), et l'exigence d'équilibre financier de la sécurité sociale.

De nombreux textes (loi du 23 décembre 1998 et décret du 2 juillet 1999) ou accords-cadres (accord-cadre du 25 janvier 1994 entre l'État et le Syndicat national de l'industrie pharmaceutique¹⁰⁹) sont venus préciser, en amont de leur fixation unilatérale, les conditions d'une fixation conventionnelle des prix de production des médicaments remboursables sous l'égide du CEPS. Dans ce système, le prix du médicament est déterminé pour quatre ans, par contrat conclu avec les laboratoires et portant sur tout ou partie de leur portefeuille de produits inscrits sur la liste des médicaments remboursables¹¹⁰. Cette détermination contractuelle du prix repose sur de nombreux critères, dont le SMR, véritable pivot de la négociation entre les laboratoires et le CEPS. Les déclarations de prix formulées par le laboratoire sont transmises au CEPS après avis de la commission de la transparence, instance d'expertise médico-technique dont les avis ont le caractère d'actes préparatoires à la décision d'inscription¹¹¹. Cet avis ne lie ni le CEPS ni les ministres, qui peuvent s'en écarter¹¹². Le CEPS, qui doit respecter les orientations ministérielles (article L. 162-16-4 du code de la sécurité sociale)¹¹³, peut constater l'irrecevabilité de la déclaration ou s'opposer au prix demandé. L'entreprise dispose alors d'un délai de 15 jours pour formuler

107 - Article L. 162-17-3 du code de la sécurité sociale : « est créé, auprès des ministres compétents, un Comité économique des produits de santé. Le comité contribue à l'élaboration de la politique économique du médicament. Il met en œuvre les orientations qu'il reçoit des ministres compétents, en application de la loi de financement de la sécurité sociale (...). »

108 - Article L. 410-2, alinéa 1 du code de commerce : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». »

109 - Saisi d'un recours contre le décret n° 97-1275 du 29 décembre 1997 relatif au fonctionnement du comité du médicament, le Conseil d'État a jugé que la fixation du prix de vente des médicaments spécialisés par voie conventionnelle ne constituait pas un mécanisme de blocage des prix (24 février 1999, *Syndicat des pharmaciens indépendants de La Réunion*, requête n° 194554).

110 - En signant la convention, le laboratoire signataire s'engage parallèlement à respecter la charte de la visite médicale prévue à l'article L. 162-17-8 du code de sécurité sociale.

111 - B. Mathieu, D. Tabuteau et A. Laude, *Droit de la santé*, 2007, p. 76. Ces avis ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 6 octobre 2002, *SA Novartis Pharma*, requête n° 210733).

112 - CE, 2 février 2005, *Sté Thérabel Lucien Pharma*, requête n° 265052.

113 - C. Daburon Garcia, *Le médicament*, thèse soutenue à l'université des sciences sociales de Toulouse 1, 2001, p. 445.



une nouvelle déclaration. Si l'entreprise ne reformule pas sa déclaration ou si le CEPS l'estime à nouveau irrecevable, le refus est définitif. L'opposition du comité doit être expressément et précisément motivée¹¹⁴.

Dans ce système contractuel, le CEPS dispose aussi d'un pouvoir d'initiative de révision du prix : il peut en effet demander à l'entreprise de conclure un avenant, notamment lorsque les orientations reçues de la part des ministres ne sont plus compatibles avec les conventions signées, ou lorsque l'évolution des dépenses du médicament ne respecte pas l'objectif national des dépenses de l'assurance maladie (ONDAM). Selon l'article R 162-20-2 du code de la sécurité sociale, le laboratoire dispose alors d'un délai d'un mois après la notification de la révision du prix pour présenter ses observations au CEPS. À défaut de conclusion d'un avenant dans un délai de deux mois après cette notification, le CEPS peut résilier la convention. Toutefois, dès lors que la société a explicitement refusé la proposition d'avenant, le CEPS est en droit de résilier la convention avant l'expiration de ce délai de deux mois : cette résiliation prend effet à compter de l'intervention de la décision fixant unilatéralement le nouveau prix des spécialités à défaut de convention¹¹⁵. En revanche, si la demande de révision émane du laboratoire, le CEPS dispose d'un délai de 90 jours pour se prononcer sur le dossier.

2.3. Lutte contre l'exclusion et action sociale

Du fait du ralentissement de la croissance économique à compter de la fin des années 1970, la puissance publique a été conduite à définir de nouvelles politiques pour répondre aux maux sociaux apparus à cette époque : le chômage de masse, la pauvreté, l'anomie et l'exclusion. Pour leur mise en œuvre, ces politiques font souvent appel au contrat.

2.3.1. Le contrat d'insertion du RMI

Le vote de la loi du 1^{er} décembre 1988 portant création du revenu minimum d'insertion (RMI) illustre les problèmes soulevés par le recours à la figure du contrat dans le débat politique et dans les politiques sociales¹¹⁶. Alors que le RMI ne constitue pas un droit à allocation conditionné par l'insertion mais un double droit à allocation et à insertion, de nombreux commentateurs, s'appuyant sur les ambiguïtés des articles 13 et 16 de la loi et sur la mention par celle-ci du « non-respect du contrat »¹¹⁷, ont fait valoir que satisfaire à l'obligation d'insertion conditionnait le maintien du droit à l'allocation. La circulaire du 9 mars 1989 dénie au contrat d'insertion la qualification de contrat de droit civil ; les

114 - *Rapport d'activité 2006 du CEPS*, Annexe 2, 2007, p. 43.

115 - CE, 30 mars 2005, *SA Laboratoires Servier*, requête n° 255751.

116 - R. Lafore, « Le contrat dans la protection sociale », *Dr. Soc.*, 2003, p. 105.

117 - Les débats parlementaires avaient pourtant clairement écarté toute idée de contrepartie au versement du RMI.

interprétations les plus diverses ont été proposées à son sujet¹¹⁸ : contrat de droit public, contrat de droit privé coloré de service public, contrat *sui generis*¹¹⁹.

La jurisprudence du Conseil d'État sur ce contrat n'est pas très abondante : elle a validé deux décisions de suspension du versement du RMI pour refus de présenter un projet d'insertion crédible (CE, 21 mars 2007, *Département du Territoire de Belfort*, requête n° 282963, *AJDA*, 2007, 1611, note F. Tourette) ou de signer le contrat d'insertion (CE, 29 novembre 1999, *Lipmanov*, requête n° 194040).

Les statistiques les plus récentes relatives à ce contrat datent de 2006¹²⁰. Elles consolident les données de 78 départements et portent sur 81 % des titulaires du RMI. 541 000 contrats d'insertion ont été signés dans l'année, ce qui donne un taux brut de contractualisation de 53 %. Ce taux varie fortement d'un département à l'autre, sans que cet écart soit lié au nombre d'allocataires ou à leur proportion par rapport à la population totale¹²¹. La majorité des contrats prévoient des actions d'insertion professionnelle (52 %), les autres des actions destinées à l'insertion sociale (48 %).

2.3.2. *Les contrats de retour à l'emploi*

Le plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) est né à l'occasion de la renégociation en 2000 de la convention Unedic sur l'indemnisation du chômage. La démarche s'inspire directement de la législation britannique sur le « *jobseeker's allowance* » liant le versement de l'allocation à une recherche active et permanente d'emploi. L'idée sous-jacente est qu'une personne à la recherche d'un emploi ne doit pas être seulement passive (percevoir l'indemnisation du chômage et pointer régulièrement à l'Agence nationale pour l'emploi) mais démontrer parallèlement qu'elle se forme, s'astreint à une recherche *active* d'emploi, s'y implique réellement et ne refuse pas sans raison des offres valables d'emploi. Le chômeur est ainsi « responsabilisé » : à lui de se prendre en mains, avec l'aide du service public, et de démontrer qu'il accomplit des efforts en contrepartie du versement d'une allocation. Cette implication personnelle prend, depuis juillet 2001, la forme de la signature du PARE au moment de l'inscription à l'Assedic et d'un projet d'action personnalisé (PAP) établi avec l'ANPE dans le mois qui suit l'inscription comme demandeur d'emploi.

118 - J.-M. Belorgey, « Le contrat d'insertion », in *Le contrat, usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999 ; S. Mathieu-Cabouat, « Le RMI : allocation ou contrat ? Un choix nécessaire », *Dr. Soc.*, 1989, p. 611.

119 - De même, la détermination de la juridiction compétente a-t-elle donné lieu à quelques hésitations (« Le contentieux du contrat d'insertion : question de compétence et de recevabilité », *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1989, p. 633).

120 - Bilan annuel 2006 de la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES) du ministère de la santé, de la jeunesse et des sports, novembre 2007, 13 p.

121 - Le taux de 53 % est un taux global, correspondant à la fois aux contrats familiaux et aux contrats individuels. Ils peuvent se combiner au sein d'un foyer : certains départements ne signent que des contrats individuels, d'autres des contrats familiaux, la plupart combinent les deux.

Le débat a porté sur le caractère obligatoire du PARE¹²², la nature de ce contrat conclu avec l'Assedic et sur la sanction éventuelle de l'absence de comportement actif. Beaucoup ont souligné l'inadéquation du cadre contractuel car les obligations du chômeur, de même que son droit à l'allocation, découlaient directement de la convention Unedic du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage (*JORF* du 6 décembre 2000) et du code du travail (article L.351-16) : c'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision *Syndicat Sud Travail* du 11 juillet 2001 (*Dr. soc.*, 2001, p. 857, concl. S. Boissard, *JCP G* 2002, II, 10058, note X. Prétot). Pouvait-on dans ces conditions supprimer le versement de l'allocation chômage et sous quel contrôle ? Certains tribunaux judiciaires l'avaient un temps cru. Finalement, le PARE a donné lieu à une abondante littérature qui a essayé de rationaliser la place de ce nouveau « contrat », qui se superpose aux rapports de droit public entretenus avec l'ANPE et la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), dans un paysage déjà passablement encombré et a inventé à cet effet ou plutôt étendu à ce domaine la catégorie du « contrat pédagogique »¹²³. Par-delà ce débat théorique, nul ne conteste sérieusement que le PARE a permis de personnaliser les aides et l'accompagnement des chômeurs et d'obtenir une adhésion plus grande des intéressés au plan défini en commun.

Les réflexions sur le reclassement des chômeurs se sont poursuivies postérieurement à la mise en œuvre du PARE. Elles persistent à placer le contrat au cœur des expérimentations en cours :

– contrat de transition professionnelle, expérimenté jusqu'en 2009 (cf. 1.5.2) dont devraient sortir des enseignements précieux sur l'organisation et les modalités d'accompagnement des chômeurs ainsi que sur le niveau d'indemnisation du chômage ;

– contrat signé, dans le cadre de l'expérimentation du RSA (cf. 1.5.2), entre le représentant de l'État dans le département et le bénéficiaire du RSA-API, et énumérant les engagements réciproques des deux parties au regard de l'emploi¹²⁴, ou contrat d'insertion conclu entre le département et le bénéficiaire du RSA-RMI précisant de même « *les engagements réciproques au regard de l'emploi* » (article 19, 3^o de la loi du 1^{er} août 2007).

Le rapport Boissonat de 1995¹²⁵ avait déjà retenu le terme de « contrat d'activité » pour qualifier la transition qu'il préconisait entre emploi et

122 - La rédaction ambiguë de l'article 1^{er}, § 3 du règlement annexé à la convention a créé beaucoup de doutes et la publication du rapport du Comité supérieur de l'emploi le même jour que l'arrêté du 4 décembre 2000 approuvant la convention n'a pas suffi à les dissiper.

123 - Ch. Willmann, « Le chômeur cocontractant », *Dr. Soc.*, avril 2001, p. 384 ; M. Mekki, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, p. 297.

124 - La signature de ce contrat peut être déléguée. Le représentant de l'État dans le département peut en effet, par convention, confier au président du conseil général, ou aux organismes sociaux compétents, le soin de désigner en leur sein la personne chargée d'élaborer le contrat avec le bénéficiaire du RSA-API et d'en suivre le bon déroulement. À cet effet, ces organismes passent entre eux toute convention qu'ils jugeront utile.

125 - J. Boissonat, *Le travail dans vingt ans*, Rapport du Commissariat général du Plan, Odile Jacob, 1995.

chômage. Certaines organisations syndicales parlent maintenant volontiers de « sécurité sociale professionnelle » pour décrire le futur régime d'indemnisation du chômage. Commentant les propositions de la Commission sur la libération de la croissance française relatives à la réforme du marché de l'emploi, Jacques Attali se prononce dans le même sens en novembre 2007 ¹²⁶ : « nous voulons donner un statut au chercheur d'emploi, terme que nous préférons à celui de demandeur d'emploi. Il faut qu'il ait un revenu et un véritable contrat, assimilable à un contrat de travail, et qu'il puisse bénéficier du plein soutien du service public de l'emploi » ¹²⁷.

2.3.3. Le contrat d'accueil et d'intégration

Suivant la suggestion émise en 2002 par le Haut Conseil à l'intégration (HCI), le Président de la République a manifesté le 14 octobre 2002 son souhait de voir accueillis dans de meilleures conditions les primo arrivants et « que chaque nouvel arrivant s'engage dans un véritable contrat d'intégration comprenant notamment la possibilité d'accéder à des formations et à un apprentissage rapide de notre langue ». Ce nouveau contrat a été immédiatement expérimenté dans plusieurs départements avec le soutien des associations, sans aucune base législative ou réglementaire. Puis son déploiement s'est effectué en trois temps.

L'article 146 de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 institue ce contrat et, pour le déployer, une nouvelle agence publique, l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM) ¹²⁸. Le contrat n'est à ce moment-là que facultatif.

La loi du 24 juillet 2006 le rend obligatoire et prévoit que l'étendue de son respect entrera en ligne de compte lors de l'examen du droit au séjour.

La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration lui superpose un « contrat d'accueil et d'intégration pour la famille » en cas de regroupement familial avec enfants. Le non-respect de ce dernier contrat peut déclencher la mise en œuvre du contrat de responsabilité parentale (cf. 2.3.4).

Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens de l'ANAEM, signé en 2006, détaille l'évolution de l'offre de l'agence et fixe ses objectifs, sur la période 2007-2009, en mesurant leur réalisation par des indicateurs élaborés conformément aux exigences de la LOLF et pour chacune des trois actions du programme « Accueil des étrangers et intégration » auxquelles participe l'agence. Le nombre de CAI signés en fait partie (plus de 115 000 sont prévus en 2007), ce dernier étant pris en compte pour déterminer la rémunération variable des agents. La question de la nature juridique exacte de ce contrat demeure entière (cf. 9.2.1).

126 - Interview à *La Tribune*, 13 novembre 2007.

127 - Ce contrat de travail serait signé avec les services de l'emploi. Son bénéficiaire se rendrait quotidiennement auprès de son organisme de placement et consacrerait un plein temps à sa recherche.

128 - Cette agence n'est pas entièrement nouvelle puisqu'elle prend la suite de l'OMI (Office des migrations internationales) et regroupe également les missions de service public autrefois confiées à une association, le Service social d'aide aux émigrants (SSAE).

2.3.4. Le contrat de responsabilité parentale

Certains parquets ont mis en place, à la fin des années 1990, des stages de responsabilité parentale destinés à accompagner les parents dans leur mission éducative. Le « contrat de responsabilité parentale » (CRP) est pour sa part organisé par l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction issue des articles 48-I de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances et 21 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Ses modalités de mise en œuvre sont précisées par le décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale ¹²⁹.

Il est conclu en cas d'absentéisme scolaire, de trouble apporté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou en présence de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale. Le président du conseil général propose alors aux parents ou au titulaire de l'autorité parentale de conclure un tel contrat.

D'une durée de six mois en principe, il rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et énumère toutes les mesures d'aide et d'action sociale destinées à remédier à la situation, en particulier quant à l'aide scolaire. Il est assorti d'un dispositif de sanctions : si le contrat n'est pas respecté ou n'a pas pu être signé, le président du conseil général peut demander la suspension de tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant durant douze mois au plus ¹³⁰, saisir le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ou encore saisir l'autorité judiciaire pour qu'il soit fait application, s'il y a lieu, de l'article L. 375-9-1 du code civil avec la désignation d'un délégué aux allocations familiales.

Comme le CRP n'ajoute rien de nouveau par rapport à ce qui figurait déjà dans la loi, il a parfois été assimilé à une nouvelle variété du « contrat pédagogique » ¹³¹. Pour d'autres, il s'analyse en un véritable contrat administratif ¹³².

2.3.5. Logement social

Les types de contrat auxquels il est fait recours dans ce domaine sont extrêmement variés.

La politique du logement est, pour partie, déclinée grâce à des accords conclus entre représentants des propriétaires et des locataires.

129 - Publié au *JORF* du 2 septembre 2006, p. 13095. Voir aussi la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 sur la conformité à la constitution de la loi pour l'égalité des chances, notamment les considérants 36 à 38 sur le pouvoir de punition conféré au président du conseil général.

130 - Article L. 552-3 du code de la sécurité sociale.

131 - J. Rochfeld, « Le CRP, nouvelle figure du contrat pédagogique », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2006, p. 665. Les contrats de droit privé contiennent aussi parfois des clauses purement informatives : la jurisprudence de la Cour de cassation distingue dans le contrat de travail des clauses contractuelles et des clauses informatives.

132 - F. Rolin, « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le CRP », *ibid.*, p. 849.

Le contrat occupe également une place importante en matière d'accès au logement social, surtout depuis que la loi du 3 janvier 1977 a exigé un conventionnement pour que l'organisme d'habitation à loyer modéré (HLM) puisse obtenir un prêt locatif aidé (PLA) et le locataire l'aide personnalisée au logement (APL). Des conventions-types précisent les plafonds de loyer et de ressources ou encore les conditions de réservation des logements au profit de l'État.

Les très nombreuses lois récentes relatives au logement social ont encore étendu le champ contractuel.

La loi « libertés et responsabilités locales » du 13 août 2004 a prévu un conventionnement global volontaire, par organisme d'HLM et pour six ans. Elle a ouvert aux départements et aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) la possibilité de contracter par délégation directement avec un bailleur. En échange d'apports de terrains, de financements ou de garanties financières, les communes et les EPCI peuvent bénéficier, en passant des conventions de réservation avec les organismes d'HLM, d'un droit d'attribution de logements sociaux¹³³. De plus, les EPCI peuvent, en application de l'article L. 441-1-1, conclure avec les organismes disposant d'un patrimoine locatif social un accord collectif intercommunal d'une durée de trois ans. Cet accord définit pour chaque commune un engagement annuel quantifié d'attribution de logements ainsi que les moyens nécessaires à l'accompagnement et au suivi de cet engagement.

La possibilité de contracter est également ouverte à l'Agence nationale de l'habitat (ANAH). Ainsi, dans le cadre de programmes sociaux thématiques (PST) mis en place par une convention entre l'ANAH, l'État, et une collectivité territoriale, une négociation s'opère avec les propriétaires privés afin de réhabiliter des logements destinés à des personnes défavorisées. Et si le propriétaire s'engage à respecter un loyer conventionné pendant neuf ans et à loger des personnes en difficulté, il peut bénéficier depuis le 1^{er} octobre 2006 d'une subvention majorée pour ses travaux¹³⁴.

La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable¹³⁵ comporte des dispositions relatives à l'amélioration de la solvabilité des locataires. Elle crée à cet effet un fonds pour la garantie des revenus locatifs, mis en place en décembre 2006 par voie conventionnelle¹³⁶. Ce fonds permettra aux bailleurs qui sous-louent des logements à des personnes modestes de bénéficier du dispositif dit « Borloo dans l'ancien », c'est-à-dire d'une déduction fiscale sur les revenus fonciers.

Par ailleurs, le préfet, après décision en ce sens d'une commission départementale de médiation, sera tenu à partir de décembre 2008 de trouver un logement aux personnes déclarées prioritaires. La réponse préfectorale pourra passer par un logement social, mais également par le recours au parc privé conventionné,

133 - Articles L. 441 et suivants du code de la construction et de l'habitation.

134 - Cf. www.anah.fr

135 - Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, dite loi « Dalo ».

136 - A. Delvaux, « La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable », *Regards sur l'actualité*, juin-juillet 2007, p. 78-80.



afin de ne pas reporter l'effort d'accueil sur le seul parc HLM. Alors qu'était initialement envisagé un « droit de réservation » de logements privés conventionnés, cette attribution ne sera possible que si le bailleur privé a accepté cette possibilité dans la convention qu'il a signée¹³⁷.

3. En droit économique et fiscal

S'il est fréquemment utilisé dans le domaine social, le contrat sert aussi de support à des opérations économiques, d'échange surtout. Il a donc été utilisé très tôt en droit public comme vecteur de l'intervention économique des personnes publiques. Son utilisation fiscale est restée, par comparaison, très réduite.

3.1. Droit économique

Le recours au contrat comme support aux interventions économiques de la puissance publique ne surprend guère car c'est son mode traditionnel et privilégié d'intervention en la matière, en complément de la réglementation unilatérale. L'interventionnisme économique qui caractérise la gestion publique à partir de la crise de 1929¹³⁸ passe souvent par le contrat. Ainsi en va-t-il par exemple des interventions dans le domaine agricole depuis 1936, la régulation des marchés étant confiée à des offices dont l'instrument privilégié d'intervention est le contrat ou encore des garanties financières accordées par l'État à des entreprises privées¹³⁹.

Ce qui est davantage nouveau, c'est l'accent mis, en matière d'interventionnisme économique, sur le primat du contrat par rapport à la réglementation unilatérale, l'idée que dans une économie de marché complexe et ouverte sur le monde, la régulation s'effectue d'abord par le contrat. L'irruption récente des technologies de l'information et de la communication n'a fait qu'accélérer les échanges et le recours au contrat¹⁴⁰. Et il est vrai que le marché peut aussi

137 - P. Quilichini, « Le droit au logement opposable », *AJDI*, mai 2007, p. 367.

138 - Il concerne aussi bien l'État que les collectivités locales. Pour un bilan critique récent des aides au développement économique mises en place par ces dernières pour un montant de 6 milliards d'euros en 2004, voir Cour des comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, rapport public thématique (www.comptes.fr).

139 - D'après l'article 34 II 5° de la LOLF, la garantie de l'État doit être autorisée préalablement par une loi de finances. Il en découle que si le gouvernement accorde par contrat sa garantie avant l'intervention du législateur il doit inclure une condition résolutoire dans ce contrat. Par ailleurs, l'absence de définition de la notion de garantie dans la LOLF doit conduire à inclure dans le champ de cette procédure tous les mécanismes par lesquels l'État accepte d'assumer une charge financière éventuelle qui normalement incombe au tiers garanti, alors même que cette garantie résulterait d'un contrat (Assemblée générale, projet de loi de finances rectificative pour 2007, n° 381006).

140 - J. Rochfeld, « Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, sous la direction de M.-A. Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires 2006, p. 209 et suiv. Voir aussi Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 1998.

apporter des solutions efficaces à des problèmes qui ne peuvent être résolus par le seul maniement de l'acte unilatéral. La création d'un marché des droits à polluer en fournit une illustration récente dans le domaine de la lutte contre le réchauffement climatique : après allocation de droits à polluer par décisions unilatérales, préalablement négociées globalement avec l'Union européenne, l'échange contractuel de ces droits sur le marché aboutit à un système efficace d'incitations.

3.1.1. Les aides économiques et à la création d'emplois

L'attribution d'une aide publique économique est fréquemment autorisée par une loi ou une mesure réglementaire unilatérale¹⁴¹, mais son versement intervient selon des procédés plus ou moins contractuels prescrits ou non par les textes les instituant. Ainsi, par exemple, l'article 10 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration impose le recours au contrat dès qu'une subvention dépasse le montant de 153 000 euros.

Si la qualification de contrat vient immédiatement à l'esprit, car l'administration entre dans une logique de donnant-donnant avec l'entreprise ou l'employeur (des aides ou des exonérations de charges sociales contre des résultats à atteindre en matière économique ou d'emploi), la jurisprudence ne la retient pas toujours.

En matière d'attribution d'aides, elle utilise volontiers la notion d'acte condition (CE, Sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'économie et des finances c/ Soc. SAMAT*, rec. p. 113, *AJDA*, p. 280, concl. Y. Galmot pour un agrément conditionnant une exonération fiscale). Il en découle pour l'administration la possibilité de retirer le bénéfice de l'aide si les objectifs prévus ne sont pas atteints : créations d'emplois non réalisées ou fermeture du site. C'est une analyse de même nature qui a été retenue pour l'attribution des primes de développement industriel en application du décret du 21 mars 1969¹⁴² ou d'aménagement du territoire versées par la DATAR en application du décret du 11 avril 1972 : leur octroi résulte d'une décision administrative unilatérale¹⁴³, largement discrétionnaire puisqu'une entreprise n'y a aucun droit alors même qu'elle remplit toutes les conditions légales pour y prétendre (CE, 14 décembre 1988, *SA Gibert Marine*, rec. p. 443).

Un contrat par lequel une commune prend en charge, dans l'intérêt public et en utilisant des procédés de droit public, les dépenses liées à une opération de décentralisation jugée utile pour le développement de cette commune a, en revanche, pour objet d'assurer un service public et présente, selon la jurispru-

141 - De nouvelles aides sont créées régulièrement, par exemple récemment pour favoriser l'installation des entreprises dans les zones franches urbaines. Depuis le traité de Rome, leur création est soumise à de fortes contraintes par le droit européen.

142 - La décision d'attribution de la prime peut être retirée si les conditions de création d'emplois mises à son octroi ne sont pas respectées : CE, 8 juillet 1988, *Premier ministre c/ SABDEC*, rec. p. 280.

143 - M. Hecquard-Théron, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *AJDA*, 1993, p. 451.

dence, le caractère d'un contrat administratif (CE, 26 juin 1974, *Société « La Maison des Isolants-France »*, rec. p. 365).

Parmi les nombreuses aides octroyées aux entreprises au cours des dernières années, les aides à l'exportation et à l'emploi occupent une place croissante. Depuis la création du fonds national pour l'emploi (FNE) en 1963, les aides à l'emploi ont connu un développement considérable et concernent des milliers d'employeurs et des centaines de milliers de salariés tous les ans¹⁴⁴. Elles sont versées pour favoriser l'insertion des jeunes en difficulté, accompagner les licenciements économiques effectués dans le cadre de restructurations (conventions FNE) et le reclassement des salariés (conventions de conversion) ou favoriser la transition entre activité et retraite (cessation anticipée d'activité, préretraite...). Leur particularité est qu'elles mettent en jeu un contrat de droit public entre l'État et l'employeur (TC, 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil de prud'hommes de Longjumeau*, requête n° 03152 pour le contrat emploi solidarité), doublé d'un contrat de droit privé entre l'employeur et le salarié, contrat d'adhésion pour les préretraites FNE ou véritable contrat individuel comme dans le cas de la convention de conversion.

3.1.2. La fixation et le contrôle des prix

Le premier champ ouvert à la démarche contractuelle après 1945 fut celui de la sortie du régime du contrôle des prix, qui a prévalu de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, à l'ordonnance de 1986 rétablissant la liberté des prix. Dans cette approche donnant-donnant, des contrats ont été conclus par la puissance publique avec les représentants des principales branches de l'économie qui liaient le retour progressif à la liberté des prix à des engagements de modération souscrits dans l'intérêt des consommateurs. Mais la jurisprudence a jugé que les engagements professionnels de stabilisation des prix, annexés aux arrêtés fixant le régime des prix, présentaient un caractère réglementaire (CE, Sect., 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, rec. p. 181, *AJDA*, 1973, p. 323, concl. Braibant, note Ch.-L. Vier).

Aujourd'hui encore, lorsqu'une profession semble commettre des excès dans sa politique tarifaire (grande distribution, pétroliers...), elle est convoquée à Bercy où elle est morigénée puis invitée, en réparation de sa mauvaise conduite, à conclure rapidement un engagement verbal, puis écrit, de modération ou de baisse des prix en présence de l'État. Ainsi, par exemple, dans la foulée du passage à l'euro et à un moment où se développe la polémique sur les marges « arrières » qui enrichissent le distributeur sans que le consommateur en tire bénéfice, la grande distribution a-t-elle été convoquée à Bercy en 2002 et 2003.

144 - Depuis la loi du 11 juin 1996, dite loi Robien, l'aménagement et la réduction du temps de travail s'accompagnent d'allègements de charges sociales. Ces allègements du coût du travail ont été amplifiés pour favoriser le passage aux 35 heures hebdomadaires. Ces aides portent aujourd'hui sur plus de 25 milliards d'euros par an. Pour rétablir en la matière une logique de donnant-donnant abandonnée en 2000, le Président de la République a avancé en novembre 2007 l'idée de lier ces allègements à des négociations de branche sur les salaires et notamment sur leurs minima (cf. 2.1.3). Un projet de loi est de nouveau envisagé pour fixer les critères et les modalités d'une telle conditionnalité.

Les discussions ont débouché sur un « engagement pour une baisse durable des prix à la consommation », signé sous l'égide du ministre de l'économie et des finances par les principaux représentants des fournisseurs, des distributeurs et du monde agricole le 17 juin 2004.

3.1.3. *Les rapports de l'État avec les entreprises publiques*

Le deuxième champ ouvert à la contractualisation de l'action économique après 1945 fut celui des rapports de l'État avec les entreprises publiques¹⁴⁵. Le rapport Nora de 1967 a été l'un des premiers à la promouvoir¹⁴⁶. Intervenant sur des marchés où commençait à jouer la concurrence, les entreprises publiques avaient besoin de visibilité et d'une stabilité de comportement de leur actionnaire public. Le « contrat de programme » suggéré par le rapport répondait à ce besoin : il avait pour but de conforter leur autonomie de gestion en limitant l'interventionnisme intempestif et désordonné des tutelles budgétaire et technique¹⁴⁷. Ce nouveau type de contrat s'inscrivait donc aussi dans une logique d'assouplissement de la tutelle : il s'agissait de passer d'une économie de commandement à une économie de responsabilité faisant apparaître des objectifs, des indicateurs de gestion et des compensations financières en contrepartie des contraintes de service public¹⁴⁸.

Les contrats avec les entreprises publiques¹⁴⁹ se sont depuis lors multipliés et constituent aujourd'hui encore le support juridique normal des rapports de celles-ci avec l'État. Ayant commencé par être expérimentés sans base législative, leur consécration découle de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, qui donne naissance dans un même mouvement au contrat de plan État-région et aux contrats passés entre l'État et les entreprises publiques (cf. 4). Les lois des 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire puis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques maintiennent l'existence de contrats de plan ou de cahiers des charges approuvés par décret et de contrats d'entreprise pluriannuels qui deviennent toutefois facultatifs. La loi n° 2004-803 du 11 août 2004 a remplacé ces deux types de contrat par un contrat de mission de service public spécifique aux sec-

145 - Voir aussi pour une approche comparative Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1999.

146 - En réalité le rapport Toutée d'octobre 1963 sur les procédures de discussion des salaires dans le secteur public avait déjà pointé le lien entre la liberté de négociation salariale dans les entreprises à statut (sous la forme de « contrats de progrès ») et la restitution à ces entreprises d'une « certaine latitude dans la fixation des tarifs », gage d'une vie financière, économique et sociale réelle. Mais réaliste, il avait conclu qu'il est « plus difficile encore de dégager une marge d'autonomie pour les recettes que pour les dépenses ».

147 - Le contrat de programme est « la synthèse moderne de la direction par objectifs d'une entreprise autonome et du contrôle managérial exercé par son tuteur » pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement B. Martin-Laprade dans une affaire soumise au Conseil d'État (CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicaliste des travailleurs des PTT et Syndicat CNT-PTE*, requête n° 176261 et 199219).

148 - Y. Jegouzo, « L'administration contractuelle en question », in *Mouvement du droit public, Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 552 qui parle de « tutelle intelligente ».

149 - G. Lescuyer, « Le contrat de programme de GDF », *CJEG*, 1971, p. 31 ; J. Chappez, « Le contrat de programme entre l'État et l'ORTF », *AJDA*, 1972, p. 565.

teurs électrique et gazier qui définit « *les objectifs et les modalités de mise en œuvre des missions de service public* ». Ce contrat est obligatoire pour EDF et GDF et facultatif pour les autres opérateurs de ces secteurs.

En cas de privatisation, la gouvernance des anciennes entreprises publiques s'aligne progressivement sur celle des entreprises privées et le contrat de plan ou d'entreprise disparaît alors complètement pour laisser place au droit commun des sociétés.

Les contrats passés entre l'État et les entreprises publiques peuvent comporter un volet relatif à l'aménagement du territoire: La Poste vient par exemple de conclure fin 2007, en complément du contrat de plan couvrant la période 2003-2007 et en application de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation postale, un « contrat de présence postale territoriale » qui précise, en application du décret n° 2007-310 du 5 mars 2007, les obligations de l'entreprise en matière d'aménagement du territoire de 2008 à 2010. Cet accord définit les conditions de répartition des crédits du fonds national de péréquation territoriale, doté notamment par l'allègement de la fiscalité locale dont bénéficie La Poste au titre de sa mission d'aménagement du territoire. Son objet principal est de répartir au plan national et départemental la ressource¹⁵⁰ allouée en contrepartie des obligations de présence postale en zone rurale, en zone urbaine sensible, en zone de montagne et dans les départements d'outre-mer.

3.1.4. Les services en réseau (énergie, audiovisuel et télécommunications) et le respect de la concurrence

La sortie de l'économie administrée de secteurs entiers (télécommunications, électricité...) s'est opérée en combinant la loi et l'acte administratif unilatéral¹⁵¹ et par la mise en place sur ces marchés ouverts à la concurrence d'autorités de régulation dotées d'une large indépendance et de pouvoirs de contrôle¹⁵².

L'influence européenne est ici manifeste. La construction européenne a en effet connu un tournant majeur dans les années 1980. L'adoption en 1986 de l'Acte unique fait de l'achèvement du marché unique l'objectif principal des Communautés européennes et opère un glissement de la réglementation vers la régulation¹⁵³. La construction européenne, jusque-là plutôt dominée par le droit

150 - Même si elle provient d'une exonération fiscale, cette ressource n'est pas d'une nature différente de celle des autres deniers maniés par cet EPIC.

151 - Ce phénomène dit de la déréglementation se traduit par un changement de la règle du jeu en introduisant par la loi la concurrence là où elle n'existait pas.

152 - J. Chevallier, « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *RFDA*, 1997, 1118 et « De la CNCL au CSA », *AJDA*, 1989, p. 59. *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2001, La Documentation française.

153 - Autre manière de présenter les choses : après avoir mis, dans un premier temps, l'accent sur l'élimination des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire sur la pénétration du droit public dans l'univers contractuel, les autorités européennes ont inversé la méthode en faisant pénétrer la technique contractuelle dans le droit public économique. Il existe d'ailleurs une école économique de la régulation par le contrat aux États-Unis. La pratique des engagements contractés par les entreprises dans le cadre des opérations de fusion ou de concentration en Europe illustre l'importance de ce phénomène, de même que l'institution par plusieurs règlements européens d'exemptions contractuelles dans certains secteurs.

romano-germanique, devient alors davantage perméable au modèle anglo-saxon de la régulation, qui pousse lui-même à la contractualisation de l'élaboration de la norme et de l'action publique. Les règlements et directives communautaires imposent à l'époque aux États membres de se doter d'autorités de régulation, distinctes des opérateurs, qui ont pour mission d'élaborer la norme sectorielle après consultation de tous les intérêts économiques en présence, et d'en surveiller l'application en négociant des arrangements avec les opérateurs économiques du secteur ou en infligeant des sanctions¹⁵⁴. L'autorité de régulation des télécommunications (ART) est ainsi créée par la loi du 26 juillet 1996, transposant deux directives communautaires de 1990¹⁵⁵ et 1996¹⁵⁶, de même que la Commission de régulation de l'énergie (CRE) par la loi du 10 février 2000 qui transpose une directive de 1996¹⁵⁷. Ces nouvelles instances de régulation édictent souvent de la *soft law* (lignes directrices, chartes, codes de conduite...) qui n'a pas nécessairement de valeur normative, mais à laquelle les opérateurs décident de se conformer par des engagements unilatéraux ou bilatéraux.

Il est frappant de constater que très rapidement après l'édiction par l'État de nouvelles règles du jeu, la réglementation sectorielle et les sanctions qui en découlent font elles-mêmes l'objet de négociations. Les autorités indépendantes sectorielles (marchés financiers, télécommunications, électricité, gaz...) débattent fréquemment du contenu de la réglementation avec les professionnels et les principaux opérateurs économiques ou représentants du secteur. Le secteur privé devient ainsi directement associé à la production de la norme, d'abord technique et financière, quand il ne la suggère pas ou ne l'inspire pas¹⁵⁸. Certains commentateurs remarquent toutefois que cette imbrication du régulateur avec les intérêts en présence est inhérente à la régulation elle-même, qui n'est efficace qu'à condition de tenir compte des particularités techniques et économiques évolutives dont seuls les opérateurs sont familiers et dont on ne peut acquérir la maîtrise qu'à leur contact.

3.1.4.1. L'octroi des autorisations d'émettre

La loi¹⁵⁹ a conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) le soin d'accorder les autorisations d'émettre qui sont, dans un secteur en mutation rapide, assorties de conventions.

154 - Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, les autorités administratives indépendantes comme la Commission des opérations de bourse (COB), l'ART ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) peuvent être dotées d'un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, considérant 6 ; décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, considérant 15 ; décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, considérant 50). Sur le pouvoir de sanction des autorités indépendantes, voir aussi *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2001, p. 358.

155 - Directive 90/388/CEE du 28 juin 1990.

156 - Directive 96/19/CE du 13 mars 1996.

157 - Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996.

158 - J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC*, 2004-4, p. 915 et suiv.

159 - Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant et complétant la loi du 30 septembre 1986.

La loi du 30 septembre 1986 modifiée par celle du 17 janvier 1989¹⁶⁰ subordonne en effet la délivrance de ces autorisations à la signature d'une convention, d'une durée maximale de dix ans¹⁶¹, définissant les obligations à respecter par l'exploitant et les sanctions possibles. Ces obligations concernent par exemple le temps consacré à la diffusion d'œuvres françaises, de programmes éducatifs, ou bien les limites fixées à la publicité : assez strictes, elles rapprochent la convention d'un « contrat d'adhésion » (cf. 7.4.1.4.2) pour lequel les demandeurs n'ont que peu de marge de négociation¹⁶². Ce système de conventionnement est également applicable à la radiodiffusion sonore, à la télévision par câble et par satellite¹⁶³ et à la télévision numérique terrestre. Conformément aux dispositions de la loi du 30 septembre 1986, l'octroi des autorisations tient compte de la nécessité d'éviter les abus de position dominante et les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence¹⁶⁴.

3.1.4.2. La tarification des services en réseau

Pour l'énergie, la France a, contrairement à d'autres pays comme l'Allemagne, décidé de créer, par la loi du 10 février 2000, une autorité administrative indépendante chargée de l'énergie (électricité et gaz), distincte du Conseil de la concurrence, qui reste toutefois chargé de surveiller le fonctionnement concurrentiel du marché. La régulation opérée par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) passe principalement par l'élaboration des tarifs d'utilisation des réseaux énergétiques. Si l'approbation de ces tarifs est juridiquement confiée au ministre de l'économie, la proposition de la CRE est déterminante et a toujours été intégralement suivie.

La régulation tarifaire prend deux formes principales¹⁶⁵ : la régulation « *cost plus* » et la régulation incitative. La première consiste à simplement couvrir les coûts comptables constatés. Elle est notamment appliquée aux opérateurs bénéficiant de droits spéciaux¹⁶⁶ et actifs sur des marchés concurrentiels pour vérifier l'absence de péréquation entre activités concurrentielles et activités réservées. Expérimenté en Grande-Bretagne, le second mode de tarification se rapproche davantage d'un contrat, puisque l'évolution du tarif n'est plus liée au coût, mais à des objectifs de performance à atteindre. La période de validité de la formule tarifaire s'est ainsi allongée, atteignant aujourd'hui entre trois et cinq ans. Destinée à stimuler les gains de productivité du secteur, cette formule a l'inconvénient de risquer de favoriser une dégradation de la qualité du service, les entreprises préférant diminuer leurs dépenses plutôt que de gagner en productivité. Ce risque s'étant vérifié en Grande-Bretagne, le Gouvernement français, après avoir envisagé il y a deux ans à introduire cette formule, n'a

160 - Elle modifie l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986.

161 - Décret du 4 février 2002.

162 - E. Derieux, « Régulation et réglementation de l'audiovisuel », Jurisclasseur, Fascicule n° 2400, Communication LexisNexis, décembre 2004.

163 - En vertu du décret du 1^{er} septembre 1992 pour les deux premières et de l'article 33 de la loi du 1^{er} août 2000 pour la troisième.

164 - CE, Sect., 29 janvier 1993, *Soc. NRJ*, rec. p. 17.

165 - Rapport d'activité de la CRE, juin 2007, p. 50.

166 - Les secteurs principalement concernés sont l'électricité, le gaz, les télécoms, le courrier...

finaleme nt pas encore pris de décision en ce sens. Le sujet continue toutefois à faire l'objet de discussions entre les experts. Parallèlement, les gestionnaires de réseau ont dû, conformément à la loi de 2004¹⁶⁷, mettre en place des codes de bonne conduite évalués chaque année par un rapport de la CRE.

3.1.4.3. L'aménagement des sanctions en cas de violation des règles de la concurrence

Institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence est doté d'un pouvoir de sanction. Deux outils « contractuels » lui ont été reconnus par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : les programmes de clémence et la procédure de non-contestation des griefs.

Importé du droit américain¹⁶⁸ puis communautaire¹⁶⁹, le premier vise à aider le Conseil à pallier son déficit en informations, sachant que la charge de la preuve lui incombe. En échange d'une exonération totale ou partielle des sanctions encourues pour participation illégale à un cartel, une entreprise s'engage à pleinement coopérer avec le Conseil, à mettre un terme à la pratique litigieuse et à ne pas prévenir les autres entreprises membres du cartel.

La non-contestation des griefs permet à une entreprise incriminée de renoncer à contester les faits qui lui sont reprochés. Elle s'engage alors à changer ses pratiques concurrentielles et voit en contrepartie le plafond de la sanction encourue diminuer automatiquement de moitié, soit 5 % au plus de son chiffre d'affaires mondial. La réduction d'amende dont elle bénéficie en outre est significative : elle atteint de 10 à 30 % de la sanction encourue¹⁷⁰.

Une troisième procédure, dite d'engagement, qui ne concerne pas les cartels portant sur les prix mais les autres restrictions à la concurrence, a été ajoutée aux deux précédentes par l'ordonnance du 4 novembre 2004, qui s'inspire d'un règlement européen de 2003. Au stade préliminaire de l'expression de préoccupations de concurrence par le Conseil et avant l'énoncé formel de griefs, une entreprise peut proposer des engagements au Conseil qui peut les entériner si ceux-ci lui paraissent aptes à répondre aux préoccupations énoncées¹⁷¹. Cette procédure d'engagement, qui est celle qui se rapproche le plus d'un contrat,

167 - Article 6 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004.

168 - Cette pratique est donc très prisée par les filiales des groupes américains, qui y recourent d'autant plus volontiers qu'elle permet ensuite, selon elles, d'atténuer auprès de l'opinion publique l'impact d'un comportement répréhensible.

169 - Voir en particulier la communication de la Commission en date du 7 décembre 2006 sur la clémence récompensant les entreprises qui dénoncent les ententes.

170 - B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in M.-A. Frison-Roche (dir.), « Les engagements dans le système de régulation », Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 250.

171 - La cour d'appel de Paris s'est récemment prononcée pour la première fois sur la validité de cette procédure (CA Paris, 16 octobre 2007, *Société Bijourama c/ Festina*), confirmant la décision n° 06-D-24 du Conseil de la concurrence en date du 24 juillet 2006 qui avait accepté les engagements de la société Festina quant à la clarification des modalités de vente en ligne de ses produits. La cour a ensuite jugé que la procédure de l'engagement relève de la régulation et ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH (CA Paris, 6 novembre 2007, *Canal 9 c/ GIE Les Indépendants*, décision 06-D-29).

rencontre un succès à la fois quantitatif (30 affaires annuelles sur 100 environ depuis 2004) et qualitatif puisqu'elle permet de restaurer plus rapidement la concurrence tout en diffusant efficacement une culture de concurrence dans tout un secteur de l'économie¹⁷².

Les décisions du collège du Conseil de la concurrence restant des actes unilatéraux, ces trois procédures ne constituent donc pas de véritables contrats mais une négociation précédant une décision du Conseil¹⁷³, dont l'exécution est ensuite attentivement contrôlée.

Au total, on semble assister à un rapprochement ou à une convergence des techniques de régulation sectorielle et du droit de la concurrence, permise par la jurisprudence européenne : la Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé récemment qu'une décision de la Commission anti-monopole de Russie ordonnant le remboursement de profits illicites tirés de pratiques anticoncurrentielles constituait un acte de régulation et non une sanction pénale au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁴. La cour d'appel de Paris a repris ce raisonnement à son compte, s'agissant du Conseil de la concurrence (cf. note 171).

3.2. Droit fiscal

Dans le domaine fiscal, régalien par nature, le principe est celui de l'intervention de l'administration par voie de décision unilatérale, réglementaire ou individuelle. Si quelques dispositions législatives permettent au contribuable de débattre avec l'administration pour déterminer en amont le bénéfice agricole forfaitaire au sein de la commission départementale des impôts directs, ou pour contester en aval un redressement, ces pratiques restent marginales et n'ont pas de valeur contractuelle. Aucune place n'est donc réservée au contrat¹⁷⁵, en dehors de la transaction fiscale¹⁷⁶. Les évolutions récentes du droit fiscal laissent toutefois entrevoir des possibilités accrues de contractualisation des rapports

172 - Allant encore au-delà, la Commission européenne vient de lancer à son tour le 26 octobre 2007 une consultation publique sur un projet de textes législatifs visant à instaurer une procédure de transaction dans le droit des ententes et qui passe par la modification du règlement de procédure (CE) n° 773/2004 et du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente. Les textes proposés par la Commission, qui devraient être adoptés en 2008, sont consultables aux adresses suivantes : http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/files_settlements/regulation_fr.pdf et http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/files_settlements/notice_fr.pdf.

173 - La négociation se poursuit jusqu'au bout de la procédure, y compris durant la séance du Conseil qui arrête la décision finale.

174 - CEDH, affaire n° 69042/01, 3 juin 2004, *Nesté Saint-Petersbourg et autres c/ Fédération de Russie*. La réglementation en cause dans cette affaire ne prévoyait pas de véritables sanctions pénales mais des pouvoirs de confiscation et de démantèlement d'entreprise, appartenant au champ de la régulation qui se situe hors du cadre de l'article 6 de la CEDH.

175 - La doctrine assimile la technique de l'agrément fiscal à un quasi-contrat. Par ailleurs, les dispositions, protectrices de la situation du contribuable, de l'article L. 80 A du LPF relatives à l'interprétation formelle de la règle fiscale par l'administration se rattachent à son pouvoir unilatéral d'explicitation de la norme fiscale et ne revêtent aucun aspect contractuel. Ces dispositions ont été étendues à la matière douanière et aux cotisations sociales en 2004 et 2005.

176 - CE, 28 juin 1961, *Compagnie générale*, rec. p. 443.

entre l'administration et le contribuable, notamment par la formalisation dans des « chartes » des garanties reconnues aux contribuables et par la résurgence depuis 1987 de la procédure du rescrit fiscal.

3.2.1. *Les chartes du contribuable*

La première, qui est la « charte des droits et obligations du contribuable vérifié », remonte à 1976 et a été initialement publiée au seul Bulletin officiel de la direction générale des impôts¹⁷⁷. Après avoir été initialement jugée dépourvue de toute valeur juridique car assimilée à « *un simple document d'information du contribuable* » (CE, 19 juin 1989, *Cassigneul*, requête n° 69846), elle a acquis une telle valeur depuis que l'article L. 10 du livre des procédures fiscales (LPF), issu de l'article 8-I de la loi n° 87-502 du 10 juillet 1987, prévoit que les dispositions de cette charte sont opposables à l'administration (CE, 24 novembre 1997, *Brun*, requête n° 168995). Depuis lors, le juge fiscal s'attache surtout à déterminer au cas par cas si le contribuable a été privé d'une garantie essentielle¹⁷⁸.

La seconde, qui est la « charte du contribuable » datée de septembre 2005, emprunte la terminologie habituelle du contrat, sans en retenir la qualification et sans en revêtir la forme. Elle récapitule en effet dans un document d'une trentaine de pages les droits et les devoirs du contribuable vis-à-vis de l'administration et indique que celui-ci peut s'en prévaloir auprès des agents de l'administration. L'objectif affiché est d'établir une relation responsable et personnalisée entre le citoyen et le fonctionnaire et, comme en matière contractuelle, « *de trouver le juste équilibre (...), d'ancrer cet équilibre dans une relation apaisée et fondée sur la confiance mutuelle* ». S'inscrivant dans une dynamique de concertation et de dialogue avec un « contribuable partenaire », elle présume sa bonne foi, comme en matière d'exécution des contrats.

3.2.2. *Les « contrats fiscaux » relatifs aux prix de transfert*

L'instruction 4 A-8-99 n° 171 du 17 septembre 1999 relative à la procédure d'accord préalable en matière de prix de transfert (APP) permet à une entreprise multinationale de faire valider sa politique de prix de transfert avec ses filiales et de se prémunir ainsi contre tout redressement ultérieur. Instrument de sécurité juridique, elle débouche idéalement sur un accord entre les administrations fiscales des deux pays concernés, fondé sur les clauses de procédure amiable des conventions fiscales bilatérales (article 25-3 du modèle de convention OCDE dans le but d'éviter les doubles impositions). L'accord porte essentiellement sur la méthode de détermination des prix de transfert, laquelle doit être conforme aux principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entre-

177 - Ce qui, selon une première jurisprudence du Conseil d'État, « *n'a pas constitué une publication suffisante pour en rendre les dispositions obligatoires à l'égard des contribuables* ». Cet arrêt a privé la charte de toute force obligatoire : « *dans ces conditions, lesdites dispositions ne sont pas opposables aux contribuables et ne peuvent pas non plus être invoquées par eux ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions susmentionnées de la note du 18 juin 1976 ne peut qu'être écarté* » (CE, 10 février 1988, *Barthélémy*, requête n° 57602 et 58926).

178 - Ch. Charles, *L'évolution de la charte du contribuable vérifié*, Éditions Francis Lefebvre, BF 3/2005, p. 181.



prises multinationales et des administrations fiscales publiés par l'OCDE en 1995. L'entreprise n'est pas partie à l'accord : l'instruction souligne que, conclu entre les deux administrations fiscales, ses effets sont subordonnés à l'*adhésion* des entreprises concernées.

L'entreprise fournit les données à l'administration française et à l'administration étrangère, chacune destinataire d'une demande de validation de la méthode et se réunit avec l'administration française pour expliquer sa méthode et ses critères de détermination des prix de transfert. L'administration française négocie en parallèle avec l'administration étrangère et sollicite au besoin des explications supplémentaires. Comme le relève l'instruction, l'accord préalable « *suppose une coopération entre l'entreprise et l'administration* ». L'administration peut à tout moment clore la procédure si elle ne tombe pas d'accord avec l'entreprise. Si un accord est trouvé, l'administration envoie une lettre au contribuable qui en définit les termes et la durée, entre trois et cinq ans. Le contribuable, en signant cette lettre, en accepte les termes et s'engage à en respecter les conditions. L'accord peut être révisé ou renouvelé.

Compte tenu des limites de cette procédure, à laquelle l'entreprise n'est pas nécessairement partie, un rescrit prix de transfert a été rajouté à l'article L. 80 B du LPF par la loi de finances rectificative de 2004 suite au rapport Gibert de septembre 2004. L'entreprise peut ainsi obtenir une prise de position formelle sur sa situation de la part de l'administration française.

3.2.3. Les « *rescrits* »

Le rescrit abus de droit instauré en 1987 est décrit à l'article L. 64 B du LPF. Il permet au contribuable d'interroger l'administration sur le montage juridique qu'il envisage, afin de savoir s'il est constitutif ou non d'un abus de droit.

Quatre conditions sont fixées pour que l'usager en bénéficie :

- la demande doit être antérieure à la conclusion du contrat ou de la convention dont la signature est envisagée ;
- le contribuable doit faire mention de tous les éléments nécessaires à l'appréciation de sa situation fiscale et des conséquences engendrées par la conclusion du contrat qu'il envisage de signer ;
- la demande doit être adressée par écrit à la direction générale des impôts ;
- enfin, la consultation de l'administration doit concerner la portée d'un contrat ou d'une convention susceptibles d'être mis en cause dans le cadre de la procédure de répression des abus de droit.

L'administration dispose alors de six mois pour se prononcer sur la situation juridique qui naîtra de la signature du contrat. À leur terme, elle est, à défaut de toute prise de position explicite, réputée avoir accepté le montage juridique du contribuable qui, en cas de mise en œuvre, ne s'expose plus à des poursuites sur le terrain de l'abus de droit¹⁷⁹. Si l'administration a indiqué ne pas partager l'analyse du contribuable, ce dernier peut néanmoins réaliser l'opération projetée

179 - Dans cette hypothèse en effet, l'administration est engagée par sa position dans les conditions prévues aux articles L. 80 A et L. 80 B du LPF. Cet engagement vaut uniquement pour l'opération présentée à l'administration.

mais l'administration peut procéder, si elle s'y croit fondée, à des rehaussements dans les conditions de droit commun.

La garantie reconnue au contribuable peut néanmoins prendre fin si sa situation de fait évolue dans une direction qui n'est pas couverte par la réponse de l'administration, si les textes législatifs changent ou si l'administration modifiant son analyse, en informe préalablement le contribuable ; cette modification est alors dépourvue d'effet rétroactif.

Le rescrit valeur, instauré par une instruction 13 L-2-98 du 8 janvier 1998, facilite les donations d'entreprises à titre gratuit, l'administration se prononçant sur la valeur vénale de l'entreprise servant de base au calcul de l'impôt. En cas d'accord exprès du service¹⁸⁰, la base déclarée comme assiette de l'impôt ne peut plus être remise en cause si l'entreprise est transmise conformément au projet présenté par le contribuable de bonne foi.

Dans le cadre souple de l'article L. 80 B du LPF, qui autorise le contribuable à demander à l'administration une position de principe sur sa situation fiscale particulière, la loi a progressivement étendu et élargi la procédure du rescrit fiscal au-delà de la procédure d'abus de droit et de la détermination de la valeur retenue pour une donation d'entreprise. Quelques exemples illustrent l'extension du champ du rescrit : la possibilité de bénéficiaire d'un amortissement exceptionnel, du crédit d'impôt recherche, du statut de jeune entreprise innovante, de l'habilitation à recevoir des dons, d'allègements d'impôts au titre d'entreprise nouvellement créée ou d'entreprise de recherche et de développement, d'une exonération d'impôts sur les bénéfices pour les entreprises implantées en zone franche urbaine. Cette procédure permet aussi à un opérateur étranger d'obtenir la garantie qu'il ne dispose pas en France d'un établissement stable ou d'une base fixe au sens de la convention fiscale liant la France à son État de résidence, ou encore à toute entreprise d'obtenir un accord sur la valorisation de son prix de transfert (cf. 3.2.2).

À la faveur de son élargissement¹⁸¹ et de la publication des réponses sur le site internet du ministère des finances, la procédure du rescrit a gagné en notoriété¹⁸² mais ses caractéristiques techniques¹⁸³ et des obstacles psychologiques freinent

180 - Le silence de l'administration ne valant pas ici accord tacite, il appartient au contribuable de vérifier qu'il a fourni à l'administration toutes les pièces nécessaires à l'examen de sa demande.

181 - La procédure de rescrit a en outre été étendue à la matière douanière puis aux cotisations et contributions sociales par l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 et son décret d'application.

182 - On a dénombré près de 10 000 demandes en 2006 contre un peu plus de 3 000 en 2003.

183 - S'agissant du rescrit abus de droit, l'administration dispose de la possibilité de ne pas donner de réponse au contribuable dans un délai de six mois si elle estime ne pas être en possession de tous les éléments nécessaires pour qu'elle puisse se prononcer. Croyant bénéficiaire de la garantie du non-recours à la procédure de l'abus de droit, l'administré peut mettre en œuvre son montage sans que celui-ci ne soit pour autant validé par l'administration. En outre, l'administration peut, tout en accordant à l'assujéti la garantie de non-recours à la procédure de l'abus de droit, mettre en cause le montage sur d'autres fondements juridiques. Ces deux éléments expliquent la faible popularité du rescrit fiscal abus de droit, qui ne garantit pas une véritable sécurité juridique.

toujours son utilisation¹⁸⁴. L'administration fiscale française s'est également récemment engagée à un raccourcissement significatif de son délai de réponse. La réelle faiblesse du rescrit français, soulignée par un rapport du Sénat (cf. 11.3), demeure cependant l'absence de concertation en amont¹⁸⁵. Cela étant, une prise de position formelle de la part de l'administration peut s'avérer précieuse, notamment en cas de montage à vocation internationale.

Si l'administration se prononce généralement de manière expresse sur les situations de fait qui lui sont soumises par les contribuables, le rescrit fiscal a jusqu'ici souvent été invoqué à tort devant les juridictions administratives, soit qu'il ait été postérieur à l'année d'imposition sur laquelle portait le redressement¹⁸⁶, soit qu'une position de l'administration ait été considérée à tort comme valant rescrit fiscal¹⁸⁷. Par une décision récente, le Conseil d'État vient d'écarter pour le rescrit fiscal la qualification de décision susceptible de recours pour excès de pouvoir et a jugé que la prise de position de l'administration, lorsqu'elle est susceptible de faire grief, n'est pas détachable de la procédure d'imposition (CE, 26 mars 2008, *Association Pro Musica*, requête n° 278858).

3.2.4. La transaction fiscale

Prévue aux articles L. 247 et suivants du livre des procédures fiscales (LPF), la transaction fiscale ne peut qu'atténuer le montant des amendes fiscales ou, depuis 2004, des majorations, prononcées ou simplement encourues, s'ajoutant aux impositions en litige. Elle ne peut intervenir que tant que les impositions ne sont pas devenues définitives et se trouve soumise à des exigences de forme et de notification détaillées au LPF (articles L. 251 et R. 247-3). Une fois acceptée et signée, la transaction fait obstacle à ce que le contribuable ou l'administration remettent en cause devant le juge de l'impôt les droits en principal et les pénalités¹⁸⁸. Mais en cas d'inexécution intégrale des engagements prévus, l'administration peut toujours revenir à la voie contentieuse pour recouvrer sa créance (CE, 11 mai 1977, *RJF*, 7 août 1977, n° 432).

184 - En particulier les réticences du contribuable liées à la méfiance à l'égard d'une administration jugée toute puissante : peur d'attirer l'attention des contrôleurs fiscaux ou de dévoiler un montage original. Cette crainte serait corroborée par le fait que les contribuables bénéficiant d'un rescrit sont sujets à des contrôles à répétition, ce que l'administration écarte comme relevant du pur fantasme. Le contribuable qui n'aurait pas reçu une réponse positive de l'administration doit, selon elle, simplement admettre le risque qu'il encourt à mettre en œuvre son montage.

185 - « Bien qu'elle [la procédure de « ruling »] se soit renforcée dans la période récente, la dimension d'échange et de négociation est également moins présente dans le rescrit français (...). »

186 - Cour administrative d'appel de Paris, 5^e chambre, 6 novembre 2006, requête n° 04PA01230 ; cour administrative d'appel de Versailles, 3^e chambre, 15 mai 2007, requête n° 05VE01063.

187 - CE, 15 juin 2001, *Commeau*, t. p. 896.

188 - Sur son régime particulier, voir CE, Sect., 28 septembre 1983, *Soc. des établissements Prévost*, Recueil Lebon, p. 376, avec concl. Ph. Bissara qui dressent un tableau très complet de la procédure, de la valeur juridique et des conditions de rectification d'une transaction.

4. Le contrat en matière d'aménagement du territoire

Ancêtres des contrats actuels conclus entre personnes publiques, des chartes d'autonomie sont dès l'Ancien Régime négociées avant d'être octroyées à certaines villes. La planification et les préoccupations liées à l'aménagement du territoire ont débouché, dans la seconde partie du XX^e siècle, sur « *une politique contractuelle de l'État dans ses rapports avec les institutions décentralisées* »¹⁸⁹. Outre la planification quasi-contractuelle¹⁹⁰ (IV^e Plan couvrant les années 1962-1965) puis contractuelle (V^e Plan couvrant les années 1966-1970) et les contrats de plan État-région, ont vu le jour à cette époque les contrats de plan entre l'État et les communautés d'agglomération puis urbaines¹⁹¹, les contrats d'aménagement des villes moyennes¹⁹² ou encore les contrats de pays¹⁹³. Le succès de ces différentes formules a été limité à l'époque : en dix ans n'ont été signés que 70 conventions d'aménagement et 200 contrats de pays.

La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification¹⁹⁴ a tenté d'harmoniser ces diverses formes de contrats et a relancé le processus de contractualisation. Aux termes de son article 11 « *l'État peut conclure avec les collectivités territoriales, les régions et les entreprises publiques ou privées et éventuellement avec d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de l'exécution du plan et de ses programmes prioritaires (...). Le contrat de plan conclu entre l'État et la région définit les actions que l'État et la région s'engagent à mener conjointement par voie contractuelle pendant la durée du plan* ». Le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'État passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions et les territoires d'outre-mer* »¹⁹⁵. Selon le commentaire de Louis Favreau, « *Cette absolue constitutionnelle peut-être bien évidemment transposée à toute convention entre personnes publiques* ». Ces conventions peuvent donc se rapporter à l'exercice d'une compétence : « *Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et*

189 - R. Chapus, DAG 1, Montchrestien, 11^e édition n° 488.

190 - E. Arrighi de Casanova, « Les quasi-contrats du plan », *Dr. Soc.*, 1965, p. 341 ; F. Batailler, « Une nouvelle technique d'économie concertée : les "quasi-contrats" pour l'exécution du plan », *RSF*, 1964, p. 345.

191 - Décret n° 70-1221 du 23 décembre 1970, publié au *Journal officiel* du 25 décembre 1970 ; J.-P. Dupont, « Les contrats de plan », *Moniteur des Travaux publics*, 1971, p. 45 ; Y. Pimont, « Les contrats de plan », *Revue de sciences financières*, 1971, p. 697.

192 - Circulaire du ministre de l'équipement, n° 74-112 du 4 juillet 1974, *Moniteur des Travaux publics*, 17 août 1974, p. 124.

193 - Circulaire de la DATAR du 11 juillet 1975 puis circulaire du 30 mars 1977, P. Rolland, « Les contrats de pays », *Revue de droit public*, 1979, p. 1338 ; D. Pépy, « Une formule originale : les contrats de pays », *Revue administrative*, 1975, p. 623.

194 - *JORF*, 30 juillet 1982 ; *AJDA*, 1982, p. 615 et p. 577, commentaire H. Jacquot.

195 - CC, 19 juillet 1983, n° 83-160 DC, rec. Conseil constitutionnel, p. 43 ; *AJDA*, 1984, p. 28, note J.-P. Jarnevic ; *JCP* 1985, II, 20352 note H. Labayle ; *RDP* 1986, p. 395, comm. L. Favreau.

*des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi. »*¹⁹⁶.

Malgré son ambition, la loi du 29 juillet 1982 n'est pas parvenue à contenir l'apparition de nouvelles générations de contrats.

4.1. Des contrats de plan État-région aux contrats de projet

Les contrats de plan conclus entre l'État et les régions ont vu leur procédure d'élaboration et leur contenu fréquemment modifiés depuis 1982¹⁹⁷. Le contrat de plan État-région (CPER) scelle aujourd'hui un accord entre le préfet de région, représentant de l'État, et le président du conseil régional sur un programme d'actions en matière de développement du territoire régional, chaque partie s'engageant sur la nature et le financement des différentes opérations programmées.

La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification faisait coexister trois documents distincts : le plan de la nation, le plan de la région qui « *détermine les objectifs à moyen terme du développement, social et culturel de la région pour la période d'application du plan de la nation* » et le CPER, dont la vocation était d'assurer la compatibilité des plans des régions entre eux ainsi qu'avec le plan de la nation. Le plan de la région devait précéder le CPER en indiquant l'objet et la portée de ce dernier. Comme les financements permettant sa réalisation figuraient dans le CPER négocié par la suite et déterminaient les marges de manœuvre de la région, le plan de la région a été rapidement absorbé par le CPER lui-même, au point d'être finalement supprimé en 1994. Par ailleurs, les CPER de la deuxième génération ayant été signés en 1989, avant le vote du plan de la nation (IX^e Plan), et ceux de la troisième génération l'ayant été en 1994, en l'absence de toute planification nationale, ils sont finalement devenus un document unique et autonome de planification. Puis, en 1996, la durée d'exécution des CPER a été prolongée d'une année par l'État, compte tenu des retards d'engagements alors constatés et du souhait de coordonner désormais le calendrier de ces contrats avec celui des

196 - Beaucoup de commentateurs voient dans cette décision un rappel de la thèse des légistes, et notamment de celle de J. Bodin, selon laquelle les personnes publiques disposent de la liberté de se lier par contrat (O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 101). Le Conseil d'État avait d'ailleurs peu auparavant jugé que l'imposition de différentes clauses obligatoires dans les contrats de gestion des transports publics d'intérêt local n'apportait pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement (2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, rec. p. 33, *RFDA*, 1984.45, note F. Llorens, *RDJ* 1984, p. 212, note J.-M. Auby). Loi et contrat se complètent donc dans les rapports entre collectivités publiques : P. Delvolvé, *Constitution et contrats publics*, *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 469.

197 - J.-M. Pontier, « Contractualisation et planification », *RDJ* 1993, p. 644.

fonds structurels européens¹⁹⁸. Enfin, sur décision du Gouvernement prise lors du comité interministériel d'aménagement du territoire du 6 mars 2006, les contrats de plan État-région ont été remplacés par les contrats de projet.

Ces derniers couvrent un champ plus restreint qu'autrefois et sont recentrés sur trois axes correspondant à la stratégie européenne de Lisbonne : compétitivité et attractivité du territoire, promotion du développement durable et cohésion sociale. Ils sont focalisés sur les grands projets d'infrastructure mais confèrent davantage de liberté en prévoyant la possibilité d'introduire un volet spécifique à certains territoires.

La grande plasticité du CPER au cours du temps confirme au demeurant qu'un contrat administratif s'isole difficilement des actes unilatéraux qui le précèdent et se suffit rarement à lui seul : élément d'une procédure complexe (cf. 7.2.6), instrument de coordination d'autres contrats (cf. 12.2.6) et volet de la mise en œuvre des fonds structurels européens, le CPER a certes conquis son autonomie par rapport au plan national mais son histoire témoigne de sa grande instabilité (cf. 12.1.4).

4.2. Les contrats conclus entre l'État et les collectivités territoriales

Contrats de plans entre État et communautés urbaines en 1970, contrats de villes moyennes en 1973, contrats de pays à partir de 1975, contrats habitat et vie sociale à compter de 1977, chartes intercommunales de développement et d'aménagement en 1983, contrats de ville, contrats d'agglomération ou encore contrats locaux de sécurité illustrent le foisonnement contractuel ininterrompu en matière d'aménagement du territoire¹⁹⁹. Le caractère commun à tous ces contrats est qu'ils déclinent une politique publique nationale, sectorielle ou spécifique, sur laquelle l'État cherche à un moment donné à mobiliser les efforts ou les énergies locales. Souvent, ils prennent corps sans cadre normatif précis : la plupart d'entre eux sont définis par des circulaires, support privilégié d'expression des politiques publiques.

198 - La construction européenne a renforcé l'échelon régional à l'intérieur des États membres. Dans les années 1980 et dans la foulée de la création du comité des régions, la Commission a tenté de s'appuyer davantage sur l'échelon régional pour sortir d'un face-à-face exclusif avec les États membres et assurer une meilleure application directe du droit et des politiques communautaires à l'échelon local. La création des fonds structurels (FEOGA, FSE, FEDERE...) s'inscrit dans cette logique. Les règlements qui les régissent prévoient un large recours au contrat, y compris pour fixer les montants alloués aux régions. L'effet structurant de ces fonds a d'ailleurs été tel que la planification régionale a fini par se caler entièrement, à la fois en ce qui concerne sa périodisation, sa forme contractuelle et ses orientations, sur celle des fonds européens, qui la financent à hauteur de 30 % environ. Même si les États membres centralisent et rendent compte de l'emploi des fonds, la négociation part de l'échelon régional et remonte jusqu'à Bruxelles. Autrement dit, sur ce point, la construction européenne a conforté la pratique préexistante de contractualisation de l'aménagement du territoire déjà largement pratiquée chez nous et lui a permis de prendre une plus grande ampleur.

199 - Si L. Richer relève que la seconde phase de l'extension du contrat est celle de l'administration territoriale (1982-1992), force est de constater qu'elle débute avant 1982 et qu'elle se poursuit très au-delà de 1992. Sur le foisonnement contractuel de l'époque, voir aussi F. Moderne, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984.1.

4.2.1. La politique de la ville

La politique de la ville naît dans les années 1976-1977, dans la foulée du rapport Guichard *Vivre ensemble* du 24 novembre 1976, avec la création du fonds d'aménagement urbain et les opérations habitat et vie sociale dans cinquante quartiers. Elle prend définitivement forme avec la création de la Commission nationale pour le développement social des quartiers (CNDSQ) et deux rapports marquants : en 1982 le rapport *Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité* de la commission des maires sur la sécurité, présidée par Gilbert Bonnemaïson et, en 1983, le rapport Dubedout, *Ensemble, refaire la ville*. La politique de la ville se focalise dès lors sur la recherche de solutions préventives globales, et non sectorielles, aux problèmes sociaux. Elle repose largement sur des contrats associant l'État, les communes et les associations (contrats de développement social des quartiers, contrats « banlieues 89 », etc.).

Institué par la loi du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, le contrat de ville est un accord par lequel l'État et les collectivités territoriales s'engagent à mettre en œuvre des actions concertées pour améliorer les conditions de vie dans les quartiers connaissant des difficultés sociales²⁰⁰. En 2000, ils sont devenus l'outil unique de la politique de la ville, conformément à la circulaire du Premier ministre en date du 31 décembre 1998, et concernent donc des villes de toute taille. 1 300 quartiers regroupant 6 millions d'habitants ont bénéficié de ce dispositif entre 2000 et 2006, qui a permis des opérations de réhabilitation de logements ou d'espaces publics ainsi que des actions de réinsertion dans l'emploi.

4.2.2. La lutte contre la délinquance

Dès les années 1970, le contrat est utilisé pour coordonner l'action des services de la police, de la justice et de l'éducation nationale. Le rapport Bonnemaïson débouche sur une coopération entre l'État et les collectivités locales pour mener des politiques de prévention s'appuyant sur le tissu associatif. Une circulaire du 27 février 1985 institue des contrats d'action de prévention pour la sécurité. Entre 1988 et 1992, les politiques de sécurité sont intégrées dans la politique de la ville. Mais le volet « prévention et sécurité » des contrats de ville se décline parfois dans des contrats autonomes, les contrats locaux de sécurité (CLS). Prévus par la circulaire interministérielle du 27 octobre 1997, complétée par celle du 7 juin 1999, ils sont conclus entre l'État et les collectivités locales et apparaissent comme l'outil principal d'une politique de sécurité privilégiant l'éducation à la citoyenneté et les actions conjointes de tous les services de l'État, en particulier la police et la gendarmerie. Une circulaire du 4 décembre 2006 transforme les CLS en contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance. À partir d'un diagnostic local de sécurité, ils déterminent une liste des actions prioritaires.

200 - D'après la circulaire du Premier ministre du 31 décembre 1998 (*Journal officiel* du 15 janvier 1999, p. 726), « le contrat de ville sera la procédure de contractualisation unique pour la politique de la ville. Il constituera la déclinaison pour la politique de la ville des priorités du contrat de plan. Il sera conclu pour sept ans, comme les contrats de plan État-région ».

4.2.3. *Les contrats de pays et d'agglomération*

Les contrats de pays et d'agglomération, qui s'insèrent dans le volet territorial des contrats de plan État-région, ont été créés par la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire²⁰¹. Ils visent notamment à améliorer la gouvernance locale en renforçant l'intercommunalité et à moderniser l'organisation territoriale. Signés par des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre avec l'État, les régions et les départements concernés, les contrats de pays visent à mettre en œuvre une charte de développement du pays et portent sur les principales politiques concourant à son développement. La charte revêt, en vertu de la loi, une portée juridique pour les territoires soumis à une forte pression urbaine et non couverts par un schéma de cohérence territoriale (SCOT). Sa signature nécessite de donner naissance à un groupement d'intérêt public de développement local ou à un établissement public territorial. La reconnaissance de l'institution nouvelle et la signature du contrat vont donc de pair.

Afin d'aboutir à une articulation optimale des contrats de pays avec les contrats d'agglomération, cette loi prévoit que leur continuité et leur complémentarité sont précisées par voie de convention entre les parties intéressées. À double détente, ces contrats appellent donc eux-mêmes de nouvelles conventions, en particulier pour coordonner l'action des services de l'État dans le pays...

4.2.4. *Autres contrats*

De multiples contrats sont conclus entre l'État ou ses services et les collectivités territoriales pour l'organisation de leurs services ou la mise en œuvre des politiques publiques.

Par exemple, des milliers de contrats (baux, etc.) ont été conclus entre l'État et les communes pour construire des gendarmeries ou des bureaux de poste. C'est le support contractuel qui a également été retenu par la loi du 2 mars 1982 pour mettre les services de l'État à la disposition des régions ou des départements ou les leur transférer (cf. 9.2.3 sur leur régime juridique), ce dispositif contractuel ayant été conservé par la loi du 13 août 2004. De même des centaines de conventions de ZAC sont signées chaque année entre collectivités territoriales et aménageurs pour aménager des zones urbaines. Il faudrait aussi évoquer les conventions d'exploitation passées, en application de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, entre les autorités organisatrices de transport et les entreprises de transport.

Des délégations conventionnelles de compétence sont en outre périodiquement organisées de l'État vers les départements ou les établissements publics de coopération intercommunale : par exemple pour l'attribution des aides à la pierre en cas de conformité avec le plan local d'amélioration de l'habitat²⁰² ou pour la gestion des concours financiers de l'agence nationale de la rénovation urbaine.

201 - Une circulaire du 7 juin 2001 précise le régime juridique des contrats d'agglomération.

202 - Cette délégation est limitée dans le temps à trois ans.



4.3. Les contrats entre collectivités territoriales

Les contrats conclus entre l'État et les collectivités territoriales se doublent de contrats passés directement entre elles par ces collectivités, en dehors de toute présence de l'État. Les lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983 relatives à la répartition de compétences entre l'État et les collectivités locales²⁰³ (articles 6 et 12) ont en effet ajouté à la gamme existante des conventions de mise à disposition de services et surtout ouvert le champ de la coopération contractuelle entre collectivités territoriales. Des contrats de toutes sortes s'étant multipliés, on a maintenant affaire à un échec contractuel difficile à démêler.

4.3.1. Les groupements entre collectivités de même catégorie

Le code général des collectivités territoriales comporte de nombreuses formules, parfois anciennes, permettant à des collectivités de même rang de s'associer par contrat : les ententes intercommunales pour gérer des ouvrages ou des institutions d'utilité commune, les fusions de communes par le biais de conventions de fusion, les ententes interdépartementales²⁰⁴ et les groupements de régions²⁰⁵.

Plus récemment, l'intercommunalité s'est fortement développée. Dans ce cadre, de nombreux contrats ont été passés entre commune centre et autres communes, pour la gestion de la voirie par exemple.

La loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale a renouvelé le cadre de l'intercommunalité. Elle a supprimé le district, créée par l'ordonnance du 5 janvier 1959, et la communauté de villes, par la loi n°92-125 du 6 février 1992, tout en instituant une forme juridique nouvelle, la communauté d'agglomération. Les cinq modalités actuelles de regroupement sont de nature tantôt associative (syndicats de communes et syndicat intercommunal à vocation multiple ou SIVOM) tantôt fédérative (communautés de communes, communautés d'agglomération, communautés urbaines).

- L'intercommunalité a acquis une place significative dans la gestion publique locale : elle touche plus de 90 % des communes en 2007²⁰⁶ et 55 millions d'habitants appartiennent à une structure intercommunale à fiscalité propre. Ses champs de compétence ont doublé depuis 1999, de même que ses budgets d'intervention, désormais supérieurs à ceux des régions.

Même si la création d'un EPCI nécessite qu'une majorité qualifiée de communes exprime la volonté de se doter d'un projet de développement commun, sa constitution relève d'un acte unilatéral. En effet, toute décision « constitutionnelle »

203 - *JORF*, 9 janvier 1983.

204 - L'entente interdépartementale est une personne morale chargée d'exercer les attributions confiées par les départements qui en font partie. Peu utilisée, cette formule l'a été en 1996 par les départements du Languedoc pour mener à bien la démoustication de la région.

205 - F. Sudre, « La coopération interrégionale : le cas de la modernisation du canal du Midi », *Rev. Adm.*, 1983, p. 661.

206 - M. Censi, « Vers un nouvel élan pour la coopération intercommunale », *AJDA*, 8 octobre 2007, p. 1841.

relative à l'EPCI (création, modification des compétences, retrait, extension de périmètre, dissolution) nécessite un arrêté préfectoral. Détenant une compétence discrétionnaire pour arrêter le périmètre, le préfet dispose de toute liberté pour fixer la liste des communes intéressées (CE, 15 février 1984, *Association industrielle du Territoire de Belfort et régions limitrophes*, rec. p.66).

L'EPCI n'exerce que des compétences d'attribution transférées par les communes. Ces compétences sont déterminées selon des modalités différentes suivant la catégorie du groupement. Dans les syndicats de communes, ce sont les statuts approuvés par les conseils municipaux qui définissent le champ et la nature des compétences transférées. Pour les communautés de communes, le législateur définit des groupes de compétences obligatoires²⁰⁷ et optionnels, les conseils municipaux devant ensuite définir le contenu des compétences transférées au sein de chacun des groupes. De même, la loi impose à la communauté d'agglomération l'exercice de blocs de compétences (au sein desquels aucune compétence ne peut être retranchée), mais certaines autres compétences restent optionnelles²⁰⁸. Pour les communautés urbaines, le législateur énumère de manière précise les compétences communautaires et en fixe la liste avec une possibilité d'extension sur décision des conseils municipaux et du conseil de communauté²⁰⁹. Les statuts d'un EPCI sont approuvés par arrêté du ou des représentants de l'État dans le ou les départements concernés.

Les compétences transférées à un EPCI ne sont pas figées. Les communes peuvent transférer totalement ou partiellement à l'EPCI de nouvelles compétences, dont le transfert n'a pas été prévu par la loi ou le statut primitif. Les biens, équipements ou services publics nécessaires à l'exercice de ces compétences sont alors transférés. L'article L. 5211-5 III du CGCT prévoit en outre que l'EPCI se trouve, du fait du nouveau transfert de compétences, lié par les contrats souscrits par les communes dans les domaines des compétences transférées²¹⁰. Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale dans les contrats conclus par les communes n'entraîne donc aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant.

Les communautés d'agglomération et les communautés urbaines peuvent aussi exercer tout ou partie des compétences d'aide sociale que le département souhaite leur confier par voie de convention. En vertu de l'article L. 5210-4 du CGCT, « lorsqu'il y est expressément autorisé par ses statuts, un établissement public de coopération intercommunale peut demander à exercer, au nom et pour le compte du département ou de la région, tout ou partie des compétences dévolues à l'une ou l'autre de ces collectivités. » L'exercice par l'EPCI d'une telle compétence fait l'objet d'une convention conclue entre l'établissement et

207 - En vertu de l'article L. 5214-16, il s'agit du développement économique et de l'aménagement de l'espace.

208 - Article L. 5216-5 du CGCT.

209 - Article L. 5215-20 du CGCT.

210 - Les relations contractuelles entre EPCI et communes membres faisant l'objet de débats avec la Commission (cf. 13.3.1.5), leur création est brièvement décrite ici bien que relevant entièrement d'un acte unilatéral.

le département ou la région, qui détermine l'étendue de la délégation, sa durée ainsi que ses conditions financières et ses modalités d'exécution. Cette convention indique également les conditions de partage des responsabilités encourues dans le cadre de la délégation.

4.3.2. *Les groupements mixtes de collectivités*

L'article L.5111-1 du code général des collectivités territoriales permet aussi à celles-ci de conclure des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre ses services et moyens à la disposition d'une autre collectivité pour lui faciliter l'exercice de ses compétences. Le foisonnement du contrat a été spectaculaire dans ce domaine au cours des dernières années.

Les multiples formes de contrats intervenus entre les collectivités territoriales ont été prévues ou par les textes généraux²¹¹ ou par des lois régissant certains secteurs particuliers.

Si peu de contrats ont été conclus entre le département et la région malgré de larges possibilités théoriques, notamment en matière de formations initiales, les régions ont contracté avec tous les autres niveaux de collectivité, par exemple en matière d'inventaire général du patrimoine culturel.

De même, les départements ont largement contracté avec les communes ou leurs groupements dans un grand nombre de matières, sociales notamment. Ainsi la communauté urbaine de Strasbourg gère la protection maternelle et infantile (PMI) et l'action éducative en milieu ouvert pour le compte du département.

La mise en œuvre de la décentralisation du RMI en vertu de la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 a également généré tout un édifice contractuel dérivé. Des conventions signées avec des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) déterminent les modalités de signature des contrats d'insertion et de l'accompagnement social des bénéficiaires de la prestation²¹². Cette loi ayant par ailleurs conforté les caisses d'allocation familiale (CAF) et les caisses de la mutualité sociale agricole (CMSA) dans leur rôle de service de la prestation, des conventions de délégation de gestion ont été passées entre les départements et ces caisses pour redéfinir le dispositif de gestion du RMI dans ce nouveau contexte. Des stipulations très complexes règlent ainsi la liste des décisions que les CAF et CMSA peuvent prendre seules, celles qui nécessitent l'aval du conseil général, les décisions prises en concertation tel le plan de contrôle des bénéficiaires du RMI, les partages d'informations et la communication des fichiers... et bien sûr aussi le versement des financements nécessaires par les départements.

Tout récemment, les départements se sont mis à expérimenter et à contractualiser leurs rapports avec les groupements de communes. Ainsi, plusieurs départements (Pas-de-Calais, Ille-et-Vilaine...) expérimentent des contrats de développement territorial avec leurs EPCI, ces contrats s'accompagnant souvent d'une

211 - L'article L. 5210-4 du CGCT par exemple en ce qui concerne les communes.

212 - De manière analogue, certains départements (le Cher, le Tarn) ont contractualisé la mise en œuvre du programme local d'insertion.

déconcentration des services départementaux. Le département des Côtes-d'Armor expérimente ainsi depuis peu des « contrats d'objectifs et de développement » d'une durée de trois ans avec quelques intercommunalités. Ces contrats identifient un programme et des projets prioritaires correspondant aux préoccupations de développement territorial de chaque cocontractant. Le département s'engage à participer au financement des projets ainsi identifiés à une hauteur supérieure à celle généralement prévue hors de ce cadre. Le département envisage de généraliser ces contrats de projet territoriaux à toutes les intercommunalités d'ici 2009, en les dotant d'enveloppes financières pluriannuelles.

Des délégations conventionnelles de compétence interviennent également directement, en matière de réservation de logements sociaux par exemple, du préfet au profit des EPCI, des communes et des maires (article L. 441-1 du code de la construction et de l'habitation). De telles conventions pourront être passées pour la mise en œuvre du droit au logement opposable ; ces conventions définissant les obligations du délégataire devront avoir été mises en conformité avec les dispositions de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable (cf. 2.3.5).

Dans le cadre du mouvement de contractualisation qui prolonge la décentralisation, l'État tuteur des collectivités territoriales en devient le partenaire, un parmi d'autres, tandis que les collectivités territoriales, chargées du développement de leur territoire, mobilisent les acteurs locaux sur leurs objectifs et se mettent à coopérer entre elles sur le mode contractuel²¹³.

Décentralisation et recours au contrat vont ainsi de pair et se renforcent réciproquement : *« La décentralisation a été le fruit d'un processus très solennel, mais la contractualisation, elle, est restée beaucoup plus discrète, empirique, multi-forme. L'une ne mentionnait qu'à peine l'autre (seules les chartes de développement et les contrats de plan sont évoqués par les textes qui posent les principes de la décentralisation), et les contrats de politiques publiques paraissent s'être développés ensuite en dehors de tout cadre normatif. Pourtant, on mesure dès à présent les liens substantiels existant entre décentralisation et contractualisation, les effets d'étayage que s'apportent réciproquement les deux démarches. Si la contractualisation des politiques publiques n'avait pas concrétisé les initiatives locales et les coopérations entre niveaux de compétence, la décentralisation n'aurait pu être qu'une construction formelle, une loi peu appliquée comme il en existe tant d'autres. Les procédures contractuelles, à l'inverse, seraient restées longtemps expérimentales et peu développées en France, comme dans d'autres pays unitaires et de droit latin, si l'esprit de décentralisation n'avait d'abord impulsé puis diffusé l'idée d'une égalité nouvelle entre collectivités publiques et la pratique de coopération multiniveaux en France. »*²¹⁴

213 - Ce contrat de coopération n'est pas sans rappeler le contrat-structuration, le contrat-organisation ou le contrat-institution évoqué par la doctrine civiliste (S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges Fr Terré*, Dalloz – PUF - Éditions du Juris-classeur, 1999, p. 635 et suiv.)

214 - J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999.

5. Le contrat en matière éducative, culturelle et sportive

Éducation, sport et culture sont des domaines où la société civile a souvent joué un rôle précurseur. Et lorsque les collectivités publiques ont souhaité à leur tour mettre en œuvre des politiques publiques dans ces secteurs, elles ont recouru au contrat pour coopérer avec les institutions civiles qui les avaient précédées.

5.1. Éducation

Sans prétendre à l'exhaustivité, deux types de contrats sont intéressants à étudier en matière éducative : les contrats conclus avec l'enseignement privé et les contrats dans l'enseignement supérieur.

5.1.1. Les rapports avec l'enseignement privé

Se donnant pour ambition de mettre un terme aux nombreuses tensions qui ont marqué les relations entre l'enseignement privé et l'État au XIX^e siècle et de remplacer le système instable de subventions mis en place sous la IV^e République, la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 a recouru à la formule souple du contrat pour rapprocher de l'enseignement public les établissements privés des premier et second degrés participant au service public de l'éducation. Dans ce régime, l'État contracte localement avec chacun des établissements et non pas globalement avec une institution représentant l'enseignement privé.

Deux types de contrats dont le contenu n'est pas négociable²¹⁵ ont été proposés aux établissements privés : le « contrat simple » et le « contrat d'association ».

Le premier, plus souple, était appelé à disparaître au bout de neuf ans (cf. 1.5.1) mais a été pérennisé par une loi de 1971²¹⁶. Les engagements pédagogiques des établissements ne portent que sur les « matières de base » de l'enseignement public. En contrepartie, l'État rémunère les « maîtres agréés », qui restent des salariés de droit privé.

Le contrat d'association, tout en garantissant le « caractère propre » de l'établissement privé, est assorti d'avantages financiers plus importants, en échange d'un alignement complet de l'enseignement prodigué sur les programmes de l'enseignement public. Ainsi, outre la rémunération des « maîtres contractuels » (qui se voient reconnaître un statut d'agent public), le financement public couvre les dépenses de fonctionnement²¹⁷, appelées « forfait d'externat ». Du fait

215 - Circulaires d'application du 28 novembre 1960 (*Journal officiel*, 3 janvier 1960, p. 66) et du 11 janvier 1961.

216 - En déclin, il concerne moins de 40 % de l'ensemble des élèves des classes primaires sous contrat en 2006.

217 - La loi Debré ne met aucune dépense d'investissement à la charge des communes mais la loi Falloux de 1850 permet toujours aux communes de subventionner sur une base facultative les dépenses d'investissement de l'enseignement privé secondaire.

de ses avantages, ce contrat a obtenu un succès grandissant dans le primaire, et surtout dans le secondaire depuis 1980.

La mise en œuvre de ces contrats depuis 1959 a suscité deux difficultés majeures, qui ont été très longues à régler et ont nécessité de nouvelles interventions du législateur : le calcul du forfait communal et la qualification juridique du statut des maîtres.

Les dépenses de fonctionnement des établissements primaires privés ont été confirmées comme étant obligatoires pour les communes, après un long contentieux tranché par le Conseil d'État²¹⁸ puis par la loi en 1985. Mais la fixation du montant du « forfait communal » en vue de parvenir à la parité entre les deux enseignements a donné lieu à un contentieux abondant²¹⁹ du fait de la décentralisation de la décision et d'une comparaison difficile à effectuer entre les dépenses des établissements publics et privés²²⁰.

Le statut des maîtres financés au titre du contrat d'association a également soulevé des difficultés. La nature administrative du contrat des maîtres a toujours été évidente pour le Conseil d'État²²¹ et découlait de la loi Debré elle-même. La nature administrative de ce contrat a été confortée par la loi du 31 décembre 1984 sur l'enseignement privé agricole. Dans l'intervalle, la loi du 25 novembre 1977, dite loi Guerneur, a complètement aligné la situation statutaire et sociale des maîtres de l'enseignement privé sur celle du public. De son côté, la Cour de cassation a considéré les maîtres comme entretenant aussi avec le chef d'établissement une relation de travail de droit privé²²². Le législateur est donc à nouveau intervenu afin de clarifier la situation juridique des maîtres : la loi n°2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat reconnaît formellement aux maîtres la qualité d'agents publics contractuels, même si certains éléments de droit privé persistent dans leur statut²²³.

Le système contractuel organisé par la loi Debré de 1959 a finalement instauré, après de multiples péripéties, un compromis durable dans les relations entre l'État et les établissements d'enseignement privés et permis d'atteindre l'objectif initialement visé : assurer un enseignement dont le contenu soit d'aussi

218 - CE, 12 février 1982, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune d'Aurillac*, rec. p. 68.

219 - Il en est allé de même pour les dépenses de fonctionnement matériel des établissements secondaires, ou « forfait d'externat », dont la charge a été transférée par l'État aux départements et régions en 1986.

220 - Le juge peut à ce titre demander à un expert de procéder à cette comparaison avant de fixer lui-même le forfait (CE, Sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres*, rec. p. 65).

221 - Le Conseil d'État a toujours considéré le contrat passé entre l'employeur et le maître comme un contrat de droit public (CE, 26 juin 1987, *Lelièvre*, tp. 776). Mais il a également jugé qu'échappaient à la compétence du juge administratif les actes détachables du contrat de droit public, par exemple la décision de ne pas renouveler la suppléance d'un maître en congé (CE, Sect., 26 mars 1993, *Pampaloni*, rec. p. 84).

222 - Voir notamment « Le statut des maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés. Une privatisation jurisprudentielle ? », *AJDA*, 1995, p. 427, où B. Toulemonde évoquait au sujet de la jurisprudence judiciaire une « logique de privatisation » pour caractériser les rapports entre les maîtres et les directeurs d'établissement.

223 - Ainsi, par exemple, leur contrat est résiliable de plein droit en cas de fermeture de classe.

bonne qualité que celui dispensé par l'enseignement public²²⁴ tout en respectant la liberté de conscience. La question est maintenant de savoir si les difficultés d'accès au contrat pour les établissements confessionnels autres que catholiques ne remettront pas en cause le laborieux compromis initié par la loi Debré²²⁵.

5.1.2. *Le contrat dans l'enseignement supérieur*

Une politique de contractualisation s'est également développée dans l'enseignement supérieur depuis les années 1970. Après les contrats de recherche (1983), la loi du 26 janvier 1984 a autorisé les universités à signer des « contrats d'établissement », quadriennaux depuis 1990. Une procédure de contrat unique entre l'université et l'État permet depuis 1993 de regrouper dans un même document les volets recherche et enseignement universitaires.

Le bilan qu'en a tiré la mission initiée par le Commissariat général du Plan en 2004 est positif²²⁶ : les contrats d'établissement sont un outil précieux de discussion et de régulation des financements universitaires. Ces contrats ont renforcé le dialogue entre le ministère de l'éducation et les présidents d'université, durant la période délicate du début des années 1990 qui a vu un accroissement massif du nombre d'étudiants. Ils ont responsabilisé les universitaires et l'État en passant d'une administration prescriptive à une logique de négociation²²⁷. Même si le périmètre budgétaire couvert par le contrat est demeuré modeste (moins de 20 % du total à l'heure actuelle), son poids financier est passé de 9 % en moyenne (1993-1998) à 16 % (1999-2002). La contractualisation a incontestablement permis une meilleure programmation de la recherche universitaire et le développement de politiques de formation professionnelle. Néanmoins, certaines limites ont été notées : les collectivités territoriales sont peu associées à ces contrats et leur notoriété auprès de la population universitaire reste faible.

Le recours au contrat d'établissement a finalement engagé les universités sur un chemin d'autonomie : la loi n° 2007-1199 du 11 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (article 17) a maintenu les « contrats pluriannuels d'établissement ».

5.2. Culture

C'est à l'occasion d'un litige contractuel relatif à la concession de l'Opéra-comique de Paris que la notion de « service public culturel » a été dégagée par

224 - À la rentrée 2006, un peu plus de 2 millions d'élèves étaient scolarisés dans 9 500 établissements privés sous contrat, soit presque 17 % des élèves scolarisés en France. Ce chiffre est stable depuis près de cinquante ans. Environ 140 000 enseignants y travaillent. Cf. B. Toulemonde, « L'enseignement privé », Jurisclasseur LexisNexis, Fascicule n° 233, septembre 2007.

225 - S. Erbès-Seguín (dir.), *Le contrat : usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999, p. 96-100.

226 - Synthèse du rapport Frémont, *Les universités françaises en mutation : la politique publique de contractualisation (1984-2002)*, janvier 2004.

227 - J.-P. Finance, « Les contrats d'établissement dans le domaine de l'enseignement supérieur », *AJDA*, 19 mai 2003, p. 989-990.

le Conseil d'État²²⁸. Un tel service peut être géré directement par la collectivité en régie, être délégué à une personne publique ou privée²²⁹, ou bien faire l'objet d'un marché. Les formes juridiques de l'intervention culturelle locale sont donc variées, et l'option contractuelle, si elle se développe parallèlement à l'essor récent des politiques culturelles locales, n'est pas forcément la plus répandue²³⁰.

Dans le champ culturel, l'exacte qualification de la relation contractuelle s'avère donc cruciale mais difficile : une erreur peut entraîner l'annulation de la procédure de passation. Et le risque de requalification y est de fait élevé (cf. 7.3.3).

5.3. Sport

La notion de service public est au cœur de l'organisation du sport français. Si la délégation par l'État de prérogatives aux fédérations sportives relève d'un acte réglementaire, le contrat a néanmoins joué, pour la doctrine, un rôle important, celui de « *l'étape première et fondamentale de la juridicisation du sport* »²³¹, à travers notamment le financement sportif local.

- Les articles 16 et 17 modifiés de la loi sur le sport du 16 juillet 1984 autorisent l'État à confier des missions de service public à des fédérations de deux types, les fédérations agréées²³² et les fédérations délégataires²³³. L'agrément, nécessaire pour que les fédérations puissent bénéficier de subventions, constitue un acte administratif réglementaire.

La contractualisation du sport par l'État s'est principalement manifestée par la mise en place d'une programmation à long terme des équipements sportifs qui associe étroitement les fédérations. Celles-ci ont en particulier la charge de définir une politique en matière d'équipements sportifs pour leur discipline. Mais cette politique n'est validée par l'État que si elle répond aux objectifs définis par le fonds national pour le développement du sport (FNDS)²³⁴. C'est ainsi par

228 - CE, 27 juillet 1923, *Gheusy*, rec. p. 639.

229 - Pour un exemple de délégation reconnue à une association postérieurement à sa création, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 18 mai 2004 publié dans EDCE 2005, p. 185 au sujet de la Cinémathèque.

230 - Par exemple, sur les 4 500 écoles municipales de musique, dont 3 000 sont privées, répertoriées en 1992, seulement 5 % étaient « agréées » par l'État, c'est-à-dire accédaient plus facilement à des subventions avec en contrepartie un contrôle pédagogique de l'inspection de la musique.

231 - F. Buy, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 26.

232 - 115 fédérations sont actuellement agréées en France, qui reçoivent 90 millions d'euros de subventions par an.

233 - Une fédération « agréée » participe à l'exécution d'une mission de service public, particulièrement dans les domaines de l'éducation par les activités physiques et sportives et de l'accès à la pratique de ces activités. Une fédération « délégataire » est chargée de l'exécution d'une mission de service public et bénéficie, dans la discipline sportive concernée, d'un monopole de quatre ans pour l'organisation de compétitions officielles.

234 - Ce fonds a été transformé en établissement public en 2006 (article L. 411-1 du code du sport), le Centre national pour le développement du sport (CNDS).



exemple qu'une convention entre l'État et la fédération française de *lawn-tennis* a permis la construction de 5 000 courts de tennis dans les années 1980²³⁵. Depuis 1986, l'octroi de subventions a été remplacé par une démarche contractuelle à plus long terme entre l'État et les fédérations sportives : le recours à des contrats d'objectifs²³⁶ permet, par la programmation des moyens consentis, d'assurer la cohérence et le suivi de la politique sportive.

- Si l'État a délégué une partie de la mise en œuvre du service public du sport aux fédérations, on a assisté en parallèle à l'essor du financement contractuel du sport par les collectivités territoriales. Cette évolution a été favorisée par la loi du 29 janvier 1993²³⁷, qui a rendu obligatoire l'appel à concurrence lorsqu'une collectivité locale décide de déléguer un service public à une association (cf. 7.2.2).

La loi sur le sport²³⁸ consacre la liberté d'intervention des collectivités locales en matière sportive. Les associations sportives peuvent recevoir d'elles des subventions à condition qu'elles participent à une mission d'intérêt général local et que leur montant ne dépasse pas 2,3 millions d'euros²³⁹ par année sportive. Le Conseil d'État a par ailleurs jugé que les associations sportives étaient chargées d'une mission éducative et sociale, renforçant ainsi la légitimité du soutien financier des collectivités locales²⁴⁰. Le soutien local, principalement municipal, est longtemps passé par de simples subventions, ce qui ne favorisait ni la cohérence ni la transparence des actions engagées par les associations sportives. Ceci a conduit à partir de 2000 à l'élaboration de conventions²⁴¹, qui permettent d'améliorer l'efficacité de l'attribution des subventions et la qualité du contrôle.

La mise à disposition de leurs équipements publics sportifs par les collectivités passe également très souvent par un contrat. Les relations contractuelles entre les communes et les clubs peuvent prendre quatre formes²⁴². En cas de simple occupation du stade, les clubs professionnels passent une convention d'occupation du domaine public, qui n'est pas soumise à une obligation de mise en concurrence préalable et oblige le club au paiement d'une redevance²⁴³. Quand l'équipement sportif communal n'est pas simplement mis à disposition mais

235 - G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990, p. 373.

236 - Article 16 de la loi sur le sport du 16 juillet 1984, modifiée par la loi du 13 juillet 1992 puis par la loi n° 2000-67 du 6 juillet 2000.

237 - Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (articles 1^{er}, 19 et 31).

238 - P. Bayeux, *La nouvelle loi sur le sport*, Presses universitaires du sport, 2005, p. 13.

239 - Articles L. 113-2 et L. 113-1 du code du sport.

240 - CE, 31 mai 2000, *Ville de Dunkerque*, Recueil Lebon, p. 218.

241 - Trois types de convention peuvent être utilisés : la convention-cadre ; la convention d'application ; la convention spécifique.

242 - Rapport sur le projet de loi de finances pour 2008 : sport jeunesse et vie associative. Avis n° 92 (2007-2008) de B. Murat et P. Martin, fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, déposé le 22 novembre 2007.

243 - TA Lyon, 10 mars 2005, *Lavaurs c/ SASP Olympique Lyonnais*, requête n° 0303726. Pour un exemple récent de contentieux portant sur la fixation du montant de la redevance par avenant à la convention d'occupation privative du domaine public et par transaction, voir CAA Lyon, 12 juillet 2007, *Ville de Lyon*, requête n° 06LY02105, *AJDA*, 2007, p. 2312, note D. Besle.

également entretenu et géré par un club, trois cas de figure se présentent : la délégation de service public (cf. 1.2.1), le bail emphytéotique administratif (cf. 1.1.2) ou le contrat de partenariat (cf. 1.2.2).

Des contrats de prestation de service, comme par exemple l'achat d'espaces publicitaires, représentent une autre forme de relation contractuelle entre collectivités territoriales et clubs sportifs. Les sommes en jeu sont plafonnées à hauteur de 30 % du total des produits du compte de résultat de l'année précédente, et au plus à 1,6 million d'euros par saison sportive²⁴⁴. Ces règles n'empêchent pas les soupçons sur le caractère de subvention déguisée que peuvent parfois revêtir certains de ces contrats.

6. En matière de relations internationales

L'ascension du contrat ne s'observe pas seulement dans la gestion des affaires nationales. Son rôle s'est également accru dans celle des affaires internationales.

6.1. Relations internationales commerciales

L'usage croissant du contrat, à côté du traité, s'observe dans les relations internationales commerciales nouées directement par les États avec d'autres gouvernements, avec des organisations internationales ou avec des personnes privées étrangères²⁴⁵.

Le développement de l'intégration régionale comme « *technique de coopération institutionnalisée entre États* »²⁴⁶ a accéléré l'usage du contrat. Cette propension des États à constituer des unions régionales sous la forme d'organisations internationales incite fortement au développement du commerce et, par conséquent, de l'usage du contrat privé. Ces différentes formes d'intégration économique régionale s'accompagnent souvent aussi de règles d'ouverture de la commande publique. L'Union européenne et l'ALENA prévoient ainsi des règles d'ouverture de leurs marchés publics à la concurrence internationale (cf. 10.1.1.3 pour l'Union européenne). En raison de leur importance quantitative et qualitative, les contrats passés par les administrations sont devenus l'un des grands enjeux des politiques d'intégration économique régionale.

Les contrats internationaux conclus par l'État se subdivisent en contrats d'État, ou « *State Contracts* »²⁴⁷, et contrats entre États par lequel deux États soumettent

244 - Décret n° 2001-829 du 4 septembre 2001.

245 - La distinction entre traité soumis au droit international public et contrat international soumis à une loi nationale n'est pas toujours aisée à opérer ni rigoureuse.

246 - J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 7^e édition, Montchrestien, 2006, Paris, p. 702, à propos de la dynamique des organisations internationales.

247 - Cette notion suscite des controverses doctrinales sur le régime juridique de ce contrat ainsi que sur la personnalité juridique de l'État signataire (sujet de droit international public, comme l'estime la majorité de la doctrine, ou personne de droit public interne).

volontairement leurs rapports à un droit interne²⁴⁸. Les contrats internationaux les plus fréquents portent sur des marchés de travaux²⁴⁹, des échanges commerciaux, des opérations de prêt ou d'investissement. Ils permettent aux États de chercher « *des organismes qui leur consentiront des prêts selon des modalités plus intéressantes que celles qui sont proposées par les institutions financières nationales, des entreprises qui disposent de savoir-faire que ne possèdent pas les entreprises nationales, etc.* »²⁵⁰

Depuis 1945 et surtout depuis les années 1970, s'est ainsi développé un droit global des contrats publics d'État²⁵¹. Ces contrats ont été appréhendés par le droit international, notamment depuis l'accord mondial sur les marchés publics conclu lors de l'Uruguay Round. Ce droit des contrats organise le règlement des différends, en particulier grâce à la signature de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Créé par cette convention, le Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements (CIRDI) arbitre le contentieux né entre États et ressortissants d'autres États en application des accords bilatéraux de protection des investissements. Pour les autres litiges, les clauses d'arbitrage des contrats d'État renvoient le plus souvent à la juridiction de tribunaux *ad hoc*.

Droit d'harmonisation, le droit des contrats publics internationaux « *tend à rapprocher le régime des contrats publics de standards communs de transparence, de publicité, de mise en concurrence.* »²⁵².

6.2. Coopération et aide au développement

La contractualisation a trouvé un autre point d'application avec la politique de coopération et d'aide au développement, qu'elle soit le fait de l'État ou des collectivités territoriales.

6.2.1. Au niveau de l'État

Un des nouveaux champs de prédilection du contrat concerne la coopération au sein des institutions internationales et la signature de nombreux contrats commerciaux dans le cadre des programmes d'aide et de coopération internationale. Ils sont surtout le fait des pays les plus avancés, ceux qui ont bénéficié le plus

248 - Cette soumission, on l'a vu, le différencie du traité. D'où aussi de grandes craintes sur la délocalisation de ces contrats et sur les questions totalement nouvelles qu'ils posent.

249 - Il existe aussi des marchés publics nationaux comportant des éléments d'extraterritorialité : lorsque l'État contracte pour répondre aux besoins de ses services à l'étranger, lorsqu'il réalise de grandes infrastructures avec des pays riverains (tunnel sous la Manche ; ligne Perpignan-Figueras...) ou lorsqu'il passe un marché avec une entreprise étrangère.

250 - J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Éditions Montchrestien, 2003, Paris.

251 - *Ibid.* p. 37-49. Ces contrats publics sont également soumis à certaines conventions internationales protégeant des droits fondamentaux, telles que la Convention de l'OIT sur les clauses sociales des contrats publics (cf. note 14).

252 - *Ibid.*, p. 46.

du processus d'ouverture commerciale internationale et possèdent les moyens de développer des politiques nationales privilégiant la signature de contrats avec les pays en voie de développement.

Le recours à la contractualisation fait partie intégrante des politiques de développement et de stabilisation économiques prônées et menées par des institutions internationales comme la Banque mondiale et l'Organisation mondiale du commerce vis-à-vis des pays en développement. Elles ont en effet édicté un corpus de normes relatives à la contractualisation qui précisent les types de contrats internationaux devant être privilégiés dans des buts déterminés. Par exemple, l'intervention de la Banque mondiale, au titre de son programme de lutte contre la pauvreté, a été cruciale pour les opérateurs du projet d'exportation du pétrole tchadien. La caution apportée par la Banque au contrat passé entre le gouvernement tchadien et le consortium pétrolier a apporté une garantie indispensable vis-à-vis du risque politique et contribué à une mobilisation plus importante de capital. Comme l'observe le professeur Jean-Bernard Auby : « *Tout le problème classique des "contrats d'État" – ces contrats conclus entre les États, notamment en développement, et des entreprises étrangères, dans un but de développement économique – est là. La croissance, la pérennité même de cet outil de développement des pays les moins avancés dépendait de ce que l'on pût les assurer contre les soubresauts d'États peu stables politiquement.* »²⁵³

Bien qu'ils puissent être instrumentalisés pour favoriser les intérêts de quelques agents économiques, ces contrats permettent en général de mobiliser des flux d'investissements significatifs au profit des pays moins favorisés.

Les gouvernements utilisent aussi le contrat international pour mener leurs propres politiques d'aide au développement : financement privé d'équipements, fourniture d'équipements ou de services publics, transferts de technologies... Cette aide, allouée sous couvert de contrats conclus entre les pays en voie de développement et les pays développés ou leurs entreprises, est souvent conditionnée au respect de certaines obligations en vue d'assurer l'efficacité de cette aide.

Un bon exemple de ce type de contrat est fourni par les contrats de désendettement et développement (C2D) conclus par le Gouvernement français à partir de 2001. Les C2D constituent le « *principal volet bilatéral additionnel français de l'initiative PPTE (pays pauvres très endettés) d'allègement de la dette des pays en développement* »²⁵⁴. Selon ce contrat, les PPTE continuent de rembourser leur dette à chaque échéance mais, une fois le remboursement constaté, la France reverse la somme sur un compte de la Banque centrale du pays. Le montant reversé est affecté par le bénéficiaire de l'aide aux programmes inscrits dans le C2D préalablement négocié²⁵⁵.

Les C2D illustrent le potentiel et la dynamique du phénomène de contractualisation dans la gestion des relations internationales contemporaines. Ils s'adaptent facilement aux besoins des parties et formalisent leurs attentes respectives

253 - J.-B. Auby, *ibid.*

254 - http://www.ambafrance-cm.org/article.php3?id_article=697

255 - « Note pour le Conseil de surveillance de l'Agence française de développement du 29 juin 2006 » : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/C2D_-_doctrinerenovee_-_2006_05

de façon immédiate. Ils permettent aussi de sortir, au moins en apparence, d'une relation dominant/dominé pour rentrer dans une logique de négociation entre parties égales.

6.2.2. *Coopération décentralisée*

Contribuant à l'intégration économique et culturelle de différentes communautés, les contrats de coopération décentralisée représentent un moyen de plus en plus largement utilisé pour développer les relations entre collectivités territoriales de différents pays²⁵⁶. La faculté qu'ont ces collectivités, en tant que personnes juridiques de droit interne, de contracter au plan international avec une personne privée ou publique étrangère²⁵⁷ contribue fortement à la création et au développement de nouvelles relations contractuelles au niveau mondial.

Un type de contrat en pleine ascension, à la fois effet et conséquence de l'ouverture croissante des régions au commerce international, est le marché public conclu entre une collectivité territoriale et une personne privée étrangère. En Europe, les marchés publics font l'objet d'une réglementation spécifique visant à encourager la passation de ce type de contrat international. Ceux qui sont confiés à des étrangers communautaires progressent rapidement : de 1,4 % des marchés globalement conclus en 1987, ils sont passés à 10 % en 1998²⁵⁸.

La coopération décentralisée fournit aussi un très bel exemple de recours au contrat pour répondre aux nouveaux besoins en matière de gestion des relations internationales²⁵⁹. Ayant souvent pris initialement la forme d'accords de jumelage liant des collectivités locales, elle révèle aujourd'hui une panoplie beaucoup plus vaste et plus diversifiée : échange de personnes, organisation d'événements culturels, coopération économique, soutien technique, protection environnementale, aide d'urgence lors de catastrophes naturelles etc. La Commission nationale de la coopération décentralisée, mise en place en 1996, recense annuellement environ 6 000 opérations de coopération décentralisée engagées par les collectivités territoriales françaises, concernant 119 pays. Ce mouvement de participation des collectivités territoriales aux relations contractuelles internationales n'est pas propre à la France ; il concerne toute l'Europe, notamment l'Europe occidentale²⁶⁰. Il est stimulé par l'intégration européenne ainsi que par le phénomène général de la globalisation. La place de la coopération décentralisée est reconnue par les résolutions du Conseil de l'Europe, les recommandations de l'OCDE et par des conventions bilatérales ou

256 - Les études du Conseil d'État, *Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, La Documentation française, 2006.

257 - Les contrats de coopération décentralisée concernent des accords entre collectivités territoriales de pays différents alors que les marchés publics lient les collectivités territoriales à des personnes privées étrangères. Les collectivités territoriales n'ont en revanche pas le droit de contracter avec des États étrangers d'après l'article L. 1115-5 du code général des collectivités territoriales.

258 - S. Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, p. 134.

259 - Sur les contrats de coopération décentralisée et l'utilisation du groupement d'intérêt public de coopération décentralisée, voir O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, 2004, p. 98.

260 - S. Lemaire, *ibid.*

multilatérales telles que la convention-cadre de Madrid²⁶¹. Pour ce qui concerne l'Union européenne, le règlement (CE) n° 625/2004 a modifié et prorogé jusqu'au 31 décembre 2006 le règlement du Conseil du 17 juillet 1998 (CE) n° 1659/98 relatif à la coopération décentralisée. Il précise que les acteurs de la coopération décentralisée ne proviennent pas exclusivement des pays en développement mais aussi de la Communauté européenne. Il vise également à favoriser la capacité de dialogue des sociétés civiles pour qu'elles soient des interlocuteurs valables dans le processus démocratique. Depuis le règlement de 1998, l'Union a en outre privilégié le contrat comme mode de gestion des programmes de réduction de la pauvreté dans les pays en développement. Cette coopération décentralisée, ainsi que d'autres volets de la politique de développement de l'Union européenne, a été intégrée à compter du 1^{er} janvier 2007 dans un « *instrument de financement de la coopération au développement* », dont un programme vise les « *acteurs non étatiques et autorités locales* ».

En France, la loi d'orientation n°92-125 du 6 février 1992 consacre la coopération décentralisée et l'existence d'accords internationaux conclus au niveau infra-étatique²⁶². Soutenue par l'État, elle est devenue « *une réalité institutionnelle et politique, une valeur sûre de l'action extérieure de la France* »²⁶³. La loi n° 2007-147 du 2 février 2007 relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et de leurs groupements, qui a modifié l'article L. 1115-1 du code général des collectivités territoriales, fait de la convention le support privilégié de l'expression de cette politique. Elle prévoit en effet que ces collectivités et leurs groupements peuvent conclure des conventions qui précisent l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers.

Le phénomène de la contractualisation régionale témoigne de l'ouverture croissante des régions aux relations internationales et de leur insertion dans la mondialisation en même temps qu'il sert d'instrument à son intensification.

261 - La convention-cadre de Madrid, adoptée le 21 mai 1980, est entrée en vigueur le 22 décembre 1981. Elle s'impose encore à ce jour comme la convention de référence en matière de coopération décentralisée. Son article premier stipule que « *Chaque Partie contractante s'engage à faciliter et à promouvoir la coopération transfrontalière entre les collectivités ou autorités territoriales* ». On peut également mentionner l'accord de Karlsruhe du 23 janvier 1996 signé par l'Allemagne, la France, le Luxembourg et la Suisse.

262 - Son article 131-I dispose « *Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France.* » Sur le régime juridique de ces conventions, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État en date du 25 octobre 1994, publié dans *Études et Documents*, n° 46, p. 379. Voir aussi la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995.

263 - http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/rubrique.php?id_rubrique=1054

Conclusion : la quantification du phénomène contractuel

Cet inventaire du champ contractuel confirme, s'il en était besoin, que le contrat n'a pas cessé de gagner du terrain, en largeur et en profondeur, depuis les années 1970. Mais peut-on quantifier le phénomène et mesurer si la progression du contrat s'est effectuée au détriment de l'acte unilatéral ou, au contraire, si les deux catégories d'actes ont connu une progression parallèle ?

Bien que la question soit d'importance pour l'élaboration et le pilotage des politiques publiques, et malgré l'effort accompli en matière d'indicateurs à l'occasion de la mise en place de la LOLF, **ni l'État ni les collectivités territoriales ne se sont encore outillés pour disposer dans la durée de statistiques fiables sur le nombre et la proportion respective des actes qu'ils prennent en les ventilant entre loi, acte administratif unilatéral (réglementaire ou individuel) et contrat.** Aucune recherche en science politique ou administrative ne comble cette lacune.

On dispose, certes, de statistiques partielles portant sur le nombre et la valeur des marchés publics passés chaque année²⁶⁴ (cf. 1.1.1) ou sur le nombre d'actes soumis au contrôle de légalité par les préfets, mais on ne dispose d'aucune information sur le nombre de contrats ou de décisions unilatérales soumises au contrôle financier. On sait encore que parmi les recours préfectoraux formés au titre du contrôle de légalité, la commande publique occupe la troisième place, derrière les questions de personnel et d'urbanisme et que ces déférés, qui représentaient seulement 7,8 % du total en 2004, sont passés à 10,9 % des recours en 2006 (153 sur 1 411) ; mais il s'agit d'une donnée également limitée.

Du côté du contentieux, on dispose des chiffres fournis par les différentes juridictions administratives.

Depuis 2000, on observe une augmentation lente mais régulière du nombre d'affaires contentieuses relatives aux contrats et marchés publics. Depuis 2005, les entrées nettes dans les tribunaux administratifs (TA) tournent autour de 5 000 par an, contre 4 700 au début des années 2000 ; celles des cours administratives d'appel (CAA) autour de 1 050 contre 780. Le contentieux contractuel représente ainsi environ 3 % des affaires en 2007 devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Grâce à la hausse des sorties, le stock d'affaires à juger baisse entre 2000 et 2007 : de 7 195 à 6 219 pour les TA et de 1 777 à 1 595 pour les CAA.

Ce sont les contrats passés par les collectivités territoriales qui génèrent l'essentiel de ce contentieux. Quatre fois plus volumineux que le contentieux dirigé contre l'État (cf. 13.4.3), le contentieux des contrats passés par les collectivités

264 - Un arrêté du 29 décembre 2007 (*Journal officiel* n° 302 du 29 décembre 2007), pris en application de l'article 133 du code des marchés publics, rend obligatoire, à compter du 1^{er} janvier 2008, la publication annuelle par tout pouvoir adjudicateur de la liste des marchés conclus l'année précédente. La liste, établie par tranches de prix, distingue entre marchés de travaux, fournitures et services, fait apparaître l'objet et l'attributaire du marché.

territoriales représente plus des 2/3 du total. Néanmoins, les contrats de l'État font l'objet d'un contentieux en augmentation, surtout devant les cours : l'écart par rapport aux contrats des collectivités territoriales se résorbe puisqu'il passe d'un rapport de 1 à 10 (23 entrées sur 235 en 2000) à un rapport de 1 à 3 (211 sur 604 en 2007).

Les référés en matière contractuelle constituent une part importante et croissante du contentieux. Ils représentent plus de la moitié du contentieux pour les tribunaux administratifs en 2007 (2 570 entrées sur 5 129), dont plus des deux tiers concernent les contrats des collectivités territoriales. Devant les cours, les référés relatifs aux contrats publics ont pris un certain essor depuis 2004, où l'on dépasse 200 entrées contre 136 en 2000. De plus, la part des référés contre des contrats étatiques a fortement augmenté, comparée à celle relative aux contrats des collectivités territoriales : elle passe d'un rapport de 1 à 7 en 2000 (5 entrées contre 36) à 1 à 3 en 2007 (50 entrées contre 135). Dans ce total, la part du référé « sursis à déferé préfectoral » est infime : après 3 entrées en 2000, plus aucune entrée n'a été enregistrée depuis 2004.

Le contentieux relatif aux contrats et marchés publics soumis au Conseil d'État connaît une semblable augmentation, même si le chiffre reste modeste comparé à l'ensemble du contentieux : 222 pourvois en 2005 et 281 en 2006 sur près de 12 000, soit un peu moins de 3 % des affaires. Cette progression est très largement due au contentieux des marchés et contrats des collectivités territoriales, qui passe de 140 à 180 entrées de 2005 à 2006. En revanche, le nombre des entrées baisse de 56 à 42 dans le référé précontractuel, principalement pour les contrats qui concernent l'État (6 nouvelles entrées contre 15). Le nombre des référés suspension reste stable, avec 16 nouvelles entrées en 2005 et 18 en 2006.

À plus forte raison, ne dispose-t-on d'aucune information fiable sur le volume et le degré de complexité des contrats. Si le Conseil d'État a pu prendre la mesure du nombre et de la longueur des textes législatifs²⁶⁵ ou réglementaires, cet exercice est jusqu'à présent impossible pour les contrats dès lors que ceux-ci sont rarement publiés. En l'état de nos connaissances, on ne sait donc pas si le contrat est, comme la loi, devenu bavard. On peut néanmoins, sans grand risque de se tromper, le supposer²⁶⁶. Les témoignages concordants des praticiens et des fonctionnaires attestent que leurs préambules sont devenus plus longs, que des lois et des règlements y sont inutilement et mal recopiés, que les contrats s'efforcent de tout prévoir, dans le moindre détail. Mais cette affirmation subjective mériterait d'être étayée par des éléments objectifs.

265 - Rapport public 2006 du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006, p. 265.

266 - À titre d'exemple, des personnes qui ont participé à leur élaboration sur une longue période font observer que les COG (cf. 2.2.3) ont perdu de leur légèreté et souplesse initiales : leur préparation requiert de plus en plus de temps et de travail en amont ; elles codifient des pratiques et entrent dans le détail au lieu de se borner à des généralités.



Deuxième partie

Contrat, loi et décision administrative unilatérale : des imbrications croissantes

« Le point capital est de déterminer exactement ce qu'est le contrat. Beaucoup de difficultés naissent dans le droit de la mauvaise terminologie. Il faudrait pourtant, une fois pour toutes, employer les mêmes mots pour désigner les mêmes choses, et des mots différents pour désigner ces choses différentes. On doit réserver le mot contrat pour désigner une certaine espèce d'acte plurilatéral et seulement celle-là. Il faut déterminer les caractères de cette espèce d'acte plurilatéral et n'employer le mot contrat que lorsque ces caractères se trouvent réunis. Malgré les controverses qui se sont élevées sur ce point, la chose n'est pas très difficile. Qu'on n'oublie pas, en effet, que le contrat est une création du droit romain passée dans le droit civil moderne et répondant à un système juridique essentiellement subjectiviste et individualiste ».

Léon Duguit,
Traité de droit constitutionnel, tome I, 1921.

Mode de production de normes et procédé d'action publique, le contrat administratif s'inscrit dans une hiérarchie des normes juridiques. S'il figure parmi les principaux moyens utilisés pour mettre en œuvre l'action publique dans des domaines nombreux et variés, il est généralement admis qu'il occupe la dernière place dans la hiérarchie des normes juridiques. Pour être légal, le contrat doit en effet, sauf prévision contraire de celle-ci, se conformer à la loi et à toutes les décisions administratives unilatérales, réglementaires ou individuelles. Le droit public repose en effet tout entier sur l'idée d'une prééminence de l'acte unilatéral, expression d'une volonté générale davantage valorisée que la volonté particulière exprimée dans le contrat. Et le droit administratif relaie cette conception en reconnaissant dans l'acte unilatéral l'expression privilégiée de l'intérêt général.

Même s'il se situe tout en bas de la hiérarchie normative, le contrat ne se distingue pas toujours aisément des deux autres types de normes²⁶⁷, loi et décision administrative unilatérale. Une certaine confusion conceptuelle et terminologique règne en la matière, qu'il faut tenter de dissiper. C'est que « *Loi et contrat se situent en réalité sur une échelle de continuité* »²⁶⁸. L'étude de l'articulation du contrat avec les deux autres grands types de normes juridiques – la loi et la décision administrative unilatérale, réglementaire ou individuelle – est donc indispensable. Car le contrat se définit d'abord comme un procédé non unilatéral²⁶⁹.

7. Qu'est-ce qu'un contrat et à quoi sert-il ?

Pour définir le contrat, y compris en droit administratif, il est d'usage de partir du code civil qui, le premier, en a cerné les caractéristiques, pour mieux faire ressortir, par différence, les particularités ou les spécificités du contrat administratif, surtout formelles. Passer en revue les grandes typologies contractuelles permet aussi de mieux cerner les différentes fonctions du contrat en droit administratif.

7.1. Du contrat civil au contrat administratif

L'article 1101 du code civil définit le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs*

267 - L. Aynès, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, p. 77. Contrairement à l'opinion la plus répandue, l'auteur soutient dans cet article que la loi et le contrat n'entretiennent aucun rapport de hiérarchie, surtout depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle (cf. 10.1.2.1). Convention et loi opéreraient dans deux ordres différents : « *À la première, les rapports entre les parties ; dans ce domaine la loi est supplétive. À la seconde, l'intérêt général. Cette répartition est parfaitement exprimée par l'article 6 du code civil...* ».

268 - J.-M. Pontier, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187.

269 - La *summa divisio* des actes sources de droit ou d'obligation en deux catégories, loi et contrat, fait elle-même l'objet de débats doctrinaux depuis le XIX^e siècle. Le traité de droit civil de Planiol la consacre : « *toutes les obligations dérivent de deux sources seulement, le contrat et la loi. Dans le contrat, la volonté des parties forme l'obligation ; c'est elle qui est la force créatrice et qui détermine à la fois l'objet et l'étendue de l'obligation. Le législateur n'intervient que pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action et pour les surveiller en établissant des limites à leur liberté, au moyen de prohibitions et de nullités. En l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi...* ». Si l'on admet en revanche avec L. Duguit que cette distinction ne rend pas compte de toutes les réalités, en particulier des situations où des concours de volonté ne débouchent pas nécessairement sur un « contrat », et que d'autres droits comportent une palette plus riche, la question de la place du contrat ne peut plus être abordée de la même façon. Le droit administratif désigne en fait sous le vocable « contrat », concept simplificateur et réducteur, tout ce qui ne s'analyse pas comme une norme unilatérale : le « contrat » joue donc le rôle d'une catégorie fourre-tout dans laquelle se rangent d'office tous les actes qui ne sont pas unilatéraux. Et le recensement des usages du contrat auquel il a été procédé en première partie de ce rapport peut laisser comme première impression celle qu'on retire de la visite d'un grand bazar où l'on trouve de tout.

autres, à faire ou à ne pas faire quelque chose »²⁷⁰. Léon Duguit souligne que dans le contrat les deux contractants « ont une situation et des intérêts opposés ; l'un a l'obligation d'accomplir une certaine prestation envers l'autre, lequel a le pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation. Un acte juridique n'est un contrat que s'il peut rentrer dans ce moule à contrat qu'est la stipulation ; je veux dire qu'il n'y a contrat (...) que si en un mot un lien entre créancier et débiteur est voulu par les deux individus. Sinon il y a autre chose qu'un contrat : il peut y avoir une convention ; mais il n'y a pas de contrat »²⁷¹. En toute rigueur donc, le terme « contrat » devrait être réservé à un croisement d'obligations réciproques entre un créancier et un débiteur. L'usage a cependant voulu qu'il n'en soit pas ainsi. D'où le flottement dans les concepts et dans la terminologie, qui ne facilite pas l'appréhension du phénomène contractuel.

270 - Cette définition reprend celle que donnait Pothier dans son *Traité des obligations*. Planiol, dans son *Traité de droit civil* le définit ainsi : « le contrat est une espèce particulière de convention, dont le caractère propre est d'être productif d'obligations ». Juliot de La Morandière, dans son *Précis de droit civil*, souligne de même que « Le contrat est seulement la convention qui a pour but de faire naître une ou plusieurs obligations. Un accord dans le but d'éteindre une obligation, ou dans le but de créer, modifier ou éteindre un droit quelconque est une convention et non pas un contrat. Il faut remarquer toutefois que dans la pratique l'on confond souvent les deux expressions. D'ailleurs les principes généraux qui dominent la formation et les effets des contrats s'appliquent à toutes les conventions ». Cette définition restrictive du contrat remonte en réalité à des temps plus anciens : Oresme le définit déjà pour sa part en 1370 comme « un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer une obligation » (Eth. 249).

Le projet de code européen des contrats de 2001 de l'Académie des privatistes européens définit le contrat de manière plus large (cf. 10.1.1.2) : « le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie ».

271 - *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 1921, p. 281. Dans ce traité (p. 283), Duguit invoque au soutien de son analyse le Cours de droit civil français d'Aubry et Rau : « Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce... il s'ensuit qu'il peut y avoir concours de volonté sans qu'il y ait contrat, qu'il n'y a pas de contrat lorsqu'il y a pluralité de déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but, et non pas pluralité de déclarations de volonté ayant des objets différents, déterminées l'une par l'autre ; qu'il n'y a pas contrat non plus, bien qu'il y ait convention, quand celle-ci a pour objet de provoquer la formation d'une situation, qui n'est pas un rapport de créancier à débiteur ». Inspiré notamment par le droit allemand, Duguit identifie finalement trois catégories d'actes plurilatéraux ou conventions, tous licites selon la loi : le contrat, l'union et l'acte collectif. L'union consiste en un concours de volontés unilatérales de personnes qui poursuivent un but commun sans avoir d'intérêts opposés et qui donne naissance à un acte-condition ou acte-règle opposable aux tiers comme des statuts (il conteste donc la qualification de contrat donnée par le législateur à l'association ou à la société). Soulignant au passage (p. 297) que « C'est la discipline du groupe qui constitue un véritable droit pénal s'imposant aux membres du groupe », il résout élégamment la question de la sanction de la méconnaissance de la loi du groupement. L'acte collectif est défini quant à lui comme une convention (intersociale) conclue entre deux groupements qui s'accordent pour appliquer une même règle générale, une même loi, lorsque leurs membres concluront à leur tour un contrat individuel. Duguit, qui a analysé la loi de 1919 récemment adoptée (cf. 2.1), se félicite de ce que le législateur ait désigné l'accord collectif de travail « convention collective » et lui ait reconnu implicitement la nature d'un acte-règle, même s'il regrette le caractère flottant du langage employé et l'allusion au contrat dans l'article 2 de la loi. Pour finir, Duguit souligne (p. 314) qu'une convention peut comporter à la fois des éléments contractuels et une union, en prenant l'exemple des concessions de service public où il distingue des clauses contractuelles et des clauses réglementaires formant la loi du service. Finalement, pour Duguit, les deux catégories de la loi et de la convention sont suffisantes pour décrire le champ normatif et délimiter celui du contrat, une simple espèce au sein du genre conventionnel.

7.1.1. Un consentement libre et éclairé

Le contrat se distingue de l'acte unilatéral en ce qu'il ne devient la « loi des parties », selon les termes de l'article 1134 du code civil, **qu'à l'issue d'une négociation**²⁷² (cf. 7.2.1). La seule volonté de sujets de droit donne au contrat toute sa force²⁷³, sans que cela nécessite un quelconque formalisme.

Afin de préserver l'intérêt individuel et général, la formation du contrat est subordonnée à la présence de consentements libres et éclairés, non viciés, qui se rencontrent dans le but de trouver un accord sur la chose et le prix. Le « caractère social » du contrat, souvent souligné par la doctrine, découle d'abord de son bi ou plurilatéralisme – ou multipartisme²⁷⁴.

Comme le juge civil, le juge administratif vérifie à ce titre l'existence d'un accord de volonté sur les clauses essentielles donnant naissance à un contrat²⁷⁵ ou d'un accord tacite pour la reconduction d'un marché²⁷⁶.

Lorsque certains services appartenant à une même personne publique passent entre eux un contrat, la doctrine et la jurisprudence considèrent généralement qu'il ne s'agit pas là d'un contrat car manque la condition relative au consentement libre et éclairé entre deux personnes distinctes aux plans organique et matériel.

Si le contrat se définit comme la norme juridique émanant de volontés totalement libres, force est de constater que **ces volontés autonomes ne peuvent s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre légal prédéfini**. Les relations privées organisées par le contrat s'inscrivent dans un contexte social et juridique qui les oriente et les contraint. Déjà Durkheim soulignait que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »²⁷⁷ et ajoutait « *pour que la force obligatoire du contrat soit entière, il ne suffit pas qu'il ait été l'objet d'un assentiment exprimé ; il faut encore qu'il soit juste (...)* ». Et à travers des notions telles que la licéité des contrats²⁷⁸ et l'ordre public²⁷⁹, la loi interdit de contracter dans certains domaines²⁸⁰ ou de prévoir tel

272 - Donnant naissance à la loi des parties, le contrat est, sous cet angle, généralement considéré par la doctrine comme une source de la norme juridique, au même titre que la loi. C'est l'une des nombreuses significations attribuées au « *pacta sunt servanda* ».

273 - Dans cette conception individualiste du contrat, que reprend Hauriou dans ses Principes de droit public, seul l'échange de volonté, d'une volonté créatrice, donne naissance à une situation de droit. L'influence de la pensée de Bergson est ici manifeste.

274 - M. Bénabent, *Droit civil*.

275 - CE, Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, rec. p. 135, *AJDA*, 1972, p. 245, concl. G. Guillaume.

276 - 21 novembre 2007, *Soc. IBM-France*, requête n° 262908, *AJDA*, 2007, p. 2235.

277 - E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1973, p. 189.

278 - Articles 1108 et 1131 du code civil.

279 - Sur l'ordre public en droit administratif, voir C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.

280 - À titre d'exemple le principe de l'indisponibilité du corps humain et l'interdiction qui en découle de son commerce et de celui des organes singularisent la France en Europe.

ou tel type de clause dans un contrat, à peine de nullité totale ou partielle²⁸¹. Elle prédétermine aussi des types de contrat auxquels les parties ne peuvent qu'adhérer (le contrat de louage ou de louage de service, de travail, de prêt, de rente, de vente, de dépôt, de mandat, de société, de bail, d'assurance...). La loi rend possible le contrat²⁸², détermine en amont ce qui est négociable et ce qui ne l'est pas, délimite le champ qui lui est ouvert, lui reconnaît force et validité et intervient parfois dans son contenu. Il serait donc erroné de croire que le contrat civil ne comporte pas de limitations à l'expression de la volonté ou que l'expression libre de cette dernière donne par elle-même naissance au contrat.

Le juge administratif, même si ses décisions en la matière sont rares, ne raisonne pas différemment : il juge ou répute également sans cause des contrats qui ne comportent pas de contrepartie ou poursuivent un but illicite²⁸³. En somme, derrière le contrat, il existe toujours un garant du contrat, qui lui est extérieur²⁸⁴.

7.1.1.1. Contrat administratif et contrat civil

Comparativement au contrat de droit privé, le contrat administratif possède quelques spécificités. Tout d'abord, conclu dans l'intérêt général, il doit assurer le bon fonctionnement du service public et permettre de mettre en œuvre l'action administrative.

Spécifique par son objet, le contrat administratif conserve néanmoins de nombreuses similitudes avec le contrat civil. Le contrat doit avoir été conclu par un agent compétent ou ayant la capacité juridique de s'engager ; le consentement des contractants doit avoir été valablement donné²⁸⁵ ; l'objet du contrat doit

281 - Voir sur ces points les articles 6 et 1128 du code civil et I. Moine, *Les choses hors du commerce*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 271, 1997.

282 - La décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983 (cf. 4) relève au sujet de la convention fiscale conclue entre le gouvernement français et celui de Nouvelle-Calédonie que « de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur ».

283 - Dans trois affaires récentes, le Conseil d'État a eu l'occasion d'appliquer la notion de cause au contrat administratif. Dans la première, il a réputé sans cause un marché correspondant à des travaux déjà payés par ailleurs (CE, 26 septembre 2007, *Office public départemental d'HLM du Gard*, requête n° 259809). Dans la seconde, il a confirmé un arrêt de cour administrative d'appel ayant pris en compte des faits postérieurs à la signature d'une convention pour estimer que celle-ci n'avait pas poursuivi un but illicite (CE, 15 février 2008, *Commune de Lalonde-les-Maures*, requête n° 279045, *AJDA*, 2008, p. 327). Dans la troisième, il estime que ne commet pas une erreur de droit une cour administrative d'appel qui juge qu'une convention conclue selon un modèle type fixé par un acte réglementaire entaché d'incompétence repose sur une cause illicite (CE, 20 février 2008, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, requête n° 302053). Voir aussi *AJDA*, 2008, p. 575, Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

284 - Ce garant est, selon les époques et les auteurs : la constitution, la loi, la morale, la croyance religieuse, la norme culturelle comme le respect de la promesse ou la confiance dans la parole d'autrui... L'existence d'un garant extérieur au contrat rappelle la part d'hétéronomie inhérente à tout contrat et relativise la thèse, très répandue, de l'autonomie du contrat.

285 - Article 1109 du code civil pour le contrat civil ; CE, 15 janvier 1931, *Boyreau*, rec. p. 49, pour une démission qui n'a pas été donnée par l'intéressé « sous l'empire d'une contrainte de nature à vicier son consentement ».

être déterminé ; sa durée ne peut être perpétuelle ; sa cause doit être licite²⁸⁶. De même, la théorie des vices du consentement, qui recouvre le dol²⁸⁷, l'erreur et la violence, s'applique en droit administratif comme en droit privé²⁸⁸.

Contrat civil et contrat administratif s'inscrivent de fait dans un droit général des contrats²⁸⁹.

Le contrat administratif tire sa qualification de deux sources : de la loi ou de la jurisprudence²⁹⁰.

Dans le premier cas, l'acte tire sa qualification de la volonté du législateur. La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier a ainsi, dans un souci de simplification, qualifié de contrats administratifs tous les marchés publics passés en application du code des marchés publics (TC, 17 décembre 2007, *Soc. Lixxbail c/ État*, requête n° 3651).

Les marchés conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 (cf. 1.1.1) ne sont en revanche pas des contrats administratifs par détermination de la loi : ce sont les critères jurisprudentiels qui permettent de les qualifier au cas par cas.

Pour identifier la présence d'un contrat, le juge administratif se fonde sur deux critères : un critère organique et un critère matériel. Sont des contrats administratifs les contrats conclus par une personne publique en vue ou à l'occasion du fonctionnement d'un service public et qui remplissent en outre l'une des deux conditions suivantes : la présence dans le contrat de clauses exorbitantes ou la participation directe du cocontractant à l'exécution même du service public²⁹¹.

Pour qu'il y ait contrat administratif, la présence d'une personne publique au minimum est requise²⁹² mais elle n'est pas toujours suffisante. Car si le contrat conclu par une personne publique « *ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé* », le contrat n'est pas qualifié d'administratif. Pour cette

286 - CE, 5 mars 1954, *Demoiselle Soulier*, rec. p. 139.

287 - Pour un exemple récent d'application de la théorie du dol et du dol incident, voir CAA Paris, 17 avril 2007, *SNCF*, requête n° 05PA04370, *Contrats et marchés publics*, 2007, n° 168, obs. Zimmer, à propos d'un contrat non soumis au code des marchés publics et F. Moderne, *Une illustration exemplaire de la théorie du dol dans le contentieux des contrats administratifs*, *RFDA*, 2008, p. 109 ; ou encore CE, 22 février 2008, *Tête*, requête 266755, *AJDA*, 2008, p. 438, qui rappelle que le dol fait obstacle à toute indemnisation du cocontractant, dont le contrat est déclaré nul, sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

288 - Pour le droit civil, voir les articles 1110, 1113 et 1116 du code civil ; pour le droit administratif : CE, Sect., 19 janvier 1945, *Société des aéroplanes G. Voisin*, rec. p. 19.

289 - M. Ricci, *Droit administratif*, 2006 ; ou CE, 22 février 2008, *Tête*, requête 266755, *AJDA*, 2008, p. 438 : le dol fait obstacle à toute indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause du cocontractant dont le contrat est déclaré nul.

290 - Le rôle du juge administratif en matière contractuelle a toujours été considérable : c'est lui qui, historiquement, a défini les critères du contrat administratif, élaboré les grandes catégories de contrats et déterminé leurs règles de passation et d'exécution.

291 - A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e édition, LGDJ, 1962. CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. p. 162, *GAJA*, 16^e édition, n° 74, p. 491.

292 - TC, 21 mars 1983, *UAP*, rec. p. 537, *AJDA*, 1983, p. 356, concl. D. Labetoulle, D 1984, p. 33 note J.-B. Auby et H.-G. Hubrecht, *Rev. Adm.*, 1983, p. 368, note B. Pacteau.



même raison, l'essentiel de l'activité des services publics industriels et commerciaux relève du juge judiciaire (TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, rec. p. 831), de même que le contentieux relatif au mandat civil²⁹³. En sens inverse, quelques rares contrats conclus entre personnes privées peuvent être qualifiés d'administratifs : les marchés relatifs à la construction des routes nationales (TC, 8 juillet 1963, *Soc. Entreprise Peyrot*, rec. p. 603)²⁹⁴, certains contrats d'occupation du domaine public²⁹⁵, les contrats recueillis et poursuivis par une société issue de la transformation d'un établissement public, les contrats passés par une personne privée chargée d'une mission de service public (avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE 2005, p. 185) ou les contrats conclus par une personne privée transparente²⁹⁶.

Quant au critère matériel, la jurisprudence accordait à l'origine un rôle fondamental à la finalité du contrat, assurer un service public²⁹⁷. Depuis l'arrêt du 31 juillet 1912 *Sociétés des Granits porphyroïdes des Vosges* (rec. p. 909, concl. Blum ; GAJA, 13^e édition, p. 155), c'est la présence d'une clause exorbitante du droit commun qui confère au contrat son caractère administratif²⁹⁸. Puis, avec l'arrêt *Époux Bertin* de 1956, la jurisprudence opère une synthèse en retenant un critère alternatif : un contrat est qualifié d'administratif soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes de droit commun, soit parce que le cocontractant participe directement à l'exécution même du service public.

7.1.1.2. La nature juridique des contrats conclus avec les agents

Compte tenu de leur place, la jurisprudence a eu à se pencher très tôt sur la nature juridique des contrats, de droit privé ou de droit public, liant l'administration à ses agents (cf. 1.3.2) et sur la détermination de la compétence juridictionnelle pour en connaître.

293 - Sur le régime du mandat administratif, voir M. Canedo, *Le mandat administratif*, thèse, LGDJ, 1999 et l'avis de la section des finances du Conseil d'État du 22 janvier 1998 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, 2002, n° 40, p. 413).

294 - « *Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État (...) les marchés (...) ont le caractère de marché de travaux publics, c'est-à-dire de contrat administratif par détermination de la loi* ».

295 - Selon la jurisprudence du Tribunal des conflits (TC, 10 juillet 1956, *Soc. des Steeple-chases de France*, Recueil Lebon, p. 587), « *Si l'article 1^{er} du décret du 17 juin 1938 attribue à la juridiction administrative la connaissance de tous "les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination", que ces contrats aient été passés par l'État, les départements, les communes ou par leurs établissements publics ou leurs concessionnaires, ces derniers doivent s'entendre uniquement, pour l'application de ce texte, des concessionnaires de services publics* ».

296 - Le Conseil d'État vient de juger qu'avait le caractère de contrat administratif un contrat conclu entre une association gestionnaire d'équipement sportif et une entreprise de sécurité dès lors que l'association a été créée à l'initiative de la commune qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, requête n° 281796, AJDA, 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus). Dans un tel cas, cet organisme gestionnaire peut être jugé à son tour transparent et ses contrats de prestation se trouver de ce fait soumis au code des marchés publics (*ibidem*).

297 - CE, 4 mars 1910, *Théron*, requête n° 29373, rec. p. 193, concl. Pichat ; CE, 6 février 1903, *Terrier*, requête n° 07496, rec. p. 94, concl. Romieu.

298 - Ce critère matériel reconnaît le contrat de droit privé et le code civil comme le standard auquel se référer pour déterminer si l'on est ou non en présence d'un contrat administratif.

Dans les services publics industriels et commerciaux, depuis l'arrêt du Conseil d'État du 26 janvier 1923 *De Robert Lafrégeyre*²⁹⁹ et au vu des évolutions jurisprudentielles postérieures, les agents sont considérés comme de droit privé, à l'exception des directeurs d'établissement et agents comptables³⁰⁰, étant précisé que « seule une disposition édictée ou autorisée par le législateur peut y déroger »³⁰¹ et que le personnel qui, administratif à l'origine, est devenu industriel et commercial peut conserver la qualité d'agent public (CE, Ass., 29 janvier 1965, *L'Herbier*, rec. p. 60).

Pour les agents des services publics administratifs, la qualification du contrat les unissant à leur employeur résulte de la loi ou de l'application des critères jurisprudentiels généraux rappelés ci-dessus.

Organiquement, pour que le contrat d'un agent non titulaire soit reconnu comme administratif, il est nécessaire qu'il soit passé avec une personne publique³⁰². Sauf loi de sens contraire, les agents recrutés par des personnes privées chargées de la gestion d'un service public administratif sont donc normalement des agents de droit privé³⁰³. La loi peut en effet écarter les critères matériels du contrat administratif dégagés par la jurisprudence : les anciens contrats emploi solidarité instaurés par la loi du 19 décembre 1989 ont ainsi été qualifiés de contrats de droit privé³⁰⁴, de même que les emplois jeunes, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif³⁰⁵. La loi peut à l'inverse conférer la qualité de contractuels de droit public à certains agents.

La jurisprudence a ensuite privilégié le critère de la participation au service public en reconnaissant un caractère administratif aux contrats faisant « participer directement à l'exécution du service »³⁰⁶. S'agissant par exemple des personnels contractuels du secteur culturel, le Tribunal des conflits³⁰⁷ a ainsi jugé, à propos des danseuses d'un corps de ballet du théâtre du Capitole à Toulouse, que leur contrat était administratif dès lors que la ville assumait une mission de service public et que les danseuses participaient directement à l'exécution de ce service, solution qui n'a pas été remise en cause depuis³⁰⁸. Cette jurisprudence

299 - GAJA, 16^e édition, n° 39, p. 243. Il retient la compétence du juge administratif en raison de la fonction de direction occupée par le requérant.

300 - CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, rec. p. 158.

301 - CE, Sect., 15 décembre 1967, *Level*, rec. p. 501.

302 - TC, 3 juin 1996, *Gagnant*, rec. p. 542.

303 - CE, 4 avril 1962, *Chevassier*, rec. p. 244, D 1962.327 concl. Braibant.

304 - TC, 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne*, rec. p. 451. Mais la convention conclue entre l'État et l'employeur en vue de la conclusion d'un contrat emploi solidarité constitue un contrat administratif dont l'interprétation de difficulté sérieuse, relève du juge administratif (Cass. Soc., 27 mars 2008, n° 06-45929).

305 - CE, 3 décembre 2007, *M^{me} Raulin*, requête n° 298501, *AJDA*, 2008, 110. La solution découle directement de l'article L. 322-4-20 du code du travail selon lequel les contrats dits « emploi jeune » conclus en vertu des conventions prévues à l'article L. 322-4-18 de ce code sont des contrats de droit privé.

306 - CE, Sect., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*.

307 - TC, 15 janvier 1979, *Dames Le Cachey et Guiguère*.

308 - J.-M. Pontier, « Le contentieux administratif des interventions culturelles », *AJDA*, 16 juillet 2007, p. 1391.



a conduit à de nombreuses subtilités (TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, rec. p. 792 pour une femme de service considérée comme soumise à un contrat de droit privé lorsqu'elle effectuait le nettoyage de l'école puis à un contrat administratif lorsqu'elle a en outre été chargée de la garderie). L'arrêt du Tribunal des conflits du 25 mars 1996 *Berkani* (rec. p. 536, concl. P. Martin) a mis fin aux distinctions complexes instaurées entre agents participant directement à l'exécution du service et agents n'exerçant que des fonctions accessoires, en posant le principe que les « *personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi* ». Il en résulte depuis lors, sauf dérogation prévue par la loi comme cela a été le cas pour l'ANPE ou l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII)³⁰⁹, un bloc de compétence homogène et plus lisible pour tous les intéressés, employeurs et agents.

7.1.2. Des obligations réciproques et un équilibre entre droits et obligations

Un contrat présuppose des engagements réciproques et un certain équilibre entre les droits et les obligations des parties³¹⁰.

Qu'il soit civil ou administratif, il comporte le plus souvent des stipulations relatives au suivi de son exécution et aux sanctions encourues en cas de non-respect des engagements. Or le droit administratif présente de nombreuses situations où des droits sont accordés au cocontractant sans contrepartie en termes d'obligations³¹¹ ou, en sens inverse, où des obligations sont exigées de lui sans aucune contrepartie en termes de droits.

Les critères traditionnellement utilisés pour déterminer si l'on se trouve en pareille hypothèse en présence d'un contrat sont donc à nuancer. Ainsi la transaction fiscale, qui repose sur des concessions réciproques³¹², présente la nature d'un contrat, ce qui n'est pas le cas du rescrit fiscal (cf. annexe 1).

L'objectif ultime du contrat administratif étant d'assurer au mieux l'intérêt général et la bonne exécution du service public, l'administration dispose de quatre pouvoirs spécifiques à l'égard du cocontractant.

309 - L'intervention pointilliste du législateur à l'occasion de la création d'un établissement public diminue cette lisibilité. Ainsi a-t-il été prévu pour l'AFII que cet établissement public industriel et commercial pouvait recruter des agents de droit public.

310 - Le droit civil admet la validité des contrats déséquilibrés, avec comme limite celle de la lésion.

311 - On pourrait ainsi soutenir, par exemple, que les accords collectifs salariaux dans la fonction publique et les entreprises publiques ne comportent aucune contrepartie de la part des organisations syndicales. En effet, si le rapport Toutée d'octobre 1963 avait recommandé que durant l'application des contrats de progrès les accords d'entreprise puissent prévoir qu'« *il ne pourrait être recouru à la grève comme règlement des litiges nés de leur exécution* » (A. de Laubadère, « Le rapport Toutée relatif aux procédures de discussion des salaires dans le secteur public », *AJDA*, 1964, 215), cette recommandation n'a jamais reçu application. Certains considèrent cependant que la signature d'un accord salarial dans la fonction publique vaut caution implicite de la politique économique et sociale du gouvernement (cf. 7.4.2.2).

312 - Documentation pratique Francis Lefebvre, Contentieux, division IX, n° 460 et suiv.

Premièrement, un pouvoir de direction, de contrôle³¹³ et de surveillance qui s'impose directement au cocontractant.

Deuxièmement, le pouvoir d'exiger que le cocontractant continue d'exécuter son contrat en dépit d'événements extérieurs (aléa administratif ou économique) modifiant l'équilibre contractuel, avec toutefois des contreparties financières dans les limites du bouleversement financier du contrat.

Troisièmement, un pouvoir général et permanent de modification unilatérale du contrat ou de résiliation unilatérale.

Quatrièmement, un pouvoir de police ou de sanction exorbitant du droit commun.

Ces deux derniers méritent des développements particuliers.

7.1.2.1. Le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale par l'autorité administrative

Si l'article 1134 du code civil dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* », l'administration peut pour sa part modifier et résilier unilatéralement un contrat administratif.

- Le pouvoir général et permanent de modification unilatérale du contrat, prérogative déjà en germe dans l'arrêt *Compagnie nouvelle de gaz de Déville-lès-Rouen* du 10 janvier 1902 (GAJA, 16^e édition, p. 58), est reconnu à l'administration par l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910 (GAJA, 16^e édition, p. 134). Il trouve sa justification dans la poursuite de l'intérêt public³¹⁴ ou les exigences du service public mais n'est pas sans limite : il doit « *épargner les clauses financières du contrat qui appartiennent au noyau dur contractuel* »³¹⁵. Son usage immodéré peut en outre entraîner la résiliation du contrat à la demande du contractant privé³¹⁶. Et l'administration doit alors intégralement compenser les charges financières en résultant.

Lorsque le contenu d'un contrat est déterminé par voie législative ou réglementaire, l'autorité publique doit d'abord procéder aux modifications des règles générales avant de pouvoir modifier unilatéralement le contrat³¹⁷.

- La puissance publique peut aussi résilier unilatéralement un contrat administratif « *sous réserve des droits à indemnité des intéressés* » (CE, Ass., plénière,

313 - A. Roblot-Troizier, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, septembre-octobre 2007, p. 990. Dans cet article, l'auteur souligne que la jurisprudence n'a jamais rangé ce pouvoir au nombre des règles générales applicables aux contrats administratifs, s'interroge sur son fondement juridique et se demande si ce pouvoir ne découle pas plutôt de l'objet du contrat que de ses stipulations.

314 - CE, 11 juillet 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, requête n° 60158.

315 - CAA Nantes, 29 juin 2002, *OPAC de Dreux*.

316 - CE, 23 juin 1920, *Briançon*, rec. p. 624.

317 - CE, 6 mai 1985, *Ministre des PTT c/ Ricard*, requête n° 47861.

2 mai 1958, *Distillerie Magnac Laval*, rec. p. 246)³¹⁸. Ce pouvoir discrétionnaire se fonde sur la suprématie conférée à l'intérêt général vis-à-vis des intérêts particuliers et privés³¹⁹ et s'exerce sous trois formes distinctes :

- la résiliation de plein droit qui intervient, par exemple, lorsque l'objet du contrat disparaît ou lorsque des circonstances prévues au contrat se réalisent, notamment en matière de marchés publics ;
- la résiliation aux torts du titulaire du contrat³²⁰ ou résiliation sanction, subordonnée à la faute de l'intéressé et à une mise en demeure préalable assortie de griefs précis³²¹, qui représente la sanction la plus grave frappant le cocontractant ;
- la résiliation pour des motifs ou un but d'intérêt général³²² ; celle-ci a été jugée par le Conseil constitutionnel conforme aux principes applicables aux contrats administratifs³²³. Elle est également admise par le droit européen : appartient « à tout État un pouvoir souverain de modifier, voire de résilier un contrat conclu avec des particuliers »³²⁴. Non subordonnée à la constatation préalable d'une faute du cocontractant, la résiliation entraîne pour l'administration l'obligation d'indemniser intégralement son cocontractant³²⁵. De manière générale, même en l'absence d'accord du cocontractant, l'administration est en droit de lui imposer la résiliation du contrat dans l'intérêt du service³²⁶ et sans qu'il soit besoin de suivre les formes et procédures prévues pour sa passation³²⁷. En contrepartie, le cocontractant dispose de garanties : ses « droits pécuniaires »³²⁸ lui permettent de ne pas subir seul les conséquences financières d'une résiliation anticipée au nom de l'intérêt général (cf. 7.1.2.2).

- Lorsque l'administration use de son pouvoir de résiliation du contrat ou prend une mesure d'exécution du contrat, le juge administratif s'interdit en principe de l'annuler. Il accorde seulement des dommages et intérêts au cocontractant lésé³²⁹. Cette jurisprudence ancienne et constante s'appuie sur deux justifications connues : l'immixtion du juge dans les rapports contractuels serait soit inutile car il intervient souvent trop tardivement, soit dangereuse car troublant la continuité du service public.

318 - Ce pouvoir de modification et de résiliation du contrat est un principe général du droit administratif, qui s'applique même dans le silence du contrat (arrêt *Distillerie de Margnac-Laval* pour la résiliation unilatérale ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Recueil Lebon, p. 33 pour la modification unilatérale).

319 - J.-F. Lachaume, H. Pauliat, *Droit administratif*, 2007. À la vérité, le droit civil admet également la résiliation unilatérale du contrat par une partie à ses risques et périls à la condition qu'elle soit justifiée par l'inexécution de son obligation par le débiteur (voir sur ce point 7.3.1 pour l'exception d'inexécution en droit administratif).

320 - CE, 6 octobre 1978, *Gotteland*, requête n° 563.

321 - CE, 26 novembre 1993, *SA du Nouveau Port de Saint-Jean-Cap-Ferrat*, tp. 875.

322 - CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, rec. p. 33.

323 - Cons. Const., décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, rec. p. 36.

324 - CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*.

325 - CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6 et autres*, rec. p. 29.

326 - CE, 9 décembre 1927, *Garguilo*, rec. p. 1198.

327 - CE, Sect., 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, rec. p. 224.

328 - R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 1999.

329 - CE, Sect., 24 novembre 1972, *Société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, rec. p. 753.

Malgré sa retenue traditionnelle à l'égard de toute immixtion dans la vie et l'exécution du contrat, le juge administratif s'est exceptionnellement reconnu le pouvoir d'annuler des décisions mettant fin à certains contrats. Sont concernés d'une part les contrats de concession de services publics ou de travaux publics, les concessions de mines et, de manière plus générale, les « *contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation* »³³⁰ tels que le marché d'entreprise de travaux publics. Le sont également les conventions portant sur l'organisation du service (cf. 9.2.3).

7.1.2.2. Le pouvoir de sanction et ses contreparties

- De nature pécuniaire ou coercitive, ce pouvoir permet à la personne publique de sanctionner, même dans le silence du contrat³³¹, son exécution défailante, la sanction ne pouvant intervenir qu'après mise en demeure et respect des droits de la défense. À ce titre, l'administration ne peut pas demander au juge d'infliger une sanction qu'elle peut prendre elle-même³³². Si le contrat a prévu des sanctions pour certains manquements « *on n'y saurait substituer une sanction autre que celles dont les parties sont convenues* » (Romieu). Ainsi, par exemple, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit-elle que le contrat de partenariat public-privé mentionne les pénalités ou sanctions applicables en cas de retards ou de manquements aux obligations contractuelles³³³. Mais si les sanctions sont inadaptées ou, *a fortiori*, non prévues au contrat, d'autres mesures peuvent être prises par l'administration pour assurer la bonne exécution du contrat dans l'intérêt du service public. Ceci résulte des « *pouvoirs de coercition inhérents à tout contrat passé pour l'exécution du service public* »³³⁴.

- Beaucoup de contrats administratifs étant silencieux sur ce point, la question de la sanction applicable en cas de non-respect du contrat est délicate. C'est en particulier le cas des contrats de programmation de l'action publique (cf. 4). Qualifiés de contrats administratifs par l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, les « *contrats de plan sont conclus suivant une procédure fixée par décret en Conseil d'État. Ils ne peuvent être résiliés par l'État, avant leur date normale d'expiration, que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément. Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles* ». Dans son arrêt du 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ CU de Strasbourg et autres*, le Conseil d'État a confirmé la nature contractuelle des contrats de plan État-région : « *ni les*

330 - CE, Sect., 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, rec. p. 723.

331 - CE, 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, rec. p. 513, concl. Romieu.

332 - CE, Sect., 27 janvier 1933, *Le Loir*, rec. p. 136.

333 - Selon l'article 28 de cette ordonnance, le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et notamment du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire.

334 - CE, 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ M. Guichard et autres*, requête n° 44130, *RDP*, 1985, p. 1706.

dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1982, ni aucune autre disposition législative n'ont entendu conférer à la stipulation dont s'agit du contrat de plan passé entre l'État et la région Alsace une portée autre que celle d'une stipulation contractuelle ». Malgré cette double affirmation, plusieurs commentateurs ont douté de la portée contractuelle des engagements contenus dans un CPER : leur compatibilité problématique avec le principe de l'annualité budgétaire³³⁵, le contenu souvent imprécis des engagements³³⁶ ou le caractère préparatoire du contrat qui requiert des conventions d'application projet par projet. De plus, en 1996 et en 2005, l'État a décidé unilatéralement, devant l'ampleur des retards financiers affectant leur exécution, de reporter d'un an l'application des contrats de plan suivants (cf. 4.1), sans procéder pour autant à la résiliation des contrats en cours selon les formes prévues. Enfin, si le tribunal administratif de Strasbourg avait jugé que les contrats de plan destinés à concrétiser les orientations du plan national présentaient un caractère obligatoire pour l'État, le Conseil d'État a infirmé cette thèse : il a non seulement jugé que tous ces actes pouvaient, comme tout contrat administratif, faire l'objet de modifications unilatérales dans l'intérêt général³³⁷ mais encore ultérieurement qu'« il ressort de l'ensemble des dispositions du chapitre III du titre I^{er} de la loi du 29 juillet 1982 (...) que ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »³³⁸.

Dès lors, la principale sanction pour non-respect du contrat est purement politique ; de surcroît, cette sanction pèse surtout sur les élus locaux. La question de la nature et de l'ampleur de la sanction applicable en cas de méconnaissance d'un

335 - Conformément au deuxième alinéa de l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 et aux recommandations de la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) puis de la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (DIACT), les contrats comportent généralement une clause stipulant que les engagements de l'État sont conditionnés par l'approbation des lois de finances par le Parlement et ceux de la région par l'approbation du budget annuel par le conseil régional. C'est au vu de cette clause que le tribunal administratif de Montpellier (6 avril 2004, requête n° 99 2968/99 3069) a rejeté la demande de condamnation de l'État à réparer le préjudice né de la non-réalisation de bâtiments universitaires à Montpellier, alors même que la région avait tenu ses propres engagements.

336 - Les contrats d'agglomération semblent se réduire à des programmes politiques, dépourvus de moyens et d'engagements réels. (Rapport du cabinet Acadie pour la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires, *Évaluations des contrats d'agglomération*, avril 2006, notamment page 5).

337 - TA Strasbourg, 5 décembre 1985, *Communauté urbaine de Strasbourg*, RFDA, 1986, p. 369, concl. Raymond, note Hubrecht ; CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, rec. p. 2 ; RFDA, 1988, p. 25, concl. S. Daël, AJDA, 1988, p. 137, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; JCP 1988, II, n° 21084, note R. Drago ; CE, 17 novembre 1995, *Commune de Théziers*. Cette méconnaissance ne peut, selon une jurisprudence traditionnelle, être utilement invoquée par un tiers comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative : CE, Ass., 8 janvier 1988, précité.

338 - CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire Écologie*, rec. p. 416, RFDA, 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl et p. 343 note Y. Madiot, Jurisdata n° 051192 ; Ch. Le Noan, *L'ambiguïté persistante des contrats de plan : incertitudes jurisprudentielles ou contradiction législative ?*, Dalloz, 1997, p. 441.

contrat de programme gagnerait par conséquent à être rouverte³³⁹ (cf. 13.2.2.3), sachant que s'il est facile de recenser les dépenses éventuellement engagées en pure perte par une partie dont le projet a été abandonné en cours de route, il est extrêmement difficile de chiffrer le préjudice économique direct résultant pour une région du retard dans la réalisation d'un équipement public³⁴⁰.

Une décision récente du Conseil d'État, qui a retenu la responsabilité de l'État pour non-réalisation d'une ligne de TGV au profit d'une simple modernisation de la ligne ferrée existante³⁴¹, permet d'ores et déjà de remettre en perspective la jurisprudence relative au CPER. Cette décision fait en effet la distinction entre les conventions qui constituent de simples déclarations d'intention et les conventions qui comportent des engagements³⁴². La ligne directrice de la jurisprudence sur les CPER apparaît donc beaucoup plus claire : tout dépend de la précision des clauses du contrat et de la présence d'engagements. Dans les affaires précédentes, le CPER ne comportait que des déclarations d'intention, qui nécessitaient des conventions particulières d'application projet par projet. Dans l'affaire *Région du Limousin*, de véritables engagements avaient été pris dans des conventions d'application d'un CPER portant sur un projet précis. Si l'arrêt mentionne à nouveau sans surprise que l'État peut modifier ou mettre fin unilatéralement à ces conventions pour un motif d'intérêt général (cf. 7.1.2.1), il rappelle aussi que les cocontractants sont en droit d'obtenir de lui réparation du préjudice dès lors que le contrat n'y fait pas obstacle. Le Conseil d'État a indemnisé au cas particulier le préjudice direct et certain, c'est-à-dire essentiellement les dépenses d'études et de contrôle externe, mais écarté tout préjudice lié au manque à gagner et d'image.

- Tous les actes dénommés « contrat » en droit administratif n'ayant pas la valeur juridique d'un contrat au sens que lui donnent la jurisprudence et la doctrine, la question de la vérification de leur exécution et de la sanction de leur non-respect fait parfois appel à des procédures originales et inventives de suivi et d'évaluation, en concertation avec les intéressés.

339 - Elle est d'application large et concerne tous les contrats de programmation de l'action publique, par exemple les contrats d'établissement de l'enseignement supérieur (cf. 5.1.2) qui peuvent être remis en cause à tout moment par l'État, ou les contrats d'objectifs et de moyens.

340 - Les contrats de plan étant réalisés à environ 80 %, chacun vit sur l'idée que ce taux d'exécution est convenable, même s'il s'écarte de la prévision contractuelle. Le débat est compliqué par le processus de négociation lui-même (cf. 7.2.1 et 12.1.2) : tandis que l'État se fixe initialement une enveloppe budgétaire à ne pas dépasser, les négociations avec les régions aboutissent à augmenter l'enveloppe au-delà des prévisions initiales si bien que l'État doit ensuite rattraper cet écart inflationniste en gestion et allonger la durée d'exécution du contrat pour tenir dans les limites de son épure budgétaire.

341 - CE, 21 décembre 2007, *Région du Limousin*, requête n° 293260 à 293263, *AJDA*, 2008, p. 481, note J.-D. Dreyfus.

342 - Une autre décision récente (CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie*, requête n° 290259 et 290260) juge qu'une cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant de contrat particulier au sens de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification un protocole d'accord et une charte pour la réalisation du programme d'aménagement hydraulique de la Loire et de ses affluents. Le Conseil d'État y a confirmé la condamnation de l'État pour non-respect des obligations découlant de ces contrats particuliers, avec un raisonnement intéressant sur le calcul du préjudice.

Par exemple, la très longue durée de transposition des accords collectifs dans la fonction publique justifie l'existence de comités de suivi des accords qui, entre autres fonctions, ont pour vertu d'institutionnaliser la pression que l'employeur s'impose pour assurer le respect d'accords dépourvus en eux-mêmes de toute valeur juridique (cf. 9.3.1). Les accords Durafour de 1990 (cf. 1.3.1) ont ainsi prévu une commission de suivi qui s'est réunie tous les semestres pour assurer le respect des échéances prévues et préciser les mesures d'application du protocole. Cette technique éprouvée fait que tous les accords signés ont été pleinement respectés par l'État employeur, à l'exception de l'accord salarial du 10 mars 1982, suspendu à l'été 1982, comme tous les autres accords collectifs, dans le cadre d'un blocage des prix et des salaires.

Dans le même ordre d'idées, l'évaluation des COG (cf. 2.2.3) a été confiée pour chaque branche de la sécurité sociale à des conseils de surveillance où siègent des parlementaires. Ces conseils remettent un avis au Parlement sur la mise en œuvre de ces conventions³⁴³.

De même, pour évaluer dans la durée les résultats des contrats d'objectifs et de moyens conclus au sein de la juridiction administrative (cf. 1.4.3), un mécanisme de suivi annuel a été mis en place : chaque année, le conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTACAA) a tenu une séance spéciale pour faire le point sur l'exécution des contrats d'objectifs avec les juridictions concernées. L'examen par les pairs et la sanction morale ont ainsi suppléé à l'absence de sanction juridique attachée au contrat.

La palette des sanctions est cependant plus large encore que ces mécanismes de suivi et d'évaluation. S'y ajoutent la publicité donnée au non-respect du contrat et les campagnes d'opinion qui s'ensuivent. Par exemple, devant l'inexécution des contrats de plan, plusieurs députés ont déposé à l'Assemblée nationale une proposition de loi (n°630 du 13 février 2003) tendant à la «sécurisation des contrats de plan État-régions».

S'agissant des «contrats» conclus à l'intérieur d'une même personne publique, en particulier des contrats d'objectifs et de moyens (cf. 1.4.2), l'administration dispose aussi du recours à l'arsenal classique des récompenses et sanctions : l'octroi de primes de performance ou d'avantages de carrière à ceux qui atteignent leurs objectifs, la sanction disciplinaire pour ceux qui sont loin de les atteindre, l'octroi d'une autonomie de gestion plus grande aux services ou aux agents prouvant qu'ils sont capables d'honorer leur contrat d'objectifs...

Une des originalités du contrat administratif tient en partie, au moins pour les «faux contrats» (cf. 7.4.1.1) mais pas seulement pour eux, à cette capacité que démontre l'administration d'élaborer des mécanismes particuliers pour faire produire un effet à ses engagements. En d'autres termes, un «contrat» administratif n'aurait pas toujours besoin de sanction juridique pour produire des effets. Et les procédés de l'administration consultative, qui caractérisent l'acte unilatéral, sont souvent mobilisés à cet effet, perturbant un peu plus les catégories juridiques usuelles.

343 - Malgré ou en raison de cette procédure de suivi, beaucoup doutent de la nature contractuelle de ces conventions, en l'absence de véritable sanction.

Mais il reste des domaines où les contrats administratifs demeurent dépourvus de toute sanction. Les spécialistes du droit conventionnel liant la sécurité sociale aux professions médicales (cf. 2.2.1) soulignent ainsi l'échec de la tentative de réguler la dépense médicale de ville par voie conventionnelle, alors que ce système a fonctionné pour les laboratoires et les infirmières par exemple. De très nombreux dispositifs ont pourtant été imaginés au cours du temps³⁴⁴. Aucun d'eux n'a répondu aux attentes depuis 1971.

- En contrepartie des quatre prérogatives qu'elle détient (cf. 7.1.2), notamment le pouvoir de résiliation unilatérale (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, rec. p. 141)³⁴⁵, l'administration supporte une obligation financière à l'égard du cocontractant : le respect de l'équilibre financier du contrat et son rétablissement lorsqu'il est rompu. L'obligation d'indemniser le cocontractant est mise en jeu dans deux hypothèses : lorsqu'une situation nouvelle est créée par la personne publique (sujétions imprévues et fait du prince) ou lorsque cette situation lui est imposée de l'extérieur (imprévision), cette dernière théorie étant écartée en droit privé (Cour de cassation, 6 mars 1876, *Canal de Craponne* ; articles 1134 et 1135 du code civil)³⁴⁶. L'octroi d'une contrepartie financière ne peut en revanche jouer en cas d'aléa inhérent à l'objet ou à la nature du contrat, de mauvaise appréciation des données, de faute du contractant, d'initiative non sollicitée ou encore de situation de force majeure, qui par nature éteint le lien contractuel.

Le déséquilibre entre droits et obligations des parties dont est empreint le régime juridique des contrats administratifs pourrait bien, à l'examen, se révéler moins dérogatoire qu'il ne semble à première vue au droit des contrats en général (cf. 1.2.1 et 9.2.1). Le contrat administratif apparaît comme ne différant pas fon-

344 - Sanctions contre les praticiens ayant un comportement anormal au regard des « profils médicaux » (1971) ; fixation d'objectifs annuels de dépenses compatibles avec les recettes de l'assurance maladie (1980) ; maîtrise concertée de l'évolution des dépenses de santé et meilleur usage du système de santé en formant à cet effet les praticiens et en introduisant une procédure de mise « hors convention » (1985) ; détermination de références médicales nationales d'évolution, qui n'ont pas pu voir le jour, les médecins ayant souvent refusé de participer aux commissions qui devaient les établir au plan départemental (1990) ; fixation d'objectifs prévisionnels annuels quantifiés pour les honoraires et les prescriptions, fixation de normes de qualité et rénovation du système de sanctions en cas de non-respect des objectifs quantifiés (1993), l'échec de ce nouveau système ayant conduit les caisses à dénoncer la convention en 1996 ; institution du médecin référent et définition de références professionnelles et de leur sanction (1997) ; redéfinition des sanctions (2005).

345 - R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 1999.

346 - Cette spécificité du contrat administratif pourrait donner un avantage compétitif à la France dans la compétition internationale. En effet, elle a pour effet d'éliminer pour le cocontractant une partie de l'aléa économique et financier, ce qui devrait favoriser la valorisation des contrats de longue durée comme les concessions, les DSP ou les contrats de partenariat et la création d'un marché secondaire de ces contrats. Mais ceci suppose d'assouplir légèrement les conditions de cession des autorisations (cf. 13.4.7), contraintes par la règle de l'*intuitus personae*, et d'améliorer la transparence sur les tarifs et leur comparaison (cf. 12.2.4) de manière à attirer des investisseurs de long terme sur le refinancement de projet, tels les fonds de pension.

damentalement du contrat civil sur ce point. Il n'est d'ailleurs pas impossible d'assister dans un futur proche à une convergence entre les deux contrats³⁴⁷.

7.2. Les spécificités formelles du contrat administratif

Plusieurs traits autres que ceux déjà mentionnés³⁴⁸ singularisent le contrat administratif par rapport au contrat civil : sa conclusion est souvent encadrée par des règles de forme tenant d'une part à la complexité de l'organisation des personnes morales de droit public, d'autre part aux contraintes de transparence et de concurrence. Il n'en a pas toujours été ainsi, au moins sur le second terrain, ce qui différenciait nettement le contrat administratif de l'acte administratif unilatéral, dont l'intervention est de longue date codifiée ou enserrée dans un formalisme étroit (concertation ou consultation préalable, forme et rédaction, qualité du signataire, publication...).

7.2.1. La négociation du contrat

- Une différence théorique entre l'acte unilatéral et le contrat tient à ce que le premier est au mieux soumis à une simple concertation en amont de son intervention, concertation dont le résultat ne lie pas au demeurant l'auteur de l'acte hormis l'hypothèse de compétence liée, tandis que le second résulte d'une négociation qui fait du cocontractant un coauteur de l'acte. L'existence d'une véritable négociation en amont de l'acte constitue ainsi l'un des indices permettant normalement d'identifier la présence d'un contrat. Cette négociation, phase essentielle, permet aux parties, par un jeu de concessions et d'engagements successifs, de déboucher ou non sur un accord. Comme elle se prête à toutes les manœuvres, la négociation repose sur le présupposé de la bonne foi.

Mais ce trait distinctif entre acte administratif unilatéral et contrat ne se vérifie pas toujours. Car s'il existe des domaines où la négociation est très approfondie, celui de la délégation de service public par exemple, il en existe aussi où les termes des contrats administratifs ne sont pas négociés et ne peuvent légalement l'être par le cocontractant. Les marchés publics, hormis dans le cadre de deux procédures, ne donnent ainsi pas lieu à une négociation : une fois son offre formalisée, le soumissionnaire en est prisonnier et ne peut plus négocier avec l'administration³⁴⁹.

347 - En effet, les travaux européens sur le droit des contrats (cf. 10.1.1.2 et annexe 2) ont retenu des notions telles que la résiliation unilatérale du contrat sans recourir au juge ou la résiliation anticipée, la reconnaissance au juge d'un pouvoir de réfection du contrat, l'imprévision... Parallèlement l'avant-projet de loi élaboré en 2005 par la commission Catala propose d'assouplir le droit des contrats civils en permettant la prise en compte du changement de circonstances pour inciter une partie à accepter une modification du contrat (articles 1135-2 et suivants). Il est de même envisagé de consacrer la théorie de l'imprévision en droit civil.

348 - Une autre singularité est abordée plus loin : certains champs sont interdits au contrat administratif (cf. 10.2.2).

349 - Il s'agit surtout de ne pas offrir de prise aux phénomènes de corruption et au délit de favoritisme. Le juge pénal est devenu, à ce titre, l'un des juges de la légalité des procédures contractuelles.

La pratique administrative ou politique se charge aussi de brouiller la frontière théorique entre concertation et négociation. Ainsi le contrat territorial d'exploitation (CTE), qui est un contrat administratif, est instruit comme l'est une demande débouchant sur un acte unilatéral (cf. 7.4.1.4.1). L'agriculteur dépose son dossier de demande, qui est soumis pour avis à la commission départementale d'orientation agricole, puis le préfet se prononce sur la demande au vu de cet avis. L'agriculteur est alors seulement invité à signer son contrat : la négociation a été purement et simplement éliminée, ce qui pourrait faire douter de l'existence d'un contrat par détermination de la loi si la doctrine n'avait pas inventé la catégorie du contrat d'adhésion (cf. 7.4.1.4.2).

De même, en matière sociale, on glisse facilement de la concertation à la négociation. La réforme des retraites de 2003 a débuté par une concertation, avant de prendre à un moment donné le virage de la négociation. La concertation peut en effet faire apparaître qu'un interlocuteur devient disposé, à un moment donné, à s'engager : on ne peut pas écarter cette éventualité au prétexte que l'on aurait suivi la mauvaise procédure. Un certain flou, inévitable, demeure donc entre concertation et négociation en amont de l'élaboration de la norme juridique, acte unilatéral ou contrat, qui conduit à ne pas enfermer la concertation-négociation dans une procédure trop rigide.

- Bien que peu d'informations soient disponibles sur le sujet, la négociation des contrats administratifs donne souvent lieu à l'élaboration de documents précontractuels (études préalables, définition du besoin, document ou lettre d'intention, concours d'idées, précontract...), dont la nature et le volume varient selon la complexité de la prise de décision par les personnes publiques et la taille des projets. Si le code civil ignore la période précontractuelle et si le droit administratif et la doctrine ne s'intéressent guère à cette phase, il n'en va pas de même pour « les principes du droit européen du contrat » qui ont pleinement reconnu toute sa place à l'amont du contrat (cf. 10.1.1.2).

- Un bon exemple de l'exigence accrue de formalisme dans la préparation du contrat est fourni par le contrat de partenariat (cf. 1.2.2). Les étapes antérieures à la conclusion de ce contrat sont, en effet, ressenties comme lourdes et cette lourdeur expliquerait, pour certains, le faible succès initial de la formule.

Le recours au contrat de partenariat doit en effet être justifié par des considérations d'urgence ou de complexité propres à chaque projet, ainsi que par une étude économique démontrant sa supériorité sur les autres formes d'association du secteur privé.

La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi d'habilitation préalable à l'ordonnance du 17 juin 2004 souligne en effet que le recours au contrat de partenariat (qualifié de « dérogation ») doit être justifié par un motif d'intérêt général lié soit à l'urgence soit à la complexité du projet, chacun d'eux devant être apprécié objectivement³⁵⁰. Pour le Conseil, l'urgence « *s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable*³⁵¹ » tandis que la complexité correspond à la « *nécessité de tenir compte des*

350 - Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

351 - Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004.

caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé». Les partenaires privés de l'administration, soulignant l'insécurité juridique qui découle de conditions aussi restrictivement interprétées³⁵², voudraient voir prévaloir une lecture économique plus souple de ces conditions d'urgence et de complexité.

Pour eux, la réalisation de tout ouvrage public créateur de bénéfices socio-économiques est par définition urgente et la décision publique se justifie par la recherche d'une utilité socio-économique sous contrainte financière. Le raccourcissement du délai de réalisation ainsi que la réduction des coûts liés à la globalisation des phases successives d'un même projet (conception et exploitation) devraient, quand il s'agit de contribuer à l'enrichissement national par le biais d'une construction publique, être considérés comme urgents au sens économique. Ce n'est pourtant pas l'esprit de l'ordonnance qui requiert une urgence objective ne résultant *a priori* pas du fait de l'administration. Dans une décision du 29 octobre 2004³⁵³, rejetant les recours dirigés contre l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil d'État précise en effet « *qu'il résulte des termes mêmes de la décision [du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel] que, sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat* ».

La complexité serait également pour les mêmes partenaires une notion nécessairement relative : selon leur taille, les collectivités territoriales ne disposent pas de tous les services techniques nécessaires pour concevoir puis réaliser des projets, même de petite envergure comme la construction d'infrastructures scolaires. Selon le Conseil constitutionnel pourtant, la condition relative à la complexité n'est remplie que lorsque « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet*³⁵⁴ ». Il ne s'agit donc pas d'une impossibilité subjective, « *liée à des carences du pouvoir adjudicateur lui-même*³⁵⁵ », mais d'une impossibilité objective, liée à la spécificité du projet, et justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif. Dans la plupart des cas, la complexité d'un projet est en fait liée à la difficulté que rencontre la collectivité d'évaluer préalablement l'ensemble des coûts nécessaires à la mise en œuvre et à la gestion d'un ouvrage³⁵⁶.

352 - Ces critiques doivent être relativisées car la complexité est une notion bien délimitée par le droit communautaire, qui est une condition légale pour pouvoir recourir au dialogue compétitif.

353 - CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, rec. p. 394, avec concl. D. Casas.

354 - Cons. const., décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, considérant n° 18, relative à la « loi de simplification du droit ».

355 - Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, *Les contrats de partenariat, principes et méthodes*, Guide pratique, 2005, p. 14.

356 - La réduction de cette complexité passe souvent par la prise en compte de l'ensemble des coûts liés aux différentes phases du projet. Le partenaire privé peut alors faire émerger des solutions financières *ad hoc*.

La procédure préalable à la conclusion du contrat de partenariat a donc été conçue pour permettre de vérifier que l'une ou l'autre des deux conditions objectives sont effectivement remplies dans chaque cas³⁵⁷. Elle comporte à cet effet deux temps, l'évaluation préalable puis, selon le cas, le dialogue compétitif si le projet est complexe, l'appel d'offres restreint si le montant du contrat est supérieur aux seuils communautaires ou la procédure négociée lorsque ce montant est inférieur aux seuils (cf. 7.4.1.5).

L'évaluation préalable, qui constitue une garantie du caractère sérieux du projet, doit répondre à deux exigences. Avec le soutien d'un organisme expert, elle doit d'une part établir l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'un projet, d'autre part faire apparaître les mérites respectifs en termes de coût ou de performance des différentes options de passation de la commande publique³⁵⁸. L'analyse comparative des coûts, de la performance et du partage des risques permet de faire pleinement jouer ensuite le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse et celui du moins-disant.

La complexité étant le point de passage obligé pour pouvoir recourir au dialogue compétitif selon les directives communautaires de 2004³⁵⁹, ce dialogue permet à la personne publique de définir, de manière souple, avec chacun des candidats, les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre au programme fonctionnel défini par elle.

Pour faciliter le recours au contrat de partenariat et faire en sorte que celui-ci puisse occuper une place plus importante dans la commande publique³⁶⁰, le Gouvernement a souhaité refondre l'ordonnance du 17 juin 2004.

357 - Cette procédure empêche aussi d'utiliser le contrat de partenariat comme moyen de contournement de la réglementation des marchés publics.

358 - L'évaluation est définie comme suit par l'article 2 de l'ordonnance :

« Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :

– montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;

– expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct ».

359 - La procédure s'inspire de l'article 29 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 détaillant la procédure de dialogue compétitif. Cet article dispose que *« lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ».*

360 - Le projet de loi élaboré par le Gouvernement prévoit d'ajouter aux deux conditions de complexité et d'urgence une condition d'efficacité économique et financière au regard des autres outils de la commande publique et d'ouvrir jusqu'à fin 2012 ce type de contrat aux secteurs de l'action publique présentant un besoin immédiat d'investissement.

7.2.2. La passation du contrat

La distinction procédurale entre l'acte unilatéral et le contrat tend à s'atténuer de nos jours car le formalisme imposé pour la passation du contrat s'accroît, en particulier sous l'influence de la construction européenne³⁶¹ (cf. 10.1.1.3 et 13.3), qui a notamment introduit une obligation de publicité pour les concessions de travaux³⁶².

Si le principe de *l'intuitus personae* a longtemps autorisé, hormis en matière de marchés publics, une très grande liberté de l'autorité publique dans le choix du contractant³⁶³, notamment du concessionnaire³⁶⁴ ou du délégataire de la gestion du service public, il est davantage limité aujourd'hui par l'exigence d'une mise en concurrence en amont de ce choix.

La loi nationale ajoute sans cesse des exigences nouvelles : la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin a institué, en réaction à des actes de corruption ayant entaché la passation de contrats publics ou privés, dont des contrats de concession, et dans un souci de transparence³⁶⁵, une procédure beaucoup plus rigoureuse que par le passé pour la conclusion de contrats de délégation de service public³⁶⁶. De même la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, a alourdi la procédure de passation des DSP en y ajoutant l'obligation de constituer une liste des candidats admis à présenter une offre au vu des garanties présentées et confié le choix du délégataire à une commission émanant de l'assemblée délibérante³⁶⁷. Bref, même si le choix du cocontractant demeure libre dans des secteurs entiers où il est fréquemment fait usage du contrat, comme le recrutement des agents ou la désignation des attributaires de subventions, la sélection des titulaires de commandes publiques tend à devenir de plus en plus formalisée³⁶⁸. Le juge vérifie si la procédure suivie a été régulière, par exemple s'il fallait recourir à une procédure formelle de DSP³⁶⁹.

361 - M. Ricci, *Dr. Adm.*, 2006.

362 - Article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et décret du 31 mars 1992.

363 - CE, Sect., 4 février 1955, *Ville de Saverne*, rec. p. 73.

364 - CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers*, tp. 607 aux conclusions contraires de M. Fornacciari, *RFDA*, 1987, p. 19.

365 - « Le développement de la transparence dans l'activité administrative », in Rapport public du Conseil d'État, 1995, Considérations générales. *La transparence et le secret*, EDCE n° 47, p. 33 et p. 145, La Documentation française.

366 - La complexité de ce texte a conduit le Gouvernement à consulter le Conseil d'État à de très nombreuses reprises sur son champ d'application (avis d'Assemblée générale du 9 mars 1995, Rapport public 1995, p. 399 sur les conventions passées avec les transporteurs parisiens en cas d'inscription au plan de transport ; avis de la section de l'intérieur du 4 avril 1995, Rapport public 1995, p. 414 sur les concessions de service public concernant les casinos ; avis d'Assemblée générale du 28 septembre 1995, Rapport public 1995, p. 402 sur les concessions de transport et de distribution de gaz et sur les concessions d'énergie hydraulique, etc.).

367 - Sur l'application de ces nouvelles dispositions, voir CE, 30 juin 1999, *SMITOM du Centre-ouest seine-et-marnais*, rec. p. 229 ; CE, 13 octobre 2004, *Commune de Montélimar*, rec. p. 369.

368 - C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.

369 - CE, 5 octobre 2007, *Soc. UGC-Ciné-Cité*, *AJDA*, 2007, p. 2260, note J.-D. Dreyfus.

S'il n'a longtemps pas existé en droit national de principe général obligeant les collectivités publiques à recourir à la concurrence pour la passation de leurs contrats échappant au champ d'application du code des marchés publics (CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, rec. p. 326, *RFDA*, 1985, p. 13 concl. M. Dandelot)³⁷⁰, il arrivait qu'un texte l'imposât, comme pour les marchés publics³⁷¹ ou pour les marchés visés par l'ordonnance du 6 juin 2005. Désormais les jurisprudences constitutionnelle (cf. 10.1.2.2) et communautaire conduisent à réserver une place croissante au respect des règles de concurrence dans la commande publique (cf. 10.2.5)

La passation des marchés publics est depuis longtemps emblématique des particularités procédurales propres au contrat administratif et de la limitation des pouvoirs d'adjudication du cocontractant public³⁷². Les marchés sont en effet soumis à des règles de transparence, à des obligations, garantes des exigences communautaires (cf. 10.1.1.3) et constitutionnelles, et aux principes de concurrence, d'égalité d'accès à la commande publique et de neutralité à l'égard des différents candidats. Le nouveau code des marchés publics³⁷³ continuant en outre à imposer la définition préalable des besoins (article 5), la publicité et la mise en concurrence, ainsi que de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 53), l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics demeurent aussi des obligations essentielles pour le pouvoir adjudicateur.

- Devenu un instrument de modernisation de la gestion publique, le droit des marchés publics tend actuellement à diversifier les règles de la commande publique tout en centralisant la décision et en cherchant à responsabiliser davantage les acheteurs³⁷⁴. La diversité des procédures auxquelles les personnes publiques peuvent recourir pour satisfaire leurs besoins ne cesse de s'accroître³⁷⁵. On assiste ainsi à l'utilisation croissante de la procédure négociée qui permet, sous certaines conditions de seuil, de faire appel à des compétences particulières à

370 - Cette jurisprudence est largement caduque au regard des directives et de la jurisprudence européenne qui imposent désormais des règles minimales de transparence (cf. 10.1.1.3).

371 - CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, rec. p. 71, *AJDA*, 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus.

372 - Ce code étant supposé contenir uniquement des règles de procédure, son édicition relève en ce qui concerne l'État du pouvoir réglementaire selon une jurisprudence constante du Conseil d'État et non du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution, solution contestée par une partie de la doctrine (Y. Gaudemet, *Le contrat administratif, un contrat hors la loi*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, p. 91). Pour les collectivités locales, la matière est normalement législative mais la jurisprudence du Conseil d'État considère que la matière est restée réglementaire par l'effet d'un décret du 12 novembre 1938, pris sur le fondement de la loi d'habilitation du 5 octobre 1938.

373 - Code annexé au décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006.

374 - Par exemple, les spécifications techniques peuvent désormais être définies par des performances à atteindre.

375 - Par exemple, la procédure adaptée (articles 28 et 30 du CMP) permet au pouvoir adjudicateur de déterminer librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en tenant compte des enjeux du contrat, c'est-à-dire de son montant, de son objet, de ses conditions de passation et de la réalité de la concurrence entre les opérateurs intéressés (CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. p. 423, *AJDA*, 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus).

un coût raisonnable au terme de négociations avec les opérateurs économiques, ou encore au développement de procédures entièrement électroniques comme le système d'acquisition dynamique (cf. 7.4.1.5).

7.2.3. *Entre passation et signature : le référé précontractuel*

Le référé précontractuel est une procédure particulière et efficace par laquelle le juge administratif statue en urgence, c'est-à-dire en principe en moins de vingt jours, sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation de marchés conclus en vertu du CMP, de délégations de service public, de contrats de partenariat, de baux emphytéotiques hospitaliers et de contrats administratifs conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005³⁷⁶. Sa mise en place découle des exigences du droit communautaire et contribue, plus largement, à faire prévaloir le principe de légalité.

- Le référé précontractuel résulte de la transposition des directives communautaires 89/665/CEE « *Recours/Marchés publics dans les secteurs classiques* » du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE « *Recours/Marchés publics dans les secteurs des réseaux* » du 25 février 1992. Introduit aux articles L. 22 et L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel³⁷⁷, il a été repris aux articles L. 555-1 et L. 555-2 du code de justice administrative à la suite de la réforme du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. Les directives communautaires dont il est issu visent à introduire « *des recours efficaces et aussi rapides que possible* » afin de corriger la violation des règles de publicité et de mise en concurrence et de prévenir l'apparition d'autres illégalités. Elles exigent également que le juge soit doté du pouvoir d'annuler les décisions illégales et de faire indemniser les personnes lésées par une telle violation. À ce titre, la Commission européenne peut d'ailleurs notifier à tout État membre « *les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'espace économique européen a été commise* ». À la suite de cette notification, l'État, même s'il n'est pas lui-même partie au contrat, est habilité à agir devant le juge des référés précontractuels³⁷⁸.

Le contrôle exercé au titre du référé précontractuel tendant au respect des obligations de concurrence et, plus généralement, à la prévention de la corruption³⁷⁹, il participe du contrôle de légalité exercé par l'État sur les actes des collectivités publiques. En témoigne la possibilité pour le préfet de saisir le juge en cas de doute sur la régularité des opérations de passation d'un contrat par une collectivité territoriale.

376 - Il est l'une des quatre voies de recours ouvertes contre le contrat, avec le référé-suspension de l'article L. 521-1 du CJA, le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable autorisant sa conclusion et le recours direct contre le contrat ouvert aux concurrents évincés par l'arrêt *Tropic Travaux signalisation* de juillet 2007 (cf. 9.4).

377 - Loi du 4 janvier 1992.

378 - La Commission ne semble jamais avoir fait usage de ce pouvoir de notification à l'égard de la France.

379 - S. Lagumina et É. Philippe, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », *AJDA*, 20 avril 2000, n° 4, p. 284.

• Encore expérimental dans les années 1990, le référé précontractuel a connu depuis lors un grand développement³⁸⁰, à mesure que la jurisprudence en a dessiné les contours. Il a aujourd'hui pleinement trouvé sa place dans le droit général des contrats, les entreprises lésées y ayant recours en nombre croissant tandis que les collectivités publiques en appréhendent l'utilisation³⁸¹.

En vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à saisir le juge sont celles qui sont « *susceptibles d'être lésées par le manquement* ». L'intérêt conférant qualité pour agir est reconnu à toute personne ayant vocation à être partie au contrat³⁸². Ainsi, un ordre professionnel agissant dans le but de défendre un de ses membres n'est pas recevable à saisir le président du tribunal administratif³⁸³.

Si le préfet peut prendre l'initiative d'un référé précontractuel, il le fait rarement ; ceci s'explique par le déroulement de la procédure : le plus souvent, le préfet n'a pas connaissance en temps utile de la délibération de la collectivité territoriale autorisant la passation d'un contrat et *a fortiori* du projet de contrat. L'absence d'utilisation du référé précontractuel n'excluant pas un éventuel déféré préfectoral³⁸⁴, les préfets privilégient de fait le déféré par rapport au référé précontractuel³⁸⁵.

L'article L. 551-1 du code de justice administrative investit le juge des référés – le président du tribunal administratif ou un magistrat désigné par lui – de larges pouvoirs, exercés sous le contrôle de cassation du Conseil d'État³⁸⁶. L'importance de ces pouvoirs est à la mesure des enjeux : certains contrats portent sur des sommes importantes, tels les contrats de concessions autoroutières ; d'autres doivent être exécutés dans des délais courts afin de ne pas être vidés de leur substance. La procédure permet de bloquer la conclusion illégale d'un

380 - Malheureusement, l'outil de gestion de la juridiction administrative n'a pas prévu d'isoler le référé précontractuel parmi tous les autres référés. Il est donc impossible, en l'état actuel des choses, de rendre compte du développement quantitatif de ce contentieux.

381 - Le juge administratif applique en effet à la lettre les dispositions formelles des directives et règlements communautaires. Ainsi le Conseil d'État a-t-il confirmé l'annulation d'une procédure de passation d'un marché au motif que l'avis publié ne mentionnait pas le « délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre » alors que l'information nécessaire figurait dans le règlement de la consultation (CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, requête n° 300097).

382 - Ce sont donc les entreprises qui ont été candidates à l'attribution du contrat et qui en ont été évincées ou celles qui n'ont pas pu l'être. Une entreprise évincée peut ainsi se borner à critiquer l'admission d'une entreprise à présenter une offre concurrente (CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, Recueil Lebon, p. 422, pour une DSP).

383 - CE, 16 décembre 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique*, Recueil Lebon, p. 493.

384 - CE, 14 janvier 1998, *Conseil régional de la région Centre*, Recueil Lebon, p. 7.

385 - Il serait plus conforme aux principes de légalité et de sécurité juridique d'encourager les préfets à faire un usage plus fréquent du référé précontractuel de manière à limiter le nombre des annulations ou condamnations postérieures à la passation du contrat.

386 - Le juge peut ainsi contrôler le bien-fondé des motifs par lesquels une commission d'appel d'offres écarte une candidature qui ne présente pas les garanties techniques et financières suffisantes (CE, *Soc. Abraham Bâtiment Travaux publics et Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, requête n° 286443).



contrat en agissant avec rapidité en amont de sa conclusion. En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge peut ainsi ordonner à la personne publique de se conformer à ses obligations, suspendre la passation du contrat ou de toute décision s'y rapportant³⁸⁷, annuler ces décisions ou encore supprimer certaines clauses ou prescriptions appelées à figurer dans le contrat. Le Conseil d'État a en outre estimé que le juge du référé précontractuel pouvait annuler la procédure de passation d'une délégation de service public même s'il n'avait pas été saisi de conclusions en ce sens par un requérant qui s'était borné à en demander la suspension³⁸⁸. Ce juge peut donc statuer *ultra petita*³⁸⁹.

Le plus fréquemment, les obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'être méconnues sont celles prévues par le code des marchés publics et par la loi régissant les délégations de service public. Peuvent aussi être invoqués des textes dont la portée est plus limitée, comme l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ultérieurement codifiée au livre IV du code de commerce. Dans la décision de section du 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, le Conseil d'État a sanctionné sur ce fondement la définition, dans l'avis d'appel d'offres, de spécifications techniques réduisant *de facto* la variété des produits y répondant et entravant ainsi la mise en concurrence lors de la passation du contrat. Si le juge du référé précontractuel peut censurer la violation de cette ordonnance, son examen ne porte que sur le respect de l'obligation de publicité et de mise en concurrence par le pouvoir adjudicateur à l'exclusion de toute appréciation sur le fond de ce droit³⁹⁰.

Ce contrôle *a priori* du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence entraîne une intervention directe du juge dans la procédure administrative précontractuelle. Conséquence de l'ampleur de ses pouvoirs, le juge, qui tranche une question sur le fond, doit statuer au terme d'une audience publique³⁹¹. En outre, dès que le contrat litigieux a été signé³⁹² le juge des référés ne peut

387 - La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a précisé que le juge disposait, dès sa saisine, de la possibilité d'enjoindre à l'administration « de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure, et pour une durée maximale de vingt jours ».

388 - CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, AJDA, 2006, p. 2340 concl. D. Casas.

389 - CE, 15 décembre 2006, *Soc. Corsica Ferries*, requête n° 298618.

390 - CE, 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, Recueil Lebon, p. 265 ; CE, 24 octobre 2001, *Collectivité territoriale de Corse et OTC*, Recueil Lebon, p. 485 ; CE, 5 juin 2007, *Soc. Corsica Ferries c/ Collectivité territoriale de Corse*, requête n° 305280 où il est jugé que « La méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ».

391 - CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, Recueil Lebon, p. 300.

392 - Le référé est donc jugé irrecevable si la signature du contrat précède la saisine du juge (CE, Sect., *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, Recueil Lebon, p. 394, *RFDA*, 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy ; CE, 7 mars 2005, *Soc. Grandjouan-Saco*, Recueil Lebon, p. 96) ou débouche sur un non-lieu à statuer si la signature intervient en cours d'instance (CE, 28 décembre 2001, *Lacombe*, Recueil Lebon, p. 686).

plus que prononcer un non-lieu. Dès signature, le contrat se trouve en effet placé sous le régime de droit commun des contrats administratifs³⁹³.

Les solutions dégagées par la jurisprudence pour l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence marquent la recherche d'un point d'équilibre entre l'efficacité de la procédure et le respect des droits essentiels des parties au litige. Cependant, le très grand formalisme de l'obligation de publicité, très encadrée par le règlement CE n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres, fait l'objet de critiques (cf. 13.5.2).

Certains regrettent que le champ couvert par le contrôle du juge du référé demeure limité mais « pour donner tout son sens à la procédure, il convenait d'éviter que le juge du référé ne se transforme en juge de la régularité du contrat. À l'intérieur du champ du contrôle, toutefois, le juge de cassation exerce une surveillance étroite et parfois audacieuse, en censurant avec constance les jugements faisant preuve d'une timidité déplacée »³⁹⁴.

7.2.4. La forme et le contenu obligatoire du contrat

Si les contrats administratifs ne sont, en principe, pas soumis à des règles de forme contraignantes, le contenu de certains contrats administratifs, comme la délégation de service public³⁹⁵, est de plus en plus encadré.

- Sauf textes particuliers l'imposant, l'écrit³⁹⁶ n'est pas obligatoire. Les marchés publics d'un montant supérieur à 4 000 € (article 11 du CMP) ou les transactions conclues en vertu de l'article 2044 du code civil nécessitent un écrit.

Cet écrit peut prendre les formes les plus variées : acte sous seing privé, acte notarié, acte administratif unilatéral accepté par le cocontractant³⁹⁷, convention acceptée sous forme d'acte unilatéral par l'administration³⁹⁸, échange de

393 - Cette solution pourrait être remise en cause suite à l'adoption le 15 novembre 2007 de la nouvelle directive du Conseil modifiant les directives recours de 1989 et 1992 (AJDA, 2007, p. 2173). Cette directive du 11 décembre 2007 obligera en effet à attendre au minimum dix jours entre l'attribution d'un marché et sa signature, de manière à permettre un accès effectif au juge durant cette période, et permettra à ce dernier d'annuler un marché signé en méconnaissance de ce délai, ce que le Conseil d'État s'interdit aujourd'hui. Sur les directives « recours », voir aussi *Les recours des tiers contre les contrats publics*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, n° 45, novembre-décembre 2007, p. 253. L'ouverture d'un recours de pleine juridiction aux concurrents évincés répond par avance sur ce point aux nouvelles exigences de la directive recours.

394 - S. Lagumina et É. Philippe, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », AJDA, 20 avril 2000, n° 4, p. 287.

395 - Par exemple en ce qui concerne les droits d'entrée réclamés au prestataire entrant.

396 - L'exigence d'un écrit conduit à souligner à nouveau la polysémie du mot « contrat » dans notre langue. Car s'il renvoie à l'acte qui contient la preuve de l'existence d'un accord, donc à un écrit, le contrat signifie d'abord un accord des parties ou de volontés, non soumis à un quelconque formalisme.

397 - CE, 20 juillet 1951, *Peguin*, rec. p. 423.

398 - CE, 27 juillet 1923, *Sieur Gheusy*, rec. p. 639.



lettres³⁹⁹, croisement de deux délibérations rédigées en termes identiques⁴⁰⁰. Il arrive même au Conseil d'État de discerner des stipulations contractuelles dans un règlement⁴⁰¹.

Des contrats purement verbaux peuvent lier les parties, en matière de gestion de personnel, permanent et occasionnel ou d'exécution du service public⁴⁰². De même des contrats peuvent être tacites⁴⁰³ comme le contrat de mandat entre débiteurs solidaires⁴⁰⁴.

- La durée des contrats⁴⁰⁵ ou les clauses financières qu'il est possible d'y inclure font l'objet de dispositions législatives ou réglementaires de plus en plus contraignantes. La possibilité d'étendre par avenant l'objet du contrat ou de le prolonger est également souvent très limitée, de manière à éviter les détournements de procédure⁴⁰⁶. La durée du contrat, s'agissant des DSP ou de l'occupation du domaine public, doit également correspondre à une réalité économique, notamment à la durée d'amortissement des ouvrages réalisés⁴⁰⁷.

Par exception, le contrat de partenariat (cf. 1.2.2), contrat de longue durée, a été conçu comme adaptable aux évolutions économiques et financières. L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L. 1414-12 du CGCT disposent que ce contrat doit prévoir « *les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant, ou, faute d'accord, par décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ».

- Certaines clauses doivent obligatoirement figurer dans certains contrats ainsi que le prévoit, par exemple, l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, lorsqu'une collectivité territoriale décide de participer financièrement au coût d'une opération

399 - CE, 23 janvier 1954, *Comptoir unique d'achat*, RDP, 1954, p. 834.

400 - Le croisement de deux délibérations identiques de conseils municipaux relatives au partage des charges liées à des garanties d'emprunts et de la taxe professionnelle a ainsi été regardé, eu égard à la volonté des parties, comme un contrat (20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, rec. p. 87, *Droit administratif*, 1996, n° 307).

401 - CE, 25 novembre 1994, *Soc. Aticam*, rec. p. 514 pour un règlement d'exploitation des hangars d'un port autonome.

402 - CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. p. 167 ; GAJA, n° 79, 13^e édition, p. 508.

403 - CE, 15 juin 1951, *Soc. Hydraulique Asie*, rec. p. 349 ; 4 avril 1952, *Compagnie navale des pétroles*, rec. p. 211.

404 - CE, 19 mars 1956, *Sieur Jean dit François Rolland Nouvelles*, rec. p. 130.

405 - La durée d'une DSP est devenue une clause obligatoire du contrat d'après la loi du 29 janvier 1993 (CAA Nantes, 27 juin 2003, *Commune de Contres*, requête n° 00635).

406 - Avis de la section des travaux publics du 20 février 1996, Rapport public 1997, p. 334 ; avis de l'Assemblée générale du 16 septembre 1999, Rapport public 1999, p. 230 sur les concessions d'autoroutes ; avis de la section des travaux publics du 19 avril 2005, Rapport public p. 197 sur les conventions d'exploitation des remontées mécaniques ; CE, 29 décembre 2004, *Soc. SOCCRAM*, rec. p. 762, AJDA, 2005, p. 607.

407 - CE, 12 mai 1976, *Époux Leduc*, rec. p. 252 pour la construction d'une salle de sports sur le domaine public maritime en vertu d'une simple occupation temporaire du domaine maritime et non d'une concession.

d'aménagement en vertu d'une convention conclue en application de l'article L. 300-4 de ce code.

D'autres clauses, comme celles qui portent atteinte à l'ordre public⁴⁰⁸, sont naturellement prohibées et donc illicites. Hormis ces quelques contraintes, la liberté contractuelle implique que les collectivités publiques demeurent libres de rédiger leurs contrats comme elles l'entendent.

7.2.5. La qualité des signataires du contrat

Réserve faite des règles déjà évoquées concernant la mise en concurrence préalable au choix du cocontractant, ce dernier ne peut pas toujours être librement choisi par la collectivité publique signataire. Le législateur peut préciser par avance le nombre et la qualité des signataires d'un contrat. Il dispose à cet effet d'une marge de manœuvre : par exemple, il peut prévoir deux conventions médicales au lieu d'une seule, l'une signée par au moins une organisation représentative de médecins généralistes, l'autre de spécialistes, dans le dessein de rendre plus aisée la conclusion de telles conventions⁴⁰⁹. De même, il a, dans un but identique, modifié en 1975 l'exigence portant sur le nombre minimum de signataires : désormais la signature d'une seule organisation syndicale représentative suffit mais, en contrepartie, le ministre doit procéder à une enquête de représentativité dans les mois qui précèdent l'échéance conventionnelle.

En cas de contestation sur la validité d'un contrat, le juge se borne généralement à vérifier que les signataires étaient dûment habilités et arrête là ses investigations. Mais dans certaines matières, les exigences relatives à la qualité des signataires sont nettement supérieures, en particulier s'agissant des conventions médicales⁴¹⁰ ou des accords collectifs conclus en droit du travail⁴¹¹. Et l'obstination des pouvoirs publics à ne pas reconnaître la représentativité d'une organisation syndicale peut conduire à des déconvenues sérieuses devant le juge : quatre conventions conclues avec les chirurgiens-dentistes en 1977, 1978, 1983 et 1991 ont été annulées pour n'avoir pas invité la Fédération des chirurgiens-dentistes de France à participer aux négociations.⁴¹² Pour donner une assise plus large et plus solide à ces accords, la signature d'organisations dites représentatives

408 - Ch. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694. Parmi les clauses contraires à l'ordre public, l'auteur cite notamment celles qui auraient pour effet de placer le cocontractant en situation de commettre une pratique anticoncurrentielle (cf. 10.2.6).

409 - Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 26.

410 - CE, Sect., 17 mars 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région et Fédération française des médecins généralistes MG France*, rec. p. 94.

411 - CE, 30 juin 2003, *MEDEF*, rec. p. 297 ; CE, 30 juin 2006, *Soc. Les champignons de Normandie*, *AJDA*, 2006, p. 928 pour la représentativité d'une organisation d'employeurs.

412 - CE, Sect., 25 mai 1979, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, rec. p. 242, *Dr. Soc.*, 1979, p. 687, concl. B. Genevois ; CE, 19 décembre 1980, *FD CF*, rec. p. 898 ; CE, 5 décembre 1986, *FD CF*, rec. p. 742, CE, 13 novembre 1995, *FD CF*, rec. p. 1045. Sur la représentativité des organisations, voir aussi CE, 10 juillet 1992, *CSMF et Syndicat des médecins libéraux*, rec. p. 290 et 294, *Dr. Soc.*, 1992, p. 927, concl. G. Le Chatelier et Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France*, rec. p. 442, concl. C. Maugué.

est nécessaire et bénéficie d'un traitement privilégié⁴¹³. Se pose ensuite la question de savoir si les signataires d'accords collectifs doivent être de surcroît majoritaires ou non⁴¹⁴.

Garant de la régularité des contrats, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de vérifier d'office si un contrat a été conclu par l'autorité compétente et, dans la négative, n'hésite pas à le déclarer nul⁴¹⁵, permettant alors aux cocontractants d'invoquer la responsabilité quasi-contractuelle (l'enrichissement sans cause ou la faute) ou la responsabilité quasi délictuelle de la puissance publique (faute commise en concluant un contrat nul)⁴¹⁶.

7.2.6. La décision de signer le contrat du côté de l'administration

L'expression de la volonté des personnes morales de droit public, dont l'organisation est souvent complexe, présente une caractéristique qu'on ne trouve guère en droit privé.

Son expression est rarement simple et directe. Lorsqu'une personne morale de droit public contracte par l'intermédiaire de ses représentants, la signature du contrat relève souvent d'une procédure se déroulant en plusieurs phases et superposant l'intervention de plusieurs volontés⁴¹⁷, y compris parfois d'une tutelle : le

413 - L'exigence de représentativité en droit du travail découle de l'effet impératif ou normatif de l'accord collectif. Elle consiste à apprécier la capacité que possède une organisation à parler au nom d'un collectif de travail et à exprimer l'intérêt collectif. Sur la représentativité des organisations patronales et de salariés, voir notamment le rapport Hadas-Label de mai 2006 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000364/index.shtml>), qui analyse la situation et suggère plusieurs scénarios d'évolution.

414 - Deux variantes sont possibles en droit du travail : l'opposition majoritaire ou l'engagement majoritaire. La loi du 4 mai 2004 a laissé à la branche le soin de déterminer les règles de signature, majorité d'opposition ou majorité d'engagement. La majorité d'opposition joue rarement pour les accords de branche (une vingtaine de cas depuis 2004) et seule une branche a institué la majorité d'engagement. S'ajoute à cette option un débat technique sur le mode de calcul de la majorité : faut-il la constater en nombre de signataires ou en termes d'effectifs représentés (les résultats des élections aux différents niveaux de négociation étant généralement considérés comme le critère le plus pertinent à cet égard), en la calculant à la majorité relative ou absolue ? Sur cette même question dans la fonction publique, on se reportera avec intérêt à l'article d'Yves Saint-Jours déjà cité (note 43), qui conserve toute son actualité.

415 - CE, Sect., 20 octobre 2000, *Soc. Citecable Est*, Recueil Lebon, p. 457, BJCP n° 14, janvier 2001, concl. H. Savoie, p. 54 avec observations P. Terneyre. Voir aussi pour un exemple récent de convention déclarée nulle en application de l'article L. 332-6 du code de l'urbanisme : 10 octobre 2007, *commune de Biot*, requête n° 268205, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 163, p. 40 et le commentaire de J.-B. Auby, « La valeur de l'action publique », p. 1 et 2 ou encore CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *AJDA*, 2007, p. 915. Sur les obligations du juge en cas de nullité de certaines clauses d'un contrat, voir aussi CE, 19 décembre 2007, *Soc. Sogeparc-CGCT*, requête n° 260327, *AJDA*, 2008, p. 16) et CE, 22 février 2008, *Schmeltz et Orselli*, requête n° 286174, *AJDA*, 2008, p. 439 qui admet la recevabilité en appel de moyens nouveaux relatifs à la responsabilité quasi délictuelle des cocontractants.

416 - La question de savoir si le juge administratif peut et dans quelle mesure indemniser le manque à gagner sur le terrain quasi délictuel en cas de poursuite d'une convention définitivement annulée vient d'être tranchée par le Conseil d'État (CE, Sect., 10 avril 2008, *Soc. Decaux et département des Alpes-Maritimes*, requête n° 244950).

417 - F. Rolin, *L'habilitation à contracter*, in « Contrats publics », *Mélanges Guibal*, Montpellier 2005, tome 1, p. 187.

« droit administratif connaît des opérations contractuelles beaucoup plus que des contrats ». ⁴¹⁸ Il est donc rare de pouvoir identifier le concours d'une seule volonté pour conclure un contrat administratif et cette simple observation relativise la théorie selon laquelle le contrat naît du simple échange de deux volontés. La jurisprudence sur les actes détachables du contrat (cf. 9.4) et sur les interactions complexes et parfois subtiles entre acte détachable et contrat confirme ce point de vue. Le contrat administratif s'analyse donc aussi bien comme un croisement d'une décision unilatérale du côté de l'administration et d'un accord de volonté du côté du cocontractant privé que comme un pur échange de volontés.

Le fractionnement de la procédure en amont de la passation du contrat administratif a en tout cas pour effet de multiplier les risques d'irrégularité ou de vices dans l'expression du consentement (cf. 7.1.1). Le contentieux de la légalité des actes détachables occupe ainsi une place importante dans la jurisprudence administrative, que ce soit dans le contentieux des marchés publics, des délégations de service public ou de la fonction publique. Pour une collectivité territoriale, l'autorisation de passer le contrat et la décision de signer sont bien souvent dissociées : l'organe délibérant donne en général l'accord préalable à la conclusion du contrat, l'exécutif se chargeant de le négocier puis de le signer ⁴¹⁹.

7.2.7. Signification, publication, entrée en vigueur et opposabilité aux tiers

Le contrat ne s'appliquant en principe qu'à ses signataires en vertu de l'effet relatif qui s'y attache, aucune publicité n'est généralement prévue pour les contrats administratifs ⁴²⁰.

On relève toutefois quelques exceptions résultant de la loi ou de la jurisprudence. Par exemple, les articles L. 133-13 et L. 133-14 du code du travail organisent la publicité donnée à la convention d'assurance chômage de l'Unedic, qui est une convention conclue dans l'intérêt des tiers assurés. De même, l'article 11-2 de la loi du 30 juin 1975, modifié par celle du 6 janvier 1986, relative aux institutions sociales et médico-sociales prévoit que la convention signée par un établissement habilité à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale « est publiée dans un délai de deux mois à compter de sa signature ».

La nature réglementaire reconnue par la jurisprudence aux stipulations de certains contrats comme les cahiers des charges des concessions conduit aussi à les publier pour rendre leurs dispositions opposables aux tiers.

418 - M. Payre, *Recherche sur la notion d'indivisibilité du contrat administratif*, 1986.

419 - Si un maire conclut un contrat avant de transmettre au préfet la délibération qui l'autorise à le signer, le contrat administratif signé ou la décision de signer le contrat de droit privé sont nuls (CE, Sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, rec. p. 198).

420 - Le récent arrêt d'Assemblée *Tropic Travaux signalisation* (cf. 9.4) va conduire à organiser une publicité pour les contrats de la commande publique (cf. 13.4.5).



7.3. Interprétation, exécution et requalification du contrat

Si le contrat administratif se caractérise par de nombreuses exigences formelles qui contribuent à sa spécificité, il soulève, au stade de son exécution, de multiples questions pratiques et parfois juridiques. Parmi ces dernières, celles qui sont relatives à l'interprétation et à la qualification du contrat illustrent les difficultés particulières rencontrées par le juge du contrat.

7.3.1. L'exécution du contrat

Sans entrer dans le détail, l'exécution des contrats publics soulève plusieurs questions pratiques et juridiques telles que celles de l'ampleur des avenants qu'il est possible de conclure en cours de contrat sans en bouleverser l'économie (cf. 7.2.4 et 12.1.5) ou de l'adaptation des théories de l'imprévision ou du fait du prince au contexte actuel. Elle pose aussi celle de l'intervention des usagers dans l'exécution du contrat qui ne disposent, indépendamment du recours contre les actes réglementaires, que du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les clauses réglementaires d'organisation du service ou tout acte détachable du contrat.

L'asymétrie d'information entre la collectivité publique et le titulaire du contrat pose également question, même si l'article L.1411-3 du code général des collectivités territoriales a amélioré la situation en prévoyant un rapport annuel du délégataire à l'autorité délégante. Les titulaires de délégations de service public bénéficiant de fait d'une probabilité de renouvellement très élevée (cf. 1.2.1), cette situation privilégiée découle assez largement de la sous-information de la collectivité publique et des concurrents potentiels sur les coûts réels entraînés par le changement du titulaire du contrat. Il est assez paradoxal d'entendre des élus locaux parfois affirmer qu'ils sont obligés de revenir à la régie directe pour obtenir des informations fiables sur les coûts, les gains et la qualité du service (cf. 12.2.4).

Le contentieux contractuel relatif à l'exécution des contrats se renouvelle et pose sans cesse des questions inédites. Ainsi, par exemple, deux questions sur les pénalités applicables aux marchés publics demeurent ouvertes et discutées. La première consiste à savoir si le juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens, peut modérer ou augmenter les pénalités convenues entre les parties « *lorsque l'application des stipulations d'un contrat administratif prévoyant des pénalités de retard fait apparaître un montant de pénalités manifestement excessif ou dérisoire* »⁴²¹, alors que la jurisprudence administrative⁴²² et judiciaire, pour cette dernière jusqu'à la modification de l'article 1152 du code civil par la loi du 9 juillet 1975, est de sens contraire. La seconde consiste à savoir si l'application des pénalités prévues par l'article 20 du cahier des clauses administratives générales suppose ou non une mise en demeure préalable de la part du maître d'ouvrage⁴²³.

421 - CAA Paris, 23 juin 2006, *SARL Serbois*, requête n° 02PA03759.

422 - CE, 24 novembre 2006, *Soc. Group 4 Falck Sécurité*, requête n° 275412.

423 - CAA Paris, 19 juin 2007, *Soc. Bleu Azur*, requête n° 04PA01052, *AJDA*, 2007, p. 2326, note O. Rousset.

7.3.2. L'interprétation du contrat

- Le juge administratif est compétent pour interpréter les contrats administratifs et leur faire produire leur plein effet. Il recherche ainsi la commune intention des parties⁴²⁴ et donne sa véritable qualification au contrat⁴²⁵. À ce titre, il vérifie si le contrat qui lui est déféré répond bien à sa définition, par exemple qu'une concession est bien financée par une redevance perçue sur l'usager⁴²⁶. Il interprète aussi les clauses obscures ou ambiguës des contrats⁴²⁷.
- Le juge administratif n'est en revanche pas compétent pour interpréter des contrats de droit privé et doit, en présence d'une difficulté sérieuse d'interprétation, surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire ait donné son interprétation du contrat. Cette solution est ancienne et constante, par exemple en matière d'extension des conventions collectives⁴²⁸.
- Le juge administratif refuse, avec quelques dérogations toutefois, d'accueillir l'exception d'inexécution du contrat⁴²⁹ lorsqu'elle est invoquée par le cocontractant d'un marché public ou d'une délégation de service public pour suspendre l'exécution de ses propres obligations⁴³⁰. Certains pays étrangers l'admettent

424 - CE, 31 mai 1985, *Ville de Montpellier c/ Société des parkings des Champs-Élysées*, requête n° 2418, RDP, 1985, p. 1707.

425 - CE, 27 juillet 1923, *Sieur Gheusy*, rec. p. 639 pour une concession ; CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, requête n° 281796, AJDA, p. 915, pour un contrat de droit privé requalifié en marché public de services.

426 - CE, Ass., 16 avril 1986, *CLT*, rec. p. 96.

427 - L'interprétation du contrat est une prérogative des juges du fond, qui relève de leur appréciation souveraine. Désormais juge de cassation dans la plupart des litiges contractuels, le Conseil d'État se borne à ce titre à un contrôle de dénaturation (CE, 25 novembre 1994, *Soc. Aticam*, rec. p. 514), avec une exception toutefois, relative à l'interprétation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux (CE, Sect., 27 mars 1998, *Soc. d'assurances La Nantaise et l'Angevaine réunies*, Recueil Lebon, p. 109, RFDA, 1998, p. 732 concl. M^{me} Bergeal, note Bourrel). C'est donc essentiellement sur les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel que repose aujourd'hui cette mission.

428 - CE, Sect., 4 mars 1960, *Soc. Le Peignage de Reims*, Recueil Lebon, p. 168 ; 28 avril 2000, *Organisation nationale de la coiffure française*, requête n° 197537 ; 22 novembre 2000, *Fédération nationale du personnel de l'encadrement des sociétés de service informatique, des études, du conseil et de l'ingénierie*, requête n° 208779.

429 - L'exception d'inexécution contractuelle (*exceptio non adimpleti contractus*) permet à l'une des parties d'invoquer l'inexécution d'une obligation par l'autre partie pour se dispenser de sa propre obligation ou pour demander la suspension ou la résolution du contrat. En droit administratif, cette exception d'inexécution ne peut être invoquée que par l'administration car, en raison de son intérêt public, l'exécution d'un contrat administratif ne doit en principe pas être interrompue. Lorsque le contrat n'a pas pour objet un service public indispensable à la collectivité, l'usage de l'« *exceptio non adimpleti* » contre l'administration représente une garantie pour les partenaires privés, qui peuvent par ce biais échapper à de possibles abus de la part d'une administration.

430 - CE, 7 juin 1929, *Cie française des câbles télégraphiques*, Recueil Lebon, p. 564 ; 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Recueil Lebon, p. 11.

dans certaines hypothèses⁴³¹. Ce refus, contesté par une partie de la doctrine⁴³², repose sur la justification qu'un contrat administratif constitue l'une des modalités mises à la disposition de l'administration pour servir l'intérêt général et qu'il doit pour cette raison aller à son terme, en dépit du souhait du cocontractant de l'interrompre⁴³³. La jurisprudence française laisse donc sur ce point le juge du

431 - Dans plusieurs pays, notamment d'Amérique latine, la doctrine, la jurisprudence et même la loi admettent l'« *exceptio non adimpleti* » dirigée contre les contrats administratifs. Le Conseil d'État colombien admet ainsi que le cocontractant puisse se prévaloir de l'exception d'inexécution du contrat et suspendre l'exécution de ses propres obligations lorsque de graves fautes imputables à l'administration empêchent l'exécution raisonnable du contrat (*Consejo de Estado, Expediente n° 25000-23-26-000-1989-5337-0, 4 septembre 2003. Este presupuesto fue planteado por la Sala así : 'es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrat*). La jurisprudence de la Cour Suprême de justice de l'Argentine va dans le même sens et considère qu'il serait contraire à l'équité d'exiger du cocontractant privé qu'il exécute son obligation lorsque la négligence de l'entité publique crée les circonstances où l'exécution du contrat cesse d'être raisonnable (*Obredor, Robertp Enrique/ c/ Provincia de Mendoza. Fecha, 21 avril 2006. Tribunal : Suprema Corte de Justicia. Expediente : 74283. Ubicación : S364-177. La exceptio non adimpleti contractus es aplicable a los contratos administrativos, ya que sostener lo contrario constituiría una negación de la naturaleza contractual del contrato administrativo. No resulta equitativo exigir que el contratante particular cumpla cuando en realidad la negligencia del ente público en el cumplimiento de sus propias obligaciones es el que lo ha colocado en situación de razonable imposibilidad de llevar adelante su prestación*). Au Brésil, depuis 1993 la loi (*Lei 8666/93, art. 78, incisos XV e XVI*) relative aux contrats administratifs admet la résiliation du contrat au cas où l'administration n'exécute pas ses obligations (ne pas libérer le local ou ne pas procurer la fourniture nécessaire à l'exécution du contrat...) ou enregistre retard de paiement des sommes dues supérieur à 90 jours. L'« *exceptio non adimpleti contractus* » est également admise en droit international. Le souci de préserver l'équité et la bonne foi dans les relations contractuelles internationales conduit les tribunaux internationaux à accueillir l'utilisation de cette exception contre les administrations. L'un des tribunaux organisés en 2006 par le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) a critiqué la position traditionnelle qui refuse l'admission de l'exception en faveur du cocontractant privé en ces termes : « (...) the Tribunal ca not ignore the practical result of this interpretation [le refus de l'exception] : if taken to the extreme, a concessionaire would be obliged to provide the service indefinitely at the discretion of the government and its right to terminate the Concession Agreement would be deprived of any content. For this reason, the application of the maxim *exceptio non adimpleti contractus* provides a balance to the relationship between the government and the concessionaire. » (*ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes case n° ARB/01/12. Date of dispatch to the parties : July 14, 2006. Proceeding between Azurix Corp as claimant and the Argentine Republic as respondent : <http://icsid.worldbank.org>*).

Bien que l'accueil de cette exception dans les contrats administratifs ne fasse pas l'unanimité dans les différents systèmes juridiques, la tendance de la doctrine administrative moderne est de l'admettre dans les cas où l'intérêt de la collectivité n'est pas immédiatement menacé, afin de protéger le cocontractant privé contre les abus d'une administration négligente.

432 - P. Terneyre, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803 et suiv. Admettre ouvertement l'application de cette exception dans certains cas (ceux où l'inexécution n'affecte pas la continuité du service public ou les besoins de la collectivité) « permettrait d'adresser un signal fort aux opérateurs économiques qui contractent avec l'administration – spécialement ceux, étrangers, très méfiants » à l'égard d'un droit administratif français considéré souvent comme « exorbitant et facteur d'insécurité juridique ».

433 - De manière dissymétrique, l'administration peut demander au cocontractant de continuer à exécuter son contrat en dépit d'un changement de circonstances (cf. 7.1.2) et, à tout moment, résilier un contrat dans l'intérêt général ou pour faute en cas d'inexécution des obligations (cf. 7.1.2.1).

contrat déterminer si l'exécution de ce contrat est ou non devenue impossible et d'en tirer le cas échéant les conséquences.

7.3.3. *La requalification du contrat*

La mission du juge inclut, au-delà des appellations données au contrat par les parties, des opérations délicates de qualification au regard des notions juridiques pertinentes, marché public ou DSP essentiellement, et parfois de requalification, conférant sa véritable portée au contrat⁴³⁴. Le juge administratif est ainsi le gardien vigilant des frontières, parfois difficiles à tracer, entre le contrat de subvention, le marché public, l'ancien marché d'entreprise de travaux publics (METP)⁴³⁵ et la DSP.

Ceci l'a amené au fil du temps à regarder une concession de service public comme un METP (CE, Sect., 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, rec. p. 723), à juger qu'un sous-traité de concession de plage ne constitue pas seulement une convention d'occupation du domaine public mais comporte aussi une DSP⁴³⁶ (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph »*, rec. p. 282, BJCP, n° 12, p. 355, concl. C. Bergeal, DA 2000.15, obs. S. Braconnier), à qualifier une régie intéressée de DSP (CE, 30 juin 1999, *SMITOM*, rec. p. 229) ou à identifier une DSP derrière une procédure d'agrément (CE, 22 mars 2000, *Époux Lasaulce*, rec. p. 127, BJCP, n° 11, p. 252, concl. H. Savoie).

De même, le juge vérifie qu'une association bénéficiaire d'une subvention n'a pas agi en qualité de prestataire de service d'un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics⁴³⁷ (CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, requête n°98MA01735 ; CE, 26 mars 2008, *Région de La Réunion*, requête 284412⁴³⁸). La délimitation n'est en effet pas toujours aisée entre une convention d'objectifs passée avec une association et un marché de prestation défini par l'existence d'un lien direct entre la contribution financière versée par la collectivité publique et la prestation fournie en réponse à ses besoins préalablement exprimés. La subvention est théoriquement dénuée de toute contrepartie. Mais la notion de marché public n'est pas très éloignée quand une collectivité

434 - Sur cette question, voir *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État 2002, La Documentation française, p. 300 et suiv.

435 - Le marché d'entreprise de travaux publics, aujourd'hui disparu, était un contrat de longue durée qui confiait la construction ou l'exploitation ou seulement l'exploitation d'un ouvrage public à une entreprise moyennant une rémunération par la collectivité publique.

436 - O. Rousset, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA*, 2002, p. 1059 ; CAA Nancy, 6 avril 2006, *EURL Saut du Doubs*, *AJDA*, 2006, p. 1350.

437 - D. Moreau, « Les risques de requalification des subventions en marchés ou en délégations de service public », *AJDA*, 2002, p. 902 ; L. Renouard, « Les contrats de subvention », *ACCP*, décembre 2003, p. 28. Sur la distinction entre contrat de subvention, marché public et délégation de service public, on peut aussi se reporter avec intérêt à l'avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004 (EDEC, 2005, p. 185) qui, dans le cas de la Cinémathèque, impose pour définir la relation entre l'association et l'État la conclusion d'un contrat de subvention mais écarte l'application de la procédure propre aux marchés publics et à la délégation de service public.

438 - Cette décision confirme un arrêt de cour administrative d'appel ayant jugé qu'une contribution financière versée en application de conventions était la contrepartie du service rendu par le fournisseur en vertu de ces conventions relevant du code des marchés publics et non une subvention.

subventionne des actions précises correspondant à des objectifs d'intérêt local. C'est ainsi que le tribunal administratif de Melun a récemment qualifié de marché public une subvention du département de Seine-et-Marne à des théâtres en vue de l'organisation d'un festival⁴³⁹. Pour limiter ce risque, le critère tenant à l'initiative du projet subventionné apparaît primordial. La cour administrative d'appel de Marseille l'a retenu à propos de la fête toulonnaise de la liberté, du livre et de la francophonie de 1997⁴⁴⁰: le comité des fêtes de la ville ayant été le seul organisateur de la manifestation et l'action du comité répondant à un objectif d'intérêt général pour la ville sans s'accompagner d'une prestation de service, la cour a retenu la qualification de subvention et non de contrat. Si une association ne peut pas démontrer qu'elle est à l'origine du projet, le risque de requalification est élevé.

La délimitation entre une convention d'objectifs et une délégation de service public à un organisme privé⁴⁴¹ n'est pas non plus toujours aisée. Le Conseil d'État, par sa décision du 6 avril 2007 concernant le festival d'art lyrique d'Aix⁴⁴², a clarifié l'ensemble des droits et obligations des collectivités publiques à l'égard des personnes privées exerçant une mission de service public (cf. 13.3.1.5).

La fréquence des opérations de qualification ou de requalification de contrats par le juge constitue l'un des symptômes de la fragilisation récente des contrats, singulièrement de ceux qui relèvent de la commande publique. Cela justifie la proposition d'une remise en ordre de notre système contractuel (cf. 13.4.2).

7.4. Typologies et fonctions du contrat en droit administratif

La définition du contrat administratif, son régime juridique et ses spécificités ayant été précisées, la jurisprudence et la doctrine complètent leur approche des différents contrats en utilisant des typologies qui permettent de les classer. Leur étude permet d'approfondir le phénomène contractuel et d'appréhender les diverses fonctions que remplit le contrat en droit administratif.

7.4.1. Les principales typologies contractuelles en droit national et communautaire

Les critères de classement sous-jacents aux différentes typologies contractuelles s'attachent soit au fond du contrat, soit à sa forme. La première d'entre elles commence par diviser les contrats signés par l'administration en deux

439 - TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Département de Seine-et-Marne*, requête n° 06-5188.

440 - CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, requête n° 98MA01735.

441 - Cette notion a été élargie aux associations par le Conseil d'État en 1974 (CE, Sect., 22 novembre 1974, *Fédération française d'articles de sport*, Recueil Lebon, p. 576).

442 - CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *AJDA*, 2007, chron. F. Lenica, J. Boucher, p. 1020. Pour une appréciation critique de la compatibilité de cette décision avec le droit européen, voir L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski, « Actualités du droit de la concurrence, Aides d'État », *AJDA*, 2007, p. 2351.

catégories, selon le droit applicable : les contrats de droit commun, relevant du juge judiciaire, et les contrats administratifs, relevant du juge administratif. Puis interviennent des classements à l'intérieur de la famille des contrats administratifs.

Ces typologies sont instables et changeantes, à l'image de la dynamique contractuelle elle-même. L'apparition de nouveaux contrats en droit national ou communautaire oblige à adapter ou à repenser à un rythme accéléré les typologies anciennes. Leur multiplicité et leur imbrication témoignent aussi de la complexité du phénomène contractuel, pour ne pas dire de sa confusion. Sans entrer dans leur détail ni chercher à établir leurs mérites respectifs, les plus fructueuses pour la bonne compréhension du rôle joué par le contrat sont les suivantes.

7.4.1.1. Selon les signataires

Ce critère, souvent qualifié d'organique, tient traditionnellement une grande place en droit administratif.

- Les contrats administratifs régissent le plus souvent des relations entre des personnes publiques et des personnes privées. On a, en pareil cas, affaire au contrat de droit commun, à un « vrai » contrat⁴⁴³ dont le prototype est le marché public ou la délégation de service public et dont le juge administratif, en cas de contentieux, veille à ce qu'il en soit fait une exécution scrupuleuse.

Mais le contrat peut aussi régir des relations entre personnes publiques⁴⁴⁴ : si le phénomène est ancien, il s'est accentué à la faveur de l'interventionnisme économique de la puissance publique et depuis les lois de décentralisation (cf. 4.3). Ces contrats, qui incluent les contrats de programme conclus entre collectivités publiques, peuvent susciter davantage de scepticisme quant à leur nature et leur valeur. Si certains ont reçu la qualification de contrats administratifs lorsqu'ils formalisaient des engagements, d'autres sont volontiers qualifiés de faux contrats, surtout s'ils ne comportent aucun engagement pour l'une des parties⁴⁴⁵. Ils sont proches de ce que Duguit appelait des conventions.

S'y ajouteraient des contrats fictifs, ceux qui sont conclus à l'intérieur d'une même personne publique. Cette catégorie engloberait toutes les formes de contrat d'objectifs ou de gestion conclus à l'intérieur de la sphère étatique. La

443 - Voir par exemple J. Moreau, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, p. 747. Cet auteur, reprenant en partie l'analyse de Duguit, introduit à ce titre une distinction entre contrat et convention, réservant le terme « contrat » aux vrais contrats, c'est-à-dire à ceux qui répondent à la définition juridique de la chose (cf. 7.1).

444 - Pour un exemple de contrat administratif conclu entre deux personnes publiques, voir CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr et autres*, rec. p. 201, *RFDA*, 1998, p. 609, concl. H. Savoie, affaire dans laquelle la qualification de marché public a été écartée. De la signature d'un contrat par deux personnes publiques découle la présomption du caractère administratif de ce contrat (TC, 21 mars 1983, *UAP*, cf. 7.1.1.1) mais cette présomption simple peut être renversée par la constatation de l'absence de clauses exorbitantes du droit commun lorsque l'objet de ce contrat est lié au fonctionnement du service public (TC, 15 novembre 1999, *Commune de Boursip c/ Commune de Saint-Lary-Soulan*, rec. p. 478).

445 - J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997.

jurisprudence et une bonne partie de la doctrine⁴⁴⁶ répugnent en effet à assimiler à des contrats les accords passés entre des services de l'État, bien que ces entités puissent être regardées comme disposant d'une autonomie fonctionnelle et de compétences bien délimitées, et les assimilent plutôt à des engagements moraux ou politiques⁴⁴⁷. Quelques rares auteurs, soulignant l'aspect conventionnel ou construit de tout système juridique, plaident au contraire pour une reconnaissance de ce type de contrat⁴⁴⁸.

- Une autre classification des contrats peut s'attacher à la qualité du signataire : individu ou groupement. En matière de fonction publique ou en droit du travail, par exemple, on distingue l'accord (fonction publique) ou la convention collective (secteur privé) du contrat individuel. La convention collective est généralement considérée par la doctrine comme ayant une valeur supérieure au contrat individuel car, acte-règle, elle s'impose à lui : elle s'impose en effet au contrat de travail, qui ne peut pas contenir de clause moins favorable au salarié, sauf dans les cas où elle le prévoit explicitement.
- Une dernière classification intéressante consiste à se demander si l'État est présent au contrat ou s'il y reste tiers. Car, dans un certain nombre de situations, il a le choix entre intervenir directement comme contractant ou indirectement comme initiateur ou participant, à l'arrière-plan, à la négociation.

Les négociations entre les partenaires sociaux à l'instigation de l'État relèvent souvent de la seconde hypothèse. Cette situation ambiguë pose des questions d'éthique de la négociation (cf. 13.1.2), accrues lorsque l'État intervient en aval pour homologuer le résultat de la négociation par la loi (cf. 8.2.1) ou en étend le champ par décision unilatérale (cf. 9.3.3).

7.4.1.2. Selon l'objet du contrat

Cette classification, qui jouait un rôle secondaire, est en passe de devenir prépondérante, sous l'influence de la jurisprudence administrative et surtout du droit communautaire.

- La classification des contrats administratifs réserve traditionnellement un sort particulier à ceux qui portent sur l'organisation du service public⁴⁴⁹ (cf. 1.2), les plus anciens et les plus éminents. Elle distingue de nos jours principalement le contrat qui confie au cocontractant l'exécution même du service public, comme la délégation de service public (cf. 1.2.1), dans laquelle figure la concession de service public, celui qui le fait participer à l'exécution ou au fonctionnement du

446 - D. Pouyaud, « Contrats entre personnes publiques », *J-CI Adm.*, 1998.

447 - F. Rolin, « Accords de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques », thèse, Paris II, 1997. E. Fatôme et J. Moreau, « Les relations contractuelles entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 142 ; B. Stirn, « Le juge administratif et les contrats conclus entre collectivités publiques », *AJDA*, 1990, p. 139.

448 - Voir par exemple A.S. Mescheriakoff, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA*, 1997, p. 1130.

449 - G. Hubrecht, « Les contrats de service public », thèse, Bordeaux, 1980, G. Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique, retour sur les contrats de service public », *Mélanges Guibal*, vol. I, p. 809.

service public (cf. par exemple 5.3) et celui qui l'associe au service public⁴⁵⁰ (cf. par exemple 5.1.1). S'y ajouterait le contrat de mandat de service public, dont beaucoup s'accordent à penser qu'il demeure trop peu étudié.

- S'agissant des marchés publics, il n'est pas rare non plus de les classer selon leur objet conformément aux articulations retenues dans la loi de 1937 : marché public de travaux, de fournitures, de services, ou d'entreprise⁴⁵¹...

- La jurisprudence administrative la plus récente attache une importance primordiale à l'objet du contrat, son mode de financement ne jouant plus qu'un rôle secondaire (CE, Ass., 4 mai 2005, *Soc. J-C Decaux*, rec. p. 476 et 478).

L'ensemble précédent, constitué par les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat, forme une sous-catégorie des contrats administratifs que beaucoup s'accordent à appeler la « commande publique »⁴⁵² à la lueur de la jurisprudence constitutionnelle. F. Llorens propose ainsi une typologie des contrats relatifs à la commande publique⁴⁵³.

- Charles Debbasch et Frédéric Colin, dans leur *Droit administratif*, distinguent pour leur part les marchés publics et accords-cadres, les délégations de service public, les offres de concours, le louage de services et les contrats de partenariat.

- En dehors de la classification liée à la procédure de passation du contrat (cf. 7.4.1.5), le droit communautaire retient pour l'instant une seule classification des contrats, tirée de leur objet, voire de leurs effets. Ce droit privilégie les critères matériels ou fonctionnels et ne tient aucun compte des critères organiques, ce qui le différencie nettement de l'approche française traditionnelle du contrat administratif dans laquelle les critères organiques ou les concepts liés au service public jouent encore un grand rôle (cf. 7.1.1.1).

La seule catégorie fermement délimitée par le droit européen est celle des marchés publics, qui est en outre extensive par rapport à la définition française du marché public (cf. 10.1.1.3 et 13.3.1).

L'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 distingue dans cet ensemble cinq sous-catégories définies par leur objet : les marchés publics de travaux, les marchés publics de fournitures, les marchés publics de services, la concession de travaux publics et la concession de services⁴⁵⁴.

450 - J. Chevallier, « L'association au service public », *JCP*, 1974, p. 2667.

451 - Ce type de marché, qui n'existe plus, permettait à une collectivité publique de confier l'exploitation d'un service public à un tiers, la collectivité rémunérant directement le prestataire.

452 - Cette notion, floue, est cependant elle-même encore discutée : elle inclut les marchés publics et tous les autres contrats portant sur l'achat d'une prestation ou d'un ouvrage à un tiers. La DSP et le contrat de partenariat ne rentreraient pas nécessairement dans cette notion, selon certains auteurs.

453 - F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, mai 2005, p. 12.

454 - L'article 16 définit aussi des exclusions, comme celle qui concerne les marchés publics de services, qui ont pour objet l'acquisition ou la location d'immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens.

Les concessions ont fait l'objet d'un projet de directive spécifique, dont le sort est aujourd'hui incertain (cf. 13.3.1.2), car l'article 17 de la directive 2004/18 précise que celle-ci ne s'applique pas aux concessions de services.

Une autre catégorie est en cours d'identification par le droit communautaire mais sans avoir fait l'objet d'une législation propre ou d'un texte contraignant : les contrats de partenariat (cf. 13.3.1.4).

En dehors des marchés et des concessions – qui sont moins éloignées des précédents qu'en France – et des contrats de partenariat, la Communauté européenne ne reconnaît formellement aucune autre catégorie de contrats.

La typologie communautaire des contrats publics telle qu'elle se dessine aujourd'hui englobe donc, avec des ventilations différentes, le même ensemble de contrats qu'en France la commande publique. Elle ignore pour le moment tous les autres types de contrat administratif et fonctionne sur un mode binaire : la catégorie des marchés publics est la catégorie principale et englobante, celle des concessions, l'accessoire⁴⁵⁵. Ce qui ne relève ni de l'une ni de l'autre est soumis à un régime juridique qui couvre tous les autres contrats publics (cf. 10.1.1.3). Le paysage des contrats communautaires apparaît ainsi plus simple que le paysage français, cette simplicité posant en elle-même le problème de leur articulation (cf. 13.3.1).

7.4.1.3. Selon le lien avec l'intérêt général

Dans son ouvrage de référence⁴⁵⁶, Laurent Richer retient une classification des contrats administratifs selon la nature du lien constaté avec l'intérêt général. Trois catégories peuvent ainsi être distinguées : les « contrats d'encadrement » définissant des règles générales en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général ; les « contrats-moyens » destinés à permettre au service public d'assumer ses missions d'intérêt général ; les « contrats-buts » qui visent à réaliser un but d'intérêt privé qui coïncide au moins en partie avec l'intérêt général.

Parmi les contrats d'encadrement, figurent par exemple les contrats de Plan (cf. 4.1) ou les conventions médicales (cf. 2.2.1). Les contrats-moyens permettent à l'administration de mobiliser les moyens humains et matériels nécessaires à son action : par exemple le recrutement d'agents contractuels (cf. 1.3.2) ou l'achat de fournitures à travers les marchés publics (cf. 1.1.1). Quant aux contrats-buts, ce sont principalement les contrats d'aide aux personnes privées : subventions aux entreprises (cf. 3.1.1), aux établissements privés d'enseignement (cf. 5.1.1) ou aux associations, et les conventions d'occupation du domaine public (cf. 1.1.2) par exemple.

455 - Rapport public du Conseil d'État, *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, La Documentation française, 2002, p. 294 et suiv.

456 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2006, p. 68-88.

7.4.1.4. Selon le mode de formation

Si le contrat se caractérise en principe par une phase préalable de négociation (cf. 7.2.1), **tous les contrats administratifs ne donnent pas lieu à une discussion relative à leur contenu : celui-ci est parfois largement prédéterminé et non négociable**. Pour caractériser ces situations, deux catégories spécifiques particulièrement éclairantes sont utilisées : **le contrat-type et le contrat d'adhésion**⁴⁵⁷.

• 7.4.1.4.1. Le prêt-à-porter en matière de contrat : le contrat-type

Si la liberté contractuelle fait partie des libertés fondamentales reconnues aux personnes publiques et privées et protégées par la Constitution (cf. 10.1.2.1), elle suscite une certaine crainte dans un État de tradition centralisatrice. N'étant pas non plus une liberté absolue, elle est fréquemment encadrée par une série de dispositifs (approbation préalable ; contrôle de légalité ; faculté d'opposition...) qui la canalisent et évitent qu'elle ne s'exerce dans une direction imprévue ou inappropriée, notamment au regard du principe d'égalité des citoyens devant la loi.

L'un de ces dispositifs, le plus efficace, consiste à standardiser le contenu du contrat afin d'éviter tout débordement et d'assurer un traitement identique ou uniforme à chaque administré. Adoptés par loi, décret, arrêté ou circulaire, les contrats-types sont souvent rendus obligatoires pour toutes les autorités administratives et tous les signataires de contrats particuliers⁴⁵⁸. Cette pratique est fréquente dans un nombre impressionnant de matières⁴⁵⁹ : les marchés publics

457 - G. Dereux, « Les contrats d'adhésion », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503. L. Duguit déniait au contrat d'adhésion sa qualification de contrat : « *Le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral* », in *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 272.

458 - Même si un acte-type n'est généralement pas exécutoire par lui-même, le Conseil d'État a admis la recevabilité de recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes-types dont le contenu est rendu obligatoire ou s'impose lors de la conclusion de contrats particuliers (CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Recueil Lebon, p. 294, CJEG, 1961, p. 175, concl. G. Braibant, note P. Teste et L. Chaudouard ; CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, p. 530, *Dr. Soc.*, 1983, p. 749, concl. J. de Clausade). La jurisprudence considère en revanche que les simples modèles d'actes sont assimilables à une mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours (CE, 16 février 1977, *Galosiaux*, tab. p. 824, pour le modèle-type d'une concession de plage naturelle).

459 - Elles ne se limitent pas à la sphère contractuelle du droit public ni d'ailleurs au droit public : Pierrette Rongère, *Le procédé de l'acte-type*, LGDJ, 1968. L'acte-type vise « *l'hypothèse dans laquelle l'auteur d'un acte juridique (...) est invité, pour la rédaction de cet acte, à reproduire le texte d'un modèle établi par un tiers* ». L'auteur fait observer que cette technique est employée dans les domaines où l'intervention publique s'est accrue : la sécurité sociale, l'économie mixte, la réglementation des professions. Avant lui, d'autres auteurs (R. Maspétiol et P. Laroque, *La tutelle administrative*, Sirey, 1930) avaient pointé que le procédé de l'acte-type permettait d'encadrer la décentralisation et l'exercice de la liberté locale. La Commission européenne, ayant constaté à son tour que les clauses et contrats-types favorisaient l'harmonisation du droit et réduisaient les coûts, a également, pendant une courte période (cf. 10.1.1.2 et annexe 2), encouragé leur emploi à l'échelle de l'Union européenne. Son plan d'action du 12 février 2003 visait notamment à promouvoir l'élaboration de clauses et conditions contractuelles types applicables dans l'ensemble de l'Union.



avec le cahier des clauses administratives générales⁴⁶⁰, les concessions de mines ou de distribution d'énergie électrique avec des cahiers des charges-types, l'occupation du domaine public, le recrutement d'agents contractuels au sein de certaines administrations, l'exploitation d'établissements médico-sociaux, les statuts-types des associations réclamant la reconnaissance d'utilité publique, des sociétés d'économie mixte ou des fédérations sportives agréées ou délégataires, la convention constitutive-type des agences régionales de l'hospitalisation prévue par le décret n°96-1039 du 29 novembre 1996, les conventions de mise à disposition de services intervenues en application de la loi du 2 mars 1982⁴⁶¹, les contrats d'association proposés aux établissements d'enseignement privé en vertu de la loi Debré de 1959 (cf. 5.1.1)... Même les formations administratives du Conseil d'État recourent depuis la fin du XIX^e siècle au procédé du contrat-type⁴⁶² : la section de l'intérieur utilise les statuts-types de l'association ou de la fondation reconnue d'utilité publique pour se prononcer sur la reconnaissance d'utilité publique.

Deux exemples récents illustrent l'usage assez répandu de cette technique en droit administratif⁴⁶³ : les contrats territoriaux d'exploitation (CTE) et les contrats Natura 2000. Les CTE, qui visent à combiner production agricole, création d'emplois et respect de l'environnement, sont des contrats administratifs en vertu de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 (article L. 311-3 du code rural). Le préfet arrête un ou plusieurs contrats-types après avis de la commission départementale d'orientation agricole, chacun d'eux étant constitué de mesures-types en vertu de l'article R. 311-2 du code, les mesures types étant à leur tour précisées dans un cahier des charges. L'agriculteur qui souhaite signer un CTE choisit donc les mesures types qu'il veut inclure dans son propre contrat mais ce dernier doit être compatible avec l'un des contrats-types approuvés par le préfet. La liberté contractuelle est donc fortement encadrée. Les contrats Natura 2000, passés en vertu du code de l'environnement⁴⁶⁴ comportent pour les signataires (exploitants agricoles, chasseurs...) des engagements conformes aux orientations définies par un document d'objectifs et prévoient les prestations à fournir

460 - Les documents généraux étaient constitués, d'après les décrets du 21 janvier 1976, du cahier des clauses administratives générales (CCAG), qui fixe les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de marché, et du cahier des clauses techniques générales, qui fixe les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature. Les documents particuliers étaient constitués du cahier des clauses administratives particulières, destiné à fixer les dispositions administratives propres à chaque marché, et du cahier des clauses techniques particulières, qui fixe les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché. Il comporte notamment le devis, les spécifications relatives à la qualité des matériaux ou des matières premières utilisées et le bordereau des prix. Les CCAG ne figurent plus depuis 2001 dans les pièces constitutives obligatoires des marchés (article 12 CMP), même s'ils restent fréquemment employés. En cours de refonte, ils feront désormais l'objet d'une approbation par arrêté ministériel.

461 - La convention-type figure dans un décret du 15 mars 1982.

462 - Le premier statut-type date du 22 novembre 1883 pour les associations et du 23 mars 1896 pour les fondations.

463 - Le contrat-type est également largement utilisé en droit civil, en particulier par les grandes entreprises. Son avantage est de rendre rapide la rédaction du contrat et de réduire les coûts de transaction. Il minimise aussi les problèmes d'interprétation nés de la multiplicité des contrats.

464 - Articles L. 414-1-V et L. 414-3 du code.



en contrepartie des aides versées par l'État. Ici, c'est le document d'objectifs (dit «DOCOB») qui enserme la liberté contractuelle dans une logique de conformité.

• 7.4.1.4.2. *Le contrat d'adhésion*

Le contrat d'adhésion, qui se trouve souvent être aussi un contrat-type⁴⁶⁵, vise à orienter l'action des administrés dans un sens déterminé, conforme aux objectifs d'une politique publique. Il apparaît comme une formule privilégiée par l'administration pour obtenir un soutien minimum lorsqu'une politique publique risque de se heurter aux résistances d'une catégorie de citoyens.

Un bon exemple en est fourni par la loi n°2002-322 du 6 mars 2002 relative à la rénovation des rapports conventionnels entre les professions de santé libérales et les organismes d'assurance maladie (cf. 2.2.1). Cette loi invite ces professionnels à signer avec leur caisse un contrat de bonne pratique, qualifié de contrat d'adhésion : il repose sur l'adhésion individuelle des praticiens⁴⁶⁶ et sur l'incitation à s'implanter dans des zones encore sous-médicalisées et à participer à des actions de prévention, à la permanence ou à la coordination des soins. Ce contrat de santé publique comporte des obligations et des contreparties réciproques. Et son objet est d'adapter l'exercice de l'activité médicale aux caractéristiques de certaines zones où elle s'exerce : le milieu rural ; les stations de sport d'hiver ; les zones franches urbaines. Le suivi global du contrat fait appel à des indicateurs prédéfinis.

Le contrat d'adhésion a également été utilisé pour faire accepter les contrats Natura 2000 et les CTE, évoqués ci-dessus, auprès des agriculteurs et des chasseurs qui manifestaient une vive hostilité à l'encontre des deux directives européennes du 2 avril 1979 relatives à la conservation des oiseaux sauvages et du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages. Comme le souligne la circulaire du 3 mai 2002 relative à ce contrat prise à la suite de la transposition de la directive «habitats» de 1992 par l'ordonnance du 11 avril 2001 : *« Pour faciliter la prise en compte des modalités de gestion prévues dans les DOCOB, dans le cadre de l'approche contractuelle privilégiée par la France pour la mise en œuvre de Natura 2000, il importe de rendre le plus attractif possible le dispositif de financement des mesures contractuelles prises à ce titre, dans le but d'emporter l'adhésion des acteurs locaux et d'assurer une contractualisation forte pour Natura 2000. Il a ainsi été décidé la mise en place d'incitations financières fortes sur les sites Natura 2000, ce qui devrait constituer un véritable atout à valoriser dans les concertations »*. Cet exemple illustre, aux yeux d'une partie de la doctrine, le prix à payer par une collectivité publique lorsqu'elle renonce à user de ses prérogatives unilatérales au profit du contrat⁴⁶⁷.

465 - Si tout contrat-type appartient à la catégorie des contrats d'adhésion, la réciproque n'est pas vraie. Des contrats d'adhésion peuvent donc aussi mettre en œuvre la formule du contrat-type, comme les deux contrats étudiés ici.

466 - Le contenu de ce contrat est précisé à l'article L. 162-12-20 du code de la sécurité sociale. Il donne lieu à une rémunération forfaitaire du praticien.

467 - P. Janin, « Sur certains aspects récents de la contractualisation de l'action publique », Communication présentée le 25 octobre 2002 lors des 6^{es} rencontres juridiques organisées par la faculté de droit de l'université Lumière-Lyon 2 et le conseil général du Rhône sur « Actualité du droit des contrats publics ».

7.4.1.5. Selon la procédure de passation

La passation de certaines familles de contrats administratifs est enserrée dans des règles très codifiées (cf. 7.2.2), en particulier celle des marchés publics (cf. 1.1.1). Pour caractériser ces familles et les règles de passation auxquelles elles sont assujetties, la doctrine s'est souvent référée soit à l'objet du contrat, soit au mode de rémunération du cocontractant.

Le mode de rémunération du cocontractant continue à jouer un rôle significatif dans la typologie des contrats publics, même s'il est considéré comme déclinant (cf. 7.4.1.2). La rémunération du cocontractant par un prix définit en effet le marché public (cf. 1.1.1) et, en creux, la délégation de service public. Celle-ci ne se caractérise plus par la perception de redevances sur l'usager mais par la perception de recettes d'exploitation et donc par la prise d'un certain risque économique (cf. 1.2.1).

En ce qui concerne le mode de passation, jusqu'à sa suppression en 2001, l'adjudication était la règle et le marché de gré à gré l'exception. L'appel d'offres est alors devenu la procédure de droit commun. Les procédures de passation, et la typologie qui en découle, ont été profondément modifiées par le droit communautaire et par l'évolution récente du droit national.

- La directive communautaire 2004/18 du 31 mars 2004 identifie désormais⁴⁶⁸ cinq procédures distinctes :
 - les procédures ouvertes⁴⁶⁹, qui permettent à tout opérateur économique de présenter une offre ;
 - les procédures restreintes auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre ;
 - le dialogue compétitif au cours duquel le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis pour développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins complexes et sur la base desquelles les candidats sélectionnés remettront une offre ;
 - les procédures négociées dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ;
 - le concours.

La directive précise également les hypothèses dans lesquelles il peut ou doit être recouru à chacune de ces procédures (article 31 notamment).

- Le code des marchés publics (articles 33 à 38) ayant transposé cette directive, il y a en principe une parfaite articulation entre droit national et droit communautaire quant à la procédure de passation des marchés publics.

Il faut toutefois souligner que ce code a conservé le marché de conception-réalisation (article 37) comme une variété du marché de travaux dont on ne trouve pas

468 - Articles 1^{er}, définitions. 11 et articles 28 à 31.

469 - Selon cette procédure, la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

l'équivalent en droit communautaire. Alors que la directive 2004/18 ne prévoit qu'une seule modalité permettant la participation de l'opérateur économique à la définition technique du projet, le CMP en prévoit deux : le concours (article 38), également prévu par la directive, et le marché de définition, qui trouve son origine dans la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique de juillet 1985.

Selon la première, le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer le marché à l'un des lauréats du concours.

Selon le second, la collectivité recourt à des prestataires extérieurs pour explorer des pistes et les définir. Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur les études de conception et l'exécution des travaux. Sa procédure de passation est organisée par l'article 69 du code des marchés publics. La Commission avait estimé, dans une mise en demeure du 18 octobre 2004, que ce marché méconnaissait l'article 7 § 1 de la directive 1993/37/CEE, au même titre que le marché de définition. Le CMP (article 69) ayant été modifié en 2006 en précisant que ce type de marché restait soumis à une procédure d'appels d'offres restreinte, la Commission a mis fin à la procédure en ce qui concerne le marché de conception-réalisation mais l'a maintenue pour le marché de définition (cf. 13.3.1.3).

La majorité des marchés publics en nombre est aujourd'hui passée selon la procédure ouverte : 102 163 sur 178 735 en 2006. En valeur, le tableau est légèrement différent : les 27 893 marchés négociés pèsent 20 milliards d'euros et les 102 163 marchés passés selon la procédure ouverte 32 milliards.

- Pour répondre à des besoins particuliers, la directive communautaire 2004/18 définit aussi trois processus d'acquisition : l'accord-cadre, le système d'acquisition dynamique et l'enchère électronique.

Le code des marchés publics comporte également des dispositions relatives à la passation ou à la conclusion de certains marchés ou contrats spécifiques : le marché de définition⁴⁷⁰, le marché de maîtrise d'œuvre⁴⁷¹, l'accord-cadre, le marché à bons de commande et le système d'acquisition dynamique...

Parmi elles, trois concernent les achats récurrents : l'accord-cadre, le marché à bon de commande et le système d'acquisition dynamique.

L'accord-cadre définit les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ; il permet de sélectionner un certain nombre d'opérateurs

470 - Son régime, défini à l'article 73 du code des marchés publics, fait l'objet de débats avec les autorités européennes (cf. 13.3.1).

471 - L. Richer, *op. cit.*, p. 476-496. La passation des marchés de maîtrise d'œuvre, liée à des missions d'ingénierie et d'architecture, obéit à une procédure spécifique de négociation, issue de la loi n° 85-504 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Elle est aujourd'hui détaillée à l'article 74 du code des marchés publics.

économiques auxquels il peut, après mise en concurrence, être fait appel au fur et à mesure de la survenance des besoins. Le marché à bon de commande permet, quand les besoins d'achat ne sont pas connus d'avance avec précision, d'exécuter le marché au fur et à mesure de l'émission de bons de commande, sans remise en concurrence préalable des titulaires du marché. Le système dématérialisé d'acquisition dynamique permet d'acheter les fournitures courantes selon une procédure entièrement électronique. Le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

7.4.2. *Les fonctions du contrat en droit administratif*

À la lumière des développements précédents sur la définition, les spécificités et le régime juridique des contrats administratifs et des typologies ci-dessus, on peut esquisser une synthèse des raisons pour lesquelles l'administration recourt au contrat, des différents buts ou objets poursuivis, des différentes fonctions assignées à la démarche contractuelle. L'exercice reste néanmoins de portée limitée dans la mesure où l'inventaire dressé en première partie du rapport montre que la finalité et la fonction du contrat varient selon les domaines et que ses modalités d'utilisation, pertinentes dans l'un, ne le sont pas forcément dans un autre.

Si l'on retrouve naturellement en droit administratif les fonctions traditionnellement assignées au contrat en droit civil, bien d'autres s'y sont superposées qui contribuent à expliquer l'ascension déjà décrite du contrat, mais aussi les problèmes juridiques que cette dernière a suscités.

7.4.2.1. *Les fonctions traditionnelles du contrat*

Le contrat sert, en droit administratif comme ailleurs, à gérer, à organiser, à conforter des droits et à régler des conflits. La circonstance qu'il régisse des services publics n'altère en rien ces quatre fonctions premières.

Le contrat sert de **support à l'échange marchand** (cf. 1.1.1) ou à l'intervention économique de la puissance publique (cf. 3.1.1), c'est-à-dire à gérer ses opérations quotidiennes et l'interface avec le marché.

Le contrat concourt aussi à **organiser les services publics**. Il fait en effet partie des remèdes réels ou supposés à la complexité et au cloisonnement de l'appareil politico-administratif inhérents à l'État, aux administrations et aux grandes organisations⁴⁷². On en a vu quelques exemples avec l'aménagement du territoire ou du système de santé. Le contrat sert ici essentiellement à organiser des relations horizontales ou transversales de coopération à l'intérieur de la sphère publique ou entre la sphère publique et son environnement, privé notamment. Il complète le règlement ou le pouvoir unilatéral d'organisation du service qui structure surtout les relations verticales ou hiérarchiques à l'intérieur de la sphère publique. Le contrat permet de fixer des objectifs à long terme communs à plusieurs services ou personnes publiques ou privées dans le cadre de

472 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2002, p. 50.

partenariats⁴⁷³, de mobiliser des financements croisés sur une longue période, de partager des moyens et d'organiser des coopérations, de constituer et de faire vivre des réseaux, d'introduire de la souplesse là où prévalent les rigidités... C'est un contrat d'association ou de coopération entre partenaires égaux en vue de produire ou d'atteindre un résultat ou un but défini en commun⁴⁷⁴. Il est de plus en plus fréquemment utilisé car, du fait du principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, la décentralisation a conféré une légitimité nouvelle à ces collectivités. Ce contrat de coopération déborde néanmoins très nettement le cercle des collectivités publiques puisqu'il sert en particulier de support pour associer des partenaires privés au service public : pour l'État dans le domaine hospitalier ou de l'enseignement ; pour les collectivités territoriales, dans les domaines éducatif, social, médico-social, sportif et culturel. Au-delà, il contribue à faire tomber les barrières entre secteur public et secteur privé et sert à associer des entreprises publiques ou privées au service public à travers la délégation de service public pour la fourniture de services de base (eau, électricité, transport...) ou le contrat de partenariat.

Le contrat sert aussi à **solemniser des engagements, à conforter des droits ou à délimiter des partages de responsabilité**. Il tend à **satisfaire à la demande de sécurité juridique** des acteurs économiques ou sociaux qui veulent des garanties sur le contenu de leurs droits et de la visibilité sur leur durée (cf. 1.1.2), que n'apporte pas un acte unilatéral susceptible d'abrogation à tout moment s'il n'est pas créateur de droits.

Le contrat contribue enfin à **la prévention du conflit individuel ou collectif et à l'organisation de la sortie du conflit**. Cette fonction courante en droit civil ou commercial – qu'assure par exemple le protocole de sortie de grève dans le secteur privé – se retrouve naturellement dans le secteur public. Par exemple, pour sortir d'une situation de paralysie qui menaçait les universités en novembre 2007, le Gouvernement a signé en urgence le 28 novembre 2007 avec le président de la conférence des présidents d'université un « protocole-cadre » « pour la réussite des universités » qui prévoit 5 milliards d'euros de crédits budgétaires supplémentaires pour l'enseignement supérieur entre 2008 et 2012.

La fonction de prévention ou de résolution du conflit se retrouve aussi à l'arrière-plan des conventions médicales (cf. 2.2.1). Le législateur a en effet vu dans la convention le meilleur moyen de concilier la sauvegarde de la médecine libérale et l'intervention publique dans la fixation des honoraires, sachant que les relations entre les caisses de sécurité sociale et le corps médical sont profondément conflictuelles car leurs intérêts sont opposés. Toute l'histoire de ces conventions est d'ailleurs marquée par des controverses juridiques incessantes (cf. 12.2.2).

473 - Certains auteurs estiment aussi que dans les sociétés complexes contemporaines l'action publique requiert le partenariat et que « *le montage d'actions partenariales est devenu une activité fondamentale de l'administration* » (P. Duran, *Penser l'action publique*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 27, 1999, p. 128).

474 - À ce titre, le contrat sert aussi à combiner des normes juridiques différentes lorsqu'il met en présence des personnes soumises à des régimes juridiques différents. Voir sur ce point J.-G. Belley, « Les contrats comme vecteur du pluralisme juridique », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996, p. 362 et suiv.

Cette fonction de support à la résolution des conflits recouvre aussi les substituts à l'intervention du juge et la recherche de solutions négociées à un conflit : on l'a rencontrée avec la transaction fiscale (cf. 3.2.4), qui n'est qu'une variété de la transaction administrative⁴⁷⁵. Largement admise par la jurisprudence du Conseil d'État au profit des ministres en ce qui concerne l'État⁴⁷⁶, elle a été ouverte aux établissements publics par leurs statuts⁴⁷⁷ et pleinement reconnue aux collectivités territoriales à la faveur des lois de décentralisation (article L. 122-19 7° de l'ancien code des communes⁴⁷⁸, article 46 16° de la loi du 10 août 1871 pour le département). Elle est d'ailleurs couramment utilisée par les administrations dans des contentieux de masse comme le recouvrement des créances fiscales et douanières, l'indemnisation des refus de concours de la force publique pour expulser des locataires ou des préjudices résultant des accidents de la circulation⁴⁷⁹. La transaction, qui est un contrat régi par les articles 2044 et suivants du code civil⁴⁸⁰, doit comporter à ce titre des concessions réciproques et se trouve soumise au contrôle du juge en cas de demande d'homologation⁴⁸¹. Cette dernière peut être sollicitée alors même qu'il n'existe aucune difficulté entre les parties⁴⁸².

7.4.2.2. Les autres fonctions du contrat

Mais le contrat remplit désormais bien d'autres fonctions.

Le contrat répond à la préférence affichée de nos jours pour la concertation comme mode de gouvernement. Dans cette hypothèse, il arrive que **la négociation soit privilégiée par rapport à son débouché, la conclusion du contrat**

475 - J.-B. Auby, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1. A. Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA*, 1997, 48, in *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, Dossier.

476 - CE, 22 juin 1883, *Ministre de la marine c/ Corbet*, rec. p. 589 ; 17 mars 1893, *Cie du Nord, de l'Est et autres*, rec. p. 245 aux concl. Romieu.

477 - Sur la possibilité pour les établissements publics de transiger, voir l'avis du Conseil d'État du 21 janvier 1997 (Les grands avis du Conseil d'État, 2^e édition, n° 39, p. 403 au sujet des chambres d'agriculture).

478 - L'autorisation de transiger n'a été reconnue aux communes que par un décret du 5 novembre 1926.

479 - Les études du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993. Ce rapport chiffre à plusieurs dizaines de milliers le nombre annuel de transactions signées par les services de l'État.

480 - Le Tribunal des conflits vient de rappeler que la transaction conclue par une personne publique est, en principe, un contrat de nature civile dont l'homologation relève du juge judiciaire, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public (cf. 7.1.1.1), et hormis le cas où il est manifeste que les différends sont principalement de la compétence du juge administratif (TC, 18 juin 2007, *Soc. Briançon Bus et M. B.*, requête n° 3600, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 156, p. 30, note F. Melleray).

481 - CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, rec. p. 235 avec concl. M. Rougevin-Baville.

482 - CE, Ass., 6 décembre 2002, rec. p. 433, *Syndic intercommunal établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, Recueil Lebon, p. 433, concl. G. Le Châtelier, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007, n° 72 ; CE, 4 avril 2005, *Soc. Cabinet JPG Ingénierie*, rec. p. 139, BJCP n° 40, 2005, p. 229, concl. Boulouis, *AJDA*, 2005, p. 1403, note P. Cassia, *Dr. Adm.* août-septembre 2005, p. 35, note A. Ménéménis. Si l'homologation est refusée, la transaction est déclarée nulle. Ayant l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, une transaction définitivement conclue fait obstacle à tout recours juridictionnel (CE, Sect., 5 janvier 1966, *Hawezack*, rec. p. 6, *a contrario*).

lui-même ou son contenu final apparaissant secondaires⁴⁸³. C'est le contrat incantation, le contrat alibi ou mise en scène qu'on rencontre parfois, par exemple, dans la négociation du secteur public. En ouvrant des négociations salariales dans la fonction publique, l'État employeur honore un rendez-vous régulier mais aboutit rarement : aucun accord salarial n'a été conclu depuis une dizaine d'années dans la fonction publique d'État⁴⁸⁴. À l'heure actuelle, chaque partenaire joue son rôle supposé ou attendu : l'État décide et les syndicats obtiennent des concessions. Pour ces raisons, la négociation reste souvent, dans le secteur public, théâtrale : l'important est de se réunir mais pas de conclure car, dans une négociation, chacun apprend à se connaître et à mesurer les rapports de force⁴⁸⁵. L'intensité et les résultats de la négociation y sont donc bien moindres que dans le secteur privé (cf. 2.1).

Le contrat sert quelquefois **d'outil de clarification de la norme publique ou de l'action publique**. Les collectivités publiques y recourent parfois pour expliquer la loi et afficher les comportements attendus des citoyens (RMI, PARE, CAI, CRP...). La loi étant devenue inaccessible aux catégories visées car instable, complexe et illisible, sa réécriture dans un contrat permettra, croit-on, de surmonter le discrédit qui la frappe aux yeux d'un nombre élevé de citoyens : recourir au contrat les réconciliera avec la norme en établissant avec celle-ci un rapport plus direct, en la rendant plus facilement intelligible. Si l'on admet la pertinence de cette explication, on saisit immédiatement l'engrenage dans lequel l'élaboration de la norme se trouve précipité : de plus en plus de lois imparfaites ont pu générer de plus en plus de contrats pédagogiques pour contrebalancer leurs effets pervers. Loi et contrat seraient ainsi entrés dans un rapport de prolifération réciproque auto-entretenu.

Le contrat est utilisé comme support pour énoncer **des objectifs politiques** (« contrat de gouvernement », « contrat de législature », « contrat de mandature »)

483 - Voir sur ce point la doctrine civiliste qui souligne également, parallèlement à la contractualisation, le regain d'intérêt pour la « procéduralisation » et la place de la négociation en amont du contrat (P. Lociak, « La procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in *Les évolutions du droit* (Contractualisation et procéduralisation), Universités d'été 2000-2001 du barreau de Rouen, Publications de l'université de Rouen, 2004, p. 177 et suiv. On peut aussi mentionner à ce titre l'intérêt récent pour l'accord de méthode en droit social (J. Barthélémy, *La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel*, notes Thomas du Commissariat général du Plan, février 2004 : « Dans la perspective de l'organisation de l'autonomie de l'accord collectif, ces règles de procédure sont tout aussi importantes que l'exigence de légitimité que consacre l'accord majoritaire »).

484 - Les réunions servent surtout de tribune pour faire connaître et diffuser les positions respectives, pour la plupart déjà connues, ou les désaccords. Le contrat collectif reste utilisé avec parcimonie par un État qui trouve plus expédient, surtout en période de déficit budgétaire structurel, de maîtriser complètement les règles du jeu de la fonction publique et de pouvoir les modifier unilatéralement, sans avoir besoin d'un accord préalable des représentants des salariés. En même temps, les organisations syndicales, fréquemment divisées sur le sujet, restent réticentes à l'idée de développer outre mesure les accords dans la fonction publique par crainte d'avoir à « cogérer l'État ». Au final, le blocage des négociations salariales a des répercussions sur les autres aspects de la négociation sociale et contribue à expliquer le décalage déjà constaté sur ce point entre secteurs public et privé.

485 - La conception chinoise du contrat n'en est pas très éloignée : ce qui compte c'est la négociation, au cours de laquelle on apprend à se connaître et vérifie si on peut se faire confiance, et non pas le résultat final.

ou des programmes publics particuliers ou sectoriels (contrats de plan, contrats avec les entreprises publiques, contrats d'aménagement du territoire...). S'il comporte des engagements, ce sont pour l'essentiel des engagements unilatéraux croisés après concertation. C'est **le contrat programme ou le contrat d'intention** qui focalise la volonté sur un objet précis et à moyen terme.

Le contrat est parfois utilisé dans la sphère publique pour s'affranchir des règles contraignantes du droit public et mettre à profit le formalisme réduit exigé pour conclure un contrat. C'est **le contrat facilité**. On en trouve trace dans le recours fréquent aux agents contractuels à la place de fonctionnaires dans la fonction publique ou au contrat associatif pour gérer des services publics sous l'empire du droit privé par préférence au droit public (avec le phénomène des associations, faux-nez de l'administration, qui encaissent des recettes ou reçoivent des subventions pour payer ensuite des dépenses publiques). Le recours au contrat facilité est d'autant plus aisé et tentant pour l'administration que celle-ci définit elle-même le droit applicable au contrat, public ou privé, selon les clauses qu'elle y insère, et choisit donc ainsi d'avance son juge.

Usage plus vertueux, le contrat est devenu **un outil de pilotage de l'action publique** en formalisant des objectifs de gestion et des indicateurs de performance ou d'évaluation en contrepartie des moyens alloués. Les COG et autres contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens caractérisent le passage d'une tutelle classique à une relation contractualisée, partant d'une analyse des besoins puis déclinant des objectifs et des moyens et comportant *in fine* une procédure d'évaluation. Ils s'articulent avec la loi annuelle de financement de la sécurité sociale ou des lois de programmation. C'est **le contrat outil de management public ou de réforme du secteur public**.

Le contrat facilite la modification de la norme publique ou l'inflexion de l'action publique. Il est devenu **l'outil d'accompagnement et de gestion des transitions** entre des situations individuelles ou collectives successives ou entre des générations successives de normes, d'organisations, de régulations ou de systèmes, que l'acte unilatéral n'appréhende pas facilement, sauf par des mesures transitoires. L'expérimentation et son support contractuel permettent d'anticiper, de préparer une adaptation des dispositions législatives aux réalités en fonction de résultats vérifiés à l'occasion d'une application sur un terrain délimité. Le recours au contrat pour redessiner la carte administrative et les compétences des différentes collectivités relève exactement de cette hypothèse : la France a délaissé dans les années 1980 le modèle jacobin pour entrer dans un nouveau modèle, encore indéterminé, d'organisation territoriale. Il donne aux collectivités la faculté de recourir à des solutions souples et expérimentales. Son ascension est, dans ce domaine, inséparable d'une période de reconfiguration des pouvoirs et des compétences. Et son utilisation appelle, sur ce plan, des observations analogues à celles formulées sur le rôle de l'expérimentation (cf. 1.5) ou de la gestion des transitions professionnelles (cf. 2.3.2).

Le contrat constitue pour finir un procédé commode pour les pouvoirs publics en vue d'obtenir la reconnaissance du bien fondé de leur action et d'en assurer la labellisation : « je contractualise, donc je suis ». Le contrat conclu avec la puissance publique joue ici **un rôle symbolique de légitimation politique ou sociale, nationale, régionale ou locale**, selon le degré de légitimité politique de la collectivité qui le signe. La puissance publique, par le recours au contrat, continue à se poser en dispensateur de la reconnaissance politique ou sociale à



l'heure où son poids dans l'économie s'est considérablement affaibli et où la maîtrise de la société lui échappe. **C'est le contrat légitimation**⁴⁸⁶. Cet appétit de reconnaissance par des catégories sociales entières sous couvert du contrat (les agriculteurs, les professions médicales ou de santé, les fonctionnaires...) maintient une puissance publique – dont la légitimité est mise en cause – au cœur des relations sociales. On n'explique pas autrement non plus que des milliers d'associations se prêtent chaque année sans rechigner au formalisme de la signature d'une convention pour percevoir une subvention dont la nature n'impliquait pas nécessairement jusqu'en 2000 la conclusion préalable d'un contrat⁴⁸⁷. Les contrats relatifs à l'aménagement du territoire revêtent de même une portée éminemment politique. Leur dénomination de « contrat » ne saurait faire oublier qu'ils s'apparentent davantage à un programme d'action publique qu'à un contrat au sens juridique du terme⁴⁸⁸. À ce titre, la signature du contrat, par sa seule inscription dans le cadre d'une politique publique, vaut souvent, notamment pour les acteurs locaux, reconnaissance par l'État de l'intérêt du projet local et rehausse son importance parmi les investissements publics envisageables.

Sur le plan juridique, il est malaisé de traiter de la même façon tous ces « contrats » qui portent sur des objets dissemblables, qui assurent des fonctions si variées, qui ne comportent pas toujours de véritables engagements et ne prévoient pas nécessairement de sanctions. Une même convention peut d'ailleurs tendre à plusieurs objets et remplir plusieurs fonctions : le contrat de plan État région constitue à la fois un contrat de coopération, de programme et de légitimation politique. L'étalon de mesure du contrat administratif, tel qu'il résulte de la jurisprudence, est devenu trop court pour rendre compte d'une telle extension du champ contractuel et offrir un cadre juridique adéquat à cet usage multifonctionnel

486 - L'argument est pris en compte par le Conseil d'État statuant au contentieux. Dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence* (cf. 5.2 ; CE, Sect., 6 avril 2007, Rec. p. 155), le commissaire du gouvernement F. Séners (*RFDA*, 2007, p. 812) fait ainsi observer que des missions de service public d'initiative complètement privée, notamment en matière culturelle, sont légitimées à l'occasion de la signature d'un contrat, qui n'est ni un marché public ni une délégation de service public. L'avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur (EDCE 2005, p. 185) avait déjà relevé que la mission exercée par la Cinémathèque ne correspond pas à une dévolution d'un service public de la part de la puissance publique mais s'analyse « en la reconnaissance par l'État du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association ».

487 - Dans son rapport consacré aux associations en 2000, le Conseil d'État avait prôné un financement public davantage contractualisé des activités associatives. Cette recommandation a été reprise par le législateur (article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000) et mise en œuvre par le Gouvernement (décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 et circulaire du Premier ministre du 24 décembre 2002), dessinant un nouveau cadre contractuel pour les relations entre associations et collectivités publiques. Toute subvention publique dépassant 23 000 euros doit ainsi s'accompagner d'une « convention d'objectifs » avec l'organisme qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention. La pratique révèle cependant les dangers de la contractualisation et de sa maîtrise insuffisante. Car le passage de cette relation au moule à contrat qu'est la stipulation, pour paraphraser Duguit, pousse les collectivités publiques à exiger des contreparties au versement de la subvention, ce qui accroît le risque de requalification en marché public (cf. 7.3.3). La contractualisation risque ainsi d'avoir pour effet de rendre résiduel le financement par subvention et de diluer ce qui la caractérise : le soutien sans contrepartie à une initiative née hors de l'administration.

488 - Cette fonction de légitimation politique par le contrat contribue à accroître les doutes relatifs à la qualification juridique des engagements ainsi souscrits (cf. 7.1.2.2).

du contrat⁴⁸⁹. C'est une des composantes bien identifiées de ce que plusieurs auteurs analysent comme une mutation du droit administratif, ouverte par l'essor multiforme de la contractualisation⁴⁹⁰ et qui aboutit à ce que le « contrat » déborde désormais très largement la définition qu'en donne la jurisprudence.

C'est en ayant présent à l'esprit ces usages si variés du contrat qu'il faut maintenant analyser ses relations avec les autres sources de la norme juridique que sont la loi et l'acte administratif unilatéral.

8. Loi et contrat

Quel que soit son objet ou sa fonction, la convention se définit par rapport à la loi ou dans son rapport avec la loi (cf. introduction de la deuxième partie). Le rapport entre loi et convention mérite donc d'être approfondi⁴⁹¹. Un exemple, celui du droit du travail, illustre particulièrement la complexité de ce lien.

La faculté reconnue aux partenaires sociaux, dans certaines limites, de décider par accord collectif, conclu à l'un des trois niveaux traditionnels de la négociation sociale (interprofession, branche ou entreprise), de la norme applicable aux contrats individuels de travail pose avec une acuité particulière la question de l'articulation entre l'accord collectif et la loi. Dans une convention collective, aucune personne morale de droit public n'est partie au contrat et une convention entre personnes morales de droit privé se substitue à la loi ou au règlement ou les inspire.

Ce droit fournit aussi un cas d'école particulièrement intéressant pour la doctrine puisqu'une forme de tripartisme fait partie du paysage social de notre pays. Le tripartisme implique un jeu, souvent subtil, à trois acteurs. En apparence, l'État dispose des meilleures cartes, puisqu'il peut décider de recourir à la loi ou à l'accord collectif et inviter à la négociation, voire même y contraindre. Mais les configurations sont plus variées et tel partenaire social qui s'exprimera fortement sur l'intervention jugée excessive de l'État dans une conjoncture politique ou une négociation données ne verra qu'avantage à cette intervention dans une autre.

Le débat sur la place respective de la loi et du contrat en droit du travail soulève, bien au-delà des épisodes de cette relation parfois mouvementée, une vraie question politique : jusqu'à quel point la société reconnaît-elle et encourage-t-elle l'existence d'une sphère sociale autonome par rapport à la sphère politique ? Selon la réponse, il peut être tentant de reconnaître ou de déléguer un pouvoir normatif aux partenaires sociaux, le pouvoir politique se bornant à prendre acte

489 - Sur l'usage multifonctionnel du contrat, voir M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, à paraître en 2008.

490 - « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? », *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, n° 1, vol. 33, 2006.

491 - En droit civil, la loi joue souvent un rôle supplétif de volonté par rapport au contrat. La codification des règles supplétives est donc essentielle pour suppléer aux silences du contrat mais cette question reste débattue en doctrine. Les pays de *Common Law* ont sur ce point une approche différente.

de l'accord négocié⁴⁹², ou au contraire de conserver aux autorités politiques un pouvoir de modification de l'accord conclu.

8.1. La loi avant la convention

Deux hypothèses se présentent à ce titre : le renvoi par le législateur à la convention collective pour déterminer les conditions d'application de la loi et l'invitation faite aux partenaires sociaux de négocier sur un sujet déterminé avec l'intention de reprendre le résultat de la négociation dans la loi.

8.1.1. Le renvoi à des conventions collectives pour l'application de la loi

Deux situations peuvent se rencontrer ici, qui méritent d'être examinées l'une après l'autre.

- Première situation, très fréquente car l'article 34 de la Constitution ne réserve au législateur que la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, la loi renvoie pour déterminer ses conditions d'application soit au contrat, soit au décret. Cette alternative est spécifique au droit du travail⁴⁹³ (cf. 10.2.4) en vertu du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

La jurisprudence constitutionnelle l'admet sans difficulté depuis un certain temps : s'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, les conditions et garanties de la mise en œuvre de ce principe (n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, considérant 3, rec. p. 35 ; n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, considérant 10 ; n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, considérants 3 et 4, rec. p. 547 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997, considérants 6 et 7, rec. p. 31 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, considérant 28, rec. p. 33)⁴⁹⁴, il dispose d'un choix totalement discrétionnaire entre l'acte unilatéral et le contrat pour appliquer la loi⁴⁹⁵. Cette faculté est rappelée dans une des plus récentes décisions du Conseil constitutionnel⁴⁹⁶ : « *il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* ».

492 - Avec le risque de voir la norme sociale édictée par des groupes sociaux poursuivant leurs intérêts professionnels ou corporatistes.

493 - Le Parlement ne peut pas subordonner l'exercice du pouvoir réglementaire à la conclusion de conventions (Cons. const., décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978, considérant 9).

494 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, « Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Décisions et documents du Conseil constitutionnel, jurisprudence », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17.

495 - Voir en ce sens les décisions n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, considérant 11, n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004 et n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005.

496 - Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 statuant sur la conformité à la Constitution de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.



La loi a ainsi renvoyé au contrat pour définir ses conditions d'application à plusieurs reprises : en ce qui concerne par exemple le droit au temps partiel choisi, la formation des membres des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou le taux de majoration des heures supplémentaires (loi du 13 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi).

L'ouverture de la voie contractuelle pour définir les conditions d'application de la loi peut aussi se réclamer d'une paternité européenne. L'article 137 §3 du traité CE permet en effet à chaque État membre de confier aux partenaires sociaux nationaux le soin de transposer les directives intervenues dans le domaine social. Pratiquement inutilisé dans notre pays, ce dispositif l'a été en Belgique pour transposer la directive n°04/45/CE du 22 septembre 1994 relative à l'institution et à la consultation du comité d'entreprise européen⁴⁹⁷. Cette transposition par contrat⁴⁹⁸ confère en théorie une très grande liberté aux partenaires sociaux, l'exercice n'étant contraint que par l'objectif à atteindre. Elle a été reprise dans plusieurs directives entre 2001 et 2003 sur des sujets proches : l'implication des travailleurs dans la société européenne ou dans la société coopérative européenne, l'harmonisation en matière d'information et de consultation des travailleurs... Mais son succès est resté limité. Car dans presque tous les pays européens, à l'exception de certains pays scandinaves (cf. 11.4), les partenaires sociaux manifestent une grande réticence à négocier quand le point d'aboutissement est déjà fixé avec précision par une directive, ce qui semble contradictoire avec la notion de négociation (cf. 7.2.1).

- Deuxième situation : il arrive que le législateur, pour favoriser une meilleure adaptation de la norme aux réalités sectorielles ou d'entreprise, laisse les partenaires sociaux compléter ou déroger à la loi par convention collective⁴⁹⁹. C'est ainsi que le législateur a progressivement assoupli à plusieurs reprises les règles de modulation du temps de travail initialement fixées dans l'ordonnance de 1982 (cf. 2.1.5) : par la loi du 28 février 1986⁵⁰⁰, qui fait suite à l'échec de la négociation interprofessionnelle de 1984 sur la flexibilité, par la loi du 19 juin 1987 relative à l'aménagement du temps de travail⁵⁰¹, par la loi quinquennale pour l'emploi du

497 - B. Teyssié, actes du colloque « Vive la loi », http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi16.html

498 - La transposition d'une directive par contrat n'est pas réservée au droit du travail. Par exemple, la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (dite du second paquet ferroviaire), qui vise à uniformiser les normes et méthodes relatives à la sécurité des chemins de fer communautaires a été transposée, s'agissant du tunnel sous la Manche, par un règlement binational de la Commission intergouvernementale du tunnel sous la Manche signé le 24 janvier 2007, dont l'approbation nécessitait une autorisation préalable du Parlement en application de l'article 53 de la Constitution.

499 - Le principe de faveur mentionné à l'article L. 132-4 du code du travail n'a en effet pas valeur constitutionnelle (décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 et n° 2004-494 DC du 29 avril 2004).

500 - Cette loi abroge l'ordonnance de 1982 et supprime la possibilité d'aménager le temps de travail par accord dérogatoire d'entreprise. L'accord de branche ouvre la possibilité de moduler le temps de travail à condition que la durée moyenne du travail n'excède pas 38 heures.

501 - La loi du 19 juin 1987 supprime cette contrepartie en termes de baisse de la durée hebdomadaire du travail et rétablit la possibilité pour les entreprises de déroger aux accords de branche par accord d'entreprise. Deux types de contreparties sont prévus pour les salariés, selon le type de modulation négocié par l'entreprise.

20 décembre 1993 (article 39), par la loi du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail puis par la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

De même, les lois n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et n° 2003-6 du 3 janvier 2003 ont utilisé, en matière de contingent et de rémunération d'heures supplémentaires et de consultation des représentants du personnel sur les projets de licenciement pour motif économique, le renvoi aux accords collectifs pour substituer la norme conventionnelle à la norme de droit commun suspendue ou écartée. La loi du 4 mai 2004⁵⁰² sur la formation tout au long de la vie a consacré l'autonomie de chaque niveau de négociation et admis que tout accord d'un niveau inférieur pouvait déroger à un accord supérieur sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public social et avec un garde-fou. L'accord de branche étendu demeure en effet le pivot de tout accord dérogatoire car il ouvre, en dehors des domaines exclus par la loi⁵⁰³, la possibilité pour les accords d'entreprise de déroger à l'accord de branche (cf. 9.3.4). La loi de mai 2004 a également, dans l'hypothèse d'un conflit entre accords collectifs de rangs différents, écarté la règle faisant prévaloir l'accord prévoyant l'avantage le plus favorable au salarié. Des accords d'entreprise ou d'établissement ont dès lors pu, par exemple, modifier le montant de l'indemnité de fin de CDD figurant dans un accord interprofessionnel ou dans la loi, supprimer celle qui est associée au contrat de travail temporaire (CTT) ou réduire le délai de prévenance en cas de modification de la répartition de la durée du travail d'un travailleur à temps partiel. Mais l'ordonnement juridique qui en résulte apparaît d'une très grande complexité pour deux raisons. En premier lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁵⁰⁴ oblige le législateur à distinguer entre les lois ordinaires que les partenaires sociaux peuvent compléter et les lois « d'ordre public »⁵⁰⁵ pour lesquelles il « doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation », c'est-à-dire entourer ces dérogations de garanties ou de contreparties. En deuxième lieu, les conventions collectives ne précisent pas toujours comme elles le devraient selon les dispositions de la loi du 4 mai 2004 les stipulations auxquelles elles permettent ou interdisent de déroger⁵⁰⁶, créant ainsi

502 - Pour une description de l'état du droit, voir, par exemple, *Droit du travail, droit vivant*, J.-E. Ray, 15^e édition 2006-2007, Éditions Liaisons, p. 583 et suiv. Sur l'historique de l'accord dérogatoire, voir J. Barthélémy, « Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », *Dr. Soc.* 2003, p. 832 et du même auteur *Accords dérogatoires*, Lamy négociation collective, Wolters Kluwer France, novembre 2007, Étude 600.

503 - Salaires minima, classifications conventionnelles, dispositifs de mutualisation interentreprises des fonds de la formation professionnelle et adhésion obligatoire à une même institution de protection sociale. Ces quatre exclusions étaient mentionnées dans la Position commune des partenaires sociaux de juillet 2001 (cf. 8.3). Les dérogations privilégiées par les accords dérogatoires portent sur la durée et l'organisation du travail, les élections professionnelles (composition des collèges électoraux surtout), les salaires minimaux et l'égalité entre hommes et femmes (discrimination positive).

504 - Notamment la décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

505 - La définition de l'ordre public social n'est pas d'une totale clarté au vu de la jurisprudence des trois hautes juridictions françaises, ce qui ajoute à la confusion normative découlant de l'application de la loi de mai 2004.

506 - 20 % des accords de branche conclus en 2004 contenaient des clauses impératives interdisant toute dérogation par accord d'entreprise. Ce pourcentage est tombé à 15 % début 2007 (J.-D. Combexelle, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? » *Dr. Soc.*, janvier 2008, p. 21).

une situation d'incertitude juridique sur le droit applicable et faisant perdre sa lisibilité à la combinaison entre loi et convention collective (cf. 13.4.8.3).

8.1.2. La loi prescriptive

Il arrive que la loi intervienne pour prescrire des négociations à l'issue desquelles le législateur prévoit ou non de légiférer à nouveau en fonction du résultat attendu de la négociation. Le langage syndical a créé, pour désigner cette situation originale, une expression qui tend à se répandre, celle de « négociation légiférante ».

La suppression de l'autorisation administrative de licenciement a ainsi été préparée par une première loi, la loi n° 86-797 du 3 juillet 1986, qui supprime l'autorisation administrative de licenciement à compter du 1^{er} janvier 1987. Dès cette première loi, il est prévu de faire évoluer ultérieurement la législation applicable aux procédures de licenciement en tenant compte des « résultats de la négociation collective entre les organisations patronales et syndicales », chargées de définir « les procédures destinées à assurer le respect des règles d'information et de consultation des représentants du personnel et d'élaboration des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagées par l'employeur en cas de licenciement pour cause économique » (article 3 de la loi). Un accord est intervenu le 20 octobre 1986, l'accord national interprofessionnel sur l'emploi, dont le contenu a été pour l'essentiel repris par la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux licenciements pour motif économique.

De même la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique a-t-elle cherché à atteindre ce but en suspendant pour une période de dix-huit mois, prolongée de six mois par la loi n° 2004-627 du 30 juin 2004, certaines dispositions du code du commerce et du code du travail issues de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁵⁰⁷. Il s'agissait pour la négociation interprofessionnelle engagée entre les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national de définir de nouvelles procédures en matière de licenciements économiques, d'information et de consultation des représentants du personnel et de plan de sauvegarde de l'emploi. La loi prévoyait donc le dépôt, avant l'expiration de la période fixée pour procéder à la réforme, d'un nouveau projet de loi tenant compte des résultats de la négociation interprofessionnelle.

Si cette négociation globale a échoué, plus de cent quatre-vingts accords de méthode ont été signés et mis en œuvre au niveau des entreprises, prouvant qu'il était possible de parvenir à une gestion localement négociée des restructurations d'entreprises en difficulté.

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale (article 71) a dès lors pérennisé le dispositif dérogatoire et temporaire prévu par la loi du 13 janvier 2003 et élargi le champ de la négociation collective, en confiant notamment aux partenaires sociaux la gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences, afin d'inciter les entreprises à traiter en amont les évolutions de l'emploi, et en instituant des accords de méthode pour les restructurations et les licenciements économiques.

507 - N. Molfessis, « La loi suspendue », D. 2003, *Point de vue*, p. 139 et suiv.

8.2. La convention avant la loi

Deux situations sont à distinguer : celle dans laquelle l'accord collectif inspire la loi qui le suit et celle dans laquelle le contrat dicte le contenu de cette loi.

8.2.1. La convention, inspiration de la loi

La législation sociale ne manque pas d'exemples où le contrat collectif a précédé et inspiré la loi⁵⁰⁸. Le plus ancien concerne l'adoption en 1919 de la loi sur la journée de 8 heures, qui a été préparée par un accord entre les partenaires sociaux. Plus récemment, la création du régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi (ancien article L. 351-8 du code du travail) a fait suite à un accord national interprofessionnel conclu en 1958 ; la loi du 16 juillet 1971 et le titre I de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle et la formation tout au long de la vie ont été précédées d'accords nationaux interprofessionnels (ANI)⁵⁰⁹ purement et simplement retranscrits dans la loi.

Il en est allé de même pour l'ANI du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, qui a posé les bases du droit actuel du licenciement, de celui du 9 juillet 1977 sur la mensualisation, qui a généralisé la mensualisation du salaire au profit des ouvriers non encore couverts par des accords de branche⁵¹⁰, de celui du 23 novembre 1989 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui a précédé la loi sur l'indemnisation du congé de maternité, de celui du 31 octobre 1995 sur la conclusion d'accords dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, qui a précédé la loi du 12 novembre 1996, de celui du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, qui a précédé la loi sur l'emploi des seniors et consacré l'existence d'un CDD seniors...

La méthode qui consiste à faire précéder la loi par un contrat n'est pas confinée au droit du travail, même si elle y trouve un champ de prédilection. Ainsi l'accord conclu le 13 juin 1992 entre l'État et les représentants de l'enseignement privé a précédé ce qui allait devenir le titre IV « Dispositions diverses » de la loi n°92-678 du 20 juillet 1992 relative à la validation d'acquis professionnels pour la délivrance de diplômes et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale, laquelle s'est bornée à en reprendre intégralement le contenu. Cette méthode est donc utilisable et utilisée dans les domaines où de fortes tensions sociales ou de profonds désaccords idéologiques subsistent mais sont susceptibles de pacification à un moment donné : la place de l'enseignement privé ou du

508 - Pour être parfaitement rigoureux, il faudrait ici distinguer les situations dans lesquelles les partenaires sociaux ont spontanément pris l'initiative de celles dans lesquelles ils ont répondu à l'incitation des pouvoirs publics. Cette distinction n'est pas toujours facile à opérer car on ne connaît pas toujours avec certitude les coulisses de la négociation, notamment leur origine.

509 - Respectivement l'ANI du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnels et l'ANI du 20 septembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle.

510 - J. Barthélémy, « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. Soc.* 1992, p. 450.

travail flexible (accord interprofessionnel du 24 mars 1990) ou la combinaison entre une médecine libérale et la maîtrise médicale des dépenses de santé⁵¹¹. Elle ouvre en définitive aux pouvoirs publics un chemin, celui de l'élaboration de la norme négociée par les acteurs eux-mêmes en amont d'une loi respectueuse de leur choix et donc pacificatrice (cf. 7.4.2.1).

Le recours au contrat avant la loi ne constitue pas seulement une méthode d'inspiration de la loi. Il est parfois utilisé pour provoquer une modification de celle-ci. Car le propre de la loi est de figer l'état du droit et le consensus social. Dans un monde ouvert, où les changements apportés par le progrès technique et la concurrence s'accélèrent, la loi voit sa durée de vie se raccourcir et sa probabilité de mal vieillir augmenter, d'où l'idée d'évaluation législative périodique. Reconnaître toute sa place au contrat c'est aussi permettre aux acteurs sociaux de jouer pleinement ce rôle de veille législative et de proposition des adaptations à apporter à la loi jugée obsolète⁵¹². La proposition de loi d'origine contractuelle présente évidemment l'avantage, déjà repéré, de limiter les résistances à la réforme et de la dédramatiser pourvu que les signataires du contrat aient été assez nombreux et représentatifs.

C'est ainsi que l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 tendant à autoriser la conclusion d'accords collectifs, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, avec les représentants élus du personnel ou avec des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives a précédé l'article 6 de la loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective. Le titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004, relatif

511 - En octobre 1991, suite à l'échec rencontré dans la mise en œuvre de la convention médicale de 1990, un « protocole d'orientation pour la maîtrise négociée de l'évolution des dépenses d'assurance maladie » a été conclu entre les caisses d'assurance maladie et l'État, dont les stipulations ont été reprises dans un projet de loi. Revu dans un sens moins contraignant par un nouvel accord du 14 octobre 1992, le résultat final de la négociation a donné naissance à la loi n° 93-8 du 4 janvier 1993.

512 - Un bon exemple de contrat conclu *contra legem* est donné par la convention Unedic du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage. L'article 5 § 3 de cette convention stipule que « les dispositions des articles 1^{er}, 2, 3 4 de la présente convention et 4 a), deuxième tiret, 43, 44 et 45 du règlement annexé relatives à la participation du régime d'assurance chômage au financement de mesures nouvelles d'aide au retour à l'emploi sont applicables à compter du 1^{er} juillet 2001 sous réserve de l'adoption, à cet effet, de modifications législatives et réglementaires ». Le Conseil d'État, qui a relevé que les partenaires sociaux avaient explicitement admis que les stipulations en cause étaient incompatibles avec la législation en vigueur à la date de signature de l'accord, a jugé que « rien n'interdit aux partenaires sociaux d'insérer dans la convention (...) des stipulations incompatibles avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur à la date de signature de l'accord, dès lors qu'ils subordonnent l'entrée en vigueur de ces stipulations à l'intervention des modifications législatives ou réglementaires nécessaires » et précisé l'étendue des pouvoirs d'agrément du ministre dans un tel cas (11 juillet 2001, *Syndicat Sud Travail*, requête n° 228361 et autres). La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel a ensuite procédé aux modifications nécessaires. Le même raisonnement vaut pour les conventions médicales dont l'entrée en vigueur suppose une modification de la loi (CE, Ass., 20 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, rec. p. 442, *AJDA*, 1996, p. 139, concl. C. Maugué, *Dr. Adm.* 1996, comm. n° 20, obs. C. Maugué).

au dialogue social, a, de même, très largement repris le contenu de la Position commune du 16 juillet 2001.

Tout récemment, l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail en date du 11 janvier 2008 a prévu la création d'une rupture conventionnelle du contrat de travail d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, a ouvert aux branches la possibilité de négocier la durée de la période d'essai, a créé à titre expérimental un nouveau CDD, le contrat de mission, d'une durée de 18 à 36 mois, réservé aux ingénieurs et cadres, et a modifié le montant des indemnités légales de licenciement en prévoyant leur versement après un an et non plus deux ans sans qu'elles puissent être inférieures à un cinquième de mois par année de présence dans l'entreprise, sauf accord collectif plus favorable... Cet accord a été repris par un projet de loi appelé à être voté avant l'été 2008. Une annexe portant sur les relations avec les pouvoirs publics les présente de la manière suivante: « *Certains des points abordés nécessiteront pour entrer en application une disposition législative, d'autres devront être arrêtés en concertation avec les pouvoirs publics et enfin d'autres encore relèvent de la seule compétence de l'État auquel les partenaires sociaux se réservent de faire des suggestions* ». On ne saurait mieux caractériser le lien entre la négociation nationale interprofessionnelle et l'action de l'État.

8.2.2. *La convention dictant le contenu de la loi*

Une fois l'accord signé, sa reprise par le législateur soulève une série de questions quant à la marge de manœuvre du pouvoir législatif. En principe, le législateur souverain peut, s'il ne lui convient pas, modifier, à l'occasion de sa transcription dans la loi, le contenu de l'accord⁵¹³. Mais cet exercice est périlleux pour lui car, par nature, un contrat reflète un équilibre des concessions réciproques à un moment donné: y toucher en l'absence des signataires et sans leur aval peut aboutir à ruiner des équilibres fragiles et difficilement obtenus. C'est la raison pour laquelle il est peu d'exemples où le législateur ait pris le risque de s'écarter sensiblement du résultat de la négociation⁵¹⁴. En effet, pratiquement tous les accords conclus par les partenaires sociaux ont été jusqu'ici, à quelques modifications près, repris dans la loi selon la technique alternative suivante: soit, cas le plus fréquent, le Parlement réécrit le texte de l'accord sous forme d'articles de loi, soit il l'annexe purement et simplement à la loi: ainsi, la loi n°78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle s'est-elle limitée à donner force légale aux droits nouveaux

513 - Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996; « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable? », JCP G 2004, n° 12, I p. 20, obs.118. Par exemple, la loi du 30 décembre 1986 n'a pas intégralement repris les stipulations de l'accord interprofessionnel du 21 octobre 1986 sur les licenciements économiques.

514 - Phénomène intéressant à relever, il en va presque de même lorsque le pouvoir exécutif reprend à son compte le résultat d'une négociation collective dans la fonction publique. Le décret de 1995 qui a refondu la réglementation sur l'hygiène et la sécurité dans la fonction publique a repris mot à mot l'accord collectif du 28 juillet 1994 sur l'hygiène et la sécurité. De même les accords du 14 mai 1996 sur la résorption de l'emploi précaire et du 16 juillet 1996 sur le départ anticipé pour l'emploi des jeunes dans la fonction publique, qui nécessitaient des mesures législatives, ont-ils été intégralement repris dans la loi (cf. 1 3.1).

ouverts par les clauses de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation annexé à cette loi.

Il arrive aussi que les partenaires sociaux dissuadent par avance le législateur de porter atteinte au résultat de la négociation. Ainsi l'ANI précité du 2 mai 2003 sur la formation professionnelle a-t-il prévu que « *si les dispositions législatives et réglementaires n'étaient pas en conformité avec celle du présent accord, les parties signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité* ». L'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire est allé encore plus loin en affirmant que l'accord lui-même était subordonné « *à l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application, à l'exclusion de tout autre modification du régime du contrat de travail à durée déterminée et du contrat de travail temporaire actuellement en vigueur* ». Ce dernier accord réduisait la marge de manœuvre du législateur en prévoyant une clause d'autodestruction en cas de retranscription infidèle de l'accord par le législateur et imposait au surplus le choix de sa date d'entrée en vigueur, quatre mois après la publication de la loi (article 48 de l'accord). Malgré l'audace de la méthode, la loi n°90-613 du 12 juillet 1990 s'est contentée de reprendre purement et simplement le contenu de l'accord. Souvent, les rédactions des accords sont plus souples que celle-là⁵¹⁵ : ainsi l'ANI du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi prévoit-il seulement que « *Les parties signataires engageront, auprès des pouvoirs publics, les démarches nécessaires à la mise en œuvre des dispositions du présent accord qui requièrent des aménagements législatifs ou réglementaires* ».

S'appuyant sur la difficulté de modifier le contrat négocié par les partenaires sociaux, certaines propositions, dont le rapport Chertier de 2006, suggèrent, lorsque l'accord collectif intervient dans le domaine réservé au législateur par la Constitution, que ce dernier ne puisse le reprendre qu'en étant tenu d'en respecter tous les termes⁵¹⁶ (cf. 8.3 ci-après), ce qui pose naturellement question.

8.3. La convention à la place de la loi ?

Le projet est ici de faire jouer à la loi un rôle supplétif dans la définition de la norme. Les arguments en ce sens ne manquent pas : les partenaires sociaux, au contact des réalités de l'entreprise et du marché du travail, seraient mieux à même de déterminer les règles qui conviennent à une époque donnée qu'un

515 - Pour un autre exemple de rédaction douce dans le cas d'une convention médicale, voir CE, 13 mai 1996, *Fédération des orthophonistes de France*, tp. 1174. Lorsqu'une convention suppose une modification des principes fondamentaux de la sécurité sociale et prévoit que son entrée en vigueur interviendra lorsque les textes nécessaires seront adoptés, les ministres ne peuvent pas approuver cette convention tant que le législateur n'a pas modifié la loi.

516 - Le rapport Chertier souligne qu'il n'y a pas consensus sur ce point. Car pour les uns, l'État doit se borner à fixer les grands principes d'ordre public et pour le surplus renvoyer à la négociation collective ; pour les autres, il revient à l'État de définir lui-même toutes les règles applicables en droit du travail, la négociation étant limitée à la reconnaissance de nouveaux droits ou simplement appelée à compléter la loi pour en définir les modalités d'application.

législateur ou une administration du travail plus éloignés de ces réalités. Dans un domaine où la norme légale reste appliquée de manière très inégale, la norme conventionnelle, fruit d'une négociation entre acteurs aux intérêts opposés, aurait en outre davantage de chances d'être acceptée et appliquée dans la durée par ceux qui ont négocié puis signé.

Contrairement à une idée trop répandue, la novation n'est pas venue de la construction européenne. Déjà en 1959, la création du régime d'assurance chômage a été de fait déléguée aux partenaires sociaux par un État qui ne souhaitait pas prendre l'initiative de légiférer sur le sujet. Et la loi n'a fait que reprendre tardivement le contenu de l'accord trouvé. Signe de cette volonté de délégation, la gestion du régime a d'ailleurs été entièrement confiée aux partenaires sociaux.

• Sous l'impulsion de Jacques Delors, le dialogue social européen, dit de Val Duchesse, a été, un temps, remarquablement développé tandis que, au même moment, la Commission européenne prévoyait d'élaborer une trentaine de directives. C'est dans ce contexte que la construction européenne a redonné de la vitalité au courant de pensée le plus confiant dans la négociation sociale. Comme ne pouvaient pas être d'emblée modifiés le traité ou les protocoles annexés, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), la Confédération européenne des syndicats (CES) et le Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (CEEP) ont abouti le 31 octobre 1991 au premier accord sur la politique sociale dont la teneur a été reprise, par la suite, sous la forme du Protocole social annexé au traité de Maastricht. Les articles 138 et 139 du TCE relatifs au dialogue social européen, issus de l'article 3 de l'accord sur la politique sociale joint au traité du 7 février 1992 sur l'Union européenne, prévoient que la Commission doit, avant d'envisager de légiférer, consulter les partenaires sociaux sur les orientations de l'action communautaire puis, avant de passer à l'acte, sur le contenu de ce dernier. Les partenaires sociaux peuvent, à chaque stade de la consultation, se contenter d'émettre un avis ou décider d'ouvrir des négociations sur le thème considéré. Dans cette hypothèse, la Commission est tenue de suspendre son projet pendant neuf mois. Au terme de cette période, qui peut être prolongée avec son accord, et en cas d'échec de la négociation, elle peut reprendre l'initiative et aller au bout du projet. Si la négociation aboutit, le Conseil doit reprendre le contenu de l'accord dans une directive qui n'est pas soumise au Parlement⁵¹⁷. Plusieurs accords perçus comme importants ont été conclus au niveau communautaire en application de ces dispositions : l'accord du 14 décembre 1995 sur le congé parental, l'accord du 6 juin 1996 sur le travail à temps partiel et l'accord du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée. Un accord sur le télétravail a de même été conclu le 16 juillet 2002 et devait être mis en œuvre dans un délai de trois ans « conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux dans les États membres ». Il a été transposé en droit français par un accord interprofessionnel du 19 juillet 2005 et

517 - J. Barthélémy, *Négociation collective au plan européen et intégration des accords dans les droits internes*, notes Thomas du Commissariat général du Plan, septembre 2004.



non pas par une loi⁵¹⁸. Un accord-cadre concernant le stress au travail a également été conclu le 9 octobre 2004. Dans tous ces cas ci-dessus où elles avaient à intervenir, les autorités européennes (Commission et Conseil) se sont limitées à reprendre intégralement le texte de l'accord en l'annexant au projet de directive, sans le modifier en rien, alors qu'elles en avaient, contrairement à ce qui est souvent avancé, le droit⁵¹⁹.

Malgré les nombreux commentaires élogieux auxquels ce dispositif a donné lieu, ses résultats ne doivent pas impressionner outre mesure. Car en regard des cinq négociations ayant abouti, on en compte davantage qui ont échoué : sur le comité d'entreprise européen en 1993, l'aménagement de la charge de la preuve en cas de discriminations fondées sur le sexe, la prévention du harcèlement sexuel au travail en 1996, l'information et la consultation des travailleurs en 1997, la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur en 2000, le travail intérimaire en 2001 en raison de l'opposition du patronat britannique. C'est que, pour aboutir, il faut bénéficier d'un contexte social rarement rencontré. La Commission s'est toutefois inspirée du contenu des négociations pour élaborer, à la suite de leur échec, ses projets de directive.

Le résultat le plus remarquable et le plus intéressant de ce dispositif est néanmoins que l'engagement pris de consulter les partenaires sociaux avant de prendre une directive a toujours été respecté de telle sorte que ceux-ci ont toujours été mis à même d'exprimer leur point de vue avant l'intervention de toute norme nouvelle.

- Allant nettement plus loin que l'approche européenne, la Position commune des partenaires sociaux du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation, le Gouvernement et le rapport de Virville en 2004⁵²⁰ puis le rapport Chertier sur la modernisation du dialogue social en 2006 ont suggéré de faire de l'accord collectif la norme de référence et de la loi la norme subsidiaire.

La Position commune de juillet 2001⁵²¹ vise à développer la négociation collective, renforcer les moyens du dialogue social et instaurer une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation. À ce dernier titre, elle propose de distinguer trois champs distincts : un domaine réservé au législateur, celui des principes fondamentaux du droit du travail (article 34 de la Constitution), un domaine partagé entre le législateur et les partenaires sociaux, celui de l'application des principes fondamentaux, et un domaine propre aux partenaires sociaux, celui de la création de droits nouveaux, qui peut tout de même recouper – c'est un problème – celui des droits fondamentaux, et de l'amélioration des dispositifs d'ordre public social.

518 - C'est le premier exemple de transposition d'un accord-cadre européen par un accord collectif en France.

519 - Une clarification s'impose en effet sur ce point : si la communication de la Commission de 1991 prévoit la reprise intégrale du texte négocié sans possibilité de l'altérer, le traité ne le prévoit pas et le législateur européen conserve en droit la faculté d'amender le texte négocié.

520 - M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre du travail, Paris, 2004, La Documentation française.

521 - Pour lever toute ambiguïté, rappelons que la position commune ne fut pas une position unanime : plusieurs syndicats, dont la CGT, ont exprimé sur ce point notamment un avis différent.

À l'occasion du vote de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, le Gouvernement a pris, dans l'exposé des motifs du projet de loi, « *l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative en droit du travail. Par conséquent il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociations sur le sujet évoqué par le Gouvernement* ». Lors de ce débat, le ministre du travail a confirmé l'état d'esprit du gouvernement de la manière suivante : « *Avant toute réforme de nature législative touchant aux relations du travail, le Gouvernement (...) s'engage à donner la priorité à la négociation collective. Nous demandons en quelque sorte aux partenaires sociaux de prendre leurs responsabilités, s'ils le souhaitent, avant d'entreprendre quelque démarche législative que ce soit* ».

Le rapport de Virville de 2004 a proposé, dans le même esprit, un calendrier en trois temps pour la négociation sociale. Premier temps : le ministre du travail soumet au Parlement un « *pacte de négociation fixant les conditions dans lesquelles la négociation collective serait appelée à se saisir de tel ou tel domaine déterminé de droit du travail* », en précisant « *les règles intangibles, devant garder leur caractère impératif et à l'inverse, celles qui pourraient être réexaminées par la négociation collective* ». Deuxième temps : le cadre de la négociation étant défini, « *les partenaires sociaux pourraient ouvrir des négociations, d'abord au niveau interprofessionnel, pour fixer les règles communes applicables à l'ensemble des branches et pour préciser comment ces dispositions générales seraient susceptibles d'être remplacées, complétées ou amendées par la négociation de branche ou d'entreprise* ». Troisième temps : un projet de loi « *reprenant le pacte de négociation initialement présenté au Parlement et les règles définies par l'accord interprofessionnel* » est soumis au vote du Parlement.

Malgré l'engagement gouvernemental et ces prises de position qui ne faisaient l'unanimité ni parmi les acteurs politiques et sociaux ni parmi les observateurs, la France se trouva dans une situation qu'elle connaît de manière récurrente : paré de toutes les vertus pendant un temps, le dialogue social devient un gêneur pour le Gouvernement ou le législateur pressé⁵²².

L'insertion dans le projet de loi pour l'égalité des chances en cours de discussion au Parlement durant la nuit du 8 au 9 février 2006⁵²³, sans que la moindre concertation avec les partenaires sociaux ait été engagée, de dispositions visant à créer pour les jeunes un contrat première embauche (CPE) déclencha chez eux un mouvement social important et la loi votée ne fut promulguée qu'avec des réserves du Président de la République avant d'être finalement abrogée (cf. 12.2.2).

522 - Cette ambivalence, qui n'est pas le propre d'une famille politique, constitue, sans doute, le principal obstacle à ce que soit donnée sa juste place à la négociation collective.

523 - La création de ce nouveau contrat avait été annoncée par le Premier ministre le 16 janvier 2006. Pour accélérer le vote de la loi, le Gouvernement engagea sa responsabilité sur le texte en application de l'article 49-3 de la Constitution.

Mandaté le 10 janvier 2006 pour expertiser les conditions d'une amélioration du dialogue social, **Dominique-Jean Chertier**⁵²⁴ **remit son rapport le 31 mars 2006**, en formulant plusieurs propositions. La première concerne la détermination d'un agenda social : il s'agit d'inscrire le temps de la négociation sociale dans un agenda prédéfini en termes de tâches et de calendrier entre Gouvernement, Parlement, partenaires sociaux et acteurs de la société civile. À l'intérieur de la plage de temps consacrée à la concertation ou à la négociation (de l'ordre de trois mois comme au Royaume-Uni) dans le calendrier des réformes, il propose aussi de réserver un sort particulier à la matière couverte par l'article L. 131-1 du code du travail, c'est-à-dire à ce qui touche au droit des salariés, à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales. À l'instar de la procédure prévalant au sein de l'Union européenne, les partenaires sociaux pourraient, au vu du document support à la concertation publié par le Gouvernement, décider de se saisir du sujet dans un délai d'un mois. Le rapport préconise de prévoir alors un délai de négociation de trois à quatre mois, prolongeable au cas par cas dans l'hypothèse de succès probable de la négociation. Pendant cette période, le Gouvernement devrait s'abstenir d'intervenir dans le domaine en cause. Pour fixer clairement les prérogatives du Gouvernement et du Parlement en cas d'accord, le rapport préconise de ne laisser le choix à chacun d'eux que d'accepter ou de refuser en bloc l'accord trouvé. La solution privilégiée est le vote d'une loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à transcrire l'accord par voie d'ordonnance, pratique devenue courante pour la transcription des directives européennes.

- C'est en cet état de la situation que le Président de la République a demandé au Gouvernement fin 2006, après le retrait du projet de contrat première embauche (CPE), de modifier rapidement la loi pour introduire une obligation de concertation avec les partenaires sociaux avant toute réforme.

La loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁵²⁵, qui s'inspire partiellement des propositions ci-dessus, a retenu un mécanisme analogue à celui qui prévaut dans l'Union européenne en obligeant le Gouvernement à laisser aux partenaires sociaux une période pour traiter par la négociation, s'ils le souhaitent, un sujet sur lequel une réforme est envisagée. La loi introduit dans le code du travail un titre préliminaire relatif au dialogue social en vertu duquel *« tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle du travail fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national ou interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. »*

524 - Pour une modernisation du dialogue social, rapport au Premier ministre, 31 mars 2006 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000351/index.shtml>)

525 - Publiée au *JORF* du 1^{er} février 2007, p. 1944.

Cette loi n'institue qu'une obligation de consultation préalable des partenaires sociaux et ne limite pas le pouvoir d'initiative du législateur dans le domaine des relations du travail, toute limitation de cet ordre se heurtant à la Constitution, situation qui persistera sauf si une réforme constitutionnelle intervenait. En outre, en cas d'urgence, le Gouvernement peut se dispenser de la procédure de consultation en motivant sa décision⁵²⁶.

Le Gouvernement a fait application de ce texte en saisissant les partenaires sociaux de deux documents d'orientation : le premier portait sur la modernisation du marché du travail et la sécurisation des parcours professionnels ; le second sur la démocratie sociale, c'est-à-dire sur les règles de représentativité syndicale et la réforme de la négociation collective.

Le 19 juin 2007, les partenaires sociaux ont décidé d'ouvrir des négociations sur le premier thème, avec pour objectif d'aboutir à un accord fin 2007. Cet accord a finalement été signé le 11 janvier 2008. L'ouverture d'une négociation sur le thème de la démocratie sociale, repoussée à la fin de l'année 2007, a eu lieu en janvier 2008 et a débouché en avril.

Plus récemment, la commission pour la libération de la croissance française a proposé, en octobre 2007, de réunir une commission tripartite du dialogue social qui serait chargée d'élaborer d'ici fin 2008 une charte du dialogue social délimitant les domaines de compétence des partenaires sociaux et de l'État. Le contenu de cette charte serait ensuite repris dans une loi organique. Cette perspective suppose naturellement une révision préalable de la Constitution car toute loi organique doit avoir été préalablement prévue par la Constitution.

Cet historique conduit à s'interroger sur le point de savoir si la loi du 31 janvier 2007 constitue un bon point d'équilibre sur le sujet délicat des rapports entre loi et convention collective ou seulement un jalon dans une évolution qu'il conviendrait de poursuivre (cf. 13.4.8.4).

9. Décisions administratives unilatérales et conventions

Les rapports entre l'acte administratif unilatéral et la convention ne sont pas moins complexes que ceux qu'entretiennent la loi et la convention. Dans les multiples formes de contrat utilisées par l'administration pour édicter des normes ou décliner l'action publique, certaines n'en méritent guère la qualification tant au regard de leur objet que de leurs effets ou encore de leurs modalités de négociation.

À l'inverse, des décisions unilatérales, notamment les agréments délivrés par l'État ou nombre de décisions émanant des autorités administratives indépendantes,

526 - Pour une critique du blocage de la situation pendant un délai déterminé, jugé trop long, voir G. Filoche, « Le contrat doit-il se substituer à la loi ? », in *Faut-il brûler le code du travail ?*, 2006, Jean-Claude Gawsewitch éditeur.

sont prises au terme d'une procédure de négociation ou d'engagement qui les rapprochent à mains égards de la procédure contractuelle.

Au surplus nombreux sont les contrats qui produisent des effets réglementaires⁵²⁷.

9.1. Les décisions formellement unilatérales, en réalité négociées

Maintes décisions unilatérales prises par l'administration sont en réalité négociées. Quelques exemples illustrent cette situation assez fréquente⁵²⁸.

9.1.1. Décisions prises par les autorités de régulation

Nombre de décisions prises par les autorités administratives indépendantes, que ce soit en matière de régulation ou de sanction, prennent la forme de décisions unilatérales alors que ce sont en réalité très souvent des décisions précédées de consultations ou d'une véritable négociation (cf. 3.1.4).

9.1.2. La police des installations classées

L'application des textes relatifs aux installations classées⁵²⁹ relève d'une police administrative spéciale, qui appartient en principe au préfet⁵³⁰. Le préfet réglemente par arrêté toutes les installations classées de son département, quel que soit leur régime juridique. Et selon les principes applicables en matière de police administrative, il peut toujours aggraver les prescriptions imposées par l'autorité supérieure en fonction des circonstances locales. Ces installations sont soumises soit à une simple déclaration, pour les activités les moins polluantes, soit à une autorisation, pour les installations présentant les risques de pollution les plus importants.

L'arrêté d'autorisation est précédé d'une phase d'instruction administrative ou d'enquête, faisant intervenir des services déconcentrés, des collectivités territoriales, le conseil départemental d'hygiène et l'inspection des installations classées. Il comporte les prescriptions à observer par l'exploitant, véritable « charte » du fonctionnement de l'installation. Si ces prescriptions sont imposées par et dans un acte unilatéral, elles sont très largement débattues tout au long de la

527 - De nombreux travaux ont été consacrés par la doctrine à la notion d'acte mixte, celui-ci s'entendant comme un contrat produisant des effets réglementaires. Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 103, 1971 ; F. Moderne, « Les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, p. 1.

528 - Le domaine de l'urbanisme se prêterait également à une analyse de ce type. Beaucoup de permis de construire ou d'autorisations de lotissement sont en fait des autorisations unilatérales négociées, le bénéficiaire négociant souvent en détail les prescriptions dont l'autorisation est assortie avec celui qui l'accorde.

529 - Les installations classées sont celles qui présentent des dangers ou des inconvénients potentiels pour l'environnement. Sont concernées les installations industrielles ou commerciales, mais aussi celles exploitées bénévolement par des associations ou par l'État (livre V du code de l'environnement).

530 - CE, 29 mai 1985, *Ministre de l'environnement c/ Sté OPA*, rec. p. 161 : « Les établissements classés (...) sont soumis à un pouvoir de police, exercé en principe par le préfet. »

procédure en fonction de ce qui est techniquement et économiquement réalisable. Ainsi, l'exploitant participe directement à l'élaboration du droit qu'il aura ensuite à appliquer. À cela il convient d'ajouter que le juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une telle décision, tranche le litige en qualité de juge de plein contentieux⁵³¹ et peut donc modifier les prescriptions dont l'autorisation a été assortie à la suite du débat contradictoire, prolongé devant lui, en tenant compte des objectifs d'intérêt général à atteindre⁵³².

Sauf cas particulier⁵³³, le ministre chargé des installations classées ne peut pas interférer dans le pouvoir de décision des préfets, notamment par contrat⁵³⁴ : une compétence de police spéciale conférée au préfet exclut toute intervention de l'autorité supérieure par la voie contractuelle (cf. 10.2.2).

9.1.3. La détermination du prix des médicaments remboursables par la sécurité sociale

En l'absence de convention (cf. 2.2.4), le prix est fixé par décision du Comité économique des produits de santé (CEPS), sauf opposition conjointe des ministres concernés qui arrêtent à leur tour le prix dans les quinze jours suivant la décision du comité. Peu importe finalement que le prix soit fixé par convention, par décision du CEPS ou par arrêté ministériel : dans tous les cas, cette décision réglementaire est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁵³⁵, alors même qu'elle prendrait la forme d'une convention⁵³⁶.

Ainsi, la part réservée au contrat par le code de sécurité sociale en matière de négociation du prix du médicament est-elle largement adossée à un pouvoir réglementaire supplétif incombant au CEPS mais dont l'exercice est difficilement dissociable de la négociation préalable.

9.2. Des conventions s'apparentant à des actes administratifs unilatéraux

De nombreuses conventions conclues par l'administration doivent en revanche s'analyser comme des actes administratifs imposés aux cocontractants ou comme des actes réglementaires à élaboration contractuelle.

531 - L'association du demandeur en amont de l'édiction de la norme et l'existence d'un recours de plein contentieux en aval ont conduit le Conseil d'État à juger, pour l'application de l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, que l'exercice d'un recours administratif préalable, gracieux ou hiérarchique, n'interrompait pas le délai de recours contentieux (CE, Sect., 21 décembre 2007, *Groupeement d'irrigation des prés de la Forge et autres*, requête n° 280195).

532 - Article L. 511-1 du code de l'environnement.

533 - En particulier si « *les risques peuvent concerner plusieurs départements ou régions* », ce pouvoir appartient au ministre chargé des installations classées, qui autorise ou refuse le fonctionnement de l'activité.

534 - CE, 8 mars 1985, *Association « Les amis de la Terre »*, requête n° 24557 : « *les conventions (passées par le ministre) sont nécessairement dépourvues de toute valeur juridique.* »

535 - CE, 30 décembre 2003, *SA Laboratoires Serono France*, requête n° 243954.

536 - CE, 3 mai 2004, *Sté des Laboratoires Servier*, requête n° 257698.

9.2.1. Des décisions administratives imposées

Le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) fournit une illustration de l'évolution extrêmement rapide d'un dispositif contractuel quant à sa finalité et aux modalités de sa gestion (cf. 2.3.3) et quant à sa nature intrinsèque. Conçu au départ comme un contrat d'information, facultatif ou volontaire, il est rapidement devenu obligatoire et fonctionne désormais comme un contrat déséquilibré dans ses obligations, comme un contrat injonction à l'égard des étrangers ou comme un contrat allégeance pour reprendre la terminologie du professeur Alain Supiot⁵³⁷. Ce type de contrat, éventuellement assimilable à un contrat d'adhésion, s'apparente fortement à un acte unilatéral⁵³⁸.

Les conventions d'objectifs et de gestion conclues avec les caisses nationales de sécurité sociale (cf. 2.2.3) correspondent pour l'essentiel à une procédure d'évaluation et leur nature équilibrée peut être discutée, même si la doctrine y voit des contrats administratifs. Les sanctions pour non-réalisation des objectifs ne pèsent en effet que sur les caisses et sur l'ACOSS, signe que l'habillage contractuel demeure une voile léger, dissimulant des restes de décision unilatérale et d'acte de tutelle. Les contrats de retour à l'équilibre imposés aux établissements sanitaires et sociaux ou médico-sociaux relèvent d'une analyse identique. Les rapports entre les établissements d'hospitalisation et l'État sont de façon générale marqués par la prépondérance de l'un des acteurs, placé en situation d'imposer son point de vue. Le Conseil d'État vient d'ailleurs de conforter cette analyse en jugeant que les avenants tarifaires conclus en application de l'article L. 162-22-5 du code de la sécurité sociale entre l'agence régionale de l'hospitalisation et une clinique « traduisent une décision prise par l'agence (...) au nom de l'État et ont un caractère réglementaire » (CE, 21 décembre 2007, *Clinique Saint-Roch*, requête n°299608)⁵³⁹.

9.2.2. Des contrats incorporant des dispositions réglementaires ou acquérant le caractère d'acte réglementaire

D'autres contrats incorporent des stipulations de caractère réglementaire ou présentent la nature d'actes réglementaires à élaboration contractuelle, eu égard à la qualité qu'ils acquièrent une fois approuvés. Ce sont généralement des actes ayant pour objet d'organiser ou de fournir un service public, et comportant des effets sur les tiers, usagers du service.

537 - A. Supiot, « La contractualisation de la société », in *Qu'est-ce que l'humain ?*, sous la direction d'Y. Michaud, vol. 2 Paris, Odile Jacob, 2000, p. 157 et suiv.

538 - Le Conseil d'État avait donc recommandé en 2006 de ne plus utiliser à son sujet le terme « contrat », compte tenu du caractère obligatoire du CAI. Mais il n'a été suivi ni par le Gouvernement ni par le Parlement.

539 - Élément intéressant à relever, la décision souligne que « pour autant les dispositions (...) du code (...) impliquent la signature de ces avenants par l'établissement de santé concerné, l'absence d'une telle signature ayant pour conséquence l'application à l'établissement du tarif dit d'autorité ». Il y a donc en l'espèce imbrication entre l'acte unilatéral et le contrat, chacun jouant un rôle particulier dans le dispositif de « négociation » de la tarification.

Les cahiers des charges des délégations de service public, des contrats d'affermage ou d'occupation temporaire d'une dépendance du domaine public⁵⁴⁰ peuvent ainsi comporter des clauses, jugées divisibles des autres, qui réglementent en réalité l'utilisation du service par les tiers au contrat⁵⁴¹. Des contrats peuvent de même avoir pour objet d'organiser le service public et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, sans présenter eux-mêmes le caractère d'un acte administratif unilatéral⁵⁴².

Le cas des conventions médicales (cf. 2.2.1) s'en rapproche beaucoup pour les trois raisons suivantes.

Les stipulations d'une convention médicale approuvée acquièrent en premier lieu une valeur réglementaire⁵⁴³.

Le Conseil d'État ayant jugé en deuxième lieu que la modification d'une convention médicale nationale n'était pas subordonnée par la loi à d'autres conditions que celles exigées pour sa signature par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, un avenant conclu par au moins une organisation syndicale représentative de médecins généralistes et au moins une organisation représentative de médecins spécialistes peut valablement modifier la convention alors même que cet avenant n'a pas été signé par l'ensemble des organisations ayant adhéré à la convention initiale⁵⁴⁴. L'acte réglementaire à élaboration contractuelle possède ainsi une existence propre, indépendante dans la durée de la qualité et de la personnalité de ses signataires.

Le Conseil constitutionnel⁵⁴⁵ et le Conseil d'État⁵⁴⁶ ayant en troisième lieu accepté la divisibilité de ces conventions, cette dernière laisse présumer que la convention n'est pas un contrat mais un acte réglementaire à élaboration

540 - CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ Assoc. Défense Tuileries*, rec. p. 268, *CJEG*, 1995, p. 376, concl., Arrighi de Casanova.

541 - CE, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274, « Pour un service de ramassage d'ordures ménagères », *AJDA*, 1996, p. 732 chron. D. Chauvaux et T. X. Girardot, *RFDA*, 1997, p. 89, note P. Delvolvé, *CJEG* 1996, p. 362, note P. Terneyre.

542 - CE, 14 janvier 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales-FO*, rec. p. 9, pour la convention constitutive d'une agence régionale de l'hospitalisation.

543 - CE, Sect., 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, rec. p. 360, *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1982, p. 106, concl. A. Bacquet, *AJDA*, 1982, p. 364, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 23.

544 - CE, Sect., 17 mars 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région et Fédération française des médecins généralistes MG France*, rec. p. 94.

545 - Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33 ; *RFDA*, 1990, p. 406, note B. Genevois.

546 - CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, rec. p. 469, *Dr. Soc.*, 1984, p. 144, concl. D. Labetoulle, *AJDA*, 1984, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, rec. p. 277, *RFDA*, 1998, p. 942, concl. C. Maugué, *AJDA*, 1998, p. 559, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, *Dr. Soc.*, 1998, p. 817, note X. Prétot, *R. Dr. Sanit. Soc.*, 1998, p. 755, note L. Dubouis ; CE, 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244, rec. tp. 1184. Auparavant, le Conseil d'État avait considéré que le contrat formait un tout indivisible (CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, rec. p. 469, *AJDA*, 1983, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue).

contractuelle⁵⁴⁷. Car toute convention reposant sur un équilibre global entre les droits et les obligations des parties (cf. 7.1.2), une conception large et souple de la divisibilité du contrat aboutit à ce que le juge substitue son appréciation sur cet équilibre global à celle des parties⁵⁴⁸. Selon ceux qui ont négocié des conventions médicales, leur équilibre est pesé au trébuchet entre les parties si bien que, en envisageant l'hypothèse de la divisibilité de la convention, le Conseil d'État aurait en fait assimilé la convention à un acte réglementaire et raisonné comme si ce dernier avait pour principal objet de fixer le tarif des consultations pour les assurés sociaux, acte qui se prête mieux qu'un contrat à l'opération intellectuelle de divisibilité. La convention médicale, acte hybride, est donc un acte réglementaire à élaboration contractuelle. Cette dernière qualification correspond au demeurant à la pratique des professions médicales : en dehors du volet tarifaire, elles ne se sentent guère liées par les engagements pris dans les conventions, par exemple en matière de maîtrise médicale des dépenses de santé.

9.2.3. Des règlements d'organisation des services publics

Des contrats entre personnes publiques peuvent être conclus dans le but d'organiser le service public. C'est le cas pour les conventions de transferts de services organisés dans le cadre de la loi du 2 mars 1982⁵⁴⁹ (cf. 4.2.4). Confronté à une décision ayant décidé de mettre fin à un tel contrat, le juge administratif l'a annulée⁵⁵⁰, s'écartant de sa jurisprudence selon laquelle il s'interdit en principe d'annuler les décisions résiliant un contrat (cf. 7.1.2.1). Cette exception jurisprudentielle s'est ensuite étendue à l'ensemble des contrats conclus « *entre deux personnes publiques et ayant pour objet l'organisation d'un service public* »⁵⁵¹. Cette immixtion relativement récente du juge dans les rapports contractuels est justifiée par la nature particulière des contrats en cause : conclus entre personnes publiques, ils ne sont pas éloignés du mode d'action unilatéral, mode normal et prépondérant d'organisation du service public, en particulier dans les rapports entre personnes publiques et personnes privées où il relève du contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir⁵⁵². La forme contractuelle ne parvenant pas à oblitérer la nature réglementaire de ces conventions, leur contentieux déroge au contentieux classique des contrats administratifs⁵⁵³.

547 - Sur l'évolution du régime juridique des conventions médicales, voir X. Prétot, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales : du contrat doué d'effets réglementaires au règlement à élaboration concertée », *Dr. Soc.*, 1997, p. 845.

548 - Selon la jurisprudence, il existe une présomption d'indivisibilité de la convention mais cette présomption n'est pas irréfragable.

549 - Cette qualification de contrat n'allait pourtant pas de soi (J. Moreau, « Les matières contractuelles », *AJDA*, 1998, 747).

550 - CE, Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, rec. p. 105.

551 - CE, 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, rec. p. 198.

552 - Voir par exemple CE, 11 janvier 1961, *Barbaro et de la Marnière*, Recueil Lebon, p. 25.

553 - La loi du 13 août 2004 ayant prévu un mécanisme conventionnel analogue et la possibilité de régler par arrêté interministériel les conditions de mise à disposition provisoire des services, le Conseil d'État a également reconnu dans son ensemble un caractère réglementaire à cet arrêté (17 octobre 2007, *Département de Haute-Garonne*, requête n° 290258, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 148, p. 20).

9.3. La convention subordonnée à l'intervention d'une décision unilatérale

Le droit administratif comporte en outre un nombre élevé de situations dans lesquelles la conclusion ou l'application d'un contrat se trouve subordonnée à l'intervention d'une décision administrative unilatérale.

9.3.1. *Les accords virtuels : les accords dans la fonction publique*

Même si la négociation dans la fonction publique est désormais prévue par la loi (cf. 1.3.1), les accords sur lesquels elle débouche n'ont pas par eux-mêmes de valeur juridique. Pour qu'ils en acquièrent une, il faut qu'ils fassent l'objet d'une reprise dans un acte unilatéral, décret le plus souvent, loi parfois quand sont en cause les garanties fondamentales des agents. On est donc en présence soit d'une négociation préalable à une décision administrative unilatérale ou d'une loi, soit d'un engagement politique et moral unilatéral de l'employeur plutôt que d'un engagement contractuel⁵⁵⁴, même si ces accords sont généralement honorés (cf. 7.1.2.2).

Leur transposition en actes unilatéraux est en outre parfois longue : celle des accords Durafour de 1990 a pris sept ans ; celle des accords Jacob, concernant environ 200 statuts, a été nettement plus rapide et se sera étalée sur dix-huit mois environ.

D'où l'intérêt pour la technique de l'homologation des accords signés, suggérée par le rapport Fournier de 2002. Cette formule permettrait d'abrégé ce délai de transcription à la condition de rédiger ces accords de manière précise et complète, de sorte que l'homologation puisse en garantir l'entrée en vigueur immédiate sans avoir à passer par d'autres textes d'application.

9.3.2. *L'agrément ou l'homologation de la convention*

L'entrée en vigueur de certains contrats est subordonnée à une approbation préalable par l'autorité administrative. Les conventions médicales (cf. 2.2.4) en fournissent un exemple. Car ces conventions ayant un impact sur la santé publique et revêtant un caractère économique marqué, le législateur a entendu conférer au ministre de la santé le pouvoir de vérifier qu'un accord formellement conclu en l'absence de l'État ne comporte pas d'inconvénient du point de vue de l'intérêt général. La convention médicale est un contrat administratif⁵⁵⁵

554 - Y. Saint-Jours, dans l'article déjà cité (note 18), les assimile aux « *gentleman's agreements* » du droit international ou à des engagements d'honneur n'entraînant aucune obligation juridique entre les parties mais les liant moralement. La jurisprudence du Conseil d'État a également dénié toute valeur juridique à l'accord Oudinot du 2 juin 1968 (*Syndicat national indépendant des CRS*, 15 octobre 1971, Recueil Lebon, p. 610) : les dispositions de ce protocole ne peuvent pas être utilement invoquées à l'encontre d'un règlement qu'elles n'ont pu avoir pour effet de rendre caduc. Voir aussi Ass., 29 mars 1973, *Fédération des personnels de la défense nationale CFDT*, Recueil Lebon, p. 247 au sujet d'un accord conclu après les grèves de 1968. Une autre partie de la doctrine ne voit dans ces accords que des actes unilatéraux de l'État.

555 - CE, Sect., 8 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*, rec. p. 496, *AJDA*, 1974, p. 535, chron. M. Franc et M. Boyon, *Dr. Soc.*, 1975, p. 335, note F. Moderne.

et l'acte qui l'approuve présente un caractère réglementaire⁵⁵⁶ et confère à ses stipulations mêmes un caractère réglementaire (cf. 9.2.2).

L'arrêté d'extension d'une convention collective⁵⁵⁷ est aussi un acte réglementaire, sans que cela change pour autant la nature de l'accord qui, étendu ou non, demeure un contrat de droit privé⁵⁵⁸.

Dans les cas où les stipulations forment objectivement un tout, l'administration ne peut qu'approuver en bloc le contrat ou refuser son agrément, sans pouvoir procéder à un tri entre ses stipulations pour n'approuver qu'une partie d'entre elles⁵⁵⁹.

De même, l'entrée en vigueur de la convention d'assurance chômage, dite convention Unedic, est-elle subordonnée, en vertu de l'article L. 352-2 du code du travail, à l'agrément du ministre du travail qui vérifie sa compatibilité avec les dispositions législatives et réglementaires.

Les conventions collectives du secteur médico-social sans but lucratif dont les dépenses de fonctionnement sont supportées en tout ou partie par des personnes publiques ou par la sécurité sociale⁵⁶⁰ doivent aussi, pour prendre effet, être agréées par le ministre des affaires sociales.

De manière générale, les dispositions législatives conférant un pouvoir d'agrément à l'autorité administrative sont interprétées de manière souple et large par le Conseil d'État⁵⁶¹.

9.3.3. *L'extension des conventions collectives*

L'extension d'une convention collective est prononcée par arrêté du ministre du travail⁵⁶². Le code du travail prévoit à cet effet une procédure spécifique

556 - Avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 10 avril 1975, n° 314926, CE, Sect., 18 février 1977, *Hervouët*, rec. p. 100.

557 - CE, 3 décembre 1975, *Centre national de la cinématographie*, rec. p. 628.

558 - Parallèle intéressant, l'homologation de la convention médicale a aussi pour effet de rendre l'accord applicable à tous les professionnels. Mais s'agissant d'une profession libérale, le législateur a institué une clause individuelle d'« *opting out* » en faveur de chaque praticien. Ce qui fragilise aussi la notion d'organisation syndicale représentative puisque le signataire qui s'engage peut être désavoué par ses propres membres.

559 - CE, 27 juillet 1984, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, *Dr. Soc.* 1984, p. 670, concl. M. Dandelot p. 668.

560 - Article 16 de la loi modifiée du 30 juin 1975.

561 - Ainsi, le ministre des affaires sociales n'a pas commis d'erreur de droit en refusant d'agréer, en application de l'article L. 123-1 du code de la sécurité sociale, un accord d'établissement relatif au versement sur fonds réutilisables d'une prime au personnel d'une caisse primaire d'assurance maladie, motif pris de l'intérêt qui s'attache à la sauvegarde du caractère national des règles applicables aux conditions de travail du personnel des organismes de sécurité sociale et de l'inadéquation du critère retenu pour l'attribution de la prime (27 octobre 1995, *Ministre des affaires sociales et de l'intégration et CPAM de Lille*, requête n° 145977 et 152474). Voir aussi pour l'agrément des sociétés concessionnaires d'autoroutes l'avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002 (Rapport public 2003, p. 201).

562 - Le code du travail distingue l'extension de l'élargissement d'une convention collective (L. 133-12 du code du travail), l'élargissement consistant à étendre son champ d'application au-delà de son champ professionnel ou géographique initial. Sur cette distinction, voir « Extension et élargissement des conventions collectives », *Dr. Soc.*, 1993, p. 355.



comportant la publication de la convention dont l'extension est envisagée et sollicitant les réactions des tiers intéressés. Au vu des résultats de l'enquête, le ministre peut procéder à l'extension après avoir effectué à un contrôle de conformité des stipulations de la convention avec les dispositions du code du travail. Une jurisprudence abondante précise l'étendue des pouvoirs du ministre dans un tel cas, notamment quant au point de savoir s'il peut ne procéder à l'extension que d'une partie de la convention.

La question de la divisibilité des conventions collectives et plus largement des contrats figure parmi les questions les plus délicates pour le juge du contrat, de l'homologation ou de l'extension du contrat⁵⁶³. Car le juge ne dispose généralement d'aucune information particulière sur le contexte de la négociation préalable à la conclusion de la convention collective ou sur l'équilibre des concessions qui a finalement prévalu. C'est la raison pour laquelle il s'est longtemps interdit de procéder à l'invalidation partielle d'une clause de convention collective. Mais force est de constater que le Conseil d'État a adopté une conception de plus en plus extensive de la divisibilité des contrats et de l'acte d'extension⁵⁶⁴, au risque de substituer sa propre appréciation à celle des négociateurs.

9.3.4. *Extension et agrément d'accords dérogatoires*

Cas marginal, qui combine les effets de l'extension et de l'agrément, il est arrivé au législateur de subordonner à l'intervention d'un accord étendu des dérogations à la norme unilatérale. L'article L. 212-2 de l'ancien code du travail, abrogé par l'ordonnance du 12 mars 2007, permet ainsi à des conventions ou accords collectifs étendus ou à des accords d'entreprise ou d'établissement de déroger aux dispositions réglementaires définissant l'aménagement et la répartition des horaires de travail. Ces conventions ou accords collectifs dérogatoires n'ont aucun effet juridique entre les parties signataires tant que le ministre du travail ne les a pas agréés. Cette configuration spécifique est très proche de l'homologation ou de l'agrément de la convention médicale ou de l'accord sur l'assurance chômage⁵⁶⁵.

563 - CE, Ass., 9 juillet 1943, *Chambre syndicale des négociants en draperie*, rec. p. 183 ; CE, Sect., 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques*, rec. p. 169, *Dr. Soc.*, 1960, p. 342, concl. Nicolay ; « Divisibilité et indivisibilité des actes administratifs », *AJDA*, 1982, p. 73, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre.

564 - Pour une illustration récente de cette tendance, voir par exemple CE, Sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, Recueil Lebon, p. 189, *CJEG*, 2003, p. 410, concl. J.-H. Stahl, *AJDA*, 2003, p. 1150, chron. F. Donnat et D. Casas). Dans cette affaire, le Conseil d'État a reconnu au ministre du travail un pouvoir de conciliation entre les objectifs d'ordre social justifiant l'extension de la convention collective et les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur de l'eau et de l'assainissement. En l'espèce, il a regardé comme divisibles l'arrêté d'extension et donc les stipulations de la convention imposant à l'employeur reprenant une DSP ou un marché public de reprendre les contrats de travail signés par l'employeur sortant, alors que cette clause anticoncurrentielle avait probablement été déterminante dans l'esprit des négociateurs.

565 - J. Barthélémy, « L'agrément des accords collectifs », *Dr. Soc.*, 1987, p. 623.

9.4. Le régime contentieux de l'acte détachable du contrat

La passation et l'exécution des contrats conclus par l'administration, qu'ils soient administratifs ou de droit commun, s'inscrivant dans une procédure complexe, la théorie de l'acte détachable, inventée par le juge administratif pour permettre aux tiers d'attaquer la décision administrative unilatérale ayant autorisé la signature du contrat, illustre l'imbrication entre acte unilatéral et contrat.

Le recours contre un contrat étant depuis la fin du XIX^e siècle réservé aux parties qui l'ont signé⁵⁶⁶, le Conseil d'État a élaboré au début du XX^e siècle la théorie de l'acte administratif unilatéral détachable du contrat pour ne pas priver les tiers de toute faculté de recours contre la formation du contrat⁵⁶⁷. Et il lui est fréquemment arrivé de juger que la seule signature du contrat révélait l'existence d'une décision unilatérale détachable permettant de le signer⁵⁶⁸.

La jurisprudence a, de même, créé de toutes pièces des situations dans lesquelles la modification ou l'interruption du contrat est précédée ou suivie d'un acte unilatéral détachable. Le contentieux de la fonction publique comporte de nombreux exemples de ce genre, concernant notamment les décisions mettant fin à un détachement dans un emploi de contractuel (CE, Sect., 3 mai 1982, *M^{me} Vidy*, rec. p. 166, *AJDA*, 2002, p. 585, chr. de F. Tiberghien et B. Lasserre⁵⁶⁹) ou refusant de modifier un contrat en cours pour le mettre en conformité avec un nouveau règlement⁵⁷⁰. La jurisprudence a également ouvert aux tiers intéressés le recours pour excès de pouvoir contre une décision de recrutement d'agents contractuels « *eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires* »⁵⁷¹.

La jurisprudence admet de longue date qu'une décision détachable puisse être contestée non seulement en raison de ses vices propres⁵⁷² mais encore en raison des illégalités affectant le contrat lui-même⁵⁷³. Et lorsque le contrat est

566 - Pour un rappel récent de cette jurisprudence, voir CE, Sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, Recueil Lebon, p. 545.

567 - CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749, DD. 1907.3.49 concl. Romieu, *RDJ*, 1906, p. 249, note D. Jèze, CE, Sect., 1906, 3.49, note Hauriou, *GAJA*, 13^e édition, n° 16, p. 92 ; CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, rec. p. 42, *CJEG*, 1999, p. 181 concl. C. Bergeal, *AJDA*, 1999, p. 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur pour les marchés de travaux publics conclus par l'Assemblée nationale, *GAJA*, 13^e édition, n° 114, p. 826.

568 - 9 décembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, p. 1034 ; CE, Sect., 7 avril 1936, *Département de la Creuse*, p. 171 ; CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat technique de l'enseignement technique agricole public*, Recueil Lebon, p. 22 (cf. 10.2.2).

569 - Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet que l'agent dont le contrat est résilié par anticipation puisse former un recours pour excès de pouvoir contre la décision mettant fin au contrat et identifie une décision interdépendante de remis à disposition de l'administration d'origine dont le sort dépend de la légalité de la décision de rupture du contrat.

570 - CE, Sect., 25 mai 1979, *Dame Rabut*, rec. p. 231, concl. B. Genevois.

571 - CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375, concl. J.-H. Stahl.

572 - CE, Sect., 26 mars 1999, *Soc. Hertz France*, rec. p. 96, concl. J.-H. Stahl.

573 - CE, 12 juillet 1918, *Lefebvre*, p. 698 ; Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, Recueil Lebon, p. 469.

lui-même divisible, l'acte détachable n'est annulé qu'en tant qu'il approuve les articles déclarés nuls (CE, Ass., 16 avril 1986, *CLT et autres*, rec. p. 97).

Malgré ces subtilités juridiques, l'application de la jurisprudence sur l'acte détachable peut aboutir à un résultat limité ou à des conséquences purement symboliques car son annulation n'entraîne pas nécessairement celle du contrat⁵⁷⁴. Le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par les parties, doit seulement tenir compte du motif d'annulation retenu par le juge de l'excès de pouvoir et du lien existant entre l'acte détachable et le contrat pour décider d'en prononcer ou non la nullité. Et l'obtention de cette annulation par le juge du contrat pouvait jusqu'à une période récente prendre un temps imprévisible puisqu'il fallait s'adresser successivement à plusieurs juges différents, le juge de l'excès de pouvoir, le juge de l'astreinte puis le juge du contrat.

L'intervention des lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995, qui ont reconnu au juge administratif un pouvoir d'astreinte et d'injonction en vue d'exécuter la chose jugée, et l'évolution de la jurisprudence ont depuis lors singulièrement renforcé les droits du justiciable. Saisi d'une demande tendant à obtenir l'exécution d'un jugement devenu définitif ayant prononcé l'annulation d'un acte détachable, le Conseil d'État a obligé l'auteur de l'acte détachable, sous peine d'astreinte, à saisir le juge judiciaire en vue de faire constater la nullité du contrat⁵⁷⁵. Le tiers au contrat peut désormais contraindre son signataire public à en faire constater la nullité. L'annulation du contrat n'est pas pour autant automatique car le juge de l'exécution doit vérifier dans chaque cas si, eu égard au motif d'annulation de l'acte détachable, le contrat peut ou non aller à son terme et si son annulation n'est pas susceptible de porter une atteinte excessive à l'intérêt général⁵⁷⁶.

C'est en partie pour mettre fin à la complexité de cette situation que le Conseil d'État vient d'ouvrir directement aux concurrents évincés lors de la passation d'un contrat le recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même ou contre

574 - Concl. Romieu sur l'arrêt *Martin* précité et sur l'arrêt *Ballande* du 30 mars 1906 ; CE, 1^{er} octobre 1993, *Soc. Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, Recueil Lebon, p. 875, *AJDA*, 1993, p. 810, concl. M. Pochard, *RFDA*, 1994, p. 248, note Pacteau. Voir aussi les réponses de la section du rapport et des études du Conseil d'État à des demandes d'éclaircissement (EDCE, 1990, n° 41, p. 127, *CJEG*, avril 1991, p. 115, note Pacteau ; 3 décembre 1997, *AJDA*, 1998, p. 169, note L. Richer au sujet des conséquences à tirer de l'arrêt *Avriller* du 1^{er} octobre 1997).

575 - CE, Sect., 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, Recueil Lebon, p. 430, *RFDA*, 1994, p. 1090, concl. R. Schwartz, note D. Pouyaud ; *AJDA*, 1994, p. 914, chron. L. Touvet et J.H. Stahl. Voir également CE, 27 novembre 1996, *Commune de Moulins*, *AJDA*, 1998, p. 162, note E. Fatôme et L. Leveneur ; CE, 1^{er} octobre 1993, *Soc. Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas*, rec. p. 874, *AJDA*, 1994, p. 810, concl. M. Pochard ; CE, Sect., 29 mars 1999, *Soc. Hertz France*, rec. p. 96 pour une décision détachable entachée d'incompétence dont l'annulation entraîne nécessairement la résolution des conventions.

576 - CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, Recueil Lebon, p. 501, *BJDCP*, 2004, n° 33, p. 136, concl. D. Piveteau, *AJDA*, 2004, p. 394, note J.-D. Dreyfus. L. Marcus et A. Perrin, « Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux », *Dr. Adm.*, janvier 2006, p. 5. D. Pouyaud, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », *RFDA*, 2007, p. 923.

ses clauses divisibles, assorti le cas échéant de demandes indemnitaires⁵⁷⁷. En contrepartie, le tiers évincé ne pourra plus attaquer les actes détachables, préalables à la signature du contrat. Cette importante décision d'Assemblée ouvre des perspectives nouvelles, dont certaines restent à préciser (cf. 13.5).

Tous ces développements montrent que s'est installée entre l'acte administratif unilatéral et le contrat une zone grise due à l'imbrication croissante entre contrat et acte administratif unilatéral.

Le contentieux des contrats administratifs tient compte de cette imbrication puisqu'il offre désormais des voies de recours graduées : le tiers au contrat peut attaquer pour excès de pouvoir l'acte détachable du contrat ; les parties peuvent demander directement l'annulation du contrat au juge de plein contentieux ; entre ces deux catégories, les candidats évincés peuvent également saisir le juge de plein contentieux d'une demande d'annulation du contrat. À travers cette imbrication entre acte administratif unilatéral et contrat, les administrés cherchent à obtenir la garantie que l'acte administratif unilatéral ne sera pas modifié sans leur accord. Le contrat, lorsqu'il est mêlé à l'acte administratif unilatéral, sert en définitive à assurer la sécurité juridique du bénéficiaire de cet acte : en théorie modifiable à tout moment pour l'avenir, la règle de droit fixée dans un acte unilatéral à élaboration contractuelle ne peut être changée qu'avec un préavis et qu'avec l'accord des intéressés ; elle doit en outre s'accompagner de mesures transitoires. En d'autres termes, l'acte unilatéral à élaboration contractuelle ne peut pas être retiré par l'administration dans les conditions du droit commun.

577 - CE, Ass., 16 juillet 2007, *Soc. Tropic Travaux signalisation*, requête n° 291545. L'arrêt limite l'ouverture de ce recours aux concurrents évincés alors que le commissaire du gouvernement proposait d'y adjoindre les usagers du service public et, éventuellement, le contribuable local justifiant d'une atteinte à leurs droits patrimoniaux.

Troisième partie

Utiliser le contrat à bon escient

« Puisqu'en autres termes le régime libéral ou contractuel l'emporte de jour en jour sur le régime autoritaire, c'est à l'idée de contrat que nous devons nous attacher comme à l'idée dominante de la politique. »

Pierre-Joseph Proudhon,
Du principe fédératif, 1863.

De plus en plus imbriqué avec la loi et l'acte administratif unilatéral, le contrat est devenu pour l'administration un instrument largement utilisé pour conduire l'action publique et édicter des normes. Faut-il lui réserver davantage d'espace? Répondre à cette question suppose de prendre au préalable la mesure des contraintes internationales et constitutionnelles ainsi que des limites traditionnelles à son utilisation dans le droit français. Les expériences étrangères fournissent aussi des repères utiles. Recenser les avantages et les risques de l'acte unilatéral et du contrat constitue une étape préalable à la formulation de propositions pour un usage à bon escient du contrat.

10. Les contraintes constitutionnelles et communautaires

Si la liberté contractuelle ouvre un vaste champ au développement du contrat, celui-ci n'est pas illimité. Car des contraintes multiples encadrent l'exercice du pouvoir contractuel et des domaines lui restent interdits ou fermés.

10.1. L'exigence contractuelle

La liberté contractuelle fait depuis peu partie du socle juridique communautaire et constitutionnel.

10.1.1. Les contraintes communautaires

La construction européenne réserve une place significative au contrat et s'accompagne de travaux en vue de parvenir à terme à un droit européen des contrats

civils mais elle a également introduit de nouvelles disciplines pour les collectivités publiques, en particulier en matière de concurrence.

10.1.1.1. L'Europe, civilisation du contrat ?

L'Europe encourage le recours au contrat comme instrument juridique le plus approprié pour la mise en œuvre des politiques publiques. Le Livre blanc de la Commission européenne du 25 juillet 2001 consacré à la gouvernance européenne⁵⁷⁸ énumère quatre objectifs dont trois recoupent des thèmes déjà identifiés : « *une meilleure implication de la base dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques* » (c'est l'aspect procédural dans l'élaboration de la norme unilatérale ou contractuelle), « *la création de synergies avec les réseaux locaux* » (c'est l'aspect décentralisation et coordination des actions entre partenaires) et le « *développement des accords contractuels en tant qu'instrument de mise en œuvre plus efficace des politiques* » (c'est l'aspect efficacité des politiques publiques).

Ce modèle européen de gouvernance, articulé autour d'un processus permanent de négociation à la fois dans l'élaboration et dans l'application de la norme juridique, unilatérale ou contractuelle, est en train d'imprégner profondément les droits nationaux.

Le processus d'élaboration de la norme européenne repose lui-même sur la négociation et sur la recherche du compromis par le biais de concessions réciproques permanentes. Alors que la norme unilatérale demeure en France encore très souvent imposée, l'élaboration de la norme unilatérale communautaire fait appel, en amont, à une technique qui s'apparente à une négociation contractuelle. Les organes de l'Union sont perméables aux impulsions et apports des 7000 lobbyistes présents à Bruxelles. Les mécanismes interinstitutionnels, notamment le Conseil affaires générales ou la procédure de codécision entre la Commission et le Parlement⁵⁷⁹, transforment l'élaboration de la norme communautaire en un système donnant-donnant, où les vingt-sept États membres troquent en permanence des concessions réciproques pour parvenir à des compromis acceptables. La négociation de la directive Bolkestein, devenue directive sur les services, illustre ce processus de décision qui fait de la norme unilatérale l'aboutissement de compromis successifs. Cette culture de compromis entre les États et ce processus permanent de négociation fonctionnent en réalité à deux niveaux : entre les États membres mais aussi entre les institutions de l'Union (Commission, Parlement, Conseil). Seule la Cour de Luxembourg échappe à l'emprise de cette culture et à cette approche contractuelle de l'élaboration de la norme juridique.

L'application de la norme communautaire fait de même assez largement appel à une négociation permanente. Si l'Union compte 25 000 fonctionnaires, l'application de sa production normative et contractuelle repose de fait surtout sur les administrations et les juridictions des États membres. L'article 4.3 du traité de Lisbonne a consolidé l'obligation de coopération loyale et mutuelle entre

578 - COM (2001) 428 final.

579 - Rapport public du Conseil d'État, *L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?*, La Documentation française, 2007.

l'Union et les États membres dans l'application des missions découlant du traité ainsi que l'obligation pour les États membres d'exécuter les actes des institutions de l'Union. L'application de la norme communautaire dépend ainsi au quotidien de mécanismes d'information et de compromis réciproques. Et le recours par la Commission à l'action en manquement auprès de la Cour de justice sanctionne le plus souvent l'échec, en amont, du processus de négociation dans l'application de la norme communautaire.

10.1.1.2. Vers un droit européen des contrats ?

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que les autorités européennes cherchent à promouvoir l'Europe du contrat⁵⁸⁰. Dès 1989 et régulièrement depuis, **le Parlement européen souligne qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans efforts d'harmonisation du droit civil.** Après la Communication du 11 juillet 2001 de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen à propos du droit européen des contrats⁵⁸¹, un large débat s'est ouvert sur la perspective d'un rapprochement du droit des contrats au niveau communautaire. La Commission souhaitait à l'époque stimuler des investigations sur la question de savoir si le fonctionnement du marché intérieur était ou non entravé par des problèmes liés à la conclusion de contrats internationaux.

Les préoccupations de la Commission ont rencontré celles de la doctrine internationale qui milite depuis longtemps en faveur d'une harmonisation du droit des contrats au niveau européen, en particulier à travers ses efforts de codification : les Principes du droit européen des contrats élaborés depuis les années 1970 par la « Commission Lando »⁵⁸² ; les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ; ou encore l'avant-projet de code européen des contrats élaboré depuis 1990 par le « groupe de Pavie » de l'Académie des privatistes européens. Comme l'observe Bénédicte Fauvarque-Cosson⁵⁸³, ces codifications veulent faciliter le commerce international, renforcer le marché unique et constituer une sorte de « loi-modèle ». Cependant, cette harmonisation se heurte à l'absence de volonté politique de la part des États membres et au questionnement sur l'existence d'un véritable besoin en la matière.

Le 12 février 2003, la Commission a proposé un plan d'action pour le droit des contrats privilégiant non seulement l'amélioration de l'acquis communautaire, mais aussi l'amélioration d'un cadre commun de référence, qui pourrait même constituer un instrument optionnel. En 2004, lors d'une nouvelle communication,

580 - Voir l'annexe 2 sur l'historique de ces efforts.

581 - COM (2001) 398.

582 - D. Mazeaud, « Un droit européen en quête d'identité », in *Les principes du droit européen du contrat*, Dalloz, 2007, p. 2959.

583 - B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », Dalloz, 2007.

la Commission a relancé l'idée d'un cadre commun de référence (CCR)⁵⁸⁴ et proposé d'approfondir les réflexions sur l'instrument optionnel en droit européen des contrats. Le CCR, qui ne serait pas un code, fournirait « *aux législateurs européens (la Commission, le Conseil et le Parlement européen) une "boîte à outils" ou un manuel qu'ils pourraient utiliser lors de la révision de la législation existante et de l'élaboration de nouveaux instruments dans le domaine du droit des contrats* »⁵⁸⁵. **Cette boîte à outils comporterait trois tiroirs : les principes fondamentaux communs de droit des contrats, assortis de lignes directrices pour les cas où des exceptions à ces principes seraient requises ; les définitions des principaux termes juridiques abstraits ; des règles modèles distinctes selon que les contrats sont conclus entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs.**

Le 7 septembre 2006, une résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats⁵⁸⁶ a rappelé que « *l'initiative concernant le droit européen des contrats est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil* » et souligné que « *si l'objet et la forme juridique définitifs du CCR ne sont pas encore clairement établis, les travaux relatifs à ce projet devraient être exécutés de manière adéquate, en tenant compte du fait que le résultat final à long terme pourrait être un instrument contraignant* ». Et dans sa résolution du 6 décembre 2007⁵⁸⁷, le Parlement « *souligne sa conviction qu'une approche visant à mieux légiférer en ce qui concerne le CCR signifie que le CCR ne peut être limité aux questions relatives au droit des contrats des consommateurs et doit être axé sur les questions relatives au droit général des contrats* ».

Malgré ce souhait du Parlement, les travaux en cours ne devraient pas déboucher sur un règlement, la compétence de l'Union sur le fondement de l'article

584 - En pratique, l'élaboration de ce CCR a été confiée à un réseau commun pour le droit des contrats européens composé de chercheurs et de praticiens : « *un consortium de chercheurs financé dans le cadre du 6^e programme-cadre de recherche et de développement technologique a été chargé de rédiger un projet complet. Le démarrage de ces travaux fixé au début de l'année 2005 doit s'achever à la fin de l'année 2007. Trois groupes ont été retenus au titre de ce consortium, le chef de file étant le Groupe d'études sur un code civil européen dirigé par le professeur Christian Von Bar. Suit le Groupe acquis communautaire puis un troisième groupe ayant vocation à travailler sur les contrats d'assurance* », in D. Blanc, J. Deroulez, *La longue marche vers un droit européen des contrats*, Dalloz 2007. Cinq autres groupes jouent un rôle critique. Un de ceux-là est formé par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée ; il est chargé de porter un regard critique sur les Principes du droit européen du contrat, en cours de révision au sein du groupe présidé par le professeur C. Von Bar, et de travailler sur les définitions et principes fondamentaux en droit européen des contrats. Ses travaux, d'une très grande qualité, démontrent la forte implication des juristes français dans cette réflexion. Les principes fondamentaux mis en évidence sont la liberté, la loyauté et la sécurité contractuelles. La remise des travaux des huit groupes a eu lieu fin 2007 et va donner lieu à une nouvelle phase de consultation. Sur le résultat de ces travaux, voir *Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu*, Droit et patrimoine, dossier spécial, décembre 2007, p. 39 et suiv.

585 - <http://ec.europa.eu>

586 - P6_TA (2006) 0352. Elle reprend d'ailleurs sur ce point la résolution du 23 mars 2006 P6_TA (2006) 0109.

587 - P6_TA (2007) 0615.



95 du TCE étant contestée et la quasi-totalité des États membres⁵⁸⁸, dont la France, n'étant pas favorables à une harmonisation du droit des contrats et du droit civil.

Dans ces conditions, le débat s'est un temps déplacé sur un autre terrain : celui de la faculté pour les parties de désigner, en tant que droit applicable à leur contrat, autre chose qu'une loi étatique (contrat sans loi). Ainsi, la Proposition de règlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) du 15 décembre 2005⁵⁸⁹ prévoyait en son article 3 § 2 que « *Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire. Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement* ». Cet article 3 § 2 a cependant été supprimé en première lecture par le Parlement le 29 novembre 2007⁵⁹⁰ suite à un accord négocié avec le Conseil.

Le projet définitif de CCR doit être remis par les chercheurs à la fin de l'année 2008. Il était à l'origine prévu que la Commission adopterait le CCR en 2009, avant sa publication au *JOUE*. En principe, ce calendrier reste tenable puisque les travaux des universitaires réunis dans le réseau commun⁵⁹¹ ont été remis fin 2007 à la Commission et en janvier 2008 au Parlement européen. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle adoption s'ensuivra, faute de volonté politique forte.

Un droit européen des contrats est donc en gestation sous l'influence de la doctrine, relayée par les institutions européennes. L'exercice s'avère difficile car il suppose de « *définir le fonds commun de valeurs sur lequel se sont bâtis les différents droits civils* ». Il témoigne de ce « *métissage juridique, cette hybridation progressive et réfléchie* »⁵⁹² vers, sinon une unification, au moins une harmonisation des droits des contrats.

Dans l'attente de cette échéance encore lointaine, plusieurs États membres s'emploient à moderniser leur droit des contrats ou leur code civil. L'Allemagne l'a fait en 2002 pour son droit des obligations à l'occasion de la transposition d'une directive et les Pays-Bas ont refondu leur code civil. Comparativement, la France apparaît en retard⁵⁹³. Toutefois, un projet de réforme est actuellement en cours à la Chancellerie. Il s'appuie sur un avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé et publié à l'initiative du professeur Pierre Catala⁵⁹⁴.

588 - La compétence de la Commission, sur la base de l'article 153, n'étant en revanche guère contestable en ce qui concerne le droit de la consommation, on comprend mieux que ses efforts se soient finalement portés en 2005 sur ce domaine prioritaire en vue d'élaborer une législation harmonisée (cf. annexe 2).

589 - COM (2005) 650 final.

590 - P6_TA (2007) 0560.

591 - Désigné sous le vocable « CoPECL network ».

592 - *Ibid.*

593 - Son droit des obligations paraît vieilli, vu de l'étranger. En particulier la notion de cause du contrat, très datée, n'a guère d'équivalent à l'étranger.

594 - La Documentation française, 2005.



10.1.1.3. Liberté contractuelle et disciplines du marché unique

Sans attendre ce droit européen des contrats, des directives, des règlements et la jurisprudence de la CJCE ont fait émerger de nouvelles règles, destinées à protéger les cocontractants de l'administration, qui encadrent désormais très strictement les contrats passés par les personnes publiques ou assimilées. **Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité**, notamment entre les entreprises des États membres de l'Union européenne, **a ainsi conduit à la définition de règles communautaires de transparence** dans diverses directives relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures ou de services⁵⁹⁵. Car l'Union est partie d'une situation préexistante de cloisonnement des marchés en ce qui concerne l'accès à la commande publique et du présupposé, souvent vérifié, selon lequel toute réglementation nationale tend à reconnaître une préférence aux entreprises nationales ou locales⁵⁹⁶.

Ces règles nouvelles s'appliquent aux marchés publics en vertu des directives de 2004⁵⁹⁷ et à tous les autres contrats, dont les contrats de concession ou de partenariat, en vertu de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci retient en effet à la charge des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, en se référant directement aux règles fondamentales du traité et au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, une obligation de transparence permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que ce principe est respecté pour les opérations échappant au champ d'application des directives, c'est-à-dire l'obligation de « *garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »⁵⁹⁸.

Affirmé à l'occasion d'un litige portant sur l'attribution d'une concession, le principe de transparence, qui implique une procédure plus légère que celle prévue par les directives « marchés publics » de 2004, a été étendu par la Cour à tout contrat passé par une collectivité publique et susceptible d'exercer une

595 - « La portée des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le droit de la commande publique », in *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, La Documentation française, p. 281.

596 - Les acheteurs publics sont donc supposés ne pas obéir seulement à la rationalité économique dans leur acte d'achat et perturber le fonctionnement normal du marché en poursuivant à travers lui d'autres buts. Par exemple la Commission s'oppose aux autorités espagnoles sur la préférence nationale pratiquée dans les achats des communautés autonomes.

597 - Sur leur définition et leur objet, se reporter au 7.4.1.2 et au 13.3.1.6.

598 - CJCE, affaire C-324/98, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Teefonadress GmbH* ; AJDA, 2001, p. 106, note L. Richer pour une DSP. La méconnaissance de ce principe, lorsqu'elle est constatée par la Cour, peut conduire l'État membre, en fonction des circonstances de l'espèce (contrat de longue durée permettant au manquement de perdurer longtemps), à annuler le contrat irrégulièrement passé, sans qu'il puisse se prévaloir de son organisation fédérale ou de son droit civil interne (Le recours en manquement pour violation du droit communautaire des marchés publics, conclusions sur CJCE, affaire C-503/04, 18 juillet 2007, *Commission c/ RFA* et note P. Delvolvé, AJDA, 2007, p. 958 qui interprète l'arrêt comme obligeant nécessairement cet État à annuler le contrat irrégulièrement passé). Pour une application de la notion de pouvoir adjudicateur en application de la jurisprudence *Telaustria* aux sociétés d'autoroute selon que leur capital est ou non majoritairement détenu par l'État, voir l'avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002 (Rapport public 2003, p. 201).

influence sur le commerce intracommunautaire⁵⁹⁹. La CJCE admet néanmoins des exceptions à ce principe pour les « services non prioritaires » lorsqu'il n'est pas démontré que leur attribution présente un intérêt transfrontalier⁶⁰⁰. Sa récente décision *Commission c/ Irlande* étend et limite à la fois la jurisprudence *Telaustria* : si le marché non prioritaire au sens de l'annexe I B de la directive 92/50 du 18 juin 1992 présente un intérêt transfrontalier malgré l'affirmation en sens contraire de l'État membre, le principe de transparence issu de la jurisprudence *Telaustria* reçoit application à ce marché inclus dans le champ d'application de la directive et implique une publicité préalable adéquate pour l'avis relatif à ce marché ; en l'absence d'intérêt transfrontalier, la procédure prévue par les directives suffit et la jurisprudence *Telaustria* ne s'applique pas.

Le principe de transparence est donc susceptible de s'appliquer à un contrat d'aménagement et peut-être un jour à un contrat d'occupation du domaine public⁶⁰¹. Il s'appliquera aussi, en vertu du décret du 19 septembre 2007, à la sélection par l'État des organismes qui seront habilités à bénéficier de la participation de l'État au financement des régimes complémentaires de protection sociale de ses propres agents. Autrefois versée sous forme de subventions aux mutuelles de la fonction publique retenues sans consultation préalable, cette

599 - CJCE, affaire C-231/03, 21 juillet 2005, *Coname*, CP-ACC p. 2005, n° 50 note L. Richer pour une concession ; BJDCEP, 2005, n° 443, p. 446, concl. Stix-Hackl, *AJDA*, 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; CJCE, affaire C-264/03, 20 octobre 2005, *Commission c/ France*, pour un marché public ne relevant pas des directives communautaires, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *AJDA*, 2006, p. 247. La CJCE admet néanmoins des exceptions pour les « services non prioritaires » lorsqu'il n'est pas démontré que leur attribution présente un intérêt transfrontalier (CJCE, affaire C-507/03, Grande chambre, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, Chronique de jurisprudence communautaire, Marchés publics, *AJDA*, 2007, p. 2254).

600 - CJCE, affaire C-507/03, Grande chambre, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, Chronique de jurisprudence communautaire, Marchés publics, *AJDA*, 2007, p. 2254.

601 - La question de l'application du principe de transparence en vertu de la jurisprudence *Telaustria* à la passation d'un bail emphytéotique administratif et plus généralement d'un contrat d'occupation du domaine public n'a pas encore été formellement tranchée (voir en ce sens les conclusions D. Casas sous CE, Ass., 4 novembre 2005, *Soc. Jean-Claude Decaux*, rec. p. 476 et le considérant 24 de l'exposé des motifs de la directive 2004/18 du 31 mars 2004). La CJCE a seulement jugé qu'une concession d'utilisation d'un bien domanial était une « location de biens immeubles » au regard de la TVA (CJCE, affaire C-174/06, *Ministero delle Finanze-Ufficio IVA di Milano contre CO. GE. P Srl*, 25 octobre 2007). Elle n'est en tout cas pas imposée par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. La réponse à cette question en droit national ne semble toutefois pas incomber au législateur, qui n'a d'ailleurs prévu aucune règle de procédure ou de publicité dans la loi du 5 janvier 1998 autorisant les collectivités territoriales à conclure des BEA sur leur domaine public, mais au pouvoir réglementaire (Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 se prononçant sur la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure) : « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'État soient définies par la loi ; que la question de savoir si le choix du cocontractant de l'État devra ou non être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence relève du décret en Conseil d'État (...) sous le contrôle de la juridiction administrative ». De fait, « la mise en concurrence des candidats à l'occupation du domaine public n'est pas de règle et ne résulte d'aucune exigence constitutionnelle » (Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13, Jurisprudence, décision n° 2002-460 DC ; voir aussi Y. Gaudemet, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, p. 91 et suiv. à propos de cette même décision). Mais la question de la compatibilité de cette solution avec la jurisprudence *Telaustria* demeure ouverte.

participation sera désormais versée à des organismes sélectionnés après mise en concurrence respectant, conformément à la jurisprudence *Albany* de la CJCE⁶⁰², les obligations de transparence et de non-discrimination.

Le principe de transparence ne s'applique pas en revanche lorsqu'un service de sapeurs-pompiers fournit à la population, hors marché, en application de la loi et avec ses propres moyens des transports d'urgence en ambulance⁶⁰³.

Il ne s'applique pas non plus aux prestations délivrées dans le cadre d'un marché « in house »⁶⁰⁴. Il s'agit de contrats passés avec une entité soumise de la part de l'autorité publique adjudicatrice à un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise avec cette autorité l'essentiel de son activité. La jurisprudence donne une interprétation assez restrictive de cette notion : la convention passée par deux pouvoirs adjudicateurs pour la réalisation d'un pôle de loisirs n'a pas été qualifiée de contrat « in house »⁶⁰⁵ (CJCE, 18 janvier 2007, affaire C-220/05, *Auroux*, *AJDA*, 2007.1125, chronique de E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert). Mais deux décisions récentes témoignent d'un certain assouplissement⁶⁰⁶.

Cette jurisprudence communautaire a précédé de peu la reconnaissance par le Conseil constitutionnel des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence de la commande publique (cf. 10.1.2.2). Avec une différence majeure toutefois : **pour les autorités européennes, Commission et CJCE, les**

602 - CJCE, affaire C-67/9621, septembre 1999, *Albany International BV et Stichting Bedrijfs-pensioenfonds Textielindustrie*, rec. I-5751. Si les régimes conventionnels de protection sociale complémentaire ne sont pas soumis au droit communautaire de la concurrence, les organismes d'assurance les mettant en œuvre le sont. Voir aussi sur ce point le décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 et J.-D. Dreyfus, L'appel à la concurrence en matière de subventions aux mutuelles, *AJDA*, 2007, p. 2083.

603 - CJCE, affaire n° C-532/03, 18 décembre 2007, *Commission c/ Irlande*, *AJDA*, 2007, p. 2408, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Un contrat confiant le transport d'urgence en ambulance aux pompiers de Dublin n'est pas un marché.

604 - CJCE, affaire C-107/98, 18 novembre 1999, *Teckal*, rec. I-8123 ; affaire C-94/99, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz* et affaire C-458/03, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, BJDCP, 2005, n° 443, p. 454, concl. J. Kokott, *AJDA*, 2005, p. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Voir aussi sur cette notion P. Delvolvé, « Marchés publics : des contrats-maison », *Rev. du droit de l'UE*, 2002, p. 55, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, coll. « Manuels », 4^e édition, Paris, LGDJ, 2004, n° 543 et *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 307 et suiv.

605 - La participation d'actionnaires privés au capital de l'aménageur, société d'économie mixte, excluait que la commune puisse être regardée comme exerçant sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

606 - Dans le premier cas, la CJCE a admis qu'une ville exerçait sur une société de transport public dont elle détenait la totalité du capital un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et que la ville pouvait donc lui attribuer directement le service public des transports de la ville (CJCE, 6 avril 2006, affaire C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori*). Dans le second, elle a reconnu le caractère de contrat « in house » aux marchés passés par l'État espagnol ou les communautés autonomes et une entreprise publique dont 99 % du capital était détenu par l'État et 1 % par quatre communautés autonomes. De la détention de la totalité du capital par les pouvoirs publics, pouvoirs adjudicateurs, la Cour a déduit l'exercice sur la société d'un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services (CJCE, 19 avril 2007, affaire C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, *AJDA*, 2007, p. 1125, chron. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert).



directives sur les marchés publics ont pour finalité la mise en application effective des libertés fondamentales d'entreprendre (liberté de circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation de services). La liberté contractuelle découlant uniquement de la liberté d'entreprendre, toute la problématique européenne de la liberté contractuelle a été abordée sous l'angle du Marché intérieur et de l'impact réel de la commande publique sur le fonctionnement du marché, domaine où les préoccupations de concurrence sont prédominantes. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État revêtent pour leur part, comme on va le voir, une portée plus large.

10.1.2. Les contraintes constitutionnelles

La constitutionnalisation de la liberté contractuelle a conduit à renouveler profondément l'analyse de la contractualisation et débouche sur de nouvelles contraintes pour l'administration, qui rejoignent, sans tout à fait coïncider avec elles, celles que le droit communautaire a fait prévaloir.

10.1.2.1. La liberté contractuelle, liberté constitutionnelle

Le statut de la liberté contractuelle a été constamment renforcé depuis une trentaine d'années, sous l'influence de la jurisprudence convergente du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel.

- Le Conseil d'État a tout d'abord jugé que la liberté contractuelle constituait un principe général du droit, c'est-à-dire un principe de valeur au moins législative⁶⁰⁷, aussi bien pour les personnes privées⁶⁰⁸ que pour les personnes publiques⁶⁰⁹. Il considère, de même, que la liberté contractuelle constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative sur le référé-liberté⁶¹⁰.

607 - CE, 7 février 1986, *Association FO Consommateurs*, Recueil Lebon, p. 31 ; 20 janvier 1989, *Soc. GBA Berry-Loire*, rec. p. 26 ; CE, Sect., 29 janvier 1998, *Soc. Borg Warner*, rec. p. 20, *CJEG* 1998, p. 306, concl. C. Bergeal et p. 269, étude F. Moderne.

608 - 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, rec. p. 178, *AJDA*, 1998, p. 831, concl. C. Maugué, *RFDA*, 1998.640.

609 - CE, 20 mars 2000, *Mayer et Richer*, requête n° 202295, *AJDA*, 2000, p. 756, obs. Y. Jégouzo pour les établissements publics à caractère technique, culturel et professionnel ; 15 décembre 2000, *Banque de France c/ Grosjman*, requête n° 203331. Sur la valeur de ce principe en droit administratif, voir aussi C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694 et B. Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, p. 673. Mais « l'autonomie de gestion qu'implique l'attribution de la personnalité morale à un établissement public ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire impose à l'ensemble des établissements publics de l'État d'avoir recours à des prestataires déterminés (...) de même le pouvoir réglementaire peut fixer le régime juridique des contrats administratifs passés par les établissements publics de l'État, entre eux ou avec des services de l'État, pour les besoins de leurs missions d'intérêt général » (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, rec. p. 20).

610 - Juge des référés, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, rec. p. 551.

• La liberté contractuelle s'est vue reconnaître, non sans détours⁶¹¹, une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁶¹², implicitement d'abord⁶¹³, puis explicitement⁶¹⁴. Selon sa jurisprudence, elle tire sa source de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et, pour ce qui concerne les partenaires sociaux, du Préambule de la Constitution de 1946⁶¹⁵. Le Conseil d'État s'est référé à son tour au seul article 4 de la DDHC pour fonder la liberté contractuelle⁶¹⁶.

La conception française de la liberté contractuelle et son fondement apparaissent donc sensiblement différents de ceux de l'Union européenne : alors que pour cette dernière tout part et ramène à la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire au marché, **la liberté contractuelle revêt en France une quadruple dimension : elle est inhérente à l'autonomie des collectivités territoriales (cf. 4), elle découle de la liberté individuelle et des droits naturels, civils et politiques, elle met en œuvre la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail et, dans une moindre mesure, contribue à la liberté d'entreprendre**⁶¹⁷.

La liberté contractuelle implique donc pour les personnes privées la faculté de refuser la signature d'un contrat⁶¹⁸ et celle de pouvoir rompre unilatéralement un contrat de droit privé à durée indéterminée⁶¹⁹.

611 - Dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994 (JCP 1005. II. 22404, note Y. Brussolle), le Conseil avait jugé que « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » puis dans sa décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 (RTD civ, 1998, p. 99, note M. Molfessis ; Dr. Soc., 1997, p. 416, note X. Prétot ; JCP 1997. I. p. 4039, note M. Fabre-Magnan, LPA, 17 octobre 1997, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 13 ; Dr. Soc., 1999, p. 234, obs. L. Favoreu) que si le principe de liberté contractuelle n'avait pas en lui-même valeur constitutionnelle, sa méconnaissance pouvait être invoquée « dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». La doctrine avait en revanche considéré (note 186) que la liberté contractuelle constituait une des composantes du principe de libre administration des collectivités locales (décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, RFDA, 1993, p. 903, note Pouyaud, LPA, 2 juin 1993, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 6 ; décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, RFDA, 1995, p. 876, note D. Rousseau, LPA, 20 octobre 1995, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 8).

612 - A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », RDP, 2006, p. 1569.

613 - Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

614 - Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

615 - Décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, rec. p. 35 ; décision n° 98-401 du 10 juin 1998 sur la loi Aubry I, considérant 29, RTD civ. 1998, p. 796, note N. Molfessis, LPA, 2 décembre 1998, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 18, Dr. Soc., 2000, p. 60 obs. L. Favoreu, AJDA, 1998, p. 495, obs. J.-E. Schoetl ; décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003 et n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005 qui se réfèrent aussi au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 s'agissant des conventions collectives.

616 - CE, 28 juillet 2000, *Laboratoire Paucourt et autres*, requête n° 208103.

617 - Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, rec. p. 119, considérants 21 à 27.

618 - Voir en ce sens la décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 (loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA). Le contrat d'adhésion est donc subordonné à son acceptation formelle.

619 - Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

- La liberté contractuelle étant garantie par la Constitution⁶²⁰, une loi nouvelle peut-elle modifier les contrats en cours et dans quelles conditions ?

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *qu'en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications aux contrats en cours d'exécution* »⁶²¹ et qu'« *antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens (...) du Préambule* »⁶²². Mais « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDHC de 1789* »⁶²³. En 2003, le Conseil constitutionnel a ajouté comme autre fondement à la liberté contractuelle l'article 16 de la DDHC qui, à travers la garantie des droits, renvoie à la sécurité juridique⁶²⁴, d'où l'absence de ce fondement, parfois observé par certains commentateurs lorsque la sécurité juridique n'est pas en cause⁶²⁵. L'atteinte portée par le législateur aux contrats légalement conclus doit dans tous les cas être proportionnée à la contribution que la disposition en cause apporte à la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle⁶²⁶ ou être justifiée par un

620 - Voir cependant F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? » *RFDA*, 2006, p. 2. L'auteur considère que cette reconnaissance demeure discrète et incomplète car toujours rattachée à une autre liberté constitutionnelle : la liberté d'entreprendre, la libre administration des collectivités territoriales, la libre participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail. Et elle est actuellement surtout abordée en rapport avec l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique.

621 - Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 sur la loi modifiant la loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, considérant 12.

622 - *Ibidem*, considérant 13.

623 - La décision n° 98-401 susmentionnée relève sur ce point qu'en l'espèce « *les incidences de l'entrée en vigueur des articles 1 et 3 de la loi déferée sur les contrats de travail ainsi que sur les accords collectifs en cours, lesquelles sont au demeurant inhérentes aux modifications de la législation du travail, ne sont pas de nature à porter une telle atteinte à cette exigence* ». Si la modification des contrats en cours est la règle en droit du travail (cf. en ce sens Cass. Soc., 12 juillet 2000, Bull. civ. IV, n° 278), cette solution est fréquente (décision n° 99-423 DC du 13 juin 2000) et d'application large, sous réserve de justifier d'un motif d'intérêt général (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, considérants 93 et 94). Une décision postérieure admet de même que « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDHC* » (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la loi portant création d'une CMU, considérant 19, *AJDA*, 1999, p. 700, note J.-E. Schoetl, *LPA*, 20 octobre 1999, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux, p. 23). Cette dernière décision relève également que le législateur n'ayant pas entendu exclure toute indemnisation, il n'a pas porté aux contrats en cours d'exécution une atteinte contraire, par sa gravité, aux principes posés par les articles 4 et 13 de la DDHC (*ibidem*, considérant 27).

624 - Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003.

625 - Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, rec. p. 50, considérant 23 ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, rec. p. 120, considérant 29.

626 - Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 sur la loi SRU, considérant 50.



motif d'intérêt général ⁶²⁷. Et si le législateur impose la résiliation des contrats en cours, cette exigence doit être inhérente aux modifications opérées par la loi et il doit être laissé, pour procéder à cette résiliation, un délai suffisant ⁶²⁸.

- Cette protection des contrats en cours légalement conclus vient d'être renforcée par le Conseil d'État dans deux importantes décisions. En premier lieu, la loi nouvelle ne s'appliquant pas en principe aux situations contractuelles en cours, elle doit, lorsque le législateur décide néanmoins de son application immédiate pour des raisons d'ordre public, prévoir, pour des motifs de sécurité juridique, des mesures transitoires lorsque les règles nouvelles portent une atteinte excessive aux situations en cours ⁶²⁹. En second lieu, eu égard au principe de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne doit pas être porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le Conseil d'État a, pour la première fois de son histoire, limité l'effet rétroactif qui s'attache aux changements de jurisprudence : le nouveau recours ouvert aux concurrents évincés du contrat (cf. 9.4) ne pourra être exercé, sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant le 16 juillet 2007, qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée après le 16 juillet 2007 ⁶³⁰.

Pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'État, la liberté contractuelle n'est donc pas absolue et la loi, pour des motifs d'intérêt général, peut y porter atteinte. Autre trait dominant de la période récente, **le principe de sécurité juridique a pénétré la sphère contractuelle et contribue à rapprocher le droit national du droit communautaire**, qui lui reconnaît une place primordiale.

10.1.2.2. Le libre accès à la commande publique, exigence constitutionnelle

De la jurisprudence du Conseil constitutionnel découlent des contraintes pour l'administration en matière de commande publique. Pour le Conseil en effet, le principe de transparence est un objectif économique d'intérêt général justifiant une restriction à la liberté d'entreprendre ⁶³¹.

Et le libre accès à la commande publique découle pour lui d'exigences constitutionnelles, plus précisément de trois principes : les principes d'égalité, d'égalité devant les charges publiques et de la nécessité des dépenses publiques et du consentement à ces dépenses figurant respectivement aux articles 6, 13 et 14 de

627 - Décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006, considérants 29 à 31.

628 - Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, considérants 26 à 28.

629 - CE, Ass., 24 mars 2006, *Soc. KPMG et autres*, Recueil Lebon, p. 154, *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, *AJDA*, 2006, p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica. Ph. Terneyre, « À propos de la liberté contractuelle », *AJDA*, 2007, p. 1906.

630 - CE, Ass., 16 juillet 2007, *Soc. Tropic Travaux signalisation*, requête n° 291545, *CJEG* octobre 2007, n° 646 concl. D. Casas, *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher, *D* 2007. Jur. 2500, note D. Capitant. Sur la date d'effet de ce revirement jurisprudentiel, voir aussi TA de Marseille, 20 août 2007, *AJDA*, 2007, p. 2436, « *Les juges du fond confrontés à l'application de la jurisprudence Soc. Tropic Travaux signalisation* », note J.-M. Glatt.

631 - Sur la liberté d'entreprendre, apparue pour la première fois dans la décision du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation, voir la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, rec. p. 14.



la DDHC de 1789⁶³². Si le respect de ces exigences est favorisé par les règles de publicité et de mise en concurrence, ces dernières n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle et peuvent être conciliées avec d'autres impératifs constitutionnels ou avec des objectifs d'intérêt général⁶³³.

Le principe d'égalité sous ses différentes formes a ainsi conduit le Conseil à imposer des exigences minimales de mise en concurrence pour toute commande publique. Sur ce point, exigences communautaires (cf. 10.1.1.3) et constitutionnelles convergent nettement.

10.2. Les limites de la contractualisation

Même si elle a valeur constitutionnelle, la liberté contractuelle n'est pas absolue. Le droit administratif a en effet toujours limité la place du contrat ou encadré son utilisation en fixant certaines bornes ou en imposant le respect de certains principes.

Le contrat est en effet, comme tout acte de l'administration, soumis au respect du principe d'égalité. Des domaines entiers, notamment régaliens, lui demeurent fermés. De même, sauf rare exception, le contrat ne peut pas être substitué à l'acte réglementaire pour définir les conditions d'application de la loi ni être invoqué comme écran à la mise en jeu de la responsabilité de l'État. Une autre contrainte, dont le poids va croissant, tient aux exigences des droits de la commande publique et de la concurrence.

10.2.1. Égalité devant la loi

L'éventuelle contradiction entre principe d'égalité⁶³⁴ et liberté contractuelle a été circonscrite par la jurisprudence et par la doctrine, que ce soit dans le domaine des marchés publics, de la gestion des ressources humaines, ou de l'expérimentation, si bien que **le principe d'égalité ne fait pas en lui-même obstacle au développement de la contractualisation.**

632 - Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, rec. p. 382, considérants 10 et 18, *RFDC*, 2003, p. 772, note E. Fatôme et L. Richer ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. Lichère.

633 - Le retard accumulé dans la construction d'équipements publics (justice, police et gendarmerie ; établissements pénitentiaires) ou l'urgence à rattraper un retard préjudiciable (hôpitaux ou établissements médico-sociaux...) justifient pour le Conseil constitutionnel les dérogations aux règles de la commande publique apportées par le législateur dans les trois lois soumises à sa censure (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ; décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *AJDA*, 2003, p. 1404, note J.-E. Schoettl et note E. Fatôme). Mais dans le dernier cas, celui du contrat de partenariat, il a voulu éviter « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique (...) susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique » en encadrant strictement les motifs d'intérêt général permettant de déroger au droit commun de la commande publique (cf. 1.2.2).

634 - Entendu au sens de l'arrêt de section du Conseil d'État en date du 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire* (Recueil Lebon, p. 151) qui implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13^e édition, n° 70.



En matière de commande publique, le principe d'égalité impose en revanche à la collectivité de réserver un égal accès à tous les candidats aux contrats de partenariat⁶³⁵ comme aux marchés publics⁶³⁶ ou aux délégations de service public⁶³⁷ et il contribue à ce titre au jeu de la concurrence. Il revient au juge de contrôler la légalité des critères de sélection des candidats, qui doivent être objectifs et non-discriminatoires, la norme de référence étant dans la plupart des cas le principe d'égalité devant le service public (CE, 9 mars 1960, *Massida*, rec. p. 187)⁶³⁸. Ce principe est applicable même en l'absence de procédures de passation, s'agissant des conventions d'occupation domaniale⁶³⁹ ou des délégations de service public⁶⁴⁰.

En matière de gestion de personnel, où le contrat peut induire une rupture de l'égalité réelle entre agents titulaires et agents non-titulaires, il n'existe pas, selon le Conseil d'État, de principe d'égalité entre fonctionnaires et agents contractuels⁶⁴¹.

10.2.2. Les fonctions de souveraineté (police, justice...)

La contractualisation, qui est « dans l'air du temps »⁶⁴², tente de pénétrer les fonctions régaliennes de l'État et se développe aussi dans ce qu'à la suite de la CEDH on appelle la matière pénale. Il ne peut cependant en aller ainsi au-delà de certaines limites.

• **Les tâches inhérentes à l'exercice de ses missions de souveraineté par l'État ne peuvent pas être déléguées par contrat**, par exemple celles qui

635 - En vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales.

636 - Conformément à l'article 1^{er} du code des marchés publics qui dispose que « *Les marchés publics et les accords-cadres respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* »

637 - Un bel exemple d'application de ce principe est donné par un arrêt (CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate*, rec. p. 138, *AJDA*, 2006, p. 751, note J.-D. Dreyfus) qui oblige le ministre de l'intérieur et, à sa suite, une commune souhaitant conclure une DSP pour l'exploitation d'un casino à ne pas favoriser le candidat sortant en ne donnant au candidat entrant qu'une autorisation initiale portant sur les seuls jeux de tables, l'autorisation d'exploiter des machines à sous n'étant accordée qu'à l'issue d'une période probatoire d'un an.

638 - Cette décision a été rendue avant la publication du code des marchés publics en 1964. Voir aussi sur ce point L. Richer, « Droit des contrats administratifs », 3^e édition, Paris, *LGDJ*, 2002, p. 374. Sur cette base est par exemple censurée la subordination de l'attribution du marché au caractère local de l'entreprise (CE, 29 juillet 1994, *Commune de Vintenc-en-Minervois*, rec. tab. 767).

639 - CE, 21 juin 1996, *Commune de Villefranche-sur-Saône*, requête n° 128984.

640 - TA Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, Spie Batignolles, Quillery, Spie Citra*, Recueil Lebon, p. 710.

641 - CE, 11 janvier 1980, *Delaunay*, rec. t. p. 585 ; Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État, 30 janvier 1997, Rapport public 1998, p. 185 et *AJFP*, 1997, n° 3, p. 50.

642 - Ch. Jarrosson, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », P. Couvrat, « Contractualisation en matière pénale, en général », in *Réforme de la Justice. Réforme de l'État*, sous la direction de L. Cadiet et L. Richer, Paris, PU, 2003. C. Teitgen-Colli, « La contractualisation de la répression », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), « Contrat ou institution : un enjeu de société », *LGDJ*, coll. « Systèmes », 2004.

concernent la police des étrangers⁶⁴³, la surveillance des détenus⁶⁴⁴ ou les mesures de contrôle judiciaire⁶⁴⁵. Tel est le sens de plusieurs décisions récentes du Conseil constitutionnel.

Les décisions du Conseil d'État vont dans le même sens. Ainsi les autorités détentrices d'un pouvoir de police, général ou spécial, ne peuvent qu'édicter des règlements et prendre des décisions unilatérales⁶⁴⁶. Plus généralement, en raison du principe d'indisponibilité des compétences dévolues aux collectivités publiques, « *sont nulles ou en tout cas sans effet les conventions relatives à l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale* »⁶⁴⁷. Il en résulte l'interdiction de transférer à un tiers le pouvoir de décision⁶⁴⁸, celle de prendre un engagement sur une décision à venir⁶⁴⁹ ou de substituer le contrat à l'acte unilatéral⁶⁵⁰. Cette jurisprudence s'étend, au-delà des seuls pouvoirs de police, à de nombreuses autres manifestations du pouvoir régalien comme la délimitation du domaine public (20 juin 1975, *Leverrier*, Recueil Lebon, p. 382)⁶⁵¹.

Cependant, le contrat reste concevable entre autorités chargées de la police pour en organiser les opérations matérielles ainsi que le prévoit par exemple l'article L. 2212-6 du code général des collectivités territoriales : une convention doit être conclue entre le maire de la commune et le préfet dès lors qu'un service de police municipale comporte au moins cinq emplois d'agents de police.

Malgré l'interdiction faite à l'État de déléguer les tâches inhérentes à ses missions de souveraineté, la frontière entre ce qui est déléguable et ce qui ne l'est pas évolue à l'heure actuelle dans le sens d'une extension du domaine susceptible d'être délégué. Des tâches qu'il était inconcevable de déléguer il y a

643 - Décision n° 1992-307 DC du 25 février 1992, rec. p. 48, *RFDA*, 1992, 187, note B. Genevois.

644 - Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, considérant 8. Voir aussi la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 qui interdit la délégation des fonctions de la surveillance.

645 - *Ibid.* considérant 87 qui distingue les prestations techniques de surveillance électronique des fonctions de souveraineté.

646 - CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Recueil Lebon, p. 595, DP 1932, 3, p. 26, concl. Josse ; 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*, Recueil Lebon, p. 675 ; 1^{er} avril 1994, *Ville de Menton*, Recueil Lebon, p. 176 ; 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt, Dr. Adm.* 1988, n° 44 ; 19 décembre 2007, *Société Sogepar-CGST, AJDA*, 2008, p. 419, note M. Dreiffuss. Voir aussi A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, « *Traité des contrats administratifs* », 2^e édition, 1983, n° 24 et suiv., p. 44 et suiv. ; L. Richer, « *Droit des contrats, Le contrat dans l'action administrative* », *LGDJ*, 1996, p. 97 et suiv., L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, p. 48, J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, AJDA*, 1965, p. 3.

647 - L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, p. 48.

648 - CE, 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, rec. p. 392 ; 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, rec. tp. 706, pour l'impossibilité de confier par contrat la surveillance des voies publiques à une société de gardiennage.

649 - CE, 23 janvier 1981, *Siméon, AJDA*, 1981.

650 - CE, Sect., 9 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Recueil Lebon, p. 22, *AJDA*, 1979, p. 37 concl. R. Denoix de Saint Marc ; 17 mars 1989, *Syndicat des psychiatres français, AJDA*, 1989, p. 407.

651 - Pour un recensement de ces domaines, voir l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 7 octobre 1986 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 1^{re} édition, 1997, n° 24, p. 245, 2^e édition, 2002, n° 32, p. 333). Le terme de contractualisation est inapproprié ici puisqu'il s'agit essentiellement d'une négociation (cf. 7.4.2.2) et non d'un contrat à proprement parler.



peu encore le sont aujourd'hui. En matière militaire, par exemple, le souci des armées professionnalisées d'aligner le maximum de combattants lors des conflits a conduit ces dernières à externaliser de nombreuses tâches logistiques (approvisionnement et transport des forces, entretien du matériel...). Les Anglais et les Américains sont allés très loin en ce sens, par exemple en confiant, avec les inconvénients que l'on sait, la surveillance des prisonniers de guerre irakiens à des entreprises privées. Au Royaume-Uni, il est possible de déléguer la surveillance des prisonniers dans les prisons, seule la supervision restant du ressort de l'autorité publique.

Au vu de ces évolutions, les lignes de partage dégagées dans le passé⁶⁵² seront sans doute plus souples demain, en particulier si l'État et les collectivités territoriales souhaitent développer le contrat de partenariat : par exemple, imposera-t-on toujours la surveillance des élèves prenant leur repas à la cantine par des agents du service public alors que la préparation des repas sera sous-traitée à une entreprise de restauration ? De même certaines juridictions administratives continueront-elles à censurer des décisions de communes ayant délégué la surveillance d'une piscine municipale. La délimitation entre ce qui est déléguable et qui ne l'est pas devra mieux prendre en considération les apports des technologies de l'information et de la communication ainsi que les savoir-faire privés en matière de prestation de service pour adopter une conception plus souple et plus réaliste de la délégation en ce qui concerne les opérations de contrôle, l'administration conservant naturellement le pouvoir de supervision et de décision, et plus généralement le monopole de la contrainte organisée.

- S'agissant du pouvoir de sanction, celui-ci incombe à l'autorité judiciaire, seule détentrice du droit de punir⁶⁵³ mais la contractualisation est une pratique ancienne en matière de procédure pénale⁶⁵⁴ et d'engagement des poursuites⁶⁵⁵. Les administrations fiscale, des douanes, des eaux et forêts, de l'environnement⁶⁵⁶, de l'aviation civile ou la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en matière de répression des fraudes, dotées d'un pouvoir de poursuite des contraventions et délits, peuvent mettre fin aux poursuites en offrant, avant que celles-ci ne soient enga-

652 - Un avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986 (cité dans la circulaire du 7 août relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, mentionnée dans la note 27) interdit aux communes de confier la surveillance des élèves à la cantine à des tiers car elle relève du service de l'enseignement public, alors même qu'une commune peut déléguer à un tiers la préparation et la fourniture des repas (TC, 17 février 1997, *Assoc. du foyer des jeunes travailleurs c/ Soc. Les Repas Parisiens*, *La Gazette du Palais*, 1997, p. 2, p. 120. M. Long, « Le service public de la restauration scolaire », *Dr. Adm.*, 1998, chron. n° 21).

653 - La justice pénale est, pour la doctrine, une justice imposée : Fr. Tulkens et M. van de Kerchove, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

654 - Selon L. Cadiet, il faut distinguer le contrat comme technique de gestion de la procédure et le contrat comme mode de solution du litige : « Les jeux du contrat et du procès », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999.

655 - Article 6 du code de procédure pénale.

656 - A. Supiot, « Recherche sur l'application des textes relatifs à la pollution de l'eau d'origine industrielle », *La semaine juridique*, 1975, I, p. 2692, n° 12.

gées, une transaction au prévenu, qui doit être homologuée par le procureur⁶⁵⁷. Les lois n°2006-396 du 31 mars 2006, n°2005-882 du 2 août 2005, l'ordonnance n°2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 et la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 ont étendu ce pouvoir de transaction⁶⁵⁸ à des autorités administratives, le maire dans le premier cas pour toute atteinte aux biens de la commune⁶⁵⁹ et la DGC-CRF dans le second en matière de consommation ou de contravention au code de commerce, qui ne disposaient pas sur ces points du pouvoir d'engager des poursuites.

L'introduction d'une procédure d'injonction pénale a, dans un premier temps, été censurée par le Conseil constitutionnel⁶⁶⁰ au motif que certaines des mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pouvaient porter atteinte à la liberté individuelle et requéraient donc la décision d'une autorité de jugement et non pas simplement celle d'une autorité chargée de l'action publique. Puis la décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006⁶⁶¹ marque une inflexion en mentionnant qu'il était loisible au législateur de confier le pouvoir d'homologation de la transaction à un magistrat du parquet comme à un magistrat du siège dès lors qu'aucune mesure pouvant faire l'objet de la transaction n'était de nature à porter atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. L'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 7 juillet 2006, postérieur à la décision du Conseil constitutionnel, ajoute que l'homologation est du seul ressort d'un magistrat du siège si l'action publique a été mise en mouvement.

En juin 1999, le législateur a également introduit en droit pénal la mise en demeure comme procédure alternative aux poursuites (article 41-1 du code de procédure pénale) et surtout la composition pénale (article 41-2 du même code) qui permet au procureur, sous réserve de l'homologation par un magistrat du siège, de proposer à la personne qui reconnaît les faits une réparation sous forme d'obligation de faire⁶⁶².

657 - C. Ambroise-Casterot, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006. L'auteur y souligne l'analogie de ces différents mécanismes (transaction, composition, médiation pénales) avec le schéma d'une convention puisqu'il comporte une proposition puis une acceptation ou un refus. Mais il s'agit ici encore d'un contrat-adhésion (cf. 7.4.1.4.2).

658 - Le Conseil d'État a qualifié la transaction d'accord, celle-ci devant déterminer les réparations en nature ou en espèces assurées par l'intéressé, cet accord devant être donné librement et de manière non équivoque par l'auteur des faits (CE, Ass., *France Nature Environnement*, 7 juillet 2006, requête n° 283178).

659 - Sur sa conformité à la Constitution, voir la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, considérants 39 à 45, rec. p. 50.

660 - Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993 ; décision n° 95-360 DC du 2 février 1995.

661 - Loi pour l'égalité des chances, considérant 42.

662 - Sur l'évolution récente du droit pénal à ce sujet, voir *La dépenalisation de la vie des affaires*, rapport au garde des Sceaux, groupe de travail présidé par J.-M. Coulon, janvier 2008, p. 71-76.

Enfin la loi du 9 mars 2004 a introduit en France le « plaider coupable »⁶⁶³ ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁶⁴, inspiré du *plea bargaining*⁶⁶⁵. La procédure est applicable aux délits, hormis les délits de presse et les homicides involontaires, punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans. Le procureur de la République peut proposer à l'auteur des faits une peine d'emprisonnement dont la durée ne peut être supérieure à un an, ni excéder la moitié de la peine encourue. Et le montant de l'amende proposée ne peut être supérieur à la moitié de l'amende encourue. Cette procédure est mise en œuvre à l'initiative du parquet lors du défèrement de l'auteur, par courrier comportant une date de convocation ou sur demande de l'intéressé ou de son avocat. En cas d'homologation par le juge, l'ordonnance mentionne que l'auteur de l'infraction reconnaît les faits et accepte la peine proposée et que cette dernière est justifiée tant au regard des circonstances de l'infraction que de la personnalité de son auteur⁶⁶⁶.

La novation essentielle de ce dernier texte réside dans la possibilité donnée à l'auteur des faits de négocier non plus l'abandon des poursuites mais la qualification juridique des faits et la sanction pénale encourue. Ceci constitue pour partie une rupture avec la conception française traditionnelle

La personnalisation de la sanction, conformément au principe de proportionnalité de la peine, ne doit pas être confondue avec sa contractualisation. Si, pour faciliter sa réinsertion dans la société, l'accord de l'auteur de l'infraction est généralement indispensable en matière d'aménagement des peines ou de choix d'une alternative à la détention⁶⁶⁷, la sanction demeure un acte unilatéral émanant d'un juge : il n'existe pas d'engagement contractuel au sens civiliste du terme et le consentement de l'intéressé porte davantage sur le principe de

663 - I. Papadopoulos, *Plaider coupable. La pratique américaine*, le texte français, Paris, PUF, 2004. Le plaider coupable introduit par la loi du 9 mars 2004 suppose l'homologation en séance publique par un juge et ne laisse en principe aucune place à la négociation quant à la qualification des faits ou à la fixation de la peine mais la peine proposée par le parquet est souvent moins sévère que celle qui aurait été prononcée par un juge. S'il n'y a pas en principe de négociation de la sanction pénale, la doctrine souligne que le caractère secret des procédures transactionnelles ne permet pas de contrôler l'existence de négociations préalables en ce sens : A. de Nauw, « Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise », *Gand*, 1994. Le rapport Coulon de janvier 2008 (note 662) indique pour sa part que « *Le caractère négocié de la peine, favorisant son acceptation, et permettant d'éviter l'aléa de l'audience est très apprécié* ».

664 - Articles 495-7 à 495-16 et 520-1 du code de procédure pénale.

665 - Le *plea bargaining* permet aux États-Unis de négocier les chefs d'inculpation (*charge bargaining*) ou la peine (*sentence bargaining*). R.E. Scott et W.J. Stuntz, « Plea bargaining as contract », in *Yale Law Review*, 1992, p. 1959.

666 - La décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à cette loi reprend l'énumération de toutes ces garanties (J.-E. Schoettl, *La Gazette du Palais*, n° 102, 11 avril 2004, p. 3-26).

667 - Cet accord est en particulier indispensable au regard de la convention de l'OIT interdisant le travail forcé pour toute peine accomplie sous forme de travail d'intérêt général. De manière plus générale, la renonciation au passage devant le juge pénal pose un problème de conformité au regard de la CEDH : sa jurisprudence en la matière (depuis l'arrêt *Deweert c/ Belgique* du 27 février 1980) est analysée dans Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant - Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

l'alternative à la prison que sur la peine elle-même⁶⁶⁸. Par ailleurs, la volonté du contrevenant, qui doit résulter d'un consentement libre et éclairé, n'est pas entièrement libre : s'il exprime un refus de la peine alternative, il est frappé d'une peine privative de liberté.

Au total, la place du contrat demeure très limitée dans les matières régaliennes. Et il n'est guère souhaitable qu'elle s'y étende.

10.2.3. *Quelles mesures contractuelles d'application de la loi ?*

Dans toutes les matières, le pouvoir d'application des lois appartient au Premier ministre, titulaire du pouvoir réglementaire⁶⁶⁹. Il est cependant loisible au législateur de renvoyer au contrat aussi bien qu'au décret pour définir les conditions d'application de la loi en droit du travail (cf. 8.1.1).

Mais ce renvoi au contrat est impossible pour mettre en œuvre ou aménager un principe constitutionnel comme le droit de grève ou la liberté syndicale⁶⁷⁰. À cet égard, le Conseil a estimé que la loi ne pouvait pas renvoyer à la négociation collective pour fixer les règles de cette dernière, la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail ayant elle-même valeur constitutionnelle⁶⁷¹. Il peut en revanche renvoyer à la négociation et à l'accord collectif pour déterminer les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève⁶⁷². La loi du 21 août 2007 (cf. 1.3.1) a ainsi renvoyé à la négociation et à l'accord collectif toutes les modalités d'organisation de la continuité du service public en cas de grève dans les transports : l'organisation de la procédure de prévention des conflits, les règles d'organisation et de déroulement de la négociation, le recensement des catégories d'agents et des moyens nécessaires pour assurer la continuité du service...

Et lorsqu'il renvoie au contrat pour déterminer les conditions d'application de la loi, le législateur doit exercer sa compétence, c'est-à-dire encadrer cette délégation. Ainsi la détermination des compétences des collectivités territoriales, d'ordre public, relève de la loi et ne peut pas être modifiée par une convention⁶⁷³. En outre « *il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'elles comme chef de file sans définir les pouvoirs*

668 - M. van de Kerchove, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in *La contractualisation de la procédure normative*, Centre René Demogue de l'université de Lille 2, à paraître ; voir aussi M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001 et D. Kaminski, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la direction de F. Digneffe et Th. Moreau, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2006.

669 - Décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978 ; décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *RFDA*, 1990, p. 406, note B. Genevois.

670 - Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996.

671 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, rec. p. 91, considérant 7.

672 - Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, considérants 6 à 8.

673 - Décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983.

et les responsabilités afférents à cette fonction; que dès lors le législateur a méconnu la compétence qu'il détient des articles précités de la Constitution » (décision n°94-358 DC du 26 janvier 1995, rec. p. 183, *RFD adm.*, 1995, p. 876, note D. Rousseau et p. 946, note Y. Madiot, LPA, 20 octobre 1995, n° 126, p. 8, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux)⁶⁷⁴. Le Conseil constitutionnel censure donc l'incompétence négative du législateur qui ne saurait renvoyer à des accords contractuels les compétences que lui confère la Constitution sans encadrer cette délégation. Conformément à cette jurisprudence, le Conseil a eu l'occasion de censurer récemment une loi qui faisait mention d'un « *pacte qui unit l'outre-mer à la République* »⁶⁷⁵.

10.2.4. La responsabilité de l'État, garant de l'exécution des engagements internationaux

La mise en œuvre des engagements souscrits au plan international peut, selon de nombreux traités et notamment l'article 1^{er} de la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe, passer par plusieurs voies : la législation ou la réglementation, des conventions conclues entre employeurs ou organisations d'employeurs et de travailleurs, une combinaison de ces deux méthodes ou éventuellement par d'autres moyens. En application de la Charte, le Comité européen des droits sociaux rappelle fréquemment que l'organisation décentralisée de l'État ou l'autonomie reconnue aux partenaires sociaux en matière de législation sociale ne saurait exonérer l'État de ses responsabilités : ce dernier est garant du respect des engagements internationaux et ne peut pas s'abriter derrière la compétence exclusive des partenaires sociaux pour y échapper⁶⁷⁶. La Suède, où les partenaires sociaux disposent d'une large délégation législative en droit du travail, n'a donc pas été estimée en droit de se prévaloir de l'ampleur de cette délégation pour s'exonérer du respect des engagements découlant de la Charte.

Le droit communautaire partage la même approche : un État membre ne peut pas, selon une jurisprudence bien établie, se prévaloir de son organisation décentralisée pour tenter, par exemple, d'échapper à l'annulation d'un contrat passé en méconnaissance des dispositions communautaires applicables⁶⁷⁷.

10.2.5. Le respect des règles de la concurrence

Autre facteur de convergence entre droit national et droit communautaire⁶⁷⁸, le droit des contrats administratifs et le droit de la commande publique sont

674 - Sur le régime actuel de la fonction de chef de file, voir L. Gélion-Racinoux, « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007, p. 283.

675 - Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, rec. p. 164, *AJDA*, 2001, p. 102, note Schoettl, *RDP*, 2001, p. 247, note Luchoire.

676 - La jurisprudence de la CJCE est identique : un État membre ne peut pas exciper de son organisation interne, fédérale ou autre, pour ne pas mettre en œuvre le droit communautaire ou pour le mettre en œuvre avec retard.

677 - CJCE, 18 juillet 2007, *Commission des CE c/ RFA*, *AJDA*, 2007, p. 966, concl. point 73, et note P. Delvolvé.

678 - G. Kalffèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA*, 2007, p. 2420.

désormais imprégnés par le droit de la concurrence. L'intervention de l'administration, notamment comme acheteur ou comme opérateur économique sur les marchés, ne doit pas avoir pour effet de perturber le bon fonctionnement de ceux-ci.

- Le droit des marchés publics, qui était resté longtemps étranger au droit de la concurrence, est désormais profondément marqué par ce dernier. L'évolution aura été très rapide puisqu'elle n'a pris qu'une dizaine d'années. Plus généralement, le droit de la commande publique, en tant qu'il constitue une branche particulière du droit des contrats (cf. 7.1.1.3), est désormais largement soumis au droit de la concurrence. Certains auteurs soutiennent même que les procédures de passation des contrats de la commande publique (cf. 7.4.1.4) sont devenues à titre principal des procédures de mise en concurrence et que le droit de la commande publique tend à se réduire à une branche du droit de la concurrence⁶⁷⁹. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence, examinant les projets de réforme du code des marchés publics, a cru devoir relever que la publication *a priori* des critères de choix du bénéficiaire du contrat en vertu de l'article 53 II du code facilitait les comportements collusifs⁶⁸⁰.

Pourtant, même si le droit de la commande publique défini par le Conseil constitutionnel (cf. 10.1.2.2) fait appel à un objectif de transparence, il demeure impossible de réduire le droit de la commande publique à un simple volet du droit de la concurrence. Car ces deux droits n'ont ni le même point de départ ni le même objet et ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Le droit de la concurrence s'intéresse au comportement des opérateurs économiques sur un marché et à son bon fonctionnement. Le droit de la commande publique a, pour sa part, entre autres objets celui de garantir l'efficacité et la transparence de l'emploi des fonds publics par les collectivités publiques (cf. 7.2.2). Reste que le droit communautaire tend à mettre l'accent sur le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique et le traitement non-discriminatoire des entreprises par les personnes publiques. Les règles essentiellement procédurales définies dans les directives de 2004 visent de fait à contraindre les personnes publiques à ne pas perturber le bon fonctionnement des marchés lorsqu'elles choisissent un opérateur pour lui passer une commande ou lui confier la gestion d'un service public.

Par ailleurs, en droit communautaire, les activités exercées par une personne publique au titre de ses prérogatives de puissance publique⁶⁸¹ et les activités

679 - L. Richer, « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG*, 1989, p. 295. En Allemagne d'ailleurs, il n'existe pas de code des marchés publics et le régime de la commande publique figure dans la loi contre les restrictions de concurrence.

680 - Avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 ; avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997 ; avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000 ; avis n° 03-A-05 du 25 avril 2003. En sens inverse, dans l'affaire *Syndicat professionnel de la géomatique* (ci-dessous), le Conseil d'État a jugé que la publication par l'Institut géographique national de ses tarifs par voie électronique et leur connaissance par les autres candidats à l'attribution de marchés des collectivités territoriales ne conduiraient pas à méconnaître les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement entre les candidats dans la mesure où la directive 2003/98CE concernant la réutilisation des informations du secteur public prévoit que ces informations doivent pouvoir être délivrées selon une tarification fixée à l'avance et publiée.

681 - CJCE, 19 janvier 1994, affaire C-364/92, rec. 1994, I, p. 43.

sociales financées par des mécanismes de solidarité⁶⁸² échappent à l'application des articles du traité de Rome relatifs au droit de la concurrence. En droit national, s'agissant des règles de compétence juridictionnelle, le Tribunal des conflits distingue pour sa part les activités de production, de distribution ou de services des personnes publiques, qui sont soumises au respect du droit de la concurrence sous le contrôle du Conseil de la concurrence et du juge judiciaire, des décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, qui relèvent de la compétence du juge administratif⁶⁸³. C'est dans l'exercice de cette compétence que le juge administratif a développé sa jurisprudence⁶⁸⁴ soumettant également ces dernières décisions au droit de la concurrence tant national que communautaire.

• Finalement, qu'elles agissent dans le champ concurrentiel, comme opérateurs économiques, ou hors de ce champ, comme autorités publiques, les personnes publiques sont amenées à recourir au contrat. Ce faisant, leur action ou leurs choix (nombre d'opérateurs admis à présenter une offre, définition des critères de sélection, détermination des lots, clauses relatives à la durée du contrat...) peuvent exercer un effet sur les différents marchés concernés et il convient alors de s'assurer que ces effets n'entraînent pas d'impacts négatifs sur leur bon fonctionnement (cf. 10.1.1.3). À ce titre toutes les personnes publiques⁶⁸⁵ sont assujetties, lorsqu'elles concluent des contrats, au respect des règles du droit de la concurrence, notamment communautaire⁶⁸⁶, sous le contrôle du juge national. Ainsi, l'attribution de droits exclusifs, même si elle est peu fréquente par contrat, doit-elle respecter les dispositions de l'article 86 du TCE⁶⁸⁷ et ne pas conduire à placer un opérateur en situation d'abus automatique de sa position dominante⁶⁸⁸. De même, les conventions conclues par ces personnes doivent respecter les dispositions des articles 87 et 88 du même traité relatifs aux

682 - CJCE, 17 décembre 1993, affaires jointes C-159/91 et C-160/91, *Poucet et Pistre*, rec. 1993, I, p. 637.

683 - TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, Recueil Lebon, p. 469.

684 - CE, Sect., 3 novembre 1997, *Soc. Million et Marais*, Recueil Lebon, p. 406 ; CE, 8 novembre 2000, *Soc. Jean-Louis Bernard consultants*, Recueil Lebon, p. 492, *AJDA*, 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin, *RFDA*, 2001, p. 112, concl. Bergeal, *CJEG*, 2001, p. 58 note M. Degoffe et J.-D. Dreyfus, Rapport public 2002 du Conseil d'État, p. 262 sur la concurrence entre personnes publiques et privées en matière de soumission à des marchés publics ou à des délégations de service public ; CE, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate*, rec. p. 138, *RFDA*, 2006, p. 633, note P. Terneyre, *AJDA*, 2006, p. 751, note J.-D. Dreyfus ; CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, rec. p. 272, *RFDA*, 2006, p. 1048 concl. D. Casas, *AJDA*, 2006, p. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica sur les obligations pesant sur les personnes publiques lorsqu'elles prennent en charge une activité économique.

685 - A. Louvaris, « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, mai 2007, p. 34.

686 - F. Raynaud et P. Fombour, « Les personnes publiques, lorsqu'elles décident de contracter, sont soumises aux obligations de concurrence issues du droit communautaire », *AJDA*, 1998, p. 553.

687 - CJCE, 24 octobre 2002, affaire C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, rec. 2002, I, p. 9297, § 75 à 79.

688 - CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, rec. p. 491, *AJDA*, 1998, p. 362, concl. J.-D. Combrexelle, note B. Nouel ; CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, rec. p. 20, *AJDA*, 2007, p. 744, note S. Nicinski.

aides d'État lorsqu'elles allouent au cocontractant des contreparties, qui doivent pouvoir être comparées avec la rémunération normale d'une prestation qu'accepterait de payer un investisseur avisé en économie de marché⁶⁸⁹. Enfin, les acheteurs publics ne doivent pas eux-mêmes, à l'occasion notamment de la passation de marchés publics, encourager les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes ou abus de position dominante, ou s'en rendre coupables ou complices. À plusieurs reprises déjà, le Conseil de la concurrence a sanctionné un opérateur public pour de telles pratiques⁶⁹⁰. Les collectivités publiques ont-elles pour autant l'obligation de prévenir de tels comportements de la part des opérateurs économiques, en écartant les candidats qui y recourraient pendant les procédures de passation du contrat ? Il n'existe pas encore de jurisprudence bien établie sur ce point.

Cette jurisprudence aboutit à soumettre aux règles de la concurrence pratiquement tous les actes des collectivités publiques, dont leurs contrats, en particulier les contrats d'occupation du domaine public⁶⁹¹ et les concessions d'aménagement⁶⁹².

La consécration de la liberté contractuelle par les droits communautaire, constitutionnel et administratif a pour effet de renforcer cette liberté, au profit notamment des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et des fournisseurs de l'administration. Inversement, en soumettant les personnes publiques au respect du droit de la concurrence, ils leur imposent parallèlement de nouvelles contraintes.

11. Les expériences étrangères

Quelques pays étrangers, européens surtout, sont accoutumés à recourir plus largement que la France au contrat. Leur expérience dans quelques domaines essentiels, action administrative, fonction publique, fiscalité et relations professionnelles, éclaire utilement les évolutions survenues au cours des dernières années et permet d'orienter les propositions en vue d'un meilleur usage du contrat.

689 - CE, 27 février 2006, *Compagnie Ryanair*, rec. p. 95, *AJDA*, 2006, p. 519.

690 - Conseil de la concurrence, rapport 2003, p. 236, décision 03-D-46 du 30 septembre 2003 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes.

691 - Conseil de la concurrence, 21 octobre 2004, avis n° 04-A-19 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits. CE, Sect., 26 mars 1999, *Soc. Hertz et Soc. EDA*, rec. p. 96 et 108, concl. J.-H. Stahl, p. 98, pour le domaine aéroportuaire. « *Notre propos est simplement de vous inviter à admettre, dès lors que l'intérêt du domaine n'est pas menacé, que les candidats à une occupation privative et commerciale du domaine public puissent invoquer les règles issues du droit de la concurrence (...) Il s'agirait de s'assurer que les conditions auxquelles une telle occupation du domaine public est subordonnée ne portent pas atteinte au libre jeu de la concurrence qui ne serait pas justifiée par les impératifs de la gestion du domaine* ».

692 - CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis*, requête n° 01BX00381, *AJDA*, 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-marchés publics 2004, comm. 31, note J.-P. Pietri. Sur ce point, voir aussi le 13.3.1.

11.1. Le contrat dans l'action administrative britannique

La contractualisation est devenue, surtout depuis les années 1980 et les privatisations des ères Thatcher puis Major, un thème central pour l'organisation de l'État et la gestion des politiques publiques. Tony Blair a poursuivi ce mouvement, par exemple en multipliant les « chartes du service public » (Charte du citoyen, Charte du service des prisons...), associant objectifs et investissements supplémentaires. Les conventions conclues entre des agences et les ministères se sont aussi banalisées et la *Private Finance Initiative* a pris une grande ampleur à compter du début des années 1990.

Au Royaume-Uni, un contrat est une promesse que le droit rend exécutoire : se distinguant de la convention, la promesse, élément concret, constitue le fondement de la théorie anglaise du contrat⁶⁹³. Le contrat public n'a traditionnellement pas d'existence spécifique, étant assimilé à un lien commercial. Cette banalisation juridique du contrat public découle d'un système juridique qui, comme l'a montré précocement Dicey, traduit le lien opéré entre la conception du *rule of law* et la réticence à accepter l'existence d'un droit de la puissance publique⁶⁹⁴. La place du contentieux du contrat est également moins importante en Angleterre, où des directives du Trésor et des contrôles administratifs et politiques tels ceux exercés par la direction de l'Office national de l'audit public ou la Commission des finances de la Chambre des représentants se combinent et ne laissent qu'une place marginale au contrôle juridictionnel. Comme le précisent Patrick Birkinshaw et Emmanuel Breen⁶⁹⁵ : « *il y a quelque chose de spécifiquement britannique dans ce fait que les détails du "droit" et de la pratique des marchés publics soient contenus dans des directives administratives plutôt que dans des textes juridiques* ».

Un autre élément intéressant contribue à délimiter l'espace contractuel : une loi, le *Deregulation and contracting out Act* de 1994, définit les activités régaliennes insusceptibles de délégation et prévoit le recours, parfois obligatoire, à la comparaison des coûts économiques (« *public sector comparator*») pour retenir, entre gestion en régie et délégation, le mode optimal de gestion de certaines activités publiques.

Plus fondamentalement, le Royaume-Uni a fait de son droit des contrats un élément d'attractivité du territoire, qui renforce indirectement le poids de la City comme première place financière en Europe. Comme le déclarait Lord Falconer of Thoronton, le Lord Chancelier, en septembre 2005 lors du premier Forum de discussion sur le droit européen des contrats (cf. 10.1.1.2) : « *nous sommes les meilleurs, nous n'avons nul besoin d'un droit européen des contrats et nulle crainte à avoir car notre droit reste le plus apprécié dans les milieux d'affaires internationaux* », ajoutant que ce droit allie prévisibilité, sécurité et justice.

693 - J.-C. Montanier, *Le contrat en droit anglais*, Presses universitaires de Grenoble, 1999.

694 - J.-B. Auby, E. Breen, « Actualité du droit anglais des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 1013.

695 - P. Birkinshaw, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *RFDA*, 2006, p. 1017.



11.2. Le contrat dans la fonction publique en Europe

Au cours des dernières années, plusieurs pays européens ont profondément réformé leur régime de la fonction publique avec passage d'un régime statutaire à un régime conventionnel (Suisse), adoption d'un régime semblable à celui du droit privé (Italie en 1993 et 1997), ou d'un régime intermédiaire de droit public⁶⁹⁶.

En Suisse, lors de l'adoption en 2000 d'une nouvelle loi régissant la fonction publique fédérale, le statut de fonctionnaire titulaire a été aboli. Désormais, les personnels sont liés à l'administration par des contrats de travail individuels de droit public.

- En Italie, 85 % des agents de l'administration sont placés sous un régime de droit privé⁶⁹⁷ à la suite des réformes de l'administration italienne intervenues depuis les années 1990 dans le cadre d'un vaste programme de privatisation et de libéralisation de plusieurs secteurs. Selon une enquête de l'Institut français pour la recherche sur les administrations publiques, ce vaste programme de décentralisation et de privatisation de la fonction publique a permis de faire revenir la masse salariale des fonctionnaires de 12,8 % du PIB en 1990 à 10,5 % du PIB en 2001. Depuis 1998, tous les fonctionnaires (à l'exception des diplomates, magistrats, membres du corps préfectoral, militaires et forces de police) ont été « contractualisés » et basculés sous le même statut que les salariés du secteur privé⁶⁹⁸. Comme l'observe le professeur Enzo Balboni, ces réformes poursuivent le recul des fonctions régaliennes et débouchent sur une amplification du champ de l'administration contractuelle et du droit privé : « *Le décret n° 29 du 3 février 1993 (...) assimile presque entièrement au droit privé les rapports de travail au sein des administrations publiques. Même si les effets ne sont pas évidents pour tous, c'est une véritable révolution silencieuse qu'on vient d'opérer* »⁶⁹⁹.

- Les réformes de la fonction publique réalisées dans les pays scandinaves ont également réservé une place prépondérante aux rapports contractuels. Si la pratique de la contractualisation se trouve généralement associée à une politique de libéralisation, on observe une approche différente au Danemark : l'introduction de pratiques contractuelles dans la fonction publique s'insère dans une politique de modernisation de la gestion publique qui vise à maintenir le modèle de l'État providence et le statut de la fonction publique. Le contrat d'objectif et de performance y tient dès lors une place centrale dans les rapports entre administration centrale et agences : « *Des contrats de deux à trois ans sont conclus entre les ministères et les agences. Des contrats individuels annuels peuvent être également signés avec les directeurs des agences. Dans certaines agences,*

696 - Rapport annuel du Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, La Documentation française, 2003.

697 - Données mentionnées dans les considérations générales du Rapport public 2003.

698 - *Revue Société Civile*, n° 56, mars 2006 : <http://www.ifrap.org>

699 - E. Balboni, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Le droit administratif en Italie : transformations récentes et rapports avec le droit communautaire*, Editions L'Harmattan, 1995, Paris.



des contrats internes ont été introduits entre le niveau central et les services extérieurs et les directions régionales afin de préciser leurs relations. (...) Les premiers résultats concernant la contractualisation ont été positifs puisque les agences ont su atteindre les objectifs fixés par les contrats. »⁷⁰⁰

• Au Portugal, une réforme dite « des liens, carrières et rémunérations de l'Administration publique » suscite actuellement de grands débats dans les milieux politiques. Le contrat individuel de travail à durée déterminée y a été introduit en 1989 et le contrat à durée indéterminée par la loi n°23/2004, ce dernier constituant un régime particulier de contractualisation propre à la fonction publique. Malgré l'introduction de ces contrats, selon les données publiées en 2006 par la base de données des ressources humaines de l'administration publique⁷⁰¹, 80 % des employés possédaient encore le statut de personnes « nommées », c'est-à-dire de fonctionnaire⁷⁰². Considérant que les solutions existantes dans le domaine de l'administration publique « ne correspondent plus aux besoins d'une bonne organisation et gestion des ressources publiques, aux nouvelles exigences de la société portugaise et aux défis auxquels le pays doit faire face dans un contexte de globalisation »⁷⁰³, un projet de loi pour la réforme des régimes des liens, carrières et rémunérations de l'administration publique a été publié en 2007. Cette réforme opère un « rapprochement avec le régime de travail de droit commun », en respectant les spécificités de l'administration publique concernant la satisfaction des intérêts publics, et consacre l'existence de deux modalités d'occupation des emplois publics : le contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée et la nomination définitive ou transitoire (pour l'exercice temporaire de fonctions prévues par la loi). Selon ce projet, le régime de contrat de travail dans l'administration publique (RCTFP) est appelé à devenir la règle générale, la nomination étant réservée aux fonctions de souveraineté et d'autorité étatique. Le RCTFP s'inspire du code du travail tout en lui apportant des ajouts, modifications et dérogations. Le projet de loi a été approuvé par le Parlement et devait entrer en vigueur en janvier 2008. Le Président Cavaco Silva ayant souhaité en soumettre quelques articles à l'appréciation du Tribunal constitutionnel, ce dernier a jugé deux articles anticonstitutionnels. Le projet a été modifié par le Parlement et le texte devait entrer en vigueur en mars 2008.

11.3. Le « contrat » fiscal en Europe

Si le phénomène de la contractualisation n'est pas nouveau en matière administrative, « la nouveauté consiste à associer de plus en plus les destinataires

700 - *Revue Société Civile*, n° 7, janvier 2001.

701 - http://static.publico.clix.pt/docs/economia/BasededadosderecursohumanosdaAdministracaoPublica_Setembro_2006.pdf. L'emploi public correspondait à 13,4 % de la population active fin 2005.

702 - La « nomination » et le « contrat de travail » constituant les deux modalités possibles du lien avec la fonction publique au Portugal, cette « nomination » signifie en pratique la soumission à un régime statutaire.

703 - Exposé des motifs du projet de loi 316/2007 sur la réforme des liens, carrières et rémunérations de l'administration publique : http://www.min-financas.pt/inf_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem_vfinal.pdf

des normes à leur élaboration, en empruntant aux mécanismes de formation du contrat »⁷⁰⁴. Cette constatation vaut aussi pour le domaine fiscal.

En matière fiscale, cette association soulève des difficultés particulières compte tenu des principes qui, dans la plupart des pays, la gouvernent : le principe de l'égalité devant l'impôt et le principe de légalité de l'impôt. Tous deux interdisent que l'application de la loi dépende de la volonté des parties ou du contrat. Malgré la force que revêtent ces principes et sans les contredire, quelques procédés de négociation se sont développés dans les différents systèmes fiscaux.

L'une des pratiques suscitant le plus de débat sur la place du contrat dans la fiscalité est le « *ruling* », qui consiste, à l'image du rescrit fiscal français, à demander à l'administration de prendre une position anticipée à l'égard de l'application de la législation fiscale dans une décision qui l'engage juridiquement. Bien que cette pratique soit plutôt qualifiée par la doctrine d'acte unilatéral négocié – c'est-à-dire, précédé d'une concertation – elle représente une nette évolution dans le souci de répondre aux aspirations actuelles à la contractualisation.

Le *ruling* a conquis une place non négligeable, notamment en Belgique et aux Pays-Bas. En Belgique, les contribuables sont autorisés depuis 1993 à demander à l'administration un accord écrit et contraignant en matière d'impôts directs. En 2005, le champ du *ruling* a été considérablement élargi. Une publication du Service public fédéral belge datée de 2003 et dédiée à l'analyse du *ruling* indique cependant que la décision anticipée ne constitue pas un contrat, mais « *un cadre convenu d'exécution d'un engagement unilatéral conditionnel* » et ajoute que « *le respect des opérations décrites vaut engagement de la part de l'administration de ne pas dénoncer la décision anticipée et garantit au demandeur le droit au régime fiscal précisé dans la décision* »⁷⁰⁵. Comme le laissent entendre les observations faites par le ministre de finances belge, Didier Reynders, le *ruling* préfigure une transition vers l'adoption de véritables pratiques contractuelles car il en comporte les avantages : « *Au-delà de la sécurité juridique qu'elle procure, cette nouvelle procédure doit également permettre d'instaurer un nouveau climat fiscal par une nouvelle approche des relations entre l'État et les citoyens, de manière à rendre les contrôles moins conflictuels et plus pragmatiques, moins tracassiers et plus équitables pour les contribuables.* »⁷⁰⁶

Malgré les efforts faits en France, la longueur du délai pour obtenir une prise de position formelle sur une situation contraste avec les performances de certaines administrations fiscales étrangères. Le fisc de Grande-Bretagne s'engage par exemple à donner en deux semaines un accord de principe sur un montage fiscal concernant un investissement important. Un rapport du Sénat, soulignait ainsi : « *le rescrit n'apparaît pas encore suffisamment moderne et efficace si on le compare aux procédures analogues de ruling des administrations néerlandaise et*

704 - M. Collet, *Droit fiscal*, Éditions Thémis 2007, Paris.

705 - « Le Ruling », publication du Service public fédéral des finances, 2003 : www.abe-bao.be

706 - *Ibid.*

suisse⁷⁰⁷. Alors qu'aux Pays-Bas, un ruling peut être accordé en l'espace de 2 à 4 semaines, une demande formulée en France peut nécessiter jusqu'à 6 mois pour une validation tacite».

L'un des exemples les plus aboutis dans ce domaine est à mettre à l'actif des législations irlandaise⁷⁰⁸ ou australienne⁷⁰⁹, qui ont développé une démarche originale et innovante de négociation entre l'administration fiscale et les grandes entreprises, considérées comme véritables partenaires économiques. Dans le cadre de procédures de « *cooperative compliance* », sont instaurées des concertations bi- ou tripartite⁷¹⁰ portant notamment sur les facteurs potentiels d'insécurité juridique à l'issue desquelles sont établis des plans d'action visant à mettre le contribuable en conformité avec la législation, pour chaque impôt dû. Les contrôles fiscaux, exercés par l'administration fiscale, mais aussi de façon autonome par l'entreprise font partie intégrante du processus, l'idée étant à terme de parvenir à une autorégulation exercée par l'entreprise dans sa gestion fiscale. Par le biais d'une individualisation et d'un pragmatisme accru dans les rapports liant l'administration fiscale aux contribuables représentant un enjeu économique important, confiance légitime et sécurité juridique tendent progressivement à se superposer au principe de légalité qui fonde les relations entre administration fiscale et entreprises.

11.4. Le contrat en matière de relations professionnelles

Entre la loi – expression de la puissance étatique – et la convention collective – forme de régulation sociale émanant des partenaires sociaux – des rapports complexes se sont noués en Europe. Y prévaut une grande diversité en ce qui concerne la place respective reconnue à la loi et à la négociation collective dans les différents systèmes juridiques. Et le rôle assigné au contrat collectif dans chacun des pays est d'abord le fruit de son histoire sociale et juridique.

Ainsi, d'un pays à l'autre, les différences sont assez marquantes et entre les deux modèles extrêmes du Danemark, où les partenaires sociaux jouissent d'une liberté historique dans l'organisation du marché du travail, et celui de l'Espagne, où la loi limitait considérablement jusqu'il y a peu l'espace délégué à la convention collective, on trouve une gamme de situations intermédiaires.

- Au Danemark, la négociation collective joue un rôle central dans la définition des normes de travail, la loi n'ayant qu'un rôle résiduel. Depuis la fin du XIX^e siècle, les organisations syndicales ouvrières et patronales y signent

707 - *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, Rapport d'information n° 347 (2006-2007) de Ch. Gaudin, fait au nom de la mission commune d'information centre de décision économique, déposé le 22 juin 2007.

708 - Cf. « The Cooperative Approach to tax Compliance – Revenue working with large business », disponible sur le site <http://www.revenue.ie/services>.

709 - « Cooperative compliance, working with large business in the new tax system », disponible sur le site <http://ctsi.anu.edu.au/publications/ATOPubs/cooperative%20compliance.pdf>.

710 - Entre l'administration fiscale, l'entreprise concernée, et éventuellement ses conseillers fiscaux.

des accords réglementant les relations de travail. L'autonomie des partenaires sociaux remonte à un accord historique de 1899 qui a établi une clause de paix sociale (*fredspligt*) et énoncé le principe selon lequel les questions concernant les conditions de travail et les rémunérations doivent être résolues par la voie de la négociation. « *L'État n'intervient qu'exceptionnellement. Quelques rares lois ont été votées dans le domaine du travail, principalement pour fixer les règles de résolution des conflits et pour définir des règles légales en matière d'hygiène et de sécurité au travail. De ce fait, il n'y a pas de loi qui encadre la négociation collective ou définisse la hiérarchie des normes : ce sont les accords nationaux interprofessionnels qui ont établi des dispositions en la matière.* »⁷¹¹

Par conséquent, les partenaires sociaux ont vocation à négocier des accords dans tous les domaines et assurent leur application hors intervention étatique. Ainsi, il n'y existe pas de loi sur le salaire minimum et, jusqu'en 2001, aucune loi ne traitait de la durée de travail. Paradoxalement, l'appartenance à l'Union européenne modifie l'équilibre entre loi et accord collectif, un certain nombre de lois sociales ayant dû être adoptées pour transposer les directives européennes sous la menace d'une action en manquement de la Commission devant la Cour de justice européenne. Le modèle danois de régulation du marché du travail fait ainsi depuis peu une place plus large à la loi.⁷¹²

- La Grande-Bretagne relève également d'une tradition historique qui privilégie la négociation collective. Pendant longtemps le gouvernement a encouragé le syndicalisme et la négociation collective, évitant autant que possible toute intervention dans les relations du travail : « *Traditionnellement, la loi occupe une place limitée dans le droit du travail, les relations collectives résultant essentiellement du rapport de force entre employeur et syndicats, et les relations individuelles étant régies par les accords collectifs et par le contrat de travail, élément essentiel.* »⁷¹³

À partir de 1979, le gouvernement britannique a cherché à réduire toute forme de réglementation du travail, issue soit de la négociation collective, soit de la loi, et a privilégié l'individualisation des relations de travail. En outre, à partir de 1980, la loi a été utilisée afin de « *restaurer le jeu de la libre concurrence sur le marché du travail* » et de limiter le rôle des syndicats : « *Ainsi, entre 1980 et 1993, la loi a défini l'objet des grèves, limité les possibilités de recours à des piquets de grève (...), instauré la responsabilité civile des syndicats (...). L'affaiblissement des syndicats a naturellement entraîné le recul de la négociation collective.* »⁷¹⁴

711 - D. Christine, *L'information sur les conventions collectives au Danemark*, n° 2003, p. 087, septembre 2003 : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>

712 - Ce rapport de La Documentation française mentionne des « *évolutions récentes du droit conventionnel danois liées à la transposition des directives européennes* » et indique que cette transposition dans le droit danois « *a soulevé un certain nombre de difficultés et fait évoluer le modèle danois de régulation du marché du travail* ».

713 - Étude de la division des études de législation comparée du Service des affaires européennes du Sénat sur « *La négociation collective* » de mars 2001 : <http://www.senat.fr/lc>

714 - *Ibid.*

En 1998, rompant avec la tradition historique favorable à la négociation collective, une loi a néanmoins introduit le salaire horaire minimum. Et plusieurs lois ont dû, comme au Danemark, être édictées pour transposer des directives européennes. Malgré ces dernières évolutions, qui tendent à renforcer la place de la loi au détriment du contrat, le gouvernement semble vouloir redonner davantage de place aux syndicats et promouvoir de nouveau la négociation collective. En témoigne l'entrée en vigueur en 2001 d'une loi qui oblige l'employeur, dans les entreprises de plus de 20 salariés, à négocier sur les rémunérations, les horaires et les congés.

- L'Allemagne et les Pays-Bas illustrent la situation intermédiaire, où « *les partenaires sociaux disposent également d'un large pouvoir normatif* » mais où « *la loi encadre la négociation collective et détermine les dispositions minimales* »⁷¹⁵. Si les partenaires sociaux jouissent d'un pouvoir normatif découlant de leur autonomie, ce pouvoir reste limité et encadré par la loi et, depuis les années 1950, par la jurisprudence, qui le cantonne aux rémunérations et aux conditions de travail, considérées comme le « *noyau dur de la négociation collective* ». Les grandes réformes du marché du travail y sont plutôt l'œuvre de la loi ainsi qu'en témoignent les réformes dites Hartz I, II, III et IV même si elles associent notamment les partenaires sociaux à leur préparation. Selon une étude de l'Organisation internationale du travail⁷¹⁶, les principales sources du droit de travail allemand sont la législation fédérale, les conventions collectives, les conventions d'entreprise et la jurisprudence ; les normes minimales étant établies dans des lois isolées qui traitent de la plupart des champs couverts par le droit du travail (durée du travail, congés, protection des jeunes travailleurs, protection contre le licenciement, co-gestion...) ⁷¹⁷.

- En Espagne, la Constitution prévoit dans son article 37 que « *la loi garantira le droit à la négociation collective du travail entre les représentants des travailleurs et des chefs d'entreprise, ainsi que le caractère contraignant des accords* »⁷¹⁸. La loi 11/1994 a étendu la liste des domaines confiés aux partenaires sociaux et pouvant faire l'objet de négociations collectives⁷¹⁹. En 1997, les confédérations syndicales et patronales ont signé trois accords réformant profondément le droit et le marché du travail espagnol, ce qui traduisait aussi une volonté politique de réintégrer les partenaires sociaux dans le processus d'élaboration du droit du travail.

En définitive, les règles du marché du travail sont, dans les pays européens, petit à petit modifiées par une nouvelle articulation entre la loi et la conven-

715 - *Ibid.*

716 - <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/info/national/ger.htm>

717 - La loi ne fixe pas de salaire minimum puisque les conditions de rémunération sont en principe fixées par les partenaires sociaux.

718 - <http://www.constitucion.es> : Artículo 37. 1. « *La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.* »

719 - L'exposé des motifs de cette loi souligne le dessein de conférer tout son potentiel à la négociation collective et d'enrichir son contenu : « *El segundo gran hilo conductor de la reforma es el relativo a la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos* » (*Ley 11/1994, exposición de motivos*).

tion collective. Le droit d'origine conventionnelle s'y développe par référence à ses mérites tels que l'adaptabilité aux nouveaux enjeux économiques et aux besoins des acteurs. « *L'opposition du "tout-contractuel" au "tout-réglementaire" est cependant caricaturale; elle constitue un "faux dilemme". Plutôt que de concurrence entre la loi et le contrat, il convient de parler de complémentarité. Il existe en effet un partage de compétence entre le législateur et les partenaires sociaux, partage dont la frontière se déplace vers ces derniers* ». ⁷²⁰. Les gouvernements tendent à accroître l'autonomie conventionnelle des partenaires sociaux et le discours politique privilégie en ce moment la négociation collective.

12. Avantages et risques du recours au contrat

Une réflexion et des propositions sur la place du contrat en droit administratif ne peuvent pas faire l'économie de la réponse à cette question : dans quelles circonstances est-il plus judicieux pour l'administration, qui a le choix des moyens, de recourir au contrat plutôt qu'à l'acte administratif unilatéral tant de son point de vue que de celui de l'administré ? Au-delà de l'identification des fonctions du contrat (cf. 7.4.2.2), cette question en appelle aussitôt une autre : quels sont les avantages et les risques du recours au contrat pour les cocontractants et pour l'intérêt général ?

12.1. Des avantages nombreux et bien identifiés

Les avantages du contrat étant nombreux et davantage connus ou présents à l'esprit du public que ses risques, on les rappellera brièvement, sans que cette brièveté doive être interprétée comme dépréciative de ces avantages.

12.1.1. Une meilleure acceptabilité de la norme et la garantie de son application

La négociation du contrat permet de mettre en œuvre l'administration consultative et la politique participative qui constituent désormais des objectifs importants de l'action publique. Un consensus existe sur la **plus grande acceptabilité et la meilleure application de la norme négociée**. Ce consensus se réfère souvent, à titre d'illustration, à la norme sociale négociée.

Un ancien Premier ministre a illustré ainsi les avantages de la négociation sociale en amont de la loi : « *La bonne méthode consiste à ouvrir, avant toute annonce, des conversations parfaitement discrètes et bilatérales, syndicat par syndicat. Là, on peut espérer arriver à des conclusions communes. Après, on*

720 - Rapport sur « Les nouvelles tendances de la négociation collective » de l'École nationale d'administration : <http://www.ena.fr>



se rencontre tous ensemble pour constater que l'on est assez proches. Alors, on entérine l'accord et on valide cela par la loi »⁷²¹.

La négociation dans la fonction publique (cf. 1. 3.1) en amont de l'acte administratif unilatéral, même si elle ne débouche pas sur un accord au sens juridique du terme (cf. 9.3.1), comporte aussi des avantages bien identifiés : elle améliore le dialogue social et la prise en compte réciproque des préoccupations des partenaires sociaux ; elle permet un traitement rapide des dossiers sensibles, elle fournit un instrument de pilotage interministériel de la fonction publique⁷²².

Il en va de même pour la négociation collective dans le secteur privé : de l'avis unanime de la doctrine et des partenaires sociaux, le recours au contrat permet de conférer davantage de légitimité à la norme sociale, et de faire mieux accepter puis mieux appliquer par les employeurs, notamment les PME, les règles définies par voie de négociation. La norme négociée permet aussi dans un grand nombre de cas de mieux définir pour une période donnée le point d'équilibre entre la protection des salariés et les besoins des entreprises.

12.1.2. La mobilisation de l'expertise et une plus grande efficacité

Autre point consensuel souvent relevé, le contrat permet en amont de définir des normes et en aval de conduire une action publique plus efficace.

- Un danger guette en effet en permanence l'État, qui dispose pourtant d'un réservoir de connaissances, d'études et d'expertise sans équivalent dans la société : s'imaginer qu'il possède à lui seul et par avance la réponse à toutes les demandes sociales qui lui sont adressées et à tous les problèmes. Or l'État est menacé de cécité dans un nombre élevé de domaines (l'entreprise et ses pratiques...) ou de sujets (l'exclusion, l'animation des territoires...), pour lesquels il a besoin d'une expertise externe en vue d'élaborer la norme ou d'appliquer des politiques publiques. Le contrat permet de la mobiliser au-delà de la sphère publique.

Ainsi en matière sociale, les partenaires sociaux sont-ils mieux à même de définir des catégories juridiques opérationnelles⁷²³. Ou en matière médico-sociale, de services à la personne ou d'éducation populaire et de culture, ce sont souvent les associations gestionnaires qui inventent de nouveaux modes opératoires ou de nouveaux services et qui apportent leur savoir-faire aux collectivités publiques, sous couvert du contrat.

Un raisonnement analogue vaut en matière de répression pénale et d'efficacité de la sanction économique. Les modes alternatifs de règlement de conflits nés d'infractions pénales évitent, grâce à leur rapidité et à l'acceptation de la sanction, le

721 - M. Rocard, « Interview », *La Croix*, 15 novembre 2007.

722 - M. Pochard, « La négociation interministérielle, une nouvelle voie pour le dialogue social ? », *Revue française de science administrative*, 1997, p. 653 et suiv.

723 - Ce sont par exemple les partenaires sociaux qui ont défini en 1969-1970 les catégories applicables au droit du licenciement économique et en 1982 les différentes aides au reclassement.



double écueil de l'engorgement des tribunaux et de l'impunité⁷²⁴. De même, les spécialistes du droit de la concurrence soulignent volontiers que les trois procédures de clémence, de non-contestation des griefs et d'engagement (cf. 3.1.4.3) améliorent l'efficacité de l'intervention de l'autorité de régulation lorsque la dissuasion n'a pas fonctionné sur un marché⁷²⁵ et que des sanctions économiques conçues avec les professionnels eux-mêmes ont de plus fortes chances d'être appliquées. Pour que les engagements souscrits soient efficaces, le Conseil de la concurrence a en effet besoin de la coopération des entreprises intéressées et des opérateurs du secteur appelés à fournir sur le site du Conseil leurs commentaires sur les tests de marché et mesures réparatrices envisagées⁷²⁶. Cette mise en cause des tiers permet également de bien calibrer la mesure et d'assurer le respect du principe de proportionnalité⁷²⁷, toutes choses qu'il ne parviendrait pas à faire aussi bien seul.

- Il en va de même pour l'action publique négociée. Malgré la complexité du système contractuel prévalant en matière d'aménagement du territoire, une valeur ajoutée est reconnue au contrat, notamment au CPER. Elle réside dans le dialogue et la négociation qu'il provoque, en amont de sa signature, entre élus et société civile ainsi qu'entre élus et partenaires financiers. L'élaboration du contrat donne lieu à une véritable négociation entre parties placées sur un pied d'égalité, et même à de véritables pressions réciproques, preuve d'une réelle négociation. L'État menace de ne réaliser aucun des grands équipements dont il a la responsabilité (autoroutes et routes nationales, lignes de train à grande vitesse, universités...) si les régions et les départements ne prennent pas part au financement⁷²⁸, tandis que les régions et les départements font valoir les mérites de réalisations que l'État n'avait aucunement l'intention de retenir⁷²⁹. Le contrat de plan joue de ce fait un rôle d'accélérateur dans la réalisation des grands investissements. Son élaboration oblige la région à formaliser sa vision globale à moyen terme, à afficher et négocier des priorités cohérentes et à déterminer les montants financiers qu'elle est prête à investir. La négociation permet aussi à l'État de vérifier que les grands projets d'infrastructure répondent à un intérêt économique et social territorial : lorsqu'une collectivité accepte de financer, c'est en principe la preuve que le projet répond à un réel besoin local. Cette valeur ajoutée du contrat continue à produire ses effets après sa signature : il garantit la

724 - P. Couvrat, « Composition et médiation pénales », in *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 188.

725 - Pour une raison identique d'efficacité et de rapidité de la sanction, l'Autorité des marchés financiers (AMF) souhaite être dotée d'un pouvoir de transaction en matière de sanctions financières.

726 - Voir par exemple, pour l'accès direct des Messageries lyonnaises de presse (MLP) au logiciel « Presse 2000 » des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP), le communiqué du 18 décembre décrivant ces engagements minutieux et le texte de la proposition d'engagements (http://www.conseil-concurrence.fr/doc/prop_enga_nmpp_nov07.pdf).

727 - Il en découle une obligation procédurale de mise en cause des tiers concernés par les engagements. Une décision remarquée du TPI a annulé une décision d'acceptation d'engagements aux effets disproportionnés pour une entreprise directement impactée et qui n'avait pas été consultée par la Commission (TPICE, 11 juillet 2007, *Alrosa Company Ltd c/ Commission*, affaire T-170/06).

728 - La pression exercée par l'État autour du plan Université 2000 est restée présente dans toutes les mémoires.

729 - Par exemple la ligne de TGV Est ou l'université de Saint-Quentin-en-Yvelines.



coordination et le cofinancement des actions qu'il prévoit⁷³⁰. Il permet de ce point de vue aux parties et aux financeurs d'optimiser de concert et dans la durée l'investissement public et de fournir de la visibilité aux acteurs économiques.

12.1.3. La promotion de la responsabilité et d'un meilleur partage des risques

Un autre avantage du contrat, qui découle de sa nature et qui représente aussi un idéal à atteindre, est de **favoriser la responsabilisation des cocontractants**. Projets de services et contrats de performance présentent ainsi plusieurs vertus : obliger l'État ou le responsable d'une administration à formuler ce qu'il souhaite et à exercer la fonction de pilotage ; négocier ces objectifs avec les subordonnés ; donner du contenu aux projets...

Il permet par la même occasion de clarifier la répartition des risques et d'introduire davantage de prévisibilité dans les relations sociales. C'est d'ailleurs en fonction de ce dernier critère qu'il est recommandé aux collectivités publiques de choisir, dans le large éventail des solutions possibles (régie directe, délégation de service public...), la « bonne » formule de gestion contractuelle (cf. 1.2.1 pour la DSP dont la définition implique que le délégataire assume substantiellement le risque financier de l'exploitation). La CJCE prend, on l'a souligné, en compte ce critère pour déterminer si elle se trouve en présence d'un marché public ou d'un contrat d'une autre nature (cf. 13.3.1) : elle vient de juger que la rémunération par des tiers ne suffit pas à transférer le risque économique au cocontractant⁷³¹ (CJCE, affaire C-220/05, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, rec. CJCE I.389 ; BJCP 2007, p. 184, concl. J. Kokott, *AJDA*, 2007, p. 167).

Dans le passé, le régime des marchés publics (cf. 7.2.2) a surtout contribué à délimiter avec précision les responsabilités du fournisseur et de l'acheteur et donc à répartir le poids des aléas de la commande publique. Aujourd'hui, cet objectif semble passé au second plan : l'ouverture à la concurrence et la bonne utilisation des deniers publics l'emportent.

La focalisation sur la répartition du risque reste en revanche centrale pour la conclusion du contrat de partenariat (cf. 7.2.1). Reposant sur une matrice des risques portant sur tous les volets de la mission confiée au partenaire, ce partage, discuté lors de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif, permet de vérifier l'équilibre économique et financier du contrat en combinant l'allocation de risques à la charge du partenaire, de la personne publique et à la charge conjointe des deux parties, que ce soit en amont, au cours ou en aval de la réalisation du projet⁷³². De cet équilibre dépendent à la fois la stabilité juridique et l'optimisation des coûts du projet. Pour les partenaires privés, ce contrat permet

730 - Voir en ce sens l'étude *Ernst & Young*, commanditée par la DIACT (*AJDA*, 2007, p. 2285).

731 - La législation et la jurisprudence française admettent ce transfert s'agissant des délégations de service public, dès lors que le financement est assuré substantiellement par les résultats de l'exploitation (cf. 1.2.2).

732 - Voir sur ce point le 2.2.3 (« Le partage des risques ») de la circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.

une optimisation des méthodes de construction, grâce à la participation de l'entreprise au projet dès sa phase de conception, en amont de celles d'exécution ou d'exploitation, et des coûts, grâce à la perception de revenus récurrents à l'occasion des prestations de maintenance. Pour les partenaires publics, il permet de recourir à des processus de construction, d'exploitation et de gestion innovants et de bénéficier, d'un point de vue financier, de l'optimisation des délais et des coûts sur toute la durée de vie de l'ouvrage, c'est-à-dire de raisonner en termes de coût de possession ⁷³³.

Il est également fréquemment avancé que l'externalisation de certaines fonctions par le recours à la commande publique permet à l'État de se concentrer sur ses missions régaliennes, c'est-à-dire sur ses responsabilités essentielles. Cet argument figurait déjà parmi les objectifs de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) et de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) des 9 septembre et 29 août 2002. La première a réformé la loi du 22 juin 1987 qui permettait à l'État de déléguer la réalisation des prisons pour se concentrer sur les missions de sécurité et surveillance des détenus assurées par l'administration pénitentiaire. La seconde a permis de confier au secteur privé la réalisation et la maintenance d'infrastructures affectées à la police ou à la gendarmerie nationale ainsi que la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur. Ces deux textes ont d'ailleurs fourni l'occasion au Conseil constitutionnel de préciser les frontières entre ce qui peut être délégué par contrat et ce qui ne peut pas l'être dans les responsabilités de l'État (cf. 10.2.2).

En résumé, le contrat permet à la puissance publique, qui n'est pas en mesure de financer toutes les demandes sociales qui lui sont adressées, d'opérer des transferts de risque ou de responsabilité et de se recentrer sur ses missions essentielles.

12.1.4. Une plus grande stabilité ?

Le contrat consolide les droits individuels et leur confère une grande stabilité. Le droit administratif comporte en effet plusieurs variétés de contrats de longue durée comme les délégations de service public, les baux emphytéotiques administratifs ou les contrats de partenariat. Ils règlent pour de longues périodes les droits respectifs des contractants et fournissent à chacun de la visibilité.

Mais le contrat procure-t-il par lui-même une stabilité plus grande que l'acte unilatéral ? Si les opinions sur la stabilité plus grande du contrat semblent convergentes, elles ne reposent pas sur des données vérifiables et incontestables.

733 - Le coût de possession consiste à calculer le coût d'investissement, d'entretien et de démolition d'un équipement sur toute sa durée de vie. Pour la Bibliothèque nationale de France, les dépenses d'investissement n'ont représenté qu'un quart du coût global du projet, les trois quarts restants étant représentés par les dépenses d'exploitation. Un contrat de partenariat, qui n'existait pas à l'époque, aurait sans doute été une formule plus appropriée pour la réalisation de l'ouvrage et la maîtrise des coûts de fonctionnement.



Les avatars successifs des contrats de plan (cf. 4.1) et des contrats d'aménagement du territoire (cf. 4.2) de même que la variation incessante des types de contrats de travail dans le secteur privé (plus d'une trentaine⁷³⁴) comme dans les trois fonctions publiques (cf. 1.3.2) constituent autant d'exemples invitant plutôt à relativiser la stabilité du contrat en matière d'aménagement du territoire ou de droit du travail. L'exemple des conventions conclues avec les professions médicales conduit à une observation identique : au-delà de leurs péripéties contentieuses (cf. 12.2.2) et de leur durée d'application limitée (huit conventions en trente-cinq ans), elles révèlent que des contrats difficilement conclus entre des parties aux intérêts opposés sont par nature instables. Compromis fragiles et rarement mis en œuvre de manière satisfaisante, ils sont remis en cause à la première occasion par l'un des signataires. Dans le même ordre d'idées, la politique contractuelle de fixation du prix du médicament (cf. 2.2.4) demeure instable, car totalement subordonnée au contrôle conjoncturel des dépenses de santé.

Une thèse plus subtile et plus stimulante est alors avancée : c'est la norme *négociée* qui est assurée d'une plus grande stabilité et d'une plus grande acceptabilité que la norme unilatérale. Deux exemples, sont souvent cités à ce propos : celui des accords de 1971 sur la formation professionnelle permanente (cf. 8.2.1) ou de 1990 sur le travail atypique (cf. 8.2.2)⁷³⁵. Ce dernier n'a pas été remis en cause avant 2002. Mais il faut, en contrepoint, observer ce qui est advenu en matière de licenciement économique collectif après l'accord national interprofessionnel d'octobre 1986 et la loi du 30 décembre 1986, avec le vote de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale puis, sa suspension du 3 janvier 2003 (cf. 8.1.2), pour reconnaître que la loi issue de l'accord négocié n'apporte pas une garantie absolue de stabilité.

Un autre exemple convaincant de stabilité de la norme négociée est donné par le droit fiscal communautaire. Alors que les règles relatives aux impôts directs

734 - Aux traditionnels CDI, CDD, CTT, contrats d'apprentissage ou contrats de chantier se sont ajoutés tous les contrats spécifiques ou aidés pour lesquels la créativité a été incessante : le contrat emploi formation en 1973, devenu le contrat en alternance, le contrat de qualification, le contrat d'orientation, le contrat d'adaptation, tous fusionnés en contrat de professionnalisation, le contrat emploi consolidé, le contrat emploi-solidarité, le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), le contrat initiative emploi (CIE), le contrat d'insertion revenu minimum d'activité (CI-RMA), le contrat d'avenir, le contrat de jeune en entreprise, le contrat d'insertion par l'activité économique, le contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS)...et plus récemment le contrat de transition professionnelle (CTP), le contrat première embauche (CPE), le contrat nouvelles embauches (CNE). Se sont également développés des contrats qui, sans être des contrats de travail *stricto sensu* , se situent à mi-chemin entre le salariat et le bénévolat, tels le contrat de solidarité internationale (loi n° 2005-159 du 23-2-2005) ou le contrat de volontariat associatif (loi n° 2006-586 du 23 mai 2006). En dépit des simplifications intervenues en 2005 et des expérimentations en cours sur la création d'un contrat unique d'insertion dans les secteurs marchand et non marchand, la créativité reste forte : un contrat senior vient d'être institué et la récente négociation sur la modernisation du marché du travail vient de retenir la création d'un contrat de projet, limité à trois ans au lieu des cinq envisagés initialement par les employeurs. Le ministre de l'intérieur, estimant inadapté le contrat de travail de droit commun pour les laïcs assumant des missions pastorales, vient d'annoncer un contrat de volontariat associatif religieux (*La Croix* , 25 janvier 2008).

735 - La législation relative aux CDD et aux contrats de travail temporaires avait été modifiée quatre fois en dix ans, en 1979, en 1982, en 1985 et en 1986. L'accord de mars 1990 l'a stabilisée, les dernières modifications en la matière étant intervenues en 2002 (loi de modernisation sociale) sur deux points limités. Son origine contractuelle lui aurait ainsi conféré une meilleure stabilité dans le temps, dans un domaine du droit en constante évolution.

et à la taxe professionnelle ne cessent pas d'être modifiées par le législateur, les règles relatives à la TVA sont caractérisées par une stabilité nettement supérieure depuis l'intervention de la sixième directive du 17 mai 1977. Comme ces règles sont négociées à l'unanimité des États membres au niveau communautaire, elles changent peu.

En définitive, s'il existe en droit administratif des contrats de longue durée assurés d'une grande stabilité, il est difficile de fournir des exemples nombreux ou significatifs de normes négociées stables et surtout d'argumenter de manière convaincante et étayée sur la stabilité comparée de l'acte unilatéral et du contrat⁷³⁶. Une hypothèse parfois avancée (cf. 2.1.4) serait que le contrat est stable quand la loi est instable et réciproquement.

Devant une telle incertitude sur cette question, le Conseil d'État invite les chercheurs et les spécialistes de toutes disciplines (droit, sciences politiques, sciences administratives, sociologues, etc.) à alimenter le débat à partir de données objectives pour l'instant indisponibles.

12.1.5. Une meilleure adaptabilité dans la durée ?

L'acte unilatéral n'a généralement pas de durée prédéterminée : il reste sauf exceptions en vigueur tant qu'il n'est pas abrogé. On prête par contraste au contrat des vertus supérieures d'adaptation, car sa durée est toujours limitée dans le temps. Il comporte d'ailleurs souvent des stipulations qui précisent ses conditions d'expiration, de renouvellement tacite ou exprès ou son remplacement. Il peut également être amendé à tout moment par avenant tout au long de sa durée de vie, sous réserve naturellement de l'accord des parties et de respecter les règles de plus en plus strictes (cf. 7.2.4) qui encadrent les avenants aux marchés publics et aux délégations de service public⁷³⁷. Bref, le contrat s'adapte par adjonctions ou touches légères et successives, tandis que l'acte unilatéral procéderait par modifications ou refontes globales.

Il en va de ces convictions comme de celles relatives à la stabilité, les deux préoccupations pouvant en outre se révéler contradictoires. La jurisprudence sur les avenants aux marchés publics et aux DSP conduit à distinguer entre les avenants prolongeant la durée du contrat, prolongation très encadrée en ce qui concerne les DSP par l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, et ceux qui bouleversent l'économie du contrat (CE, 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme*, requête n° 173025, *BJCP*, 1998, p. 37). La doctrine souligne le flou de cette dernière notion et l'insécurité juridique qui en résulte (CAA de Paris, 17 avril 2007, *Soc. Kéolis*, requête n° 06PA02278, *AJDA*, 2007, p. 1524, note A. Tassone). L'avenant au contrat ne serait donc pas aussi souple qu'on le croit et la modification d'un contrat administratif en cours d'exécution pas toujours aisée.

736 - Les conditions d'élaboration de la loi semblent évoluer, elles aussi : plus compassionnelles, elles sont négociées, en fonction des événements qui font l'actualité, entre l'opinion publique et ses représentants par sondages interposés. Et il arrive que la négociation avec les partenaires sociaux s'ouvre après son vote. Le cas du CPE illustre cette dernière situation.

737 - Ch. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, p. 694.



Il suffit de consulter la *Journal officiel* pour s'apercevoir que les actes unilatéraux font également l'objet de modifications constantes, y compris de détail très rapidement après leur publication. Le Conseil d'État s'en est d'ailleurs inquiété dans les considérations générales de son rapport 2006, déplorant l'instabilité croissante de la règle de droit unilatérale et sa refonte incessante.

On reconnaît aussi un autre avantage comparatif et peu discutable au contrat : il peut demeurer incomplet et n'est pas obligé de tout prévoir à la différence de l'acte unilatéral. Le contrat permet en effet de renvoyer à une loi supplétive, à des avenants ou à des mécanismes de concertation ou de résolution des conflits pour préciser ce qui est resté obscur ou ce qui n'a pas été explicité initialement.

Même si les jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État traquent de plus en plus les situations d'incompétence négative, il est admis depuis longtemps que le pouvoir réglementaire n'épuise pas non plus sa compétence avec l'édition du premier règlement (CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, rec. p. 913, *GAJA*, 16^e édition, n° 19, p. 119). Cet argument comparatif n'apparaît donc pas non plus décisif en faveur du contrat.

Finalement, comme sur le point précédent, il serait utile que la recherche vienne confirmer ou infirmer l'impression générale qui prévaut quant à la meilleure adaptabilité du contrat. Une autre recherche à conduire consisterait à se demander si la durée de chaque contrat est adaptée aux parties qui le signent et à son objet. Pour les DSP, la loi a directement réglé la question (cf. 7.2.4) en fixant des durées maximales et en liant la durée du contrat à la nature des investissements. La question reste ouverte pour les autres catégories de contrats.

12.1.6. L'individualisation et l'adéquation aux circonstances particulières

Un des mérites essentiels reconnus au contrat est de s'affranchir de l'uniformité découlant du principe d'égalité et de **permettre une adaptation de la norme juridique ou de l'action publique pour tenir compte des spécificités de chaque territoire, de chaque secteur économique, de chaque groupe social ou de chaque personne**. Il est pour cette raison largement utilisé comme outil de ciblage en matière de politique sociale, d'interventionnisme économique ou d'aménagement du territoire⁷³⁸.

738 - Dans sa décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a souligné ce point dans les termes suivants : « *qu'en prévoyant, dans le cadre de la législation qu'il a édictée relative à l'aménagement et au développement du territoire ainsi que de la législation relative à la politique de la ville, la passation de conventions locales et régionales destinées à tenir compte de la spécificité des situations territoriales, il (le législateur) a mis en place une procédure qui loin de méconnaître le principe d'égalité constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre ; qu'il pouvait confier au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, le soin de déterminer, dans le respect de ces législations, les zones et opérations concernées en fonction des appréciations concrètes que requiert une telle détermination* ». Dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (considérant 19), il avait jugé que « *le fait pour le législateur de subordonner l'octroi d'une autorisation à la passation d'une convention répond au souci de permettre au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter à chaque situation particulière les règles de portée générale définies par la loi du 30 septembre 1986* » et de tenir compte d'exigences de caractère évolutif.



L'exemple des engagements souscrits auprès du Conseil de la concurrence (cf. 3.1.4.3) démontre que ce dernier peut imposer les mesures techniques, financières et juridiques exactement adaptées à un secteur ou à un marché particulier.

Le même argument justifie le développement de la contractualisation en matière pénale : le consentement de l'auteur de l'infraction serait un meilleur gage de l'acceptation de la sanction, de son adéquation au cas particulier, de la réinsertion sociale de l'intéressé et de sa responsabilisation.

Le contrat d'aménagement du territoire, par la diversité infinie de ses formules, permet d'adapter les dispositifs publics généraux aux spécificités locales des différentes catégories de territoires ou de villes et d'apporter des réponses adéquates à la variété de leurs problèmes.

En matière de lutte contre l'exclusion sociale, le contrat permet de maintenir un dialogue régulier avec le bénéficiaire des prestations et de calibrer les projets de réinsertion en fonction des caractéristiques et du parcours singulier de chacun d'eux.

12.2. Les risques

Si les avantages du contrat sont nombreux et réels, ses risques, souvent moins bien identifiés, ne le sont pas moins ; ils méritent, pour cette raison, d'être soigneusement mesurés.

12.2.1. L'ambiguïté

La qualité de la norme juridique issue du contrat est controversée : négociée, elle est parfois imprécise et ambiguë sur les points les plus durs de la négociation, pour favoriser les signatures. Ce point est particulièrement souligné en ce qui concerne les conventions collectives : la norme négociée ne serait nullement synonyme de clarté et de simplicité ; elle est considérée par beaucoup comme plus complexe que la norme unilatérale, en particulier en raison de l'adjonction d'avenants successifs sans réécriture de l'ensemble de la convention. Si le juge s'efforce de dégager après-coup la volonté des parties, l'incertitude voire la confusion sur leurs intentions réelles n'est pas rare : il lui revient la tâche difficile de recoller les bonnes étiquettes sur les flacons et de donner sa portée réelle au « contrat »⁷³⁹.

Le contrat peut aussi, en matière de relations du travail, servir à occulter, tout en les validant, des rapports de force voire des manœuvres. En matière d'aménagement du territoire, il a couvert des transferts de charges et créé des dépenses obligatoires à la charge des collectivités territoriales *contra legem* (cf. 12.2.5). Il dissimule parfois, assez mal d'ailleurs, des actes de tutelle.

739 - L'exemple déjà cité du contrat d'insertion du RMI (cf. 2.3.1) illustre les ambiguïtés qui ont existé dès le stade législatif et leur amplification ultérieure.



Utilisé dans les politiques de lutte contre l'exclusion, il instituerait pour certains auteurs un contrôle social inavoué. Le contrat vise en effet à inciter des catégories sociales déterminées à adopter un comportement social jugé normal (la reprise d'un travail, la présence à l'école...) ou à adhérer à des institutions en crise (la famille, la citoyenneté...). Par exemple, le contrat de responsabilité parentale (cf. 2.3.4) viserait à contrecarrer la fragilisation de la cellule familiale et la démission des parents. Avertissement avant sanction, ce contrat participerait, selon les analyses d'une partie de la doctrine, de la multiplication des contrôles à l'égard des populations les plus fragiles.

Cet usage du contrat injonction ou sanction conduit plusieurs auteurs à dénoncer la multiplication des dispositifs de surveillance des populations marginalisées et l'imposition de normes spécifiques sous la fiction d'un contrat d'adhésion librement accepté, en fait imposé. L'asymétrie de la sanction dans ces « contrats » est d'ailleurs forte : elle pèse sur l'usager ou le cocontractant (le Rmiste, l'étranger, le chômeur, les mauvais parents...) et non sur la collectivité publique.

12.2.2. *La fragilité*

L'histoire récente de notre pays a été marquée par un nombre élevé de défauts de conception affectant des contrats trop rapidement imaginés tant par les partenaires sociaux que par le Gouvernement ou le législateur : le PARE en 2000-2001 (cf. 2.3.2) et le long contentieux des recalculés qui s'en est suivi entre 2004 et 2007⁷⁴⁰, le contrat nouvelle embauche (CNE) en août 2005 qui a été déclaré à un double titre contraire à la convention 158 de l'OIT le 15 novembre 2007 par l'organisation elle-même, le contrat première embauche (CPE) créé par la loi du 31 mars 2006, suspendu sur ce point le 10 avril 2006 et abrogé par la loi du 21 avril 2006...

Le seul coût pour l'Unedic de la réintégration des recalculés décidée par le Gouvernement a été de 2,3 milliards d'euros en 2004 et 2005. Ce chiffre illustre le prix qui peut résulter pour la collectivité de l'insécurité juridique de certains contrats⁷⁴¹.

Crédité de nombreux avantages et jouissant d'un degré élevé de confiance tant auprès législateur que des partenaires sociaux, le contrat n'apporte pas pour autant de solution miracle. Sa conformité aux engagements internationaux n'est pas toujours facile à appréhender et son application soulève souvent des problèmes qui sont rarement identifiés et anticipés. La création de nouveaux contrats devrait être bien moins fréquente, mieux réfléchie, et être précédée d'une sérieuse étude d'impact et de faisabilité.

740 - Cass. sociale, 31 janvier 2007, D. 2007, p. 1489, note P. Morvan ; « Les recalculés n'existent pas », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 17, 26 avril 2007, p. 1543.

741 - On songe notamment aux centaines de milliers de PME ayant tablé sur la solidité du CNE ou de salariés ayant été recrutés en vertu de ce contrat et encore en place fin 2007. Le projet de loi « portant modernisation du marché du travail » inclut un article requalifiant tous les CNE en cours en CDI de droit commun, disposition qui a soulevé des critiques de la part de dirigeants de PME quant à cette nouvelle rupture du contrat moral par l'État.



Trop souvent en effet les partenaires sociaux, le Gouvernement et le Parlement, du fait des ambiguïtés s'attachant à la définition et à la mise en œuvre d'un nouveau type de contrat, reportent leurs responsabilités sur le juge. C'est à lui qu'il revient en définitive de fixer le sens et la portée des textes et du contrat. Les clarifications nécessaires n'interviennent qu'à l'issue de véritables joutes judiciaires entamées à l'initiative d'organisations syndicales qui n'ont pas été entendues en amont et à qui le Gouvernement demande en parallèle de négocier de bonne foi sur d'autres dossiers. C'est ainsi que 800 litiges environ ont été portés devant les tribunaux contre le CNE avant qu'il ne soit déclaré non-conforme à la convention 158 de l'OIT par les juridictions judiciaires (dont le conseil des prud'hommes de Longjumeau le 29 avril 2006, la cour d'appel de Bordeaux le 18 juin 2007, la 18^e chambre de la cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007 et la cour d'appel de Versailles le 18 décembre 2007) et par cette organisation⁷⁴².

La responsabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi, et donc de types de contrats contraires aux engagements internationaux de la France étant désormais susceptible d'être engagée sans que les conditions de gravité et de spécialité du préjudice ne soient exigées⁷⁴³, la répétition d'un scénario tel que celui du CNE pourrait entraîner des indemnisations considérables lorsque le nombre des contrats conclus est, comme en l'espèce, très élevé et s'avérer lourde de conséquences pour les finances publiques.

Des dispositifs plus anciens ont également manifesté des signes de fragilité. L'exemple des conventions avec les professions médicales et paramédicales illustre parfaitement la **fragilité des dispositifs conventionnels, spécialement lorsqu'ils sont articulés avec la loi**. Dressant en février 1996 à l'attention du Premier ministre un premier bilan de l'application de ces conventions depuis leur mise en place en 1971, la section du rapport et des études du Conseil d'État établissait, déjà à l'époque, une liste inquiétante : annulation de trois conventions médicales⁷⁴⁴, celles de 1971, de 1983 et de 1990, et validation préventive par le législateur de celle de 1993 (article 119 de la loi n°95-116 du 4 février 1995) dont l'annulation était hautement probable, annulation de quatre conventions conclues avec les chirurgiens-dentistes (cf. 7.2.4), annulation de la convention conclue avec les pharmaciens en 1982⁷⁴⁵, annulation de la convention des directeurs de

742 - Saisi du projet d'ordonnance puis d'un recours contre l'ordonnance du 2 août 2005, le Conseil d'État avait estimé pour sa part en 2005 que l'article 2, § 2, b) de la convention n° 158 de l'OIT ouvrait une faculté de dérogation aux États parties (CE, Sect., 19 octobre 2005, rec. p. 430, *RJEP/CJEG*, 2005, p. 495, concl. contraires C. Devys, *AJDA*, 2005, 2162, chron. C. Landais et F. Lenica, *JCP*, E, 2005, p. 1652, note P. Morvan. Le dernier mot de ce long contentieux appartiendra au juge judiciaire puisque le Tribunal des conflits lui en a renvoyé le jugement (TC, 19 mars 2007, *Préfet de l'Essonne c/ Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2007, 1357, « La guerre du CNE n'est pas finie », note M. Verpeaux).

743 - CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *RFDA*, 2007, p. 361, concl. Derepas, *AJDA*, 2007, p. 585, chron. F. Lenica et J. Boucher, *RFDA*, 2007, p. 525, note D. Pouyaud, *JCP* 2007, p. 2081 et 2083, notes C. Broyelle et G. Drago, *LPA*, 2007, n° 157, p. 11, note M. Canedo-Paris, *D* 2007, p. 1214, note G. Clamour.

744 - Ce n'est évidemment pas la convention elle-même qui est annulée mais l'arrêté qui l'approuve. Cette facilité de langage permet de présenter les choses plus simplement.

745 - CE, 31 octobre 1986, *Chambre syndicale des pharmaciens de la Loire*, rec. p. 250.



laboratoires privés d'analyses médicales conclue en 1992⁷⁴⁶, annulation de l'avenant à la convention des infirmiers de 1987 et des conventions de 1992 et de 1994⁷⁴⁷, annulation de la convention des masseurs-kinésithérapeutes de 1994⁷⁴⁸. L'histoire postérieure de ces conventions reste mouvementée : annulation de l'avenant n° 1 à la convention des médecins de 1990⁷⁴⁹, annulation de la convention des orthophonistes du 6 septembre 1994⁷⁵⁰ puis de l'avenant conclu en 1999⁷⁵¹, annulation partielle d'un article de la convention des chirurgiens-dentistes du 18 avril 1997⁷⁵², annulation des conventions médicales des médecins spécialistes puis généralistes du 12 mars 1997⁷⁵³, annulation par voie de conséquence de l'avenant n° 1 à la convention des médecins généralistes du 12 mars 1997⁷⁵⁴, annulation de cinq articles du règlement conventionnel minimal en date du 13 novembre 1998 applicable aux médecins en l'absence de convention médicale⁷⁵⁵, annulation partielle de la convention médicale des médecins généralistes du 26 novembre 1998⁷⁵⁶, annulation partielle de deux avenants à la convention nationale des médecins généralistes⁷⁵⁷ de 1998 signés en 2002, annulation partielle pour rétroactivité illégale de quelques stipulations des conventions des médecins généralistes et spécialistes du 12 janvier 2005⁷⁵⁸, annulation d'un article de l'un des avenants à la convention de 2005⁷⁵⁹.

Le contrat, lorsqu'il est mal négocié ou mal agencé, est donc fragile et peut déboucher sur des situations préoccupantes de vide juridique⁷⁶⁰. La fragilité du contrat est encore accrue lorsqu'il empiète sur le domaine réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution. Une bonne partie des conventions médicales

746 - CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, rec. tp. 1201.

747 - CE, Ass., 17 décembre 1993, *Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés*, rec. p. 370 ; CE, Ass., 17 décembre 1993, *Association de mobilisation des infirmiers*, requête n° 141697 ; 29 novembre 1995, *Syndicat profil infirmiers et autres*, requête n° 157649 et autres.

748 - CE, Ass., 29 décembre 1995, *Collectif national Kiné-France et autre*, requête n° 159904 et autre.

749 - CE, 13 mai 1996, *Confédération des syndicats médicaux français*, requête n° 126695.

750 - CE, 13 mai 1996, *Fédération des orthophonistes de France*, rec. tp. 1174.

751 - CE, 6 avril 2001, *Fédération des orthophonistes de France*, rec. tp. 1197.

752 - CE, 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244, rec. tp. 1184.

753 - CE, 26 juin 1998, *Confédération des syndicats médicaux*, rec. p. 254 pour la première et CE, Ass., 3 juillet 1998, rec. p. 277.

754 - CE, 9 décembre 1998, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, requête n° 192148.

755 - CE, 28 juillet 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, rec. tp. 1033.

756 - CE, S, 14 avril 1999, rec. p. 139 et CE, 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autre*, requête 203779.

757 - CE, 29 juillet 2002, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. tp. 909 pour l'avenant n° 8 du 29 janvier 2002 ; CE, 28 mai 2003, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. p. 245 pour l'avenant du 14 juin 2002.

758 - CE, 30 novembre 2005, *Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, rec. p. 531.

759 - CE, 20 décembre 2006, *Sopena c/ Ministère de la santé*, requête n° 282123.

760 - Sur les conséquences de la requalification des contrats en termes de comptabilité publique et de gestion de fonds publics ou privés, voir D. Moreau, « Le régime des recettes dans les contrats publics », *AJDA*, 2007, p. 1513.

ont en effet été annulées, car elles comportaient des stipulations qui touchaient aux principes fondamentaux de la sécurité sociale. Cet exemple montre bien les limites de l'exercice consistant à articuler loi et convention : en cas de renvoi au contrat pour éviter au législateur d'intervenir, on constate après coup qu'il aurait dû le faire en amont pour autoriser ces empiétements après avoir encadré la négociation ou qu'il devra intervenir dans de moins bonnes conditions en aval pour valider une convention annulée. On n'aura pas épargné de travail au législateur mais l'insécurité juridique créée dans l'intervalle atteint des proportions d'autant plus importantes qu'en cas d'indivisibilité des stipulations, la convention comportant des articles entachés d'illégalité sera annulée dans sa totalité (cf. 9.2.2).

12.2.3. *La rigidité ?*

Si le contrat procure indéniablement souplesse et flexibilité aux collectivités publiques, il a également souvent pour objet et finalité de renforcer les droits du cocontractant face à l'administration, même si cette dernière dispose de prérogatives spécifiques pour en contrôler l'exécution ou le modifier unilatéralement.

Le droit de la fonction publique en fournit un bel exemple. Dans une fonction publique régie par le contrat, il faut en effet obtenir l'accord de l'agent pour le changer d'emploi ou le muter, ou tout simplement mettre fin prématurément à ses fonctions, alors que, dans une fonction publique statutaire, toutes ces mesures peuvent être décidées unilatéralement par l'employeur, assurant théoriquement une souplesse de gestion et une mobilité très supérieures si le statut est pleinement appliqué. Dans la fonction publique française, la plupart des rigidités observées et fréquemment dénoncées découlent non pas tant du statut lui-même que de pratiques coutumières (comme la promotion à l'ancienneté et non pas au mérite), quasi contractuelles, négociées au fil du temps entre partenaires sociaux, qui ont fini par affecter son application. Le contrat peut donc être porteur de rigidités qu'il ne faut pas dissimuler⁷⁶¹.

12.2.4. *L'inégalité et l'opacité*

Outil d'élaboration de normes particulières et de sélectivité dans la mise en œuvre de l'action publique, ce qui lui confère un avantage précieux, le contrat comporte de ce fait **un risque d'asymétrie dans les droits et obligations**, qui est normalement écarté en cas de recours aux actes unilatéraux, encadrés strictement par le principe d'égalité.

Il existe certes des garde-fous en matière contractuelle, comme l'illustrent les contrats d'aménagement du territoire (cf. 4). Leur développement spectaculaire aurait pu s'accompagner d'une profonde inégalité de traitement entre territoires

761 - L'exemple récent du recrutement de milliers d'agents contractuels par l'ANPE illustre bien les rigidités du contrat et les risques du mélange des genres. Ces agents bénéficient en fait, avant l'intervention de la loi de juillet 2005, d'un vrai déroulement de carrière, avec une progression indiciaire. Bref, l'agence a plaqué tous les mécanismes de la fonction publique de carrière sur des emplois de contractuels, conjuguant l'immobilité à tous les avantages de la carrière. L'intérêt de ce modèle pour l'employeur est problématique.



(riches/pauvres ; majorité/opposition) à travers la recherche par l'État d'un effet de levier financier. Par ailleurs, l'Europe, en encadrant l'octroi des fonds structurels, a prévenu bien des dérives : les régions riches n'ont pas bénéficié de financements au titre de l'objectif II du FEDER, avant la suppression du zonage des fonds structurels. Le grief d'inégalité dans la mise en œuvre de ces dispositifs n'a jamais été mentionné par la doctrine.

Il reste que si la marge d'appréciation de l'administration en ce qui concerne le contenu du contrat (cf. 7.2. 3) est trop étendue, il en découle la possibilité d'une rupture d'égalité devant la loi ou les charges publiques, notamment en matière fiscale. D'où les réticences, justifiées, à ouvrir la voie à une fiscalité contractuelle qui ne serait pas la même pour tous. Une crainte identique explique l'encadrement rigoureux de l'expérimentation dans notre pays (cf. 1.5.2). Car comment pourrait-on justifier, au regard du principe d'égalité, que des citoyens ne bénéficient pas des mêmes prestations sociales, singulièrement des mêmes minima sociaux à quelques kilomètres de distance ?

La faveur renouvelée du seul contrat individuel entre employeur et salariés, en ramenant au second plan le contrat collectif ou la loi⁷⁶², repose un problème ancien et bien connu en droit du travail : l'employeur et le salarié, réputés libres et autonomes, sont-ils les mieux placés pour déterminer ensemble, par contrat individuel, ce qui correspond le mieux à leur intérêt respectif ? Le contrat individuel direct entre employeur et salariés pouvant être déséquilibré, l'existence de ce déséquilibre justifie l'interposition du contrat collectif ou de la loi dans cette relation. Derrière le discrédit parfois jeté sur le contrat collectif et la valorisation sans réserve du contrat individuel, se dissimule en réalité pour les organisations syndicales de salariés et une bonne partie de la doctrine le choix de laisser jouer, comme au XIX^e siècle, le rapport de forces entre parties inégales.

Dans la fonction publique, où il n'existe pas de principe de parité entre contractuels et titulaires (cf. 10.2.1), la coexistence entre ces deux catégories pose de redoutables problèmes d'égalité de traitement. Un exemple récent vient d'en être donné au contentieux. Après que le Conseil d'État a reconnu aux agents contractuels du service d'études techniques des routes et autoroutes le droit à bénéficier d'un traitement intégrant l'indemnité de résidence⁷⁶³, le Gouvernement a inclus dans la loi de finances rectificative pour 2005 (article 127) une disposition interprétative visant à priver rétroactivement de cet avantage les 1 200 autres bénéficiaires potentiels de cette mesure. Cette loi interprétative était motivée par le fait que l'application de cette décision aboutissait à rémunérer mieux encore que les titulaires des contractuels qui avaient refusé leur titularisation. 1 126 des contractuels concernés ont saisi la juridiction administrative, dont 467 avant la publication de la loi. Le Conseil d'État a jugé⁷⁶⁴ que ni le coût budgétaire de

762 - La mode de l'« *opting out* », venue d'Angleterre (cf. 11.4) et qui trouve un certain écho auprès des instances communautaires en matière de temps de travail par exemple, conforte l'idée que le salarié est libre de décider contre la loi et que l'accord collectif ne doit pas l'empêcher de trancher en faveur de ce qu'il croit être son intérêt personnel. Le débat sur le rapport entre loi et convention collective est ainsi en train de se déplacer, en faisant l'impasse sur la convention collective, sur le terrain du rapport entre loi et contrat individuel de travail.

763 - CE, 24 juin 2005, *Ministre de l'Équipement c/ M^{me} Soulier*, rec. p. 938.

764 - CE, 25 avril 2007, *M. Couegnat*, requête n° 296661, *RFDA*, 2007, concl. R. Keller.

la mesure ni le motif d'équité entre titulaires et non-titulaires ne constituaient des motifs d'intérêt général suffisants au regard de l'article 6 de la CEDH pour priver rétroactivement des agents d'une partie de leur rémunération. En d'autres termes, en essayant de gérer au mieux la difficile coexistence entre contractuels et titulaires, le Gouvernement se crée parfois des problèmes supplémentaires ; il lui faut ensuite faire intervenir la loi pour corriger les erreurs contenues dans le contrat initial ; et contribue à l'encombrement de la juridiction administrative.

On reproche aussi de temps à autre au contrat l'opacité de ses conditions de négociation et parfois d'attribution (le filtrage des candidats et le secret des négociations) puis d'exécution. Celle des délégations de service public en particulier, en raison de la relative liberté de choix du cocontractant, expose au risque de critères de choix étrangers à l'intérêt général et, selon les élus territoriaux et les associations d'usagers, la transparence devrait encore progresser dans l'exécution de ces contrats⁷⁶⁵.

12.2.5. Des transferts de charges ou de responsabilités

Le recours au contrat est critiqué en ce qu'il permettrait à l'État et aux collectivités territoriales de s'affranchir de la répartition des compétences voulue par la loi entre collectivités publiques et de mettre à la charge des collectivités territoriales, partie réputée la plus faible, des dépenses qui ne leur incombent pas normalement. Les conventions « Université 2000 » et « Université 3 M » ont ainsi permis à l'État de faire supporter 50 % environ du financement des universités par les régions et les départements⁷⁶⁶. Le contrat aurait ainsi servi à « habiller » une dérogation aux règles de compétence prévues par la loi.

Le contrat autorise aussi le report de charges budgétaires sur le futur. C'est ainsi que le METP a permis à des collectivités publiques de payer plus tard ce qu'un marché de travaux publics leur aurait imposé de payer instantanément⁷⁶⁷. Le Conseil d'État a donc dû sanctionner au contentieux un usage du contrat qui méconnaissait l'article 350 de l'ancien code des marchés publics. La leçon semble avoir été retenue lors de la création du contrat de partenariat (cf. 1.2.3). Mais en permettant le paiement différé, ce contrat peut être utilisé comme moyen d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques et de déplafonnement des budgets d'investissement, notamment par les collectivités territoriales. Le risque est réel d'ainsi reporter le financement

765 - Par exemple, la comparaison du prix de l'eau et les écarts constatés entre collectivités territoriales demeurent pour beaucoup (élus, associations de consommateurs, usagers...) un mystère difficile à percer. Une amélioration des conditions dans lesquelles il est rendu compte de l'exécution des DSP par les délégataires, notamment en ce qui concerne la répartition des gains de productivité et l'évolution des tarifs, demeure une des conditions de leur meilleure acceptation par les élus et par l'opinion publique.

766 - O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, p. 95. Dans le cadre de ce qui a été baptisé abusivement un « partenariat » par une circulaire du ministre de l'intérieur en date du 13 janvier 1993, les collectivités territoriales ont été consultées sur le lieu d'implantation des établissements et ont assumé la maîtrise d'ouvrage de leur construction ou extension.

767 - Ph. Terneyre, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs : le METP », *Mélanges J.-M. Auby*, 1992, p. 316.



des investissements sur les générations futures⁷⁶⁸. Pour circonscrire ce risque, la procédure de passation contraint le partenaire public à évaluer le coût annuel moyen du contrat et à rapporter ce coût aux recettes de fonctionnement de la collectivité. De même, la circulaire du 29 novembre 2005 prise en application de l'ordonnance du 17 juin 2004 invite les collectivités concernées à retracer dans une annexe budgétaire l'ensemble des engagements liés à l'exécution du contrat, ce qui en assure la transparence financière.

S'il permet de clarifier les responsabilités (cf. 12.1.2), le contrat peut aussi se prêter à leur transfert. Plusieurs politiques récentes⁷⁶⁹, sociales notamment (cf. 2.3), confient ainsi à l'État le rôle de responsabiliser l'utilisateur et soulèvent de ce fait la question de la responsabilité respective du citoyen et de la collectivité.

Le thème de la nécessaire « activation » des dépenses sociales⁷⁷⁰ illustre la puissance de ce courant de pensée venu d'outre-Manche⁷⁷¹. Toute politique sociale devrait désormais chercher à responsabiliser l'ayant droit⁷⁷² et assortir de contreparties le versement, conçu comme provisoire, des prestations sociales dans l'attente d'un retour aussi rapide que possible du bénéficiaire au statut de producteur responsable de lui-même, ce à quoi devrait contribuer un accompagnement social personnalisé se développant sur une période très courte. La figure du contrat, un contrat direct entre le citoyen et l'État, se superpose ainsi à une responsabilité collective, le versement de l'allocation, manifestation par

768 - Comme un emprunteur privé s'endette à un taux supérieur à celui qui est offert à un emprunteur public, le contrat de partenariat coûte plus cher à la collectivité si le partenaire privé ne compense pas ce surcoût par des éléments de productivité dans la conduite du projet ou dans sa gestion.

769 - Autre exemple relevé par les praticiens, les conventions de délégation conclues avec les départements et les EPCI (cf. 2.3.5), combinées avec les « conventions globales de patrimoine » conclues entre les offices d'HLM et l'État, permettraient à ce dernier de maintenir une politique de logement centralisée, tout en transférant l'essentiel du financement sur les départements, les communes et leurs EPCI, et les offices d'HLM eux-mêmes.

770 - N. Gilbert, *Transformation of the Welfare State. The silent surrender of public responsibility*, Oxford University Press, New York, 2002. A. Giddens, T. Blair, *La troisième voie. Le renouveau de la social-démocratie*, Seuil, Paris, 2002.

771 - Dans une société évoluée, chacun serait responsable de son sort et ne pourrait plus compter sur la seule solidarité collective pour se tirer d'affaire. Le vrai citoyen, comme à l'époque de la Révolution, se définit comme un citoyen *actif*, qui prend sa destinée en mains, effectue des démarches *positives*, manifeste sa volonté d'insertion sociale par l'accomplissement d'un travail et qui se trouve débiteur de devoirs autant que titulaire de droits. Plusieurs articles de doctrine mettent ces points en évidence : par exemple J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suiv.

772 - « (...) il s'agit désormais de placer les acteurs au centre de la stratégie. Il faut créer des incitations appropriées. Il ne suffit pas de corriger des injustices ou des défaillances, il faut créer des conditions de départ dans la vie favorables pour tous et aider chacun à saisir ensuite les opportunités, à faire le meilleur usage de ses capacités. L'État providence doit définir une nouvelle stratégie au centre de laquelle il faut mettre l'individu, l'agent économique lui-même, responsable de son parcours, stimuler toutes les opportunités que recèle l'économie de la connaissance. Les fonctions traditionnelles de l'État providence (stabilisation-rédistribution-production) doivent être reconsidérées sous trois angles : la cohésion de la société, l'émancipation des individus, la préparation de l'avenir », J. Mistral, « Une nouvelle stratégie pour l'État providence », in R. Fauroux et B. Spitz, *État d'urgence*, op. cit.

excellence de la solidarité collective, devenant temporaire, personnalisé et lié à un comportement personnel attendu. Le risque existe que le contrat individuel finisse par occulter le contrat collectif lui-même.

Le mouvement de contractualisation de la sanction pénale tendrait de même à faire peser directement sur l'auteur de l'infraction la responsabilité de l'infliction de la peine ou de la mesure arrêtée (cf. 12.1.2). Il s'agirait « *de punir un individu pour le responsabiliser, en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine* »⁷⁷³. Cette recherche de l'adhésion des individus à la règle de droit et à la sanction qui leur est infligée aboutirait à ce que les accusés se jugent et se condamnent eux-mêmes⁷⁷⁴.

L'employeur, en matière de chômage, et l'État, en matière de lutte contre l'exclusion ou contre la délinquance, peuvent être tentés par ce biais de renvoyer la responsabilité de leur situation aux chômeurs, aux exclus ou aux prévenus. Avec le risque d'alimenter la culpabilisation des intéressés et, à plus long terme, de préparer un transfert du risque et une réduction des financements collectifs qui leur sont consacrés.

Le contrat pourrait dans certains cas, en définitive, permettre de choisir sur une base individuelle les bénéficiaires de la solidarité, au risque de renoncer à l'universalité des droits. Autrement dit, le recours au contrat ouvrirait la voie à une individualisation des droits sociaux et à la généralisation d'une logique de contreparties, là où la solidarité collective l'excluait.

12.2.6. *L'illisibilité des organisations ou des normes*

Il a été reproché aux contrats de plan État-région non seulement de favoriser une dilution des responsabilités, mais encore de rendre peu lisible la répartition des compétences entre les différents acteurs pour la réalisation des grands équipements publics comme les universités.

L'empilement et l'emboîtement complexes des engagements contractuels en matière d'aménagement du territoire et d'administration locale (cf. 4) ne sont pas non plus demeurés à l'abri des critiques. La prolifération contractuelle et institutionnelle brouille la lisibilité de la carte administrative. Elle disperse l'action administrative et lui fait perdre sa cohérence globale, chaque ministère ayant tendance à déployer ses propres politiques sous forme contractuelle avec des périmètres d'intervention variables et une logique de guichet ne permettant pas forcément d'optimiser l'utilisation des finances publiques. Pour contenir ces tentations, l'approche globalisante du contrat de plan État-région ou du contrat d'agglomération a été clairement identifiée comme un facteur de cohérence par rapport à la multiplication des dispositifs sectoriels. Certains auteurs

773 - Y. Cartuyvels, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, Fr. Ost et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 420. Voir aussi D. Kaminski, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, tome XXXIII, n° 1, 2002, p. 89.

774 - D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, tome I, Debure 1771, p. VIII. Voir aussi en ce sens « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, vol. XXVI, n° 1, p. 18.



ont d'ailleurs souligné le caractère central ou « matriciel »⁷⁷⁵ du contrat de plan État-région dans une « contractualisation rayonnante » : les conventions territoriales des actuels contrats de projet mais aussi beaucoup de contrats locaux (au nombre desquels figurent les contrats conclus avec les parcs naturels régionaux en vertu de la loi du 25 juin 1999) tirent leur cohérence de leur articulation avec ce contrat-pivot. La consécration de chefs de file contribue aussi à ordonner les rapports contractuels. Sans ce type de dispositifs, la constellation contractuelle risquerait de demeurer à jamais indéchiffrable.

Quoi qu'il en soit, les rares commentateurs ayant tenté de décrire les rapports contractuels entre collectivités publiques en matière d'action publique évoquaient dès 1993 le « désordre indescriptible »⁷⁷⁶ qui y règne. Il n'est pas certain qu'il y ait été remédié.

En droit du travail, le législateur intervient souvent lorsqu'il s'agit de créer de nouveaux contrats de travail ou d'aménager les règles du jeu de la négociation collective mais, comme le souligne Jacques Barthélémy dans son audition devant la Commission de Virville⁷⁷⁷, il alimente ce faisant le décalage persistant entre les exposés des motifs, affichant un objectif de simplification du droit du travail et de contractualisation de ce droit, et la réalité de ce dernier, faite de complexité et de « technocratisation », qui peut disqualifier à la longue l'intervention du législateur et affaiblit inutilement notre pays dans la compétition internationale pour attirer l'investissement étranger : vu de l'étranger, la France est souvent considérée comme ayant une législation du travail trop instable, aggravée par une imprévisibilité de la jurisprudence d'autant plus forte que les lois changent et qu'elle ne peut se stabiliser. La trop grande confiance dans la vertu du changement répété des règles applicables au contrat liée à l'intervention très fréquente du législateur conduit à cumuler les inconvénients s'attachant à la survalorisation des règles contractuelles et à l'excès de confiance dans la loi.

Les accords collectifs, par leur multiplication, ne sont pas non plus synonymes de lisibilité et de clarté. Plus de 600 accords de branche mettent en œuvre la formation permanente. Cet émiettement de la norme ne contribue pas à la fluidité du dispositif et à la mobilité des salariés.

En résumé, la contractualisation ne garantit ni la lisibilité de la répartition des compétences ni mieux que l'acte unilatéral l'accessibilité à la règle de droit. Elle possède d'autres vertus mais n'apporte pas cette garantie.

775 - P. Janin, « Sur certains aspects récents de la contractualisation de l'action publique », Communication présentée le 25 octobre 2002 lors des 6^{es} rencontres juridiques organisées par la faculté de droit de l'université Lumière Lyon 2 et le conseil général du Rhône sur « Actualité du droit des contrats publics ».

776 - M. Hecquard-Théron, *AJDA*, 1993, p. 460 ; voir aussi N. Poulet-Gibot Leclerc, « La contractualisation des relations entre personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551 et O. Gohin, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, p. 95.

777 - Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, *Pour un code du travail plus efficace*, 15 janvier 2004.

12.2.7. Un coût élevé d'accès au droit ?

Compte tenu des risques inhérents à la contractualisation, il faut aussi mentionner la question du coût global de l'accès au droit pour les citoyens. C'est ainsi que dans les pays anglo-saxons tout chef d'entreprise doit être en permanence entouré de conseillers juridiques pour la négociation et la rédaction de chaque contrat.

La société du contrat, parce qu'elle entretient la complexité et rend moins directement accessible la règle de droit⁷⁷⁸, complique la défense de leurs droits par les citoyens. Elle induit des coûts non négligeables et expose les plus faibles au fardeau de la judiciarisation de tous les aspects de la vie. Elle oblige à une intermédiation juridique dont le coût pour la société et le citoyen est ressenti comme élevé⁷⁷⁹.

Par conséquent, on trouve aux États-Unis deux fois plus de juristes par habitant qu'en France et le coût de la justice y représente 2,6 % du PNB contre moins de 1 % en France, le nombre de procès intentés par adulte y étant dans un rapport de 1 à 10 contre 1 à 300⁷⁸⁰ ? Même si la France a jusqu'à présent joui d'une situation plus enviable, les coûts directs et indirects de l'accès au droit et à la justice semblent aussi y dériver depuis une vingtaine d'années. Mais peu d'études comparatives permettent, là encore, d'imputer la part qui revient au contrat et d'objectiver les coûts et les bénéfices de l'accès au droit et à la justice pour chaque catégorie de citoyens.

12.2.8. Un effacement de l'État ?

La négociation entre les partenaires sociaux comporte un risque pour l'État, car elle peut alimenter un discrédit de la loi et, au-delà, de toute intervention publique. Dans un certain contexte, les acteurs sociaux peuvent souhaiter délégitimer l'intervention publique elle-même. La « refondation sociale » engagée en 2000 a, de ce point de vue, altéré le jeu de la négociation et a eu un temps pour effet de disqualifier l'intervention de la loi. Le Gouvernement est alors assimilé à un acteur parmi d'autres dans ce jeu où il demeure malgré tout comptable vis-à-vis de l'opinion nationale et de l'étranger de la qualité, de la stabilité et de la considération accordée à la norme sociale.

Indépendamment du cas particulier de la négociation sociale, la prépondérance accordée au contrat peut déboucher sur un affaiblissement de l'État. En développant l'usage du contrat dans des champs sans cesse nouveaux, les collectivités

778 - L'absence de loi supplétive oblige en particulier à tout prévoir et à tout réécrire dans chaque contrat.

779 - J.-M. Belorgey, « Le coût de la justice pour les entreprises : éléments de méthodologie et d'analyse », *Les Annonces de la Seine*, n° 55, 16 août 2007. Un poste de coût croissant dans les entreprises concerne le droit du travail, qui combine instabilité législative, contractuelle et juridictionnelle. En conséquence, les entreprises dépensent des sommes de plus en plus importantes pour former leur personnel à ce droit, externaliser le traitement de leurs dossiers et rémunérer leurs conseils (« Complexité du droit social : les DRH n'en peuvent plus », *Les Échos*, 29 janvier 2008).

780 - Devant le juge administratif, le taux de recours contentieux dépasse légèrement 3 pour 1 000 pour l'ensemble de la population.

publiques se posent d'abord en gestionnaires et en arbitres des conflits d'intérêt traversant la société. Au lieu de la surplomber, leur principale raison d'être et préoccupation se ramèneraient désormais à la recherche et à la mise en œuvre, par la concertation/négociation, des arrangements et compromis entre catégories sociales ou intérêts opposés. La prévalence du contrat sur la loi marquerait pour certains, notamment Alain Supiot, une forme de retour à l'exercice féodal du pouvoir, qui entretient et orchestre autour de lui les rapports d'allégeance et de dépendance⁷⁸¹. Comme l'entrevoit déjà Léon Duguit en 1912: « *On ne trouve plus trace du mot imperium dans les textes de l'époque, mais un mot bien caractéristique, la concordia, qui doit unir tous les hommes, les puissants et les faibles par une série de devoirs réciproques* »⁷⁸². La survalorisation du contrat renverrait à un changement dans la posture, la nature et le mode d'exercice du pouvoir politique et étatique. Dans une société qui n'est plus soumise au risque de la guerre extérieure, le rôle principal de l'État ne serait-il plus que de réguler les conflits d'intérêts entre groupes sociaux à l'aide d'indicateurs de performance? Un État arbitre des conflits internes, et d'abord soucieux de *concordia*, risque de laisser s'affadir son *imperium* et le sens de l'intérêt général qu'il lui appartient toujours de promouvoir⁷⁸³.

13. Pour un bon usage du contrat

Conscientes des avantages et des risques liés à son usage, les autorités qui élaborent la norme juridique ou mettent en œuvre les politiques publiques peuvent déterminer, dans chaque cas, si le contrat présente un véritable avantage comparatif par rapport à l'acte administratif unilatéral et l'utiliser à bon escient.

Au-delà de cet examen au cas par cas, le Conseil d'État est favorable à une extension de la sphère contractuelle, pourvu que certaines conditions et limites soient respectées et que le mode d'emploi du contrat soit davantage précisé dans ses domaines de prédilection.

Le Conseil d'État recommande d'abord d'ouvrir un débat public sur la place du contrat en droit administratif et dans l'action administrative, y compris la gestion de la fonction publique. Car les évolutions ont été dans ce domaine davantage subies que provoquées au cours des dernières décennies.

781 - C'est d'ailleurs une crainte exprimée par les associations, qui redoutent leur instrumentalisation, face aux collectivités publiques et à leur politique de « conventionnement ».

782 - A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19. Cet auteur a braqué à nouveau le projecteur, dans de nombreux ouvrages et articles (notamment « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, février 2001, p. 151 et *Homo juridicus*, *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005), sur les rapports d'allégeance, de soumission et de dépendance que pourrait entraîner une contractualisation généralisée. Voir aussi L. Duguit, « Les transformations du droit public », 1912, reprint *La mémoire du droit*, p. 4.

783 - L'échec unanimement souligné en doctrine de la maîtrise conventionnelle de la dépense médicale de ville (cf. 7.1.2.2) illustre la tension permanente entre *concordia* et *imperium* et le primat donné de fait à la recherche de la *concordia*.

Un tel débat devrait permettre de répondre à la question suivante : la prolifération contractuelle et parfois l'absence de sanction juridique aux engagements souscrits constituent-elles un avantage ou un inconvénient pour l'action publique et l'édiction de la norme publique ? Faut-il en conséquence laisser les choses en l'état ou renforcer la prise en charge de tous ces « contrats » par le droit et par le juge ou d'une autre manière ?

Ce débat est d'autant plus indispensable que la question est loin de faire l'unanimité dans notre pays, y compris au sein de l'administration elle-même, et que la réponse à lui apporter suppose de lever préalablement une ambiguïté fondamentale : de quels « contrats » parle-t-on ?⁷⁸⁴

On trouve en effet dans l'administration une grande variété d'attitudes. Les budgétaires se satisfont de la situation actuelle, qui permet d'émettre beaucoup de « fausse monnaie », et redoutent une extension de la sphère du « vrai contrat », qui entraverait l'action publique à bon marché. Les défenseurs du service public à la française continuent à donner une valeur absolue à l'acte unilatéral et ne voient dans le contrat qu'un instrument subalterne et dangereux au regard des principes du droit public. Ceux qui sont davantage sensibles au modèle anglo-saxon placent toute leur confiance dans le contrat et rêvent d'un ordre juridique où celui-ci deviendrait dominant. Entre ces extrêmes, les pragmatiques présentent que les causes sous-jacentes à la montée en puissance du contrat sont profondes et durables et qu'il faut donc composer avec elles, en acceptant de laisser davantage de place au contrat là où cela se justifie, tout en contrôlant le rythme et le contenu de cette évolution. Si les fondements du droit administratif⁷⁸⁵ conduisent en effet à conférer le primat à la loi sur le contrat, ils ne font, aux yeux du Conseil d'État, nullement obstacle à un plus grand usage du contrat comme source de normes et comme mode d'action publique.

C'est l'état d'esprit dans lequel il formule les propositions suivantes pour un usage raisonné et raisonnable du contrat.

13.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux et veiller à l'éthique des négociations

La promotion du contrat comme principal ciment du lien social et, le cas échéant, comme principale source de la norme publique pose d'abord la question de la représentation des différents groupes sociaux car, pour négocier, il faut avoir de véritables représentants, légitimes pour parler au nom de leurs mandants et aptes

784 - Par exemple, si l'on parle du contrat authentique, celui qui engage et qui est juridiquement sanctionné, la concurrence avec la loi posera inévitablement problème au Parlement, qui ne peut pas accepter d'être dessaisi de son pouvoir de voter les lois, et même à l'opinion publique, qui n'acceptera pas facilement, au pays de l'égalité des droits, que leur application se négocie. Si l'on parle en revanche des « faux » contrats, c'est-à-dire d'engagements solennisés dans un acte dénommé contrat, la question se pose différemment et ne soulève pas autant de difficultés.

785 - Ces fondements sont énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le principe de la souveraineté réside essentiellement dans la nation* » (article 3) ; « *La loi est l'expression de la volonté générale* » (article 6) ; « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » (article 15).

à s'engager et à faire respecter les engagements pris (cf. 7.2.4). Elle suppose donc en amont une organisation de la représentation des acteurs sociaux en vue de négocier et une capacité à conclure des accords. La crise, déjà mentionnée, de l'autorité et de la représentativité dans notre pays ne favorise naturellement pas le passage d'une société régie par la loi à une société régie par le contrat : sur beaucoup de sujets, il n'y a pas d'interlocuteurs et, lorsqu'il y en a, leur représentativité et leur légitimité sont contestées et leur capacité à s'engager limitée. En sens inverse, trop souvent des représentants légitimes, comme les associations qui agissent en faveur des exclus⁷⁸⁶, ne sont pas invités à participer aux négociations où se détermine tout ou partie du sort des catégories auxquelles ils s'intéressent.

13.1.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux

Des travaux, nombreux et de qualité, se sont déjà penchés sur la question de la représentativité des acteurs sociaux, notamment des partenaires sociaux.

13.1.1.1. Dans les relations professionnelles

- La représentativité des partenaires sociaux ayant fait l'objet de négociations ayant débouché sur la position commune du 9 avril 2008, le Conseil d'État n'a pas souhaité interférer avec elles et se limitera aux deux observations suivantes.

Cette question se pose pour les organisations patronales⁷⁸⁷ autant que pour les organisations de salariés, comme l'a montré le rapport Hadas-Lebel.

La représentativité ne s'apprécie pas de la même manière au niveau de l'entreprise – où les élections qui s'y déroulent fournissent des indications précieuses – de la branche ou de l'interprofession, chacun de ces niveaux jouant un rôle particulier et les problèmes de mesure de la représentativité se posant différemment à chacun d'eux.

- S'agissant de la capacité à s'engager, le Conseil d'État estime souhaitable de tendre vers un système d'accord majoritaire aux trois niveaux de la négociation. Par accord majoritaire, il entend signature par des organisations représentant

786 - Les syndicats représentant les salariés actifs et rarement les chômeurs et les exclus du marché du travail, les négociations entre partenaires sociaux sur le fonctionnement du marché du travail n'incluent donc pas l'ensemble des représentants nécessaires à leur conclusion. La question de la combinaison de la négociation sociale avec la négociation civile se posera de manière aiguë dans bon nombre de dossiers sociaux. L'irruption croissante des droits de l'homme et de l'environnement dans l'entreprise posera aussi cette question de l'élargissement du cercle des interlocuteurs de la négociation sociale. Avec la difficulté que la représentativité ne se mesure pas en termes identiques pour les syndicats et les associations.

787 - Deux questions particulières se posent à cet égard, en dehors de celle qui concerne le MEDEF. Celle, sectorielle, de la représentation des employeurs de l'économie sociale. Et celle, transversale, des employeurs « dépendants ». En effet, à côté des travailleurs indépendants, représentés par ailleurs, se sont développés, à travers les liens de sous-traitance contractuelle, des réseaux d'entreprises entièrement dépendantes, dont les intérêts ne sont pas représentés. Les travaux de l'ancien Commissariat général du Plan (*Promouvoir un environnement financier favorable au développement de l'entreprise*, juin 2005, CGP) ont chiffré l'ampleur de ce phénomène, totalement dissimulé par les statistiques (cf. 12.2.1 et 12.2.4).



une majorité de salariés et non pas signature par la majorité des organisations représentatives. Ce système serait le plus incontestable et le plus approprié pour affermir les accords et les convergences syndicales, surtout si les accords dérogatoires devaient continuer à se développer (cf. 13.4.8.3).

- S'agissant du financement de la négociation sociale, que la position commune du 9 avril 2008 n'aborde que sur le plan des principes, le Conseil d'État propose de distinguer entre le fonctionnement de l'organisation, qui doit demeurer intégralement pris en charge par les adhérents pour garantir l'indépendance de l'institution, et le coût de la participation à la négociation sociale, incluant le recours à l'expertise externe. Sur ce point, les accords sur le dialogue social signés le 12 décembre 2001 par l'UPA et en juillet 2002 par la FNSEA, qui prévoient tous deux une cotisation spécifiquement affectée, montrent un des chemins qu'il est possible de suivre pour parvenir à la nécessaire transparence du financement de cette négociation.

13.1.1.2. Dans les autres champs

La question de la représentativité et de la légitimité des acteurs sociaux ne se limite pas aux organisations professionnelles, comme en témoignent par exemple les discussions sur la modification souhaitée de la composition du Conseil économique et social afin de le rendre plus représentatif des forces vives de la Nation.

La législation reconnaît une place de plus en plus large aux associations dans des domaines bien identifiés : la politique familiale, le logement, la défense de l'environnement, des usagers des services publics ou des consommateurs, la lutte contre les discriminations... Certaines d'entre elles sont d'ailleurs agréées et peuvent à ce titre agir en justice.

Il semble dès lors nécessaire au Conseil d'État à tout le moins d'**approfondir la notion de légitimité et de représentativité des organismes sans but lucratif**, préalable à leur implication éventuelle dans un processus contractuel. Aujourd'hui, le dialogue civil se déroule surtout sur le mode de la concertation mais, si les analyses qui précèdent sont justes, il semble inéluctable qu'à l'instar de ce qui s'est passé dans le domaine du dialogue social, le dialogue civil débouche à son tour un jour, dans certains cas, sur des engagements négociés.

Les débats sur le Grenelle de l'environnement ont par exemple ouvert un espace de cette nature dans le domaine de la protection de l'environnement. La mise en œuvre d'un engagement politique tel que celui de diviser par quatre le niveau d'émission des cinq gaz à effet de serre d'ici 2050 suppose que tous les acteurs concourant à ces émissions se mettent d'accord sur leur contribution à la réalisation d'un objectif national dont une loi ne peut à elle seule assurer le respect. Il faudra donc bien inventer un mécanisme de nature contractuelle pour avaliser les engagements convergents de tous les acteurs concernés, définir les responsabilités et les contributions de chacun. La représentation de la société civile pour conclure ce type d'accord n'est pas actuellement organisée. Il faut donc s'y préparer.

La représentativité des associations ne peut pas se mesurer à l'aune de critères identiques à ceux qui sont retenus pour les organisations professionnelles et qui sont essentiellement quantitatifs. En effet les associations sont, du moins en théorie, au premier chef porteuses d'idéaux et leur légitimité ne



dépend pas d'abord du nombre de leurs adhérents : elle tient plutôt à leurs intuitions, à leur expérience et expertise, à leur connaissance d'un milieu ou d'un problème, à leur sens de l'innovation, à leur rayonnement intellectuel et moral, à la force symbolique des causes qu'elles promeuvent.

Il convient donc de privilégier des critères de représentativité qui rendent justice à cette analyse et qui permettent aux procédures tendant à constater qu'il y est satisfait d'emporter l'adhésion des milieux concernés. Les procédures existantes gagneraient à être aménagées dans cette perspective.

Pour roder les méthodes et les procédures, l'État pourrait, sans attendre, montrer l'exemple en conviant les représentants des usagers des services publics à exprimer leurs souhaits avant d'engager la négociation de certaines conventions concernant les services publics ou leur organisation. Syndicats de salariés et mouvement familial ne sauraient à cet égard revendiquer un monopole de représentation des usagers. Il conviendrait au contraire de prendre modèle sur les représentations diversifiées retenues lors du dialogue de la SNCF avec les usagers sur les tarifs du TGV. Il faut ainsi tenir pour paradoxal que les patients ou des malades ne soient pas conviés en tant que tels à s'exprimer au sujet des conventions médicales, dont l'un des objets est pourtant d'organiser leur accès à la médecine de ville, ou les conventions entre l'État et les entreprises publiques qui assurent un service public.

13.1.2. Veiller à l'éthique de toute négociation

S'agissant de l'éthique ou de la bonne foi dans la négociation, l'État doit fixer et se fixer des règles plus strictes en matière de préparation, de conduite (ou d'interférence dans les négociations où il est en situation de tiers) et de respect de la parole donnée. Ces règles ne sont pas nécessairement du ressort de la loi⁷⁸⁸, certaines relevant plutôt d'un code de bonne conduite. Elles concernent l'État mais également tous les acteurs impliqués dans la négociation.

- La préparation des négociations devrait être davantage mise à profit par le Gouvernement et ses partenaires pour enrichir le diagnostic et repérer les résistances possibles aux réformes. Trop souvent, celui-ci passe outre aux obstacles en découvrant après coup les forces de résistance. La question du partage de l'information avant et pendant la négociation ainsi que la détermination de son ordre du jour méritent également attention⁷⁸⁹.

788 - L'article L. 2242-10 du code du travail détermine par exemple les règles de méthode et de bonne conduite pour la négociation annuelle sur les salaires. Mais la loi ne peut raisonnablement pas comporter toutes les règles en matière de négociation : les accords de méthode et les codes de bonne conduite peuvent constituer, la plupart du temps, une réponse adaptée.

789 - La législation sur le comité d'entreprise réserve une large place à l'information préalable et égale de ses membres. La question de l'information des participants aux autres négociations sociales ne fait curieusement l'objet d'aucune règle. L'article L. 2242-11 du code du travail décrit quant à lui le déroulement des négociations salariales. Les accords de méthode peuvent suppléer à l'absence de règle. En tout cas, tout pouvoir de fixation contractuelle de la norme devrait être précédé par des règles claires de partage de l'information en vue de la négociation et du déroulement de cette dernière jusqu'à la séance de signature. Voir sur ces points Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Dr. Soc.*, 1990, p. 584.



En outre, pour donner au contrat toute sa crédibilité, les collectivités publiques devraient s'abstenir d'ouvrir des négociations lorsque leur intention finale, déjà arrêtée au départ, est de ne pas conclure.

- Lorsqu'une négociation est entamée à sa demande, l'État devrait s'interdire de prendre tout acte unilatéral entrant dans l'objet de la négociation tant que celle-ci est en cours⁷⁹⁰.

- Lorsque l'État négocie une convention d'objectifs et de moyens, on attend de lui un dialogue équilibré et non pas une attitude de recul distant, qui se concentre sur le seul aspect budgétaire. Si la tutelle s'exerce par la voie contractuelle, le cocontractant attend d'elle qu'elle porte sur les objectifs et pas seulement sur les moyens⁷⁹¹. L'éthique de la négociation implique donc de s'intéresser à l'objet final de la négociation et de désigner des représentants qualifiés comme interlocuteurs des partenaires.

- En droit du travail, c'est de la clarté du déroulement de la négociation entre les partenaires sociaux, autant que des modalités d'intervention de l'État avant, pendant et après la négociation, que dépend largement la réussite de ce processus. L'éthique de la négociation est un sujet essentiel, plus souvent traité comme tel dans certains pays étrangers qu'en France où les auteurs ayant investi ce sujet demeurent rares. Le lieu de la négociation, le mode de préparation du projet sur la base duquel on négocie, l'absence de négociation séparée, sont autant de questions que doivent se poser des partenaires s'ils veulent réussir la négociation d'accords.

Si l'État intervient parfois dans la négociation collective pour surmonter l'inaction des partenaires sociaux ou des blocages, le risque d'une instrumentalisation par lui de la négociation sociale existe. Si la menace d'intervention par acte unilatéral fait partie de ses moyens d'action, d'autres comportements peuvent être également encouragés. Par exemple, l'État pourrait s'interdire de faire valider par les partenaires sociaux des textes déjà décidés par lui ou de nouer des contacts directs avec certains des négociateurs et s'astreindre à passer exclusivement par le président de la commission ou du groupe de négociation pour faire valoir son point de vue lorsqu'il est tiers au contrat en cours de discussion.

La volonté de conclure à tout prix avec une partie des organisations syndicales pose aussi question au regard de l'éthique des négociations, y compris quand elle se fait jour à l'occasion d'une simple concertation portant sur une matière qui ne relevait pas de la négociation collective : en dosant les concessions pour obtenir le soutien d'une organisation, l'État s'interdit d'obtenir un soutien plus large ou majoritaire et prend le risque de laisser de profondes séquelles, car il existe une

790 - La Chambre sociale de la Cour de cassation a déjà admis qu'un juge pouvait suspendre l'application d'une mesure lorsque cette dernière supposait la consultation préalable du comité d'entreprise ou aurait dû faire partie de la négociation annuelle sur les salaires (Cass. Soc., 28 novembre 2000, AXA, n° 98-19594, Bull. V, n° 398, p. 304).

791 - Le rapport des inspections générales de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche montre qu'il n'en va pas toujours ainsi. Il souligne sur ce point le déséquilibre de la négociation, la tutelle ayant une position de repli et se bornant à entériner les propositions de l'opérateur (*La Documentation française*, 2008, p. 182).



mémoire de la négociation sociale⁷⁹². Même si négocier implique de ne pas dévoiler ses positions ultimes et si toute négociation s'autorégule, l'État pourrait s'interdire de négocier avec une partie seulement des organisations représentatives, même lorsqu'un texte prévoit la signature de l'accord par une ou plusieurs. C'est ce que requièrent depuis peu certains accords de méthode dans les entreprises. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'absence de reconnaissance d'un syndicat représentatif avant l'ouverture de la négociation à laquelle il doit être convié⁷⁹³ ou une négociation séparée avec certaines organisations, alors que la loi impose une négociation en commission⁷⁹⁴, entache, y compris la régularité de cette dernière. Cette jurisprudence ne semble admettre la mise à l'écart d'une organisation au cours de la négociation que si cette organisation manifeste clairement son opposition de principe à la négociation et condamne par avance son résultat⁷⁹⁵.

- Si les exigences relatives à l'éthique de la négociation devaient se renforcer et si des accords de méthode plus nombreux venaient à l'avenir préciser les règles du jeu de la négociation⁷⁹⁶, la jurisprudence administrative pourrait admettre la nullité de tout contrat conclu en violation de ces accords, de manière à inciter à leur respect.

- Plus généralement, le Gouvernement exerce une responsabilité particulière : il est le « maître des horloges », en particulier parce qu'il a la maîtrise de l'ordre du jour du Parlement. Or il doit concilier quatre temps différents, qui n'ont aucune raison de s'accorder *a priori* : le temps politique et médiatique, le temps du législateur, le temps des partenaires sociaux et de leur négociation, le temps des entreprises. Accorder ces calendriers entre eux fait partie de l'éthique de la négociation, une éthique qui requiert de dépasser les calculs et les intérêts particuliers, les siens y compris. **Le succès dans la mise en œuvre de la loi du 31 janvier 2007 sur le dialogue social dépendra largement de la manière dont le Gouvernement réussira à accorder entre eux ces différents temps et calendriers.**

13.2. Ouvrir de nouveaux horizons au contrat

Le Conseil d'État estime souhaitable de laisser une plus large place au contrat à la fois comme mode de production de normes et d'action publique. Sans en dresser un inventaire exhaustif, les exemples ci-dessous voudraient surtout indiquer les voies du possible et souligner les conditions auxquelles cette extension sera acceptable.

792 - Les circonstances et conditions dans lesquelles a été obtenu l'accord de 2003 sur la réforme des retraites ont eu des effets induits sur les négociations suivantes et souligné les risques liés à une négociation individualisée.

793 - CE, 13 novembre 1995, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France et autres*, rec. tp. 1045.

794 - D. Aufrère-Philbert, « La rigidité de la procédure en matière d'extension des conventions et accords collectifs », note sous CE, 26 octobre 1988, *Dr. Soc.* 1989, p. 237.

795 - CE, Ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français*, rec. p. 469, *AJDA*, 1984, p. 664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, rec. tp. 1184 ; 8 juillet 1998, *Fédération des chirurgiens-dentistes de France*, requête n° 189244 et 189343, rec. tp. 1184.

796 - J. Barthélémy, « L'accord de méthode de la négociation collective », *Les Cahiers du DRH*, n° 40, 29 juin 2001 et « L'ingénierie de l'accord de méthode », *ibidem*, n° 46, 26 octobre 2001.



13.2.1. En tant que mode de production de normes

En dehors des domaines correspondant aux fonctions régaliennes de l'État, beaucoup se prêtent à un meilleur usage du contrat.

13.2.1.1. Les domaines où le contrat doit demeurer exclu ou marginal

Pour le Conseil d'État, le contrat n'est pas appelé à se développer dans les domaines correspondant aux fonctions de souveraineté (cf. 10.2.2). Ceux de la sanction pénale et de la police, avec quelques nuances (cf. 10.2.2), ont été explicitement délimités. Le raisonnement sous-jacent tient à l'indisponibilité des compétences dévolues aux personnes publiques dans ces domaines ou, ce qui revient au même, à l'exercice unilatéral des attributs de l'*imperium*.

13.2.1.2. Les autorités de régulation

Les autorités de régulation pourraient réserver progressivement une plus large place à la régulation contractuelle, là où elle présente des avantages et répond à une attente des entreprises.

- La CRE pourrait ainsi être autorisée à recourir à la régulation incitative en ce qui concerne la qualité de l'électricité, pour laquelle la réglementation n'impose que des minima, et l'évolution de la productivité.
- Dans le même ordre d'idées, il vient d'être suggéré⁷⁹⁷ que, parallèlement aux procédures de règlement amiable devant le Conseil de la concurrence (cf. 3.1.4.3), les entreprises puissent mettre un terme aux poursuites pénales lorsque leur comportement anticoncurrentiel est également susceptible de recevoir une qualification pénale. De même, a été récemment évoquée l'institution d'une procédure de composition administrative devant l'AMF et sa Commission des sanctions.

Sans préjuger des solutions qui seront retenues dans chaque cas, le Conseil d'État regarde favorablement cette évolution qui tend à assurer une convergence entre la composition administrative et la composition pénale et à reconnaître aux autorités administratives indépendantes une faculté reconnue de longue date aux administrations économiques.

13.2.1.3. En droit fiscal

La matière est très sensible et exige d'avancer avec prudence, même si les grandes entreprises sont particulièrement attentives à cette question. **Au regard des risques d'insécurité fiscale que sont l'instabilité de la norme unilatérale⁷⁹⁸, la combinaison des normes nationales et internationales et le risque d'abus de droit, les recommandations ci-dessous n'auront qu'un effet marginal sur ce problème.**

797 - C'est ce qui se passe avec les autorités investies du pouvoir de déclenchement des poursuites en matière fiscale et douanière. Il s'agirait donc simplement d'aligner la situation des autorités indépendantes sur celle de ces administrations. Le rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires (cf. note 662) comporte une proposition semblable (proposition 19).

798 - Le crédit impôt recherche réputé pour sa complexité et le contentieux abondant qu'il a suscité en est l'exemple emblématique.



Le Conseil d'État suggère deux avancées successives: d'abord transformer les «agrèments fiscaux» sur les prix de transfert en véritables contrats, ouvrant une véritable négociation entre trois parties (le contribuable et les deux États concernés). Le risque est faible pour l'État dans la mesure où les intérêts en présence sont opposés et donc de nature à s'équilibrer et à prévenir les débordements. Ceci permettrait, sur un nombre très limité de cas, de roder un véritable mécanisme contractuel en droit fiscal (durée du contrat, nature de l'engagement de l'entreprise, sanction, mode de révision...) dont on pourrait ainsi vérifier la faisabilité et l'intérêt.

Par la suite et au vu de l'expérience acquise, le Conseil d'État recommande de transformer le rescrit fiscal en un véritable contrat pour lui donner davantage de crédibilité et en faire un élément de l'attractivité du territoire à l'égard des entreprises étrangères. Pour y parvenir, il convient d'éviter de généraliser le principe de l'acceptation implicite par l'administration au terme d'un délai de quatre mois, comme cela est parfois suggéré. Comme on l'a vu (cf. 11.3), le principal intérêt du *ruling fiscal* est d'encourager le dialogue entre le contribuable et l'administration fiscale. La technique de la décision implicite encourage la tendance inverse: ne jamais rencontrer le contribuable et décider sur pièces avant l'expiration du délai, le plus souvent dans un sens négatif. Elle serait donc totalement contre-productive au regard des objectifs recherchés.

La contractualisation du rescrit favoriserait au contraire la négociation entre l'entreprise et l'administration fiscale en amont et ne cantonnerait plus le rescrit à une simple prise de position formelle à l'égard d'une situation de fait. Le rescrit fiscal ainsi conçu pourrait constituer un outil non négligeable dans le développement du dialogue entre l'administration fiscale et les grandes entreprises. L'idéal serait de mettre au point une formule où l'agent ne serait pas laissé seul face à l'entreprise mais pourrait solliciter l'engagement de sa hiérarchie. Le Conseil d'État est en mesure de contribuer à ce travail.

13.2.1.4. La négociation dans la fonction publique

- Une fonction publique qui réserve une place prépondérante à l'acte unilatéral et au statut et une place marginale à la négociation et à son débouché, l'accord, est-elle toujours adaptée? La doctrine en débat à nouveau, comme au début du XX^e siècle: pour certains, le statut légal et réglementaire serait le dernier avatar d'un modèle dépassé de société bureaucratique se refusant à évoluer au risque de scléroser l'appareil d'État; pour d'autres, ce statut reste le plus sûr garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public. Les considérations générales du rapport annuel 2003 du Conseil d'État sur les «Perspectives pour la fonction publique» ont d'ailleurs largement contribué à relancer le débat en identifiant trois voies pour conférer, le cas échéant, une place plus significative au contrat collectif⁷⁹⁹. Le Président de la République

799 - Une voie dite «maximaliste» verrait le basculement d'un grand nombre d'agents d'un régime statutaire et réglementaire dans un régime de convention collective et de contrat de travail. La voie «minimaliste» ajouterait, dans le respect du régime réglementaire et statutaire et en le complétant, un droit d'origine conventionnelle. La voie «intermédiaire» réorganiserait la fonction publique de manière à faciliter la gestion fonctionnelle des agents, sans remettre en cause le bénéfice d'un déroulement de carrière lié à des grades. Les règles de déroulement statutaire de carrière incomberaient au pouvoir réglementaire tandis que la détermination des règles de gestion fonctionnelle pourrait être en partie confiée par la loi à des accords collectifs directement applicables.

s'en est également saisi, émettant le vœu⁸⁰⁰ que « pour certains emplois il serait souhaitable qu'on laisse le choix aux nouveaux entrants entre le statut de fonctionnaire ou un contrat de droit privé négocié de gré à gré. Cela donnerait de la souplesse et du sang neuf. Et cela élargirait les possibilités de choisir ». Il a précisé sa pensée en installant la Commission Larcher sur l'hôpital : « L'hôpital public doit être un des premiers terrains d'application du contrat que j'ai évoqué dans mon discours sur la fonction publique le 19 septembre dernier. Dans certains cas, qu'il faudrait préciser, peut-être à titre expérimental, les praticiens hospitaliers pourraient conclure un contrat de gré à gré avec leur établissement. Ce contrat permettrait d'améliorer la rémunération des praticiens en modernisant le régime de l'activité libérale »⁸⁰¹.

L'inclusion du thème de la rénovation du dialogue social dans les négociations entre l'État et les organisations syndicales de la fonction publique dans le cadre du « Pacte service public 2012 » est particulièrement bienvenue : le débat porte notamment sur les critères de la représentativité des organisations syndicales, le champ de la négociation contractuelle et la valeur juridique des accords conclus.

- Définir des critères plus robustes pour la validité des accords afin d'en conforter la valeur politique constitue une préoccupation légitime, surtout si l'objectif est de renforcer le dialogue social dans la fonction publique. La question de l'ouverture éventuelle d'un droit d'opposition majoritaire aux accords signés⁸⁰² mériterait également d'être débattue et tranchée à cette occasion.
- Le champ de la négociation et de l'accord pourrait être élargi. Une distinction doit être faite à cet égard entre les règles statutaires et les autres. La négociation se conçoit en effet aisément dans toute son ampleur en matière non-statutaire, par exemple pour tout ce qui touche à la détermination des règles de la gestion fonctionnelle des agents. Il n'en va pas de même en matière statutaire. On ne saurait pour autant totalement exclure le recours à l'accord contractuel dans cette matière, par exemple pour encadrer l'évolution des carrières comme l'ont fait les accords Durafour. Dans ce cas, l'accord renverrait à des mesures unilatérales d'application, sans qu'elles puissent le méconnaître. L'accord devrait être soumis à une homologation dans des conditions garantissant le respect du pouvoir réglementaire du Premier ministre. Le champ de la négociation ne peut être déterminé limitativement *a priori* mais devrait au contraire rester assez largement ouvert. Ce sont les conditions de la négociation et de la validation des accords qui devraient en revanche être rigoureusement définies.

Pour que cet élargissement soit fructueux et réponde à une logique de complémentarité entre règles statutaires et accord, la simplification des statuts et la

800 - Allocution à l'occasion de la visite de l'Institut régional d'administration de Nantes le 19 septembre 2007. Le Président de la République a également ouvert un nouveau champ à la négociation collective dans la fonction publique : « La réforme de la rémunération, c'est aussi le développement d'une protection sociale complémentaire qui ne soit pas enfermée dans les statuts et qui puisse faire l'objet d'une négociation collective ».

801 - Allocution prononcée au CHU de Bordeaux le 16 octobre 2007 pour l'installation de la Commission Larcher.

802 - Contrairement à ce qui prévaut dans le secteur privé, il n'existe pas dans la fonction publique de droit d'opposition majoritaire à un accord signé par des organisations minoritaires. Cette question fait actuellement l'objet de débats.

réduction de leur nombre doivent être poursuivis : on ne peut pas raisonnablement demander à la négociation collective de compléter les dispositions applicables à des centaines de statuts différents.

Le champ de la négociation pourrait progressivement inclure des questions touchant à la rémunération⁸⁰³, les conditions de travail, le temps de travail⁸⁰⁴, le déroulement de carrière (formation ; promotion ; reclassement ; reconversion...), l'action sociale et culturelle et la protection sociale complémentaire. L'article 8 du statut général pourrait être modifié en ce sens.

Un des premiers chantiers ouverts à la négociation collective pourrait être de définir le statut des contractuels, en les soumettant soit au droit public, soit au droit du travail.

Il serait également souhaitable de prévoir dans la loi la négociation collective territoriale et peut-être sectorielle⁸⁰⁵, en précisant ce qui peut se négocier au niveau ministériel, régional ou départemental. La décentralisation de la négociation pourrait favoriser la conclusion d'accords homologables : en réduisant le champ d'application de l'accord, elle en faciliterait la conclusion. À cette occasion, le Gouvernement devrait veiller à ce qu'un accord local ne puisse pas déroger aux stipulations plus favorables d'un accord national. Il devrait aussi, lors de leur homologation, pouvoir vérifier, pour en contenir les risques indéniables, que les accords conclus respectent les contraintes légales et réglementaires et ne remettent pas en cause la cohérence des politiques de gestion des ressources humaines.

- Si les accords signés sont aujourd'hui dépourvus de valeur juridique (cf. 9.3.1), il revient au Gouvernement d'effectuer pour l'avenir un choix clair entre deux options : conserver le régime actuel dans lequel l'accord ne possède pas d'existence propre mais s'analyse comme une négociation préalable à l'élaboration d'actes unilatéraux débouchant sur un engagement moral et politique, ou reconnaître à l'accord une valeur juridique propre. Dans cette deuxième hypothèse, la formule serait soit de reconnaître directement cette valeur dès la signature

803 - Au niveau de la négociation interministérielle et dans les trois fonctions publiques seraient négociables ce qui relève de la loi et du statut (garanties et organisation de la carrière, grilles), ainsi que la réforme des primes et des indemnités interministérielles ou propres à chaque fonction publique (indemnité de résidence et supplément familial de traitement). Au niveau de la négociation ministérielle seraient négociables la création de nouvelles primes, la détermination de l'architecture et des plafonds des primes et indemnités ainsi que leur modulation. Au niveau de chaque employeur territorial serait négociable le plafond (égal ou inférieur au plafond précédent) applicable à la collectivité, puis acté dans le cadre d'une délibération.

804 - Sachant que la détermination de la durée hebdomadaire du travail pour les fonctionnaires et agents de l'État n'entre pas dans les garanties fondamentales qui leur sont accordées, elle n'est pas au nombre des matières réservées au législateur et relève du pouvoir réglementaire (CE, Sect., 29 juillet 1983, *Dubasque* (1^{re} espèce) et *Syndicat général CGT des personnels de l'éducation nationale* (2^e espèce), Recueil Lebon, p. 309).

805 - La question mérite d'être également débattue en profondeur car les spécialistes de la fonction publique font observer que les négociations dans la fonction publique suivent un cycle différenciation/rattrapage. Lorsque l'État accorde sous la pression des intéressés des avantages à une catégorie de personnel (la fonction militaire en 1973-1974, la police en 2003), il déclenche à retardement des phénomènes de rattrapage en raison du principe de parité qu'a consacré la grille de rémunération de la fonction publique. Cette logique de différenciation/rattrapage expose ainsi l'État à un risque constant de surenchère et à une dérive du coût salarial.

de l'accord, dans des conditions à préciser, soit de prévoir une homologation (cf. 9.3.2), à condition que l'accord ait été rédigé de telle sorte que son contenu puisse être immédiatement incorporé au droit existant ou qu'il comporte obligation pour la puissance publique de prendre dans un délai déterminé les mesures d'application nécessaires. Couplée avec une négociation davantage décentralisée et avec une simplification statutaire, cette technique permettrait d'accélérer l'entrée en vigueur des accords et conserverait au profit de l'État un pouvoir de contrôle de leur cohérence avec la politique générale de la fonction publique. Elle devrait s'accompagner d'un effort de formation des négociateurs et de rédaction des accords, de telle sorte que ceux-ci puissent devenir immédiatement applicables, sans avoir besoin d'être réécrits. Dans la première hypothèse, des mécanismes de suivi devraient être généralisés dans les accords signés pour crédibiliser leur valeur et l'engagement de l'État de les respecter.

- Pour encourager davantage la négociation collective, il apparaît souhaitable d'**instaurer une périodicité obligatoire pour cette négociation**.

Contrairement à ce qui est prévu pour le secteur privé (cf. 2.1.1), les textes applicables à la fonction publique n'imposent aucune périodicité pour engager une négociation. Malgré les dangers que représenterait l'assujettissement de la négociation sociale à un calendrier entièrement défini par l'État, il est suggéré de préciser la périodicité des rendez-vous obligés et de l'affiner pour tenir compte des spécificités de la négociation dans la fonction publique. La négociation pourrait devenir pluriannuelle sur les mesures générales, par exemple la valeur du point d'indice, en liaison avec les projections budgétaires à moyen terme⁸⁰⁶, et connaître un rythme différent pour le reste, chaque négociation devant elle-même permettre de définir la périodicité optimale par thème.

13.2.1.5. La résolution des conflits

Une des fonctions du contrat étant de mettre fin à des conflits et de pacifier les situations (cf. 7.4.2.1), **le Conseil d'État est favorable au développement des modes non juridictionnels de résolution des conflits**⁸⁰⁷.

- Il a suggéré à cet effet que les personnes morales de droit public soient autorisées à recourir à l'arbitrage pour tout litige opposant les parties au contrat (en excluant donc les tiers), y compris lorsque le contrat est déclaré nul⁸⁰⁸. La

806 - Il serait souhaitable en ce sens d'aligner le rythme de ces négociations sur les grands rendez-vous décisionnels de l'État et des collectivités territoriales. Si la programmation et la gestion budgétaire deviennent triennales, la négociation salariale devrait sans doute s'aligner sur ce rythme. D'autres thèmes de négociation pourraient, comme dans le secteur privé, relever de rythmes différents. Le relevé de conclusions relatif au nouveau cadre des négociations salariales dans la fonction publique signé en février 2008 par cinq organisations syndicales amorce opportunément ce mouvement. Il inclut dans la négociation annuelle l'examen du mécanisme de garantie du pouvoir d'achat, les mesures catégorielles et l'intéressement collectif aux résultats du service.

807 - Les études du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993. Voir aussi sur ce point l'avis du 6 mars 1986 sur l'arbitrage dit « Eurodisneyland » (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 15, p. 175).

808 - Rapport au Garde des Sceaux du groupe de travail sur l'arbitrage, présidé par D. Labetoulle, rendu le 13 mars 2007.



matière couverte inclurait tous les contrats administratifs (DSP, occupation du domaine public, association entre collectivités...⁸⁰⁹), sauf les contrats liant l'administration à son personnel⁸¹⁰. Un projet de loi a été proposé à cet effet, dont l'adoption rapide par le Parlement est souhaitable.

Il ne faut pas se dissimuler toutefois que le recours à l'arbitrage par les collectivités territoriales demeure freiné par des considérations psychologiques et financières : son coût, alors que celui du recours au tribunal administratif est moindre, et la crainte de se voir reprocher par l'opposition de concourir à la privatisation de la justice.

- Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État renouvelle ses recommandations sur la nécessité pour les administrations d'adopter des politiques volontaristes de règlement amiable des litiges, et notamment de conciliation⁸¹¹ ou de transaction lorsque les circonstances s'y prêtent (existence d'un texte les permettant, volume important de réclamations ne posant pas de problème juridique...). Car si le recours à la justice administrative est le plus souvent gratuit pour les administrations, il a un coût pour la collectivité⁸¹². Et la rapidité de règlement des litiges correspond à l'attente première des justiciables. Les administrations devraient donc envisager la négociation d'une transaction, dès que leur responsabilité est engagée de manière certaine et qu'un préjudice est avéré. Les formules de notification des décisions pourraient être utilement revues en ce sens : au lieu d'inviter à saisir directement le tribunal administratif, elles pourraient utilement mentionner cette possibilité. Les préfets devraient avoir pour instruction de ne déférer au juge de la légalité que les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques. Et le ministre des finances devrait rappeler régulièrement aux comptables publics, qui font souvent obstacle à leur exécution, qu'une transaction est un contrat qui doit être honoré. La circulaire de 1995 sur la transaction pourrait être actualisée, en y incluant à destination des comptables publics, l'apport considérable de la jurisprudence depuis cette date. Un effort de même nature est à déployer en

809 - Les marchés publics sont déjà couverts par une disposition spécifique, l'article 128 du code des marchés publics, issu de la loi du 17 avril 1906 qui avait pour objet de favoriser le règlement des litiges nés des travaux liés à l'organisation de l'exposition universelle de 1900. Dans cette matière existent aussi des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics, prévus à l'article 127 du même code.

810 - Sur la répartition des compétences juridictionnelles en matière d'arbitrage, voir TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance*, requête n° 3506, Recueil Lebon, p. 640, *RJEP* 2007, p. 30, concl. J.-H. Stahl.

811 - Illustration récente de cette absence de volontarisme en la matière, le Conseil d'État vient d'annuler, en l'absence d'accord sur une convention entre l'État et le département, un arrêté interministériel mettant provisoirement des services de l'État à la disposition d'un département sans que le mécanisme de conciliation prévu par la loi du 13 août 2004 ait été respecté : la commission nationale de conciliation, au lieu d'examiner chaque situation et de s'efforcer de rapprocher les points de vue avant l'intervention de l'arrêté, s'était bornée à émettre un avis global sur 79 projets de convention de mise à disposition de services sans exercer sa mission (17 octobre 2007, *Département de Haute-Garonne*, requête n° 290258, *Dr. Adm.*, 2007, n° 11, 148, p. 20).

812 - Budgétaire en premier lieu (la section du rapport et des études mène une étude particulière à ce sujet dont les conclusions seront disponibles fin 2008), et d'opportunité : l'encombrement du prétoire par des affaires qui ne le méritent pas retarde le règlement de ces affaires mais aussi par contrecoup celui de toutes les autres, dont celles des administrations.

direction des juges des comptes. Si ces rappels ne suffisaient pas, une loi devrait imposer aux comptables publics l'obligation d'exécuter les transactions.

- Faciliter la résolution des conflits sans avoir besoin de s'adresser au juge constitue également une préoccupation à l'égard du juge judiciaire. Le Conseil d'État est donc favorable, par exemple, à ce qu'en cas de mise en jeu du droit de préemption, le prix puisse faire l'objet d'une négociation et d'un accord pendant toute la phase d'échange des propositions et contre-propositions écrites, afin d'éviter de saisir le juge de l'expropriation⁸¹³.

13.2.2. *En tant que mode d'action publique*

Les attentes à l'égard du contrat sont très fortes dans ce domaine et il convient d'y répondre positivement.

13.2.2.1. *Donner davantage de prix à la signature de l'État : une question de confiance*

Pour s'épanouir pleinement, le contrat nécessite un environnement qui lui soit favorable. C'est-à-dire une société où règne un « ethos de la confiance », concept et réalité européenne analysés par Alain Peyrefitte⁸¹⁴. Fragile, celle-ci ne se décrète pas : « *On ne change pas une société par décret. De toutes les façons, la confiance ne se décrète pas. La confiance ne se commande pas. C'est elle qui commande tout le reste.* »⁸¹⁵

Dans les relations contemporaines, le contrat repose aussi sur le respect de la parole donnée et sur la fidélité aux promesses. Friedrich Nietzsche⁸¹⁶ a mis en évidence la place centrale de la promesse dans l'histoire de la civilisation, force en vertu de laquelle la volonté l'emporte sur le devenir : « *élever et discipliner un animal qui puisse faire des promesses, n'est-ce pas là la tâche paradoxale que la nature s'est proposée vis-à-vis de l'homme ? Combien l'homme, pour pouvoir ainsi disposer de l'avenir, a dû apprendre à séparer le nécessaire de l'accidentel, à pénétrer la causalité, à anticiper et à prévoir ce que cache le lointain, à savoir disposer ses calculs avec certitude, de façon à discerner le but du moyen – et jusqu'à quel point l'homme lui-même a dû commencer par devenir appréciable, régulier, nécessaire, pour les autres comme pour lui-même et ses propres représentations, pour pouvoir enfin répondre de sa personne en tant qu'avenir, ainsi que le fait celui qui se lie par une promesse !* »

Habitué à signer de nombreux contrats, dont de faux qui ne l'engagent pas, l'État a contribué à jeter le doute sur la promesse et sur le contrat : il promet beaucoup et n'honore pas toujours ses engagements. **Promouvoir la civilisation du contrat requiert au premier chef que l'État restaure la confiance dans la promesse et dans le contrat, en se pliant lui-même entièrement à ses règles.** C'est aussi la raison pour laquelle le Conseil d'État est favorable à la

813 - Étude du Conseil d'État, *Le droit de préemption*, La Documentation française, 2008.

814 - *Le sentiment de confiance*, 1947, essai ; *La société de confiance*, 1995.

815 - A. Peyrefitte, *La société de confiance*, Odile Jacob, 1998 (2^e édition), p. 638.

816 - F. Nietzsche, *La généalogie de la morale, deuxième dissertation*.



reconnaissance de la valeur juridique de certaines des conventions signées par l'État et propose de les assortir, si possible, d'une sanction, pour mieux inciter à leur respect.

13.2.2.2. Préciser la valeur des conventions d'objectifs et de moyens conclues à l'intérieur d'une même personne publique

À l'instar du contrat de plan État-région, qui a conquis son autonomie parce qu'il était utile (cf. 4.3), **la convention d'objectifs et de moyens doit voir sa place mieux reconnue au sein de l'administration.**

Outil propice au partage des objectifs et à l'évaluation des résultats, la convention d'objectifs et de moyens peut ou doit devenir un **outil de gestion interne de l'administration au même titre que la circulaire dans l'ordre unilatéral.** La liberté d'organisation interne de l'administration est en effet incomplète à l'heure actuelle et bancal : il lui manque un outil d'organisation et de gestion conventionnel ou négocié. Si l'arrêt *Jamart*⁸¹⁷ reconnaît aux ministres, comme à tout chef de service, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité, cet arrêt ne limite pas formellement aux actes unilatéraux la nature des mesures d'organisation qu'ils peuvent prendre. La doctrine a interprété la jurisprudence comme limitant ce pouvoir à celui de prendre des arrêtés, des circulaires ou des notes de service mais n'a jamais envisagé l'hypothèse des mesures d'organisation négociées ou conventionnelles. S'agissant de régler la situation des usagers, ce pouvoir existe pourtant déjà à travers les actes mixtes ou les règlements à élaboration contractuelle.

Il s'agit donc tout simplement de tirer les conséquences de l'existence de deux grands types de normes à la disposition de l'administration, l'acte unilatéral et l'acte négocié, et d'admettre, dans la ligne de la jurisprudence *Jamart*, que l'administration peut déterminer son organisation interne aussi bien par mesure conventionnelle que par mesure unilatérale.

En attendant, la pratique assez répandue du contrat d'objectifs et de moyens repose sur une base juridique extrêmement fragile (cf. 7.4.1.1), qui pourrait rapidement devenir source de déconvenues ou facteur de démobilitation pour leurs signataires et pour les agents, si la valeur attachée à cet indispensable outil de gestion et de réforme des services publics n'était pas confortée⁸¹⁸. À cet égard, le Conseil d'État ne peut que mettre en garde sur l'utilisation, de plus

817 - CE, Sect., 7 février 1936, rec. p. 172, *GAJA*, 16^e édition, n° 50, p. 314.

818 - Pour une description de ce risque et du malaise, voir le Rapport annuel des inspections générales des ministères de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche, La Documentation française 2008, qui souligne la double déception des établissements publics locaux d'enseignement devant un « contrat » où seul l'établissement s'engage (p. 44) et des établissements publics de recherche (p. 176-179). Le rapport suggère qu'un texte vienne définir le « plan d'orientations stratégiques » et le « contrat d'objectifs et de moyens » en soulignant que « *la confusion qui règne actuellement entre ces différentes démarches et leurs contenus ne sert pas la mise en valeur du processus contractuel* » (p. 181). Il propose d'ailleurs des pistes quant au contenu de ce contrat (p. 183) : possibilité d'inclure des scénarios (bas, médian, haut) et une révision annuelle, et interdiction de toute modification unilatérale des moyens sans révision corollaire des objectifs.



en plus fréquente, des indicateurs inclus dans les conventions comme élément d'assiette pour le calcul de l'intéressement des agents aux résultats. Si ce lien n'est pas critiquable en soi et fait partie des mécanismes d'incitation au respect de la convention (cf. 7.1.2.2), ces « contrats » n'ayant aucune valeur juridique et pouvant être remis en cause à tout moment, y attacher une sanction financière n'est pour le moment guère cohérent avec leur statut juridique et ne pourrait donc que susciter des difficultés d'application en cas de remise en cause unilatérale.

Plusieurs formules s'offrent pour reconnaître une valeur à la « convention d'objectifs et de moyens » (cf. 13.4.1). On pourrait envisager de la traiter comme un « vrai contrat » et interdire à l'un des signataires de la remettre en cause ou de la modifier sans l'accord de l'autre ou sans nouvelle négociation⁸¹⁹. Ce n'est pas la voie privilégiée par le Conseil d'État qui estime contre-indiqué d'introduire du droit et des possibilités de sanction juridique ou de contestation dans un domaine qui relève essentiellement des techniques de management et où ce serait contre-productif⁸²⁰. L'autre voie consiste à préciser la règle du jeu de ce qui, sans être un véritable contrat, est une convention (cf. 13.4.1), prenant acte du concours de deux volontés poursuivant un même but ou des objectifs semblables : utiliser au mieux des ressources publiques identifiées, humaines et financières, pour améliorer le service rendu au public. Plusieurs formules sont envisageables pour renforcer la confiance dans cet outil de gestion : prévoir une procédure de dénonciation à la diligence des signataires ; introduire un mécanisme obligatoire de révision des objectifs si les moyens devenaient, en cours de route, inférieurs à ceux initialement prévus ; prévoir systématiquement dans la convention un mécanisme contractuel de pénalités prédéfinies si l'une des parties ne tenait pas ses engagements ; instituer en dernier recours un mécanisme d'arbitrage interne à la collectivité pour résoudre les éventuels différends, une fois épuisées toutes les autres solutions. Ces différentes options sont à débattre.

Les négociations relatives aux conventions d'objectifs et de moyens devraient également servir à l'État de laboratoire d'essai à la négociation des objectifs et des indicateurs de performance qui y sont associés en matière d'action publique. Dans le cadre de la LOLF, de tels indicateurs ont été fréquemment élaborés de manière unilatérale au sein de l'État. Or chacun sait d'expérience que des indicateurs, retenus autant en fonction de la disponibilité des éléments statistiques nécessaires à leur calcul que de leur pertinence, donnent une représentation encore imparfaite de la réalité et de la performance publique. L'association de l'expertise externe est, ici encore, indispensable (cf. 12.1.2). Comme par ailleurs, les indicateurs de performance deviennent dans la société contemporaine une source de normativité aussi importante que les lois et règlements, ne

819 - L'administration n'étant pas obligée de s'organiser par voie conventionnelle, il lui suffit, si elle veut conserver à tout moment la faculté de modification unilatérale de l'organisation, d'opter pour l'acte unilatéral, de nature réglementaire ou individuelle (du type lettre de mission au chef de service). Il serait en revanche peu recommandable d'encourager la signature de conventions, même internes à l'administration, dans lesquelles une seule des volontés pourrait unilatéralement dicter sa loi à l'autre.

820 - Sur l'immunité juridictionnelle des mesures d'organisation interne du service, voir R. Schwartz, « Le pouvoir d'organisation du service », numéro spécial, « Le service public », *AJDA*, 1997, p. 47.

serait-ce qu'à l'égard des agents, leur négociation s'imposera tôt ou tard. L'État doit donc s'y préparer.

S'agissant du cas particulier de la convention d'objectifs et de moyens au sein de la juridiction administrative (cf. 1.4.3), cinq recommandations peuvent être formulées pour l'avenir.

Les conventions d'objectifs et de moyens doivent pouvoir être couplées avec une projection et adossées à une sécurisation à moyen terme des ressources budgétaires. Si la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qui couvrait la période 2003-2007, ne peut plus servir de point d'appui à cet égard, le cadre approprié pourrait être fourni par la programmation budgétaire triennale dont la mise en place est prévue dès 2009.

À l'avenir, les conventions d'objectifs et de moyens devraient être réservées aux juridictions qui, comme les cours administratives d'appel lors de la signature de la première génération de contrats, se trouvent dans une situation justifiant un apport substantiel de moyens nouveaux. Tel est notamment le cas des juridictions d'Ile-de-France. La durée de ces conventions devrait en principe être identique à celle des projections sur lesquelles elles s'appuient, soit trois ans. Mais il serait préférable de définir des objectifs sur six ans, impératifs sur une première période de trois ans, indicatifs sur la période suivante avec, au-delà de la clause d'ajustement annuel habituelle – qui en principe n'est activée qu'en cas de bouleversement des conditions ayant présidé à la conclusion de la convention – un réexamen des objectifs et donc des moyens à mi-parcours.

Pour les autres juridictions, la démarche de gestion par objectifs, qui ne justifie pas la signature de conventions d'objectifs et de moyens proprement dites, devrait se traduire par la mise en place de projets de juridiction synthétisant, annuellement, l'accord entre le Conseil d'Etat, gestionnaire, et la juridiction, sur les moyens alloués et les objectifs retenus.

Pour renforcer leur portée et leur effet incitatif, les conventions d'objectifs et de moyens, tout comme les projets de juridiction, pourraient être rendus publics. Ces conventions ou projets étant conclus dans l'intérêt direct des usagers (la puissance publique y stipule en vue de l'amélioration du service rendu aux usagers mais en leur absence), leur publication contribuerait à ce qu'ils soient mieux définis, évalués et respectés. Elle pourrait déboucher sur un suivi périodique avec les professions intéressées (auxiliaires de justice, professions judiciaires...).

Un travail en profondeur devrait également être mené en matière d'indicateurs. Aux indicateurs quantitatifs devraient s'ajouter des indicateurs mesurant la qualité de la justice rendue. Cette préoccupation, déjà prise en compte par les indicateurs budgétaires généraux de la juridiction administrative⁸²¹, mériterait d'être renforcée et, sans doute, mise en œuvre juridiction par juridiction. De même l'évaluation de l'efficacité de la juridiction administrative pourrait être affinée. Compte tenu de ses difficultés, cette double démarche gagnerait à être conduite en coopération avec les juridictions administratives étrangères confrontées au même défi.

821 - Aux indicateurs de flux et de stocks s'ajoutent des indicateurs de délais, ou encore de taux d'appel et de pourvoi en cassation.

Par ailleurs, après un retour à la normale s'agissant des délais de jugement, l'effort pourrait porter sur la formalisation du calendrier de la procédure⁸²² qui serait communiqué dès le départ à tout justiciable et aux auxiliaires de la justice administrative. Couplée avec un accès direct à l'information sur la situation du dossier, chaque juridiction devrait pouvoir communiquer très tôt le plan d'instruction de l'affaire et donner en conséquence une date indicative de jugement dont il appartiendrait ensuite au président de chambre d'assurer le respect. Ceci suppose en amont – mais la justice administrative en est proche – une excellente capacité à identifier à l'enregistrement des affaires et à les trier selon leur nature, leur difficulté prévisible et leur urgence.

13.2.2.3. Reconnaître une valeur juridique aux conventions de programme

Le Conseil d'État estime que la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales a changé la donne⁸²³ et rend désormais incongru que l'État puisse, sans aucune conséquence, se soustraire à des engagements qui conditionnent le développement des territoires.

La proposition formulée ci-dessus pour les conventions d'objectifs et de moyens (cf. 13.2.2.2) vaut donc aussi pour ces conventions de programme⁸²⁴. À deux différences près. D'une part, ces conventions peuvent comporter des engagements, s'ils sont précis (cf. 7.1.2.2). D'autre part, si elles sont conclues entre deux personnes publiques, le recours au juge ne peut être écarté. Il serait donc souhaitable que ces conventions incorporent obligatoirement un dispositif de sanction préalablement négocié entre les parties, qui serait déclenché, et lui seul (cf. 7.1.2.2), par le recours au juge en cas de conflit non résolu par la transaction.

13.2.2.4. Préciser la place du contrat dans la gestion des agents publics

En ce qui concerne les contrats individuels de travail, aucune suite n'a encore été donnée aux propositions formulées dans le rapport 2003 du Conseil d'État sur la fonction publique quant au contrat d'affectation⁸²⁵.

En revanche, des progrès nombreux ont été enregistrés depuis 2003 dans le sens de la personnalisation de l'évaluation et du déroulement de carrière des

822 - La notion de « contrat de procédure » ne paraît pas appropriée, s'agissant seulement d'une indication de calendrier prévisionnel qui n'a rien de contractuel. Mais elle est fréquemment utilisée par les avocats et cette notion leur est familière. Elle est écartée ici, par souci de cohérence avec les recommandations figurant au 13.4.1, mais elle y correspond bien.

823 - E. Fatôme et J. Moreau, « L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA*, 1990, p. 142 ; P. Janin, « Sécurité juridique et contractualisation de l'action publique », 28 juin 2004 (<http://www.laloupiote.net/DLT>).

824 - Comme la convention d'objectifs et de moyens, la convention de programme ne devrait pas forcément être assimilée à un contrat puisqu'elle peut ne pas comporter d'obligations au sens juridique. Si elle n'en comportait pas, il s'agirait seulement de croiser ou de prendre acte du concours de volonté de plusieurs collectivités poursuivant ensemble un même objet ou un même but : comment utiliser au mieux l'investissement public pour développer un territoire donné ?

825 - Il consisterait à prévoir, en complément à la situation statutaire du fonctionnaire, un contrat de droit public lié à l'emploi occupé. Ce contrat, précédé d'une négociation ou d'un échange de vues préalable entre le fonctionnaire et l'autorité gestionnaire, définirait ou prendrait acte des engagements réciproques et préciserait les éléments suivants : caractéristiques de l'emploi, objectifs et moyens affectés, durée de l'affectation.



fonctionnaires et agents. Les statuts d'emploi se sont multipliés, qui permettent d'accueillir en théorie au moins des salariés détachés du secteur privé. L'entretien professionnel annuel va pouvoir remplacer, pour la fonction publique d'État, à titre expérimental entre 2007 et 2009, la notation en vertu de l'article 58 de la loi du 2 février 2007 pour apprécier la valeur professionnelle des fonctionnaires. Des entretiens pluriannuels de déroulement de carrière commencent également à être mis en œuvre. La personnalisation des objectifs et de la rémunération des directeurs d'administration centrale a été expérimentée et sera bientôt étendue aux sous-directeurs et chefs de service... Et pour faciliter la mobilité et les reclassements, il est également envisagé de créer par la loi une variante de la position d'activité, la position «en situation de réorientation professionnelle», inspirée du contrat de transition professionnelle en cours d'expérimentation dans le secteur privé (cf. 2.3.2) et qui permettrait au fonctionnaire de bénéficier d'actions de formation ou de reconversion professionnelles et d'exercer des missions temporaires durant deux ans au plus. En d'autres termes, si de nombreuses avancées ponctuelles sont en cours au sein de la fonction publique, la question de l'articulation du statut et du contrat dans la gestion individuelle des fonctionnaires et dans la gestion de l'emploi n'a pas avancé depuis 2003.

En ce qui concerne les CDI de droit public, il appartient à l'État de préciser rapidement les règles du jeu quant à la mobilité. En théorie, l'État employeur est unique : un CDI recruté par l'État devrait, quel que soit le département ministériel concerné, bénéficier, toutes choses égales d'ailleurs, d'une continuité de son contrat en cas de changement de service ou de ministère. Ce n'est pas encore vraiment le cas car les règles de gestion découragent cette forme de recrutement en multipliant les obstacles à la mobilité⁸²⁶. Bref, il devient urgent d'apporter des réponses claires à toutes les questions touchant à la continuité des missions ou des contrats ainsi qu'à leurs conditions de conclusion, de reconduction ou de renouvellement. L'avis rendu à la demande du Gouvernement par la section des finances le 11 mars 2008 fournit d'utiles indications en ce sens.

Ces questions de mobilité fonctionnelle et géographique doivent aussi retenir l'attention du Gouvernement s'il souhaitait développer le recours aux agents contractuels. En effet, il importerait alors d'inclure dans les contrats des clauses de mobilité géographique et fonctionnelle afin de ne pas paralyser la gestion du service en donnant aux agents un droit de refus de toute mutation dans l'intérêt du service.

En dehors de cela, le Conseil d'État n'a pas identifié la nécessité de créer de nouveaux contrats pour la fonction publique, à une réserve près : le contrat d'engagement temporaire, qui n'existe pas aujourd'hui dans la fonction publique, pourrait répondre, en complément aux vacataires, à des besoins ponctuels comme le remplacement des titulaires absents. Cette adaptation devrait faciliter le fonctionnement du service public, sans remettre en cause la construction statutaire de la fonction publique.

826 - Les règles de reprise d'ancienneté ne sont pas appliquées de façon homogène d'une administration à une autre. De même, la portée des clauses d'affectation territoriale ne fait pas l'objet d'une interprétation uniforme en cas de changement d'affectation. Autre difficulté à résoudre : comment articuler la priorité reconnue aux titulaires en cas de vacance d'emploi avec le souci de favoriser une carrière pour les CDI qui se présenteraient pour combler cette vacance d'emploi ?



13.3. Mieux articuler le droit communautaire et le droit national

Les nouvelles règles communautaires relatives à la passation des marchés publics (cf. 10.1.1.3) ont, pour l'essentiel, été prises en compte par le droit national mais laissent pour le moment sans réponse définitive plusieurs difficultés. Leur résolution nécessite des efforts conjoints pour que le droit communautaire n'ait pas pour conséquence paradoxale de rendre caduques des formes de contrat qui ont, dans la longue durée, démontré leur utilité en droit national ou de limiter sans raison la liberté d'organisation des collectivités publiques prévue par les traités. Dans le même ordre d'idées, le débat ouvert en 2005 par la directive services n'est pas clos et de nouvelles précisions restent nécessaires sur le régime des services sociaux d'intérêt général (SSIG).

13.3.1. Rendre compatibles droit national et droit communautaire pour tous les contrats relatifs à la commande publique

Plusieurs types de contrats font actuellement l'objet de débats entre les autorités nationales et les autorités communautaires⁸²⁷ : les concessions d'aménagement, les concessions, les marchés de définition, les contrats de partenariat et les conventions qui devraient régir les relations entre les EPCI et les communes membres.

13.3.1.1. Les concessions d'aménagement

Concluant la procédure lancée par la Commission le 5 février 2004, la CJCE a récemment jugé⁸²⁸ la réglementation française des concessions d'aménagement⁸²⁹ contraire aux règles établies par la directive 93/37 du 14 juin 1993 sur les marchés publics de travaux⁸³⁰. À cette occasion, elle a considéré que le paiement

827 - La Commission a également ouvert en mars 2005 une procédure contre la France pour transposition inadéquate des directives « recours » de 1989 et 1992 sur deux points : le maintien des articles 44-I du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, 46-I du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, 80-I-1° du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 et 1441-1 du nouveau code de procédure civile ne permettrait pas au candidat évincé de pouvoir former un recours précontractuel utile dans les dix jours séparant la notification de la décision d'attribution à tous les candidats et la signature du marché. La Commission vient d'adresser le 31 janvier 2008 son avis motivé avec mise en demeure de prendre les mesures nécessaires dans un délai de deux mois.

828 - CJCE, affaire C-220/05, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, rec. CJCE I, p. 389 ; BJCP 2007, p. 184, concl. J. Kokott ; *AJDA*, 2007.167, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDP*, 2007, p. 1329, note S. Braconnier.

829 - E. Fatôme et L. Richer, « La procédure de passation des concessions d'aménagement », *AJDA*, 2007, p. 409. P. Bernard, « Défendre les conventions publiques d'aménagement », *Et. fonc.*, n° 95 janvier-février 2002 ; N. Hachache, « L'aménagement français dans le collimateur de Bruxelles », *Mon TP*, 15 mars 2002, p. 58 ; Llorens et Soler-Couteaux, « Les conventions d'aménagement de la loi SRU sous les feux de Bruxelles », *Contrats et marchés publics*, décembre 2001, p. 3 ; Sestier, « L'aménagement conventionné à l'aune du droit communautaire », *CJEG*, 2002, p. 591.

830 - Pour le Conseil d'État, la consultation destinée à sélectionner l'aménageur n'a pas pour objet la passation d'un marché public ou l'attribution d'une délégation de service public (CE, 29 mai 2000, *SCP d'architectes Legleye*, rec. p. 190 ; CE, 29 avril 2002, *Soc. APSYS innervation*, rec. p. 158 ; *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 322 et suiv.). Et l'administration est libre de choisir l'aménageur (CE, 26 mars 1997, *Commune de Sceaux*, requête n° 129943). Une bonne partie de la doctrine voyait en revanche dans la plupart de ces contrats, avant l'intervention de cette jurisprudence, des délégations de service public.

d'un prix par l'usager ne suffisait pas à caractériser le risque pesant sur l'opérateur économique titulaire du contrat. Privilégiant une analyse de l'économie générale du contrat, la Cour juge que le risque peut faire défaut lorsque le pouvoir adjudicateur supporte une part substantielle de l'aléa économique, même si l'opérateur se rémunère principalement par le biais de redevances perçues sur les usagers⁸³¹. En d'autres termes, procédant à une opération analogue à celle que pratique le juge national (cf. 7.3.2), la CJCE requalifie en marché public de travaux une concession dans laquelle le concessionnaire ne supporte pas le risque d'exploitation.

La loi n°2005-809 du 20 juillet 2005, tirant les conséquences de la procédure communautaire et de la jurisprudence administrative, soumet désormais les concessions d'aménagement à une règle de publicité et de mise en concurrence spécifique, permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, qui n'est pas alignée sur celle des délégations de service public, dont les modalités relèvent du décret en Conseil d'État. Le décret n°2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires⁸³² ne régit toutefois que les concessions comportant une rémunération du concessionnaire substantiellement liée aux résultats de l'opération d'aménagement⁸³³ (article R. 300-11 du code de l'urbanisme), ce qui correspond à la définition de la DSP (cf. 1.2.1). En définitive, les « véritables » concessions d'aménagement sont assimilées à une telle délégation et sont désormais soumises à une publicité et à une mise en concurrence dont les modalités s'inspirent très étroitement de celles prévues par la loi du 29 janvier 1993, conforme aux exigences du droit communautaire. Et les « fausses » concessions d'aménagement au regard du droit communautaire comme du droit national sont quant à elles soumises aux procédures de publicité et de mise en concurrence du code des marchés publics.

13.3.1.2. Le régime des concessions

La question du régime juridique applicable aux concessions de services et celle du libre choix du concessionnaire par l'autorité concédante se pose aussi (cf. 7.2.5), la jurisprudence communautaire ayant de plus en plus tendance à aligner le régime des concessions sur celui des marchés publics (Laurent Richer, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2007, p. 2225).

831 - Le droit national des contrats administratifs comporte des contrats complexes (P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, numéro spécial, p. 43 ; M.-Ch. Bréchon-Moulènes, « Droit des marchés publics », *Le Moniteur*, II, p. 600-3), que le droit communautaire a tendance à scinder. Ceci constitue l'un des nombreux problèmes d'articulation entre droit national et droit européen.

832 - R. Schwartz, « Le décret sur les concessions d'aménagement », *BJCP*, n° 48, p. 322.

833 - La concession d'aménagement étant définie par le décret comme un contrat portant sur une mission de service public et dans lequel le cocontractant est rémunéré substantiellement sur les résultats de l'exploitation, on retrouve les éléments de la définition de la DSP (cf. 1.2.1). Autrement dit, les concessions d'aménagement qui seraient assimilées à un marché public en vertu du droit communautaire (marché public ou concession de travaux ou marché public de services selon leur objet principal et l'étendue du risque économique assumé par le concessionnaire) ou du droit national (concession dans laquelle l'aménageur serait par exemple dispensé du paiement de la taxe locale d'équipement) seront soumises à la procédure de passation des marchés publics.

La Commission a d'abord adopté plusieurs communications interprétatives sur les concessions⁸³⁴, la communication constituant l'une des méthodes utilisées par elle pour clarifier le régime juridique des différentes catégories de contrats et mettre en harmonie droit national et droit communautaire. Puis elle a entrepris d'élaborer un projet de directive imposant notamment le dialogue compétitif pour le choix du concessionnaire (cf. 7.4.1.5).

Dans sa réponse du 16 juillet 2007 au questionnaire relatif à une initiative de la Commission visant l'élaboration d'un projet de directive en matière de concession (CC/2007/12), le Gouvernement français a fait valoir que cette dernière se distingue fondamentalement du marché public à un double titre (mode de financement et présence d'obligations de service public), que la définition de la concession en droit communautaire est floue et trop proche de celle du marché public⁸³⁵, que la notion de risque est insuffisamment précise, que la procédure du dialogue compétitif n'est pas adaptée à la négociation d'une concession (puisque le besoin est parfaitement identifié et qu'il faut une procédure de négociation *sui generis* avec publicité) et qu'il n'est pas souhaitable de fixer un plafond automatique de durée, celle-ci devant être adaptée au montant de l'investissement initial. La réponse française insiste aussi sur la nécessité de conserver, avec des seuils d'application différents, une proximité entre la définition de la concession de travaux et la concession de services tant celles-ci sont imbriquées dans la réalité, alors que la directive de 2004 et la jurisprudence de la CJCE tendent à dissocier leurs procédures de négociation et de passation.

Finalement, il semble que la Commission ait provisoirement renoncé à présenter son projet de directive face à l'opposition des États membres et du Conseil à tout alignement du régime des concessions sur celui des marchés publics. Si les autorités françaises restent favorables à une directive qui prendrait en compte la spécificité de la concession et de son régime juridique, elles ne le sont pas à une directive qui rapprocherait la concession du marché public (cf. 7.4.1.2 et 13.3.1.6). Le Conseil d'État partage ce point de vue.

Ce report ouvre une période propice au dialogue des juges. Car, en matière de concession, les difficultés rencontrées sont surtout d'origine jurisprudentielle : un certain flou continue à régner en droit français sur la notion caractérisant la DSP, celle de « rémunération substantiellement assurée par l'exploitation » (cf. 1.2.1) ; en droit communautaire, la jurisprudence de la CJCE fait appel, pour définir la concession, à la notion de « transfert du risque économique », élément qui ne figure pas dans la définition qu'en donne la directive 2004/18 (cf. 13.3.1.6), et tend à requalifier en marché toute concession ne répondant pas

834 - Communications interprétatives sur les concessions en droit communautaire, Commission européenne, 12 avril 2000 (2000/C 121/02) et 29 avril 2001 (*JOCE*, 29 avril 2001).

835 - Elle souligne notamment que la jurisprudence de la CJCE et du Conseil d'État ont, en se référant à la notion de contrepartie économique à l'exécution d'une prestation, trop élargi la notion de prix payé par un pouvoir adjudicateur en contrepartie d'une prestation telle qu'elle est utilisée pour caractériser le marché public. De ce fait, la distinction entre la notion de prix et de droit d'exploiter un ouvrage ou un service s'est estompée, brouillant davantage les catégories du marché public et de la concession. Et la notion de « droit d'exploitation assorti d'un prix » qui figure à l'article 1^{er} - 4 de la directive de 2004 pour définir la concession encouragerait davantage encore cette confusion.



à ce critère, c'est-à-dire pratiquement toute concession au sens des droits nationaux. La solution aux difficultés actuelles passe donc par une clarification de la part des juges de la frontière entre marché public et concession, à la fois en droit national et en droit communautaire.

13.3.1.3. Le marché de définition

La conformité au droit communautaire du marché de définition fait débat. En liant un marché de définition et un marché de réalisation, sans procéder, au stade du second marché, à une nouvelle mise en concurrence au-delà du cercle des titulaires initiaux du marché de définition, les articles 73 et 74.IV du code des marchés publics (2004 et 2006) sont-ils compatibles avec les articles 2, 28 et 31 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et avec les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les prestataires de services⁸³⁶ ?

Pour tenir compte de la jurisprudence de la CJCE relative à une procédure comparable⁸³⁷, l'article 74 du code des marchés publics a été modifié sur ce point en 2006. La procédure unique prévoit désormais que le pouvoir adjudicateur définit l'objet des marchés de définition et d'exécution ultérieurs dans l'appel public à la concurrence, précise les critères de sélection des candidats et des offres pour les différents marchés et globalise les montants des prestations de définition et d'exécution à comparer aux seuils communautaires.

Malgré cette modification du code, un avis motivé a été transmis par la Commission à la France le 27 juin 2007, qui reprend des griefs anciens, déjà formulés dans un avis motivé du 18 octobre 2004, dans deux lettres des 17 juin 2005 et 16 mars 2006 et dans une mise en demeure complémentaire du 15 décembre 2006. Pour la Commission, qui se réfère à la même jurisprudence de la CJCE, le marché de conception et le marché de réalisation sont deux marchés distincts qui ont chacun leur objet et leurs propres critères d'attribution et il serait impossible de fixer dès le marché de définition les critères d'attribution du marché de réalisation.

Au cours de la phase précontentieuse, la France a répondu le 14 août 2007 que la Commission avait déjà validé cette procédure en 1998⁸³⁸ et que cette dernière respectait en tout point les exigences communautaires. En outre, cette réponse

836 - P.-Y. Monjal, « Quel avenir pour les marchés de définition au regard du droit communautaire ? », *AJDA*, 2007, p. 2293. L'auteur fait observer de manière incidente que la procédure européenne, qui reste confidentielle et ne permet pas de connaître exactement la position des uns et des autres, accroît les risques d'instabilité juridique pour les collectivités territoriales, principales utilisatrices de ce type de contrat, qui restent étrangères au débat. Il penche, au vu de la décision de la CJCE *Commission c/ France*, n° C-340/02 du 14 octobre 2004, rendue au sujet d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage attribué de gré à gré au lauréat d'un concours d'idée, pour l'hypothèse de la contrariété du CMP avec la directive. Selon lui, la jurisprudence de la CJCE oblige à définir clairement pour chaque marché successif et indépendant l'objet et les critères d'attribution de chacun d'eux.

837 - CJCE, affaire C-340/02, *Commission c/ France*, rec. 2004, p. I-9845.

838 - À l'occasion d'une contestation portant sur la réalisation du métro de Rennes (avis motivé n° C (1998) 345 final du 5 mars 1998).

invoque le considérant 3 de l'exposé des motifs de la directive 2004/18 (« *Ces dispositions de coordination devraient respecter, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des États membres* ») et l'article 28 de cette directive, éclairé par cet exposé des motifs, qui dispose que « *Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive* ».

Le marché de définition ayant fait, comme tous les autres, l'objet d'une adaptation lors de la transposition de la directive de 2004, le Gouvernement soutient qu'il a conservé cette procédure, ancienne, dans le droit national, comme il en avait le droit, car celle-ci répond à un besoin spécifique, notamment en matière d'aménagement urbain et de grands projets d'infrastructure, auquel ne répond pas le dialogue compétitif (cf. 7.4.1.5).

Quelle que soit l'issue de la procédure engagée⁸³⁹, cette affaire illustre le décalage subsistant entre le droit communautaire – qui n'a prévu dans la directive 2004/18, pour la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, que la dérogation du concours, en amont de la passation d'un marché de réalisation – et le droit national qui comporte une plus grande variété de contrats ayant le même objet, les marchés de définition ou de conception-réalisation par exemple, et maintient une liberté de choix plus large en la matière (cf. 7.4.1.5 et 10.1.2.2). L'articulation entre droit national et droit communautaire pose en la matière une double question théorique et pratique aux autorités nationales. Théoriquement, le principe de la liberté contractuelle devrait conduire les autorités communautaires à admettre que les États membres conservent ou se dotent de contrats spécifiques⁸⁴⁰, pourvu qu'ils soient compatibles avec les règles fondamentales du traité et avec les directives de 2004. Pratiquement, les États membres qui continuent à utiliser une grande variété de contrats administratifs peuvent hésiter sur la meilleure manière de s'assurer, type de contrat par type de contrat, de la compatibilité entre droit national et droit communautaire. Faut-il en rester au plan des principes constitutionnels et camper fermement sur le socle de la liberté contractuelle, en supportant le risque de l'insécurité juridique au regard du droit communautaire ? Faut-il de manière paradoxale au regard de ce qui est indiqué dans la directive 2004/18 encourager la Commission à reprendre à son compte les variétés de contrats utilisés dans les États membres pour en valider l'existence et en conforter le régime juridique au niveau supérieur de l'Union, l'exemple du projet de directive sur les concessions illustrant cette démarche apparemment contradictoire avec le principe national de la liberté contractuelle et avec la possibilité de maintien des pratiques contractuelles en vigueur dans les États membres ?

839 - La Commission a saisi la CJCE d'un recours en manquement contre les dispositions de l'article 73 du code des marchés publics (AJDA, 2008, p. 440).

840 - Du point de vue de l'ordre constitutionnel français, cette question ne se discute plus, compte tenu de la valeur désormais constitutionnelle reconnue à la liberté contractuelle (cf. 10.1.2.1). Du point de vue de l'ordre communautaire, elle ne se discute pas non plus si on admet que l'ordre juridique communautaire s'impose à tous les États membres. Pour un juge français comme le Conseil d'État, ce débat pourrait poser la question délicate de l'articulation entre l'ordre juridique constitutionnel et l'ordre juridique communautaire.



Cette affaire met en évidence l'utilité pour les États membres et pour l'Union européenne de se doter d'un mécanisme permettant de lever beaucoup plus rapidement qu'aujourd'hui les incertitudes juridiques, préjudiciables au bon fonctionnement du marché intérieur, pesant sur le sort d'un type de contrat. Attendre durant plusieurs années l'issue du débat contradictoire avec la Commission⁸⁴¹ puis un arrêt de la CJCE⁸⁴² n'est pas une solution satisfaisante pour les opérateurs économiques, les collectivités territoriales et les grandes administrations nationales. Cet indispensable mécanisme reste à définir entre les autorités nationales et les autorités communautaires.

13.3.1.4. Les contrats de partenariat

À la suite, d'une part, des lignes directrices publiées en avril 2003 et du Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions⁸⁴³ et, d'autre part, d'une demande du Parlement⁸⁴⁴, la Commission, comme elle l'avait fait précédemment pour les concessions, vient d'adopter le 5 février 2008 une communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)⁸⁴⁵. Après avoir rappelé qu'il n'existe pas au niveau communautaire de réglementation spécifique régissant la mise en place de PPPI, elle y aborde notamment la question de la procédure transparente et concurrentielle à suivre pour sélectionner les bénéficiaires des contrats de partenariat en s'inspirant de la directive de 2004/18 et de la jurisprudence de la CJCE. Selon le type de mission attribuée au PPPI, les directives marchés publics ou les principes généraux du traité s'appliquent à la sélection du partenaire privé, étant souligné qu'une double procédure pour la sélection de ce partenaire et pour l'attribution subséquente du marché ou de la concession est considérée comme difficilement praticable.

La qualification du contrat de partenariat au regard du droit communautaire peut varier selon l'objet principal du contrat. En effet, statuant sur la légalité de l'ordonnance du 17 juin 2004, le Conseil d'État, prenant en compte l'objet du contrat et les modalités de rémunération du cocontractant, a jugé que le contrat de partenariat constituait un marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004⁸⁴⁶, sans qu'il soit pour autant soumis au code des marchés publics en France. Mais il s'est abstenu de préciser de quel marché public il s'agissait, de travaux, de fournitures ou de services (cf. 7.4.1.2), cette qualification dépendant

841 - On ne peut passer non plus sous silence l'autre mode de vérification de cette compatibilité, à la seule initiative de la Commission, l'avis motivé et le recours en manquement auprès de la CJCE. Il semble d'après certains observateurs que, devant le blocage de ses projets de textes nouveaux, la Commission ait choisi de privilégier cette voie.

842 - Les délais de réponse aux questions préjudicielles sont actuellement de l'ordre d'un an et demi. Et la mise en place, bienvenue, d'une procédure préjudicielle d'urgence pour les questions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, n'apportera pas la réponse attendue en ce qui concerne une sécurisation juridique plus rapide des contrats publics.

843 - COM (2004) 327 final du 30 avril 2004, et COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005.

844 - P6_TA (2006) 0462, paragraphe 35.

845 - C (2007) 6661.

846 - CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, rec. p. 399 avec concl. D. Casas.

au cas par cas des stipulations du contrat et de son objet principal : contrat mixte décomposable en une série de prestations, son « point de gravité » peut en effet varier. Sans avoir la nature d'un marché public en France et soumis à une procédure spécifique de négociation (cf. 7.2.1), il pourrait donc être qualifié en droit communautaire de marché public de services si le préfinancement du contrat en était l'objet principal, de marché public de travaux si la réalisation d'ouvrages l'était ou de marché public de fournitures si son point central était la location de produits, informatiques par exemple...

13.3.1.5. Les conventions devant régir les rapports entre les EPCI et les communes

La France est poursuivie par la Commission pour infraction aux règles du traité en ce qui concerne le fonctionnement des EPCI et leurs rapports avec les communes membres (cf. 4.3.1). Ces rapports devraient faire l'objet, selon la jurisprudence de la CJCE interprétée par la Commission⁸⁴⁷, de marchés publics et être passés après publicité et mise en concurrence préalables.

Cette affaire repose avec acuité et bien au-delà du cas des EPCI une question bien cernée par la jurisprudence nationale dont c'est une préoccupation constante⁸⁴⁸ : comment préserver la liberté d'organisation des personnes publiques et le libre choix de leur mode de gestion et la rendre compatible avec la jurisprudence communautaire telle qu'elle est ? Cette question serait certes moins cruciale si la France avait cherché et réussi à faire évoluer plus tôt son organisation territoriale, comportant 36 000 communes, mais elle a fait le choix de promouvoir la coopération volontaire entre collectivités plutôt qu'une simplification autoritaire de sa carte administrative.

Pour améliorer l'efficacité de leur organisation et de leur gestion, les collectivités publiques, notamment territoriales, utilisent en effet à l'heure actuelle deux moyens principaux : l'externalisation (achat de prestations externes au lieu de produire en régie ; délégations de service public ; constitution de sociétés d'économie mixte...) et, de plus en plus (cf. 4.3), la coopération (GIE, GIP, ententes, syndicats mixtes...), l'intercommunalité en constituant l'une des formules récentes mais les plus répandues et permettant aux communes de créer à leur usage exclusif un EPCI afin de mutualiser des moyens hors marché (cf. 4.3.1).

847 - Une mise en demeure suite à une plainte a été adressée à la France par la Commission le 18 octobre 2005 au motif que les EPCI et syndicats mixtes sont des pouvoirs adjudicateurs et que l'exception « *in house* » ne peut pas jouer dans un cas où les communes contrôlent l'EPCI qui passe convention avec elles pour régler les conditions de mise à disposition par celles-ci de leurs services. Une réponse a été envoyée par le Gouvernement français le 25 avril 2006 à la suite de laquelle la Commission a maintenu ses griefs (mise en demeure complémentaire du 15 décembre 2006, réponse française du 14 février 2007 puis avis motivé du 27 juin 2007), en se référant en particulier au caractère onéreux de la prestation de services et à la qualité d'opérateur économique de l'EPCI lorsqu'il conclut un tel contrat. Malgré les explications françaises complémentaires apportées au second semestre 2007, la Commission a maintenu son point de vue. Le débat porte sur la possibilité pour les collectivités membres d'un EPCI de mettre à la disposition d'un tel établissement des moyens en personnel ou en matériel. Les remarques qui suivent se limitent à l'aspect contractuel du problème.

848 - *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 341 et suiv.



Or ces changements d'organisation devraient être juridiquement neutres⁸⁴⁹ et ne pas se traduire pour elles par des contraintes supplémentaires, dans un sens ou dans un autre, qui les dissuaderaient.

La jurisprudence du Conseil d'État a été fixée en ce sens depuis longtemps par plusieurs décisions successives⁸⁵⁰ qui ménagent la liberté d'organisation de la puissance publique en dehors du marché⁸⁵¹. Tout service de l'État peut effectuer, sans aucune formalité préalable et sans mise en concurrence, une prestation au profit de tout autre service de l'État (CE, 4 avril 1970, *Unipain*, rec. p. 280, *AJDA*, 1970, p. 430, concl. G. Braibant)⁸⁵².

Pareillement, le choix du mode de gestion entre la régie et la gestion déléguée est en principe totalement libre⁸⁵³ même si un département peut moduler, dans des limites raisonnables, les aides financières qu'il accorde en fonction du mode de gestion retenu par les communes bénéficiaires de l'aide⁸⁵⁴.

S'agissant des prestations d'action sociale non assimilables à des prestations marchandes, le Conseil d'État a ainsi estimé que l'État pouvait les gérer lui-même en régie ou en confier la gestion par convention à une fondation, sans être astreint à conclure un marché public (avis du 23 octobre 2003 relatif à la Fondation Jean Moulin, EDCE n° 55, p. 209, *Contrats publics*, 2004, n° 34, note E. Fatôme et L. Richer).

Un raisonnement tout aussi novateur a été retenu dans l'hypothèse où l'État passe une convention d'objectifs avec une association dont il reconnaît qu'elle exerce une activité d'intérêt général sans la lui avoir confiée. S'étant borné à cette reconnaissance, le contrat conclu avec elle, qui lui confère un droit de regard sur son fonctionnement et s'accompagne d'une contribution financière, n'est pas soumis à la procédure des marchés publics ou à celle de la délégation de service public (avis de la section de l'intérieur du 18 mai 2004, EDCE 2005, p. 185 au sujet de la Cinémathèque).

849 - Ils peuvent également avoir des impacts fiscaux, qui ne sont pas neutres. Mais l'homogénéité de la fiscalité étant garante des conditions de concurrence, l'impact fiscal (assujettissement à la TVA ou aux impositions locales par exemple) fait partie, pour les personnes publiques, des éléments à prendre en considération dans toute décision de changement d'organisation.

850 - Le mode de gestion du service relève d'un choix discrétionnaire de la collectivité (CE, 18 mars 1998, *Loupias*, rec. p. 975 ; CE, 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, rec. p. 13).

851 - J.-D. Dreyfus, « Mutualisation des services et mise en concurrence, Autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché », *AJDA*, 2007, p. 1865.

852 - « *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse par ses propres moyens aux besoins de ses services ; (...) l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivées par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général* ».

853 - Il découle de la libre administration des collectivités territoriales et ne fait pas l'objet d'un contrôle par le juge : CE, 18 mars 1988, *Loupias*, tp. 975 ; 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, rec. p. 13.

854 - CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, rec. p. 502, *CJEG*, 2004, p. 86, concl. F. Séners, *AJDA*, 2004, p. 195, chron. F. Donnat et D. Casas.



Les modalités d'exercice du choix entre faire faire ou faire par soi-même viennent d'être précisées par le Conseil d'État dans un important arrêt de section qui détaille le mode d'emploi dans chaque cas (CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, RFDA, 2007, p. 812, concl. F. Séners et note J.-C. Douence, p. 821, AJDA, 2007, p. 1020, chr. de F. Lenica et J. Boucher). Si les collectivités publiques décident de confier à un tiers la gestion d'un service public, le mode normal de délégation de cette gestion est le contrat, soumis à mise en concurrence et à publicité préalable, qu'il s'agisse d'une délégation de service public ou d'un marché public de service, sauf si une loi en dispose autrement ou si ces collectivités en confient la gestion à un tiers qui, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles il l'exerce, ne peut être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel⁸⁵⁵. Si elles décident d'assurer directement la gestion du service, elles peuvent ou bien le gérer en régie, ou bien créer seules ou ensemble « à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services... ». Dans ce dernier cas, qui est précisément celui de l'opérateur « *in house* » de la CJCE (cf. 10.1.1.2), les relations avec cet organisme ne nécessitent pas de conclure un marché ou un contrat de délégation de service public. Troisième cas, qui reprend le contenu de l'avis sur la Cinémathèque, il se peut enfin qu'une personne privée exerce une activité d'intérêt général dont elle a pris l'initiative (cf. note 486) et qu'à un moment donné une collectivité publique reconnaisse à cette activité un caractère de service public. Dans ce dernier cas, très particulier, les relations avec cette personne n'impliquent pas non plus la conclusion d'un marché public ou un contrat de délégation de service public et peuvent s'accompagner du versement d'une subvention.

La jurisprudence récente du Conseil d'État a donc veillé à préserver la liberté d'organisation des personnes publiques hors marché tout en les assujettissant au respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché (cf. 10.2.6).

855 - L'absence d'obligation de passer par une DSP ou un marché public de service vise ici le cas où la collectivité publique serait dans l'incapacité d'identifier des opérateurs susceptibles de concourir. L'absence de marché relève d'une analyse concrète, au cas par cas. Et, si contestation ultérieure devant le juge il devait y avoir, la collectivité devrait démontrer *in concreto* qu'elle se trouvait bien dans un cas où la passation d'un contrat n'aurait pas eu de sens. La collectivité peut procéder ici par décision unilatérale sans recourir au contrat ou au contraire recourir au contrat sans mise en concurrence et sans publicité préalable. Cette exception à la règle met en relief la volonté de donner toute sa signification à la procédure de passation d'une DSP ou d'un marché de service : celle-ci n'est pertinente que sur les marchés concurrentiels, là où l'on peut identifier des concurrents potentiels et où l'administration pourrait être tentée de se comporter en acheteur non avisé.



Le traité TCE, d'ailleurs repris par celui de Lisbonne, et la jurisprudence de la CJCE⁸⁵⁶ garantissent en principe la neutralité du droit européen et la totale liberté de choix des États membres sur la question de savoir à qui confier, du secteur public ou privé, la fourniture des services publics ou d'intérêt général.

Mais cette liberté est de temps à autre mise en cause, soit par des initiatives de la Commission⁸⁵⁷, soit par l'interprétation extensive à laquelle elle se livre de la jurisprudence de la CJCE, celle-ci ne pouvant à partir d'une requête trancher toutes les questions que se posent les praticiens sur une nature de contrat⁸⁵⁸. Cette situation d'incertitude est susceptible de peser sur les possibilités de coopération entre collectivités, cette autre modalité de leur liberté d'organisation.

La liberté d'organisation des collectivités publiques n'est donc pas encore totalement assurée par le droit communautaire. Une manière de surmonter l'obstacle en ce qui concerne les EPCI serait, selon certains auteurs, que le droit communautaire reconnaisse, à l'image de ce qui est proposé pour le droit national (cf. 13.2.2.2), une « convention d'organisation interne » ou un « contrat de coadministration », permettant au contrat de jouer sa fonction de support de coopération entre collectivités publiques (cf. 7.4.2.1). Mais le droit communautaire ne connaît à l'heure actuelle pas d'autres contrats administratifs que les marchés publics, les concessions et, sans qu'ils soient dotés d'un régime juridique propre, les contrats de partenariat (cf. 7.4.1.2).

13.3.1.6. Rechercher la convergence des définitions et des terminologies

Ces débats ponctuels font clairement apparaître que l'articulation entre droit communautaire et droit national n'est pas encore complète et qu'il reste encore du chemin à parcourir des deux côtés pour y parvenir, en particulier au plan conceptuel.

- Le droit communautaire promeut, à la différence du droit administratif français, une conception particulièrement extensive de la notion de marchés publics de travaux. L'article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 les définit comme « *des marchés publics ayant pour objet soit*

856 - Voir notamment CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, affaire C-26/03, *AJDA*, 2005, p. 898, note F. Rolin et *AJDA*, 2005, p. 1113, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert. Selon cet arrêt « *une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (...) dans un tel cas, il ne peut être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics* ». Le droit communautaire, qui se refuse à connaître de l'organisation interne des personnes publiques, admet la même solution que celle découlant de la jurisprudence *Unipain*. Voir aussi sur ce point *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, 2002, p. 341 et suiv.

857 - Par exemple revient périodiquement, dans différents secteurs, l'idée prévalant aux États-Unis ou en Grande-Bretagne dans le cadre de la réforme de l'État (cf. 1.3.1), selon laquelle toute intervention publique devrait être subordonnée à la démonstration que le secteur privé n'est pas en mesure de rendre efficacement le service (concept de *Public sector comparator* en Grande-Bretagne).

858 - E. Fatôme et A. Ménéménis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA*, 2006, p. 67 ; C. Pilone, « Réflexions autour de la notion de contrat "in house" », *Mélanges Guibal*, 2006, p. 701.

l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur». Le marché de fournitures ou de services y est pour sa part défini comme un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques ou pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services.

Sont ainsi susceptibles d'entrer dans la catégorie communautaire des marchés de travaux non seulement des marchés de réalisation de travaux ou d'un ouvrage (correspondant en droit national à la définition traditionnelle du code des marchés publics) mais aussi des marchés ou des contrats dont l'objet est de concevoir et de réaliser des travaux ou un ouvrage et qui relèvent, en droit interne, d'un régime ou d'une appellation spécifique dont on ne trouve pas nécessairement l'équivalent dans le droit communautaire⁸⁵⁹.

- La concession de travaux publics se différencie du marché public de travaux par l'octroi au concessionnaire soit du droit d'exploiter l'ouvrage en contrepartie de sa construction, soit de ce droit assorti d'un prix. Et le concessionnaire doit, selon la jurisprudence communautaire, supporter le risque de construction, d'exploitation et de fréquentation. La concession de service est quant à elle définie par différence avec le marché public de services. En effet, selon la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004, la concession de service présente des caractéristiques identiques à celles du marché de services à la différence que la contrepartie des travaux ou de la prestation de service consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix⁸⁶⁰. La qualification de concession de service implique un transfert du risque au cocontractant (CJCE, 26 avril 1994, affaire C-272/91, *Comm. CE c/ Rép. Italienne*: rec. CJCE, 1994, I, p. 1409⁸⁶¹). Cette jurisprudence (et la jurisprudence *Auroux c/ Commune de Roanne* précitée) fait écho, au-delà de la nuance dans les termes employés, à la définition légale de la DSP (cf. 1.2.2 et 7.3.1) et son raisonnement fait apparaître qu'entre « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » et « risque économique de l'exploitation » auquel s'expose le gestionnaire il n'y a qu'une faible distance⁸⁶².

859 - J.-F. Brisson, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2004.

860 - En présence d'un contrat mixte, associant de manière dissociable réalisation de travaux et prestation de services, la jurisprudence conduit à dissocier chacun des objets prévus au contrat.

861 - En l'espèce, un contrat relatif à l'organisation du loto passé entre l'État italien et une société privée n'a pas été qualifié de concession alors même que la rémunération de l'entreprise était constituée par un pourcentage des recettes, la Cour soulignant l'absence de transfert de risque. Dans ses conclusions sur l'affaire *Telaustria Verlags* de 2000, l'avocat général Fennelly a de même longuement souligné que la concession de service public se distinguait du marché par le fait que le concessionnaire supporte le risque économique principal ou substantiel. Pour lui la concession « consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert. »

862 - La doctrine est cependant divisée sur ce point. Dans l'affaire *Ville de Roanne*, 60 % du coût total de l'opération devait être couvert par des tiers, la ville payant sous forme de prix 40 % de ce coût. Comme la ville supportait le risque économique, le contrat a été qualifié de marché public de travaux.



• On mesure ici ce qui sépare encore droit communautaire et droit national : ni les fondements de la liberté contractuelle ni les définitions des principales catégories de contrats ne sont identiques ; et les typologies contractuelles restent encore assez éloignées, très restreintes du côté communautaire, étendues du côté français. Avec les deux directives du 31 mars 2004, le législateur communautaire n'a défini qu'une partie du champ contractuel public ; avec son projet de directive sur les concessions et sa communication sur le contrat de partenariat, la Commission a essayé, sans succès jusqu'ici, de combler ce vide. De ce fait la CJCE, eu égard au droit écrit incomplet dont elle dispose, incline à conférer à la notion de marché public une extension très large, seule cette dernière étant assortie d'une procédure précise. En sens inverse, la diversité du paysage contractuel dans le droit administratif français cadre mal avec la simplicité de la typologie communautaire.

Pour le Conseil d'État, il ne serait pas souhaitable que la catégorie des marchés publics en vienne à englober progressivement toutes les catégories de contrats administratifs autres que les concessions ou à en régir le régime juridique. Si la réglementation des marchés publics est parfaitement appropriée pour les achats standard, l'administration doit pouvoir conclure des contrats sur mesure ou globaux et pouvoir bénéficier des capacités d'innovation des entreprises. Insérer tous les contrats administratifs, autres que les concessions, dans la catégorie des marchés publics serait donc un appauvrissement important qui pourrait porter préjudice à l'intérêt général. Le dialogue des autorités et des juges nationaux doit donc se poursuivre avec les autres États membres et avec les autorités et le juge communautaires en vue de favoriser une meilleure convergence des définitions, des typologies et des régimes juridiques des contrats publics et de définir un mécanisme formalisé et approprié (cf. 13.3.1.3) permettant d'assurer, dans des délais brefs, un règlement aussi préventif que possible des incertitudes pendantes et, par conséquent, la sécurité juridique des contrats.

13.3.2. Clarifier le régime juridique des services d'intérêt général

Le dernier domaine où subsistent encore d'importantes incertitudes pour l'avenir du contrat est celui du régime juridique des services d'intérêt général (SIG), des services d'intérêt économique général (SIEG), des services sociaux d'intérêt général (SSIG), des services non économiques d'intérêt général (SNEIG) et des services semblables⁸⁶³.

863 - Se reporter en particulier au dossier spécial consacré aux SSIG par l'*AJDA*, de février 2008, p. 176 à 197.



Les SIEG sont mentionnés à l'article 16 du TCE⁸⁶⁴ et leur régime juridique est précisé à l'article 90.2 du TUE⁸⁶⁵. Quelques principes déterminent leur compatibilité avec les règles de concurrence : la neutralité en ce qui concerne la propriété privée ou publique des entreprises en application de l'article 295 du traité CE, la liberté des États membres quant à la définition des services d'intérêt général, la proportionnalité des restrictions apportées à la concurrence au regard des nécessités de l'accomplissement efficace de leurs missions.

Lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, les chefs d'État et de Gouvernement ont reconnu le rôle essentiel des SIG mais, en même temps, appelé à une libéralisation accélérée dans les secteurs tels que le gaz, l'électricité, les services postaux et les transports.

Après de difficiles négociations, l'article 2 de la directive n°2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur a exclu de son champ d'application les services d'intérêt général non économique, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas fournis en échange d'une contrepartie économique (comme par exemple les activités de l'État dans les domaines social, éducatif et culturel). Mais les services sociaux d'intérêt général, de santé surtout, sont largement considérés comme étant de nature économique (à l'exception des régimes de sécurité sociale obligatoires) et le risque de requalification s'élève d'autant plus que des opérateurs privés à but lucratif investissent ce domaine.

Plus récemment, le Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 a adopté à leur sujet un protocole spécifique, annexé au traité de Lisbonne⁸⁶⁶, destiné à devenir partie intégrante du droit primaire de l'Union.

864 - « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans la limite de leurs compétences respectives, et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission. »

865 - « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal 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. »

866 - « Les hautes parties contractantes, soulignant l'importance des services d'intérêt général, sont convenues des dispositions interprétatives ci après qui seront annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union :

Article premier : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité CE comprennent notamment :

- le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- 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 ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Article 2 : Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général. »



La Commission vient d'indiquer que, après l'adoption du traité de Lisbonne et de son protocole annexe sur les SIG, la directive-cadre sur les SIG n'était plus nécessaire, alors qu'elle était largement réclamée⁸⁶⁷ et que l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne invite le Parlement et le Conseil à adopter un tel règlement pour les SIEG. La Commission a en revanche présenté le 20 novembre 2007 deux communications sur les SIG (« Les SIG, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement »⁸⁶⁸) et les SIEG, qui devraient être adoptées en 2008 (AJDA, 2007, p. 2173). Au total, malgré l'exclusion des services sociaux du champ de la directive services, malgré la jurisprudence *Altmark* qui permet de verser des subventions pour compenser les éventuelles obligations de service universel sans encourir la qualification d'aide d'État et malgré les termes de l'article 2 du protocole sur la liberté des États quant à l'organisation de services non économiques d'intérêt général, l'incertitude demeure sur la portée de cette liberté, notamment en ce qui concerne les SSIG⁸⁶⁹ et les services de santé⁸⁷⁰. Sans être hostiles au principe de transparence et à l'évaluation, beaucoup d'observateurs redoutent que cette liberté soit interprétée restrictivement⁸⁷¹ et que la promotion de la concurrence et du

867 - Par le Comité des régions, par le Comité économique et social, par le Parlement et par de très nombreuses organisations professionnelles.

868 - COM (2007) 725 du 20 novembre 2007. Elle fait suite à une précédente communication sur le même sujet COM (2006) 177 du 26 avril 2006.

869 - Le Parlement, déplorant l'incertitude juridique sur leur régime et les incohérences de la jurisprudence, avait souhaité en septembre 2006 qu'un texte spécifique, une directive sectorielle, vienne le clarifier (rapport 2006/2134 (INI)). En mars 2007, une nouvelle résolution législative du Parlement a invité la Commission à continuer de « clarifier les conditions de mise en œuvre de certaines règles communautaires applicables aux services sociaux » (L. Driguez et S. Rodrigues, « SSIG et droit communautaire, Entre spécificité et banalisation », AJDA, 2008, p. 191).

870 - La Commission semble persister à rattacher les services de santé à la problématique du marché intérieur et à la mobilité des patients tandis que la plupart des professionnels soulignent la parenté entre les SSIG et les services de santé. L'existence en France d'une législation propre au secteur médico-social plaide pour un traitement simultané et dans un même texte des SSIG et des services de santé, qui se recoupent assez largement.

871 - Si la Commission indiquait dans sa communication COM (2001) 598 du 17 octobre 2001 (point 30) que « conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, nombre d'activités exercées par des organismes dont les fonctions sont essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profits et n'ont pas pour objectif de pratiquer une activité industrielle ou commerciale, seront normalement exclues de l'application des règles communautaires relatives à la concurrence et au marché intérieur », elle affirme en sens inverse dans sa communication du 26 avril 2006 que « la quasi-totalité des services prestés dans le domaine social peuvent être considérés comme des « activités économiques » au sens des articles 43 et 49 du traité CE ».



marché intérieur ne s'impose au détriment du service public⁸⁷². Ils maintiennent la nécessité d'une directive-cadre ou d'un acte de droit dérivé pour clarifier la situation⁸⁷³. Car en l'état actuel du droit communautaire, c'est la qualification de SSIG qui permet aux collectivités publiques de financer ces services, en particulier sous la forme d'une compensation des charges liées aux missions d'intérêt général, et non l'inverse⁸⁷⁴.

Or l'enjeu est capital pour des secteurs entiers comme le secteur médico-social ou pour les collectivités territoriales. Il suffirait en effet d'une interprétation erronée des textes ou de la jurisprudence communautaires pour faire basculer tout ou partie des SSIG dans le champ de la concurrence et du marché, pour les empêcher de bénéficier d'aides d'État ou de subventions des collectivités territoriales⁸⁷⁵, ou pour soumettre leurs contrats avec ces collectivités au code des marchés publics. Cette incertitude juridique devrait donc être levée au plus vite, en concertation avec les autorités européennes. La Commission a mis en place un site *Web* dédié aux réponses aux questions fréquemment posées sur les SSIG⁸⁷⁶. Mais cette réponse demeure insuffisante.

En définitive, si le droit des contrats administratifs a été entièrement appréhendé par le droit communautaire, les problèmes d'articulation entre droit national et droit communautaire restent nombreux et particulièrement délicats. Si le dialogue des juges peut contribuer à les résoudre, il n'y suffira pas. Il est indispensable que les pouvoirs publics œuvrent, avec ceux des États membres qui rencontrent des difficultés comparables, à compléter la typologie européenne

872 - La position de la Commission et la décision de la CJCE sur le logement social aux Pays-Bas, qui ont déclenché la rédaction à l'initiative du Premier ministre néerlandais Jan Peter Balkenende du protocole annexé au traité, ont laissé des traces. Deux arrêts de la CJCE tempèrent cette orientation générale : celui par lequel elle a jugé que les caisses d'assurance maladie du régime allemand de sécurité sociale ne pouvaient être regardées comme des entreprises, même en ce qui concerne leur activité consistant à déterminer des « montants fixes maximaux » applicables aux médicaments et dans la limite desquels les caisses prennent en charge le coût de ceux-ci (CJCE, 16 mars 2004, affaire C-264-01, *AOK Bundesverband ea*, *AJDA*, 2004, p. 1085, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert) et celui par lequel elle a jugé que le gestionnaire d'un système de santé ayant une activité purement sociale ne peut être considéré comme une entreprise, alors même qu'il serait un important acheteur de matériel sanitaire (CJCE, Grande chambre, 11 juillet 2006, affaire C-205-03, *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria*, *AJDA*, 2006, p. 2281, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert).

873 - Le Conseil économique et social vient de se prononcer en ce sens dans un avis rendu public le 9 avril 2008. Il propose notamment d'harmoniser les différentes formes de mandatement actuellement utilisées, harmonisation qui pourrait être opérée par une « convention de services sociaux d'intérêt général ».

874 - L'insécurité juridique serait nettement moindre si le SSIG était défini non pas comme le fait la Commission par ses objectifs mais par la nature de l'opérateur ou par l'existence et la nature de son financement. Mais ce n'est pas la voie qu'a empruntée le droit communautaire (arrêt *Höfner et Elze* de 1991, arrêt *Pavlov* de 2000 et arrêt *Ambulanz Glöckner* de 2001). Voir sur cette question et la jurisprudence de la CJCE, P. Thieffry, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? » *AJDA*, 2007, p. 1331.

875 - Une des recommandations émises pour affermir ce type de versement consiste pour la collectivité publique à « mandater » le prestataire de service.

876 - Voir les documents SEC (2007) 1514 et 1516 du 20 novembre 2007. Le document SEC (2007) 1515 du 20 novembre 2007 détaille également le « paquet Altmark » et le régime des aides d'État pouvant être versées dans le cadre d'un mandatement par la puissance publique.



des contrats, actuellement insuffisante, ce qui ne passe pas nécessairement par des mesures normatives.

13.4. Renforcer la sécurité juridique du contrat

Davantage sécuriser le contrat représente une tâche difficile mais surmontable au prix d'une plus grande rigueur et discipline juridiques dans sa conception et son application. Le Conseil d'État l'estime plus que jamais nécessaire.

13.4.1. Appeler chaque chose par son nom : quelle terminologie ?

Le terme « contrat » ne recouvre plus seulement un acte comportant des engagements réciproques assortis d'une sanction juridique mais en est venu à désigner toute une série de réalités nouvelles, notamment dans l'ordre rhétorique et symbolique⁸⁷⁷.

On a même vu la dernière loi de programmation militaire (2003-2008) retenir la notion de « contrat opérationnel » entre le gestionnaire des forces et le commandement opérationnel, celle-ci se traduisant entre autres par des engagements de disponibilité des forces auprès des alliés européens et de l'OTAN.

Le terme « contrat » signifie aussi bien une norme juridique découlant d'un accord de volontés autonomes et portant sur des engagements, c'est-à-dire la loi des parties, que le mécanisme procédural mettant l'accent sur la concertation préalable et sur l'adhésion du signataire. Le « contrat » est devenu le symbole et le support de la négociation dans une société complexe pour déboucher sur une vérité relative, circonstancielle et provisoire. Au-delà de cette constatation, ce terme renvoie à une nouvelle forme de gouvernance de la société : les relations entre groupes y sont régies par la négociation permanente et débouchent sur un produit principal, l'accord. Le contrat social qui fondait chez Rousseau l'existence du politique et donnait naissance à la loi se réduit désormais à son sens littéral : il signifie bien l'acte de contracter, qui devient la forme idéalisée du lien social, mais aussi un acte parcellisé et omniprésent⁸⁷⁸.

Partenaires sociaux, Gouvernement, législateur et collectivités territoriales qualifient donc volontiers de contrat des phénomènes, des actes ou des comporte-

877 - Fr. Collart-Dutilleul, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et suiv.

878 - Certains auteurs (A.-S. Mescheriakoff notamment) rappellent la paternité proudhonienne de cette conception de la société démocratique, constituée par des accords constants entre citoyens producteurs qui partent du plus bas des relations sociales et irriguent jusqu'à ses niveaux les plus élevés (P.-J. Proudhon, *Du principe fédératif*, ch. VII, Paris, p. 1863). La « fédération » est « une convention par laquelle un ou plusieurs chefs de famille, une ou plusieurs communes, un ou plusieurs groupes de communes ou États, s'obligent réciproquement et également les uns envers les autres pour un ou plusieurs objets particuliers, dont la charge incombe spécialement alors et exclusivement aux délégués de la fédération (...) Dans le système fédératif, le contrat social est plus qu'une fiction ; c'est un pacte positif, effectif, qui a été formellement proposé, discuté, voté, adopté, et qui se modifie régulièrement à la volonté des contractants. Entre le contrat fédératif et celui de Rousseau et de 93, il y a toute la distance de la réalité à l'hypothèse ».



ments qui en revêtent les apparences sans en réunir les conditions juridiques. D'où une grande confusion sémantique (contrat, convention, pacte, charte, engagement, accord, contrat de partenariat, délégation de service public, promesse, compromis, transaction...) et juridique avec des risques de déception lorsque le contenu ne correspond pas à l'appellation. Si le discours contractuel connaît une grande vogue et débouche sur une inflation de « contrats », il revient en bout de chaîne au juge la tâche difficile de « recoller après-coup les bonnes étiquettes sur les flacons ». Ce dernier est donc bien placé pour appeler à une plus grande rigueur dans l'usage du terme et dans la qualification des actes.

Les exemples du contrat d'insertion du RMI (cf. 2.3.1) ou du PARE (2.3.2) militent pour que les concepteurs de nouveaux contrats, législateurs ou partenaires sociaux, soient plus rigoureux lorsqu'ils donnent à un acte juridique la qualification de contrat. On devrait pouvoir identifier facilement dans l'acte qui le crée les parties concernées et y trouver des précisions sur les conditions de négociation du contrat, son contenu, les engagements réciproques et les sanctions en cas de non-exécution des obligations respectives des parties.

Très logiquement, le Conseil d'État appelle régulièrement les concepteurs de ces nouveaux contrats à renoncer à appeler « contrat » ce qui n'en présente aucune des caractéristiques et à leur donner un autre nom. Mais il sait que son appel n'est pas toujours entendu, étant au cas présent particulièrement conscient de la charge affective et politique que véhicule de nos jours le terme « contrat ».

De ses analyses en effet, il a tiré la conviction que **l'abus du vocable « contrat », quand il ne serait pas le signe d'une manœuvre, révèle une lacune dans le langage et même dans la pensée juridiques.** Conscient des insuffisances et des limites du « contrat », Léon Duguit estimait qu'il ne constituait qu'une espèce d'un genre plus large, la « convention » (cf. 7.1). Si cette distinction entre contrat et convention n'a jamais été consacrée par la doctrine et par la jurisprudence, elle conserve paradoxalement toute sa pertinence en droit administratif où l'on a recensé une grande variété de situations dans lesquelles, sans être dépourvus de toute valeur juridique, des actes ne méritent pas la qualification de contrat. Leur inventaire est large avec des gradations subtiles : faux contrats, contrats d'adhésion, engagements déséquilibrés, croisement d'engagements unilatéraux⁸⁷⁹... Même s'il est erroné de penser que la convention, sur un plan strictement juridique, engage aujourd'hui moins que le contrat, et que la distinction entre convention et contrat serait le remède magique au problème posé, reste le besoin d'introduire dans le droit positif et dans le langage juridique une gradation dans la valeur impérative de la norme conventionnelle⁸⁸⁰.

Le réalisme commande, dans la mesure où la démarche n'est pas aberrante, d'adapter la théorie juridique aux faits plutôt que de demander au législateur, au Gouvernement ou aux partenaires sociaux d'avouer que nombre de créations

879 - Selon G. Péquignot, une convention s'analyse comme le croisement de deux engagements unilatéraux, sans véritable échange de consentements.

880 - On retrouve d'ailleurs parfois dans la loi l'idée diffuse que certains contrats sont spéciaux. La loi de 2000 sur les marchés électriques, qui sépare les fonctions de production et de transport, institue un *protocole* entre EDF et le Réseau de transport d'électricité (RTE), destiné à assurer la concurrence. En 2004, le RTE devient une personne juridiquement distincte.



contractuelles ne sont que des apparences dépourvues de substance juridique. Le juge administratif ne peut pas se borner à n'attacher de prix qu'aux contrats passant avec succès le test de sa définition juridique traditionnelle, renvoyant tous les autres dans le néant juridique des contrats innommés ou innommables. Mais il ne peut pas non plus accepter de qualifier n'importe quel acte de contrat, dès lors qu'il y aurait eu une esquisse de négociation ou une vague promesse, c'est-à-dire entériner le tout contractuel au risque que la mauvaise monnaie, abondante, ne chasse définitivement la bonne.

Ce débat doctrinal de première importance, le Conseil d'État n'entend pas le trancher seul et dans la précipitation. Après avoir identifié le besoin, il ne peut à ce stade qu'en poser les termes et identifier les priorités et les urgences.

Sa proposition consiste à **réserver le terme de contrat aux actes multilatéraux qui répondent aux critères du contrat administratif et à réserver celui de convention à tous les autres, en précisant peu à peu leurs caractéristiques et leur régime juridique. C'est ainsi par exemple que la loi, la jurisprudence, le pouvoir réglementaire ou la pratique administrative pourraient, selon le cas, commencer par reconnaître ou définir une convention de programme (13.2.2.4) ou une convention d'objectifs et de moyens (13.2.2.2) dont la valeur juridique serait mieux cernée mais d'une nature différente de celle d'un contrat.**

En tenant compte des développements consacrés à la nécessité de conserver aux personnes publiques la plus grande liberté d'organisation hors marché (cf. 13.3.2), **le Conseil d'État estime possible et souhaitable de reconnaître à une personne publique la faculté de conclure avec elle-même des conventions et non pas des contrats** (cf. 13.2.2.2). Si cette possibilité existe en droit civil en cas de séparation des patrimoines, elle ne se heurte à aucun obstacle théorique en droit administratif et elle a pour elle des arguments forts, déjà mentionnés, relatifs à la complexité de l'organisation des personnes publiques et à l'autonomie budgétaire et fonctionnelle dont jouissent leurs services. Comme ces conventions ne portent pas sur une opération économique prenant place sur un marché, ne prévoient pas l'acquittement d'un prix en échange d'une prestation de service, elles ne devraient pas avoir pour effet de généraliser à toutes les administrations l'obligation de mise en concurrence, y compris pour atteindre des objectifs internes. Le risque de contradiction avec la jurisprudence communautaire (cf. 10.1.2.1.3 et 10.2.6) paraît donc très faible. Un tel dispositif pourrait néanmoins utilement être soumis pour avis à la Commission européenne.

De manière plus large, il revient à la doctrine de suggérer les catégories contractuelles et conventionnelles pertinentes, eu égard aux nécessités contemporaines de l'action publique et aux modifications intervenues dans l'élaboration de la norme juridique. **Les travaux entrepris en vue d'unifier le droit européen des contrats ont d'abord porté sur la terminologie et les principes fondamentaux** (cf. 10.1.1.2). Le désordre contractuel souvent relevé au sein du droit administratif français est lui aussi d'abord un désordre conceptuel et terminologique. **Penser la société du contrat suppose en amont des concepts et une terminologie claire et communément acceptée.** Ils restent à définir.

13.4.2. Mettre de l'ordre et de la clarté dans les contrats administratifs

Le droit des contrats publics a perdu de sa lisibilité au cours des quinze dernières années et il est devenu plus complexe. La liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales, la double compétence législative et réglementaire pour déterminer le régime juridique des contrats administratifs, la dialectique subtile et pas encore stabilisée entre la triple jurisprudence constitutionnelle, communautaire et administrative⁸⁸¹ et la loi pour définir leur régime juridique, l'imagination fertile des opérateurs économiques⁸⁸², l'adéquation encore imparfaite entre droit européen et droit national, le flou de certains concepts et de certaines définitions⁸⁸³, l'accumulation de nouveaux contrats globaux ou de nouvelles règles spécifiques de source législative, la requalification éventuelle par le juge, national ou communautaire, de catégories entières de contrats⁸⁸⁴ font que le paysage contractuel est devenu foisonnant, fragmenté et instable⁸⁸⁵. Il comporte aussi en France des contrats « innommés », qui ne rentrent dans aucune catégorie juridique bien définie et affectent périodiquement la cohérence de l'édifice contractuel.

Le risque d'instabilité juridique qui en résulte est élevé et **il faut s'attendre à ce que le droit administratif des contrats continue à subir des chocs importants durant plusieurs années**. Notre histoire a sédimenté une variété de contrats plus riche que celle observée dans les autres pays européens ; nos définitions et nos classifications très fines des contrats ne suivent pas encore exactement les articulations retenues par le droit communautaire qui met l'accent sur le bon fonctionnement du marché et le respect de la concurrence dans la logique du marché intérieur ; l'interférence des enjeux politiques et économiques dans le

881 - La Convention européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu beaucoup d'impact sur la matière contractuelle mais cette situation pourrait ne pas durer. Depuis 2003 en effet, la Cour de cassation s'est prononcée sur la compatibilité de clauses d'un contrat de bail avec les articles 8 et 9 de la convention. Et la Cour européenne des droits de l'homme a rendu en 2004 un arrêt sur les méthodes d'interprétation du contrat, en l'occurrence un testament, écartant le recours la volonté des parties à la date de signature de l'acte au profit d'une interprétation dynamique à la lumière des valeurs actuelles. Et la situation pourrait changer radicalement avec l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH en application de l'article 6.2 du traité de Lisbonne.

882 - Si les abribus de J.-C. Decaux protègent efficacement les usagers des transports publics contre les intempéries, ils ont aussi involontairement déclenché un avis de tempête dans le droit des contrats administratifs. Sur la qualification de ces contrats, voir les avis de la Commission de la concurrence des 23 février 1978 (BOSP, 1^{er} avril 1978, p. 138) et 24 avril 1980 ; G. Dupuis, « Sur la concession de service public », D. 1978, chron. 222 ; l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 14 octobre 1980, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 12, p. 149 ; CE, Ass., 4 novembre 2005, *Soc. Jean-Claude Decaux*, rec. p. 476 et 478, *RFDA*, 2005, p. 1083, concl. D. Casas, *AJDA*, 2006, p. 120, note A. Ménéménis.

883 - Par exemple, que recouvre exactement la notion de commande publique en France et d'opérateur économique en Europe ?

884 - *Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence*, Rapport public annuel du Conseil d'État, 2002, p. 302 et suiv.

885 - F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », *Contrats et marchés publics*, janvier 2005, p. 1 ; P. Delvolvé, « Les contrats publics dans le désordre », *RDC*, n° 3, 2006 ; G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats administratifs », *RFDA*, 2006, p. 238.



droit de la commande publique devrait également demeurer élevée (cf. 1.1.1)⁸⁸⁶ ; l'incidence du droit de la concurrence sur le droit de la commande publique n'a pas fini de produire tous ses effets ; l'obligation pour les collectivités publiques, selon la jurisprudence communautaire, de mettre un terme aux marchés publics ayant encore une longue durée d'exécution et conclus en violation du droit communautaire constitue autant de facteurs d'évolutions fortes pour l'avenir.

Si l'on admet que la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux des obligations civiles et que le contrat tire sa force obligatoire de la loi (cf. 7.1.1), **la compétence du législateur pour créer de nouveaux contrats ou de nouvelles catégories de contrats n'est pas contestable. Mais la méthode qui prévaut depuis une quinzaine d'années** consistant à modifier par la loi la définition des contrats⁸⁸⁷, d'ajouter périodiquement de nouveaux contrats spéciaux soumis à des procédures particulières de passation, indépendants les uns des autres sans aucunement les raccrocher à des principes communs transversaux mais en réinventant à chaque fois des règles particulières **présente à la longue des dangers**. Imposer des procédures spécifiques, limiter à l'excès les conditions de recours à un contrat oblige à revoir les textes très rapidement après leur sortie et conduit les opérateurs à attendre de la jurisprudence les éclaircissements nécessaires. Cette entreprise répétée de spécification des contrats administratifs, contrat par contrat, ne favorise pas la sécurité juridique car le juge possède, de son côté, le pouvoir de soulever d'office la nullité des contrats et de les requalifier (cf. 7.3.2). En l'absence de principes et de règles communes ou aussi communes que possible, ces contrats ne pourront jamais être régularisés (cf. 13.5.1), en particulier si leur procédure de passation est singulière. L'incertitude juridique qui en résulte pour les opérateurs économiques, pour leurs assureurs et pour les personnes publiques est excessive et sans doute très coûteuse⁸⁸⁸.

Le Conseil d'État recommande donc au Gouvernement de changer de méthode et, pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration

886 - La décision du Conseil d'État déjà mentionnée du 27 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP* met en lumière le risque d'annulation potentielle d'un grand nombre de marchés publics si une règle de discrimination positive sans rapport avec l'objet du contrat était introduite en faveur des PME par exemple. Ce risque s'accroît fortement depuis l'ouverture aux concurrents évincés du recours en annulation du contrat.

887 - La loi du 29 janvier 1991 puis la loi n° 93-3 du 29 janvier 1993 ont été modifiées par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, en particulier quant à la définition de la DSP. Si cette loi justifie cette modification, dans son exposé des motifs, par un souci de sécurité juridique « *afin que les collectivités puissent connaître avec certitude les règles applicables à chacun des contrats qu'elles concluent* », force est de constater que cet objectif n'a été atteint qu'en partie (cf. 1.2.1) De même la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 (cf. 13.3.1.1) n'a pas opéré le choix le plus simple en organisant, à côté de la DSP, un régime juridique propre à la concession d'aménagement mais qui lui ressemble très étroitement.

888 - Il n'existe aucune donnée sur le nombre des contrats annulés ni sur la valeur qu'ils représentent. Aucune donnée n'est non plus disponible sur la manière dont les cocontractants s'arrangent pour solder les comptes des contrats annulés.

d'un code de la commande publique pour lequel il avait d'ailleurs sollicité du Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnance⁸⁸⁹.

Ce code devrait au minimum rassembler dans un corpus unique l'ensemble des règles applicables aux contrats publics. Surtout, il devrait définir les grandes notions permettant de classer les différents types de contrats et de mieux les distinguer entre eux⁸⁹⁰, avant d'énoncer les principes applicables à la commande publique⁸⁹¹ et les règles communes de procédure⁸⁹² puis d'appliquer ces principes communs à toutes les variétés de contrats définies par leur objet⁸⁹³. Les nouveaux contrats seraient créés à partir de ce tronc commun, par adjonction ou dérogation. Cet ordonnancement, qui serait l'occasion de clarifier ce qui relève du domaine de la loi et du règlement, devrait être soumis au Parlement afin d'assurer une convergence de vues aussi large que possible entre le Gouvernement, éclairé par l'avis du Conseil d'État, et le législateur.

Ce travail, s'il était élargi à l'ensemble des contrats administratifs, fournirait l'occasion de dresser l'inventaire de toutes les variétés de contrats qui se sont sédimentées depuis le XVII^e siècle et de vérifier si elles restent nécessaires et compatibles avec les récentes exigences constitutionnelles et communautaires. Ces travaux devraient également fournir l'occasion d'une meilleure harmonisation des définitions entre droit national et droit communautaire.

L'Italie a retenu cette approche ambitieuse pour transposer la directive communautaire 2004/18 unifiant les règles applicables aux contrats publics de travaux, de fournitures et de services et elle a adopté un code des contrats par la loi

889 - Cette invitation avait déjà été formulée par un rapport d'octobre 1994 d'un groupe de travail de l'Assemblée nationale chargé de contribuer à une clarification des rapports de la politique et de l'argent et avait été reprise par le Conseil d'État dans son Rapport public 1995 (« La transparence et le secret », p. 148). La loi du 9 décembre 2004 habilitait le Gouvernement à élaborer un code de la commande publique dans un délai de 18 mois. Un communiqué du ministère de l'économie et des finances du 14 novembre 2005 a rendu publique la renonciation à l'élaboration de ce code. La suggestion d'élaborer un code de la commande publique est périodiquement reprise par la doctrine (voir en dernier lieu N. Symchowicz, « Pour un Code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2007, Étude n° 4).

890 - Par exemple, la frontière entre DSP et contrat de partenariat.

891 - Pour Y. Gaudemet (*Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, Dalloz, 2007, p. 3084), les principes fondamentaux du contrat sont l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la force juridique du contrat, les conditions de sa formation et le régime des nullités. Les principes fondamentaux du contrat administratif sont les prérogatives spécifiques de la partie publique et le droit à l'équilibre financier, au nom du principe de continuité du service public. S'y rajoutent les principes communautaires relatifs à la commande publique.

892 - Il est par exemple regrettable que le projet de loi modifiant l'ordonnance de 2004 sur le contrat de partenariat public-privé contienne de très nombreuses règles de procédure (publicité etc.) qui ne seront applicables qu'à ce contrat. Il eut mieux valu définir d'abord des règles communes à tous les contrats administratifs et procéder ensuite par complément, si nécessaire.

893 - En ce sens voir Y. Gaudemet, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs - La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé », *CJEG*, janvier 2004, n° 605, p. 1 et A. Ménéménis, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120.



163/2006 du 23 mars 2006⁸⁹⁴. Ont ainsi été regroupées dans un même code les dispositions relatives aux secteurs ordinaires (directive 2004/18) et spéciaux (directive 2004/17 concernant l'énergie, l'eau, les transports et les services postaux), ou les réglementations des appels d'offres que ce soit pour des montants inférieurs ou supérieurs aux seuils communautaires. Ce texte de 257 articles a mis en cohérence les textes plus anciens avec les dernières directives européennes. Entré en vigueur (sauf exceptions) le 1^{er} juillet 2006, il est encore trop tôt pour apprécier son impact.

Il importe naturellement de déterminer le moment approprié pour entreprendre pareille tâche : on pourrait être tenté d'attendre l'aboutissement des travaux sur l'harmonisation des contrats en Europe et la clarification définitive du droit européen en la matière⁸⁹⁵. Il semble cependant au Conseil d'État que **les jurisprudences de la CJCE et du Conseil constitutionnel sont dès à présent suffisamment élaborées pour permettre de lancer ce chantier et que les risques d'insécurité juridique pesant sur certaines catégories de contrats administratifs sont désormais trop élevés pour se contenter d'une attitude purement passive**. Cette entreprise, incontestablement ambitieuse, suppose que l'État y consacre des moyens matériels et humains importants, mais elle n'est pas sans précédent : le code général des propriétés publiques résulte d'une entreprise comparable menée en concertation et avec le concours des grandes administrations et de la Commission supérieure de codification. Il y va aussi de l'attractivité économique de la France.

13.4.3. Améliorer en amont la robustesse des contrats

Le Conseil d'État, qui est consulté sur les projets d'actes unilatéraux, pourrait jouer un rôle utile s'il était consulté en amont par le Gouvernement, avec un délai suffisant, sur la mise au point des grandes familles de nouveaux contrats.

Si l'on se reporte par ailleurs à la jurisprudence de la section du contentieux au cours des dix dernières années, on s'aperçoit que **les contrats les plus fragiles sont ceux passés par les communes et leurs groupements et que les causes de nullité les plus fréquentes sont tirées de vices dans la procédure de passation de ces contrats**. Ce sont pour l'essentiel les suivantes : recours illégal à la procédure du marché négocié sans mise en concurrence, fractionnement artificiel de marchés pour éviter l'appel à la concurrence, insuffisance de la publicité ou de l'appel à la concurrence, absence de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant la passation du marché avant sa signature, absence de communication au conseil municipal des éléments essentiels du contrat (objet, éléments financiers et identité de l'attributaire ; concessions réciproques en cas de transaction), marchés prévoyant sans autorisation des paiements différés, irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres, attribution du marché en retenant un critère illégal ou non prévu dans

894 - M.C. Colombo, F. Ciro Rampulla, L. Pietro Tronconi, *I modelli dell'amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Maggioli, 2007, p. 77-85.

895 - À de nombreuses reprises, on a relevé des problèmes de compatibilité entre droit national et droit européen. Pour un exemple récent de ces problèmes, voir P.-Y. Monjal, « Quel avenir pour les marchés de définition au regard du droit communautaire ? », *AJDA*, 2007, p. 2293.



l'appel d'offres⁸⁹⁶, non-respect d'un délai raisonnable d'information des candidats évincés avant de signer le marché, incompétence du signataire du contrat... La plupart de ces irrégularités pourraient être facilement évitées. C'est donc sur ces points-là que les collectivités publiques intéressées et leur administration devraient surtout faire porter leur vigilance et leurs vérifications avant de signer leurs contrats.

Dans la même perspective, **le Gouvernement pourrait utilement organiser, au sein d'une administration à déterminer, un centre d'expertise chargé de concevoir les nouveaux types de contrat utiles à l'action administrative et d'apporter un appui à toutes les administrations de l'État qui le souhaiteraient pour la négociation et la sécurisation de leurs contrats.** Elle pourrait également être chargée de recueillir et de diffuser les bonnes pratiques en la matière, de mettre en réseau les expertises et compétences spécialisées et de proposer le contenu des formations juridiques et financières destinées aux agents des trois fonctions publiques dans ce domaine particulier (cf. 13.4.9).

13.4.4. Utiliser les différents contrats pour les usages auxquels ils sont destinés

Le Conseil d'État a souvent appelé l'attention du Gouvernement et des différentes administrations sur la discipline, qui leur incombe, de ne pas recourir au «contrat facilité», par exemple de manière injustifiée au contrat d'association pour exercer des missions de service public en s'affranchissant des règles du droit public.

Dans le même ordre d'idées, il convient d'utiliser chaque type de contrat dans le contexte et pour l'objet en vue duquel il a été prévu. Le marché d'entreprise de travaux public (METP)⁸⁹⁷, qui permettait le paiement différé, a ainsi fait l'objet, après sa définition jurisprudentielle en 1963, d'une utilisation détournée de son objet s'accompagnant d'un risque sérieux de perte de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique⁸⁹⁸. Ayant beaucoup perdu de son intérêt après l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1999, il est tombé en désuétude et n'a été incorporé ni au code des marchés publics de 2001 ni à celui de 2004, qui interdit les clauses de paiement différé⁸⁹⁹. Mais le législateur l'a rétabli dans le cadre des lois spécifiques qui ont permis de pallier les retards d'équipement dans certaines administrations (cf. note 633).

896 - Par exemple la taille de l'entreprise (CE, 13 mai 1987, *Soc. Wanner Isofi Isolation*, rec. p. 171) ou son caractère local (CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, rec. p. 1035, D 1995, SC. 245, obs. P. Terneyre).

897 - Sur sa définition jurisprudentielle, qui emprunte à la concession son objet et au marché public son mode de rémunération, voir l'avis de la section des finances du Conseil d'État du 18 juin 1991 (*Les grands avis du Conseil d'État*, n° 24, p. 241) et 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, rec. p. 19, *AJDA*, 1999, p. 364, concl. D. Bergeal ; CE, 30 juin 1999, *Département de l'Orne et soc Gespace France*, rec. p. 227.

898 - Ce type de contrat associant conception et réalisation pouvait être considéré au regard de la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. 10.1.2.2) comme apportant une dérogation injustifiée à la loi du 12 juillet 1985 sur la commande publique.

899 - Un autre décret du 7 janvier 2004 a en revanche admis le paiement différé pour les marchés de défense.



Dans cet esprit, le Conseil d'État insiste pour que le contrat de partenariat, malgré ses contraintes et ses exigences, ne fasse pas l'objet d'un détournement de son objet comme en son temps le METP. De ce point de vue, le projet de loi modifiant l'ordonnance de 2004 prévoit des dérogations qui pourraient être nuisibles à la pérennité de ce contrat si elles étaient utilisées de manière systématique, par exemple pour des travaux de faible montant pour lesquels il n'est pas approprié.

13.4.5. Assurer une publicité adéquate aux contrats susceptibles d'être attaqués par les concurrents évincés

La jurisprudence du Conseil d'État venant d'ouvrir aux concurrents évincés la faculté d'attaquer le contrat dans un délai de deux mois à compter « de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi » (cf. 9.4), la question de la publicité donnée à la conclusion de leurs contrats par les personnes publiques devient cruciale pour elles en termes de sécurité juridique⁹⁰⁰. Jusqu'où doit aller cette publicité et comment l'organiser ?

Les contrats administratifs étant des documents administratifs communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, le Conseil d'État recommande d'organiser cette publicité en se conformant dans toute la mesure du possible aux principes contenus dans cette loi⁹⁰¹. Sont donc applicables aux contrats les règles de protection du secret commercial et industriel ou de secret de la défense nationale⁹⁰². Il lui semble toutefois que l'ouverture aux concurrents évincés d'une simple faculté d'obtenir communication ou copie du contrat par application de cette loi serait insuffisante pour faire courir de manière homogène à leur égard le délai de recours contre le contrat et pour répondre aux nouvelles exigences de la directive recours du 11 décembre 2007. Il convient donc de définir des modalités de publicité ou d'affichage et/ou de notification qui satisfassent à toutes ces contraintes.

900 - Elle l'est devenue depuis le 16 juillet 2007, date de lecture de l'arrêt *Tropic Travaux signalisation*. Le Conseil d'État a en effet décidé de n'appliquer sa nouvelle jurisprudence qu'aux contrats dont la procédure de passation a été engagée après le 16 juillet 2007.

901 - La loi, en son article 7, ne fait aucune distinction entre contrat et acte unilatéral en matière de communication de documents administratifs.

902 - Concernant les marchés publics, la loi de 1978 exclut la communication des documents préparatoires. La doctrine de la CADA est d'autoriser l'accès au contrat signé, hormis ses mentions relevant du secret industriel (comme les certifications) ou du secret des affaires (comme les coordonnées bancaires). L'acte d'engagement, reflétant le coût global du service et très souvent signé en même temps que le contrat, est également communicable (CE, 1990, *Centre hospitalier de Châteauroux*). La CADA se montre beaucoup plus restrictive, depuis peu, en matière de communication des données économiques relatives aux marchés et contrats : les offres non retenues ne sont plus communicables individuellement mais globalement et sans ordre de classement ; elle ne communique plus les détails de l'offre, notamment financiers, pour les marchés-cadres ou très concurrentiels comme la téléphonie ; en vertu d'une loi de 2005 transposant une directive européenne, les contrats liés à l'environnement bénéficient également d'une clause générale de secret industriel opposable ; les contrats de partenariat ne sont pratiquement pas communicables non plus au nom des exigences de protection du savoir-faire.

Dans l'état actuel du droit, les contrats ayant un effet *erga omnes* doivent déjà être publiés pour être opposables aux tiers⁹⁰³ (cf. 7.2.7). De plus, les décisions détachables de conclure le contrat font l'objet d'une publication par les collectivités territoriales. Des avis d'attribution, dont le contenu est normalisé, sont également rendus publics pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées en vertu de l'article 85 du code des marchés publics. Et les concurrents évincés doivent, en application de l'article 80 du même code, être avisés du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres et des motifs de ce rejet.

La directive du 11 décembre 2007 va imposer que cette notification aux concurrents évincés comporte mention de la décision d'attribution du marché accompagnée des motifs du choix du titulaire du marché; la conclusion du contrat devra être suspendue pendant un délai minimum de dix jours à compter de cette notification et laisser un délai de recours minimum de trente jours aux intéressés pour saisir un juge qui devra être en mesure d'annuler le contrat ou de modifier les spécifications qu'il prévoit.

Dans ce contexte, les collectivités publiques pourraient prendre l'initiative, dans un souci de sécurisation juridique, de notifier automatiquement et le plus rapidement possible les décisions de conclusion de leurs marchés aux entreprises évincées, étant entendu que si elles connaissent l'identité de celles qui ont participé formellement à une procédure elles ne peuvent toucher par cette voie celles qui n'auraient été que des candidates potentielles.

Il reste à préciser parallèlement ce que pourraient être les modalités précises de la publicité des avis d'attribution en termes de support approprié (publication au recueil des actes de la collectivité, affichage au siège de la collectivité, mention sur le site internet de la collectivité ou sur celui où la publicité préalable au contrat a été diffusée) et de contenu des informations à rendre publiques :

- publication, dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel à la concurrence⁹⁰⁴ d'un avis spécifique comportant la mention des signataires du contrat, de la date de sa conclusion, de son objet, de sa durée et de son montant, avec l'indication du lieu où ce contrat peut être consulté (sous réserve du secret industriel)⁹⁰⁵ ;
- publication de l'acte d'engagement⁹⁰⁶, sous réserve des secrets protégés par la loi ;
- mise en ligne du contrat sur un site internet, sous la même réserve.

903 - On pense aux contrats de droit privé comme la participation à la création d'une société ou d'une association mais aussi aux cahiers des charges des concessions...

904 - Donc au *JOUE* pour les marchés ou contrats visés par les directives communautaires.

905 - La jurisprudence admet la publication par référence (CE, 30 juillet 2003, *Société des agrégés de l'université*, rec. tp. 644).

906 - L'acte d'engagement est défini par l'article 11 du CMP comme « *la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur* ».



Les points régionaux d'accès aux documents administratifs (PRADA) pourraient localement aider à définir au cas par cas ce qui est consultable et ce qui ne l'est pas.

Compte tenu des difficultés d'application de la loi de 1978 en ce qui concerne le secret industriel, une intervention du législateur pour fixer des règles plus claires serait bienvenue. D'autres pays ont fait le choix de laisser les entreprises proposer elles-mêmes ce qui doit être couvert par le secret dans leurs contrats. Cette piste est également digne d'intérêt pour le législateur car plus réaliste et plus facile à mettre en œuvre.

13.4.6. Instaurer une discipline minimale en matière de contrats internationaux

Le développement rapide des contrats internationaux par l'État et par les collectivités territoriales (cf. 6) constitue aujourd'hui «un angle mort» du contrat administratif. On n'en connaît ni le nombre, ni la nature, ni l'objet, ni les auteurs, alors que leur développement pose des questions nouvelles, souvent très délicates : les limites pour les collectivités publiques à agir comme tout opérateur privé et la détermination des règles qui les régissent (loi applicable, capacité à compromettre, juridiction compétente...). L'État s'expose donc à des risques sans en être assez conscient.

Un travail spécifique d'inventaire est donc à conduire sur ce point. À l'issue de celui-ci, il conviendrait de formuler quelques recommandations quant à la liberté de choix du droit applicable par les collectivités publiques et quant au choix du juge compétent en cas de litige. Une étude particulière sur ce point pourrait utilement être commandée par le Gouvernement.

13.4.7. Assouplir les conditions de cession ou de reprise des contrats

Le caractère *intuitu personae* d'un certain nombre de contrats administratifs comme les conventions d'occupation du domaine public ou les conventions signées avec les institutions médico-sociales pour accueillir des bénéficiaires de l'aide sociale, fait que ces contrats sont incessibles⁹⁰⁷ ou ne sont cessibles qu'après accord préalable de l'administration⁹⁰⁸.

Dans un avis du 8 juin 2000 (*Les grands avis du Conseil d'État*, 2^e édition, n° 44, p. 449), le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser les conditions de cession, sans mise en concurrence, des marchés publics et des délégations de service

907 - 20 janvier 1905, *Cie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, rec. p. 54, concl. Romieu pour une concession ; 1^{er} décembre 1982, *Commune d'Arcachon*, requête n° 27213 pour la cession d'une autorisation personnelle d'occupation du domaine public.

908 - Plusieurs spécialistes de ces contrats et notamment des DSP estiment que notre droit administratif favorise ainsi la création de conglomerats alors qu'au Royaume-Uni par exemple la facilité de transmission des contrats a donné naissance à de nouveaux entrants et à l'émergence d'un marché très ouvert mobilisant des sociétés d'ingénierie et de financement.



public. La doctrine en a repris la substance pour étendre la solution aux cessions d'autorisations d'occupation du domaine public⁹⁰⁹.

La gestion par l'ARCEP des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques pose à cet égard une question délicate. Dans les pays comme le Royaume-Uni où les fréquences sont attribuées sur enchères, leur cession, acte purement économique, ne pose aucune difficulté. Dans un pays où leur attribution résulte d'une décision unilatérale reposant sur des critères⁹¹⁰ fixés dans un cahier des charges et des engagements pris par les opérateurs sur le respect futur de ces critères, son caractère *intuitu personae* rend la cession plus difficile à organiser.

Dans ce secteur mouvant, qui connaît des restructurations industrielles et financières, la Commission européenne souhaite promouvoir, dans le processus de révision du cadre réglementaire, une totale fluidité du marché des fréquences, incluant un véritable marché secondaire des autorisations. Ceci pose la question du maintien de la procédure de transfert des autorisations, qui crée un aléa difficilement compatible avec un mécanisme de marché, et des critères applicables à ce transfert. Si certaines fréquences font l'objet de cessions, qui ont toujours été acceptées, celles-ci sont très encadrées au plan juridique, de peur d'encourager des comportements spéculatifs.

Les autorités administratives tiennent à vérifier les capacités techniques et financières du cessionnaire, de même que son aptitude à respecter les engagements pris par le bénéficiaire initial de l'autorisation (égalité d'accès des usagers, aménagement du territoire...). Sans aller jusqu'à supprimer l'agrément du cessionnaire, une amélioration consisterait à préciser systématiquement dans l'autorisation initiale les conditions de sa cession éventuelle, de manière à atténuer fortement l'aléa. L'idéal serait de n'y prévoir que des conditions objectives et d'inverser la procédure : si le cessionnaire s'engageait à reprendre intégralement les éléments de l'autorisation initiale, la cession serait de droit avec seulement une faculté d'opposition de l'ARCEP dans un délai court.

13.4.8. Une meilleure articulation du contrat avec la loi

Sans prétendre épuiser le sujet, les propositions qui suivent se bornent à faire écho aux préoccupations évoquées dans ce rapport, principalement en droit social.

13.4.8.1. Comblent les lacunes du système conventionnel en matière médicale

Les annulations répétées des conventions médicales font apparaître deux lacunes du système conventionnel.

909 - J. Duffau, « La cession des autorisations d'occupation du domaine public », JCP A 2006, 1102, cité in *Thibault Soleilhac*, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA*, 2007, 2178. Voir aussi François Brenet, « La patrimonialisation des autorisations administratives, réalités et implications », *Dr. Adm.* n° 8-9, 2007.15. Et sur la cession d'une autorisation de gérer un établissement médico-social, CE, 13 juillet 2007, *Département de l'Yonne*, requête n° 294099, *AJDA*, 2008.257.

910 - Ceux-ci comprennent en général des critères financiers, techniques, d'aménagement du territoire (la couverture des zones blanches) et de respect de la concurrence.



En matière de santé publique et de sécurité sociale, la loi détermine les principes fondamentaux de la sécurité sociale⁹¹¹. Si l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale a été modifié à plusieurs reprises pour prendre acte de l'extension progressive du champ de la négociation à l'initiative des parties (cf. 2.2.1), des sujets importants pour l'intérêt général et l'accès aux soins comme les règles présidant à l'implantation territoriale des médecins ou l'organisation des gardes ou de la permanence des soins sont actuellement laissées à l'aléa de la négociation contractuelle et du bon vouloir des organisations professionnelles. Il serait donc hautement souhaitable que la loi vienne compléter en ce sens le contenu obligatoire de la convention médicale.

Le système conventionnel comporte par ailleurs un risque de vide juridique en cas d'annulation de la convention⁹¹² et le choix entre la validation législative de la convention annulée⁹¹³, l'ouverture d'une nouvelle négociation et la fixation par arrêté interministériel du tarif d'autorité place l'État en situation de faiblesse structurelle face aux intérêts professionnels sur la plupart des sujets couverts par la convention⁹¹⁴. La loi du 13 août 2004 a introduit un mécanisme nouveau de règlement arbitral (article L. 162-14-2 du code) : la convention en cours continue à s'appliquer, tandis qu'un arbitre arrête un projet de convention dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses de santé, qui est ensuite approuvé par les ministres sous forme de règlement arbitral. Comme dans toutes les matières où la loi délègue au contrat la fixation de règles de fond, le Conseil d'État recommande plutôt de prévoir, en cas d'échec de la négociation, l'intervention d'un arrêté ministériel ou interministériel, ou encore d'un décret en Conseil d'État afin que soient traités tous les aspects normalement couverts par la convention.

13.4.8.2. Prévoir une solution de repli en cas d'absence de conclusion d'une convention

S'en remettre purement et simplement au contrat pour élaborer la loi ou l'appliquer (cf. 8.1 et 8.2) peut s'avérer dangereux et laisser les pouvoirs publics démunis alors qu'ils ont, en certaines circonstances, l'obligation d'agir. D'une part, la négociation peut ne pas aboutir ou traîner en longueur, d'autre part le contrat négocié peut être après coup jugé nul et laisser place à un vide juridique.

911 - CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, rec. p. 479, RDP, p. 1962, 739, concl. Braibant ; CC, décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, rec. p. 33, considérant 20 ; avis de la section sociale n° 337498, avril 1985 (EDCE n° 37, p. 185-186) ; CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndic des médecins de l'Ain et autres*, rec. p. 277.

912 - Une situation analogue, l'annulation de l'agrément des accords relatifs au régime d'assurance chômage, a conduit le Conseil d'État à moduler dans le temps les effets des annulations prononcées pour excès de pouvoir (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC*, Recueil Lebon, p. 197 avec concl. C. Devys).

913 - La loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 a validé la convention de 1971 annulée par le Conseil d'État le 19 février 1975.

914 - Il a existé entre 1996 (ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996) et août 2004 une possibilité pour le Gouvernement de recourir à un arrêté interministériel pour édicter un règlement conventionnel minimal en l'absence de convention nationale mais l'article L. 162-5-9 du code de la sécurité sociale qui le prévoyait a été abrogé par la loi du 13 août 2004.

Le Conseil d'État préconise donc que tout renvoi par la loi à la négociation d'un contrat s'accompagne de la définition d'une voie de recours en cas d'échec ou d'impasse de la négociation. Le décret en Conseil d'État lui semble la formule présentant les meilleures garanties pour les différents intérêts en présence. L'article L. 351-8 du code du travail le prévoit d'ailleurs en cas d'absence d'accord entre partenaires sociaux ou d'agrément de la convention relative à l'assurance chômage.

13.4.8.3. Améliorer la lisibilité du droit du travail

Les conditions à réunir pour atteindre cet objectif fréquemment mis en exergue méritent d'être précisées. Car il ne faut pas attendre *a priori* du développement du contrat qu'il rende le droit du travail plus lisible : les accords collectifs ne sont pas toujours rédigés d'une manière qui prévienne à coup sûr les différences d'interprétation. Même si tout le soin possible doit être apporté à leur rédaction, à leur précision et à leur actualisation, leur mérite se situe ailleurs.

La lisibilité de la norme résultant de la combinaison entre la loi et la convention collective pour toute situation donnée demeure aussi un objectif à poursuivre avec détermination. De ce point de vue, l'évolution amorcée par l'ordonnance du 16 janvier 1982 et accentuée par **la loi du 4 mai 2004 présente de sérieux inconvénients quant à l'accessibilité et à la clarté de la norme juridique applicable**. La négociation interprofessionnelle est devenue, sauf volonté expresse des parties, supplétive par rapport à l'accord de branche et la négociation de branche supplétive par rapport à l'accord d'entreprise. Chaque niveau de négociation étant rendu autonome, le bon fonctionnement du système supposerait que tous les négociateurs d'accords d'entreprise aient en permanence présentes à l'esprit les stipulations de l'accord de branche pour déterminer à tout moment leur degré d'autonomie⁹¹⁵, ce qui n'est pas le cas (cf. 13.4.9). Comme un accord d'entreprise peut depuis 1982 déroger à un accord de branche sur certains sujets et comme la loi de 2004 autorise les accords d'entreprise à déroger à l'accord de branche dès lors que ce dernier ne l'interdit pas expressément, il est devenu quasiment impossible aux partenaires sociaux, et plus encore aux salariés⁹¹⁶, de déterminer avec certitude la norme de droit du travail applicable, surtout si l'on veut bien se rappeler qu'interfère en outre dans ce débat la notion, éminemment complexe en droit du travail, d'ordre public social⁹¹⁷.

Si le Conseil constitutionnel, se référant à la position commune des partenaires sociaux de 2001 (cf. 8.3), a considéré que ce dispositif ne méconnaissait pas les

915 - J.-D. Combrexelle, « Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? », *Dr. Soc.*, janvier 2008, p. 21.

916 - La mention de la convention collective applicable sur la feuille de paie du salarié n'a, dans ces conditions, plus aucun sens ni aucune portée et ne le renseigne plus utilement sur le droit qui lui est applicable. De même l'obligation faite à l'employeur par l'article L. 135-7 du code du travail de remettre aux salariés les conventions et accords qui lui sont applicables ne peut plus être respectée lorsque les employeurs deviennent eux-mêmes incapables de déterminer les accords applicables.

917 - Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il revient au législateur de préciser ce qui relève de l'ordre public social et donc l'objet et les conditions des dérogations qu'il est possible de lui apporter par accord collectif (décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, rec. p. 91, considérant 8).



exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi malgré la complexité accrue de l'articulation entre les différents accords collectifs⁹¹⁸, le Conseil d'État croit devoir souligner la **contradiction potentielle à terme entre la volonté de donner plus de place à la négociation et à l'accord collectif en lieu et place de la loi et celle de généraliser les possibilités de dérogation conventionnelle à tous les niveaux de la négociation**. La poursuite, en parallèle, de ces deux évolutions ne manquerait pas de se traduire par une grande insécurité juridique, dont les premiers effets peuvent déjà être observés, et risquerait de conduire à une impasse : celle de la complexité et de l'illisibilité du droit du travail.

Pour rétablir sur ce point l'attractivité du territoire et dans un souci de clarté de la règle de droit pour les employeurs comme pour les salariés, **le Conseil d'État suggère d'inviter les partenaires sociaux à mieux encadrer les possibilités de dérogation conventionnelle en rétablissant la règle selon laquelle un accord ne peut déroger à un accord de niveau supérieur que si ce dernier a expressément prévu cette possibilité**. Dans ce même souci de lisibilité de la règle de droit, il convient de se demander si cette faculté de dérogation est justifiée à tous les niveaux de négociation. S'il ne fait aucun doute qu'elle l'est au niveau de l'entreprise ou du groupe, qui doit rester assimilé sur ce point à l'entreprise, elle est probablement moins nécessaire aux niveaux de l'interprofession et de la branche. On pourrait donc en outre envisager qu'elle soit réservée à l'accord d'entreprise, ce qui contribuerait à rétablir la lisibilité du droit du travail.

13.4.8.4. Ne pas attribuer de domaine législatif propre aux partenaires sociaux mais assurer le plein respect de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007

Considérant que la Constitution confère à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, le Conseil d'État n'est pas favorable à ce qu'un domaine propre soit réservé aux partenaires sociaux dans lequel ils disposeraient de l'initiative et de la maîtrise de la règle de droit. L'expérience montre d'ailleurs que la détermination d'un tel champ, à la supposer possible, serait provisoire, insatisfaisante et inopérante. Car, s'il existe des sujets consensuels comme la formation professionnelle où les oppositions d'intérêt sont faibles et la probabilité d'accord élevée, il existe aussi de nombreux domaines peu propices à la négociation en raison de leur complexité⁹¹⁹ ou des oppositions irréductibles d'intérêt : les négociations n'ayant que peu de chances d'aboutir, déléguer le pouvoir de légiférer aux partenaires sociaux n'y aurait guère de sens. Par ailleurs, les conflits sociaux, l'actualité ou l'urgence se chargeraient de rendre rapidement caduque toute répartition rigide des matières.

918 - Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 1994, considérant 14.

919 - La fixation de la durée légale du travail, qui doit être distinguée de son aménagement, constitue sans doute un domaine où il demeure plus simple et plus efficace de légiférer que de renvoyer à la négociation collective. La fixation de cette durée, qui constitue le point de départ du déclenchement des heures supplémentaires, gagne-t-elle véritablement à être fixée par la négociation, sauf en complexité, en illisibilité et en augmentation du coût de gestion pour les entreprises ? De même, la question du repos dominical ou du travail le dimanche ne devrait pas être totalement renvoyée à la négociation : la société a besoin de principes fondamentaux, d'un *imperium* qui cadre les négociations.

L'expérience italienne confirme le bien-fondé de cette appréhension. La loi du 29 mars 1983 y avait organisé dans le domaine de l'emploi une séparation entre les règles relevant de la loi et celles nécessitant un accord de type contractuel avec les syndicats. Près de quinze ans plus tard, cette loi-cadre apparaît à certains comme un « *mero canovaccio* », c'est-à-dire un simple canevas à partir duquel les acteurs ont tenté une « *invasione di campo* », c'est-à-dire une incursion dans l'autre camp⁹²⁰, législatif ou contractuel. Une instabilité normative en est résultée, le Parlement et, sur habilitation, l'administration empiétant sur des aspects du droit du travail réservés théoriquement à la négociation, tandis que les syndicats ont exigé une négociation dans des matières pourtant clairement attribuées au domaine unilatéral.

Le Parlement français doit naturellement, après avoir fixé ce qui relève des principes fondamentaux, conserver sur tout sujet la possibilité de renvoyer à une négociation des partenaires sociaux et le Conseil d'État ne voit que des avantages à promouvoir, lorsque cela est possible et comme y invite la loi du 31 janvier 2007, la norme sociale négociée comme source de la loi, comme viennent de le faire l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, ou la convention comme modalité d'application de la loi se substituant au règlement.

La focalisation du débat depuis 2000 sur la répartition du champ normatif entre législateur et partenaires sociaux a en outre eu pour effet de détourner l'attention d'autres questions très importantes comme celles de l'application et de l'administration par les partenaires sociaux eux-mêmes de la norme négociée postérieurement à son adoption. Elle a fait oublier que l'essentiel de la vie pratique consiste, notamment pour les branches et les entreprises, à appliquer et à administrer cette norme. Les questions de maintenance et d'interprétation de la norme négociée – dont on a souligné l'insuffisante qualité – de réécriture ou de dénonciation des conventions ayant mal vieilli ou étant devenues incompatibles avec une loi ou une jurisprudence nouvelles⁹²¹, de la conciliation et de l'arbitrage en droit du travail⁹²² requièrent aux yeux du Conseil d'État une attention plus grande que la controverse sur la question de savoir qui, du législateur ou des partenaires sociaux, doit fixer le temps de travail.

En revanche, il fallait impérativement que les règles du jeu soient précisées quant à la place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes concernant le droit du travail. L'un des bénéfices que l'on peut attendre de **la loi du**

920 - Lucio Franzese, *Il contratto oltre privato e pubblico : contributi della teoria generale per un ritorno ad un diritto unitario*, CEDAM, 1998, p. 157.

921 - Sur ce point aussi, le rapport de Virville fait une proposition intéressante (proposition n° 44) pour gérer les transitions : les partenaires sociaux auraient une durée de deux ans pour tirer les conséquences des modifications législatives et adapter l'édifice conventionnel.

922 - L'encombrement anormal des tribunaux des prud'hommes renvoie à un double problème : celui de l'application insuffisante de la norme par les employeurs, PME surtout, qui peuvent invoquer des circonstances atténuantes, et celui de la complexité du droit unilatéral et négocié. Ils sont de nature différente et appelleraient des développements plus fins, qui échappent au champ de ce rapport.



31 janvier 2007 est de freiner la profusion normative qui caractérise un pays où il est de tradition, dans toutes les familles politiques, d'alterner éloge du dialogue social et marginalisation de celui-ci.

Cette loi **sur le dialogue social paraît ainsi en l'état suffisante au Conseil d'État. Il s'agit maintenant de l'appliquer de bonne foi, en particulier pour ce qui concerne la gestion de l'agenda partagé des réformes et la définition de leur champ.** Si cette loi ne comporte pas de sanction apparente pour le Gouvernement, ce dernier s'est interdit de légiférer sur les sujets dont les partenaires sociaux se sont emparés. Par ailleurs, le Conseil d'État, qui s'est attaché dans ses formations consultatives à en donner une interprétation conforme à la volonté du législateur⁹²³, ne manquerait pas de procéder à la disjonction de tout article de projet de loi qui en méconnaîtrait les dispositions. De même, le Conseil d'État statuant au contentieux pourrait être conduit à apprécier si une réforme faite par la voie réglementaire a été précédée de la procédure prévue par la loi.

Ce n'est que si cette loi n'était pas respectée que la proposition d'édicter une loi organique en application du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution devrait faire l'objet d'un examen approfondi, portant notamment sur les modalités envisageables pour que les rigidités susceptibles d'en résulter pour le Gouvernement ne soient pas excessives.

13.4.9. Renforcer la connaissance du phénomène contractuel, l'expertise contractuelle et la formation à la négociation au sein des collectivités publiques

Ainsi que cela a été souligné à de nombreuses reprises, la connaissance du phénomène contractuel reste lacunaire au sein des collectivités publiques et des administrations. Si des efforts notables ont été faits en matière de marchés publics et de fonction publique grâce à la mise en place d'observatoires spécialisés, ils demeurent insuffisants : aucun appareil statistique ne permet de présenter la moindre vue d'ensemble sur les contrats administratifs. Leur nombre, leur nature, leur objet, leurs caractéristiques principales, leur durée, leur incidence économique... restent pour l'essentiel inconnus. Il est donc primordial que les collectivités publiques se dotent des outils de recensement, d'analyse et de suivi de leurs contrats. Une harmonisation de ces outils serait hautement souhaitable de manière à pouvoir consolider toutes ces données.

Négocier et contrôler l'exécution de contrats suppose aussi une expertise qui est encore trop peu répandue dans l'administration.

La formation initiale et permanente des fonctionnaires, notamment des acheteurs publics, réserve une place trop faible à la négociation des contrats, à leur exécution

923 - Voir sur ce point le rapport d'activité 2007 de la section sociale.



et à leur surveillance⁹²⁴. Tandis que les interlocuteurs des administrations se sont considérablement renforcés à la faveur des concentrations d'entreprises intervenues depuis les années 1970 et maîtrisent parfaitement les techniques d'une négociation qu'ils abordent le plus souvent avec l'appui de conseils juridiques et financiers de premier ordre, les administrations n'ont guère gagné en expertise, alors même que la matière contractuelle gagnait en complexité. Les conditions de passation des contrats de partenariat (cf. 1.2.3 et 7.2.2) illustrent à elles seules la difficulté de ces négociations et les conséquences dans la longue durée d'une mauvaise négociation initiale.

Cette question se pose avec plus d'acuité encore pour les collectivités territoriales. Comment une collectivité qui se dessaisirait de ses compétences internes serait-elle à même d'apprécier de manière éclairée les compétences attestées par ses fournisseurs⁹²⁵? La formation à la démarche de l'évaluation représente donc l'un des enjeux majeurs pour basculer sans risque dans une logique de «faire faire» qui ne soit pas synonyme d'une dépossession complète du savoir-faire. L'Association des maires de France et la Fédération nationale des collectivités concédantes et des régies ont édité des guides et mis des experts indépendants à la disposition des élus dans le cadre de l'initiative Service public 2000 mais cette mesure, pour heureuse qu'elle soit, n'épuise pas le sujet.

Les concours d'attaché territorial et d'entrée dans les IRA ainsi que la formation dispensée dans ces derniers devraient donc comporter une formation plus solide à la commande publique et à la négociation contractuelle. Il en va de même pour la formation au règlement amiable des litiges, à la transaction et à la mise au point des outils d'appui nécessaires (guides de la transaction, etc.).

On ne comprendrait pas l'approche communautaire du contrat sans prendre en considération cette donnée simple : **le contrat est considéré partout comme plus structurant pour l'activité économique que l'acte unilatéral**⁹²⁶.

En résumé, pour négocier, contrôler l'exécution des contrats administratifs ou transiger, il faut des experts techniques et juridiques dont les administrations ne disposent guère et pour lesquels elles ne peuvent pas totalement s'en remettre à des prestations externes. Et pour juger, il faut aussi des magistrats avisés, conscients des enjeux économiques de leurs décisions.

La portée de cette recommandation ne se limite pas à l'administration. Car si l'État et les partenaires sociaux veulent encourager le développement du contrat dans toutes les sphères de la société, ils doivent veiller à ce que ceci soit le fait

924 - Les spécialistes (politologues et sociologues) qui se sont penchés sur le phénomène de contractualisation de l'action publique depuis 1970 font observer que les porteurs de cette expertise contractuelle, liée au montage de projets associant plusieurs acteurs, étaient souvent des agents contractuels, dont la carrière très instable les conduisait à circuler d'une collectivité à l'autre selon les aléas des projets et de la contractualisation. Formant entre eux des réseaux de spécialistes en interface directe avec les élus locaux, maires surtout, il n'est guère étonnant que cette expertise n'ait pas été appropriée par les fonctionnaires.

925 - « Partenariats public-privé et actions locales », *Les Cahiers du Plan*, n° 9, p. 73.

926 - Le nombre significatif d'accords-cadres signés dans les entreprises multinationales en vue de se doter d'instances de représentation des salariés et donc de dialogue social témoigne aussi du dynamisme et du rôle structurant du contrat au plan international.



de partenaires, non seulement représentatifs mais encore formés à la négociation. Les choix à cet égard ne sont pas toujours entièrement cohérents. La loi du 4 mai 2004 a donné une plus grande importance à la négociation d'entreprise. Mais les experts de la négociation sociale étaient principalement localisés dans les branches et l'interprofession. Si dans certaines entreprises, les représentants syndicaux possèdent une solide formation, beaucoup de délégués se sont retrouvés en première ligne d'une négociation d'entreprise qui avait changé de nature et d'étendue (cf. 2.1.3), sans avoir été formés à cet effet. Ce mouvement ne s'étant pas accompagné des efforts de formation correspondants, une certaine dégradation de la qualité de la norme a pu en résulter.

13.5. Sécuriser les contrats en cas de contentieux

Compte tenu du rôle éminent joué par le juge administratif en la matière, sa contribution au renforcement de la sécurité juridique des contrats apparaît primordiale. Les attentes à son égard et à l'égard des autres juges du contrat sont à la fois grandes et ambivalentes : leur jurisprudence est à la fois souhaitée⁹²⁷, car elle apporte de la sécurité juridique, et redoutée.

13.5.1. Préciser les conditions de mise en œuvre de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation*

Cette nouvelle jurisprudence appelle des précisions sur un nombre élevé de questions⁹²⁸, en particulier quant à l'office du juge du contrat eu égard à l'étendue des pouvoirs qui lui sont désormais reconnus. L'arrêt ouvre en effet la possibilité pour ce juge, saisi par un concurrent évincé, « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ».

L'arrêt d'Assemblée reconnaît donc au juge du contrat, qui est un juge de plein contentieux, de larges pouvoirs afin de ne déboucher sur l'annulation totale du contrat que dans des circonstances rares, comme la méconnaissance grave de la directive « recours » du 11 décembre 2007, ainsi que l'évoquait le commissaire du gouvernement. La réfection du contrat ouvre à cet égard une piste

927 - Le succès limité du contrat de partenariat (cf. 1.2.3) découle aussi pour certains de l'absence de jurisprudence nationale et européenne sur le sujet. Un Livre vert a été publié en avril 2004 par la Commission pour poser les bases d'une éventuelle intervention communautaire en vue de clarifier les conditions juridiques et de garantir une concurrence effective dans le recours à ce nouveau type de contrat. Ses suites sont encore attendues.

928 - Elles portent par exemple sur la notion de concurrents évincés (quelle définition précise et quelle limite à cette notion ?) ou sur les types de contrats concernés. Ces précisions ne pourront naturellement être données que si les affaires soumises au juge administratif lui permettent de se prononcer sur ces questions.

intéressante⁹²⁹, développée ci-après⁹³⁰, pour renforcer la sécurité juridique. La réserve de l'intérêt général constitue de même une invitation claire à poursuivre autant que possible l'exécution du contrat, conformément à la nature spécifique du contrat administratif, et un signal fort de désincitation aux ententes ou aux désistements négociés à la suite de recours purement opportunistes de concurrents évincés.

- Le juge administratif n'a jamais opposé jusqu'ici en matière contractuelle au signataire public la règle *nemo auditur*. Or il est fréquent que des communes se prévalent après coup de l'incompétence du maire pour signer un contrat faute d'habilitation régulière par son conseil ou de l'irrégularité de la procédure de passation. Ou encore de la non-transmission de la délibération du conseil au préfet avant la signature du contrat. Cette nullité peut être invoquée pendant trente ans.⁹³¹ Le juge, qui même en l'absence de conclusions en ce sens doit soulever d'office la nullité du contrat lorsqu'elle ressort du dossier, ne pourrait-il, dans de telles situations, limiter les effets de l'inopposabilité qu'il aurait constatée ou en aménager les conséquences en tenant compte du degré de bonne ou mauvaise foi des parties ?

- Du fait des interrogations existant sur la portée des règles communautaires, des règles de procédure de plus en plus spécifiques applicables aux différentes catégories de contrats, des incertitudes et fluctuations dans les définitions jurisprudentielles des différentes catégories de contrats, des pouvoirs de requalification et d'annulation d'office par le juge des contrats entachés de nullité, comment éviter de multiplier des annulations en série mettant en échec la sécurité juridique et en difficulté les opérateurs économiques ? Il est donc souhaitable que soient précisées aussi vite que possible les voies à suivre pour purger les contrats de leur illégalité et, après réfection, en autoriser la poursuite. La question est cruciale pour les contrats dont la nullité est relevée d'office et dont on ignore le nombre. La jurisprudence française devra tenir compte sur ce point de la jurisprudence de la CJCE, qui invite les collectivités publiques à mettre un terme aux marchés publics conclus en violation du droit communautaire de la concurrence, lorsque leur durée restant à courir est importante.

Les contrats de partenariat poseront sans doute aussi le problème : si l'un d'eux devait être requalifié en DSP, il serait raisonnable que le contrat puisse continuer à être exécuté comme s'il avait été conclu selon les modalités procédurales

929 - Cette faculté, qui n'est pas nouvelle, est rarement mise en œuvre par le juge lui-même. Ce dernier invite en revanche l'administration, lorsqu'elle doit tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable du contrat (cf. 9.4), à examiner si cette régularisation pour l'avenir, après renégociation, est possible (section du rapport et des études, avis du 1^{er} octobre 1997, *AJDA*, 1998, p. 169).

930 - Elle doit être rapprochée des évolutions récentes de la jurisprudence en matière d'excès de pouvoir : le juge administratif se considère de moins en moins comme un censeur de l'acte et recourt de plus en plus à la technique de la réfection de l'acte pour le purger de ses illégalités. De manière convergente, les principes du droit européen du contrat reconnaissent au juge du contrat le pouvoir de sauver un contrat incomplet ou d'adapter un contrat encourant la nullité. Et la jurisprudence des tribunaux judiciaires reconnaît de plus en plus au juge du contrat le pouvoir de réputer non écrites des clauses de contrats ou de prononcer des nullités partielles et de rééquilibrer le contrat.

931 - Cette situation est d'autant plus choquante que le recours en nullité du contrat obéit, pour les parties, à un régime de prescription trentenaire (CE, 9 juillet 1937, *Commune d'Arzon*, rec. p. 680).



appropriées. Il appartiendra donc au juge de clarifier les méthodes à suivre : invitation adressée aux parties en cours de procédure car il y aurait grand danger pour le juge à réécrire lui-même le contrat, indépendamment de la volonté des parties ; invitation à recourir à l'arbitrage ou à conclure une transaction qu'il homologuerait... Le choix est vaste.

- Une des innovations du nouveau code des marchés publics étant l'introduction du procédé de l'accord-cadre⁹³², valable quatre ans, la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation* pourrait mettre en péril ce type de marché si elle devait aboutir à permettre à tout concurrent non retenu au départ de faire tomber l'accord-cadre à l'occasion du moindre achat exécuté au cours de la vie du contrat. Une réponse normative ou jurisprudentielle adaptée à cette situation serait donc bienvenue afin que la mise en cause éventuelle de l'accord-cadre soit strictement enfermée dans le délai de droit commun.

Comme l'arrêt *Tropic Travaux signalisation* rappelle par ailleurs qu'une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande de suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'articulation de ce recours de plein contentieux avec le référé suspension reste à préciser, sachant que le référé précontractuel est fermé au concurrent évincé qui a choisi le recours direct contre le contrat signé. Mais l'esprit de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation* étant de favoriser la réfection et la poursuite du contrat, la suspension de son exécution, si elle devait désormais dépendre de l'invocation d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité du contrat et de nature à justifier son annulation, devrait logiquement devenir rare car elle paraît peu conciliable avec cette démarche.

13.5.2. Préciser le régime du référé précontractuel

- Pour clarifier les cas de recours à la procédure du référé précontractuel, le Conseil d'État préconise de réécrire l'article L. 551-1 du code de justice administrative⁹³³ afin d'y consolider tous les textes qui en ont étendu le champ au-delà des marchés publics et des DSP : contrats mentionnés à l'article L. 6148-5 du code de la santé publique, marchés mentionnés à l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, concessions de travaux relevant du droit public mentionnées à l'article 11-2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 dans sa rédaction issue de l'article 40 de l'ordonnance susmentionnée du 6 juin 2005. Cette réécriture s'impose d'autant plus que la nouvelle directive recours du 11 décembre 2007 correspond au champ couvert par les directives 2004/17 et 18, qui est plus large que celui couvert par l'actuel article L. 551-1 du code de justice administrative. Si le champ du référé précontractuel devait s'étendre très au-delà des obligations communautaires, il serait sans

932 - H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *AJDA*, 2007, p. 1055.

933 - Ce faisant le Conseil d'État ne suggère pas d'unifier la compétence juridictionnelle en matière de référé précontractuel : ce contentieux est judiciaire pour les marchés de droit privé conclus par des personnes publiques et pour les concessions de travaux visées à l'article 11-1 de la loi du 3 janvier 1991.



doute raisonnable de prévoir que les contrats de montant modique échapperaient à l'obligation de respecter le délai minimum de *standstill* de dix jours.

- Le référé précontractuel, compte tenu du formalisme exigé par le droit communautaire et par le droit national en matière de publicité, débouche souvent sur des annulations de contrats pour des vices de pure forme, qui sont en réalité sans aucune incidence sur le contrat (cf. 7.2.3). Pour éviter ces inconvénients, largement soulignés par la doctrine⁹³⁴, la jurisprudence fait volontiers appel à la théorie des formalités substantielles. Le Conseil d'État lui-même s'oriente depuis peu dans cette direction⁹³⁵. Les autorités françaises pourraient, utilement sur ce point, suggérer à la Commission européenne de dresser, à la lueur de l'expérience, un bilan de l'application de la directive de 2004 en vue d'alléger les exigences trop formalistes de l'avis d'appel public à concurrence prévu par son annexe III. Le ministère de l'économie et des finances pourrait, dans l'intervalle, rédiger à l'attention des annonceurs un guide pratique sur la manière de remplir correctement cet avis.
- Dans la droite ligne de la jurisprudence *Tropic Travaux signalisation*, la jurisprudence sur le référé précontractuel pourrait, comme y invite la directive recours du 11 décembre 2007, également évoluer. Dans ce référé, le juge administratif n'opère pas, en tout cas pas explicitement, sauf pour apprécier l'urgence, la balance des différents intérêts en présence⁹³⁶ et s'interdit d'autoriser la passation du contrat. La transposition prochaine de la directive, qui permet dans un tel cas de passer outre à l'interdiction de contracter sous réserve de sanctions de substitution, pourrait être mise à profit pour diversifier les pouvoirs du juge.

13.5.3. Utiliser la procédure de l'avis pour stabiliser rapidement le régime applicable aux nouveaux contrats

La jurisprudence administrative contribuant largement à définir le régime juridique applicable aux différentes familles de contrat administratif, elle doit s'efforcer de dissiper le plus rapidement possible les incertitudes pesant sur les nouveaux types de contrat et en stabiliser le régime juridique. Il serait opportun d'utiliser à cet effet la procédure de l'avis de l'article L. 113-1 du code de justice administrative pour clarifier au plan national les zones d'ombre et cadrer les

934 - Voir par exemple, parmi les plus vigoureuses, G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 240.

935 - Cf. CE, 8 février 2008, *Département de l'Essonne*, requête n° 300275 : le juge des référés d'un tribunal administratif ne commet pas d'erreur de droit en jugeant que des irrégularités substantielles dont il a souverainement apprécié l'existence entachent la procédure de passation d'un marché. Voir aussi CE, 8 février 2008, *Commune de Toulouse*, requête n° 303748 : le juge des référés d'un tribunal administratif ne dénature pas les pièces du dossier en jugeant que l'omission de la mention du délai d'introduction du recours en référé précontractuel affecte de manière substantielle les conditions de publicité de la procédure. La jurisprudence semble aborder la question de la manière suivante : si une mention est requise par l'annexe III de la directive de 2004 dans l'avis d'appel public à concurrence, son absence est regardée comme un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ; si toutes les rubriques obligatoires sont renseignées, le juge des référés doit apprécier si les inexactitudes ou insuffisances constatées constituent un vice substantiel équivalant à un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

936 - En réalité, cette balance des intérêts fait partie de l'appréciation de l'urgence mais n'apparaît pas en tant que telle dans le raisonnement du juge des référés.



questions les plus importantes. Cette manière de faire serait particulièrement expédiente pour le contrat de partenariat.

13.5.4. Fiabiliser les méthodes d'interprétation des contrats par le juge

Si les méthodes d'interprétation des contrats par le juge produisent parfois des résultats perçus comme aléatoires, les matériaux dont il dispose sont souvent fragiles, pour ne pas dire inexistantes.

Rien n'est fait pour lui faciliter la tâche : alors qu'il peut se référer aux travaux préparatoires aux lois⁹³⁷ pour essayer de comprendre le contexte, les objectifs d'un texte, ses versions successives et les différentes positions en présence et pour reconstituer avec une relative fiabilité le sens du texte final, rien de tout cela n'existe en matière contractuelle. Faute d'être informé par les parties⁹³⁸, qui n'ont elles-mêmes généralement pas conservé les archives sur les différentes étapes de leurs négociations ou les gardent secrètes pour ne pas être mises en difficulté, le juge doit le plus souvent dégager les solutions en faisant seulement appel à son expérience et à son expertise dans le maniement du langage juridique. Pour les traités internationaux, si la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 donne les règles générales et les moyens complémentaires d'interprétation (articles 31 et 32), il manque souvent les éléments retraçant le point de vue des négociateurs. Il existait dans le passé un dispositif de consultation auprès du ministre des affaires étrangères, qui a disposé jusqu'en 1990 du monopole de l'interprétation des traités⁹³⁹ et qui conserve avec grand soin toutes les archives relatives aux négociations des traités internationaux. Mais rien de tel n'est organisé pour tous les autres contrats administratifs, qui sont très nombreux.

Il serait donc utile d'encourager les collectivités publiques intéressées à conserver les dossiers de la négociation contractuelle pour leurs principaux contrats, qui devraient pouvoir être systématiquement produits devant le juge, ou dont celui-ci devrait pouvoir ordonner la production afin de minimiser les aléas dans l'interprétation des contrats.

D'autres techniques existent pour éclairer le juge, notamment en matière sociale où il n'est pas rare de pouvoir interroger des commissions chargées du suivi et de l'interprétation de l'accord collectif, en un mot des gardiens de la mémoire de l'accord⁹⁴⁰. En droit du travail, l'interprétation d'un accord par une telle commission ne lie pas le juge judiciaire, sauf si la convention collective recon-

937 - Il en va de même pour les décrets en Conseil d'État : les dossiers examinés par les sections administratives contiennent généralement tous les éléments nécessaires pour éclairer ensuite le juge dans l'interprétation du texte.

938 - Élément intéressant car il prend en compte la difficulté d'identifier les accords applicables dans une entreprise, les articles L. 135-7 et 8 du code du travail mettent à la charge de l'employeur l'obligation de tenir à la disposition des salariés sur le lieu de travail ou sur l'intranet un exemplaire à jour du droit conventionnel applicable.

939 - CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. p. 171, concl. R. Abraham, *GAJA*, 13^e édition, n° 104, p. 734.

940 - Le rapport de Virville contenait sur ce point des développements et des propositions intéressants mais la loi du 4 mai 2004 ne les a pas repris.

naît à cette interprétation la valeur d'un avenant. Cette approche pourrait être transposée dans tous les domaines où la conclusion d'un contrat administratif a été précédée de l'intervention d'un organisme consultatif. On pourrait aussi envisager d'interroger les négociateurs d'un accord en cours de procédure.



Le développement de la contractualisation au cours des dernières décennies ne doit, à la réflexion, pas être considéré comme une manifestation de la crise du droit administratif ou comme un signe avant-coureur de sa dilution ou de sa disparition. L'explosion d'une telle variété de contrats constitue au contraire un témoignage éclatant de la victoire de la liberté contractuelle, de la bonne santé et de la vitalité du droit administratif.

Comme le remarquait Laurent Richer en 2003, «le contrat, c'est l'imagination au pouvoir». Même si la liberté contractuelle et son imagination débordante débouchent parfois sur du désordre et des imperfections, au lieu de les déplorer, il y a tout lieu de se réjouir de ce que ce droit reste imaginatif et créatif : c'est le gage de sa survie. C'est aussi la preuve qu'il a su répondre aux exigences renouvelées de l'action publique.

Il n'est à cet égard guère contestable que le contrat est plus que jamais indispensable à l'administration, à la fois comme mode d'action publique et comme source de normes. Il n'y a donc pas lieu d'en brider l'usage par principe. La seule attitude à adopter consiste à l'utiliser à bon escient où et quand il présente une supériorité démontrée ou éprouvée.

Le désordre parfois constaté révèle au reste que la doctrine et le juge administratif ont suivi avec un temps de retard une réalité trop rapidement évolutive. Vivant sur des catégories dont les contours étaient remis en cause, ils ont éprouvé des difficultés à forger en temps réel les nouveaux concepts et les nouvelles approches aptes à canaliser une créativité exagérément profuse.

Cet état de fait rend aujourd'hui souhaitable et nécessaire un effort de clarification du champ contractuel. La méthode suivie par les groupes de travail chargés de poser les fondements d'un droit communautaire des contrats mérite d'être reprise en raison de sa rigueur intellectuelle : elle s'attaque d'abord aux concepts et à la terminologie ; elle énonce ensuite les principes fondamentaux ; elle applique enfin ces principes aux contrats particuliers. C'est cette méthode qu'il convient de suivre pour rétablir la clarté du champ contractuel en droit administratif.

Sans se bercer d'illusions : le champ contractuel est désormais si vaste, si divers et déjà si fragmenté qu'il sera sans doute difficile de rétablir son unité. Les problématiques variant selon les domaines, on peut en tout cas veiller aux cohérences, à la terminologie et aux principes fondamentaux.

Si des perturbations continuent, comme on peut le craindre, à affecter le champ contractuel au cours des prochaines années, deux priorités claires se dégagent pour les collectivités territoriales et pour l'État. La fragilité des contrats signés par les collectivités territoriales ne constitue pas une fatalité : une meilleure formation

des élus et des fonctionnaires territoriaux devrait améliorer la situation en longue période. Quant à l'État, c'est à une meilleure articulation du droit national avec le droit communautaire qu'il devrait prioritairement consacrer ses efforts au cours des prochains mois.



Annexes



Annexe 1

Le rescrit fiscal présente-t-il la nature d'un contrat ?

Peut-on voir dans le rescrit fiscal et dans les conséquences qu'il engendre pour l'administration une forme de contractualisation des rapports entre l'administration et le contribuable, de droit public ou de droit privé ?

Le rescrit fiscal se définit comme une prise de position formelle de l'administration sur une situation de fait qui lui est soumise par un contribuable.

La procédure propre au rescrit fiscal semble certes correspondre aux trois critères fixés par l'article 1108 du code civil : consentement de la partie qui s'oblige (le Conseil d'État ayant reconnu la liberté contractuelle de l'administration), objet certain qui forme la matière de l'engagement, cause licite dans l'obligation.

L'objet du rescrit consisterait pour l'administration en une obligation « de ne pas faire » dans la mesure où elle s'engage auprès du contribuable à ne procéder à aucun redressement sur le fondement de l'abus de droit (article L. 64 B du LPF) ou du fait des allègements dont il bénéficie, sous réserve que la situation de fait soit restée identique. Reste que l'administré ne contracte pas d'obligation particulière par le biais du rescrit. Pour bénéficier, par exemple, du statut de jeune entreprise innovante¹, l'entreprise doit se déclarer spontanément à la direction des services fiscaux dont elle dépend, sans qu'aucun formalisme ne soit attaché à cette déclaration. La procédure du rescrit, si elle lui permet de disposer de garanties, ne lui attribue pas plus de droit supplémentaire que d'obligations autres que celles afférentes au statut dont elle souhaite bénéficier. De plus, en cas d'inexécution, le rescrit s'éloigne très sensiblement du contrat civil. Car l'inexécution de l'obligation contractuelle en droit civil entraîne en théorie soit la résolution contractuelle, soit l'action en paiement de dommages et intérêts. Or le rescrit n'est pas assorti de clause résolutoire et le non-respect par l'administration de la parole donnée au contribuable ne peut pas fonder une action en dédommagement.

Le rescrit fiscal ne peut pas non plus s'assimiler à un quasi-contrat, bien que celui-ci trouve son origine davantage dans une situation de fait (la conformité de la

1 - Ce statut ouvre droit à une exonération totale d'impôt sur le revenu ou d'impôt sur les sociétés au cours des trois premiers exercices, puis à un abattement de 50 % au titre des exercices bénéficiaires suivants ainsi qu'à des exonérations significatives de cotisations sociales. La jeune entreprise se définit par les conditions suivantes : avoir moins de huit ans d'existence, être réellement nouvelle, réaliser un chiffre d'affaires annuel inférieur à 40 M€.

situation du contribuable à la loi) que dans un acte juridique, l'accord de l'administration pouvant d'ailleurs être tacite. En cas de non-respect par l'administration de la promesse donnée au contribuable, le juge pourrait s'estimer être en présence d'une fausse promesse telle qu'elle a été dégagée par la Cour de cassation en 2002. Mais outre que cette comparaison apporte peu d'éclaircissements sur le statut juridique du rescrit, les effets juridiques de ce dernier ne sont nullement assimilables à ceux du quasi-contrat.

Le rescrit n'est pas davantage un contrat administratif, même s'il présente certaines analogies avec un tel contrat, dans la mesure où il emporte pour l'administration des obligations à l'égard des administrés et garantit la sécurité juridique du contribuable grâce à un engagement pris par l'administration sur sa situation de fait. Car si son objet relève par nature du champ du contrat administratif, sa signature par la seule administration lui confère un caractère unilatéral : le contribuable n'est pas engagé par le rescrit, et l'administration, qui peut d'ailleurs revenir sur son analyse, ne dispose d'aucun pouvoir de sanction à son égard. Le rescrit n'est pas, au surplus, un accord négocié mais une décision de l'administration prise au regard de la situation de fait explicitée par un contribuable. En outre, l'octroi des avantages fiscaux accordés n'étant en principe pas réservé au seul destinataire du rescrit, l'effet relatif du rescrit dépasse, à la différence de celui d'un contrat, le cercle de ses seuls destinataires.

En définitive, en l'état actuel de notre droit, le rescrit n'est certainement pas un contrat. La décision du 26 mars 2008, *Association Pro Musica* (cf. 3.2.3) indique à cet égard qu'une prise de position formelle au titre de l'article L. 80 B du livre des procédures fiscales n'emporte par elle-même aucun effet de droit sur une situation régie par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur mais peut néanmoins faire grief lorsqu'elle impose des sujétions au contribuable. Cette prise de position n'est toutefois pas détachable de la procédure d'imposition et ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Si le rescrit n'est ni un contrat civil ni un quasi-contrat, ni un contrat administratif, mais un acte administratif unilatéral non détachable de la procédure d'imposition, la question se pose de savoir si cette situation doit évoluer (cf. 13.2.4).



Annexe 2

Bref historique de la démarche communautaire d'harmonisation du droit des contrats civils

Le Parlement européen a joué un rôle moteur dans ce mouvement. Dès 1989 puis à intervalles réguliers², il a affirmé l'importance de l'harmonisation du droit civil en Europe, afin de créer un marché intérieur plus efficient. Il a plusieurs fois demandé à la Commission de ne pas se limiter au seul droit des contrats quant à l'harmonisation communautaire.

1 – La Commission européenne a repris l'initiative à partir de 2001, en publiant une première communication sur le droit européen des contrats complétée en 2003, 2004 et 2005³.

La Communication de juillet 2001 visait à ouvrir des pistes concernant l'opportunité d'instaurer un droit européen des contrats⁴, selon quatre grandes options : ne pas harmoniser pour laisser jouer le marché ; promouvoir de simples principes communs ; réviser la législation en vigueur ; adopter une législation communautaire complète.

L'écho majoritaire rencontré par les options 2 et 3 a déclenché un mouvement vers l'harmonisation, encadré par une deuxième communication du 12 février 2003 prônant un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent. À cet effet, trois mesures furent avancées : élaborer un cadre commun de référence ; adopter un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats ; mettre en place des clauses et conditions contractuelles types. La première mesure a été reprise et développée dans une troisième communication

2 - Résolution du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, *JOCE*, C 158/400 ; Résolution du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, *JOCE*, 1994 C 205/518 ; Résolution du 15 novembre 2001 concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres (COM (2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187 (COS)) ; Résolution sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre (2005/2022 (INI)) ; Résolution sur le droit européen des contrats, P6_TA_PROV (2006) 0352.

3 - COM (2001) 398 ; COM (2003) 68 ; COM (2004) 651 ; COM (2005) 456.

4 - Cette consultation publique a servi, dans toute l'Europe, « de détonateur à un débat qui mijotait depuis près d'une décennie, essentiellement depuis que la directive 93/13 sur les clauses abusives avait commencé à attiser les craintes quant à l'influence du droit européen dans le domaine du droit des contrats » (S. Vogenauer et S. Weatherhill, « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats – Une analyse empirique », *RDC* 2005, p. 1215, spéc. p. 1219). En France, ce débat fut d'autant plus vif qu'il fut souvent confondu avec celui sur le code civil européen.

du 11 octobre 2004 sur la voie à suivre en termes de révision de l'acquis et de droit européen des contrats.

Cette ambition de révision a trouvé ses limites avec la communication du 23 septembre 2005, où l'utilité d'un instrument optionnel ne fait plus l'objet que d'un paragraphe tandis que la révision de l'acquis en droit de la consommation apparaît comme la nouvelle priorité.

Cette inflexion récente s'inscrit dans le prolongement du Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne du 2 octobre 2001⁵, et a été confirmée dans un nouveau livre vert du 7 février 2007 sur « la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs »⁶. Deux démarches possibles ont été suggérées par la Commission : une démarche verticale (révision des directives individuelles) et une démarche horizontale (adoption d'instruments-cadres de réglementation). La seconde démarche semble recueillir sa préférence : elle souhaite par exemple élaborer une directive sur les contrats de vente de marchandises des professionnels aux consommateurs.

2 – Plus généralement, l'enjeu d'un droit européen des contrats passe désormais par le choix d'un cadre commun de référence (CCR), « boîte à outils » non contraignante.

Ce travail récent sur un CCR s'inspire de deux grands modèles de référence européens en matière de contrats.

Le premier, et celui dont l'influence intellectuelle est la plus grande, est le travail initié dans les années 1970 par le groupe du professeur Ole Lando⁷, qui a conduit à dégager des « principes du droit européen du contrat ».

Le deuxième cadre est fourni par les principes Unidroit, relatifs au contrat du commerce international. Même si sa portée est internationale et non européenne, il est très proche du modèle précédent.

3 – Le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) a été remis à la Commission fin 2007 et publié au début de l'année 2008, suite aux travaux du réseau d'universitaires (CoPECL network) mis en place par la Commission en 2005.

Afin d'aboutir à un CCR le plus consensuel et opérationnel possible, la Commission a mis en place, dans le cadre du 6^e programme-cadre pour la recher-

5 - COM (2001) 531.

6 - COM (2006) 744.

7 - En 1974, au moment où le projet de convention communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles était en cours d'élaboration, le professeur Ole Lando, persuadé que les règles de conflit de lois ne permettraient pas de parvenir à l'uniformisation juridique nécessaire au bon fonctionnement d'un marché intégré, décida de réunir, au sein d'une « Commission pour le droit européen du contrat », quelques professeurs en vue d'élaborer des règles de fond uniformes. Le projet prit son essor au début des années quatre-vingt. La première partie des Principes – d'abord publiée en anglais en 1995, puis traduite en français – contenait, outre des dispositions générales, des règles sur l'exécution du contrat, son inexécution et les remèdes à l'inexécution. De 1992 à 1996, une deuxième commission a révisé ce travail et ajouté des textes relatifs à la formation, la représentation, la validité, l'interprétation, le contenu et les effets du contrat.

che et le développement technologique, un «réseau commun pour le droit des contrats européens» formé de divers groupes d'universitaires.

Parmi ces groupes, on distingue trois groupes «rédacteurs» (groupe d'études sur le code civil européen; groupe acquis communautaire; groupe sur le droit des assurances) et d'autres groupes «évaluateurs» (parmi lesquels notamment le groupe composé de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée).

4 – Les deux premiers groupes «rédacteurs» ont regroupé leurs travaux dans un vaste ensemble intitulé *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*⁸. Plus précisément, le groupe dirigé par le professeur Christian von Bar, dénommé Groupe d'études sur le code civil européen (*Study Group on A European Civil Code*) a intégré les textes rédigés, à partir de l'acquis communautaire, par le Groupe de recherche sur le droit communautaire (*Research Group on EC Private Law* ou *Acquis Group*) que dirige le professeur Hans Schulte-Nolke, également coordonnateur du réseau.

D'ores et déjà, le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) paraît constituer le socle du futur cadre commun de référence. L'ouvrage contient une introduction expliquant l'esprit et le but des travaux, ainsi que deux tables (de *destinations* et de *derivations*) qui permettent de se repérer par rapport au modèle des Principes du droit européen du contrat. Le DCFR est composé de dix livres. Le champ couvert débord largement celui du droit des contrats pour s'étendre, comme l'indique le titre de l'ouvrage, au droit privé européen, à l'exclusion des matières énumérées dans le premier article du livre I intitulé *General provisions* (tel le droit de la famille). Le livre II porte sur les contrats et autres actes juridiques (*Contracts and other juridical acts*). Le livre III comprend les règles applicables aux obligations et autres droits (*Obligations and corresponding rights*). Le livre IV, relatif aux contrats spéciaux et aux droits et obligations qui en résultent, traite de la vente, du bail de biens meubles, du contrat de services, du mandat, des contrats d'agence commerciale, de franchise et de distribution, des prêts (en préparation), des sûretés personnelles. Les autres livres sont, ou seront, respectivement consacrés à la gestion d'affaires (livre V), la responsabilité délictuelle (livre VI), l'enrichissement sans cause (livre VII), les biens (livre VIII), les sûretés réelles sur les biens meubles (livre IX) et le *trust* (livre X). En l'état, ces livres sont exclusivement composés de règles modèles. Des notes et commentaires viendront les enrichir. Comme les textes proposés excèdent la mission conférée par la Commission, limitée au seul droit des contrats, une distinction est opérée entre «cadre commun de référence académique» et «cadre commun de référence politique», au domaine nettement plus limité. D'après les rédacteurs de l'introduction du DCFR, il serait toutefois regrettable de n'adopter qu'une partie des textes proposés car l'ensemble forme une «entité organique» (DCFR, p. 34).

5 – Comme le précise Bénédicte Fauvarque-Cosson dans un article récent intitulé «Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés»⁹, le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) adopte une structure particulière,

8 - *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition* (Sellier, 2008).

9 - Recueil Dalloz 2008, n° 9, p. 2-3.

liée au fait qu'il va bien au-delà du seul droit des contrats. Ainsi que l'a encore relevé le professeur O. Lando à propos des livres II et III, la méthode abstraite, d'inspiration germanique, l'a emporté sur les besoins du citoyen¹⁰.

6 – Le groupe composé de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée a fait porter ses travaux sur la terminologie, les principes et les règles modèles, ainsi que le souhaitait la Commission. Ce groupe d'origine française a proposé d'autres règles modèles, très étroitement inspirées des Principes du droit européen du contrat, fondées sur un plan simple et accessible à tous. Ce groupe préconise en outre d'adopter, en complément éventuel du texte du DCFR, sa propre version des principes directeurs (qui seraient la liberté, la sécurité et la loyauté contractuelles, assortis de tempéraments).

Les travaux de ce groupe sont publiés dans deux ouvrages édités par la Société de législation comparée¹¹.

Le premier, intitulé *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle*, étudie les notions suivantes : contrat ; obligation/devoir ; acte juridique/fait juridique ; règles impératives et ordre public ; bonne foi ; faute et manquement ; préjudice ; dommages et intérêts/indemnité ; anéantissement. Le deuxième, intitulé *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, contient une proposition de principes directeurs du droit européen des contrats et un projet de règles contractuelles modèles. Ces travaux s'appuient sur d'importantes recherches en droit comparé. Ainsi, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, l'avant-projet de code européen des contrats, plusieurs droits nationaux, tels les droits allemand, anglais, espagnol, italien, suisse, français, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, le DCFR ont constitué d'utiles points de référence.

7 – Alors que d'autres pays membres comme les Pays-Bas ou l'Allemagne ont réformé leur droit national des contrats national, le droit français des contrats paraît en décalage, largement fondé sur des textes remontant à 1804. Ce retard pourrait être comblé si le projet de réforme du droit français des contrats était adopté. Ce projet, actuellement en cours de préparation, s'inspire notamment des travaux d'un groupe principalement composé d'universitaires et dirigé par Pierre Catala¹².

La perspective prochaine de la Présidence française de l'Union européenne en juillet 2008 est prometteuse, puisque la rénovation du droit européen des contrats est prévue dans les priorités du programme. Remettre la France au cœur de ce mouvement de modernisation du droit civil apparaît important pour que celle-ci puisse avoir la crédibilité nécessaire afin de peser sur les choix qui seront actés prochainement.

10 - Dans son article *The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)*, ERCL 3/2007, p. 250.

11 - *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle. Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 6 et 7, SLC 2008.

12 - Rapport de P. Catala au ministre de la justice sur « l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281) », La Documentation française, 22 septembre 2005, 192 p.

CONTRIBUTIONS



Agrément fiscal et droit communautaire

Dominique Berlin

Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

1. Associer agrément fiscal et droit communautaire dans une étude consacrée aux rapports entre droit public et contrat peut sembler une idée saugrenue. Non que le droit communautaire ne se soit pas intéressé depuis longtemps aux pouvoirs fiscaux des États membres. Mais l'agrément fiscal n'étant déjà en droit interne, et depuis longtemps, pas assimilable à une quelconque technique contractuelle, on ne voit pas en quoi le droit communautaire pourrait changer la donne. Disons-le immédiatement, toute influence en ce sens, et quel que soit le sens de cette influence, ne pourrait être qu'indirecte, et même très indirecte. Toutefois, la confrontation entre agrément fiscal et droit communautaire fait apparaître des interactions souvent méconnues, mais reflétant paradoxalement les contraintes que le droit communautaire peut faire peser sur la conduite, par les États de leur politique économique, et en l'espèce fiscale. Comme l'écrivait Madame de Saint Pulgent¹ « À chacune de ces étapes, l'État poursuivait par la procédure d'agrément le même objectif : s'assurer la collaboration d'auxiliaires choisis dans le secteur associatif, industriel ou commercial, pour accomplir ou atteindre, sous son contrôle, les nouvelles tâches ou objectifs qu'il se fixait ? D'où la nature juridique reconnue par la doctrine à l'agrément : instrument de la politique définie par l'État, c'est un acte administratif unilatéral ; procédure de choix des collaborateurs de cette politique, c'est un choix discrétionnaire ». L'auteur ajoutait que l'application de ces deux caractéristiques, et surtout la seconde, à l'agrément fiscal a toujours posé un problème. Si le caractère d'acte administratif unilatéral ne fait plus guère l'objet de discussion aujourd'hui²,

1 - M. de Saint Pulgent, « Le droit français des agréments fiscaux », *Études et Documents*, n° 41, 1990, p. 185 et suiv., spéc. p. 186.

2 - Un temps mise en doute par l'utilisation, sous la plume des rédacteurs du Plan dans les années soixante, de l'expression « quasi-contrats » voire de celle de « contrat fiscal » pour les réductions d'impôts accordées aux entreprises en contrepartie d'un programme d'investissements conforme aux objectifs du V^e Plan, la nature unilatérale des agréments fut rétablie au prix du concept d'acte-condition. (Cf. notamment J. Delmas-Marsalet, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », *Études et Documents*, 1969, p. 137 « L'agrément ayant pour seul effet d'entraîner l'application à l'entreprise bénéficiaire d'un statut fiscal privilégié prévu par la législation en vigueur, les contreparties demandées à l'entreprise s'analysent comme autant de conditions mises par l'autorité administrative à l'attribution ou au maintien de l'avantage prévu par la loi ». Au demeurant, cette position trouvait de solides appuis jurisprudentiels puisque hormis la transaction fiscale l'exclusion du procédé contractuel en matière fiscale est acquise

son caractère discrétionnaire et le contrôle du juge qui en découle peuvent être réexaminés à la lumière des éléments pertinents du droit communautaire. Mais quels sont-ils ?

2. De manière générale, l'actualité la plus récente montre que le droit communautaire s'intéresse de plus en plus à l'utilisation, par les États membres, de leur fiscalité. C'est toutefois surtout l'impôt, dans son rôle de pourvoyeur de recettes budgétaires, qui est l'objet de toute l'attention du juge communautaire et qui a été atteint par les dispositions du Traité condamnant les discriminations au détriment des produits étrangers ou les différences de traitement au détriment de personnes résidents d'autres États membres. Dans les deux cas il s'agit de garantir qu'à l'intérieur d'un même État, la charge fiscale est également répartie entre situations ou personnes comparables, abstraction faite de la nationalité ou de la résidence des uns ou des autres, de manière à ce que le budget national ne soit pas alimenté proportionnellement plus par la fiscalité pesant sur les produits ou personnes d'autres États membres que par celles frappant les produits ou personnes nationaux similaires, en tout cas comparables. C'est l'idée d'un marché commun qui fonde la contrainte pesant sur les fiscalités à ce titre. Il va de soi que les procédures d'agrément n'échappent pas à un tel contrôle, mais elles ne présentent aucune particularité en la matière. Si les conditions pour obtenir l'agrément recèlent une discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence, elles seront appréciées au même titre qu'une législation, présentant les mêmes caractéristiques, mais ne prévoyant aucune procédure d'agrément³.

3. Au-delà, cette même fiscalité a également dû composer avec les contraintes issues de l'action du législateur communautaire et plus précisément avec les directives d'harmonisation fiscale qui, de manière différente suivant les impôts concernés, contribuent à uniformiser ou du moins rapprocher les législations nationales de manière à donner corps à l'idée de marché unique ou intérieur. Ici, l'idée n'est plus de faire disparaître les discriminations à l'intérieur de chaque État membre, mais plutôt de contribuer à la disparition des différences entre les États membres. On sait que les contraintes résultant de ce mouvement d'harmonisation ne sont pas minces, d'autant que certaines directives sont invocables non seulement lorsqu'une situation implique un produit ou personne d'un autre État membre, mais également dans le cas de situations purement domestiques.

depuis longtemps (cf. Cass. civ., 13 mars 1895, *Dreyfus*, S 1895, 1, 465 « *la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public ; elle ne peut donc pas être la matière d'un contrat* ». Et d'une manière comparable, CE, 28 juin 1961, *Compagnie Générale*, p. 143, « *les accords pouvant éventuellement intervenir entre les contribuables et les agents d'assiette pour fixer les modalités de déclaration ou de détermination du bénéfice contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ne peuvent en aucun cas créer au profit des contribuables des droits acquis au maintien de ces accords et faire obstacle au droit de l'administration de réclamer le montant [...] des impositions légalement dues* ». En matière d'agrément fiscal (plus précisément celui de l'article 238 bis du code général des impôts, ci-après « CGI », dans sa rédaction de l'époque), la reconnaissance de l'acte condition cf. CE Sect., 10 mars 1967, *Sté Sarmat*, concl. Galmot, *AJDA*, II, p. 280).

3 - Ainsi dans l'affaire Oy AA, (CJCE, 18 juillet 2007, affaire C-231/05), était en cause une législation finlandaise examinée au regard de l'article 43 du Traité CE, sans que l'intervention d'une Commission centrale des impôts, (cf. points 13-15 de l'arrêt) délivrant une décision préalable donnant accès (refusant l'accès en l'espèce) au bénéfice d'un régime intragroupe, de nature équivalente à un agrément fiscal, ne soit prise en compte par la Cour pour juger de la compatibilité ou non du régime fiscal au regard du traité.

Par comparaison, c'est donc l'idée de marché unique qui, ici, fait peser un grand nombre d'obligations sur les fiscalités nationales. Ces directives peuvent également jouer un rôle, double, en matière d'agrément. Soit elles pourront constituer une nouvelle base de légalité pour apprécier l'agrément, si la directive prévoit qu'un avantage fiscal sera accordé de plein droit à certains opérateurs. Soit elles prévoiront elles-mêmes une telle procédure et légitimeront un peu plus l'agrément octroyé au niveau national, sous réserve bien entendu que celui-ci, outre les conditions propres au droit interne, ne s'écarte pas des conditions prévues par les textes communautaires⁴.

4. Toutefois, l'attaque sans doute la plus frontale à l'encontre de l'agrément provient d'une troisième source moins connue sans doute dans la mesure où elle est d'apparition plus récente et où ses contours paraissent moins bien fixés. Cette contrainte est issue des conséquences tenant à l'établissement et au maintien d'un régime de concurrence non faussée dans le marché unique. Si la concurrence dont les traités communautaires souhaitent le maintien est protégée des menées des entreprises par les articles 81 et 82 du traité de la Communauté européenne (ci après «TCE»), elle l'est également des agissements des pouvoirs publics, au sens large, par les articles 87 et 88 TCE. La première de ces dispositions, on le sait, pose un principe d'interdiction (sauf dérogations prévues notamment au paragraphe 2 de l'article⁵) des «*aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit qui faussent ou*

4 - L'appréciation de la marge de manœuvre des États, éventuellement laissée par la directive, et le contenu des agréments ainsi adoptés, seront également appréciés (y compris indirectement via une décision de la Commission les approuvant) au regard des objectifs poursuivis par la directive cf. par exemple TPICE, 27 septembre 2000, affaire T-184/97, *BP Chemicals Ltd c/ Commission*, soutenue par République française, rec. p. II-3145.

5 - Il est nécessaire de signaler également que de la même manière que pour l'article 81, le Conseil, sur le fondement de l'article 94 (aujourd'hui 89) a habilité la Commission à adopter des règlements d'exemption catégorielle (cf. règlement CE 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du Traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides horizontales, *JOUE*, L 142 du 14 mai 1998, p. 1). En réalité ce règlement est plus une mesure d'exemption de l'obligation procédurale de l'article 88 § 3, qu'une mesure dérogeant au champ d'application de l'article 87 § 1. Cependant en définissant les critères permettant d'échapper à l'obligation de recueillir l'approbation de la Commission qui seule est compétente pour appliquer l'interdiction, il définit également (ou du moins permet-il à la Commission de définir les critères des aides qui échappent à l'interdiction de l'article 87 § 1). Sur ce fondement ont été adoptés, outre le règlement cité note 6 ci-dessous, le règlement (CE) n° 68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation (*JOCE*, L 10 du 13 janvier 2001, p. 20, modifié par le règlement de la Commission n° 363/2004 du 25 février 2004 *JOUE*, L 63, 28 février. 2004, p. 20 et prolongé par le règlement de la Commission (CE) n° 1976/2006 du 20 décembre 2006, *JOUE*, L 368, 23 décembre 2006, p. 85 ainsi que règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (*JOCE*, L 10 du 13 janvier 2001, p. 33), modifié par le règlement (CE) n° 364/2004 de la Commission du 25 février 2004 en ce qui concerne l'extension de son champ d'application aux aides à la recherche et au développement, *JOUE*, L 63 du 28 février 2004, p. 22 et par le règlement (CE) n° 1857/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides d'État accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production de produits agricoles, *JOUE*, L 358 du 16 décembre 2006, p. 3., règlement (CE) n° 2204/2002 de la Commission du 12 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi, *JOUE*, L 337 du 13 décembre 2002, p. 3 et le règlement (CE) n° 1628/2006 de la Commission du 24 octobre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides nationales à l'investissement à finalité régionale, *JOUE*, L 302 du 1^{er} novembre 2006, p. 29.



menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »⁶. Cette interdiction dont la portée dépasse de loin les seules mesures fiscales, englobe plus que certainement ces dernières.

5. Il n'est guère besoin d'insister en effet sur la nécessaire implication des « ressources d'État », dès lors qu'est en cause une mesure fiscale par laquelle transite un avantage, qu'il s'agisse de réduction de l'assiette imposable, d'une réduction totale ou partielle du montant de l'impôt ou d'un report voire d'une annulation de la dette fiscale (cas peu fréquent dans le cadre d'un agrément il faut le reconnaître). Dans toutes ces hypothèses l'État renonce définitivement ou temporairement à la perception de ressources. Il ne s'agit évidemment pas de transferts positifs de ressources publiques comme des subventions, mais plutôt de « dépenses négatives » qui sont assimilées à des transferts positifs. Qu'il puisse en découler un avantage pour les bénéficiaires n'est pas une éventualité sur laquelle il est nécessaire de s'attarder : le bénéficiaire des largesses du législateur ou de l'administration fiscal(e) jouit évidemment d'un avantage par rapport à ceux qui ne l'ont pas demandé ou pas obtenu⁷. Précisons que les conditions éventuellement posées pour l'octroi de l'avantage fiscal et qui se rattachent à la poursuite, par l'État, d'objectifs de politique économique, ne permettent pas de faire échapper une mesure à la qualification que ses autres caractéristiques désignent comme telle. Ainsi que le rappelle la Cour :

« S'il devait être considéré que la poursuite d'objectifs de politique économique ou industrielle, tel que l'encouragement à l'investissement, est de nature à faire échapper une mesure sélective à l'application de l'article 87 § 1 CE, cette disposition perdrait tout effet utile »⁸.

6 - L'article 87 § 1 précise également que ces aides doivent affecter les échanges entre États membres. À cet égard, il est utile de rappeler qu'une aide « peut être de nature à affecter les échanges... et à fausser la concurrence, même si l'entreprise bénéficiaire, se trouvant en concurrence avec les entreprises d'autres États membres, ne participe pas elle-même aux activités transfrontalières. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'offre intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres, d'offrir leurs services vers ce marché de cet État membre sont diminuées » (cf. l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (ci après « TPICE ») du 29 septembre 2000, affaire T-55/99, *Confederacion Espanola de Transporte de Mercancias (CETM) c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-3207, spéc. point 86. Cependant, cette condition semble être interprétée de manière redondante avec la condition relative à l'affectation de la concurrence (cf. d'ailleurs le point 11 de la communication de la Commission 98/C 384/03 qui traite les deux conditions ensemble). Concrètement il semble que les échanges entre États membres soient considérés comme affectés dès lors que le montant de l'aide dépasse un seuil de *minimis*, cf. règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de *minimis*, JOUE, L 379 du 28 décembre 2006, p. 5.

7 - Une aide financière accordée par un État ou au moyen de ressources d'État renforce la position d'entreprises par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires cf. CJCE, 17 septembre 1980, affaire 730/79, *Philip Morris c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. 2671 ; 17 juin 1999, affaire C-75/97, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-3671 ; TPICE, 30 avril 1998 ; affaire T-214/95, *Het Vlaams Gewest c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-717.

8 - Cf. point 51 de l'arrêt du TPICE du 6 mars 2002, affaires jointes T-92 et T-103/00, *Territorio Historico de Alava-Diputacion de Alava, et Ramondin SA et Ramondin Capsulas SA c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-1385. Adde points 20-21 de l'arrêt de la CJCE du 26 septembre 1996, affaire C-241/94, *République française c/ Commission des Communautés européennes*,



Cette précision, on s'en apercevra, est particulièrement importante pour les agréments fiscaux qui, la plupart du temps, subordonnent l'avantage qu'ils octroient à la satisfaction, par le demandeur, de certaines conditions qui sont autant de manifestations d'objectifs de politique économique ou industrielle. Or l'avantage ne disparaît pas du fait de l'existence de conditions à satisfaire. Ou en d'autres termes, les charges mises sur le bénéficiaire de l'agrément pour obtenir ce dernier ne compensent pas l'avantage qui découle pour l'entreprise de l'agrément. Bien que d'une certaine manière, en acceptant les conditions posées à la délivrance de l'agrément, l'entreprise participe, à son niveau, à la réalisation d'une politique économique ou industrielle, elle ne saurait être considérée comme participant à l'exécution d'une mission de service public dont le coût serait compensé par le montant de l'avantage fiscal octroyé⁹. De manière réciproque, le même passage réaffirme le principe selon lequel, il importe peu, aux fins de la qualification de la mesure, que l'État ait obéi à telle ou telle préoccupation économique ou sociale, ou qu'il ait voulu poursuivre tel ou tel objectif déterminé¹⁰. Il suffit que la mesure accorde un avantage sur ressources publiques¹¹, ce qui sera toujours le cas des agréments fiscaux. Dès lors et si le bénéficiaire est un opérateur agissant sur un marché, le simple fait de bénéficier de cet avantage le place dans une situation plus favorable que celle de ses concurrents. De ce point de vue la puissance publique se rend coupable d'une

« Kimberley-Clark », rec. p. I-4551 ; point 25 de l'arrêt de la CJCE du 17 juin 1999, affaire C-75/97, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-3671.

9 - Au sens de la jurisprudence *Altmark*. (Cf. point 87 de l'arrêt CJCE, 24 juillet 2003, affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungpräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, rec. p. I-7747. Adde pour un allègement fiscal compensatoire, CJCE, ordonnance 25 mars 1998, affaire C-174/97 P, *FFSA et autres c/ Commission des Communautés européennes*, soutenue par République française et La Poste, *JOCE*, C 209 du 25 mars 1998, p. 12). Cf. toutefois points 76-81 de la décision 2003/193/CE de la Commission du 5 juin 2002 relative à une aide d'État aux exonérations fiscales et prêts à des conditions préférentielles consenties en Italie à des entreprises de services publics dont l'actionnariat est majoritairement public (*JOCE*, L 77 du 24 mars 2003, p. 21). Adde D. Grespan, « *An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy* », *Competition Policy Newsletter*, 2002/3, p. 17 et suiv. spec. p. 21 et suiv.

10 - Cf. déjà CJCE, 2 juillet 1974, affaire 173/73, *République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. 709, points 26-28, notamment « *Ainsi l'article 92 ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets ; dès lors ni le caractère fiscal, ni le but social éventuels de la mesure litigieuse ne suffiraient à la mettre à l'abri de la règle de l'article 92.* »

11 - Il peut exister des mesures sélectives qui incontestablement « aident » les bénéficiaires, mais qui, ne comportant aucun transfert direct ou indirect de ressources publiques, ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 87. Cf. points 21-22 de l'arrêt de la CJCE du 17 mars 1993, affaires jointes C-72 et C-73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c/ Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, rec. p. I-887 et points 17-18 de CJCE, 30 novembre 1993, affaire C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack c/ Nurhan Sidal*, rec. p. I-6185 à propos de l'exclusion de certaines entreprises du champ d'application d'une réglementation allemande particulière.



rupture d'égalité dans la concurrence¹². En d'autres termes, la mesure d'aide fiscale fausse le jeu de la concurrence¹³.

6. Les contraintes que le droit communautaire fait peser sur les agréments fiscaux ne sont donc pas minces en tout cas sur le plan quantitatif. Toutefois,

12 - Il n'est pas inintéressant de signaler que depuis quelques années, la concurrence est non seulement l'objectif dont le maintien est recherché par le contrôle des aides d'État, mais également, et de manière paradoxale, l'objet d'une lutte qui passe également par le contrôle des aides fiscales. Sur la base des textes de 1997 (cf. conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, auxquelles étaient annexées une résolution du Conseil et des Représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil de la même date sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises, *JOCE*, C 2 du 6 janvier 1998, p. 1. Le point J de ce code était libellé comme suit « *Le Conseil constate qu'une partie des mesures fiscales couvertes par le code est susceptible de rentrer dans le champ d'application des dispositions des articles 92 à 94 du traité relatives aux aides d'État. Sans préjudice du droit communautaire et des objectifs du traité, le Conseil note que la Commission s'engage à publier les lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises pour la mi-1998, après avoir soumis un projet aux experts des États membres dans le cadre d'une réunion multilatérale, et qu'elle s'engage à veiller scrupuleusement à la mise en œuvre rigoureuse des règles relatives aux aides en cause, en tenant compte, inter alia, des effets négatifs de ces aides que l'application du code mettra en évidence. Le Conseil note aussi l'intention de la Commission d'examiner ou de réexaminer, au cas par cas, les régimes fiscaux en vigueur et les nouveaux projets des États membres en assurant une cohérence et une égalité de traitement dans l'application des règles et des objectifs du traité* »), la Commission a entamé le réexamen d'un certain nombre de régimes fiscaux considérés comme participant à une concurrence fiscale dommageable pour les États membres : cf. décision 2003/512/CE du 5 septembre 2002 relative au régime d'aide exécuté en Allemagne en faveur des centres de contrôle et de coordination, *JOCE*, L 177 du 16 juillet 2003, p. 17 ; décision 2003/438/CE du 16 octobre 2002, concernant le régime des sociétés de financement au Luxembourg, *JOCE*, L 153 du 20 juin 2003, p. 40 ; décision 2003/883/CE du 11 décembre 2002, concernant le régime des centrales de trésorerie en France, *JOCE*, L 330 du 18 décembre 2003, p. 23 ; décision de la Commission 2003/601/CE du 17 février 2003 concernant le régime des revenus étrangers en Irlande, *JOCE*, L 204 du 13 août 2003, p. 51 ; et décision 2003/515/CE du 17 février 2003, concernant le régime des activités de financement internationales aux Pays-Bas, *JOCE*, L 180 du 18 juillet 2003, p. 52 ; Pour un premier contentieux cf. TPICE, 30 avril 2002, affaires jointes T-195/01 et T-207/01, *Gouvernement de Gibraltar c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-2309.

13 - Au regard du droit interne, l'État peut avoir de bonnes raisons d'agir de la sorte. Il peut ainsi tenter de mener une politique d'aménagement du territoire en incitant certaines entreprises à venir s'installer dans certaines régions ; il peut également vouloir inciter certains secteurs industriels à investir plus dans la recherche et le développement ou vouloir essayer d'aider les entreprises à embaucher ou du moins à ne pas débaucher. Tous ces motifs de politique économique sectorielle, parfaitement légitimes, doivent non seulement obéir à des conditions strictes lorsqu'ils sont légitimés par le droit communautaire (cf. par exemple CJCE, 21 mars 2002, affaire C-36/00, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-3243) mais également être conciliés avec celui de garantir le maintien d'un régime de concurrence non faussée. (Notamment depuis l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, reconnaissant au maintien d'une concurrence non faussée la même valeur d'intérêt général que d'autres objectifs poursuivis par le législateur cf. not. CE, 14 janvier 1998, *Société Million et Marais*, Adde Conseil d'État, *Rapport public 2002*, La Documentation française, « Collectivités publiques et concurrence ». On remarquera cependant que l'obligation qui en découle (la plupart du temps pour le juge administratif en l'absence de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception) de concilier ces différents objectifs sera difficile à assurer en premier lieu *a posteriori*, lorsque ces objectifs, comme en matière fiscale, seront définis au niveau législatif, le juge administratif refusant de censurer directement une loi, et en second lieu, *a priori*, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel aurait été saisi, car la liberté de concurrence n'a aucun statut constitutionnel à opposer aux atteintes éventuelles au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre.



c'est à l'appréciation qualitative de ces contraintes¹⁴ que l'on voudrait consacrer les développements de cette étude. Cependant avant même de tenter une systématisation de cette influence qualitative (II) il est nécessaire de présenter de manière synthétique les raisons pour lesquelles un agrément fiscal peut relever du contrôle des aides d'État, dans la mesure où l'un des critères, qui n'a pas encore été rappelé, exige de toute mesure d'aide qu'elle soit sélective (I).

I. La question de la qualification de l'agrément fiscal en tant qu'aide d'État

7. Au-delà des débats doctrinaux anciens sur la nature quasi contractuelle des agréments fiscaux¹⁵, ces derniers peuvent être définis comme « *des décisions administratives autorisant l'application de régimes fiscaux particuliers pour la réalisation d'opérations déterminées* »¹⁶. Dans la mesure où le régime fiscal de faveur sera autorisé pour des opérations particulières, c'est-à-dire en général au profit d'entreprises particulières, le caractère sélectif de la mesure d'aide semble être évident. Toutefois, le problème est moins simple qu'il y paraît de prime abord et nécessite une analyse juridique plus fine. Il conviendra donc en premier lieu de rappeler quels sont les critères du droit communautaire pour qualifier une mesure de sélective (1) avant d'essayer d'appliquer ces critères aux agréments fiscaux (2).

14 - On ne traitera pas ici de, et on considérera comme acquis, l'état du droit positif en matière de rapports entre droit communautaire et droit national contraire : pour un bilan récent Denys Simon, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, n° 3, mars 2007, Étude 3.

15 - Cf. *supra* note 8. Le débat est clos en jurisprudence depuis l'arrêt du Conseil d'État du 10 mars 1967, *Ministre c/ Société Samat et Cie*, rec. p. 113, concl. Pdt Galmot, *AJDA* 1967, p. 280, qui a jugé recevable un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision de retrait d'agrément (et qui a donc, corrélativement bien qu'implicitement écarté la voie du plein contentieux qui aurait été celle du contractuel). De surcroît l'article 1649 *octies* alinéa 1 du CGI traduit bien cette impossibilité « *Tous contrats, accords ou conventions passés par les administrations publiques et prévoyant l'exonération d'impôts, droits ou taxes perçus par l'État pour son propre compte ou pour celui des collectivités publiques seront de nul effet en ce qui concerne ces exonérations, lorsqu'ils n'auront pas reçu l'agrément préalable du ministre de l'économie et des finances ou de ses représentants et pour autant qu'ils n'auront pas été ratifiés par le Parlement.* »

16 - Cf. J. Maia, *L'agrément fiscal : instrument d'intervention économique ou de sécurité juridique ?*, RJF 2001/2, Chronique p. 99. Adde M^{me} M. de Saint Pulgent, *Le droit français des agréments fiscaux*, in Études et Documents du Conseil d'État, 1990, p. 185 et suiv.

I. 1 Les critères de la mesure sélective

8. Dans une Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité des entreprises¹⁷, la Commission a résumé l'état du droit en la matière et pointé du doigt la principale difficulté. On ne reviendra pas sur le fait que la mesure fiscale nationale doit alléger les charges qui normalement grèvent le budget des entreprises, ni sur la nécessaire implication des ressources d'État¹⁸, ni même sur l'affectation des échanges entre États membres et celle de la concurrence. Ces caractéristiques ne posent en général aucune difficulté s'agissant des mesures fiscales¹⁹ et notamment des agréments fiscaux. En revanche l'essentiel de la Communication est consacré à l'explicitation de la notion de mesure sélective²⁰. La Commission explique tout d'abord qu'il y a lieu de distinguer entre l'effet des mesures générales et celui de mesures particulières. Ainsi le fait que certaines entreprises retirent plus que d'autres des avantages de certaines mesures fiscales ne confèrent pas automatiquement à ces dernières le caractère d'aide d'État. La Commission en fournit un exemple « *les mesures visant à alléger la fiscalité du travail pour toutes les entreprises ont un effet relativement plus important pour les industries à forte intensité de main-d'œuvre que pour les industries à forte intensité en capital, sans nécessairement pour autant constituer des aides d'État* »²¹. De la même manière le fait que certains contribuables profitent plus que d'autres du caractère progressif du barème de l'impôt sur le revenu ne constitue pas une mesure sélective, mais la simple conséquence d'une mesure générale. Pour tenter de

17 - Cf. communication précitée 98/C 384/03, (ci-après « la Communication »), *JOCE*, C 384 du 10 décembre 1998, p. 3. La Commission a publié sur son site son rapport du 9 février 2004 (ci-après « le Rapport ») sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures en matière de fiscalité directe des entreprises. Il est disponible à l'adresse suivante http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/others/business/rapportaidesfiscales_fr.pdf

18 - Dans son Rapport (points 18-20), la Commission insiste sur le fait que l'appréciation d'un transfert de ressources publiques doit s'apprécier au niveau du bénéficiaire de l'aide et non de l'État lui-même c'est-à-dire en ne tenant pas « *compte des effets induits de la mesure en termes économiques ou budgétaires. S'il en était autrement, tout avantage cesserait d'être une aide d'État dès lors qu'il attire une entreprise dans un État membre en lui permettant d'augmenter ses recettes fiscales.* » On remarquera par ailleurs que la Cour de justice insiste sur le lien de causalité qui doit exister entre le transfert de ressources publiques et l'avantage dont bénéficie l'entreprise sur le marché, cf. le souci de rechercher que ce soit « *en termes économiques, la modification des conditions de marché qui génère ledit avantage [soit] la résultante de la perte de ressources fiscales dans le chef des pouvoirs publics* » point 27 de l'arrêt de la CJCE du 19 septembre 2000, affaire C-156/98, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-6857.

19 - Cf. outre les décisions citées *supra* note 12, décision de la Commission 2002/937/CE du 10 juillet 2002, relative aux compagnies d'assurances captives de la région d'Åland (*JOCE*, L 329 du 5 décembre 2002, p. 22) et de manière plus générale, J. Wouters et B. Van Hees, *Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques*, CDE, 2002, p. 647 et suiv. et l'ensemble des décisions citées.

20 - Comme le remarque l'avocat général La Pergola dans ses conclusions (point 7) sous l'arrêt du 17 juin 1999, affaire C-75/97, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-3671, cette sélectivité est à la fois utilisée comme critère pour qualifier d'aide la mesure étatique, et comme justification à son interdiction « *C'est ce qu'exige littéralement l'article 92 § 1 du traité CE, dont il ressort clairement que c'est toujours en raison de la sélectivité de la mesure que l'aide d'État est incompatible avec le marché commun.* »

21 - Cf. Communication précitée, point 14.



résumer cet aspect, il est possible d'appeler au renfort le juge communautaire qui, il y a déjà plus de trente ans, indiquait que toute mesure qui exempte même partiellement les entreprises d'un secteur particulier des charges pécuniaires découlant de l'application normale du système général (fiscal ou social), sans que cette exemption se justifie par la nature ou l'économie du système doit être considérée comme une aide²². De sorte que ce qui importe pour la qualification de la mesure fiscale à cet égard, c'est de vérifier si celle-ci instaure, en faveur de certaines entreprises, « *une exception à l'application du système fiscal* »²³.

9. Si les mesures d'application régionales ou sectorielles suscitent quelques précisions de la part de la Commission, ce sont surtout les « *pratiques administratives discrétionnaires* » qui arrêtent le lecteur. Sur le principe en effet, la Commission se réfugie derrière la Cour de justice qui a admis dans son arrêt de 1996²⁴ que le pouvoir discrétionnaire dont disposait l'administration pour appliquer la loi pouvait permettre de qualifier sa décision de décision d'octroi d'aide au sens de l'article 87. Bien que ne concernant pas les agréments fiscaux, on rappelle que dans cette affaire, était en cause la législation française relative aux licenciements. En effet, le code du travail exige qu'un employeur verse des indemnités de licenciements et mette en place des arrangements en vue de faciliter le réembauchage des salariés lorsque ceux-ci sont licenciés pour des raisons économiques. Pour certaines entreprises²⁵, la loi prévoit l'obligation supplémentaire d'établir un plan social²⁶. Parmi les mesures qui peuvent être incluses dans ce plan figurent plusieurs (trois) types de conventions que l'entreprise peut conclure avec le Fonds national pour l'emploi (FNE), organisme public, et qui peuvent être financées par l'État dans des limites déterminées. La loi, complétée par des textes d'application, détermine la base de calcul des interventions publiques, dans chaque type de convention, et limite le montant ou la durée de celles-ci. S'il est vrai que tant la base de calcul que l'intervention maximale s'appliquent de par la loi à toutes les entreprises de tous les secteurs, sous réserve de certaines exceptions régionales, la détermination exacte de l'intervention dans chaque cas est laissée à l'appréciation de l'administration et varie en fonction de plusieurs paramètres²⁷. La Commission avait considéré que ce mécanisme était le vecteur d'aides d'État. Dans son recours à l'encontre de cette décision le gouvernement français fit valoir, notamment, que ce dispositif établissait un régime général qui ne pouvait être la source de mesures sélectives

22 - Cf. CJCE, 2 juillet 1974, affaire 173/73, *République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. 709, spécialement point 33.

23 - Cf. Communication précitée point 16.

24 - Affaire C-241/94 citée *supra* note 8.

25 - Article L. 321-4-1 : « *Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment des salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile* ».

26 - Le plan doit être adressé aux autorités administratives qui peuvent présenter des suggestions pour l'améliorer ou le modifier pour tenir compte de la situation financière de l'entreprise.

27 - Au premier rang desquels la qualité du plan social et la nature de l'effort de l'entreprise apparaissent comme des facteurs importants.

puisque la participation financière de l'État (du FNE) résultait de l'application de mesures générales, législatives ou administratives :

« Le gouvernement français affirme en premier lieu, que les dispositifs du FNE, qui poursuivent un objectif purement social, sont applicables sans aucune exception, à toutes les entreprises ; il estime que les critères selon lesquels l'État accepte ou refuse la conclusion d'une convention FNE sollicitée par l'entreprise, sont objectifs et se limitent aux conditions définies par les textes législatifs et réglementaires portant sur ces conventions (...). Les conventions du FNE ne seraient ainsi nullement limitées à tel ou tel type d'entreprise, secteur de production ou région particulière. »²⁸

10. Il convient de citer ici la réponse de la Cour à cet argument, car il en découle un certain nombre de conséquences pour les agréments. En l'espèce elle remarque que :

« Le FNE dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de moduler l'intervention financière en fonction de diverses considérations telles que, notamment, le choix des bénéficiaires, le montant de l'intervention financière et les conditions de l'intervention. Le gouvernement français lui-même admet que l'administration peut déroger aux lignes directrices qu'elle s'est fixées lorsqu'une situation particulière le justifie. »²⁹

C'est donc l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi qui a conduit la Cour à voir dans le système de participation du FNE une aide d'État ou plus exactement, comme l'indique la Commission, à considérer que l'application individuelle d'une mesure générale, comme celles de l'espèce, présentait la qualité de mesure sélective³⁰. Et la Commission d'ajouter qu'il en irait également ainsi dans le cas où le *« pouvoir discrétionnaire de l'administration s'exercerait en dehors de la simple gestion des recettes fiscales selon des critères objectifs »*³¹.

11. La précision est évidemment très importante mais repose sur une distinction qu'il n'est pas toujours aisé de maîtriser. En effet, autant il est facilement compréhensible qu'une mesure législative prévoyant un avantage fiscal réservé à certaines entreprises soit sans doute qualifiée de mesure d'aide³², autant, en

28 - Cf. point 16 de l'arrêt, précité, de la Cour dans l'affaire C-241/94. Le gouvernement ajoutait que le non-respect, par l'administration, des limites législatives pour l'intervention du FNE serait sanctionné par le juge pour violation de la loi. (*Ibid.* point 17).

29 - *Ibid.* point 23.

30 - Dans le même sens, bien que ne s'agissant pas de mesure fiscale, point 40 de l'arrêt de la CJCE du 1^{er} décembre 1998, affaire C-200/97, *Ecotrade Srl c/ Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, rec. p. I-7907.

31 - Cf. point 21 de la Communication précitée.

32 - On qualifierait sans doute une telle mesure de *« régime d'aides »* si l'on en croit l'article 1 lettre d du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 [devenu 87] du Traité CE, (*JOCE*, L 83 du 27 mars 1999, p. 1), selon lequel est régime d'aides *« toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou plusieurs entreprises pour une période indéterminée et/ou pour un montant indéterminé. »*



présence d'une mesure législative générale, il est plus difficile de faire la distinction entre les mesures administratives d'application qui ne font qu'exécuter la loi et celles qui décident véritablement même si c'est dans le cadre fixé par la loi. De surcroît, et l'on se rapproche de l'agrément, il existe une situation intermédiaire dans laquelle, l'administration se contente d'interpréter la loi pour prendre sa décision individuelle qui se distingue de celle où l'administration, sur habilitation législative la plupart du temps, a le pouvoir de déroger aux règles générales en adoptant des solutions particulières. La Commission évoque cette distinction dans sa communication.

*« Les “administrative rulings”, en tant que procédures destinées à fournir une simple interprétation des règles générales, ne donnent pas lieu en principe à une présomption d'aide. »*³³

En effet, comme l'explique la Commission, les États ne sont nullement empêchés de fournir à leurs contribuables sécurité juridique et prévisibilité sur l'application des règles fiscales générales. Mais ces décisions, qui semblent plus s'apparenter aux rescrits en droit français³⁴, doivent être distinguées de

*« Toute décision administrative qui s'écarte des règles fiscales généralement applicables pour favoriser des entreprises individuelles [qui] donne lieu à une présomption d'aide et doit être analysée en détail. »*³⁵

Et l'institution d'ajouter que cette présomption sera d'autant plus forte que les décisions en question seront opaques et que la marge de manœuvre dont dispose l'administration sera grande. Sous cette réserve, il est donc possible de distinguer entre les décisions de l'administration qui se contentent d'interpréter la loi pour l'appliquer, on parlerait sans doute de décision prise sur la base d'une compétence liée en droit français³⁶, et celles pour lesquelles l'administration dispose d'un réel pouvoir de décision, on parlerait d'une compétence discrétionnaire en droit français qui, seules, du moins à première vue, présentent le caractère sélectif exigé pour recevoir la qualification d'aide d'État et qui seules donnent lieu, en conséquence à une présomption d'aide.

12. Cette distinction qui n'est pas toujours très opérationnelle³⁷ semble de surcroît obscurcie par la précision jurisprudentielle selon laquelle une mesure pourtant sélective pourrait être justifiée par la « nature ou l'économie du sys-

33 - Cf. point 22 de la Communication précitée. Il est toutefois des *rulings* plus proches des agréments français, cf. points 60-61 de la décision de la Commission 2004/77/CE du 24 juin 2003, concernant le régime d'aides mis à exécution par la Belgique sous la forme d'un régime fiscal de *rulings* applicable aux US Foreign Sales Corporations, (JOCE, L 23 du 28 janvier 2004, p. 14).

34 - Comp. avec les accords préalables cf. M. de Saint Pulgent, *op. cit.* p. 191.

35 - *Ibid.*

36 - En laissant de côté le rescrit qui échappe à la problématique de l'agrément.

37 - On s'en convaincra encore plus avec l'affirmation de la Commission elle-même que « *s'il est vrai que le caractère discrétionnaire d'une mesure prise par un organisme public contribue à sa qualification de mesure spécifique, la seule absence de caractère discrétionnaire ne transforme pas la mesure en mesure générale* », cf. point 20 *in fine* de la décision 2001/168/CECA du 31 octobre 2000 relative aux lois espagnoles sur l'impôt sur les sociétés, (JOCE, L 3 du 1^{er} mars 2001, p. 57) ; ce qui laisse perplexe.



tème », sous-entendu, fiscal, et ainsi échapper au champ d'application de l'article 87 TCE. Avant même de s'interroger sur la portée de cette justification, il convient tout d'abord d'en expliciter les termes. La Commission explique dans sa communication que :

« *La nature différentielle de certaines mesures ne doit pas nécessairement les faire considérer comme des aides d'État. Tel est le cas de celles dont la rationalité économique les rend nécessaires ou fonctionnelles par rapport à l'efficacité du système fiscal.* »³⁸

La formule ne brillant pas par son évidence mérite certainement des précisions supplémentaires. À la lettre elle signifie qu'une mesure fiscale, pourtant sélective, pourrait échapper à la qualification d'aide d'État si sa rationalité économique s'inscrit dans la logique du système fiscal, ou du moins si elle découle de cette logique. C'est en tout cas ce qu'il semble ressortir des explications de la jurisprudence qui a repris l'argumentation³⁹. En effet, si le juge communautaire a admis dans son principe la justification fondée sur la nature ou l'économie du système fiscal⁴⁰, il a également précisé qu'une telle justification renvoie

38 - Cf. point 23 de la Communication précitée. Et la Commission de citer sa propre jurisprudence en la matière notamment la décision 96/369/CE du 13 mars 1996 concernant une aide fiscale en matière d'amortissement au profit des compagnies aériennes allemandes, *JOCE*, L 146 du 20 juin 1996, p. 42. Dans cette décision, la Commission était confrontée à un régime d'amortissement exceptionnel pour les avions commerciaux bénéficiant aux compagnies aériennes. En réponse au gouvernement allemand qui faisait notamment valoir que ce régime institué par une mesure de caractère réglementaire prévoyait certes un régime d'amortissement distinct des traditionnels amortissements linéaire et dégressif, mais présentait un caractère suffisamment général pour s'intégrer à l'économie générale du système fiscal, la Commission répondit qu'elle « *considère (...) de manière globale que constituent des aides d'État les mesures dont le caractère dérogatoire par rapport à la règle générale n'est pas justifié par la nature ou l'économie du système. (...) En matière fiscale, la Commission est d'avis qu'échappent à la qualification d'aides d'État les mesures comportant une dérogation à la règle générale, à la condition que leur rationalité économique les rende nécessaires ou fonctionnelles par rapport à l'efficacité du système. Cela doit normalement se traduire dans le caractère non limité de leur champ d'application, dans le fait d'être fondées sur des critères ou conditions objectifs et horizontaux, ainsi que dans leur durée illimitée dans le temps* ».

39 - En réalité, il semble que ce soit la Cour elle-même qui ait la première consacré cette exception cf. point 33 de l'arrêt de la Cour du 2 juillet 1974, affaire 173/73, *République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. 709. Pour J. Wouters et B. Van Hees, *op. cit.* p. 661, ce passage de la Cour relevait plus de l'*obiter dictum* jusqu'à ce que la Commission ne le reprenne dans sa communication, et que la Cour (cf. CJCE, 5 octobre 1999, affaire C-251/97, *République française c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-6639, point 36, et 8 novembre 2001, affaire C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH et Wittersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Kärnten*, rec. p. I-8365, point 42 et suiv.) comme le Tribunal (cf. les arrêts cités note suivante) ne la reprennent à leur compte. Entre-temps toutefois, c'est l'avocat général Darmon qui avait suggéré l'utilisation de ce test dans ses conclusions (point 50) sous l'arrêt de 1993 dans l'affaire « *Slovan Neptun* » cité *supra* note 11.

40 - Cf. outre l'arrêt cité note précédente, CJCE, 19 mai 1999, affaire C-75/97, *Royaume de Belgique c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-point 34, et conclusions A. La Pergola, spéc. point 8. CJCE, 19 mai 1999, affaire C-6/97, *République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-2981, et les conclusions R.J. Colomer, spéc. point 27 ; TPICE, 29 septembre 2000, affaire T-55/99, *CETM c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-3207, point 57 ; TPICE, 6 mars 2002, affaires jointes T-92/00 et T-103/00, *Territorio Historico de Alava-Diputacion Foral de Alava, et Ramondin SA e. a. c/ Commission des communautés européennes*, rec. p. II-1385, spéc. points 59-60.



« à la cohérence d'une mesure fiscale spécifique avec la logique interne du système fiscal en général. »⁴¹

Afin de mieux comprendre encore, le juge comme la Commission fournissent l'exemple de la progressivité du barème d'imposition des revenus : cette progressivité, et notamment l'existence de tranches moins imposées, se justifie par la logique redistributive de cet impôt. En conséquence on ne saurait y voir une mesure d'aide. Dans cet ordre d'idée la Commission explique que « *la raison d'être du système fiscal est de collecter des recettes destinées à financer les dépenses de l'État* »⁴². Au-delà de l'aspect réducteur d'une telle affirmation, celle-ci fournit un éclairage insatisfaisant sur la signification de l'exception jurisprudentielle. En effet, si la logique du système fiscal est purement financière, toute mesure qui trouverait sa justification dans la poursuite d'objectifs extérieurs à cette logique (comme les objectifs sociaux, régionaux, industriels...), ne pourrait pas trouver de justification, à son caractère sélectif, dans la logique interne du système fiscal général⁴³. Il ne semble pas toutefois que cette exception doive s'interpréter aussi restrictivement. En effet la jurisprudence⁴⁴ semble plutôt indiquer que la mesure doit être appréciée par rapport aux objectifs du mécanisme fiscal mis en place et non obligatoirement au regard du système fiscal général. Ainsi, dans le cas d'une mesure fiscale instaurée dans le cadre d'une politique de protection de l'environnement, c'est à l'aune de sa consistance à l'objectif poursuivi que sera appréciée sa sélectivité⁴⁵. Plus exactement c'est

41 - Cf. point 60, de l'arrêt précité du TPICE du 6 mars 2002.

42 - Cf. point 26 de la communication précitée. La Commission ajoute que le principe est que les entreprises ne paient l'impôt qu'une seule fois, ce qui fait échapper à la qualification de mesures sélectives les dispositions tendant à éviter la double imposition.

43 - Ainsi, dans les affaires jointes T-92/00 et 103/00, le Gouvernement espagnol cherchait à justifier des exonérations fiscales liées à un montant d'investissement réalisé dans une zone régionale par la logique financière du système fiscal « *Lorsqu'un État encourage l'investissement et parvient à faire en sorte que des entreprises s'installent sur son territoire, il s'assure de l'obtention de recettes fiscales pour l'avenir, dès lors que ces entreprises seront imposées dans cet État. L'objectif poursuivi par les mesures fiscales en cause serait donc de récolter le maximum de recettes fiscales possibles* ». Ce à quoi la Cour répondit « *Cette explication s'avère (...) difficilement conciliable avec l'octroi de réductions fiscales. À supposer même qu'un tel objectif ait été visé – ce qui n'est pas établi –, il aurait pu être aussi bien atteint par des mesures fiscales de caractère général. Dans ces conditions, les mesures fiscales spécifiques en cause ne peuvent être considérées comme étant justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal* » (points 61-62 de l'arrêt précité). Il est également possible d'ajouter que le transfert de ressources d'État est à apprécier au niveau du bénéficiaire de l'avantage fiscal et non de l'État. Dès lors, peu importe que la mesure d'aide ait pour conséquence future le développement économique d'une région ou du pays et donc l'augmentation des recettes fiscales à terme : ce qui compte c'est la perte immédiate des recettes fiscales au profit de certaines entreprises.

44 - Cf. notamment le point 42 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-143/99, citée *supra* note 39. Adde points 30-31 de l'arrêt de la Cour du 17 juin 1999, affaire C-75/97, *Royaume de Belgique / Commission des Communautés européennes*, (Maribel bisler), rec. p. I-3671.

45 - Cf. point 52 de l'arrêt dans l'affaire C-143/99 « *D'autre part, les considérations d'ordre écologique à la base de la législation nationale en cause au principal ne justifient pas que l'utilisation de gaz naturel ou d'énergie électrique par le secteur des entreprises fournisseuses de services soit traitée différemment de l'utilisation de ces énergies par le secteur des entreprises productrices de biens corporels. La consommation d'énergie par chacun de ces secteurs est aussi dommageable pour l'environnement* ».

la cohérence de la mesure, du moins de son champ d'application, par rapport à l'objectif affiché par le législateur fiscal, qui conditionnera la reconnaissance de l'absence de sélectivité.

13. Cependant, le système fiscal lui-même peut parfaitement prévoir des mécanismes distincts d'amortissement⁴⁶ ou de valorisation des stocks voire des modalités variées de recouvrement des dettes fiscales⁴⁷ (étalement, report, sursis...) à partir du moment où ces modulations reposent sur des différences objectives entre les contribuables⁴⁸. Ce dernier exemple, des modalités de recouvrement de l'impôt, fournit déjà la limite de la distinction entre une mesure sélective et une mesure qui s'inscrit dans la logique d'un système à finalité purement financière puisque des mesures d'aménagement du recouvrement de l'impôt, bien que pouvant reposer sur des critères objectifs discriminant les contribuables, obéiront la plupart du temps à des objectifs plus sociaux, ou économiques que purement fiscaux⁴⁹. De surcroît, le juge communautaire n'a-t-il pas récemment admis qu'en dépit de l'existence de critères objectifs pour l'octroi d'avantages fiscaux, le caractère sélectif de la mesure ne pouvait être écarté si elle « *procure un avantage à certaines entreprises ou à certaines productions à l'exclusion d'autres* »⁵⁰. On le constate la signification de l'exception jurisprudentielle n'est pas évidente⁵¹. À supposer même que l'on arrive à cerner le sens de l'expression, la portée de l'exception poserait encore problème. Faudrait-il comprendre qu'une mesure sélective, mais rattachable à la nature ou l'économie du système fiscal échapperait à la qualification d'aide d'État ? Ou, pourrait-on compren-

46 - Cf. toutefois la décision 96/369/CE de la Commission du 3 mars 1996 relative à une aide fiscale en matière d'amortissement au profit des compagnies aériennes (*JOCE*, L 146 du 20 juin 1996, p. 42).

47 - Cf. toutefois, la décision 97/270/CE du 22 octobre 1996 concernant le crédit d'impôt institué par l'Italie dans le secteur du transport routier de marchandises pour le compte d'autrui (*JOCE*, L 106 du 24 avril 1997, p. 22).

48 - La Commission (cf. point 27 de la communication précitée) en offre quelques exemples : la fixation de l'impôt sur une base forfaitaire (par exemple dans les secteurs de l'agriculture ou de la pêche) peut être ainsi justifiée si elle tient compte « *d'exigences comptables particulières ou de l'importance du foncier dans les actifs qui sont propres à certains secteurs* ». Il en irait de même de la logique « *qui sous-tend certaines dispositions spécifiques en matière de fiscalité des petites et moyennes entreprises, y compris les petites entreprises agricoles* ». Dans son Rapport (encadré n° 8) la Commission explique « *Si les caractéristiques spécifiques de certains secteurs peuvent, le cas échéant, justifier une dérogation fiscale, il faut qu'il existe un lien direct entre les spécificités prétendues de ces secteurs et les allègements accordés. En outre les critères choisis par les États membres pour déterminer les bénéficiaires d'une telle dérogation ne doivent pas exclure de manière discriminatoire certains opérateurs. Le fait qu'une telle exclusion résulte de l'application de critères objectifs ne saurait suffire pour démontrer que la mesure s'inscrit dans la logique du système en cause.* »

49 - Pour une justification au nom de la neutralité fiscale, cf. décision du 5 juin 2002, précitée *supra* note 9.

50 - Cf. point 40 de l'arrêt du TPICE, précité *supra* note 33, dans l'affaire T-55/99.

51 - De surcroît, la Commission qui avait cru trouver un critère dans le caractère permanent ou non de la mesure : seules les mesures permanentes étant susceptibles de revendiquer leur caractère intégré à la nature et l'économie du système fiscal, (cf. la décision 96/369/CE, précitée note 37 *supra*), s'est vue clairement contredite sur ce point par le Tribunal (cf. point 56 de l'arrêt du TPICE du 27 janvier 1998, affaire T-67/94, *Ladbroke Racing c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. II-1). Pour une critique radicale cf. J. Wouters et B. Van Hees, *op. cit.*, spéc. p. 665 et suiv. où les auteurs mettent en évidence la contrariété de cette exception avec l'article 87 TCE.

dre qu'une mesure sélective correspond à une mesure d'aide, mais que cette aide, à partir du moment où elle s'intègre dans la nature ou l'économie du système fiscal, n'affecte pas la concurrence et est donc compatible avec l'article 87 TCE ? La réponse est loin d'être évidente au vu de la jurisprudence récente⁵², même s'il existe plus d'éléments en faveur d'une réponse positive à la première interrogation. L'apparente incohérence du droit positif en la matière tient sans doute au rôle difficile que l'on tente de faire jouer à cette exception. Face, en effet, à une définition très large de la sélectivité de la mesure d'aide, cette exception purement prétorienne tente de faire échapper certaines mesures aux rigueurs d'une qualification dont les conséquences ne sont pas minces comme on le verra. Il semble de fait que l'acceptation de mesures, considérées comme inhérentes à la logique du système fiscal, répond plus au souci de vérifier la cohérence interne du mécanisme mis en place que sa participation à l'économie générale du système fiscal⁵³. Toutefois, il est sans doute possible de faire l'économie de cette incertitude dans le cadre de la présente étude. En effet, le débat autour des mesures étatiques sélectives mais répondant à la nature et à l'économie du système fiscal, intéresse surtout les mesures législatives ou réglementaires. En revanche, il ne fait pas de doute que ce qui fait basculer la mesure nationale sous la qualification d'aide d'État, c'est le fait que ce soit l'administration fiscale qui décide au cas par cas de « *durées d'amortissements différentes ou des méthodes de valorisation différentes, entreprise par entreprise, secteur par secteur* »⁵⁴. De sorte que, en premier lieu, cette exception ne semble pas en être vraiment une du moins pour la question qui nous intéresse ici, à savoir celle de la qualification, en tant qu'aide, des agréments fiscaux. En second lieu, sans être complètement redondante avec les critères déjà établis des mesures sélectives⁵⁵, elle semble cependant être la formulation différente de la même idée. Il importerait donc simplement pour l'analyse des agréments de vérifier qu'ils répondent effectivement aux critères de la mesure sélective telle qu'elle a été précédemment définie. En conclusion, sera considérée comme une mesure sélective, avec présomption d'aide, la mesure fiscale accordant un avantage fiscal à une ou plusieurs entreprises lorsqu'elle émane du pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale. En ce cas, en effet, la mesure ne peut prétendre à la généralité ni semble-t-il, se réclamer de la logique, purement financière ou non, du système fiscal.

I. 2. L'agrément fiscal est-il une mesure sélective en ce sens ?

14. De prime abord, il est tentant d'apporter une réponse affirmative à cette question, tant l'agrément fiscal est bien une mesure accordant un avantage fiscal

52 - Le comble de la confusion est atteint dans les arrêts précités CJCE, 17 juillet 1999, affaire C-75/97, ainsi que CJCE, 8 novembre 2001, affaire C-143/99, ce dernier conduisant la Cour à examiner la tentative de justification de la mesure en cause au regard de la nature et l'économie du système d'imposition autrichien relatif à la taxation de l'énergie, pour conclure à la qualification d'aide au motif que la mesure avantage certaines entreprises dans la concurrence !

53 - Cf. les exemples donnés par la Commission points 35-42 de son Rapport.

54 - Cf. point 24 de la Communication précitée.

55 - Cf. *supra* §§ 10-11.



à une personne particulière. Cependant, il convient sans doute de sérier correctement les problèmes. Alors que les agréments fiscaux, en tant qu'actes administratifs unilatéraux, ne sont pas choses exceptionnelles en droit français⁵⁶ le terme agrément recouvre en effet des réalités bien différentes. En tant que décisions unilatérales de l'administration conférant un avantage, les agréments fiscaux recouvrent une problématique plus large pour laquelle, le commissaire du gouvernement Olivier Fouquet fournissait dès 1988 une grille d'analyse des différents cas d'agréments, même si, en l'espèce cette grille répondait aux besoins du contrôle de la motivation des actes⁵⁷. Selon lui, la jurisprudence permettrait de distinguer entre quatre cas de figures : a) en premier lieu celui où les textes, loi ou règlement, précisent que l'avantage fiscal n'est pas un droit⁵⁸, b) en deuxième lieu celui où les textes ne subordonnent l'octroi de l'avantage à aucune condition légale⁵⁹, c) en troisième lieu, celui où les textes, outre des conditions légales, laissent à l'administration un pouvoir discrétionnaire d'apprécier l'opportunité du sens de la décision⁶⁰, d) enfin, en quatrième lieu, celui où les textes, en fixant des conditions légales, ne permettent à l'administration, sous le contrôle normal du juge, que d'apprécier le respect de ces conditions⁶¹. En réalité la difficulté se situe dans la distinction entre le troisième et le quatrième cas de figure, du moins pour le problème des agréments fiscaux. En effet, il est rare que les textes fiscaux entrent explicitement dans le premier cas et le deuxième cas de figure paraît plus ressortir à la catégorie des mesures générales qu'à celle des mesures sélectives, selon la terminologie communautaire. En conséquence, c'est essentiellement la distinction entre la troisième et la quatrième catégorie qui est susceptible de poser un problème. Non pas ici au regard de l'obligation de motivation – qui s'imposerait aux décisions de l'administration de la quatrième mais non à celles de la troisième catégorie, – mais parce que si, dans le cas de la quatrième catégorie, l'administration ne fait que vérifier l'existence des conditions fixées par la loi, elle ne sera pas considérée comme exerçant « *un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de moduler l'intervention financière en fonction de diverses considérations telles que, notamment, le choix des bénéficiaires, le montant de l'intervention financière et les conditions de l'intervention* », au sens de la jurisprudence communautaire. Dès lors, l'agrément qui sera délivré ne sera pas considéré en tant que tel comme une mesure sélective, donc comme une mesure d'aide.

56 - J. Maia, *op. cit.*, rappelle qu'à l'aube de l'an 2000 la pratique s'établissait aux environs de 1 650 agréments délivrés par an, nombre relativement stable par rapport à la décennie précédente.

57 - Cf. O. Fouquet, conclusions sous CE, 24 février 1988, n° 76-603, 7^e et 8^e sous-sections, RJF 1988/3, p. 149.

58 - Illustré par les arrêts du Conseil d'État, 2 décembre 1983, *Barré*, rec. p. 295 et Conseil d'État, 6 juin 1984, *Poirier*, Tables p. 477.

59 - Cf. CE, 25 mars 1983, *Ministre de l'éducation c/ Époux Mousset*, rec. p. 135.

60 - Cf. CE, 22 juin 1983, n° 39-784, *Nicol*.

61 - Cf. Conseil d'État, Section, 11 juin 1982, *Le Duff*, rec. p. 220. Il n'y a guère que dans ce dernier cas de figure que l'administration se trouverait dans le cas de compétence liée, du moins que le demandeur pouvait se prévaloir d'un droit à l'octroi de l'avantage, dès lors qu'il remplirait les conditions légales, et, en conséquence, que la décision de refus de l'administration devait être motivée conformément à l'article 1^{er} de la loi 79-587 du 11 juillet 1979 selon lequel « *doivent être motivées les décisions qui (...) refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir.* »



15. Précisons immédiatement qu'en revanche la troisième catégorie demeure d'une licéité douteuse depuis la décision du Conseil constitutionnel de 1987⁶². En effet, celui-ci avait été saisi par les députés de la question de la constitutionnalité de l'article 68 de la loi de finances pour 1988, relatif à l'article 223-L du code général des impôts dans la version issue de cette loi⁶³, selon lequel si une fusion de sociétés intervenait avant le 16 septembre 1987 et avant l'intégration de la société issue de la fusion dans le groupe, le déficit reportable à l'issue de la fusion pouvait être conservé par la filiale, et par suite, déduit de ses résultats ultérieurs. Toutefois, afin d'éviter qu'eu égard aux reports ainsi prévus, l'entrée d'une société dans un groupe ait principalement pour objectif de permettre d'éluider l'impôt, le législateur avait subordonné la mise en œuvre de cette disposition relative au report des déficits à un agrément du ministre chargé du budget. Or, le Conseil a bien marqué les limites d'un tel mécanisme

« *Considérant qu'à défaut d'autres critères fixés par la loi, l'exigence d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir, qui n'appartient qu'à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal.* »

En clair, une disposition législative qui créerait un avantage fiscal soumis à agrément, mais sans préciser aucune condition pour l'octroi de ce dernier, déléguerait entièrement, de manière implicite⁶⁴ et surtout inconstitutionnelle, la compétence du législateur à l'autorité administrative⁶⁵. Grâce à la technique de la réserve d'interprétation⁶⁶, le Conseil en l'espèce n'a pas déclaré le texte inconstitutionnel, mais il l'a interprété comme limitant les pouvoirs du ministre à la vérification que l'opération à agréer est bien conforme à l'objectif de la loi, le demandeur pouvant prétendre de plein droit à l'avantage prévu par le législateur. En résumé⁶⁷, soit l'agrément, prévu par la loi, est de plein droit lorsque l'objectif prévu par le législateur et les conditions légales remplies et la loi sera alors conforme à la

62 - Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, RJF 1988/3, n° 334.

63 - La disposition a par la suite été abrogée par l'article 26 de la loi n° 90-1169 du 29 décembre 1990.

64 - Une délégation expresse au pouvoir réglementaire (du type de celle de l'article 209 *quinquies* du CGI) ne paraît pas plus conforme, cf. M. de Saint Pulgent, *op. cit.* p. 196 qui, cite les décisions du Conseil constitutionnel n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, rec. p. 184 (à propos du pouvoir délégué au Gouvernement par la loi de finances pour fixer la date d'entrée en vigueur d'une mesure fiscale) et n° 87-239 DC du 30 décembre 1987, rec. p. 69 (pouvoir délégué par la loi de finances à un établissement public administratif de fixer le taux d'une imposition).

65 - De surcroît sous le contrôle restreint du juge administratif, en vertu de la jurisprudence Conseil d'État, Section, 28 janvier 1968, *Société « Maison Genestal »*, rec. p. 62 avec conclusions Bertrand.

66 - En présence d'un texte qui prévoit un agrément et dont rien ne laisse penser que le législateur a voulu conférer une compétence discrétionnaire à l'administration pour son octroi, il sera alors possible de considérer qu'on ne peut présumer une volonté du législateur d'adopter un texte anticonstitutionnel et d'interpréter celui-ci comme ne reconnaissant qu'une compétence liée à l'autorité administrative, cf. en ce sens CE, 24 février 1988, 7^e et 8^e sous-sections, n° 76-603, RJF 1988/3, n° 341, concl. O. Fouquet, *ibid.* p. 149, à propos de l'article 220 *quater* DU CGI.

67 - Et avec toutes les limites tenant à la portée limitée de la décision 87-237 DC, cf. B. Genevois, *Commentaire à l'Annuaire international de jurisprudence constitutionnelle*, 1987, p. 578 et suiv. M. de Saint Pulgent, *op. cit.* p. 196.

Constitution, soit la loi ne dit rien et en ce cas il est proposé de reconnaître que le silence du législateur ne peut être qu'inconstitutionnel et d'interpréter celui-ci comme conférant nécessairement sinon une compétence liée à l'administration du moins des limites à sa compétence discrétionnaire. Toutefois, dans les cas où la loi reconnaît explicitement que la délivrance de l'agrément est à la discrétion de l'administration il faudra bien reconnaître que cette loi, même si sa sanction ne sera pas toujours possible, sera alors anticonstitutionnelle.

16. En effet, et en premier lieu, s'agissant des textes nouveaux il est patent que toutes les lois, et toutes les dispositions fiscales prévoyant des agréments ne sont pas obligatoirement soumises à la censure du Conseil constitutionnel. Il n'est donc absolument pas possible de se reposer sur un contrôle *a priori* qui n'est ni obligatoire⁶⁸ ni systématique. Quant aux textes existants, l'absence de contrôle, par voie d'exception, des lois déjà promulguées⁶⁹ laisse intact la problématique communautaire. En deuxième lieu, et abstraction faite de la procédure de contrôle, les mesures législatives qui instituent des procédures d'agrément ne permettent pas toujours de savoir à quel type d'agrément l'on a à faire. Parfois, la loi ne pose pas clairement des conditions, ou pas de conditions suffisamment précises pour que la compétence de l'administration soit elle aussi suffisamment encadrée⁷⁰. Dans de telles hypothèses il est très difficile de rechercher la volonté du législateur. Il n'est donc pas certain que des agréments discrétionnaires ne puissent pas apparaître ou perdurer, en dépit de cette jurisprudence constitutionnelle. En troisième lieu enfin, la juridiction administrative ne se reconnaît pas le droit de censurer le législateur⁷¹. Or, en l'absence de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, le Conseil d'État s'en est tenu au texte de la loi pour reconnaître le caractère discrétionnaire de nombreux agréments⁷².

68 - Excepté pour les lois organiques.

69 - Que ne vient que difficilement pallier le contrôle exercé sur les lois promulguées par l'intermédiaire de celui exercé sur les lois nouvelles modificatrices.

70 - On rappelle, si besoin est, que l'article 1649 *nonies*, II du CGI dispose « *des arrêtés du ministre de l'économie et des finances (...) peuvent définir, compte tenu de l'importance, de la nature ou du lieu d'exercice des activités considérées, les conditions des agréments auxquels des exonérations fiscales sont attachées en vertu des dispositions législatives ou réglementaires* ». Ce texte ne fournit pas de garantie au regard de la jurisprudence constitutionnelle précitée.

71 - Il ressort de source autorisée (cf. l'étude de M^{me} de Saint Pulgent précitée) que le Conseil d'une part estime que l'autorité de la chose décidée par le Conseil constitutionnel ne concerne que les agréments sur lesquels ce dernier s'est prononcé, laissant donc à la juridiction administrative une certaine liberté pour se prononcer sur d'autres agréments. Quant à l'autorité morale des décisions du Conseil constitutionnel, le juge administratif l'apprécie à la lecture scrupuleuse des décisions elles-mêmes. Ainsi la décision 87-237 DC précitée n'a pas considéré que la loi ne conférerait au ministre aucun pouvoir d'appréciation en matière fiscale (on se souvient d'ailleurs que la loi était silencieuse et ne contenait aucune condition explicite). Ce qui explique que le juge s'attache aux caractéristiques de l'espèce qu'il a à juger.

72 - Cf. s'agissant de l'agrément de l'article 209, II du CGI, dans sa rédaction issue de la loi de finances rectificatives pour 1962, CE, 1^{er} juin 1988, *SA Berto*, RJF 1988/8-9, n° 1029 ; s'agissant de l'agrément de l'article 44 *quater* du CGI, CE, 7 février 1990, *Faïenceries de Niderviller et Pornic*, RJF 1990/4, n° 468 et CE, 21 avril 2000, *SA Caruelle Nicolas*, RJF 2000/6, n° 763 ; sur l'agrément de l'article 1465 du CGI, cf. CE, 25 novembre 1994, *Ministre c/ Société d'exploitation des faïenceries de Niderviller et Pornic*, RJF 1995/1, n° 77 ; pour l'agrément prévu à l'article 220 *quinquies* II du CGI, cf. CAA Paris, 22 juin 1995, *Société Pharmadom*, RJF 1996/02, n° 222, CAA Paris, 26 septembre 1995, *SA Groupe Georges V*, RJF 1996/12, n° 1468, CE, 24 mai 1996, *SA Pharmadom*, RJF 1996/11, n° 1338 ; CE, 29 novembre 2000, *SA Frappaz*, RJF 2001/02, n° 162.

17. De sorte que lorsque la loi laisse au ministre la faculté de délivrer un agrément, même si celle-ci explicite l'objectif poursuivi, et abstraction faite du caractère éventuellement anticonstitutionnel de cette loi, le juge administratif reconnaîtra au ministre un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser les agréments⁷³. À l'appui de cette conclusion et s'agissant du II de l'article 220 *quinquies* du CGI prévoyant qu'en cas de fusion ou opération assimilée intervenant au cours des cinq années suivant celles de la clôture de l'exercice au titre duquel l'option en faveur du *carry back* du déficit a été exercée⁷⁴, le transfert de tout ou partie de la créance de la société apporteuse ou absorbée à la société bénéficiant de l'apport ou absorbante pouvait être autorisé sur agrément, il est possible de citer le Conseil d'État selon lequel :

« *Considérant qu'il résulte des dispositions du II de l'article [220 quinquies], éclairées par les travaux préparatoires des lois dont il est issu, que le législateur, en s'abstenant de fixer expressément des conditions à l'obtention de l'agrément, a entendu donner au ministre le pouvoir d'apprécier si les opérations de fusions et opérations assimilées prévues par ces dispositions justifient, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, l'octroi de l'avantage fiscal qu'elles comportent.* »

18. De là, découle une première conséquence, du moins *a contrario*, selon laquelle si la loi, outre l'objectif qu'elle définit, pose elle-même des conditions à l'octroi de l'avantage fiscal, il est vraisemblable que le ministre ne détiendra, au titre de son pouvoir d'agrément, qu'une simple compétence – liée – pour vérifier que lesdites conditions légales sont bien respectées par le demandeur. Bien entendu, la loi ne sera pas toujours très explicite, et certaines conditions pourront être définies dans le texte lui-même qui, dans le même temps renverra au ministre le soin d'en fixer d'autres au regard de l'objectif poursuivi par le législateur⁷⁵. Ce sont alors les travaux préparatoires qui permettront sans doute de

73 - Cette constatation n'enlève rien à la remarque selon laquelle une telle reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire va de pair avec une tendance du juge à contrôler de manière plus étroite la manière dont le ministre se conforme, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, aux objectifs poursuivis par le législateur. Comme le remarque J. Maïa, (*op. cit.* RJF 2001/02, p. 105) « *En définitive, le mode de raisonnement adopté (...) par le Conseil d'État dans l'exercice de son contrôle restreint d'un refus d'agrément ne se distingue que très peu d'un contrôle entier. Il consiste bien à confronter l'appréciation d'espèce portée par l'autorité administrative sur une opération déterminée à la grille d'analyse applicable lors de la délivrance de l'agrément, plus ou moins explicitement issue de la loi éclairée par ses travaux préparatoires.* »

74 - Dans sa rédaction issue de la loi 84-46 du 24 janvier 1984, le I de l'article 220 *quinquies* du CGI prévoyait qu'une société soumise à l'impôt sur les sociétés pouvait sur option considérer un déficit comme une charge déductible du bénéfice de l'antépénultième exercice et, le cas échéant, de l'avant dernier exercice puis de l'exercice précédent dans la limite de la fraction non distribuée de ces bénéfices. L'excédent d'impôt en résultant devenait une créance légale de l'entreprise, non imposable, qui améliorerait ses résultats et contribuait au renforcement de ses fonds propres.

75 - Dans sa décision 2003/883/Ce du 11 décembre 2002, concernant le régime d'aide d'État français relative aux centrales de trésorerie, la Commission a écarté, en tant qu'aide d'État, l'extension au bénéfice de ces centrales de l'exonération de retenue à la source des intérêts payés au titre d'emprunts contractés hors de France prévue à l'article 131 *quater* du CGI, dans les termes suivants « *En ce qui concerne l'exonération de la retenue à la source pour les intérêts payés hors de France, l'article 131 quater du CGI prévoyait déjà l'exonération de la retenue d'une façon générale. L'instruction a simplement précisé que les intérêts payés hors de France par les centrales de trésorerie, qui sont soumises aux*

déterminer l'intention de ce dernier. Une telle démarche, déjà indispensable sur le plan de la légalité interne, est encore plus importante en prenant en compte la dimension communautaire, car chaque fois que le ministre détiendra un pouvoir discrétionnaire pour délivrer un agrément fiscal, la qualification de cet agrément en mesure sélective apparaît plus que vraisemblable au vu de la Communication de la Commission⁷⁶. Mais il n'est pas possible de s'arrêter là. En effet, même dans les hypothèses – et elles sont apparemment de plus en plus nombreuses⁷⁷ – où le législateur⁷⁸ encadre beaucoup plus strictement les compétences du ministre pour délivrer l'agrément, il n'est pas exclu que le contrôle communautaire au titre des aides d'État puisse s'exercer sur la procédure d'agrément à deux titres. En premier lieu parce que, au-delà de la question de sa légalité interne⁷⁹,

.....

conditions reprises aux points 3 à 9 de ladite instruction, bénéficient de l'exonération existante. Conformément au point 13 de la communication, les mesures de pure technique fiscale, comme l'exonération de la retenue à la source, constituent des mesures générales et se situent hors du champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, du traité dans la mesure où leurs bénéficiaires sont ouverts à tous les acteurs économiques opérant sur le territoire. La Commission peut donc conclure que la portée générale de l'exonération de la retenue à la source pour les intérêts payés hors de France, confirmée par l'instruction en ce qui concerne l'application de cette exonération aux centrales de trésorerie, ne permet pas de considérer cette mesure comme une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. »

76 - Bien que la question ait pu se poser, elle n'a toutefois pas été examinée par la Commission lors de son examen du régime fiscal spécial pour la reprise des entreprises en difficulté. En effet l'ancien article 44 *septies* du CGI précisait bien que l'exonération d'imposition des bénéficiaires qu'il prévoyait pouvait être dans certains cas accordée sur agrément du ministre. Cependant c'est le régime lui-même instauré par cet article que la Commission avait estimé dans sa décision du 16 décembre 2003, comme un régime d'aide incompatible, qui n'ayant pas été notifié, était de surcroît illégal. Comp. avec M. de Saint Pulgent, *op. cit.* p. 192 qualifiant cet agrément d'« agrément affinage » et semblant bien en caractériser le caractère discrétionnaire. Le nouvel article 44 *septies* (issu de la loi 2004-1485 du 30 décembre 2004) notifié à la Commission le 26 novembre 2004 fixe lui-même les critères sur la base desquels le ministre accordera ou refusera l'agrément. Dans sa décision du 1^{er} juin 2005 dans l'affaire *Aide d'État* N 553/2004-France (Doc. Com. C (2005) 1484 fin) autorisant le régime, la Commission releva que le gouvernement français lui avait affirmé (point 7 de la décision) que « la délivrance de l'agrément ne fera l'objet d'aucune marge d'appréciation discrétionnaire et se limitera à la vérification des conditions susmentionnées ».

77 - Cf. J. Maïa, *op. cit.* L'auteur montre que le renforcement du contrôle juridictionnel des agréments, notamment depuis 1987, n'est pas resté sans conséquence sur le travail législatif. « À cela s'ajoute que, par souci de neutralité de l'impôt, le législateur tend à circonscrire plus étroitement le champ de la procédure d'agrément, dans des domaines comme le régime fiscal de faveur applicable aux apports partiels d'actifs ou de scissions, codifié à l'article 210 B. »

78 - Notons à titre incident que lorsque le législateur transpose une directive communautaire qui explicite clairement les conditions pour bénéficier d'un régime de faveur, il est un argument supplémentaire (la primauté du droit communautaire) pour dénier tout pouvoir discrétionnaire au ministre et pour considérer cet agrément comme de plein droit. En sens contraire (implicitement) cf. CAA Lyon, 15 avril 1998, *SA Frappaz*, RJF 1998/11, n° 1191, concl. P. Bonnaud, BDCF 1998/5, n° 100. Bien que cet arrêt ait été infirmé par le Conseil d'État, dans son arrêt cité *supra* note 72, la question de la conformité du pouvoir discrétionnaire du ministre avec l'article 19 § 1 la directive 78/855 du 9 octobre 1978 relative aux fusions de sociétés anonymes, n'a pas été évoquée. En revanche sur le caractère nécessairement de plein droit de l'agrément prévu à l'article 210 B 3° (également celui de l'article 209 II) du CGI, transposant la directive 90/434 du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés établies dans des États membres différents, Ph. Derouin et G. Ladreyt, « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 », *Droit fiscal*, 1992/5, p. 224.

79 - Cf. par exemple CE, 10 mai 1993, *Société EURL Hôtel Club Créolia*, RJF 1993/7, n° 1044 ; CAA Bordeaux, 27 juin 2000, *Société d'exploitation hôtelière de Bourbon*, RJF 2000/11, n° 1335, à propos d'un agrément délivré sur la base de l'article 208 *quater* du CGI.

un agrément ministériel qui s'émanciperait des conditions fixées par la loi pour statuer sur la base d'une appréciation plus large rejoindrait les caractères d'une mesure sélective exigée par le droit communautaire. En d'autres termes, le fait que le législateur ait souhaité instaurer une procédure d'agrément de plein droit, ne peut préjuger, au regard du droit communautaire, de la qualification en tant que mesure sélective, de l'agrément pris sur la base de cette loi, même s'il faut bien convenir que la plupart du temps un agrément, en principe, de plein droit ne présentera pas, en fait, les caractéristiques d'une mesure sélective. En second lieu, parce que le fait que la loi, par sa précision, institue une procédure d'agrément qui conduit à ne le délivrer que de plein droit par le ministre qui se contentera alors de vérifier que les conditions légales sont réunies dans l'espèce qui lui est soumise⁸⁰, ne prive pas le contrôle communautaire de tout droit de regard. En réalité ce sera la loi elle-même qui sera alors considérée comme instituant un régime d'aide devant recevoir l'autorisation préalable de la Commission au titre de l'article 88 § 3 du traité. C'est en effet au moment de l'adoption du régime législatif qu'interviendrait en premier lieu le contrôle de la Commission au titre de l'article 88 § 3. C'est également à son niveau matériel que sera apprécié le caractère sélectif de l'avantage accordé⁸¹. Et à supposer même qu'une telle notification préalable ait été effectuée par les autorités françaises et que la Commission ait accordé son feu vert à un tel régime – qui sera alors considéré comme un régime d'aide existant –, la Commission aurait encore la possibilité⁸² de vérifier que les agréments, de plein droit, délivrés en application de ce régime, ne présentent pas en fait, ou du moins selon les critères communautaires, les caractéristiques d'une mesure sélective, qui permettraient alors de requalifier l'agrément délivré en mesure sélective, c'est-à-dire en l'espèce, de mesure d'aide nouvelle⁸³.

80 - Cf. à titre d'exemple l'article 220 *quater* I du CGI : CE, 24 février 1988, *Société de gestion et de participation de Rouvray*, RJF 1988/3, n° 342, et CE, 26 mai 1993, *Finance Gicquel*, RJF 1993/7, n° 984 ; ou pour l'ex-article 697 du CGI, CE, 7 décembre 1988, *SA Marcel Coffinet*, RJF 1989/1, n° 109.

81 - Soit que la loi définit elle-même un régime sélectif sans que l'administration n'ait de véritable pouvoir discrétionnaire en la matière, soit que la loi institue un régime « général » mais prévoit, pour son application, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire pour l'administration, cf. *supra* la décision 2004/77/CE précitée note 33 et l'arrêt du TPICE du 6 mars 2002, affaires jointes précitées T-92/00 et T-103/00, spécialement points 26, 31-33 de l'arrêt.

82 - Sur la compétence de la Commission pour vérifier qu'une décision particulière prise sur la base d'un régime préalablement approuvé par l'autorité communautaire, répond toujours aux conditions fixées dans la décision d'approbation communautaire, cf. CJCE, 21 mars 2002, affaire C-36/00, *Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-3243, points 20-32.

83 - C'est d'ailleurs bien ce qu'avait fait la Commission dans sa décision 2001/882/CE du 25 juillet 2001 (*JOCE*, L 327 du 12 décembre 2001, p. 37) à propos des agréments fiscaux délivrés sur la base de l'article 230 *bis* HA III *ter* du CGI relative aux investissements outre-mer. Alors que le régime lui avait été notifié au moment de sa mise en place, la Commission s'est néanmoins autorisée à contrôler les mesures particulières d'agrément (notamment celles relatives à la construction du paquebot « Le Levant ») adoptées sur la base de ce régime. Il est vrai que cette disposition ne pouvait guère être regardée comme instaurant une procédure d'agrément de plein droit, mais plutôt comme déléguant au ministre le soin d'apprécier « l'intérêt économique de l'investissement pour le département ». La Cour a rejeté le recours de la République française qui n'avait d'ailleurs pas soulevé de moyen relatif à la compétence de la Commission, cf. CJCE, 3 octobre 2002, affaire C 394/01, *République française c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-8245.

19. En conclusion, il existe bien un risque sérieux que nombre d'agréments fiscaux délivrés en France présentent le caractère sélectif requis par le droit communautaire pour entrer dans la catégorie des mesures d'aide : soit que dans le silence de la loi, les pouvoirs discrétionnaires du ministre suffisent à faire entrer l'agrément dans la catégorie, soit qu'en dépit de précisions dans les textes législatifs, le ministre conserve, au moins dans la pratique, une marge de manœuvre suffisante pour faire naître une présomption de mesure sélective. En toute hypothèse, la qualification de l'agrément lui-même est indépendante de la qualification des textes législatifs de base en tant que régime d'aide. Or ces qualifications emportent des conséquences non négligeables.

II. L'influence qualitative du droit communautaire sur le régime des agréments fiscaux

20. Encore une fois, il n'est pas certain que l'on puisse déceler dans l'influence que le droit communautaire exerce sur le contenu du régime des agréments fiscaux, une quelconque incidence sur l'éventuelle « contractualisation » de ces agréments. L'impact du droit communautaire est d'abord concentré sur des problèmes de respect des obligations communautaires. Ce n'est qu'incidemment et de manière très indirecte que cet impact prendra un tel aspect. Par ailleurs, et comme on vient de le voir, dans la première partie de cette étude, le droit communautaire susceptible d'intervenir est surtout celui relatif au contrôle des aides d'États. Néanmoins, l'influence qualitative du droit communautaire peut être plus large et recouvrir tout à la fois le régime de la délivrance des agréments (II. 1) et celui du contrôle de cette délivrance (II. 2.)

II. 1. Le régime de la délivrance des agréments fiscaux

21. Le risque de qualification de l'agrément en tant qu'aide d'État (cf. *supra* I. 2.) ayant été identifié, la gestion de ce risque se traduit de deux manières différentes : soit en faisant disparaître les éléments d'une telle qualification pour en éviter les conséquences (II. 1.1.), soit en prenant en compte une telle qualification pour en tirer les conséquences (II. 1.2.)

II. 1.1. La limitation des agréments discrétionnaires

22. Reconnaître à l'agrément, notamment fiscal, le caractère d'acte condition comporte un risque non négligeable déjà souligné par M^{me} de Saint Pulgent en 1990⁸⁴. Ce risque n'existe pas dès lors que l'agrément est un agrément de plein droit, c'est-à-dire pour lequel l'administration se contente de vérifier que les conditions posées par la loi sont bien réunies. Dans ces hypothèses, si les conditions posées par la loi ne sont pas satisfaites par l'entreprise qui fait la demande, l'agrément sera refusé, sans que le droit communautaire puisse intervenir, sauf deux hypothèses. La première est celle où la loi, instituant l'avantage

84 - *Op. cit.* p. 187.



fiscal, n'aurait pas été notifiée avant son entrée en vigueur et approuvée par la Commission au titre de l'article 88 § 3 du traité : auquel cas l'avantage fiscal en question accordé par agrément serait considéré comme une aide « illégale », au sens de l'article 1 lettre f du règlement n° 625/1999⁸⁵, car fondée sur une loi mise en vigueur en violation de l'article 88 § 3 TCE. Cette violation du traité entraînerait la disparition de la loi qui donnait sa base légale à l'agrément qui, de plein droit ou discrétionnaire, deviendrait lui-même illégal. L'autre hypothèse serait celle où la loi limiterait le bénéfice de l'avantage, accordé sur agrément, en fonction de critères discriminatoires ou protecteurs, contraires à une disposition communautaire, principalement un des articles relatifs à une liberté de circulation⁸⁶. L'agrément qui ne ferait que vérifier le respect des conditions posées par la loi mais refuserait, sur cette base, l'agrément à une entreprise qui ne réunirait pas les conditions légales, serait néanmoins illégal car, de la même manière, dépourvu de base légale.

23. C'est néanmoins l'agrément discrétionnaire qui est le plus susceptible de poser des difficultés, cette fois au regard de la qualification d'aide d'État. En effet, les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de l'agrément, ne sont pas toujours ou seulement fixées dans la loi⁸⁷. Comme l'écrivait Jacques Delmas-Marsalet⁸⁸, les conditions d'octroi de l'agrément fiscal sont plus fréquemment fixées « *par référence à des règles ne découlant pas de l'ordre juridique habituel, mais souvent de simples circulaires ministérielles ou de la jurisprudence de commissions administratives, plus ou moins fondées sur les orientations définies dans des documents dépourvus de valeur juridique* ». Les tempéraments apportés par la jurisprudence⁸⁹ à ce constat n'enlèvent rien au danger que peut représenter, au regard du droit communautaire, le caractère discrétionnaire de l'octroi de l'agrément d'où découle en principe l'impossibilité pour l'administration de se lier à l'avance dans son appréciation des situations individuelles.

85 - Cf. règlement (CE) n° 625/1999, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOCE*, L 83 du 27 mars 1999, p. 1.

86 - Que ce soit l'article 39 relatif à la libre circulation des travailleurs salariés, ou plus vraisemblablement l'article 43, relatif au libre établissement, l'article 49 relatif à la libre prestation de services, ou l'article 56 pour la libre circulation des capitaux.

87 - Déjà l'arrêt précité du Conseil d'État du 10 mars 1967, *Sté Samat et Cie*, avait admis qu'un agrément fiscal puisse être retiré pour non-respect d'une condition implicite.

88 - *Op. cit. supra* note 2.

89 - Et notamment par celle relative aux directives, en particulier l'arrêt du Conseil d'État, Section, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c/ D^{elle} Gaupillat et dame Ader*, rec. p. 750, concl. Bertrand. Si l'administration peut en vertu de cette jurisprudence se donner des principes à observer pour l'octroi des agréments, elle ne peut se lier au point de ne pas pouvoir examiner au cas par cas les situations individuelles (cf. bien que ne traitant pas de problèmes fiscaux, CE, 29 juillet 1994, *Ministre de l'éducation nationale c/ Époux Gentilhomme*, rec. p. 371). Par ailleurs ces directives ne peuvent ajouter à la loi (cf. encore hors du domaine fiscal, CE, 27 octobre 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ D^{elle} Ecarlat*, rec. p. 682, CE, 12 décembre 1997, *Oniflhor*, DA février 1998, concl. Stahl), ni violer d'autres principes supérieurs (cf. CE Sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, rec. p. 453) dont on peut penser qu'ils incluent les normes communautaires. Cependant, en matière fiscale, depuis le vote de l'article 17 de la loi de finances pour 1970, devenu l'article 1649 *nonies* II du CGI et autorisant le ministre des finances à définir par voie d'arrêté les conditions d'octroi des agréments, la jurisprudence en matière de directive est devenue largement sans intérêt pour les agréments fiscaux.

24. En effet, le caractère discrétionnaire de l'agrément, déjà problématique en droit interne, notamment au regard du principe d'égalité devant la loi, et surtout devant l'impôt, va, dans les conditions rappelées plus haut, commander son caractère « sélectif » au regard de l'article 87 TCE, et donc sa qualification en tant qu'aide d'État. Ce constat n'est pas modifié par le fait que depuis la jurisprudence « Crédit Foncier de France »⁹⁰, le principe d'égalité commande à l'administration non seulement d'accorder l'agrément à toutes les entreprises placées dans des situations comparables au regard de principes posés par la directive ou l'arrêté, mais également d'avoir la possibilité de refuser ou d'accepter de l'accorder à celles dont la situation est particulière au regard des conditions générales. En effet, même si la jurisprudence interne veille au respect du principe de non-discrimination, le respect de celui-ci par l'administration n'empêcherait nullement les agréments de revêtir un caractère sélectif engendrant une qualification d'aide d'État. Si toutes les entreprises qui investissent dans les mêmes conditions quantitatives dans la même région peuvent recevoir un agrément les dispensant de certaines taxes, il n'en resterait pas moins que seule cette catégorie d'entreprises serait éligible à l'avantage fiscal, qui de ce fait présenterait la nature sélective indispensable à la qualification d'aide d'État.

25. Que ce soit pour cette raison ou pour d'autres, et plus vraisemblablement pour cette raison parmi d'autres⁹¹, le législateur a tendance à restreindre le champ des agréments discrétionnaires au profit de celui des agréments de plein droit. Cette première conséquence en entraîne donc immédiatement une autre : la diminution du risque de qualification d'aide d'État des agréments. Diminution mais pas disparition et cela pour deux raisons au moins. La première est bien entendu que tous les agréments discrétionnaires n'ont pas disparu, loin de là. La seconde est que la « remontée » dans la loi des conditions à réunir pour obtenir l'agrément ne fait que déplacer le problème de qualification d'aide d'État à l'étage (supérieur) législatif, comme on le verra (cf. ci-dessous II. 1.2.) qui ne restera pas sans incidence sur la validité de l'agrément à l'étage du dessous. Cependant, pour revenir à la problématique initiale, et pour autant que l'on puisse continuer à voir des éléments « quasi contractuels » dans les rapports entre l'entreprise solliciteuse et l'administration fiscale, il est certain que le paramètre communautaire pousse à la disparition de tels éléments, dans la mesure où il conduit à privilégier les agréments de plein droit, pour lesquels la négociation avec l'administration, chargée uniquement de vérifier la présence des éléments requis par la loi, est réduite à sa plus simple expression.

II. 1.2. La modification de la procédure de délivrance de l'agrément

90 - Cf. les conclusions Bertrand sous l'arrêt qui proposait « *d'admettre d'une manière générale que les motifs d'une décision individuelle puissent légalement consister en une référence à la doctrine que l'administration s'est donnée et qui, dès lors qu'elle est appliquée, doit l'être à toutes les situations semblables, à peine de méconnaissance de la règle de non-discrimination.* »

91 - Cf. J. Maïa, *op. cit.* L'auteur montre que le renforcement du contrôle juridictionnel des agréments, notamment depuis 1987, n'est pas resté sans conséquence sur le travail législatif. « *À cela s'ajoute que, par souci de neutralité de l'impôt, le législateur tend à circonscrire plus étroitement le champ de la procédure d'agrément, dans des domaines comme le régime fiscal de faveur applicable aux apports partiels d'actifs ou de scissions, codifié à l'article 210 B.* »



26. À supposer que la qualification d'aide soit retenue, en tant que mesure d'aide, et comme toute mesure d'aide, l'agrément devrait être notifié à la Commission préalablement à sa mise en œuvre comme le laisse penser l'article 88 § 3 du traité selon lequel :

« La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. »

Il existe donc des conséquences juridiques immédiates attachées à cette qualification. Celles-ci sont d'autant plus importantes qu'elles ne dépendent même pas forcément de la compatibilité au fond de l'agrément avec les critères de l'article 87 TCE⁹² ou des mesures d'application.

27. En premier lieu, l'obligation de l'article 88 § 3, qui a été très tôt jugé d'applicabilité directe⁹³, c'est-à-dire invocable par les particuliers devant leur juge national, a été explicitée par un règlement d'application du Conseil en 1999⁹⁴. L'article 2 § 1 de ce dernier reprend cette obligation de manière très claire :

« Sauf indication contraire (...) tout projet d'octroi d'une aide nouvelle est notifié en temps utile à la Commission par l'État membre concerné »

En l'espèce tout projet d'agrément devrait donc, s'il répond aux critères de mesure sélective, être préalablement notifié à la Commission. Cependant il ne suffit pas qu'il soit notifié, car l'article 88 § 3 du traité comme l'article 3 du règlement n° 625/1999 sont très explicites : le projet ne peut être mis à exécution que « si la Commission a pris, ou est réputée avoir pris, une décision l'autorisant ». De sorte que pèse sur l'État membre qui se propose de délivrer un agrément fiscal, qualifiable de mesure d'aide, non seulement une obligation de notification du projet, mais également une obligation de suspendre la mise à exécution de ce projet jusqu'à l'approbation de la mesure par la Commission. On conçoit ce qu'un tel constat peut avoir de révolutionnaire surtout lorsque l'on sait que la durée moyenne d'examen des aides par la Commission est de l'ordre de 12 à 18 mois⁹⁵.

28. La contrainte de ce régime est encore renforcée par les conséquences d'une violation de ces obligations. En effet, tout projet d'aide qui ne serait pas notifié à la Commission avant sa mise à exécution, ou qui, bien que notifié, serait mis en œuvre avant que la Commission ait donné son feu vert, serait considéré comme une « aide illégale »⁹⁶. Or une telle qualification, pour un agrément fiscal, entraî-

92 - Dans son Rapport (cf. encadré n° 9), la Commission relève de manière générale que « les aides fiscales constituent souvent des aides non liées à la réalisation d'objectifs précis » et qu'en conséquence elles s'analysent « en tant qu'aides au fonctionnement, lesquelles ne sont actuellement autorisées que dans un nombre limité de cas et sous de strictes conditions. »

93 - Cf. par exemple CJCE, 11 décembre 1973, affaire 120/73, *Gebrüder Lorenz GmbH c/ RFA et Land de Rhénanie-Palatinat*, rec. p. 1471.

94 - Cf. règlement (CE) n° 625/1999, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOCE*, L 83 du 27 mars 1999, p. 1.

95 - Le délai de 18 mois est en tout cas celui qui est indiqué comme de droit commun à l'article 7 § 6 du règlement n° 625/1999.

96 - Au sens de l'article 1 lettre f du règlement n° 625/1999.

nerait plusieurs conséquences particulièrement drastiques. Au niveau communautaire, tout d'abord, les articles 10 à 15 du règlement n° 625/1999 donnent à la Commission un certain nombre de pouvoirs en présence d'aides illégales. Non seulement elle pourra se faire communiquer toutes les informations utiles pour exercer son contrôle *a posteriori*, mais elle pourrait, après avoir mis l'État en mesure de présenter ses observations, prendre une « *injonction de suspension* », entendue comme :

« *une décision enjoignant à l'État membre de suspendre le versement de toute aide illégale, jusqu'à ce qu'elle statue sur la compatibilité de cette aide avec le marché commun.* »⁹⁷

Rapporté à l'hypothèse d'un agrément fiscal « illégal » au sens de la réglementation communautaire, cela signifierait que la Commission pourrait enjoindre à l'État de suspendre l'octroi de l'avantage fiscal accordé jusqu'à ce que la Commission ait achevé l'examen de compatibilité dudit agrément avec le Marché commun. Dans certaines circonstances tout à fait particulières⁹⁸, elle pourrait même enjoindre à l'État de récupérer l'avantage fiscal déjà octroyé, ce qui reviendrait à redresser le contribuable⁹⁹ qui bénéficiait de l'agrément afin de récupérer le montant d'impôt déjà éludé.

29. À ces compétences non négligeables¹⁰⁰ de la Commission, il convient d'ajouter le régime jurisprudentiel que la Cour a élaboré pour ces aides « illégales ». Répondant à une question préjudicielle du Conseil d'État, elle a précisé que :

« *La dernière phrase de l'article 93 § 3 du traité CEE doit être interprétée en ce sens qu'elle impose aux autorités des États membres une obligation dont la méconnaissance affecte la validité des actes comportant mises à exécution des mesures d'aides, et que l'intervention ultérieure d'une décision finale de la Commission, déclarant ces mesures compatibles avec le Marché commun, n'a pas pour conséquence de régulariser a posteriori les actes invalides.* »¹⁰¹

97 - Cf. article 11 § 1 du règlement n° 625/1999.

98 - Cf. article 11 § 2 *ibid.* Pour l'adoption d'une injonction de récupération soit possible, il faut que les conditions suivantes soient remplies : a) selon une pratique établie de la Commission, le caractère d'aide de la mesure concernée ne fait pas de doute, b) il y a urgence à agir, c) il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent.

99 - Ce qui sur le plan du droit interne poserait d'intéressants problèmes contentieux (cf. *infra* II. 2.) dans la mesure où ici le redressement devrait passer d'abord par le retrait de l'agrément « illégal » en la forme mais pas forcément au fond puisque la Commission n'a pas encore statué sur sa compatibilité avec le Marché commun.

100 - Il est possible d'ajouter que le non-respect d'une injonction de la Commission autoriserait celle-ci, parallèlement à l'examen au fond de la mesure d'aide, à saisir la Cour de justice pour qu'elle constate que l'État membre a violé ses obligations communautaires en ne se conformant pas à l'injonction. (cf. article 12 du règlement n° 625/1999).

101 - Cf. dispositif de l'arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, affaire C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ République française*, rec. p. I-5505.

Il ressort de cet arrêt que l'illégalité communautaire d'une mesure d'aide, qui repose on le sait sur la violation d'une obligation procédurale, affecte de manière définitive la validité des actes de mise à exécution au niveau national, sans que celle-ci puisse être couverte *a posteriori* par la compatibilité au fond de l'aide. Dans le cas des agréments fiscaux, il y aurait vraisemblablement illégalité définitive des avis d'imposition (ou de non-imposition) prenant en compte l'avantage fiscal résultant de l'agrément, sans que l'éventuelle compatibilité de ce dernier reconnue ultérieurement par la Commission puisse couvrir cette illégalité. Or, cette conséquence est d'autant moins négligeable, que dans le même arrêt, la Cour a ajouté :

*« les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir d'une telle méconnaissance que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires. »*¹⁰²

Le droit communautaire met donc à la charge des juridictions nationales, saisies en ce sens, une obligation non seulement de constater l'invalidité des mesures d'exécution de l'agrément « illégal », mais également de prononcer soit des mesures provisoires afin d'éviter la mise en œuvre de l'agrément¹⁰³, soit d'ordonner la récupération de l'avantage déjà octroyé¹⁰⁴. Ces obligations continuent de peser sur le juge national même si la Commission a entrepris l'examen de la compatibilité de l'agrément au fond¹⁰⁵.

30. Certes, tous les agréments, on l'a dit, ne relèveront pas de la qualification de mesures d'aides. En effet, certains ne seront que l'expression d'une compétence liée, la sélectivité de l'avantage fiscal octroyé résultant de la loi elle-même. Toutefois, cette loi, qui sera alors considérée comme instituant non pas une aide mais un régime d'aide devra également avoir été notifiée. Si tel n'est pas le cas, ou si, notifiée, elle n'a pas encore reçu l'approbation de la Commission, ce sont les agréments délivrés de plein droit qui apparaîtront comme des mesures d'exécution illégales avec les conséquences rappelées précédemment. Toutefois, même si la loi a été notifiée et approuvée par la Commission, ce qui en fait

102 - Cf. point 12 de l'arrêt, cité note précédente.

103 - Cf. l'article L 521-1 du code des juridictions administratives qui envisage la procédure du référé suspension permettant de demander au juge que l'exécution d'une décision administrative soit suspendue jusqu'à ce que le juge du principal ait statué sur le recours en annulation ou en réformation formé contre cette décision. Cette procédure paraît donc bien adaptée à l'hypothèse, pour autant qu'un recours au fond ait été formé contre l'agrément, mais l'exigence d'un risque de préjudice irréversible ou difficilement réversible pourra dans certains cas constituer un obstacle à la recevabilité du recours.

104 - Outre les difficultés propres au droit national (sauf à considérer l'hypothèse où l'injonction que devrait prononcer le juge ferait suite au jugement invalidant l'agrément « illégal »), on peut penser que désormais le juge saisi d'une demande en ce sens s'inspirera des conditions particulièrement sévères mises par le règlement n° 625/1999 à l'exercice par la Commission d'un tel pouvoir d'injonction (cf. *supra* note 97).

105 - Cf. point 44 de l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996, affaire C-39/94, *SFEI et autres c/ La Poste et autres*, rec. p. I-3547 « L'ouverture par la Commission d'une procédure d'examen préliminaire au titre de l'article 93 § 3, ou de la procédure contradictoire prévue à l'article 93 § 2, ne saurait décharger les juridictions nationales de leur obligation de sauvegarder les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable ».



un régime d'aide existant¹⁰⁶, les mesures particulières qui ne s'inscriraient pas strictement dans le cadre de l'application de ce régime¹⁰⁷ devraient, sous peine d'encourir les mêmes conséquences, être préalablement notifiées. Par ailleurs, il est fréquent que la Commission en approuvant le régime d'aide institué par la loi, notifiée, et approuvé par celle-ci, exige que certains investissements, bien qu'entrant dans le champ du régime notifié, lui soient préalablement notifiés à titre individuel car ils n'entrent pas complètement dans les cadres du régime notifié (soit que leur montant excède certains seuils, soit que le secteur dans lequel l'investissement est réalisé, est un secteur sensible)¹⁰⁸.

31. Bien entendu, et au-delà de ces conséquences d'ordre procédural, les agréments fiscaux, même dûment notifiés devront passer l'examen de compatibilité au fond. Il n'est certes pas question de détailler ici les conditions de fond auxquelles doivent satisfaire toutes mesures d'aide en général, et les agréments fiscaux en particulier. Toutefois, il n'est pas inintéressant de remarquer que l'examen par la Commission de la compatibilité des aides n'est pas assimilable à un contrôle de conformité. L'objet de ce contrôle n'est pas de sanctionner la violation d'une norme, mais de purger certaines mesures de leur contenu dangereux pour la concurrence dans le Marché commun. Il en découle une procédure de négociation assez importante entre la Commission et l'État membre concerné¹⁰⁹, qui sans être une contractualisation de l'agrément lui-même, apporte certains éléments quasi contractuels à la question de la compatibilité de l'agrément. Cependant, cette constatation ne touche qu'indirectement les rapports de l'administration fiscale et du titulaire de l'agrément, elle concerne surtout, et avec toutes les réserves d'usage, les rapports de l'administration de l'État concerné avec la Commission. Néanmoins il n'est pas possible d'écarter l'hypothèse où l'agrément serait jugé incompatible par la Commission¹¹⁰. Il en découlerait une interdiction pour l'État d'accorder l'agrément, et au cas où

106 - Qui n'échappe pas à tout contrôle (cf. articles 17-19 du règlement n° 625/1999), mais fait l'objet d'un examen permanent sur la base des informations que l'État doit lui transmettre périodiquement.

107 - La jurisprudence précise que les mesures particulières s'inscrivant dans le cadre d'un régime préalablement notifié et autorisé doivent être qualifiées d'aides existantes que la Commission ne peut examiner, dans un premier temps, qu'au regard de leur conformité à sa décision autorisant le régime cf. CJCE, 16 mai 2002, affaire C-321/99 P, *ARAP et RAR c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-4287, spéc. point 83. Adde CJCE, 5 octobre 1994, affaire C-47/91, *République italienne c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-4635, spéc. point 25.

108 - Cf. par exemple la décision de la Commission du 24 octobre 2006, dans l'affaire Aide d'État N 321/2006-France, à propos de la demande agrément au titre de l'article 199 *undecies* B du CGI du montage juridique pour l'affrètement d'un Embraer 190 pour la compagnie aérienne Air Caraïbes (Doc. C (2006) 4939 final). Le régime fiscal en question avait été approuvé par la Commission dans sa décision du 11 novembre 2003 affaire N 96/B/2003-France – Dispositif d'aide fiscale à l'investissement outre-mer. Lors de l'examen de ce régime les autorités françaises s'étaient engagées à notifier individuellement les demandes d'aides dans le secteur aérien.

109 - L'entreprise bénéficiaire de l'agrément contesté pouvant être reconnue assez facilement comme tiers intéressé au sens de l'article 20 du règlement précité n° 659/1999.

110 - Ce qui pourrait être le cas d'agréments mis en œuvre sans avoir été notifiés préalablement ou sans attendre la décision finale de la Commission. En effet, dans le cadre du processus normal d'examen de projet notifié, la Commission a plutôt tendance à subordonner son autorisation à des concessions de la part de l'État (destinées à éviter que la concurrence ne soit faussée) qui si elles sont acceptées (ce sera souvent le cas) permettent d'éviter une décision d'incompatibilité.

celui-ci aurait déjà été accordé et mis à exécution, une obligation de rapporter la mesure et de récupérer l'aide illégalement versée¹¹¹.

32. Au total, et devant de telles conséquences, il ne paraît pas excessif d'envisager de modifier quelque peu la procédure de délivrance des agréments pour tenir compte, lorsque existe un besoin, des contraintes communautaires. La modification au demeurant ne devrait pas être radicale. Elle serait de surcroît limitée selon les cas de figures. Allant de l'hypothèse la moins contraignante à celle la plus contraignante, on obtiendrait la gradation suivante. S'agissant des dispositions législatives déjà notifiées et approuvées mettant en place des régimes d'aides fiscales subordonnées à un agrément, il n'y aurait rien à modifier si la décision de la Commission approuvant le régime n'a pas posé comme condition la notification ultérieure de certaines demandes d'agrément individuel présentant des caractéristiques particulières. Il va de soi, mais c'est le cas depuis plusieurs années, que tout projet de loi mettant en place de nouveaux régimes soumis à agrément devrait être notifié à la Commission préalablement à leur mise en place. Quant aux dispositions législatives existantes, mais n'ayant été ni notifiées, ni encore moins approuvées à l'époque, elles posent désormais moins de problèmes en elles-mêmes que les agréments accordés sur la base de leurs dispositions. En ce qui concerne les dispositions législatives prévoyant la délivrance d'agréments de type discrétionnaire, c'est-à-dire des agréments qui, en eux-mêmes, peuvent être considérés comme des mesures d'aides, il ne serait sans doute pas inutile d'inclure dans la décision d'octroi de l'agrément d'une part que celle-ci ne pourra prendre effet qu'après autorisation de la Commission, en tant que condition suspensive, et d'autre part, qu'en cas de non-compatibilité de l'agrément avec le Marché commun, cet agrément serait considéré comme abrogé de plein droit¹¹². Certes, pour les dispositions législatives prévoyant des agréments de plein droit, il est clair que l'aide, ou du moins le projet d'aide, résultera de la loi elle-même et non de l'agrément. Ce n'est donc pas l'agrément qui devrait être notifié, mais la loi elle-même. En revanche, l'agrément sera considéré comme une mesure de « versement » de l'aide, en conséquence il ne pourrait en principe intervenir avant que l'avantage fiscal prévu par la loi n'ait été régulièrement approuvé par la Commission. En effet, il sera considéré comme illégal, tant que cette approbation ne sera pas intervenue, et quand bien même elle interviendrait ultérieurement. De sorte qu'ici, il est difficile d'imaginer quelle modification apporter à la délivrance de l'agrément sachant que celle-ci sera, en ce cas, toujours illégale. Il faut bien admettre que de telles modifications, à supposer qu'elles soient introduites, n'iraient pas dans le sens d'une plus grande contractualisation de la procédure d'agrément fiscal.

111 - Cf. article 14 § 1 du règlement n° 625/1999.

112 - Bien que ne statuant pas sur des procédures d'agrément, on signalera que certaines juridictions ont retenu le défaut d'information, par l'État de l'entreprise bénéficiaire des risques encourus, comme fondement de la responsabilité de l'État : TA Paris, 7^e s. sect. 2^e Ch., 15 janvier 2004, *Société C2S*, n° 0019646/7, inédit (définitif), et TA Lille, 6^e Ch., 15 novembre 2005, *Société Filature Saint Liévin e. a.* inédit (définitif) cités par M. Disant « *Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible* », RFDA 2007, p. 547, spéc. p. 555.

II. 2. Le contrôle des agréments fiscaux

33. L'influence communautaire peut se situer à deux niveaux. Au niveau tout d'abord de la base du contrôle (II. 2.1.), et au niveau des conséquences de ce contrôle ensuite (II. 2.2.)

II. 2.1. Une nouvelle base du contrôle de légalité

34. L'existence du droit communautaire en tant que partie de la base juridique à laquelle est confronté tout acte administratif n'est ni une nouveauté ni quelque chose d'exceptionnel. Il n'est pas question ici de revenir sur la jurisprudence administrative des cinquante dernières années. Tout au plus voudrait-on mettre en lumière certains aspects propres au contrôle que le juge exerce déjà sur la délivrance des agréments fiscaux de même que sur leur refus ou leur retrait.

35. Or de ce point de vue, il est possible d'insister sur le fait que le droit communautaire dont il est question ici présente potentiellement trois composantes. La première, que l'on a déjà signalée mais qui paraît la moins contraignante, du moins pour le procédé de l'agrément, est celle qui comprend les articles du traité relatifs aux grandes libertés et principalement aux libertés d'établissement, de prestation de services et de circulation des capitaux. En vérité plus que les agréments, ce seront les mesures législatives que ces agréments mettent en application qui risquent de heurter les dispositions des traités en question¹¹³. Certes, à supposer que certains avantages fiscaux, subordonnés à la délivrance d'un agrément, recèlent une discrimination interdite ou une entrave aux libertés en question, l'incompatibilité de la loi avec le droit communautaire ne restera pas sans conséquence. En effet, l'agrément fondé sur une telle loi contraire au droit communautaire sera considéré comme dépourvu de base légale et donc illégal¹¹⁴. Mais en réalité dans une telle hypothèse c'est plus vraisemblablement le refus d'agrément opposé à une entreprise d'un autre État membre¹¹⁵, qui sera considéré comme illégal, que l'agrément lui-même accordé à une entreprise nationale. À cet égard, se poserait peut-être une question relative à la motivation de ce refus d'agrément, dans un cas particulier. Il est acquis en jurisprudence que dans la mesure où l'agrément n'est pas un droit pour le contribuable, c'est-à-dire dans le cas où l'on est en présence d'un agrément discrétionnaire, le refus de l'administration n'a pas à être motivé car il n'entre pas dans la catégorie des

113 - Saisi en tant que juge de cassation, le Conseil d'État est incompétent pour apprécier les conditions auxquelles l'administration subordonne son agrément, ce qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, sauf si l'administration définit ces conditions par référence à un texte légal. Cf. CE, 21 avril 2000, *SA Caruelle Nicolas*, n° 182106.

114 - Cf. *a contrario* et sur la base de l'ancien article 37 TCE faisant obligation aux États d'aménager leurs monopoles commerciaux, la validité de l'article 565 du CGI. Cette disposition ne contenant aucune discrimination, le fait de soumettre le bénéfice des dispositions fiscales à agrément, n'est pas en soit une discrimination interdite. Bien entendu la solution laisse intacte la question de savoir si l'agrément lui-même est ou non conforme au Traité, cf. CE, 26 juin 1996, n° 128728, *Ministre de l'Économie c/ SNC « Saint Claude »*, inédit.

115 - Ou à une entreprise résidente pour ses opérations dans d'autres États membres.

actes qui doivent l'être en vertu de la loi du 11 juillet 1979¹¹⁶. Cependant, et dans la mesure où le refus d'agrément affecterait une des libertés fondamentales du traité (comme le libre établissement ou la libre circulation des capitaux...), il est possible de se demander si le droit communautaire ne pourrait être invoqué pour exiger une telle motivation¹¹⁷, car le juge communautaire paraît considérer cette motivation comme un droit fondamental des ressortissants communautaires, considéré comme partie intégrante d'un droit au juge.

36. La deuxième composante, plus souvent ignorée, sur laquelle il est possible d'attirer l'attention comprend l'ensemble des directives d'harmonisation fiscale¹¹⁸. Et le contrôle de compatibilité avec le droit communautaire pourra porter sur deux aspects : d'abord sur le contenu de l'avantage fiscal que l'agrément octroie au regard du contenu de la directive elle-même. Il pourra s'agir par exemple de l'obtention d'un taux réduit d'impôt que la directive n'autoriserait pas, ou pas sans autorisation préalable de la part de l'autorité communautaire¹¹⁹, ou du bénéfice d'un régime d'exonération que le droit national viendrait subor-

116 - Cf. CE, 10 mai 1996, n° 129459, *Société de Chaudronnerie et de mécanique de précision*, inédit, à propos de l'agrément prévu à l'article 208 *quater* I du CGI dans sa rédaction résultant de l'article 14-2 de la loi 86-824 du 11 juillet 1986, et CE, 26 juin 1996, précité, et CE, 1^{er} décembre 1993, n° 141124, *Société Baxter*, inédit, à propos du II de l'article 209 du CGI. Remarquons déjà que le droit interne fournirait la solution inverse si l'agrément était de plein droit.

117 - Cf., par exemple, à propos d'une décision nationale affectant la liberté de circulation des travailleurs, en refusant la reconnaissance d'un diplôme pour exercer une profession §§ 14-15 de CJCE, 15 octobre 1987, affaire 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c/ Georges Heylens et autres*, rec. p. 4097 « 14 le libre accès à l'emploi constituant un droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur de la Communauté, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit. » Comme la Cour l'a admis dans son arrêt du 15 mai 1986 (*Johnston*, 222/84, rec. p. 1651, spéc. p. 1663), « cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'efficacité du contrôle juridictionnel, qui doit pouvoir porter sur la légalité des motifs de la décision attaquée, implique, de manière générale, que le juge saisi puisse exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs. Mais, s'agissant plus spécialement, comme en l'espèce, d'assurer la protection effective d'un droit fondamental conféré par le traité aux travailleurs de la Communauté, il convient également que ces derniers puissent défendre ce droit dans les meilleures conditions possibles et se voient reconnaître la faculté de décider, en pleine connaissance de cause, s'il est utile pour eux de saisir la juridiction. **Il en résulte qu'en pareille hypothèse l'autorité nationale compétente a l'obligation de leur faire connaître les motifs sur lesquels son refus est fondé soit dans la décision elle-même, soit dans une communication ultérieure faite sur leur demande.** »

118 - Bien que le Conseil d'État ait repoussé le moyen comme non fondé, il a accepté d'examiner celui fondé sur la contrariété du refus d'agrément de l'article 220 *quinquies* du CGI, à la directive 78-855 du 9 octobre 1978 concernant les fusions entre sociétés anonymes, cf. CE, 6 novembre 2002, *SNC Sodepar*, inédit. L'affaire « Société Pantochim » que l'on retrouvera plus bas (cf. *infra* note 150) aurait également pu servir à contrôler l'arrêté ministériel prévoyant une procédure d'agrément pour l'octroi d'un avantage fiscal aux directives d'harmonisation de la fiscalité des huiles minérales. L'argument n'a toutefois pas été soulevé, seul la contrariété à l'article 87 TCE l'a été.

119 - Comme par exemple la procédure de l'ancien article 27 de la sixième directive TVA devenu l'article 395 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006, relatif au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *JOUE*, L 347 du 11 décembre 2006, p. 1.

donner à des conditions non prévues dans la directive¹²⁰. Ensuite, il est également possible que le droit national subordonne à l'obtention d'un agrément le régime avantageux que la directive paraît considérer comme de plein droit¹²¹. Cet aspect du contrôle potentiel est passé longtemps inaperçu en raison de la jurisprudence subtile sur l'invocabilité des directives à l'encontre d'un acte individuel. Il pourrait cependant ressurgir dans le futur.

37. Enfin, troisième composante, c'est surtout le régime des aides d'État qui est susceptible de fournir la principale base juridique d'origine communautaire pour le contrôle tant de la délivrance des agréments que de leur refus ou retrait¹²². On partira du principe que ces problèmes ne surgiront que si, première hypothèse, l'État n'a pas procédé aux notifications préalables comme il le devait¹²³, ou que, seconde hypothèse, s'il l'a fait, l'avantage fiscal accordé sur agrément a été déclaré incompatible par la Commission.

38. Dans la première de ces deux hypothèses, on l'a vu, délivrer l'agrément serait soit un acte illégal de versement de l'aide instituée par la loi, soit une aide illégale dans la mesure où l'agrément lui-même serait considéré comme une mesure d'aide. La violation de l'article 88 § 3 TCE entraînerait dans le dernier cas, la possibilité pour un concurrent de demander la suspension de l'effet de l'agrément¹²⁴ jusqu'à ce que la Commission se prononce sur la validité de l'aide, et dans le premier cas, la possibilité de demander l'annulation de l'agrément lui-même en tant qu'acte de versement d'une aide illégale. Cette annulation n'empêcherait pas l'administration de délivrer à nouveau l'agrément si la Commission décidait finalement que l'aide était, sur le fond, compatible avec le marché commun.

39. Dans la seconde de ces hypothèses, l'aide étant déclarée incompatible l'agrément, qu'il s'agisse d'acte de versement, ou de l'aide elle-même, serait

120 - Par assimilation avec la jurisprudence déclarant illégal un refus d'agrément fondé sur un décret restreignant le champ d'application de la loi : cf. CE, 25 novembre 1994, n° 114835, *Ministre délégué chargé du Budget c/ Sarl Coutellerie artisanale de l'Homme des Bois*, inédit à propos d'un refus d'agrément du II de l'article 265 annexe III du CGI pour le bénéfice du taux abaissé de 2 % du droit de mutation à titre onéreux d'un fonds de commerce.

121 - Cf. le problème de l'agrément de l'article 210 C-2 du CGI pour le régime de faveur des apports partiels d'actifs tel qu'interprété par l'administration (Doc. Adm. 4-I 221, n° 4 al. 2) au regard de l'article 9 de la directive CE n° 90/434 du 23 juillet 1990.

122 - Sur le rôle complémentaire du juge national dans l'application du « droit des aides », cf. CE, 23 novembre 2001, *Ministre c/ Éditions Jacques Glénat*, rec. p. 566, et CE, 27 février 2006, *Cie Ryanair Ltd et CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*, rec. p. 95. Adde S. Laget, « Les pouvoirs du juge national et les aides non notifiées à la Commission » *AJDA* 2004, p. 298, et B. Cheynel, « Le juge national, acteur central du contrôle des aides d'État illégales ? », JCP ed. A, 2005, n° 16, p. 659.

123 - Hypothèse à laquelle on peut assimiler celle où, ayant notifié la mesure, l'État a mis en œuvre l'aide sans attendre la décision de la Commission.

124 - Sous réserve des conditions de recevabilité cf. *infra* n° 40. Sur la question de l'obligation de suspendre l'exécution d'un acte administratif manifestement contraire à une obligation communautaire cf. CE, 29 octobre 2003, *Sté Techna*, n° 260768, 231033, 261034, Obs. P. Cassia, Rev. Europe, 2004, étude 1, et CAA Bordeaux, ordonnance 1^{er} mars 2005, n° 05BX00179, Région de Guyane, Rev. Europe, 2005, Alerte n° 42. Mais sur le rejet pour absence d'urgence cf. CE, 11 février 2004, *Syndicat national de l'industrie des viandes et autres*, n° 264346, inédit.

privé de base légale, et pourrait donc être annulé, à moins que l'administration ne décide de le retirer¹²⁵.

40. En s'en tenant au contrôle de la légalité de l'agrément, il a été souligné qu'au-delà du risque d'intervention de la Commission au titre de ses compétences de contrôle, la Cour de justice, par une jurisprudence audacieuse, a mis dans les mains des particuliers de sérieux moyens de contrôler le respect, par l'État de ses obligations, du moins celles relatives à son obligation de notification¹²⁶. Cependant ce risque de contentieux interne fondé sur l'article 88 § 3 paraît singulièrement limité dans le cas des agréments¹²⁷. Il est vrai que ces derniers ont donné lieu à un contentieux relativement nourri devant le juge administratif, mais concernant principalement des décisions de refus ou de retrait d'agrément. Or, par hypothèse, l'essentiel du contentieux « communautaire » des agréments porte sur la décision d'accorder l'agrément. Plus précisément encore, ce n'est pas le bénéficiaire de ce dernier qui viendra devant le juge – au demeurant il n'aurait pas d'intérêt à agir¹²⁸ –, encore moins l'État lui-même, ce seront les concurrents du bénéficiaire qui chercheront à user du droit communautaire pour remettre en cause un avantage fiscal favorisant leur adversaire et dont ils n'ont sans doute pas pu bénéficier. Or, il semble qu'en ce domaine l'état du droit administratif en soit resté à la vieille jurisprudence « Sibille » selon laquelle des contribuables en situation de concurrence avec le bénéficiaire d'un agrément sont « *sans qualité pour critiquer l'application individuelle... faite dans un cas particulier, à des tiers des dispositions de la loi fiscale* »¹²⁹.

41. Notons cependant que cette jurisprudence ne ferme au contribuable que la voie du recours pour excès de pouvoir. À cet égard, il n'est pas sans intérêt de remarquer que cette jurisprudence a déjà évolué dans un domaine proche, en reconnaissant, par exemple, que la voie du recours pour excès de pouvoir devait être ouverte à l'encontre d'instructions fiscales au profit de contribuables qui estimaient que l'application de ces textes conduirait à des distorsions de concurrence, voire à octroyer à de nouvelles catégories de contribuables des avantages dont ils bénéficiaient seuls jusque-là¹³⁰. On voit poindre la reconnaissance d'un

125 - Cf. *infra* n° 44 et suiv.

126 - On ajoutera qu'il va de soi que la limitation de l'effet direct des dispositions communautaires au seul paragraphe 3 de l'article 88, n'enlève rien aux droits – communautaires – que les particuliers pourraient tirer d'une décision de la Commission jugeant telle mesure fiscale incompatible avec le Marché commun. (Ajoutons pour être complet que les concurrents d'une aide – fiscale – qui serait jugée compatible avec le Marché commun par la Commission se sont vu reconnaître par la Cour un intérêt à agir en annulation à l'encontre de la décision de la Commission cf. CJCE, 28 janvier 1986, affaire 169/84, *Compagnie française de l'Azote (COFAZ) c/ Commission des Communautés européennes*, rec. p. I-391).

127 - Sur la question plus générale du contentieux des aides devant le juge administratif, cf. M. Disant, « *Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible* », RFDA 2007, p. 547.

128 - Dans certains cas particuliers, lorsque par exemple une taxe est considérée, du fait de son affectation, comme une mesure d'aide – en réalité comme le vecteur d'une aide – l'organisme affectataire du produit de la taxe contestée peut être partie à l'instance cf. CE, 6 novembre 1998, CNIH, RJF 1999/1, n° 110.

129 - Cf. CE, 4 décembre 1936, *Sibille et Duranton de Magny*, rec. p. 1065.

130 - Cf. CE, 4 mai 1990, *Association freudienne M. Robinet*, RJF 1990/6, n° 67 ; CE, 8 août 1990, *CCI de Dunkerque*, RJF 1990/8-9, n° 1101 et chronique J. Turot, *ibid.* p. 535.

intérêt à agir à des catégories de requérants se plaignant de l'effet de textes dont ils ne sont pas les destinataires spécifiques. Il reste qu'une instruction est un texte général et que le contentieux qui est propre à ce type de mesures ne peut voir ses solutions étendues aux actes individuels, que sont les agréments¹³¹. De sorte que, faute d'actions possibles des concurrents devant le juge administratif, le risque « intérieur » s'amenuise d'autant. Certes, ces mêmes concurrents ne sont pas pour autant démunis de voies d'action pour faire reconnaître par le juge le caractère illégal de l'agrément regardé comme une aide. La jurisprudence¹³² montre qu'il est possible aux entreprises, s'estimant lésées par l'octroi d'un agrément fiscal à un de leur concurrent, de saisir le juge civil ou commercial d'une action en concurrence déloyale pour faire reconnaître que le bénéficiaire de l'agrément, en percevant un avantage « illégal », leur a causé des dommages qui doivent être réparés¹³³. Dans le cadre de ce type de recours, le juge ne pourra guère ordonner la récupération de l'impôt éludé¹³⁴, mais pourra certainement qualifier, lorsque ce la sera le cas, l'agrément en tant qu'aide, au regard des principes qui ont été rappelés dans la première partie de cette étude, et constater l'éventuelle absence de notification préalable de l'agrément ou sa mise en œuvre en l'absence d'autorisation de la Commission. Cela lui suffirait pour qualifier d'illégal l'agrément litigieux et pour statuer ensuite sur la réclamation relative aux dommages et intérêts. Cette remarque conduit d'ailleurs à envisager les conséquences du contrôle de la légalité.

II. 2.2. Les conséquences de ce nouveau contrôle de légalité

42. Ces conséquences peuvent être appréciées au regard de deux suites logiques de l'illégalité d'un agrément ou du refus d'agrément : la question de la responsabilité d'une part et celle de la récupération de l'aide versée illégalement d'autre part.

43. Qu'il s'agisse d'une aide incompatible ou du versement d'une aide illégale, il découle logiquement de sa contrariété au droit communautaire une obligation de récupération qui pèse sur l'État. Cette obligation est certaine bien que non automatique¹³⁵ pour les aides déclarées incompatibles par la Commission. La mise en œuvre de la récupération passerait évidemment par le retrait préalable

131 - Certains auteurs, tout en le constatant, ne semblent pas s'opposer à une évolution. cf. J. Maïa, *op. cit.* p. 101.

132 - Cf. les faits à l'origine de l'arrêt de la CJCE du 11 juillet 1996, affaire C-39/94, *SFEI et autres c/ La Poste et autres*, rec. p. I-3547.

133 - Sur cette question générale cf. S. Laget, « *Les pouvoirs du juge national et les « aides » non notifiées à la Commission* », *AJDA*, 16 février 2004, p. 298.

134 - Sauf si le régime de l'impôt en question relève de la compétence judiciaire cf. *a contrario* CE, 25 novembre 1994, n° 114835, précité, incompétence de la juridiction administrative, compétente pour apprécier la légalité de l'agrément, pour prononcer la décharge des droits d'enregistrement.

135 - La Commission peut ne pas ordonner la récupération de l'aide illégale conformément à l'article 14 § 1 du règlement précité n° 659/1999 « 1. *En cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire (ci-après dénommée "décision de récupération"). La Commission n'exige pas la récupération de l'aide si, ce faisant, elle allait à l'encontre d'un principe général de droit communautaire.* »



de l'agrément et le redressement de l'entreprise bénéficiaire¹³⁶. À cet égard, plusieurs remarques sont nécessaires. La première concerne l'identification du bénéficiaire de l'aide. À première vue il est tentant de considérer que le bénéficiaire sera toujours le titulaire de l'agrément. Cependant il est des hypothèses où le bénéficiaire de l'aide n'est précisément pas le bénéficiaire de l'agrément, mais le destinataire final de l'avantage¹³⁷. En deuxième lieu, s'il existe certes une jurisprudence selon laquelle le principe de confiance légitime ne peut être opposé par le bénéficiaire d'une aide illégale pour échapper à son remboursement¹³⁸, il n'est cependant pas exclu que celui-ci puisse exciper de ce principe dans certains cas où la Commission aurait fait naître une telle confiance. C'est d'ailleurs précisément ce que le juge communautaire a admis s'agissant de la remise en cause par cette même Commission de régimes d'agrément auparavant autorisés¹³⁹. Il n'en reste cependant pas moins que dans la plupart des cas l'incompatibilité de l'aide entraînera l'obligation pour l'État de récupérer l'avantage illégalement accordé¹⁴⁰. Et se posera alors la question de la possibilité pour l'État de retirer légalement l'agrément¹⁴¹. En effet, on l'a dit, il est assez probable, compte tenu de la longueur de la procédure d'examen des aides par la Commission, qu'en présence d'une aide incompatible, mais déjà mise en

136 - Cf. les observations de la Commission dans le cadre des ordonnances du président de la CJCE du 15 juin 1987, affaire 142/87R, *Belgique c/ Commission*, rec. p. 2859 et du 6 février 1986, affaire 310/85R, *Deufil c/ Commission*, rec. p. 535.

137 - Cf., à propos de l'agrément (loi Pons) des investissements dans les DOM-TOM, principalement dans le financement de navires, la décision du 25 juillet 2001 de la Commission 2001/882/CE concernant l'aide d'État mise à exécution par la France pour le paquebot « Le Levant », *JOCE*, L 327 du 12 décembre 2001, p. 37, et surtout TPICE, 22 février 2006, affaire T-34/02, *EURL Le Levant 001 c/ Commission*, rec. p. II-67.

138 - Cf. par exemple CJCE, 20 septembre 1990, affaire C-5/89, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, rec. p. I-3437.

139 - Ainsi, dans le cadre de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable (cf. *supra* note 12), la Commission a déclaré incompatible avec l'article 87 un certain nombre de régimes fiscaux nationaux, prévoyant des avantages au profit de sociétés non résidentes accessibles sur agrément. La Commission a décidé dans ces décisions de ne pas demander la récupération des aides devenues illicites en raison de la confiance légitime que les opérateurs avaient pu placer dans la décision initiale de la Commission qui avait autorisé ces aides. Cependant, le juge communautaire admet également que le même principe exigeait de la Commission qu'elle prévoit des mesures transitoires pour tenir compte du temps nécessaire aux entreprises bénéficiaires de l'avantage fiscal pour réaménager leur comptabilité et leurs finances sans tenir compte de l'ouverture de la procédure de réexamen des aides, cf. CJCE, 22 juin 2006, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, *Royaume de Belgique et Forum 187 ASBL c/ Commission*, rec. p. I-5479, et TPICE, 12 septembre 2007, affaire T-348/03, *Koninklijke Friesland Foods NV c/ Commission*, non encore publié.

140 - Sur l'obligation pour l'autorité administrative de suspendre le versement de l'aide et d'ordonner la récupération d'une aide déclarée compatible par la Commission, mais dont la décision a été annulée par la Cour de justice, CAA Paris, 5 octobre 2004, *Centre d'exportation du livre français*, *AJDA*, 7 février 2005, p. 260.

141 - L'article 1649 *nonies* A du CGI ne vise pas ces hypothèses puisqu'il ne vise que le retrait pour non-conformité par le bénéficiaire aux engagements souscrits « *L'inexécution des engagements souscrits en vue d'obtenir un agrément administratif ou le non-respect des conditions auxquelles l'octroi de ce dernier a été subordonné entraîne le retrait de l'agrément, la déchéance des avantages fiscaux qui y sont attachés et l'exigibilité des impositions non acquittées du fait de celui-ci assorties de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727, décompté de la date à laquelle ces impôts auraient dû être acquittés. Par dérogation aux dispositions ci-dessus, le ministre chargé de l'économie et des finances est autorisé à limiter les effets de la déchéance à une fraction des avantages obtenus du fait de l'agrément.* »

œuvre illégalement¹⁴², l'État doit procéder au retrait de l'agrément dans des délais dépassant assez largement ceux exigés par la jurisprudence relative au retrait des actes individuels illégaux¹⁴³.

44. Encore convient-il de préciser que les solutions ont changé. Auparavant, elles paraissaient susceptibles de varier selon que l'agrément, que l'administration souhaitait ou devait retirer, pouvait être considéré comme créateur de droit ou non¹⁴⁴. Dans un premier temps¹⁴⁵ il semble que la jurisprudence a décidé de considérer que tous les actes de caractère pécuniaire seraient désormais considérés comme créateurs de droit, que l'administration ait ou n'ait pas compétence liée. De sorte que s'agissant d'agréments fiscaux, si on veut bien les considérer comme des actes à caractère pécuniaire¹⁴⁶, ils ne pouvaient, en principe, légalement être retirés que dans le délai de quatre mois à compter de leur délivrance. Cependant, il va de soi que le droit interne était inopposable à l'obligation communautaire de récupération¹⁴⁷. Dès lors, peu importe le caractère de l'acte, s'il est contraire au droit communautaire, l'obligation de le retirer doit prévaloir sur toute autre considération, y compris les règles procédurales administratives. Il faut donc convenir que la tendance, relevée plus haut, à la transformation des agréments discrétionnaires en agréments de plein droit n'a guère de conséquence s'agissant de l'obligation de récupération et que l'État, au

142 - Il va de soi qu'une aide incompatible, mais non encore mise en œuvre, c'est-à-dire en l'espèce, sans qu'un agrément ait encore été délivré, ne poserait aucun problème de retrait d'agrément.

143 - Dont l'arrêt de principe et d'origine est CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, rec. p. 790. La solution admise par cet arrêt selon laquelle le retrait par l'administration des décisions explicites créatrices de droit illégales ne pouvait intervenir que dans le délai du recours contentieux. L'arrêt du Conseil d'État, Ass. du 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497, concl. Seners est venu porter ce délai à quatre mois à compter de son adoption.

144 - La jurisprudence distinguait notamment s'agissant d'actes pécuniaires, entre ceux accordés dans le cadre de l'exercice d'une compétence liée, et considérés comme non créateurs de droit, c'est-à-dire retirable à tout moment (cf. CE Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, rec. p. 419, concl. Labetoulle), et ceux pris à la suite d'une appréciation discrétionnaire, et considérés comme créateurs de droit. Une telle distinction aurait pu trouver à s'appliquer s'agissant des agréments fiscaux.

145 - Cf. CE Sect., 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier*, rec. p. 369.

146 - Pour le juge administratif toutes les décisions accordant un avantage financier sont à objet pécuniaire et créatrices de droit cf. CE, *M^{me} Soulier*, *op. cit.*

147 - Cf. entre autres CJCE, 21 décembre 1990, affaire C-74/89, *Commission c/ Belgique*, rec. p. I-491 et l'arrêt du 20 septembre 1990 dans l'affaire C-5/89, précitée. Déjà CJCE, 5 octobre 2006, affaire C-232/05, *Commission c/ France*, rec. p. I-10071 exigeant de laisser inappliquées les procédures nationales retardant l'exécution de la décision de récupération. Sur l'obligation de passer outre une décision juridictionnelle nationale revêtue de l'autorité de la chose jugée (cf. CJCE, 18 juillet 2007, affaire C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini*, non encore publié au Recueil).

risque d'engager sa responsabilité sur le plan interne¹⁴⁸, devra, dans l'hypothèse d'une aide incompatible, procéder néanmoins au retrait de son agrément¹⁴⁹. Le fait que l'expérience passée montre que les aides illégales et incompatibles sont rarement récupérées dans les délais¹⁵⁰, ne doit pas tromper. La Commission est décidée à mettre en œuvre tous les moyens que les textes et la jurisprudence communautaires lui reconnaissent¹⁵¹. Et au-delà du risque de manquement qu'encourrait l'État qui ne procéderait pas cette récupération¹⁵², la Commission rappelle qu'elle n'hésitera pas à avoir recours à la jurisprudence «TWD»¹⁵³ qui lui permet de suspendre le versement d'une nouvelle aide au seul motif qu'une précédente aide incompatible n'a pas été remboursée.

148 - Cf. *infra* n° 47 et suiv. Notons toutefois, que dans la mesure où l'aide, non notifiée et/ou incompatible résiderait dans la loi, se poserait alors la question de la nature de la responsabilité à engager : le requérant devrait-il s'engager dans la nouvelle voie de la responsabilité du fait du législateur ouverte par l'arrêt du CE Ass., *Gardelieu*, 8 février 2007, n° 279522, (RFDA 2007, p. 361, concl. Derepas) ou s'en tenir à la responsabilité de l'administration qui, en délivrant l'agrément, n'a pas écarté la loi incompatible avec le droit communautaire (cf. ; CE, 28 février 1992, *SA Rothmans international France et SA Philip Morris France, et SA Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, rec. p. 78, concl. M. Laroque). On notera au passage que l'hypothétique caractère contractuel de l'agrément ne changerait rien à cette problématique puisqu'il est acquis en jurisprudence (cf. par exemple CAA Paris, 11 octobre 1994, *Sarl Editor Tennog c/ Commune de Houilles*, AJDA 1994, p. 901, concl. J.-P. Paitre) que la responsabilité contractuelle de l'administration ne peut être retenue, dès lors que ledit contrat est nul ce qui serait le cas d'un « contrat » attribuant une aide contraire au droit communautaire.

149 - Cf. déjà en ce sens ; CAA Paris, 5 octobre 2004, n° 01PA02717, *Ministre de la culture et de la communication, Centre d'exportation du livre français, Société internationale de diffusion et d'édition*, concl. P. Trouilly, AJDA 2005, p. 260. Confirmé par CE, 29 mars 2006, *CELF c/ Ministre de la culture et de la communication*, rec. p. 173, AJDA 2006, p. 1396, note A. Cartier Bresson. Adde S. Perdu, « *Le retrait des aides publiques. À propos d'un revirement de jurisprudence* », Dr. Adm. 2003, chron. n° 13.

150 - Cf. point 3 de la communication 2007/C 272/05 de la Commission « Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'États illégales et incompatibles avec le marché commun », *JOCE*, C 272 du 15 novembre 2007, p. 4, et l'étude comparative commandée par la Commission « *Study on the enforcement of state aid law at national level* », Competition studies 6, disponible à l'adresse suivante http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html. Adde M. Karpenschif, « *La récupération des aides versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement 659/1999 : du mythe à la réalité ?* », RTDE 2001, p. 551.

151 - Elle a ainsi fait procéder à la condamnation accélérée (article 88 § 2 TCE) de la France pour non-exécution/ récupération de l'aide d'État dont France Télécom avait bénéficié (cf. CJCE, 18 octobre 2007, affaire C-441/06, *Commission c/ France*, non encore publié au Recueil). Elle rappelle également (cf. communication 2007/C 272/05, précitée) que les États doivent utiliser tous les moyens d'exécution à leur disposition en droit interne, sans pouvoir opposer aucune règle de prescription ou de forclusion, et sans que le bénéficiaire de l'aide incompatible puisse se retrancher derrière aucune voie de recours ou moyen pour suspendre ou interrompre la procédure de récupération (cf. points 55 et suiv. de la communication précitée).

152 - Notons au passage que c'est la décision de la Commission ordonnant la récupération qui fonde le titre de créance de l'État sur l'entreprise, et au demeurant fixe les bases de liquidation de cette créance. De la sorte elle fait également office de motivation, obligation à laquelle sont soumis les ordres de recettes de l'État (cf. par exemple CE, 6 juillet 1996, *Cts des Acres de l'Aigle*, rec. p. 441).

153 - Cf. TPICE, 13 septembre 1995, affaires jointes T-244/93 et T-486/93, *TW Deggendorf c/ Commission*, rec. p. II-2265, confirmé par CJCE, 15 mai 1997, affaire C-355/95P, *TW Deggendorf c/ Commission*, rec. p. I-2549, spéc. point 27.

45. Quant aux aides qui seraient « simplement » illégales, c'est-à-dire mises en œuvre en violation de l'obligation de notification et autorisation préalable, le juge devrait normalement faire droit à toute demande tendant soit à la suspension des effets de l'agrément en attendant que la Commission se prononce¹⁵⁴, soit éventuellement à une demande de reversement provisoire de l'aide déjà versée, c'est-à-dire ici à l'annulation de l'agrément accordé et au redressement du bénéficiaire¹⁵⁵. S'agissant des demandes de récupération provisoire, il paraît cependant douteux, depuis l'adoption du règlement n° 659/1999¹⁵⁶, que le droit communautaire soit plus exigeant à l'égard des États dans leur obligation de récupération provisoire, que lorsqu'il limite la possibilité pour la Commission d'enjoindre à l'État de récupérer l'aide illégale. Gageons que cette possibilité devrait être mise en œuvre si les trois conditions prévues par le règlement n° 659/1999 étaient remplies, à savoir (i) selon une pratique établie, le caractère d'aide de la mesure concernée ne fait pas de doute et (ii) il y a urgence à agir et (iii) il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent. En revanche, les demandes de suspension de l'agrément ne devraient pas poser de problèmes si, comme on y invitait plus haut, il était désormais inscrit systématiquement en tant que condition dans l'agrément que celui-ci ne prendra effet qu'une fois satisfaites les obligations tirées du droit communautaire. Au renfort de l'idée de limitation de l'obligation communautaire de la récupération des aides illégales, il convient sans doute de mentionner le récent arrêt de la Cour de justice du 12 février 2008¹⁵⁷, selon lequel, si le juge national peut sur le fondement de son droit national ordonner une telle récupération, ce même juge n'est tenu par le droit communautaire que d'ordonner au bénéficiaire le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité¹⁵⁸. En l'espèce, il faudrait considérer que les intérêts seraient dus sur l'économie fiscale réalisée du fait de l'agrément.

154 - Ou l'annulation de l'agrément, la violation de l'obligation de notification étant une cause de nullité, CAA Strasbourg, 24 juillet 2003, *Ryanair*, n° 0204641, LPA, 28 novembre 2003, n° 238, p. 13, CAA Nancy, 18 décembre 2003, *Ryanair*, n° 03NC00859 et 03NC00864, *AJDA* 2004, p. 396.

155 - Par transposition de la jurisprudence de la Cour du 21 novembre 1991, affaire C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ République française*, rec. p. I-5505, spéc. § 12 « *Au vu de ces développements, il y a lieu de considérer que la validité des actes comportant mise à exécution de mesures d'aide est affectée par la méconnaissance, de la part des autorités nationales, de la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 93 du traité. Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir d'une telle méconnaissance que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires.* »

156 - Et notamment de son article 11 encadrant sérieusement le pouvoir d'injonction de la Commission en matière de récupération provisoire de l'aide illégale.

157 - CJCE, Grande chambre, 12 février 2008, affaire C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF), Ministre de la culture et de la communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*.

158 - Cf. § 52 *ibid.* L'assiette de ces intérêts étant selon la Cour le montant de l'aide, dans la mesure où l'avantage indu a consisté dans le non-paiement d'intérêts sur le montant correspondant à l'aide incompatible et qu'il aurait dû emprunter sur le marché. L'arrêt apporte également d'intéressants développements sur la période durant laquelle calculer ces intérêts (cf. §§ 63-69 *ibid.*).



46. Quant aux actions devant le juge judiciaire, émanant d'un concurrent du bénéficiaire de l'agrément et tendant à réclamer des dommages et intérêts à ce dernier pour perception d'aide illicite ou illégale, il n'est pas exclu que le bénéficiaire de l'agrément puisse exciper, sinon pour refuser le remboursement¹⁵⁹, du moins pour échapper à une responsabilité civile, de l'absence de décision de la Commission qualifiant l'agrément d'aide d'État¹⁶⁰.

47. En réalité, ce type de recours apparaît à bien des égards comme un succédané car l'auteur de l'illégalité ici est l'État bien plus que le bénéficiaire de l'agrément. C'est en effet sur lui et sur lui seul que repose l'obligation de notifier le projet d'agrément et dont la violation est la cause de l'illégalité. Dès lors, ceux qui prétendent avoir subi un dommage devraient plutôt se tourner vers l'État pour rechercher, au plein contentieux, une éventuelle responsabilité¹⁶¹. Si la démonstration d'une faute ne paraît pas insurmontable, l'État ne pouvant ignorer les obligations pesant sur lui au titre de l'article 88 § 3 TCE¹⁶², l'établissement d'un lien de causalité entre le préjudice subi par le bénéficiaire de l'agrément auquel on l'aurait retiré et la faute de l'État peut parfois se heurter à des obstacles. En effet, le lien entre le préjudice et la violation de l'obligation de notification¹⁶³ paraît difficile à démontrer en vertu des exigences jurisprudentielles assez strictes

159 - On rappelle que devant le juge judiciaire le prononcé du rappel d'impôt découlant de l'illégalité de l'agrément ne sera possible que si le contentieux de l'impôt impliqué en l'espèce ressortit à la compétence du juge judiciaire.

160 - On a vu par ailleurs, que si la Communication de 1998 peut le laisser penser, le contenu de cette dernière n'est pas d'une clarté évidente (cf. *supra* sous I. 1). Comp. avec CJCE, 24 novembre 1987, affaire 223/85, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV c/ Commission des communautés européennes*, rec. p. I-4617.

161 - On laisse de côté ici la possibilité, théorique, pour les contribuables qui auraient acquitté l'impôt finançant une mesure d'aide d'agir en annulation de leur imposition pour cause illicite (cf. CAA Douai, 25 octobre 2005, *Ministre de l'économie c/ SA Auchan France*, n° 04DA00880). Outre que cette possibilité est subordonnée à la démonstration d'un « lien d'affectation contraignant » entre le produit de la taxe et l'aide illégale (cf. par exemple CJCE, 27 octobre 2005, affaires jointes C-266/04 à C-270/04, C-276/04 et C-321/04 à C-325/04, *Distribution Casino France e. a. c/ ORGANIC*, rec. p. I-9481, spéc. § 46), une telle possibilité ne paraît guère correspondre à la situation des concurrents du bénéficiaire de l'agrément.

162 - S'agissant de la mise en œuvre de l'obligation de récupération, dont on sait qu'elle est susceptible de mettre à mal le régime interne de légalité administrative, il faut considérer que la responsabilité de l'État du fait de l'acte de récupération ne saurait, sauf exception, être reconvenue dans la mesure où celui-ci ne fait qu'appliquer une obligation communautaire (cf. dans des domaines différents de l'agrément, CAA Lyon, 28 juillet 2005, *M. Meyer*, n° 99LYO2601, *AJDA* 2005, p. 2143 et CE Sect., 12 mai 2004, *Société Gillot*, rec. p. 221, RFDA 2004, p. 1021, concl. F. Seners).

163 - Abstraction faite ici du caractère d'illégalité externe (de l'agrément) du fait de l'absence de notification qui normalement, sauf à démontrer un lien direct avec un préjudice, exclurait toute responsabilité (cf. par exemple CE, 2 mars 1988, *Exiga*, RDP 1989, p. 555, concl. P. Trouilly, p. 221), puisque cette absence de notification ira le plus souvent de pair avec la mise en œuvre de l'aide en violation de l'obligation de suspension jusqu'à l'autorisation de la Commission, qui elle touche à la légalité interne (cf. TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, n° 0101282).

en la matière¹⁶⁴. Il conviendra pour le requérant d'identifier son préjudice au montant correspondant aux coûts¹⁶⁵ découlant pour lui de la restitution provisoire de l'avantage fiscal, mais essayer de rattacher ce préjudice aux coûts résultant pour lui sur le marché, de la faute de l'État paraît plus hasardeux¹⁶⁶. De surcroît, s'il s'agit d'une aide incompatible¹⁶⁷, le lien entre la faute de l'État et le préjudice subi sera sans doute aussi délicat à établir¹⁶⁸, d'autant que l'absence de bonne foi du bénéficiaire, posé en principe par la jurisprudence communautaire, sera de nature à influencer sur le montant du préjudice indemnifiable¹⁶⁹. Il résulte donc que l'engagement de la responsabilité de l'État n'est pas non plus la voie soit plus facile mais elle possède au moins l'avantage de la cohérence. En toute hypothèse, il est facile de constater que le contentieux interne relatif

164 - Bien que dans une hypothèse un peu différente, cf. CE, 31 mai 2000, n° 192006, *Société Pantochim*, RJF 2000, p. 729, où la requérante se plaignait du refus du ministre de l'agriculture d'abroger un arrêté pris pour l'application d'une disposition législative prévoyant de subordonner un avantage fiscal à agrément, et qualifiée d'aide d'État incompatible par la Commission, et qui l'empêchait d'accéder à l'avantage fiscal. Le Conseil estima que si la société « fait état du manque à gagner qui a résulté pour elle de l'impossibilité de commercialiser, comme certains de ses concurrentes, des biocarburants en France, un tel préjudice, qui résulte du fait qu'elle n'a pas bénéficié de l'exonération prévue par les dispositions susmentionnées et qu'elle n'a donc pu pratiquer des prix acceptables par le marché, ne saurait être regardé comme ayant un lien direct avec la faute commise par le ministre en maintenant en vigueur l'arrêté du 27 mars 1992 ». Si la société avait argué de la faute consistant non pas à refuser de rapporter l'arrêté, mais à avoir introduit un système d'aide illégale, il est possible que la solution ait été différente.

165 - Notamment financiers (intérêts moratoires sur le montant à rembourser, ou coût de l'emprunt souscrit pour rembourser l'aide) et administratifs (par CAA Paris, 23 janvier 2006, *Société groupe Salmon Arc-en-ciel*, AJDA 2006, p. 766, concl. Helmlinger).

166 - La démonstration d'un tel lien direct n'est pas toujours facile, cf. CAA Grenoble, 15 octobre 2003, n° 0102341, *Société Stéphane Kélian*, inédit. Par ailleurs se pose toujours la question de savoir si ce lien doit être seulement direct ou direct et exclusif. En effet il semble que dès lors que le préjudice est dû en partie à une décision de gestion de l'entreprise, la condition du lien direct n'est pas considérée comme satisfaite, cf. par exemple TA Paris, 15 janvier 2004, *Société groupe Salmon*, confirmé par CAA Paris, 23 janvier 2006, *Société groupe Salmon Arc-en-ciel*, AJDA 2006, p. 766, concl. Helmlinger.

167 - On rappelle qu'une aide incompatible suppose l'existence d'une décision de la Commission déclarant l'aide incompatible. En l'absence d'une telle décision, l'établissement de la responsabilité de l'État, et notamment du lien de causalité entre le préjudice et la faute de l'État risque d'être impossible cf. CAA Paris, 5 octobre 2004, *Centre d'exportation du livre français*, AJDA 2005, p. 260.

168 - On peut imaginer que si l'entreprise a engagé certaines dépenses pour satisfaire aux conditions exigées par l'administration pour la délivrance de l'agrément, l'indemnisation devrait couvrir ces dépenses, du moins la partie non compensée par l'avantage retiré de l'agrément avant son retrait. Mais le préjudice, réel, découlant pour l'entreprise, de l'impact du retrait de l'agrément sur sa position sur le marché, risque fort de se heurter à la jurisprudence selon laquelle, ce préjudice résultant pour partie d'une décision de gestion de l'entreprise, le lien de causalité direct et exclusif entre la faute de l'État et ledit préjudice ne pourra être reconnu.

169 - En ce sens, cf. TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, AJDA 2005, p. 385. Indépendamment du fait que le bénéficiaire de l'aide illégale pourrait être tenu pour responsable d'avoir accepté de percevoir et d'utiliser une aide illégalement octroyée, cf. CJCE, 11 juillet 1996, affaire C-39/94, *SFEI et autres c/ La Poste et autres*, rec. p. I-3547, spéc. § 75, bien que la jurisprudence interne ne soit pas encore prononcée en ce sens.

aux aides d'État¹⁷⁰, n'a pas encore eu à aborder toutes les questions relatives à l'établissement et aux conséquences de l'illégalité ou l'incompatibilité d'un agrément fiscal.

48. Enfin, il ne faudrait pas que l'indemnisation des conséquences de la faute de l'État conduise à accorder d'une main (contentieuse) ce que le droit communautaire interdisait à l'État d'accorder d'une autre main (agrément)¹⁷¹. Dans la mesure où le juge intervient, ce risque est faible¹⁷², mais l'État ne pourrait de lui-même, en compensation du retrait de l'agrément, accorder au bénéficiaire lésé, un autre avantage fiscal ou une subvention.

49. On terminera en ajoutant que les conséquences esquissées ci-dessus, de l'illégalité ou l'incompatibilité d'un agrément, ne peuvent guère être atténuées par la prise en compte de deux facteurs pourtant contenus dans le droit communautaire. En premier lieu, le règlement de la Commission¹⁷³ relative aux aides *de minimis* précise que sont considérées comme ne répondant pas aux conditions posées par l'article 87, et donc ne sont pas soumises aux obligations de l'article 88 § 3, les aides accordées à une entreprise dont le montant cumulé ne dépassera pas 200 000 € sur trois ans¹⁷⁴. Dès lors, et bien que cela ne puisse pas concerner tous les agréments, tous ceux qui, répondant aux conditions énumérées précédemment, permettront aux destinataires d'économiser moins de 200 000 € en trois ans, et échapperont de ce fait aux risques évoqués plus haut

170 - Bien que n'intéressant pas des agréments fiscaux cf. par exemple des décisions rejetant l'invocation de l'article 93 à l'encontre de certaines impositions pour défaut d'effet direct, CAA Douai, 30 mai 2000, 2^e ch. S.A. HCF, RJF 2000/11, n° 1373. Conseil d'État, 8^e et 9^e sous-section, 9 novembre 1994, *Sté Saumon Pierre-Chevanche*, RJF 1995/1, n° 79 ; Conseil d'État, 7^e et 10^e sous-section, 28 juillet 1993, *Union nationale des intérêts professionnels horticoles et GAEC Roux Frères*, RJF 1993/10, n° 1321. Cf. cependant le recours à la question préjudicielle sur la question de la qualification : cf. CAA Lyon, 20^e ch. 13 mars 2001, *Ministre c/ SA Gemo*, RJF 2001/11, n° 1469, ou la reconnaissance de principe du contrôle, mais le refus en l'espèce de sanctionner, cf. Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, RJF 1990/12, n° 1569 ; Conseil d'État, 9^e et 10^e sous-section, 23 novembre 2001, *Ministre c/ SA Éditions Jacques Glénat*, RJF 2002/2, n° 249 ; et parfois la sanction de la non-notification cf. Conseil d'État, 8^e et 9^e sous-sections réunies, 2 juin 1993, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, rec. p. 164 ; TA Dijon, 1^{re} ch. 25 mai 2000, *SA Nevers Viandes*, RJF 2001/1, n° 119 ; CAA Nancy, 18 décembre 2003, *CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin c/ Société Brit Air*, AJDA, 23 février 2004, p. 396, note L. Richer.

171 - Certes la Cour a reconnu la différence de nature entre les aides et les dommages et intérêts, cf. CJCE, 27 septembre 1988, affaires jointes, 106 à 120/87, *Asteris e. a. c/ République hellénique et Communauté économique européenne*, rec. p. 5515, spéc. § 23, cf. toutefois la mise en garde l'avocat général dans cette affaire, rec. p. 5524, spéc. p. 5530, mais il existe un risque de contournement de l'interdiction et de l'obligation de récupération communautaires cf. Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1993, Bull. civ. I, n° 165, p. 114. Sur l'interdiction de compensation cf. la décision de la Commission du 14 décembre 1994, Bull. CE 12/1994, n° 1-2-75, et TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *SA Fontanille*, AJDA 2005, p. 385.

172 - Il sera inexistant dans l'hypothèse où les dommages et intérêts attribués au requérant ne dépassent pas la limite au-delà de laquelle l'avantage accordé par agrément a été considéré comme incompatible avec le Marché commun.

173 - Règlement (CE) n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 relatif à l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis*, JOUE, L 379 du 28 décembre 2006, p. 5.

174 - Excepté pour les aides dans le secteur du transport routier où la limite est de 100 000 € sur trois exercices fiscaux.

attachés à la qualification d'aide d'État. En second lieu, quant aux agréments déjà accordés, l'article 15 du règlement n° 659/1999 vient limiter les pouvoirs de la Commission en matière de récupération d'aides illicites puisqu'il prévoit que :

*« les pouvoirs de la Commission en matière de récupération de l'aide sont soumis à un délai de prescription de dix ans. »*¹⁷⁵

L'expiration de ce délai n'entraîne aucune disqualification de la mesure qui reste une aide, mais celle-ci devient une aide existante, qui est alors redevable de l'examen permanent de la Commission, sans que celle-ci puisse en exiger le remboursement.

50. Au terme de cette étude, on aura compris que le droit communautaire n'est pas resté sans influence sur la pratique des agréments fiscaux et surtout risque de susciter de nouvelles questions dans l'avenir. Peut-on pour autant dire que cette influence pousse la procédure de l'agrément vers des relations de type contractuel ou au contraire l'en éloigne encore plus ? La réponse n'est pas évidente. La seule constatation est que s'agissant de la procédure d'examen par la Commission des régimes d'aides ou des aides prenant la forme d'agréments, présente incontestablement un aspect de négociation qui rapproche celle-ci de relations quasi-contractuelles, du moins au sens où on l'entendait en France dans le cadre du Plan à une certaine époque. En revanche, la volonté d'échapper à la qualification d'aide d'État pousse au contraire l'État à s'éloigner de procédés s'apparentant à des négociations de type contractuel, pour remplacer les agréments discrétionnaires par des agréments de plein droit.

175 - Le paragraphe 2 du même article précisant que ce délai ne commence à courir que du « jour où l'aide illégale est accordée au bénéficiaire, à titre d'aide individuelle ou dans le cadre d'un régime d'aide. »

Contrats publics et sécurité juridique

Pierre Delvolvé

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Le rapport du Conseil d'État pour 2008, en couvrant toutes les figures contemporaines du recours par les pouvoirs publics à un système de contrats, en a déjà souligné les ambiguïtés, les approximations et les incertitudes : par là même, il a été conduit à évoquer la question de sa sécurité juridique. Ainsi tout est déjà dit. Si l'on reprend ici le sujet, c'est seulement pour souligner certains de ses aspects, au risque d'être à la fois plus limité et plus général.

Les formules « *contrats publics* » et « *sécurité juridique* » ne sont pas très anciennes ; leur fréquence aujourd'hui est sans doute plus qu'une mode ; leur rapprochement peut leur apporter un peu de rigueur.

On parlait surtout naguère des contrats de l'administration, pour distinguer en leur sein les contrats administratifs et les contrats de droit privé, selon des critères organiques et matériels, établis presque exclusivement par la jurisprudence.

En parlant de contrats publics, on a une acception plus vaste et peut-être plus vague : elle englobe tous les accords relevant de la sphère publique, conclus par les autorités publiques avec des partenaires qui peuvent eux-mêmes appartenir au secteur public ou au secteur privé, en vue d'obtenir certains résultats. L'administration contractuelle apparaît comme le mode moderne d'administration. Cette acception compréhensive permet de rendre compte d'une réalité administrative, et même politique ou économique. Il n'est pas sûr qu'elle atteigne la rigueur nécessaire à la sécurité juridique.

La notion de celle-ci n'est elle-même pas très rigoureuse. Les auteurs qui en traitent y rangent pêle-mêle : la sûreté ; l'intelligibilité et la clarté du droit ; les libertés ; la non-rétroactivité ; le respect des droits acquis ; les droits de la défense ; la légalité ; la stabilité ; la rédaction des textes ; la responsabilité pour promesses non tenues, pour renseignements erronés, pour changement de législation ou de réglementation ; l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal ; la limitation des effets d'une annulation, d'un changement de jurisprudence ; l'autorité de la chose jugée ; les garanties légales des exigences constitutionnelles ; le droit au juge ; les délais de recours ; les délais de forclusion ; on pourrait dire aussi tout simplement le respect du droit et le respect du juge. Tout y passe : « *la notion de sécurité juridique est un concept si général que l'on peut*

lui faire dire ce que l'on veut »¹. À rechercher l'assurance du droit, on finit par ne plus faire du droit que le droit des assurances ; on oublie que, si rigoureux que soit et doive être le droit, il n'est pas une science exacte, dont les données entraînent systématiquement les solutions.

Le Conseil d'État lui-même, lorsqu'il a, par deux fois, étudié la sécurité juridique², n'en a pas donné de définition : il a essentiellement dénoncé la prolifération des textes, l'instabilité des règles, la dégradation de la norme ; il en a identifié les causes et les effets, cherché les remèdes ; il est remonté aux exigences de l'État de droit, formule plus grandiose et plus passe-partout encore. De précision juridique, point, si ce n'est pour reconnaître, au moment de son étude, que « *le principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel* », mais seulement dans le droit communautaire et dans celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'ils ont été développés par la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans la mesure du champ d'application du droit communautaire, le Conseil d'État a reçu le principe de sécurité juridique et, en même temps, celui de confiance légitime³.

À ce sujet encore s'aggravent les ambiguïtés et les approximations. Les liens entre sécurité juridique et confiance légitime sont plus faciles à établir que la distinction à opérer. On peut seulement dire que « *la sécurité juridique a un caractère objectif, la confiance légitime un caractère subjectif : elle tient à la croyance que les intéressés peuvent avoir dans l'existence et le maintien d'un certain état du droit. Les deux notions peuvent se recouper mais ne se superposent pas* »⁴.

Lorsque, par l'arrêt du 24 mars 2006, *Société KPMG*⁵, le Conseil d'État a, pour la première fois, reconnu « *le principe de sécurité juridique* », en précisant peu après⁶ qu'il l'est « *tant en droit interne que dans l'ordre juridique communautaire* », il a continué à écarter l'application du principe de confiance légitime en dehors du champ du droit communautaire. C'est sans doute parce qu'il est trop approximatif pour être opératoire.

1 - S. Boissard, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le dilemme du juge administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 70, spécialement p. 79.

2 - « De la sécurité juridique », *Rapport public 1991*, EDCE 1991, n° 43, p. 15 ; « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport public 2006*, EDCE 2006, n° 57, p. 223.

3 - Par exemple CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, rec. 624.

4 - M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e édition, 2006, obs. sous CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, p. 926.

5 - Rec. 154 ; *RFDA*, 2006, p. 463, concl. Y. Aguila, note Moderne ; *AJDA*, 2006, p. 1028, C. Landais et F. Lenica.

6 - CE Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, rec. 451 ; *RFDA*, 2007, P. 265, concl. F. Séners, et 601, note Roblot-Troizier ; *AJDA* 2006, p. 2385, C. Landais et F. Lenica.



Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse sous-tendre certaines solutions. Il peut expliquer la responsabilité extracontractuelle de l'administration du fait des promesses et des renseignements qu'elle donne. S'agissant des contrats, il n'est pas absent par exemple du régime de l'erreur, du dol, de la fraude ; il peut être relié à l'exigence de bonne foi. Mais il ne constitue pas par lui-même le fondement des solutions.

Jusqu'à l'arrêt *KPMG*, la sécurité juridique ne constituait elle-même aussi qu'une notion explicative d'un certain nombre d'exigences que l'on rangeait sous son appellation : elle n'avait de portée positive que par l'intermédiaire de principes, tels celui de non-rétroactivité des actes administratifs ou d'intangibilité des droits acquis, qui suffisaient par eux-mêmes à contraindre l'administration.

Si, par l'arrêt *KPMG*, le Conseil d'État a dû reconnaître le principe de sécurité juridique comme inhérent au droit interne, c'est parce qu'il n'avait pas d'autre instrument pour justifier l'exigence de mesures transitoires. Mais la reconnaissance du principe dans sa généralité oblige aujourd'hui à cerner la notion de manière plus rigoureuse, parce que d'explicative, elle est devenue normative.

Si l'on essaie de rassembler de manière cohérente toutes les données et même toutes les normes qui se rattachent à la sécurité juridique, celle-ci paraît constituée de deux éléments :

- la certitude du droit applicable ;
- la stabilité du droit appliqué.

Dans le premier cas, il s'agit de savoir à quel droit on est soumis, dans le second, de conserver le bénéfice de celui qui a été mis en œuvre. À la première branche, se rattachent notamment la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, à la seconde, l'intangibilité des droits acquis, la non-rétroactivité, les mesures transitoires.

Si l'on veut aujourd'hui ordonner l'invocation de la sécurité juridique, c'est à l'une ou l'autre de ces branches qu'il faut se rattacher, et, pour chacune, identifier ce qui relève indirectement ou directement de la sécurité juridique : indirectement, si elle est assurée par l'intermédiaire d'une norme qui en est un aspect (par exemple le principe de non-rétroactivité) ; directement, si elle est assurée par elle-même, sans intermédiaire (par exemple l'exigence de mesures transitoires).

C'est au regard de cette analyse que peuvent être examinées les relations entre contrats et sécurité juridique. La question dépasse les contrats publics et vaut pour tous les contrats. L'élaboration des «Principes du droit européen du contrat» doit conduire à «*promouvoir... la sécurité des relations contractuelles*» (article 1.106 du projet) : «*la sécurité contractuelle constitue un impératif fondamental qui irrigue l'esprit et imprègne la lettre du corpus contractuel européen*»⁷.

Lorsque le principe de sécurité juridique a été accueilli par le Conseil d'État dans l'arrêt *KPMG*, ce fut à propos de contrats : il s'agissait certes de contrats purement privés ; mais d'une part, sont visées les «*situations contractuelles*»

7 - D. Mazeaud, « Le droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat », D. 2007, p. 2959.



en général, d'autre part, sont réservées les « *règles générales applicables aux contrats administratifs* ». Ceux-là sont en cause à propos du principe de sécurité juridique autant que les autres.

Au-delà de cette constatation, peuvent être formulées trois sortes de questions.

La première est liée au développement même du procédé contractuel : il n'est pas étranger à la recherche de la sécurité juridique. Celle-ci peut-elle être assurée par les contrats, notamment ceux que l'on peut qualifier « *publics* » ? C'est le recours à eux qui serait une garantie de sécurité.

Les deux autres questions sont propres aux contrats publics après leur conclusion : la sécurité juridique est-elle assurée pour eux ? la sécurité juridique est-elle assurée en eux ? Dans un cas, c'est la protection du contrat qui est en cause, dans le second, celle des cocontractants. On peut bien objecter que la protection du contrat n'a pas d'autre raison que celle des cocontractants et qu'à l'inverse, la protection des cocontractants passe par la protection de leur contrat. Il n'en reste pas moins que les considérations dominantes ne sont pas les mêmes.

Ainsi les rapports entre contrats publics et sécurité juridique peuvent être étudiés en trois étapes :

- la sécurité juridique par les contrats publics ;
- la sécurité juridique des contrats publics ;
- la sécurité juridique dans les contrats publics.

Il n'est pas sûr qu'à chacune de ces étapes on puisse trouver des solutions précises et rigoureuses.

I. La sécurité juridique par les contrats publics

Si l'on retient, comme on l'a fait, une définition de la sécurité juridique couvrant à la fois la certitude du droit applicable et la stabilité du droit appliqué, on ne peut retenir comme contrats publics destinés à assurer la sécurité juridique que ceux qui sont sciemment et directement conçus comme ayant cette finalité.

Certes tout contrat peut apparaître comme un instrument de sécurité juridique en ce que, liant les parties, les droits et obligations qui en résultent doivent être exécutés : à cet égard, apparaissent la certitude du droit applicable et la stabilité du droit appliqué. En ce sens, tous les contrats publics garantissent la sécurité juridique. Dans un sens si large, il n'est pas besoin de pousser plus loin l'analyse : il suffit de renvoyer à l'étude des contrats publics en général.

Si l'on veut cerner de manière plus étroite les hypothèses dans lesquelles les contrats publics sont destinés en eux-mêmes à assurer la sécurité juridique des parties contractantes, il faut essayer d'abord d'identifier les contrats ayant une telle finalité (A) pour tenter ensuite d'en déterminer la portée (B).

A. Essai d'identification

On ne saurait retenir au titre des contrats publics ayant pour but d'assurer la sécurité juridique, non seulement ceux qui permettent à l'administration de se



fournir en moyens ou par lesquels elle charge une autre personne d'assurer un service, mais aussi ceux, moins classiques, qui recherchent une certaine sécurité pour la mise en place d'institutions nouvelles, la coordination de l'action de diverses institutions ou même la cohérence de certaines dispositions. L'idée de sécurité juridique y est trop approximative pour pouvoir produire des effets.

À la première rubrique appartiennent par exemple les conventions dont le législateur a prévu la conclusion entre l'État et les collectivités territoriales à l'occasion du transfert de compétences de l'un aux autres⁸, celles qui assurent la création, sous forme de groupements d'intérêt public, d'agences régionales d'hospitalisation⁹.

De la deuxième rubrique, relèvent notamment les contrats locaux de sécurité qui, selon l'article 1^{er} de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, associent l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale qui participent à la politique de sécurité (celle-ci n'étant pas la sécurité juridique, mais la sécurité publique). De même les contrats de ville, les contrats urbains de cohésion sociale, qui trouvent leur origine dans des circulaires¹⁰, sont conclus entre l'État, les collectivités territoriales et d'autres partenaires pour assurer de façon homogène leurs actions relevant de la politique de la ville. Les contrats pluriannuels que les agences régionales de l'hospitalisation passent avec les établissements de santé pour fixer objectifs et moyens sont un autre exemple : ils paraissent aussi comme un procédé de contrôle de ces établissements, dont la création, la conversion et le regroupement sont soumis à l'autorisation des agences¹¹.

Au moins, dans les exemples précédents, les contrats sont conclus entre personnes juridiques distinctes. Ce n'est plus le cas avec les contrats de performances entre départements ministériels, les contrats d'objectifs entre administrations centrales et services déconcentrés¹² ou entre Conseil d'État et cours administratives d'appel, qui sont conclus entre organes dont aucun n'a de personnalité juridique !

Enfin c'est au titre de la cohérence, voire de la cohésion juridique, que le législateur a pu approuver la convention conclue entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale (loi du 26 juillet 1983) – qui ne diffère des conventions internationales ayant un objet semblable que parce qu'elle est conclue entre l'État français et un territoire relevant encore de sa souveraineté. Elle est destinée à assurer aux contribuables une sécurité fiscale. Mais aussi elle est destinée à assurer aux deux collectivités contractantes (l'État, le territoire) la cohérence de leurs propres « *législations* » : c'est à certains égards de la sécurité juridique.

8 - Notamment article 8 de la loi du 7 janvier 1983, article 104. III de la loi du 13 août 2004.

9 - Article L. 710-7 introduit dans l'ancien code de la santé publique par l'ordonnance du 24 avril 1996.

10 - Circulaire du 31 décembre 1998 au sujet des contrats de ville, circulaires du 24 mai 2006 et du 15 septembre 2006 au sujet des contrats urbains de cohésion sociale.

11 - Articles L. 6114-1 et L. 6122-1 du code de la santé publique.

12 - Circulaire du Premier ministre du 23 février 1989 relative au renouveau des services publics.

Plus pertinents au regard de l'objectif de sécurité juridique paraissent être certains exemples qui, s'ils sont aujourd'hui dépassés, révélaient une volonté de stabilité.

C'était certes d'abord la stabilité des prix que, sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au prix, recherchaient les formules nouvelles d'« engagements de stabilité », « contrats de programme », « liberté conventionnelle des prix », « accords de programmation », « accords de régulation » : mais, en même temps, ils donnaient aux entreprises la certitude d'une certaine liberté et aux pouvoirs publics, celle d'une modération.

C'est pour lever l'incertitude des « quasi-contrats » imaginés par les auteurs du IV^e plan, que la loi du 29 juillet 1982 de réforme de la planification a voulu donner une véritable nature contractuelle aux contrats de plan, en y voulant des « engagements réciproques » et en les réputant « ne contenir que des clauses contractuelles ».

L'objectif de sécurité juridique apparaît surtout dans deux exemples, l'un récent, l'autre ancien.

Le plus récent est celui des contrats pluriannuels dont la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports¹³ prévoit la conclusion entre d'une part l'État et d'autre part Aéroports de Paris et les exploitants d'aérodromes civils appartenant à l'État pour déterminer les conditions d'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires – sauf à laisser à un décret leur fixation sur une base annuelle. Sécurité financière et sécurité juridique s'y combinent : par ces contrats, les aéroports doivent avoir la certitude de l'évolution, pour plusieurs années, des redevances qu'ils perçoivent et peuvent évaluer en conséquence les ressources dont ils disposeront pour l'exécution de leurs programmes.

Plus net encore est un exemple ancien qui, pour être singulier, est significatif d'une volonté de donner des garanties à des entreprises par des contrats conclus avec les pouvoirs publics. Il s'agit de l'article 32 de la loi du 31 décembre 1953 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1954, qui permettait aux « grands conseils et assemblées locales des territoires d'outre-mer » de « faire bénéficier d'un régime de longue durée, leur garantissant la stabilité de tout ou partie des charges fiscales qu'elles auront à supporter, des catégories d'entreprises de production dont la création, l'équipement ou l'extension aurait une importance particulière pour la mise en œuvre du plan de modernisation des territoires où elles exercent leur activité ». La durée du « régime fiscal exceptionnel de longue durée » dont pouvaient ainsi bénéficier les entreprises, fixée initialement à quinze ans, a été portée à vingt-cinq ans par un décret-loi du 13 novembre 1956. Un autre décret-loi du même jour, « relatif aux conventions de longue durée pouvant être passées avec certaines entreprises d'outre-mer », a précisé les conditions de passation et d'exécution de ces conventions.

C'est sans doute l'exemple le plus caractéristique de contrat conclu pour donner une sécurité aux entreprises. C'est aussi le plus rare.

13 - Article 29 : article L. 224.II.3 du code de l'aviation civile.

B. Appréciation

La rareté des contrats conclus en eux-mêmes pour donner une sécurité juridique aux partenaires de l'administration tient sans doute essentiellement à l'impossibilité pour l'administration de lier pour l'avenir l'exercice de ses compétences. Tout contrat qui aurait pour objet de prémunir une partie contre une modification du droit en vigueur serait entaché de nullité. La jurisprudence en donne plusieurs exemples.

Le plus usuel est celui de la police : les pouvoirs qu'elle comporte ne peuvent donner lieu à contrat¹⁴ ; tout engagement sur leur exercice ou leur non-exercice serait nul. Il n'est donc pas possible de conclure en la matière un contrat qui bloquerait toute nouvelle mesure ou en écarterait l'application au cocontractant. Il en va de même en matière d'urbanisme, dont le régime d'ailleurs, pour être spécial, relève fondamentalement de la police en ce qu'il tend à établir un certain ordre. L'engagement de modifier les règles d'urbanisme ou, plus simplement, d'octroyer voire de refuser un permis de construire, serait nul.

La matière fiscale n'est pas moins rebelle au contrat. Les « *contrats fiscaux* », qui ont pu avoir une certaine vedette, se sont révélés comme des mesures unilatérales (les agréments) déterminant l'application de certaines exonérations prévues par la loi sous la condition du respect par leurs bénéficiaires des engagements à l'exécution desquels elles étaient subordonnées¹⁵.

En matière de prix, les différents accords passés entre entreprises ou groupes d'entreprises et le ministre de l'économie n'étaient autres que des mesures faisant l'objet d'une concertation entre les « *parties* » et dont la mise en œuvre nécessitait à la fois des actes unilatéraux du ministre de l'économie et le respect des engagements pris par la profession. Pour les redevances aéroportuaires, le « *contrat de régulation économique* » prévu par la loi du 20 avril 2005 comporte « *des clauses de nature réglementaire* »¹⁶. De même, les avenants tarifaires annuels aux contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens conclus entre les agences régionales de l'hospitalisation et les établissements de santé, « *eu égard à leurs effets et aux conditions dans lesquels ils sont arrêtés... traduisent une décision prise par l'agence de l'hospitalisation au nom de l'État et ont un caractère réglementaire* »¹⁷.

Lorsque la loi, avec les contrats de plan, a expressément affirmé leur nature contractuelle, le Conseil d'État n'a pu qu'en tirer les conséquences sur le plan

14 - Jurisprudence *Ville de Castelnaudary*, CE, 17 juin 1932, rec. p. 595 ; D. 26 mars 1936, concl. Josse.

15 - Jurisprudence *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, CE Sect., 2 mars 1973, rec. 181 ; *AJDA*, 1973, p. 323, concl. Braibant et note Vier.

16 - CE, 25 avril 2007, *Fédération nationale de l'aviation marchande*, rec. 181.

17 - CE, 21 décembre 2007, *Clinique Saint-Roch*, Req. n° 299608.

contentieux¹⁸, mais, lorsqu'il a fallu déterminer la portée des engagements qu'ils comportaient, il n'a pu aussi que reconnaître leur vacuité, faute de précision¹⁹.

S'agissant de conventions comme la convention fiscale entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel, s'il a reconnu « *qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues* », a introduit une restriction importante quant à leur nature et à leur portée : « *de telles conventions, de pur droit interne, puisent leur force obligatoire à l'égard du gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur; le législateur... ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur; par suite, de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution* ». Autrement dit, le législateur peut se délier de l'approbation donnée à la convention : la sécurité juridique n'est pas garantie par la convention.

La seule hypothèse où l'on a vraiment rencontré des contrats destinés à prémunir une partie contre tout changement ultérieur du droit en vigueur (la loi du 31 décembre 1953) était accompagnée d'un luxe de précautions limitant la portée du système. Outre la base législative de ces contrats, ils faisaient l'objet de contrôles approfondis à la fois lors de leur conclusion et au cours de leur exécution ; ils devraient limiter la portée de la responsabilité éventuelle de l'administration, renvoyer à une procédure d'arbitrage le règlement des différends résultant de leur application et la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la méconnaissance des engagements pris.

Finalement le bilan des contrats vraiment conclus pour assurer la sécurité juridique des parties contractantes, entendue comme une garantie contre tout changement du droit applicable, est maigre. Sauf disposition législative particulière, on peut douter de la possibilité de tels contrats.

On ne voit que deux aménagements possibles, consistant dans l'introduction de clauses spécialement destinées à prémunir les cocontractants soit contre l'éventualité de non-adoption des mesures nécessaires à la réalisation du projet qui fait l'objet du contrat soit contre les changements ultérieurs de la règle de droit.

Les unes sont des clauses conditionnelles, subordonnant l'exécution du contrat à l'adoption de certaines mesures, ces clauses pouvant être soit suspensives soit résolutoires. Par exemple, la réalisation d'une importante opération d'aménagement peut être subordonnée à l'octroi de permis de construire, à la modification de règles d'urbanisme ou à l'adoption de mesures de police ou de dispositions fiscales : il n'est pas question, comme on l'a rappelé plus haut, que la personne

18 - CE Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, rec. 3 ; *RFDA*, 1988, p. 25, concl. S. Daël ; *AJDA*, 1988, p. 137, chr. Azibert et D. de Boisdeffre.

19 - CE, 25 octobre 1996, *Association EstuaireEcologie*, rec. 416 ; *RFDA*, 1997, p. 339, concl. Stahl.



publique contractante prene l'engagement d'accorder un permis, de changer la réglementation de police, d'octroyer un avantage fiscal soit par une mesure individuelle soit par une nouvelle règle générale. Mais on peut concevoir qu'un contrat par lequel une partie privée s'engage à réaliser certains investissements comporte des clauses subordonnant leur réalisation à la condition que soient adoptées ces mesures. La partie publique ne s'engage pas à les prendre : son pouvoir à la fois unilatéral et discrétionnaire est préservé ; c'est son exercice qui subordonne l'exécution des engagements de l'autre partie.

D'autres clauses pourraient être convenues sur le terrain de la responsabilité ou, plus exactement, de l'indemnisation. Les parties stipuleraient qu'au cas où ne seraient pas prises les mesures d'accompagnement (dans le domaine de l'urbanisme, de la police, de la fiscalité) jugées nécessaires pour que puisse être réalisée l'opération, la personne publique cocontractante verserait en contrepartie une certaine somme à son contractant : il ne s'agirait pas de la réparation d'un préjudice résultant d'une faute de la personne publique puisque, par prétérition, son pouvoir de prendre les mesures en cause serait intact, ni même d'une responsabilité sans faute, mais seulement de la compensation des coûts de l'investisseur, plus élevés si certaines mesures ne sont pas prises que si elles le sont. Déjà le Conseil d'État a admis que l'abandon par une ville de la construction d'une nouvelle voie dans le cadre d'un projet de rénovation urbaine pour la réalisation duquel une société avait consenti d'importants investissements lui ouvrirait droit à réparation du préjudice anormal et spécial en résultant pour elle²⁰. De la même manière, il doit pouvoir être convenu à l'avance, non seulement que l'abandon par l'administration de ses propres engagements contractuels donnera lieu à indemnité, mais encore que la non-adoption des mesures qu'elle pourrait prendre sans en avoir l'obligation donnerait lieu à une augmentation des sommes dues par l'administration.

Plus généralement, il peut être stipulé que toute modification de la législation ou de la réglementation affectant l'exécution du contrat donnera lieu à indemnisation intégrale de la charge en résultant pour le cocontractant.

Mais, si une telle clause peut n'apparaître que comme le rappel du droit commun des contrats administratifs, les clauses conditionnelles ou les clauses de compensation évoquées précédemment ne sont pas elles-mêmes à l'abri de tout risque. Les commentateurs des arrêts rendus à propos de la réalisation du Parc d'Euro-Disneyland ont relevé les approximations de clauses de ce genre, sans que le Conseil d'État ait eu vraiment à les apprécier²¹. Si la rigueur des clauses conditionnelles et des clauses de compensation est telle qu'elles font apparaître qu'en réalité l'administration n'a pas le choix dans l'exercice d'un pouvoir qui doit rester unilatéral et discrétionnaire, elles peuvent être atteintes de la même nullité que celle qui directement commanderait l'adoption par l'administration des mesures en cause. L'importance des indemnités dues en cas de résiliation peut être considérée comme destinée à faire échec à l'exercice d'un pouvoir de résiliation qui

20 - CE, 17 mars 1989, *Ville de Paris c/ Société Sodevam*, rec. 96 ; *AJDA*, 1989, p. 472, concl. B. Stirn.

21 - Chr. Maugué et R. Schwartz, chr. sur CE, 23 mars 1992, *Martin et autres*, *AJDA*, 1992, p. 333.

doit subsister au profit de l'administration. De la même manière, l'importance des conséquences attachées à la non-adoption ou à l'adoption de mesures présentées comme éventuelles alors qu'elles sont essentielles, pourrait entacher de nullité les clauses qui les déterminent et le contrat où elles se trouvent.

Alors non seulement la sécurité juridique ne serait pas réalisée par le contrat, mais la sécurité juridique du contrat lui-même serait menacée.

II. La sécurité juridique des contrats publics

Il s'agit ici d'apprécier dans quelle mesure les contrats publics sont protégés contre les incertitudes les affectant en eux-mêmes, dans leur existence.

Il faut se prémunir cependant contre la tentation de voir du risque partout. Certes le risque dans les contrats administratifs mérite d'être étudié, à la fois comme instrument de leur identification et comme élément de leur régime²². Mais, de là à évoquer le risque à tous égards et à alerter contre le risque pénal, le risque fiscal, le risque financier, le risque économique, le risque contentieux, il y a un pas que l'on ne peut franchir sans dénaturer la notion de risque et faire naître des craintes à tout candidat à un contrat public, sauf à recourir aux analyses d'un expert pour le rassurer.

En essayant d'éviter pareille exagération, on peut tenter de déterminer dans quelle mesure peut être garantie la sécurité juridique des contrats publics dans leur existence même. C'est la certitude du droit applicable qui doit la permettre. Or des menaces peuvent résulter des règles régissant leur propre statut (A) et du contentieux dont ils peuvent faire l'objet (B).

A. Sécurité juridique et statut des contrats publics

Si l'insécurité juridique vient de trop d'incertitudes, alors elle doit être assurée pour la qualification des contrats publics (1°) et pour leur passation (2°).

1°. S'agissant de la *qualification*, la première exigence porte sur celle de contrat tout court. La mode de la contractualisation a conduit à une sorte de fureur contractuelle : pour désamorcer ou pour résoudre les conflits, il faut concertation et contractualisation. « On ne change pas une société par décret » : il faut donc réaliser les réformes par accord. Ainsi, comme le rapport du Conseil d'État le montre par l'inventaire qu'il établit, on conclut des contrats partout, au risque de s'apercevoir ensuite qu'ils n'ont aucune réalité juridique.

La sécurité juridique passe d'abord par la rigueur des termes. Le droit est une discipline de langage et du langage. Si l'on veut la sécurité juridique dans les contrats publics, il faut n'appeler contrats que les actes qui correspondent exactement à la notion. Il est vrai que celle-ci n'est pas parfaitement homogène et

22 - T. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, thèse Paris II, 2006.



que les meilleurs spécialistes peuvent en discuter sagement. Les mots sont trop souvent employés les uns pour les autres. Il faudrait revenir à une terminologie rigoureuse en distinguant engagement, accord, convention et contrat : par engagement, il faudrait désigner la volonté d'une personne de faire quelque chose, par accord, la rencontre de deux ou plusieurs volontés, par convention, l'accord produisant un effet de droit, par contrat, la convention créant des droits et obligations, et n'utiliser ce dernier mot que pour les vrais contrats sauf à préciser dans le cas contraire qu'il n'est pas employé dans un sens juridique.

Ces distinctions peuvent conduire à lever les ambiguïtés et à éclairer les « *parties* » sur la nature et surtout sur la portée de la volonté qu'elles expriment.

L'accord seul ne suffit pas à entraîner par lui-même des effets de droit, mais en manifestant la volonté de ses auteurs, il peut déterminer des comportements en fait. On en a un exemple dans l'arrêt qu'a rendu le Conseil d'État le 21 décembre 2007, à la requête de trois régions (Centre, Limousin, Midi-Pyrénées), au sujet de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Toulouse. Un « protocole d'accord » avait été signé entre ces trois régions, l'État, la SNCF et RFF : ne fixant qu'un objectif et prévoyant sa concrétisation par des conventions ultérieures, il « constitue une simple déclaration d'intention sans portée juridique »²³.

On peut ranger sous cette appellation beaucoup de faux contrats, soit parce qu'ils sont conclus entre organes n'ayant pas la personnalité juridique soit, parce que conclus entre personnes juridiques distinctes, ils ne produisent aucun effet de droit. Dans le premier cas, on trouve notamment les « contrats de performances » conclus entre départements ministériels et les « contrats d'objectifs » conclus entre administrations centrales et services déconcentrés, et au sein de la juridiction administrative, dans le second, beaucoup de contrats de plan, de programme, de ville, relevant de la planification ou de l'aménagement du territoire.

La convention produit des effets de droit, mais elle ne les crée pas par elle-même : elle déclenche l'application d'un régime juridique, comportant droits et obligations, établi par une norme (loi ou décret) qui lui est antérieure et supérieure.

Il en est ainsi de beaucoup des conventions prévues par les lois sur la décentralisation pour les transferts ou la mise à disposition de services : c'est la loi qui impose cette répartition ; d'ailleurs, si la convention n'est pas conclue, un décret pallie cette carence, avec le même objet et le même effet, mettant lui-même en œuvre les prescriptions de la loi. Il en va encore ainsi pour beaucoup de « *contrats* » dont le domaine social illustre le foisonnement, conclus soit entre les collectivités publiques et les organismes sociaux soit entre ces deux catégories et les bénéficiaires d'aides. On pourrait encore ranger dans cette rubrique les fameux « *contrats fiscaux* », qui ne sont jamais des contrats mais qui pourraient être des conventions comportant l'accord nécessaire pour la mise en œuvre d'un régime fiscal établi par la loi.

23 - Req. n° 293260.

Viennent enfin les *vrais contrats*, qui, par l'accord des parties, créent des droits et obligations nouveaux. Ils ne se bornent plus, comme les conventions précédentes, à déclencher l'application d'un régime préétabli : ils établissent le régime applicable.

On trouve ici les multiples exemples que donnent les marchés publics, les conventions de délégation de service public, les contrats d'occupation du domaine public et tous les contrats que la combinaison de la liberté contractuelle et l'imagination des parties permettent de concevoir.

Il reste que dans cette dernière catégorie, où l'on devrait reconnaître seulement les vrais contrats publics, on trouve des clauses qui, les unes, régissent les rapports entre parties, les autres, déterminent les droits et obligations des tiers, et où la jurisprudence voit clairement aujourd'hui, non pas des stipulations contractuelles, mais des dispositions réglementaires²⁴. C'est évidemment une particularité de certains contrats publics, qui pourrait remettre en cause à la fois l'appellation et la notion de contrat si l'on n'entend par contrat que l'accord de volontés déterminant seulement des droits et obligations entre parties. Mais, s'il en est bien ainsi pour les contrats de droit privé, l'une des particularités des contrats administratifs est que précisément ceux-là (et en tout cas beaucoup d'entre eux) n'ont pas l'effet relatif des contrats de droit privé et produisent des effets au-delà des parties. Ils restent bien des contrats en ce qu'ils créent des droits et des obligations, mais ces droits et obligations peuvent atteindre les tiers, non seulement comme des données s'imposant objectivement à eux, mais comme des titres juridiques dont ils sont bénéficiaires ou auxquels ils sont assujettis.

Une claire identification des différents genres, avec les appellations adéquates devrait permettre d'éviter les contresens, voire les non-sens, les confusions, voire les illusions que la terminologie actuelle peut produire.

L'arrêt déjà cité du 21 décembre 2007 illustre la distinction entre l'accord et le véritable contrat. Le protocole d'accord initial, « sans portée juridique », a été suivi de trois « conventions » : « une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée... et de la mise en service de six rames de TGV pendulaires », « une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude de l'avant-projet détaillé », « une convention relative au financement du contrôle externe ». L'arrêt considère justement que ces « trois conventions... présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'État ».

Il reste, dans *le seul genre* que constituent les vrais contrats publics, à identifier clairement *les espèces*. Elles se subdivisent elles-mêmes entre les contrats de droit public (c'est-à-dire les contrats administratifs) et les contrats de droit privé de l'administration, avec les conséquences qui en résultent sur le régime contentieux et extra-contentieux qui leur est applicable.

La détermination de la loi permet de lever ces hésitations. À cet égard, le décret-loi du 17 mai 1938 pour les contrats comportant occupation du domaine public, l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 pour les marchés relevant du

24 - CEAss., 10 juillet 1996, *Cayzele*, rec. 274 ; *AJDA*, 1996.732, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *RFDA*, 1997, p. 89, note P. Delvolvé.



champ d'application du code des marchés publics, l'article 1° de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat ont donné des certitudes. Ils n'épuisent pas toutes les qualifications : c'est à la jurisprudence de déterminer les critères, organiques et matériels, avec les principes et les exceptions. On ne peut pas dire qu'on soit toujours fixé à l'avance : lorsque des contrats ont pu être considérés comme conclus « pour le compte de l'État » en l'absence de tout mandat²⁵, que le caractère industriel et commercial de l'établissement public contractant a été jugé faire normalement de ses contrats des contrats de droit privé, mais avec des exceptions²⁶, lorsqu'un contrat portant sur une même prestation a pu être jugé tantôt faire participer le cocontractant à l'exécution du service public, tantôt non²⁷, on a pu exprimer de l'inquiétude sur la certitude et la stabilité des qualifications. Mais l'observation n'est pas propre à la qualification des contrats : elle vaut pour toute question juridique et toute solution jurisprudentielle. Et les redressements par le juge des qualifications adoptées par les parties peuvent tenir plus à l'imprudence des parties ou aux approximations des textes qu'aux incertitudes de la jurisprudence.

Cela vaut encore pour les qualifications au sein des contrats administratifs. On retrouve ici notamment la question épineuse de la distinction des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Les arrêts ont donné des critères dont la mise en œuvre n'est pas toujours aisée²⁸. La définition du législateur n'a pas apporté beaucoup d'éclaircissement²⁹. Ici encore on ne peut espérer une grille mathématique dans laquelle chaque contrat trouverait sa place, et il restera toujours des hypothèses marginales dont la solution ne se trouvera que dans le recours au juge. Il faudrait que ce soit rare. Mais, au moins, lorsque le juge est intervenu, la rédaction de ses arrêts doit garantir les qualifications pour l'avenir.

2°. Elles conditionnent le régime de *passation* des contrats. C'est d'elles que dépendent les règles à appliquer.

Encore faut-il qu'elles soient exactement identifiables pour être finalement appliquées. On ne peut pas dire que ce soit toujours le cas.

Il n'est que prendre l'exemple des conventions de délégation de service public, des marchés publics et des contrats de partenariat. Pour les premières, le principe de l'*intuitus personae* a pendant longtemps permis de choisir un concessionnaire et un fermier dans des conditions de simplicité qui favorisaient confidentialité et combinaisons. Cela permettait une grande sécurité juridique ; cela ne garantissait pas la sécurité financière, pour ne pas dire l'honnêteté financière.

25 - TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, rec. 787 ; *Les grands arrêts...*, n° 84, p. 571.

26 - TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, rec. 640 ; *RFDA*, 2007, p. 284, concl. Stahl, note Delaunay ; *AJDA*, 2382, chr. C. Landais et F. Lenica.

27 - TC, 21 mai 2007, *SA Codiam*, *AJDA* 2008, p. 200, note Robbe.

28 - Notamment : CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, rec. 137 ; *RFDA*, 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Terneyre ; 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais*, rec. 230 ; *AJDA*, 1999, p. 714, concl. C. Bergeal, note Peyrical.

29 - Article 3-I de la loi du 11 décembre 2001.

L'introduction d'obligations de publicité et de mise en concurrence dans un but d'assainissement s'est faite par une rédaction tellement alambiquée ou avec une portée tellement aléatoire qu'on se perd dans la procédure. Deux sortes d'exemples peuvent le montrer.

Le premier est celui des conséquences des directives communautaires imposant cette procédure avant même qu'elles aient été transposées. En considérant qu'à l'expiration du délai de transposition, elles avaient fait disparaître le principe du libre choix, le Conseil d'État a certes assuré la suprématie du droit communautaire et compensé l'inertie des autorités françaises, mais pour les autorités administratives et pour les entreprises, ce fut une belle épreuve, obligeant à tout recommencer et donc à tout retarder³⁰. Si insécurité il y a eu, elle n'était pas spécifique des contrats publics et relevait plus généralement des particularités du droit communautaire et des évolutions de la jurisprudence. Le coup aurait pu tomber, avec d'autres directives, sur une autre matière. Il est mal tombé pour les contrats publics.

En second lieu, la complexité de la procédure, pouvant résulter tout simplement de la mauvaise rédaction des textes, n'est pas toujours facile à suivre exactement : plusieurs procédures d'attribution de délégation de service public ont dû être recommencées : les avatars de l'attribution de la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse en sont sans doute la meilleure (et la plus mauvaise) illustration.

Pour les marchés publics, les obligations de publicité et mise en concurrence sont anciennes. Elles ont été renforcées et étendues sous l'effet du droit communautaire. Une simplification a été également constatée : mais la succession des codes (trois codes des marchés publics de 2001 à 2006) et les approximations de certaines formules présentées comme des améliorations (la « *procédure adaptée* », le « *dialogue compétitif* ») ne sont gages ni de stabilité ni de certitudes. La recherche de la souplesse et de l'adaptation est-elle compatible avec celle de la sécurité juridique ?

Pour les contrats de partenariat, l'ordonnance du 17 juin 2004 s'est efforcée d'établir un cadre unique : elle n'a pu échapper, s'agissant du recours à ce type de contrat, aux contorsions découlant des exigences du Conseil constitutionnel, et s'agissant de la passation des contrats, à celles qu'impose le droit communautaire. Et surtout elle ajoute un nouveau dispositif à celui qui résulte de l'empilement des textes concernant d'une part les baux emphytéotiques administratifs issus de la loi du 5 janvier 1988, ceux qui y ont été ajoutés, en 2002 et en 2003, pour les besoins de la justice, de la police, de la gendarmerie, des armées, pour ceux des établissements de santé, d'autre part les marchés d'entreprise de travaux publics que les mêmes textes ont fait revivre à côté des précédents. On a ainsi un kaléidoscope qui peut être regroupé sous l'appellation « *contrats globaux* »³¹, mais dont chacun a des particularités à la fois dans son objet et dans son régime. On peut s'y perdre.

30 - CE Ass., 6 février 1998, *Tête*, rec. 30, concl. Savoie ; *AJDA*, 1998, p. 403, chr. F. Raynaud et P. Fombeur.

31 - P. Delvolvé, « Les contrats globaux », *RFDA*, 2004, p. 1079.



Il faudrait au moins regrouper les textes, non dans un code de la commande publique (expression qui n'a pas grand sens et n'a aucune portée), mais dans un code des contrats publics qui engloberait tous les marchés soumis à un régime particulier (et non pas seulement les marchés publics du code actuel), toutes les conventions de délégation de service, tous les contrats spéciaux, et qui commencerait par énoncer les principes les gouvernant tous.

Cela permettrait de limiter le désordre et de pallier les risques contentieux.

B. Sécurité juridique et contestation des contrats publics

Par le contrat, les parties se lient et s'engagent à exécuter certaines prestations, qui peuvent être lourdes et s'étaler sur une longue période. Il en est d'autant plus ainsi pour les contrats publics mettant à la charge d'une ou des parties des investissements importants – ce qui est le cas de nombreux marchés publics, concessions de service public, contrats d'occupation du domaine public, sans parler des contrats de partenariat, baux emphytéotiques administratifs, marchés d'entreprise de travaux publics et autres conventions complexes.

La sécurité juridique, qui doit être en même temps une sécurité financière, réside pour les parties dans la solidité du contrat et la garantie de son maintien.

Or l'affinement du contentieux administratif – pour assurer le respect de la légalité – peut conduire à les compromettre.

Il ne faut pas nier pourtant les progrès réalisés récemment pour prémunir les cocontractants contre la remise en cause de leur contrat. Ils ne pallient pas tous les risques.

L'aménagement du référé précontractuel, conçu d'abord pour protéger les concurrents contre l'attribution illégale d'un contrat à un autre, peut aussi apparaître comme une protection des parties qui s'appêtent à conclure un contrat : au moins il sera enrayé avant tout commencement d'exécution.

C'est surtout l'arrêt *Société Tropic*, du 16 juillet 2007³², qui constitue le progrès le plus évident, réalisé consciemment par le Conseil d'État pour assurer la sécurité juridique autant des cocontractants que des concurrents : le nouveau recours de pleine juridiction dont dispose tout concurrent évincé d'un contrat administratif pour en contester la validité, parce qu'il est enfermé dans un délai de deux mois à compter de la publicité de ce contrat, permet d'assurer la sécurité du contrat si aucun recours n'est intenté à l'expiration de ce délai ; et même si un recours a été exercé, le juge peut, compte tenu de l'illégalité commise, des possibilités de régularisation, de l'intérêt général et des droits des cocontractants, laisser le contrat poursuivre sa vie, plutôt que d'en prononcer la résiliation ou l'annuler. Il y a là des possibilités tendant à concilier légalité et stabilité, intérêt général et droit des cocontractants face à ceux des requérants. Bien plus, si un concurrent a laissé passer le délai dont il dispose pour ce recours, il ne peut plus attaquer les actes préalables au contrat.

32 - CE Ass., 16 juillet 2007, *RFDA*, 2007, p. 696, concl. D. Casas, et 917, notes F. Moderne et Pouyaud ; *RJEP*, 2007, p. 327, concl. D. Casas, note P. Delvolvé ; *AJDA*, 2007, p. 1577, chr. F. Lenica et J. Boucher.

Mais les autres ! Il est toujours loisible à un quidam intéressé (élu, contribuable local, association de défense) de le faire. Alors s'engage la course d'obstacles du juge de l'annulation au juge de l'exécution, du juge de l'exécution au juge du contrat. Il est certes possible que l'annulation de l'acte détachable du contrat n'entraîne pas la remise en cause de celui-ci, pour les mêmes raisons que celles qui peuvent conduire le juge du contrat à le laisser se poursuivre. Mais l'inverse peut se produire. L'arrêt *Tropic* n'a pas enrayé cette éventualité, et il ne le pouvait pas.

Il n'empêche pas non plus et ne peut empêcher les parties au contrat de s'entre-déchirer et, saisissant le juge du contrat, de provoquer la ruine de celui-ci : l'action directe en nullité du contrat leur est ouverte aujourd'hui pendant trente ans³³ ; l'exception de nullité qu'elles peuvent soulever à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution du contrat peut courir aussi longtemps ; bien plus, alors même que, s'opposant seulement sur l'exécution du contrat, elles n'en contestent pas l'existence, le juge peut d'office soulever un moyen de nullité qui anéantit le contrat autant que son exécution³⁴.

La situation n'est pas toujours aussi catastrophique puisque le traitement des irrégularités peut arriver à sauver le contrat³⁵ et que, même si le contrat est reconnu nul, la réparation du préjudice résultant d'une telle situation peut être octroyée aux parties soit pour faute soit sans faute, du moins dans la mesure de l'enrichissement³⁶ : ainsi tout peut finir par une indemnisation. La sécurité financière vient relayer la sécurité juridique.

S'il en est ainsi, la protection contre les risques contentieux pesant sur l'existence des contrats publics rejoint celle que l'on trouve pour assurer la sécurité de leur exécution.

III. La sécurité juridique dans les contrats publics

Lorsqu'un contrat a été conclu et que sa validité n'est pas en cause, il assure aux parties la sécurité propre aux engagements qu'elles ont pris l'une envers l'autre. Elles ont assuré leur sécurité juridique par le contrat lui-même (*supra* I). La violation de leurs engagements entraîne leur responsabilité : leur condamnation doit réparer le désordre que constitue cette violation. Il peut y avoir matière à hésitation sur la portée des clauses convenues : la sécurité juridique peut néanmoins être assurée par une interprétation reprenant les principes formulés par l'article 1135 du code civil, selon lequel « *les conventions obligent non seule-*

33 - CE Sect., 4 mai 1990, *Compagnie industrielle maritime*, rec. 113 ; RFDA 1990, p. 591, concl. J. de Guillenchmidt.

34 - Par exemple CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit foncier de France*, rec. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois.

35 - J.-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, thèse, Paris I, 2007 ; L. Richer, « Le maintien du contrat illégal », CP-ACCP 2006, n° 53, p. 46.

36 - CE Sect., 20 octobre 2000, *Société Citecable Est*, rec. 457 ; RFDA 2001, p. 359, concl. H. Savoie.

ment à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature ». S'agissant plus particulièrement des contrats administratifs, doivent être prises en compte les exigences de l'intérêt général à la réalisation duquel ils contribuent directement ou indirectement. Il n'y a là rien de singulier ; il n'est pas nécessaire d'invoquer la sécurité juridique pour identifier ou adopter des solutions.

La question de la sécurité juridique ne se pose que lorsque la stabilité des relations résultant du contrat est menacée par la survenance d'événements nouveaux. Ne relèvent pas de la sécurité juridique ceux qui constituent des circonstances de fait : ils peuvent certes affecter l'exécution du contrat et conduire à le remettre en cause lui-même ; mais n'étant pas constitués par des changements de droit, ils ne peuvent pas être pris en compte au titre de la sécurité juridique. Ainsi les circonstances de force majeure et d'imprévision constituées par des phénomènes matériels ou financiers n'ont pas à être considérées ici.

Seules peuvent être analysées les modifications juridiques pouvant toucher les contrats publics. Les unes, extérieures aux parties, tiennent aux normes nouvelles concernant le contrat qu'elles ont conclu ; les autres, s'agissant seulement de ceux de ces contrats qui ont un caractère administratif, peuvent venir de la partie publique cocontractante.

La distinction rejoint celle que formulait Jean Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt (Ass.) du 2 mai 1958, *Distilleries de Magnac-Laval*³⁷, entre la résiliation de contrats décidée par le législateur et la résiliation par l'autorité contractante, qui sont « deux institutions différentes ».

Ainsi doivent être distinguées les normes nouvelles adoptées de manière générale par voie législative ou réglementaire et qui affectent l'exécution des contrats en cours et les mesures prises isolément par une collectivité contractante au sujet du contrat qui la lie à une autre personne.

A. Sécurité juridique et normes nouvelles concernant les contrats publics

L'hypothèse est ici exactement la même que pour les contrats « privés » : les contrats ont été régulièrement conclus sous l'empire d'une législation (entendue comme englobant à la fois la loi et le règlement) ; la législation change : ce changement affecte-t-il les contrats conclus antérieurement ?

La réponse ne doit pas être différente pour les contrats publics et pour les contrats privés ; dans un cas comme dans l'autre, la réponse est donnée par l'arrêt *KPMG* du 24 mars 2006 : « une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là un caractère rétroactif ». Il est inutile de

37 - AJDA, 1958, II, p. 282.

remonter aux principes de sécurité juridique pour trouver la solution : le principe de non-rétroactivité suffit³⁸.

On peut y ajouter celui de l'intangibilité des droits acquis pour tout ce qui a été exécuté. Dans l'arrêt du 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, qui admet la résiliation de toute une catégorie de contrats administratifs, le Conseil d'État exclut qu'il soit porté atteinte aux droits résultant, pour leurs titulaires, des contrats en cours d'exécution. Il les qualifie d'ailleurs expressément de « biens ». Cette mention s'explique par les limites de l'habilitation donnée par le législateur au gouvernement (qui excluait l'atteinte « à la protection des biens »). Elle anticipe sur la reconnaissance de la qualité de biens à certaines créances, en liaison avec le droit à la protection des biens reconnu par l'article 1^{er} du prototype additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁹.

L'arrêt *KPMG* introduit deux exceptions.

La première est générale et ne fait pas de distinction entre contrats publics et contrats privés : « seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations ». La solution est ancienne et a été particulièrement illustrée par l'application de la législation sur les prix aux marchés publics : les arrêtés de blocage des prix ont toujours fait échec à l'application des prix convenus et des clauses en déterminant la variation. La seule difficulté est de déterminer ce qui constitue l'ordre public. La notion est approximative et dépend en définitive d'une appréciation de laquelle on ne peut exclure une part de subjectivité : est d'ordre public ce que le législateur considère comme tel (ou même ce que la jurisprudence considère que le législateur considère comme tel). Ce n'est pas d'une parfaite rigueur. Mais ce peut être une nécessité sociale. Dira-t-on que c'est source d'insécurité juridique ?

La seconde exception est celle « des règles générales applicables aux contrats administratifs ». Elle est donc propre à ces derniers. Il est fait ainsi référence aux mutations dont ces contrats peuvent faire l'objet. On retrouvera celles-ci à propos des mesures propres à chaque contrat administratif, isolément. Ici il s'agit de celles qui ont un caractère général et couvrent toute une catégorie de ces contrats. On peut citer à ce sujet deux exemples.

L'un n'est pas topique car il concerne la modification des « dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, et notamment celles qui sont relatives aux conditions de leur rémunération »⁴⁰, car les agents contractuels sont dans une situation statutaire et réglementaire, et non pas contractuelle, leur contrat étant plus un acte unilatéral adopté avec leur accord qu'un véritable contrat – ce qui justifie d'ailleurs que leur contentieux relève

38 - CE, 7 janvier 1955, *Vallot-Vernon*, rec. 8 ; 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloan*, rec. 705 ; Sect., 29 janvier 1971, *Emery, Barbier et Union des propriétaires de la Sarthe*, rec. 80 ; *AJDA*, 1971, p. 409, concl. Vught.

39 - Par exemple CE Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, rec. 605, concl. Courtial ; *Les grands arrêts...*, n° 112, p. 866.

40 - CE Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, rec. 241.



du recours pour excès de pouvoir⁴¹. L'application d'une disposition nouvelle à ces agents est, non pas la modification d'une situation contractuelle, mais la modification du règlement qui les régit, conformément au principe selon lequel un règlement peut être modifié à toute époque.

L'autre exemple est plus pertinent. C'est celui de la résiliation unilatérale d'un ensemble de contrats par voie réglementaire, que le Conseil d'État (Ass.) a admise pour la première fois dans l'arrêt déjà cité du 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : le gouvernement a pu, non seulement grâce aux pouvoirs que lui donnait une habilitation législative mais aussi et d'abord à ceux qui lui appartenaient « *en tout état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs* », mettre fin à des marchés de fournitures. Mais sont réservés les droits des titulaires de ces marchés à demander réparation des préjudices résultant directement de la résiliation.

L'arrêt ne règle que le cas de la résiliation, non celui de la modification. Peut-on affirmer que, par voie réglementaire, pourraient être changées les conditions d'exécution de toute une catégorie de contrats administratifs ? On pourrait répondre par l'affirmative en considérant d'une part que, si la résiliation est possible, la modification, qui est moins grave, doit l'être aussi, d'autre part que la modification unilatérale par voie réglementaire n'est que l'extension d'un pouvoir de modification unilatérale déjà reconnu pour chaque contrat un à un. Il faut attendre de nouveaux arrêts pour que la solution puisse être assurée.

De toute façon, il faut distinguer selon que les dispositions entraînant résiliation ou modification des contrats sont de niveau législatif ou de niveau réglementaire, comme invite à le faire l'arrêt *KPMG*.

Pour les dispositions législatives, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'est peu à peu précisée. La décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989⁴² considère « *qu'inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution ; ... qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours ; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République...* ». L'analyse est devenue plus serrée avec la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995⁴³ : « *il est loisible au législateur, dans un but d'intérêt général, de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas les principes ou les droits de valeur constitutionnelle ; le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application des dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité* ».

41 - CE Sect., 25 mai 1979, *M^{me} Rabut*, rec. p. 231, concl. B. Genevois ; Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, rec. p. 375, concl. Stahl ; *AJDA*, 1998, p. 969, chr. F. Raynaud et P. Fombeur.

42 - Rec. p. 41.

43 - Rec. p. 183.

Mais celle-ci peut résulter d'une violation de deux libertés : la liberté contractuelle et la liberté d'administration des collectivités territoriales.

La liberté contractuelle a été progressivement reconnue par le Conseil constitutionnel : en particulier, « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » (CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999)⁴⁴. Les décisions postérieures sont encore plus fermes : « *Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁴⁵.

Ont été ainsi déclarées contraires à la Constitution des dispositions modifiant le code du travail « *dans un sens contrariant l'application de clauses substantielles figurant dans plusieurs accords... alors que ces clauses n'étaient contraires à aucune disposition législative en vigueur lors de leur conclusion* » (CC, n° 99-423 DC, 13 janvier 2000)⁴⁶.

D'ailleurs on pourrait contester l'invocation de la liberté contractuelle à propos d'accords collectifs du travail, qui ne sont pas des contrats au sens strict. Du moins ils ont été l'occasion d'illustrer les limites du pouvoir du législateur de modifier les contrats en cours. Cela vaut pour les contrats publics autant que pour les contrats privés, et parmi les contrats publics, pour les contrats administratifs autant que pour les contrats de droit commun. Mais la justification de l'intérêt général qui permet une atteinte aux contrats en cours doit pouvoir jouer plus pour les contrats administratifs que pour les autres, puisque précisément ils sont tous conclus dans l'intérêt général, et même, pour beaucoup d'entre eux, pour réaliser une mission de service public : ce qui a justifié leur conclusion peut justifier de la part du législateur leur modification ou leur résiliation.

Encore faut-il qu'il tienne compte, s'agissant des contrats conclus par les collectivités territoriales, du principe de libre administration qui leur est reconnu par l'article 72 de la Constitution. Ce principe leur profite pour la conclusion de leurs contrats ; il se retrouve pour l'exécution des contrats qu'elles ont conclus. En les remettant en cause, en provoquant soit leur modification soit leur résiliation, le législateur y porte atteinte.

L'intérêt général peut le justifier, mais le résultat ne doit pas être excessif. Le Conseil constitutionnel a admis, dans sa décision du n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006⁴⁷, que des obligations nouvelles soient imposées à des collectivités territoriales à propos des concessions conclues avec Gaz de France. Dans d'autres cas, il pourrait être plus sévère.

44 - Rec. p. 100.

45 - Par exemple CC, 2007-556 DC, 16 août 2007.

46 - Rec. p. 33.

47 - Rec. p. 120.

Il y a donc pour le législateur, lorsqu'il entend remettre en cause des contrats publics, à distinguer selon que ces contrats sont conclus par l'État (et ses établissements publics) ou les collectivités territoriales (ou leurs établissements publics); dans tous les cas, il ne doit pas porter une atteinte excessive à l'économie des contrats. Cette appréciation, déjà difficile pour leur modification, est problématique pour leur résiliation, car, par son objet même, celle-ci remet en cause les contrats autant que leur économie. On ne peut empêcher le législateur de la décider, mais ce ne peut être que moyennant une indemnisation couvrant intégralement le préjudice subi, ce qui est la seule manière de respecter l'économie du contrat.

Lorsque c'est la loi qui permet au pouvoir réglementaire de procéder à la modification ou à la résiliation des contrats administratifs, elle le fait bénéficier de son autorité. Mais lorsqu'elle est muette, le pouvoir réglementaire peut-il, à titre autonome, décider lui-même la modification ou la résiliation de toute une catégorie de contrats, en vertu des règles générales qui leur sont applicables ?

Il y a matière à distinguer de nouveau entre les contrats de l'État et ceux des collectivités territoriales.

Pour les premiers, la formule de l'arrêt *Distillerie de Magnac-Laval* devrait être toujours valable : le gouvernement devrait pouvoir résilier par décret, pour des motifs d'intérêt général, une catégorie de contrats de l'État, sauf à prévoir l'indemnisation des préjudices subis par les cocontractants ; il devrait aussi pouvoir modifier les règles régissant les contrats en cours, à condition de ne pas porter atteinte à leur économie et de réserver les droits des cocontractants à indemnité.

Pour les collectivités territoriales, la solution est beaucoup plus douteuse. Le principe de libre administration des collectivités territoriales ne doit pas permettre au gouvernement de décider la modification ou la résiliation de leurs contrats en l'absence d'une habilitation législative. Il ne permet pas non plus à celles qui, outre-mer, disposent d'un pouvoir « législatif », qui est en réalité réglementaire, de le faire indifféremment : les « lois du pays » adoptées en Polynésie française ne peuvent s'appliquer aux contrats en cours que « lorsque l'intérêt général le justifie », l'existence et le caractère suffisant de ce motif devant être vérifiés par le Conseil d'État (CC, n° 2004-490 DC, 12 février 2004)⁴⁸.

Cette condition doit valoir pour l'exercice du pouvoir réglementaire quel qu'il soit.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse des contrats de l'État ou de ceux des collectivités territoriales, de leur modification ou de leur résiliation, se pose la question des *mesures transitoires*, dont le Conseil d'État a jugé la nécessité sur le fondement même du principe de sécurité juridique.

Elles avaient déjà été évoquées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci, pour admettre que la résiliation de contrats en cours ne portait pas une atteinte excessive aux exigences de l'article 4 de la Déclaration de 1789, a considéré la date ultérieure à laquelle cette résiliation était prévue (n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001)⁴⁹. Les mesures transitoires ont parfois été contestées

48 - Rec. p. 41.

49 - Rec. p. 145.

au nom du principe d'égalité comme bénéficiant seulement à certaines personnes : elles sont justifiées à la fois en raison des différences de situation et en ce qu'elles atténuent la portée de la cessation anticipée d'accords conclus sur le fondement de la législation en vigueur et évitent de porter une atteinte excessive à l'économie générale de conventions légalement conclues⁵⁰.

Lorsque les dispositions nouvelles devant s'appliquer à des contrats en cours émanent du pouvoir réglementaire, la solution formulée par l'arrêt *KPMG* au sujet de contrats privés doit valoir autant pour les contrats publics, et spécialement ceux qui sont administratifs : « *il incombe au pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, des mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées* ». Mais la solution n'est pas absolue : de même qu'en dehors du domaine des contrats, les mesures transitoires ne sont pas toujours nécessaires⁵¹, elles peuvent ne pas l'être pour les contrats. Bien plus, des motifs d'ordre public peuvent au contraire imposer l'application sans délai des mesures nouvelles aux contrats en cours.

La ligne de solution des questions posées par l'application immédiate d'une mesure nouvelle (législative ou réglementaire) aux contrats conclus sous l'empire de dispositions antérieures est donc sinueuse : au principe excluant cette application, sont apportées des exceptions liées à des considérations d'ordre public ou des motifs d'intérêt général ; lorsque ces exceptions jouent, elles doivent être combinées tantôt avec l'aménagement de mesures transitoires, tantôt non. Va-t-on dire que la sécurité juridique n'est pas garantie puisque finalement on n'a aucune certitude sur la solution applicable et que, lorsque les dispositions nouvelles s'appliquent, la stabilité du droit appliqué n'est plus assurée ?

On ne peut pas voir dans la réparation du préjudice causé par l'adoption d'une mesure nouvelle une exigence générale qui viendrait atténuer la portée des exceptions.

Elle n'est reconnue que dans le cas de la résiliation par voie réglementaire de toute une catégorie de contrats de l'État⁵².

C'est un cas de figure qui rejoint celui où une personne publique contractante fait jouer, pour un contrat déterminé, les pouvoirs dont elle peut disposer.

B. Sécurité juridique et décisions unilatérales du cocontractant public

L'hypothèse ici envisagée est celle, non plus de toute une catégorie de contrats visée par des normes générales, mais de contrats, considérés un à un, que l'ad-

50 - CC, n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, rec. 583 ; n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, rec. p. 129.

51 - Par exemple CE Sect., 13 décembre 2006, *M^{me} Lacroix*, rec. p. 541, concl. M. Guyomar.

52 - CE, 2 mai 1958, *Distilleries de Magnac-Laval*, précité ; Sect., 15 juillet 1959, *Société des alcools du Vexin*, rec. p. 451.



ministration contractante veut, de sa seule autorité, modifier voire résilier. On a reconnu ici les pouvoirs de modification unilatérale et de résiliation unilatérales dans les contrats administratifs, qui font peser sur eux un risque de mutabilité, donc d'instabilité : on pourrait y voir une illustration de l'insécurité juridique qui pèse sur les contrats publics.

Au risque du paradoxe, c'est pourtant en cette matière que la sécurité juridique est le mieux assurée ; la raison première en est que l'existence de ces pouvoirs, et la mutabilité qui en découle pour les contrats sur lesquels il porte, est aujourd'hui clairement établie et son exercice, rigoureusement encadré : si la stabilité des contrats se trouve affectée par la modification et la résiliation, le droit applicable à ces pouvoirs et aux contrats qu'ils affectent est certain : à cet égard, il n'y a pas d'insécurité juridique.

La première certitude est que ces pouvoirs ne peuvent être exercés pour les contrats de l'administration qui relèvent du droit privé ; ils ne sont reconnus que pour les contrats administratifs.

Si l'on peut observer une incertitude, elle peut venir des approximations touchant à la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun, mais cela renvoie à un autre aspect des rapports entre sécurité juridique et contrats publics (*supra* II. A) : dès lors qu'un contrat « *public* » est un contrat de droit commun, il ne risque pas la mutabilité qui est propre aux contrats administratifs.

Pour eux, elle fait partie des « *règles générales* » qui leur sont applicables, comme l'ont reconnu, après le Conseil d'État⁵³, le Tribunal des conflits⁵⁴ et le Conseil constitutionnel⁵⁵. Il n'y a donc plus à discuter la question de savoir si ces pouvoirs résultent seulement de textes ou de clauses en prévoyant expressément l'exercice ou s'ils sont inhérents aux contrats administratifs : c'est la seconde réponse qui est la bonne.

Le Conseil d'État vient encore de reconnaître dans l'arrêt déjà cité du 21 décembre 2007 que « *l'État a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général* ». La restriction qu'apporte la fin du considérant – « *dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle* » – paraît ne s'appliquer qu'à la réparation du préjudice résultant de la résiliation, non à la résiliation elle-même, car si le pouvoir de résiliation unilatérale, comme le pouvoir de modification unilatérale, résulte des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* », il n'appartient pas aux parties d'y faire obstacle : elles peuvent en aménager l'exercice, non en écarter l'existence. La reconnaissance de ces pouvoirs est d'autant plus nette dans cette affaire que le contrat en cause était un contrat conclu entre l'État et d'autres personnes publiques, les unes, collectivités territoriales (région Centre, Limousin, Midi-Pyrénées), les autres, établissements publics (SNCF, RFF).

53 - CE, 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*, rec. p. 216, concl. L. Blum ; *Les grands arrêts...*, n° 22, p. 134.

54 - TC, 2 mars 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre c/ Commune de Montgenèvre, RFDA*, 1987, p. 191, note F. Moderne.

55 - CC, n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, rec. p. 36.

L'existence de ces pouvoirs ne fait pas difficulté lorsqu'un contrat ne lie qu'une personne publique à une ou des personnes privées : ils ne peuvent appartenir qu'à la personne publique contractante. Une difficulté apparaît lorsque le contrat n'est conclu qu'entre personnes publiques : peuvent-elles toutes prétendre exercer ces pouvoirs à l'encontre des autres ? C'est ce qu'avait cru pouvoir faire le président du conseil général du département de la Moselle pour la convention passée avec l'État en application de la loi du 2 mars 1982 au sujet de la répartition des services consécutive à la nouvelle répartition des compétences (*supra* I) : il avait décidé de modifier la liste des opérations de traitement informatiques effectuées par le département pour le compte de l'État, telle qu'elle avait été établie en annexe à la convention. Le Conseil d'État⁵⁶ y a mis bon ordre, non seulement en jugeant que le président du conseil général a méconnu les stipulations de la convention, mais aussi en annulant cette décision, alors qu'en principe le juge du contrat ne se reconnaît pas un tel pouvoir – ce qui souligne doublement l'originalité de cette sorte de convention.

On peut peut-être inférer de cette jurisprudence que, lorsqu'un contrat est conclu entre l'État et d'autres personnes publiques, seul l'État peut exercer les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales, non les autres personnes publiques. Reste le cas des contrats conclus entre les autres personnes publiques, qu'elles soient de même type (par exemple contrats entre communes) ou de types différents (par exemple entre commune et département). La question revêt une certaine acuité avec le développement des relations contractuelles entre collectivités territoriales : la loi du 7 janvier 1983 (aujourd'hui art. L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales) leur a permis de « conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité des services et des moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences » ; plus largement, la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a permis à la loi, « lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales », d'« autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune » (article 72 alinéa 5 de la Constitution), selon des modalités qui pourraient comporter des formes contractuelles. Sous réserve qu'il s'agisse de véritables contrats, il faudra déterminer si le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérales peut être reconnu à la collectivité territoriale ou au groupement chef de file.

Il est en tout cas une hypothèse où ce pouvoir peut être reconnu à une collectivité à l'égard d'une autre : c'est celle où la seconde a reçu de la première, par un marché ou par une convention de délégation de service public, une mission dans les conditions mêmes où ce contrat aurait pu être attribué à une entreprise (et le plus souvent où il lui a été attribué en concurrence avec des entreprises) : les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales doivent pouvoir s'exercer exactement de la même manière, indépendamment de la nature de la personne titulaire du marché ou de la convention de délégation de service public.

Mais ce doit être aussi dans les mêmes conditions.

Elles sont précisées par la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*. Il faut d'une part un vérita-

56 - CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, rec. 105 ; RFDA, 1989, p. 466, concl. M. Fornacciari.

ble motif d'intérêt général, d'autre part, une compensation du préjudice résultant soit de la modification soit de la résiliation. Cette deuxième condition suffit à exclure du pouvoir de modification unilatérale les clauses financières du contrat (et particulièrement celles qui fixent les prix du marché ou les redevances de la convention de délégation).

La sécurité juridique est garantie par le contrôle qu'exerce le juge du contrat sur le motif de la modification et de la résiliation et sur l'objet de la modification, et par la condamnation de la personne publique contractante à réparer le préjudice en résultant, que ce pouvoir ait été exercé pour faute ou sans faute, comme l'arrêt du 21 décembre 2007, *Région Centre et autres*, le montre encore : la sécurité juridique est assurée par la sécurité financière.

Elle ne l'est pas, en principe, par le pouvoir du juge d'annuler la mesure de modification ou de résiliation lorsqu'elle est illégale. Jusqu'à présent le Conseil d'État ne le lui reconnaît que dans le cas de deux sortes de contrats : ceux que concluent entre elles les personnes publiques pour l'organisation du service public (31 mars 1989, *Département de la Moselle*, précité); ceux qu'elles concluent avec des entreprises en mettant à la charge de celles-là des investissements devant faire l'objet d'un amortissement pendant toute la durée du contrat⁵⁷. Mais, si, pour la première catégorie, le juge peut annuler aussi bien une mesure de modification qu'une mesure de résiliation, pour la seconde, il ne peut annuler que les mesures de résiliation⁵⁸.

La jurisprudence est trop limitée et en même temps trop hachée pour satisfaire la sécurité juridique. Certes on peut trouver suffisante la formule : l'ingénieur ordonne, l'entrepreneur exécute, l'administration paie, mais l'entrepreneur pourrait trouver autant intérêt à la fois à exécuter le contrat comme convenu et à être payé; et la formule, qui vaut pour les marchés classiques de travaux publics, n'est pas adaptée à des contrats plus complexes.

La recherche de la sécurité à laquelle a abouti l'arrêt *Tropic* en reconnaissant à la fois aux concurrents évincés le droit de saisir le juge contre le contrat attribué à autrui et au juge le pouvoir de choisir entre l'annulation et l'indemnisation compte tenu des intérêts en présence, devrait déboucher aussi sur le pouvoir du juge du contrat, pour tous les contrats administratifs, non seulement d'indemniser les conséquences dommageables d'une modification ou d'une résiliation illégale mais aussi d'annuler celle-ci lorsque l'annulation apparaît comme le meilleur moyen d'assurer les droits du cocontractant en même temps que la primauté du droit.

Ce n'est pas seulement une question de sécurité juridique, c'est tout simplement une solution de légalité.

Ainsi les rapports entre contrats publics et sécurité juridique doivent se traduire essentiellement en termes soit de légalité administrative soit de sécurité financière. L'idéal serait de combiner les deux.

57 - CE Sect., 28 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques*, rec. p. 723 ; *RDP*, 1972, p. 239, concl. M. Gentot, et p. 1245, note Waline ; *AJDA*, 1971, p. 649, chr. D. Labetoulle et Cabanes.

58 - CE Sect., 9 décembre 1983, *SA d'étude de participation et de développement*, rec. p. 498.

L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics

« Il n'est donc pas vrai, même dans les sociétés capitalistes les plus développées, que "tout est à vendre" »¹

Laurent Richer

*Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Avocat au barreau de Paris*

Tout au long du XX^e siècle la doctrine a souligné la place faite au pouvoir discrétionnaire par le droit public économique. Mais, progressivement, ce droit s'est enrichi de nouvelles règles procédurales, puis déployé en droit public de la concurrence et de la régulation. Du coup, il apparaît que, dans des cas de plus en plus nombreux l'action administrative est plus encadrée en matière économique qu'en d'autres domaines. Cette situation se rencontre en matière de contrats de l'administration.

En effet, les contrats de l'administration qui présentent un caractère économique sont conclus moins librement que les autres, parce qu'eux seuls relèvent des obligations de transparence et de concurrence. Comment caractériser la catégorie des contrats publics économiques au sein des contrats publics ?

Il pourrait sembler que tout contrat est économique dans la mesure où tout contrat réalise une opération d'échange. À cela, il est, cependant, possible d'objecter d'une part que tout contrat ne réalise pas un échange, d'autre part, que tout échange n'est pas économique.

Si, délaissant l'objet, on s'attache aux effets du contrat, il n'est guère possible d'identifier un ensemble bien déterminé, car on cherche vainement un exemple de contrat auquel il ne serait pas possible de prêter quelque effet économique. Certes, le degré d'« économicité » varie ; un monde sépare un marché public de 500 millions d'euros et une convention de coordination de l'article L. 2212-6 du CGCT ; pourtant, si le marché se donne d'emblée comme un objet économique, la convention de coordination des missions de police a des effets économiques, parce qu'elle a des répercussions budgétaires et parce que la sécurité publique est une condition fondamentale du bon fonctionnement des mécanismes de l'économie.

1 - M. Godelier, *Au fondement des sociétés humaines*, Albin Michel, 2007, p. 86.

Cela ne signifie pas qu'il faut renoncer à définir une catégorie de contrats publics économiques. Il existe, en effet, une méthode simple d'identification : un « contrat économique » est un contrat signé avec un « opérateur économique ». Il apparaît alors clairement que le marché public est un contrat économique, alors que la convention de coordination signée entre autorités de police n'est pas un tel contrat.

Sous l'influence du droit communautaire les contraintes imposées aux contrats publics se sont renforcées quand il s'agit de contrats économique. Pour autant, l'absence d'activité économique peut-elle justifier la non-application des règles de passation des contrats publics ; la notion d'opérateur économique a-t-elle vocation à servir de critère pour délimiter le champ d'application des règles de passation des contrats publics ? Et, symétriquement, lorsque l'activité économique est le fait non du cocontractant, mais du pouvoir adjudicateur, cela ne doit-il pas avoir un effet d'éviction sur les règles de passation des contrats publics, rendue inutiles ?

I. L'activité du cocontractant, activité économique

L'application des principes de transparence, publicité, concurrence est liée au caractère économique de l'activité du cocontractant. Lorsque ces principes ne sont pas intégrés au droit national, le doute existe sur la validité des contrats conclus avec un opérateur économique sans publicité et concurrence préalable. C'est le problème qui se pose pour les conventions d'occupation du domaine public² et qu'aura sans doute à résoudre un jour le Conseil d'État. On traitera seulement ci-après de ce qui a déjà fait l'objet de décisions ou d'avis du Conseil d'État.

Dans l'avis qu'il a donné sur le projet de code des marchés publics en 2006 le Conseil d'État a indiqué que « *les contrats par lesquels une personne publique commande des prestations de service ne constituent des marchés publics soumis au code que si les cocontractants de l'administration sont, comme le précise l'article 1^{er} du code, des opérateurs économiques* » (EDCE, 2007, n° 58, p. 83). Nombre de commentateurs ont considéré que cette solution, selon eux contestable, a été consacrée et étendue à la délégation de service public par l'important arrêt de Section du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*³ qui juge que les collectivités publiques peuvent confier la gestion d'un service public sans passer de contrat de délégation de service public ou de marché public et, donc, sans mise en concurrence, « *lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles*

2 - V. Conseil de la concurrence, avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 ; S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 53 et suiv.

3 - *BJDCP*, 2007, n° 53, p. 283, concl. Séners ; *RFDA*, 2007.812, concl. F. Séners, note J.-C. Douence ; *AJDA*, 2007, p. 1020, chr. F. Lenica et J. Boucher ; *JCPA*, 2007, p. 2128, note Pontier ; *JCPA*, 2007, p. 2125, note Linditch ; *JCPA*, 2007, p. 2111, note Karpenschiff ; *Contrats et marchés publics*, 2007/com. 191, note Eckert ; *Dr. Adm.*, 2007, p. 95, note Bazex et Blazy.

s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

Selon cette formulation, les deux notions d'opérateur économique et d'opérateur sur un marché concurrentiel doivent être distinguées. Est-ce possible et logique ?

La thèse qui sera ici développée est d'une part que la notion d'« opérateur économique » ne peut pas constituer un critère d'application du principe de transparence et des législations et réglementations applicables aux marchés publics, concessions ou délégations de service public, d'autre part, que la notion d'« opérateur sur un marché concurrentiel » peut légitimement fonder des restrictions à l'application des règles sur la passation des contrats susmentionnés sans pouvoir, pour autant, être considérée comme un critère opératoire, ce n'est qu'une idée directrice.

A. Opérateur économique

L'avis du Conseil d'État sur le projet de code de 2006 est directement inspiré par l'article 1^{er} de la directive 2004/18 selon lequel « *les "marchés publics" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive* ».

La notion d'opérateur économique ne fait pas l'objet d'une définition, ce qui est normal car, selon l'article 1^{er} § 8 de la directive 2004/18 : « *le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte* ». Cette dernière phrase paraît signifier que l'expression « opérateur économique » n'a pas de contenu conceptuel, qu'il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de savoir si l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services agit en tant qu'opérateur économique.

De son côté, la CJCE, pour qualifier un contrat de marché public de travaux, relève dans l'arrêt Auroux⁴ que « *la SEDL, en tant qu'opérateur économique actif sur le marché qui s'engage à réaliser les travaux prévus par la convention, est à qualifier d'entrepreneur au sens de la directive* » 93/37. Et pour les concessions la Commission observe que « *dans la mesure où ces concessions résultent d'actes étatiques ayant pour objet des prestations d'activités économiques ou la fourniture de biens, elles sont soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière* » (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire ; JOCE, 2000/C 121/02 du 29 avril 2000, § 2).

La notion d'opérateur économique peut donc apparaître comme un des critères de définition du marché public et de la concession et à partir du moment où un

4 - CJCE, 18 janvier 2007, affaire 220/05, rec. p. 385, point 44.

contrat n'est pas conclu avec un opérateur économique, il ne serait pas un marché ou une concession.

Ce raisonnement paraît, cependant, difficile à admettre. En effet, si un contrat présente les caractéristiques du marché ou de la concession, il porte nécessairement sur une opération consistant à fournir un bien ou service à titre onéreux. Or, à partir du moment où le cocontractant fournit un bien ou une prestation à titre onéreux, son activité est économique, car une activité économique est « une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large » (CJCE, 7 novembre 1996, *Züchner*, C-77/95, rec. 5689, point 13). C'est en ce sens qu'a statué la CJCE pour répondre à un argument tiré par l'Italie de ce que les contrats de transports sanitaires conclus à titre onéreux, mais avec des associations désintéressées, comme la Croix-Rouge, ne seraient pas des marchés publics. La Cour a rejeté cet argument en se référant à la définition jurisprudentielle de l'entreprise « au sens des dispositions du traité relatives à la concurrence » (CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-119/06, point 37) et, conformément à cette définition, elle a jugé que ni la nature (sociale), ni les conditions d'exercice de l'activité (absence de but lucratif) ne faisaient obstacle au caractère économique de l'activité exercée⁵.

Il ne semble pas inexact de synthétiser l'état du droit en affirmant que si un contrat présente les caractéristiques du marché ou de la concession, le cocontractant est un opérateur économique.

À cela il pourrait être objecté que dans la jurisprudence en matière de concurrence la CJCE a admis que certaines activités « non marchandes » ne sont pas des activités économiques⁶.

N'ont pas ce caractère les activités régaliennes et les activités sociales reposant sur un principe de solidarité. Ne faut-il pas admettre que si un contrat à titre onéreux confie une prestation relevant d'une telle activité il échappe aux règles du droit économique ?

Cela paraît difficile à envisager.

Prenons l'exemple des activités régaliennes. Cette notion d'activité régalienne est conçue assez largement ; il ne s'agit pas seulement de l'exercice de prérogatives de puissance publique : ont été considérées comme des activités régaliennes des activités de lutte contre la pollution, relevant par leur but de la police⁷. Peut-on accepter qu'un contrat portant sur un service de dépollution ne soit pas soumis au principe de transparence au motif qu'il poursuit un but de police ? Pourrait-on, de même, admettre que soit soustrait à toute mise en concurrence

5 - Tout au plus l'arrêt admet-il, *a contrario*, que pourrait ne pas être un marché public le contrat qui prévoirait le simple remboursement des frais (point 48)

6 - Cf. M. Waelbroeck et A. Frigani, *Concurrence*, commentaire Mégret, t. 4, 1997, p. 35 et suiv. ; L. Ancelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; P. Maddalon, *La notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, 2007, p. 253 et suiv. ; A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, p. 235 et suiv.

7 - Exemple : CJCE, 18 mars 1997, *Cali*, affaire C-343/95, rec. 1547 ; décision de la Commission du 9 novembre 2005 concernant la mesure mise à exécution par la France en faveur des mines de potasse d'Alsace, *JOUE*, L 86/20 du 24 mars 2006.

le contrat par lequel un exploitant public d'aéroport confie à une entreprise de surveillance l'inspection – filtrage⁸ des voyageurs, au motif que cette mission relève de la police ? Cela ne paraît pas concevable.

En réalité, la notion d'opérateur économique présente un caractère relatif, elle ne peut être définie dans l'absolu et à partir du moment où l'opérateur d'une activité, fût-elle régalienne, l'exerce à titre onéreux sous la forme d'une prestation de service⁹, il intervient en tant qu'opérateur économique.

Dans ces conditions, il apparaît que la notion d'opérateur économique ne peut être un critère du marché public ou de la concession ou de la délégation de service public.

C'est sans doute la raison pour laquelle, en fin de compte, la réflexion du Conseil d'État s'étant affinée depuis l'avis de 2006 sur les codes des marchés publics, l'arrêt *Commune d'Aix* ne fonde pas la solution qu'il retient sur cette notion d'opérateur économique.

B. Opérateur sur un marché concurrentiel

Il résulte de l'arrêt *Commune d'Aix* que, même dans le cas où sont réunis les éléments économiques de l'opération d'achat public ou de délégation d'activité publique, le principe et les règles de transparence ne s'appliquent pas dès lors que « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers (...) ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Il ne résulte pas de l'arrêt que les relations du pouvoir adjudicateur avec le « tiers » n'ont pas un caractère économique, la distinction est faite entre opérateur économique et opérateur sur un marché concurrentiel.

Une telle distinction a-t-elle un sens ?

On pourrait être tenté d'objecter que les deux notions sont synonymes. En effet, selon la CJCE « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁰.

Mais, la jurisprudence communautaire n'exige pas une concurrence effective. Après avoir considéré qu'une activité est économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, dès lors qu'elle s'exerce ou est « susceptible » de s'exercer en concurrence avec des entreprises privées, la Cour juge que l'activité est économique si elle s'exerce dans les conditions du marché : « *ce n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement, être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais le fait que l'activité est exercée dans* ».

8 - Cf. article L. 282-8 code de l'aviation civile : « *sont également habilités à procéder à ces fouilles et visites, sous le contrôle des officiers de police judiciaire ou des agents des douanes..., les exploitants d'aérodrome, les entreprises qui leur sont liées par contrat* ».

9 - Sur la relation entre les deux notions cf. P. Thieffry, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA*, 2007, p. 1331.

10 - CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e. a.*, affaire C-180/98 à C-184/98, rec. p. 6451 ; 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, affaire C-475/99, rec. p. 8089

des conditions de marché. Celles-ci sont caractérisées par un comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché, même si les dispositions légales en vigueur empêchent l'émergence d'une concurrence réelle sur ce marché » (concl. Poiaras Maduro sur CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, affaire C-205/03 P, rec. 6295, § 13).

Il est, par conséquent, tout à fait possible qu'un opérateur économique n'intervienne pas sur un marché concurrentiel ou même sur un marché. La CJCE a même admis que le titulaire d'un contrat d'emploi peut être un opérateur économique¹¹.

Une fois reconnu que l'absence d'intervention sur un marché concurrentiel n'est pas incompatible avec le caractère d'opérateur économique, il est concevable que le titulaire d'un contrat répondant à la définition du marché public ou de la concession, parce qu'il a pour objet une prestation à titre onéreux, soit un opérateur économique mais ne soit pas un opérateur sur un marché concurrentiel et l'exclusion du champ d'application des règles de passation des contrats publics des contrats conclus avec des opérateurs n'intervenant pas sur un marché concurrentiel paraît logique dans la mesure où lesdites règles ont pour raison d'être la préservation de la libre concurrence contre les défaillances du marché liées à la présence d'un acheteur public (sur ce point v. not. P. Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, 2004, p. 63 et suiv.).

Au demeurant, cette définition du champ d'application par référence à la *ratio legis* est présente dans la législation communautaire : les directives 2004/17 et 2004/18 ne s'appliquent pas aux « contrats d'emploi », l'article 1^{er} § 8 de la directive 2004/18 dispose que « les termes "entrepreneur", "fournisseur" et "prestataire de services" désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché », cette dernière précision (« sur le marché ») étant une innovation de 2004, la directive 2004/18 ne s'applique pas aux marchés de service conclus avec les titulaires d'un droit exclusif.

De son côté, une jurisprudence célèbre a admis que si le marché ou la concession est conclu par le pouvoir adjudicateur avec un opérateur qui est placé sous sa dépendance (« in house »), ni les directives, ni les principes du Traité ne sont applicables, ce qui peut s'expliquer par l'absence de mise sur le marché de la prestation fournie par l'opérateur interne.

Dans son principe, la solution de l'arrêt *Ville d'Aix* consistant à dispenser de mise en concurrence les contrats avec un tiers autre qu'un opérateur sur un marché concurrentiel est donc dans la logique du droit européen des contrats

11 - Exemple : CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, affaire 66/85, rec. p. 2121, qui décide à propos de la situation d'un enseignant stagiaire « qu'on ne saurait [...] objecter que les prestations accomplies dans le cadre de l'enseignement ne rentrent pas dans le champ d'application du traité comme n'étant pas de nature économique » et ce, alors même que le stagiaire relève d'un statut de droit public – point 20 de l'arrêt.



publics, qui définit des règles de passation afin de préserver le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché.

Mais, une fois admis le principe, on a plus de difficulté à voir dans la notion d'opérateur sur un marché un « critère » permettant de circonscrire le champ d'application des règles de publicité et concurrence et cela à cause des éléments qui servent à définir la notion d'opérateur sur un marché concurrentiel, selon l'arrêt *Ville d'Aix*, à savoir « la nature de l'activité en cause » et les « conditions particulières » dans lesquelles elle est exercée par le tiers.

La référence qui est faite à la nature de l'activité est ambiguë dans la mesure où elle peut donner à penser que c'est le caractère régalien ou « solidariste » de l'activité qui pourrait être pris en considération, ce qui, on l'a vu, n'est pas acceptable, si l'on admet avec nous que le prestataire d'une telle activité n'en peut pas moins être un opérateur économique. La référence aux conditions particulières dans lesquelles le tiers exerce l'activité n'est utilisable que si ces conditions correspondent à une des situations dérogatoires admises par le droit communautaire, ce qui renvoie à l'exclusion du contrat d'emploi, du contrat « *in house* » ou à toute exclusion fondée sur des motifs établis dans le traité CE, tels par exemple la sécurité publique ou la santé publique, ou sur des intérêts généraux au sens de la jurisprudence « *Cassis de Dijon* ».

Dans ces conditions, la notion d'opérateur sur un marché concurrentiel n'apparaît pas en droit communautaire comme autre chose qu'une idée-force sous-tendant un ensemble de règles particulières, elle n'est pas un critère opératoire par lui-même.

Mais, fera-t-on observer, les principes et règles communautaires ne s'imposent que pour les contrats qui comportent une dimension transfrontalière¹², c'est-à-dire sont susceptibles d'intéresser des entreprises d'autres États membres, ce qui est loin de concerner la majorité des contrats économiques publics. En dessous des seuils communautaires, pour les petits marchés, les petites concessions, le droit français est libre de tirer les conséquences de l'absence d'opérateur sur un marché concurrentiel. Un pouvoir adjudicateur pourrait alors ne pas mettre en concurrence une prestation à titre onéreux, parce qu'il estimerait que les exigences de l'intérêt général ou de l'organisation du service public justifient des conditions de rémunération ou des contraintes qui rendent inconcevable ou improbable la compétition. Si tel est le cas, la jurisprudence *Commune d'Aix* peut être riche de développements, mais cela au prix d'un dédoublement partiel du droit des contrats publics, car il est à penser que la « productivité » de la notion sera plus forte au niveau national qu'au niveau communautaire.

Ce risque de dédoublement du droit des contrats publics apparaît également quand on envisage l'activité économique du côté du pouvoir adjudicateur.

12 - Ce qui est le cas si le contrat n'a pas d'impact sur le commerce intracommunautaire (cf. CJCE, 26 avril 2007, *Commission c/ Finlande*, affaire C-195/04, BJDCP 2007, p. 348, concl. Sharpston ; CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, affaire C-507/03.

II. L'activité contractuelle publique, activité économique

L'expression *activité contractuelle publique*, que nous empruntons aux juristes italiens¹³, désigne l'ensemble d'actes juridiques et matériels concourant à la passation des contrats de l'administration. Cette activité consiste à accueillir ou solliciter des propositions de contrat, rédiger et publier des documents et projets, négocier des contrats et, enfin, les signer et accomplir les éventuelles formalités subséquentes. Par elle-même, une activité contractuelle n'a pas un caractère économique, même s'il n'est pas inconcevable qu'elle prenne un tel caractère lorsque les actes qu'on vient d'énumérer sont accomplis à titre onéreux pour le compte d'un tiers, par exemple dans le cadre d'une activité de mandataire. Il est également logique d'admettre que, lorsque ces actes sont passés pour les besoins d'une entreprise, ils ont eux-mêmes un caractère économique et que, à l'inverse, s'ils visent à satisfaire aux exigences d'une activité non économique, ils n'ont pas un caractère économique.

Le droit de la concurrence n'est pas applicable aux pratiques d'entente ou d'exploitation abusive de position dominante lorsque l'activité contractuelle n'est pas économique. Telle est la solution de principe qui est appliquée à l'activité contractuelle publique, mais cette solution fait l'objet de remises en cause.

A. Immunité de l'activité contractuelle publique

Bien que l'état du droit jurisprudentiel ait connu des évolutions non négligeables depuis 1989, on peut considérer comme toujours valable l'affirmation qui figure dans le célèbre arrêt *Ville de Pamiers*¹⁴ : les règles de la concurrence ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant qu'elles se livrent à des activités de production, de distribution et de services or, « *l'organisation du service public de distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité* ». L'« *activité normative contractuelle* »¹⁵ n'est pas une activité économique relevant du droit de la concurrence.

Le développement postérieur de la jurisprudence n'entame pas cette affirmation. En effet, si le droit de la concurrence en est venu à être appliqué par le juge administratif aux collectivités publiques à l'occasion de leur activité contractuelle, c'est soit parce qu'elles ont induit une pratique anticoncurrentielle de la part des entreprises privées, soit parce qu'elles ont adopté un acte contrariant

13 - Voir par exemple A. Crosetti, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Turin, Giappichelli, 1984 ; G. Fazio, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milan, Giuffrè, 1988-1989, II.

14 - Tribunal des conflits du 6 juin 1989, *Préfet d'Île-de-France c/ SAEDE/Ville de Pamiers*, rec. 293 ; *RFDA*, 1989, p. 459, concl. B. Stirn ; *AJDA*, 1989, p. 467, note M. Bazex ; *RDP*, 1989, p. 1780, note Y. Gaudemet ; *JCP* 1990, II, p. 21395, note F. Terneyre.

15 - S. Destours et G. Clamour, « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *JCL, Coll. Territ.*, Fasc. 724, n° 164.



l'effet utile des règles de la concurrence qui leur sont « opposables », mais pas pour autant « applicables »¹⁶.

En dépit de l'étroite insertion dans le marché – et donc dans le droit de la concurrence – de l'activité contractuelle de dévolution du service public, cette activité reste dénuée de caractère économique, non pas tant par son caractère de puissance publique (qui n'est mentionné dans l'arrêt *Ville de Pamiers* qu'*in fine*¹⁷ et pour justifier l'incompétence du juge judiciaire et non l'inapplicabilité du droit de la concurrence) que par son objet qui est l'organisation du service public, laquelle est considérée comme étrangère à la sphère économique, même quand il s'agit d'un service public économique. Cette notion d'organisation du service public a été reprise ultérieurement par le Conseil d'État, qui a considéré, dans l'avis du 23 octobre 2003 Fondation Jean Moulin¹⁸, qu'une convention d'organisation du service public n'est pas un contrat relevant de la directive sur les marchés publics.

C'est pour un motif assez proche que l'activité consistant à attribuer des autorisations sur le domaine public n'est pas considérée comme une activité économique : « l'attribution [...] de la jouissance d'une partie du domaine public pour y exercer une activité commerciale ne constitue nullement une activité de production, de distribution ou de services [...], mais un acte de gestion du domaine public et l'exercice [...] de prérogatives de puissance publique » (CA Paris, 6 juin 2000, *BOCCRF*, 25 juillet 2000, p. 389). Comme dans l'arrêt *Ville de Pamiers*, deux motifs coexistent, mais celui qui est tiré de l'existence de prérogatives de puissance publique ne se rapporte qu'à la question de compétence, ainsi que cela résulte, d'ailleurs, clairement d'un arrêt de la Cour de cassation qui juge que « les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution et de services [...] ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence » (Com., 16 mai 2000, *NAVSA* ; voir aussi : concl. Stahl, CE Sect., 26 mars 1999, soc. EDA, rec. 96).

Pour une raison différente, l'activité d'achat public, c'est-à-dire celle de passation des marchés publics, n'est pas non plus une activité économique¹⁹, mais cela n'est pas lié au caractère public de l'activité : les conditions dans lesquelles des administrations aussi bien que des entreprises choisissent une prestation, n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence (Conseil de la concurrence, 2 mars 1994, 94-D-15) ; le choix des entreprises et les modalités d'application du marché « ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce » (Conseil de la concurrence, 17 février 2005, O5-D-04). L'interprétation ainsi

16 - Cf. O. Guezou, note sous CE, 23 juillet 1993, CGE, *LPA* 8/7/94, n° 81, p. 15 et de façon générale : S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 53 et suiv.

17 - Curieusement, ni dans le Recueil Lebon, ni sur Legifrance n'est reproduit le dernier considérant de la décision du TC : « considérant que dès lors que l'allégation de pratiques anticoncurrentielles... ne tend en réalité, qu'à faire échec à l'exécution de la décision d'une collectivité territoriale prise dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique... »

18 - EDCE, n° 55, p. 209 ; *CP-ACCP*, 2004, n° 34, note E. Fatôme et L. Richer.

19 - Cf. C. Bréchon-Moulènes (dir.), *Droit des marchés publics*, Éditions Moniteur, III. 132.2 (par O. Guezou).

retenue de la notion d'activité économique a un caractère fonctionnel : le droit de la concurrence ne s'applique pas aux actes d'achat parce qu'une telle application est rendue inutile par le fait que l'acheteur n'a pas intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles (Conseil de la concurrence, 24 avril 2003, 03-D-22, § 18).

Il est clair, dans ces conditions, que c'est à la nature intrinsèque de l'activité que s'attache la jurisprudence pour la qualifier, sans tenir compte de l'existence d'effets sur le marché.

Cette façon d'isoler l'activité de son contexte suscite depuis longtemps des réserves. Ainsi, dans l'affaire *Ville de Pamiers*, la cour d'appel de Paris avait admis l'application du droit de la concurrence à l'activité de dévolution du service public en s'appuyant sur l'existence d'effets sur le marché²⁰ et d'éminents auteurs ont émis des doutes, depuis longtemps, sur la solution relative aux actes d'achat (cf. G. Canivet et M.-C. Boutard-Labarde, *Droit français de la concurrence*, 1994, n° 16).

Il est vrai qu'il peut paraître étrange de voir échapper au droit de la concurrence des activités auxquelles l'État entend imprimer un caractère de plus en plus économique. En matière de domaine public, les propriétaires publics sont encouragés à développer la valorisation de leur patrimoine, notamment à l'occasion de la délivrance des autorisations d'occupation et d'utilisation. En matière de marchés publics, les réformes des dernières années ont été orientées prioritairement vers la valorisation de l'aspect économique de l'activité d'achat public par l'introduction de plus de flexibilité. Il peut sembler contradictoire de laisser en dehors du droit de la concurrence des activités de plus en plus immergées dans le marché.

Sans aller jusqu'à sauter le pas en supprimant les frontières dont on vient de rappeler les tracés, la jurisprudence est venue opérer quelques rectifications dans les secteurs de l'occupation domaniale et de l'achat public.

B. Levée partielle d'immunité

En ce qui concerne les contrats (ou autorisations) d'occupation du domaine public, il a été admis qu'existe une forme de gestion domaniale qui a un caractère économique : à côté de l'activité de délivrance d'un titre d'occupation du domaine public, l'offre d'une prestation de services sous forme d'utilisation du domaine public. S'agit-il de deux qualifications conjointes pour la même activité ou de deux types d'activités ?

La CJCE juge que la « mise à disposition d'infrastructures par des entités chargées de celles-ci » constitue une activité de nature économique (CJCE, 24 octobre 2002, ADP, affaire C-82-01, rec. 9297), ce qui amène à considérer que tout contrat d'occupation du domaine public est concerné²¹, même si la Cour de cassation paraît faire une distinction entre « offre d'une prestation de services » et délivrance d'un

20 - « En faisant appel à plusieurs entreprises spécialisées afin de choisir celle à qui serait confiée la distribution d'eau, la Ville de Pamiers a exercé une action sur le marché » (Paris, 30 juin 1988, SAEDE, *Gaz. Pal.*, 1988, II, 60, note L. Richer).

21 - En ce sens S. Destours et C. Clamour, *op. cit.*, n° 227.

titre d'«occupation privative du domaine public» (Com., 7 janvier 2004, *APH-PAR*, pourvoi 00-12451). Cela conduit logiquement à ce que le droit de la concurrence est toujours applicable à l'activité de conclusion de contrats d'occupation du domaine public, l'utilisation éventuelle de prérogatives de puissance publique n'ayant d'incidence que sur la répartition des compétences²².

L'extension de la notion d'activité économique concerne aussi les marchés publics, pour le moment, seulement en droit communautaire.

Le droit communautaire des marchés publics s'applique à tout achat public quelle qu'en soit la finalité²³. Le droit communautaire de la concurrence, quant à lui, fait un sort particulier à l'achat pour revendre.

Alors que, comme on l'a vu, le droit de la concurrence ne s'intéresse pas, en principe, au comportement de l'acheteur, il en va autrement quand l'acheteur est aussi vendeur. La différence entre les deux situations avait été soulignée par MM. Waelbroeck et Frigani²⁴.

C'est la thèse qu'est en voie de consacrer la jurisprudence *FENIN*²⁵. Dans cette affaire une plainte a été déposée contre un pouvoir adjudicateur pour exploitation abusive de position dominante consistant à imposer de trop longs délais de paiement à des fournisseurs dépendants. Ce pouvoir adjudicateur conclut des marchés pour acheter du matériel médical utilisé dans la fourniture de services de santé gratuits à ses affiliés. La Commission ayant rejeté la plainte des fournisseurs, ceux-ci ont saisi le TPICE qui a confirmé le rejet (4 mars 2003, *FENIN*, T-319/99); la CJCE saisie d'un pourvoi l'a rejeté (11 juillet 2006, *FENIN*, C-205/03P) en considérant qu'en l'espèce l'activité d'achat n'a pas un caractère économique.

Le raisonnement du juge communautaire est le suivant :

– l'activité d'achat ne doit pas être dissociée de l'utilisation ultérieure qui est faite du produit acheté;

22 - Étant cependant observé que l'incompétence des autorités de la concurrence n'est pas sans poser problème au regard du droit communautaire, car « *l'on voit mal comment cette jurisprudence restreignant les compétences de l'ANC en droit communautaire pourrait être maintenue, ne serait-ce que parce qu'il est impossible d'inclure les juridictions administratives dans le Réseau européen de concurrence* » (L. Idot, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 57).

23 - L'achat pour revendre n'est exclu que du champ d'application de la directive 2004/17 et seulement dans quelques cas précis.

24 - « *Si les achats se font pour les besoins d'une activité qui, en elle-même, est une activité d'entreprise, il n'est pas douteux que ces achats participent de la même nature. Mais s'ils sont destinés à assurer le fonctionnement de l'État en sa qualité d'autorité publique, nous ne pensons pas qu'on puisse y voir une activité d'entreprise, quels que soient par ailleurs les effets qui puissent en résulter pour le fonctionnement du marché. Il en est ainsi, notamment, si les achats visent à couvrir des besoins non économiques de l'État, tels la défense nationale, l'instruction publique, la culture* », (W M. aelbroeck et A. Frigani, *Concurrence*, commentaire Mégret, t. 4, 1997, p. 40).

25 - Tribunal de première instance des Communautés européennes du 4 mars 2003, *FENIN/Commission*, (T 319/99, rec. p. II-357), CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, affaire C-205/03 P ; *RLC*, 2006.53, note Destours ; O. Guezou, « Certains demandeurs sont des offreurs comme les autres », *CP-ACPP*, n° 25, septembre 2003, p. 59 ; R. Kovar, « Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 2007. Étude 1 ; L. Idot, « Activité d'achat et application du droit des pratiques anticoncurrentielles », *Europe*, 2006.288.

- si cette utilisation ultérieure consiste à offrir des biens ou des services sur un marché, il s'agit d'une activité économique ;
- en l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs ont une activité purement sociale fondée sur le principe de solidarité.

Il s'en déduit *a contrario* que, dans les cas où l'activité à laquelle se rattache l'activité contractuelle a un caractère économique, le droit de la concurrence s'applique.

Compte tenu de l'extension donnée à la notion d'activité économique, une part importante de l'achat public a vocation à entrer dans le champ d'application du droit de la concurrence. Tel est le cas non seulement des achats des services publics à caractère industriel et commercial, mais aussi des achats de la plupart des services culturels et sociaux comme par exemple ceux qui interviennent dans les secteurs du logement ou de la santé quand leur activité n'est pas fondée sur le principe de solidarité. Cette situation aboutit à remettre en question la cohérence des relations entre droit des contrats publics, et plus particulièrement des marchés publics, et droit de la concurrence.

C. Rupture d'équilibre

Il peut paraître peu logique de ne soumettre qu'une partie de l'activité d'achat public au droit de la concurrence, alors que tout le mouvement de réforme des marchés publics vise à faire de l'achat public une activité économique ; en sens inverse, il ne semble guère cohérent de soumettre au droit de la concurrence l'activité d'achat public, alors que l'une des principales justifications de la réglementation des marchés publics est que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas soumis à la concurrence. Ces deux critiques posent ainsi le problème de la coexistence entre droit de la concurrence et droit des marchés publics.

La première critique, celle qui est tirée du caractère économique de tout achat public, peut être écartée. En effet, quand le code des marchés publics entend donner à l'achat public un caractère économique, il ne faut pas entendre par là que cette activité serait économique au sens du droit de la concurrence. L'idée des réformateurs est que les modalités de passation des marchés publics doivent être rapprochées de celles qui sont utilisées par les entreprises privées, de manière à faire prévaloir les considérations économiques sur l'obsession réglementaire ; mais il ne s'agit là que d'un simulacre. En effet, l'introduction d'une plus grande flexibilité dans les procédures ne suffit pas, à elle seule, à transformer la nature de l'activité d'achat public dans son ensemble. Comme l'a relevé, récemment, un rapport américain « *personne ne s'attend à ce que l'administration soit un véritable acheteur commercial, compte tenu des contraintes constitutionnelles sur la dépense publique, du contrôle sur celle-ci, des obligations de mise en concurrence, des objectifs économiques et sociaux* »²⁶.

La deuxième critique amène à remettre en cause l'existence même d'une réglementation des marchés publics, du moins au niveau communautaire.

26 - Acquisition Advisory Panel, *Report of the Acquisition Advisory Panel to the Office of Federal Procurement Policy and the United States Congress*, (January 2007). http://www.acqnet.gov/comp/aap/24102_GSA.pdf.



Cette réglementation repose sur un présupposé de base : les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne sont pas soumis aux forces du marché et, par conséquent, ne sont pas poussés par la rationalité économique, c'est-à-dire par leur intérêt, à rechercher l'achat le plus avantageux économiquement, il en résulte le risque de discrimination irrationnelle, notamment sous forme de préférence nationale. La place fondamentale de ce raisonnement a été particulièrement mise en évidence par l'évolution de la directive sur les marchés des entités dans les secteurs de réseaux, puisque, au fur et à mesure de la libéralisation des secteurs concernés, les marchés conclus dans lesdits secteurs sont soustraits à la réglementation, soit par voie générale, ce qui correspond au cas des télécommunications qui ne sont plus visées par la directive 2004/17, soit par la voie d'une décision de l'article 30. Mais le lien entre réglementation des marchés et absence de soumission de l'acheteur à la concurrence ne se vérifie pas seulement dans le secteur des réseaux ; il constitue un des postulats de base de la réglementation communautaire, dont l'objectif est de pallier les défaillances du marché spécifiques au secteur public (P. Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, *op. cit.* ; *loc. cit.*). À maintes reprises, cet objectif a été rappelé par les avocats généraux : « *l'application des directives doit empêcher que les organismes qui ne sont pas soumis aux lois du marché donnent une préférence à un soumissionnaire* » (concl. S. Alber sur CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen ex parte University of Cambridge*, affaire C. 380/98).

La soumission de l'activité contractuelle publique aux règles de la concurrence, et par là, la consécration de son caractère économique, signifie que cette activité peut être soumise aux lois du marché ; alors, la réglementation des marchés publics et autres contrats publics devient inutile et devrait donc cesser de s'appliquer.

Corrélativement, dès lors que cette réglementation existe, la référence à la notion d'activité économique est inutile, autant que cette notion est incertaine.

En fin de compte, la cohérence du système juridique en matière de contrats publics est affectée par l'incertitude de la notion d'activité économique, par les résistances nationales à l'invasion de la discipline économique, par la remise en cause potentielle et partielle de l'existence d'une réglementation des contrats publics qui résulte de l'extension du droit de la concurrence. De nouvelles frontières sont à délimiter, le Protocole sur les SIG annexé au traité de Lisbonne devrait guider la démarche²⁷.

27 - Article premier : « *Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment :*

- *le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;*
- *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 ;*
- *un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ».*

Article 2 : « *Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général* ».



L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer

Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes

L'invitation du Conseil d'État permet d'apporter quelques éléments de réflexion sur le contrat administratif au regard du droit communautaire. En tant qu'avocat général à la Cour de justice, figure qui puise ses racines dans celle du commissaire du gouvernement, mais également comme juge de la chambre du contentieux administratif du Tribunal Supremo espagnol, je suis heureux d'apporter avec cette double expérience ma contribution aux débats. À ce titre, et ainsi que le définit le Conseil d'État dans son désormais célèbre arrêt *Sieur Gervaise*, du 10 juillet 1957, j'accomplirai ma tâche avec l'esprit de celui qui a l'obligation de «faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions suivant sa conscience».

I. Genèse et signification du contrat administratif dans l'ordre communautaire

Le contrat administratif constitue aujourd'hui l'un des domaines les plus important et dynamique en Europe. Représentant approximativement 16 % du produit intérieur brut de l'Union, la passation de contrats par les pouvoirs publics inonde le marché commun, accentue le développement de secteurs économiques entiers et en même temps accompagne sa transformation. Il n'est pas difficile d'en déduire qu'un instrument d'une telle importance est décisif à l'heure de construire le marché intérieur. Mais précisément par son importance, toute entrave à la passation de contrat administratif peut contribuer à ce que la libre circulation, *a fortiori* la concurrence sur le marché, soit affectée et porte atteinte de ce fait aux fondements de l'Union.

Les dispositions des traités constitutifs adoptées en vue de combattre les tentations protectionnistes des pouvoirs publics nationaux ne manquent pas. Les libertés de circulation, d'établissement et de prestation de services, représentent des garanties normatives prohibant la fermeture des frontières et permettent à ceux qui le désirent de concourir aux marchés publics des administrations des

autres États membres. En outre, l'article 12 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après TCE), dont le texte interdit toute discrimination en raison de la nationalité, agit comme un frein aux tentations protectionnistes. Avec la même intensité, les articles 81 TCE et 82 TCE, d'un côté, et l'article 86 TCE, d'un autre côté, réduisent le danger que la passation de contrat administratif intègre des conduites anticoncurrentielles qui fausseraient le bon fonctionnement du marché intérieur.

Appréhendant les risques d'entraves qu'encourageaient les marchés publics, au regard des objectifs de la Communauté européenne, le législateur ne tarda pas à réagir¹. Dès 1961, avec l'adoption de programmes généraux, la Commission européenne approuva un premier paquet de directives² dont le point déterminant fut atteint à la fin des années quatre-vingt³. Après cette période de réformes est intervenue une nouvelle vague législative dont l'objectif principal fut une refonte complète du système⁴.

Les directives de passation des marchés publics constituent, aujourd'hui, une authentique clef de voûte de l'ordre administratif européen. À cet égard, la Cour de justice des Communautés européennes a joué un rôle essentiel dans leur appréhension. En effet, c'est à travers la résolution des questions préjudicielles d'interprétation, posées par les juridictions nationales, ainsi qu'à travers les recours en manquement introduits par la Commission, que la jurisprudence de la Cour a encouragé sans coup férir l'application des normes communautaires. À cet égard, il convient de noter que, avec détermination et autorité, la Cour n'a jamais hésité à retenir l'interprétation la plus favorable aux intérêts des opérateurs économiques exerçant au sein du marché intérieur face aux pratiques protectionnistes de certaines administrations.

Ce travail prétorien et plus particulièrement les développements de ces quinze dernières années sont ceux que j'exposerai brièvement tout au long de cette contribution.

II. Les acteurs de la relation contractuelle

Parmi les grands blocs composant la théorie du contrat administratif, le droit communautaire a structuré des notions de *sujets* et d'*objets* de cette relation juridique. Aussi, dans mon premier point, je me focaliserai sur les principaux apports dégagés par la Cour de justice au fil du temps. Pour ce faire,

1 - C. Bovis, *EC Public Procurement : case law and regulation*, OUP, Oxford, 2006 ; Brabant A., *Les marchés publics et privés dans l'UE et outre-mer*, tomes I et II, Bruylant, Bruxelles, 1992 et 1996 ; P. Flamme, P. Quertainmont et D. Batselé, *Initiation aux marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1999 ; J.A. Moreno Molina, *Contratos públicos : Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996, chapitre IV et Viana C., *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, partie III.

2 - Directives 70/32/CEE, 71/304/CEE, 71/305/CEE et 77/62/CEE.

3 - Directives 89/665/CEE, 92/13/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, et 93/38/CEE.

4 - Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.



j'introduirai mon propos en soulignant la notion de pouvoir adjudicateur, équivalente, bien que plus sophistiquée et complexe, à celle de « pouvoirs publics ». Ensuite je mettrai en exergue quelques aspects significatifs qui entourent le concept de contractant et, enfin, je dégagerai les relations entre ces autorités publiques.

II. 1. La définition évolutive du pouvoir adjudicateur

Le droit communautaire des contrats publics reste applicable lorsque certaines conditions subjectives sont remplies, amenant inévitablement à donner une définition autonome d'« autorité publique ». En réalité, la nature publique de ce type de relations contractuelles justifie cette catégorisation, et ce n'est pas fortuit si les directives ont établi certaines conditions objectives pour préciser ce qu'est « un pouvoir adjudicateur ». Pour cela, la partie à l'initiative du contrat devrait intégrer « l'État », entendu comme tel ; il s'agit de tous les organismes qui de façon cumulative a) jouissent de la personnalité juridique, b) sont créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général sans revêtir un caractère industriel ou commercial, et c) sont majoritairement financés par l'État, avec une gestion soumise à un contrôle effectif du pouvoir public⁵.

Il va s'en dire qu'il existe une difficulté considérable au moment de soumettre ces conditions à la réalité plurielle que représentent les vingt-sept administrations nationales, pratiquant des conceptions différentes dès lors qu'il s'agit d'articuler la notion d'autorité publique. C'est pourtant à cette tâche que s'est attelée une jurisprudence laborieuse de la Cour que je souhaiterais à présent exposer.

Le point de départ est la présence d'une « détermination fonctionnelle » de la délimitation du pouvoir adjudicateur. Le droit communautaire ne retient pas la nature de l'organe, mais la mission dont il a la charge. Comme le souligne l'arrêt *Beentjes*, « La notion d'État (...) doit recevoir une interprétation fonctionnelle. Le but de la directive, qui vise à la réalisation effective de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de service en matière de marché publics de travaux, serait en effet compromis si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché public de travaux est adjudgé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas forcément intégré à l'administration d'État »⁶. Par cette affirmation, la Cour a confirmé le peu de pertinence de la distinction entre organes centraux et décentralisés des États⁷. Il en est de même s'agissant de la nature de l'autorité publique concernée, peu importe qu'elle soit judiciaire, exécutive ou législative⁸.

5 - Article 1.9 de la directive 2004/18/CE. M. Hecquard-Theron, *La notion d'État en droit communautaire*, RTDE, octobre-décembre, 1990, p. 693 et suiv.

6 - *Beentjes* (31/87, rec. p. 4635), point 11.

7 - *Fratelli Costanzo* (103/88, rec. p. 1839).

8 - *Commission c/ Belgique* (C-323/96, rec. p. 5063).

Le principal écueil apparaît lorsque les directives sont confrontées aux organismes de droit public dotés d'autonomie. C'est à ce moment que le travail prétorien de la Cour se livre à son plein office, rendant obligatoire la satisfaction de trois conditions.

La première condition, relative à la personnalité juridique, ne soulève pas d'interrogation excessive. En revanche, la deuxième, ayant trait à la nécessité que l'organisme public satisfasse des besoins d'intérêt général sans caractère industriel et commercial, suscite davantage de controverses ; les lignes directrices de la jurisprudence à ce sujet peuvent être résumées brièvement. Il est indifférent que l'organisme accomplisse d'autres activités industrielles et commerciales à la marge des contrats souscrits. La nature du contrat est donnée par l'objet de la relation juridique, et non pas par toutes les autres activités soumises au droit privé qui peuvent être remplies par le marché, comme on peut le constater dans les arrêts *Mannsmann* et *BFI Holding*⁹. Cependant, cette prémisse peut connaître des exceptions lorsque l'organisme « opère dans un environnement compétitif », ainsi l'arrêt *Agora*, a constaté l'application des directives à une entité en charge de l'organisation des fêtes internationales dans la municipalité de Milan¹⁰.

La troisième condition, sans doute la plus délicate de toutes, concerne le financement, la gestion ou le contrôle majoritaire par d'autres pouvoirs adjudicateurs. Il suffit que l'organisme en cause subisse une influence sur le processus décisionnel, directe ou indirecte, du pouvoir public. S'agissant du financement, la Cour de justice a fondé les bases de sa jurisprudence dans l'arrêt *University of Cambridge*¹¹, en établissant qu'un financement majoritaire équivaut à une prise de participation de « plus de la moitié » du capital, qui doit être calculé en prenant en compte les modes de financement public et privé, et selon une période de calcul s'étendant sur un an.

II. 2. La mutation des contractants : les acteurs privés comme pouvoir adjudicateur

La capacité transformatrice du droit communautaire en matière contractuelle ne se résume pas à la notion de pouvoir adjudicateur. En effet, celle du contractant a aussi vécu d'importants changements avec l'adoption de la directive sur la passation des marchés publics, aboutissant à ce que les entités publiques qui réalisent des activités commerciales, et dont les comportements auraient dû être soumis au droit privé, se sont vues entraînées dans l'orbite du droit des marchés publics. Je me réfère, naturellement, aux entreprises qui agissent dans les dénommés « secteurs exclus », pour lesquels il existe des droits spéciaux ou exclusifs et où s'est opérée une libéralisation totale. Dans ces domaines (transports, eau, énergie, services postaux) les acteurs interviennent dans la sphère privée mais tout en étant qualifiés de pouvoirs adjudicateurs. Cette classification

9 - *Mannsmann Anlagenbau Austria* (C-44/96, rec. p. I-73).

10 - *Agora* (C-233/99 et C-260/99, rec. p. I-3605).

11 - *University of Cambridge* (C-380/98, rec. p. I-8377).



a fait l'objet de nombreuses critiques, mais laisse peu de marge d'appréciation à la Cour¹².

II. 3. Les relations entre les organismes publics et les prestations *in house*

J'aimerais porter une attention toute particulière à un aspect qui devient de plus en plus important dans la jurisprudence de la Cour : les relations juridiques entre organismes publics, et les limites de ce que l'on doit qualifier comme étant constitutif d'une relation *in house* ou, pour rester dans la langue de Molière, de *gestion interne*. La possibilité d'utiliser cette technique pour contourner les directives de passation est évidente, mais il s'agit d'une pratique légitime et propre à l'organisation administrative de tous les pouvoirs publics¹³. L'équilibre entre les garanties qui sauvegardent les directives de passation et l'autonomie administrative est un objectif que la Cour n'a pas toujours poursuivi avec succès, ce que je vais tâcher de démontrer à présent.

L'arrêt fondamental s'agissant des relations *in house* a été rendu dans l'affaire *Tekal*¹⁴ qui exige, pour constater l'existence d'une telle relation entre deux entités, « *que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »¹⁵.

L'ambiguïté des indices *Tekal* est éclatante si l'on s'en tient aux débats qui ont émergé ces dernières années. À titre d'exemple, on peut citer les questions préjudicielles posées par le Tribunal Supremo et l'Audiencia Nacional d'Espagne dans les affaires *Asemfo*¹⁶ et *Asociación Profesional*¹⁷. Dans la première affaire, la Cour européenne a estimé que Tragsa, une société commerciale détenue par l'administration générale des services de gestion forestière, réunissait les critères de la jurisprudence *Teckal*, sans pour autant constituer un pouvoir adjudicateur. Néanmoins, dans une affaire substantiellement similaire, où l'Audiencia Nationale exprimait ses doutes concernant une convention

12 - L'arrêt de référence en cette matière est l'arrêt *British Telecommunications* (C-302/94, rec. p. I-6417), parmi les suivants, entre autres, *Teleaustria* (324/98, rec. p. I-10745). Voir également l'œuvre collective AAVV, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos – agua, energía, transportes, telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

13 - Sur les techniques de prestations *in house*, les conclusions de l'avocat général Kokott sont particulièrement éclairantes dans l'affaire *Parking Brixen* (C-458/03, rec. p. I-8585). Également, E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *Délégations de services publics*, AJDA, 2005, p. 2340 à 2342.

14 - *Teckal* (C-107/98, rec. p. I-8121).

15 - Point 50.

16 - *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (C-295/05, non publié), commenté par E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, *Marché in house*, AJDA, 2007 p. 1125 à 1126.

17 - *Asociación Profesional* (C-220/06, non publié).

de service postal passée entre l'administration générale de l'État et la société Correos, détenue intégralement par l'État, la Cour est parvenue à une position diamétralement opposée. Les difficultés apparues lors de la conciliation de cette décision avec l'arrêt *Asemfo* ont imposé d'opérer un *distinguo* forcé, en insistant sur l'appréciation des faits, laquelle demeure très discutable : la Cour s'est ainsi référée aux faits d'une autre affaire¹⁸, dans laquelle était impliquée la société Tragsa, pour justifier sa décision dans l'affaire *Asemfo*. Cependant, les éléments de faits qui entourent l'affaire *Asemfo* sont les mêmes qui se sont posés dans le cadre de l'affaire *Asociación Profesional* : une prestation de service en faveur de l'administration revêtant un caractère obligatoire, dans un marché concurrentiel où opèrent également d'autres acteurs en concurrence avec ladite société¹⁹.

L'arrêt *Asociación Profesional* s'inscrit de manière cohérente dans la ligne jurisprudentielle de l'arrêt *Teckal*. En revanche, *Asemfo* est une décision singulière qui pollue plus qu'elle ne résout les questions soulevées et qui met en évidence comme, parfois, les juridictions nationales, en l'occurrence le Tribunal Supremo espagnol, perçoivent plus nettement les enjeux du droit communautaire. La Cour a corrigé, très rapidement, cet égarement, si j'ose dire, lors de l'adoption d'un arrêt de principe qui marginalise ce qui n'aurait jamais dû constituer une jurisprudence.

III. L'objet de la relation contractuelle

Les transformations du contrat ne proviennent pas uniquement des acteurs de cette relation synallagmatique, mais également de l'évolution du contrat lui-même, de son contenu, de son objet. Des domaines comme l'urbanisme, les transports ou les services publics en général se voient affectés par les dispositions communautaires. En étudiant l'incidence du droit communautaire sur le contrat, il convient de commencer par la séparation entre les secteurs traditionnels et les secteurs exclus. Alors que les premiers agissent comme un amas désordonné de dispositions, les seconds font référence au régime de la directive 2004/17/CE : eau, énergie, transports et services postaux.

III. 1. Les secteurs traditionnels

Les secteurs traditionnels ont connu la plus grande évolution dans leur typologie contractuelle, puisque les directives n'imposent pas de limites matérielles pour leur application. Cela n'est pas une carence en soi car dans les secteurs traditionnels la typologie de base employée par la directive contrats de travaux, de biens et de services, a permis de redéfinir leurs fonctions.

18 - Espagne *c/ Commission* (C-349/97, rec. p. I-3851).

19 - J.V. González García, *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación*, Revista de Administración Pública, n° 173, 2007, CEPC, Madrid.

Les directives de passation des marchés publics définissent avec détails chaque type de contrat. Cependant, malgré l'apparence de clarté, la Cour de justice a dû qualifier nombre d'instruments contractuels afin de les soumettre aux normes de droit dérivé. Cette jurisprudence emporte pour conséquence que les contrats passés par les administrations deviennent de façon graduelle, mais constante, publics, avec certaines incidences peu convaincantes.

Le cas du marché de travaux est peut-être le plus représentatif. Selon les termes de l'article 1.2. b) de la directive 2007/18/CE, il n'est pas aisé de détecter l'existence d'un contrat de cette nature, quand par exemple, les prestations incluent également des prestations de biens et de services. La Cour depuis l'arrêt *Gestión Hotelera Internacional*²⁰ a reconnu qu'un contrat ne peut être considéré comme un marché de travaux « *que si son objet consiste à réaliser un ouvrage et que, pour autant que ces travaux sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat, ils ne peuvent justifier la classification du contrat comme marché public de travaux* »²¹. Ainsi, c'est le degré *accessoire*, des travaux publics, qui conditionne la qualification finale, ce qui n'est pas aisé à établir et qui doit se faire à la lumière de toutes les prestations qui composent le contrat. De la sorte, la Cour de justice considère qu'il est indifférent que l'entité adjudicatrice du marché public soit un particulier ou une entité pseudo-privée, telle une société mandatée, titulaire d'un permis pour développer un projet urbanistique. La Cour a ratifié cette approche dans un arrêt retentissant *Proyecto Scala*²², en confirmant l'application de la directive à « *la réalisation directe par le titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement approuvé ou d'un ouvrage d'équipement, en déduction de tout ou partie de la contribution due au titre de l'octroi du permis, et que la valeur de cet ouvrage égale ou dépasse le seuil fixé par ladite directive* »²³.

Les marchés publics de fourniture ont également reçu les faveurs de la jurisprudence de la Cour. Au fil de ses décisions, la Cour a affirmé, par exemple, qu'il n'est pas nécessaire que l'administration acquière la propriété de l'objet du contrat jusqu'à la fin des relations contractuelles avec l'adjudicataire²⁴. En même temps, la Cour de Luxembourg a ratifié l'influence qu'occupent les régimes spéciaux communautaires sur certains types de contrats tels que, par exemple, sur les produits et les spécialités pharmaceutiques. Dans ces situations, l'enchevêtrement des dispositions de passation des contrats est susceptible d'entrer en conflit avec les normes européennes de fabrication et de commercialisation d'un produit. À cet égard, il convient d'indiquer que la Cour est restée prudente et a admis qu'« *il y a lieu de rappeler que les dispositions de l'article 6 de la directive 77/62, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité de droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics de fournitures, doivent faire l'objet d'une interprétation stricte.* »²⁵

20 - *Gestión Hotelera Internacional* (C-331/92, rec. p. I-1344).

21 - Point 27.

22 - *Proyecto Scala* (C-399/98, rec. p. I-5409).

23 - Point 103.

24 - *Commission c/ Italie* (C-272/91, rec. p. I-1409).

25 - *Commission c/ Espagne* (C-328/92, rec. p. I-1569), point 15. Dans l'hypothèse de l'application des directives, se référer à l'arrêt *Medipac-Kazantzidis* (C-6/05, sans publication).

Les marchés de services ont reçu la même attention des juges communautaires et leur contenu a été élaboré d'une tout autre manière, principalement à travers la délimitation entre les services dans les secteurs exclus et les concessions de service public. S'agissant des premiers je m'y attarderai dans le paragraphe suivant, en me focalisant plus spécifiquement sur les concessions qui comprennent une prestation de service public. Il est bien connu, que ce type de relation contractuelle est à la marge de l'application des directives²⁶, mais cela ne signifie pas que les règles du traité lui soient applicables. Toutefois, le problème ne réside pas dans les normes applicables, mais dans la définition de ce type de contrats. À cette fin, la directive 2004/18/CE définit avec précision la concession de services, qualifiant celle-ci de « *contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* »²⁷.

Or, il me semble que la Commission, dans sa communication interprétative sur les concessions²⁸, offre une définition plus claire, qui correspond d'ailleurs fidèlement à la jurisprudence communautaire, en ajoutant la condition du « risque d'exploitation », assumé par le cocontractant, en tant qu'élément essentiel de cette relation, ainsi que l'avait fort justement souligné la Cour dans son arrêt *BFI Holding*²⁹.

Après l'affaire *Teleaustria*³⁰, l'exclusion des concessions de service public du champ d'application des directives de passation de marché a été confirmée, à l'exception des concessions de travaux, dont la régulation est expressément prévue pour les secteurs traditionnels³¹. S'agissant des compétences pour lesquelles un opérateur assume un service public, mais en ajoutant un risque d'exploitation, la passation des contrats de concession est soumise au principe d'égalité (article 12 TCE) et au respect des libertés de circulation (articles 43 et 49 TCE)³².

III. 2. Les secteurs exclus

À la recherche d'un critère pour départir l'emploi des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, la Cour de justice a fait usage du principe selon lequel la norme

26 - Article 17, directive 2004/18/CE.

27 - Article 4, directive 2004/18/CE.

28 - Commission européenne, Communication interprétative sur les concessions de service public en droit communautaire des marchés publics, (DOCE, C-121,29-4-2000, p. 5). Confère J. Arnould, *Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics*, RFDA, janvier-février 2000, p. 24 et suiv. et A. Mattera, « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de service d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisation », *RDUE*, n° 2, 2000, p. 253 et suiv.

29 - *BFI Holding* (C-360/96, rec. p. I-6821).

30 - *Teleaustria y Telefonadress* (C-324/98, rec. p. I-10745).

31 - Articles 56 à 65, directive 2004/18/CE.

32 - Par exemple, les affaires *ANAV* (C-410/04, rec. p. I-3303) et *Commission c/ Italie* (C-260/04, non publié).



spéciale déroge à la norme générale, consciente de que cela implique une interprétation restrictive de la directive relative aux secteurs exclus. Cette solution, que la directive 2004/17/CE reconnaît dans son article 9, emporte le risque de se voir confronté à la résolution de cas difficiles³³. Aussi, je proposerais un critère plus flexible inspiré de la « théorie de la contagion » (employé pour la première fois dans l'arrêt *Mannesmann*³⁴), se fondant non pas sur la généralité, mais sur la *prestation caractéristique* du contrat. Cette expression, qui prend racine dans la terminologie contractuelle de l'ordre communautaire³⁵, permet d'identifier la prestation économique la plus adéquate. Et elle agira comme l'élément définitif de qualification.

IV. Le chemin vers la relation contractuelle

Loin de moi l'idée de faire de la provocation, mais j'estime que les directives de passation des marchés sont, par essence, des normes de procédure. Bien que les principales idées interprétatives ayant entouré ces textes se soient développées autour d'une perspective à la fois subjective et objective quant à leur application, la réalité démontre que le but du législateur communautaire est avant tout la sauvegarde de l'égalité des conditions au cours de la procédure d'appel d'offres. Il importe, ici, de noter que le droit communautaire ne se préoccupe non pas tant du *contenu* du contrat que de la *forme* avec laquelle celui-ci est passé³⁶, ce qui m'amène aux deux piliers fondamentaux du système : les principes de publicité et de transparence.

À cet égard, il faut reconnaître que les directives sont extrêmement précises et laissent peu de marge de manœuvre aux administrations nationales. Il est important de se rappeler que les principes de publicité et de transparence sont applicables à tous les contrats non réglés par les directives, comme par exemple les concessions de service public. Pour celles-ci, l'apport de la jurisprudence s'est avéré essentiel, en restant sur le plan des principes, domaine dans lequel la Cour a fait montre d'un laxisme croissant³⁷.

Le premier pilier de la procédure s'arrime au principe de la publicité. Se référant à la quantité des prescriptions contenues dans les directives, la Cour a insisté sur le fait que ces dispositions jouissent de l'effet direct³⁸. L'information prescrite par les dispositions communautaires doit, dès lors, être complète, ce qui inmanquablement implique la publicité des critères appliqués par l'administration s'agissant des points clés du processus décisionnel, comme, par exem-

33 - Trepte P., *Public Procurement in the EU*, OUP, Oxford, 2007, p. 168 à 173.

34 - *Mannesmann* (C-44/96, rec. p. I-73).

35 - Article 4.2 du projet de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, convention de Rome de 1980.

36 - Bovis C., *EC Public Procurement, op. cit.*, p. 42 à 47.

37 - Sur l'application de ces principes dans la jurisprudence voir, Ordoñez Solís D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 107 et suiv.

38 - *Commission c/ France* (C-16/98, rec. p. I-8315).

ple, lors de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse³⁹. En outre, la Cour a souligné la nécessité d'interpréter restrictivement les cas dans lesquels les directives n'exigent pas une publication. Dans ces domaines la jurisprudence est abondante et je me limiterai simplement à mentionner les affaires *Commission c/ Allemagne*⁴⁰; *Commission c/ Espagne*⁴¹ ou *Commission c. France*⁴², où les allégations émises par les administrations nationales pour justifier un allègement des exigences de publicité ont toutes été écartées.

En substance, cette exigence de transparence implique un débat sur le processus d'appel d'offres retenu, qu'il soit ouvert, restreint ou négocié. La tendance naturelle de l'administration est de forcer l'emploi de cette dernière possibilité, laquelle permet une réduction des garanties de publicité et de transparence, impliquant cependant une approche rigoureuse des conditions posées par la Cour⁴³.

De grandes difficultés apparaissent lors de l'application de ces principes aux contrats administratifs situés en dehors du champ d'application des directives. Récemment dans mes conclusions prononcées à l'occasion de l'affaire *SECAP*⁴⁴, j'ai mis en exergue le caractère de « principe fondamental » que la jurisprudence a attribué aux principes de publicité et de transparence⁴⁵. Ainsi, les traités communautaires en vigueur ne sont pas le seul instrument permettant d'offrir une source de résolution des litiges. En effet, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, un texte sans caractère contraignant en l'état actuel, consacre, également, avec une évidente autorité le droit à une bonne administration dans son article 41. Ce qui permet d'étendre les garanties de transparence lors du déroulement de l'audition des soumissionnaires, particulièrement lorsqu'elle est suivie d'une décision administrative ayant des conséquences patrimoniales pour l'enchérisseur⁴⁶. Cette conception extensive des principes gouvernants la procédure de passation des marchés s'illustre à travers une jurisprudence abondante de la Cour, parmi laquelle je ne résiste pas à mentionner le récent arrêt *Asociación Profesional*, cité auparavant.

39 - *Commission c/ France* (C-225/98, rec. p. I-7445).

40 - *Commission c/ France* (C-20/2001, rec. p. I-3609).

41 - *Commission c/ Espagne* (C-24/91, rec. p. I-1989).

42 - *Commission c/ France* (C-225/98, rec. p. I-7445).

43 - Exemple de contrôle strict opéré par la Cour dans les affaires *Commission c/ Italie* (C-107/92, rec. p. I-4655), *Commission c/ Allemagne* (C-318/94, rec. p. I-1949) et *Commission c/ Grèce* (C-394/02, rec. p. I-4713).

44 - *SECAP* (C-147/06 et C-148/06, non publié).

45 - Conclusions présentées le 27 novembre 2007, points 26 à 30.

46 - Je me réfère de nouveau à mes conclusions dans l'affaire *SECAP*, *op. cit.*, points 49 à 54.

V. Concurrence et passation des marchés : *worlds apart?*

À présent, je vous propose de m'éloigner de la dynamique spécifique du contrat pour se pencher sur un domaine plus vaste : la relation des marchés publics avec les règles de concurrence. Il me semble, d'emblée, que c'est sur ce terrain peu exploré que se dérouleront les problématiques futures. Pendant des décennies, on a considéré que la passation des contrats publics ressortait exclusivement du domaine des libertés de circulation, puisqu'il s'agissait d'un secteur où les normes s'érigeaient contre les pouvoirs publics. Cette relation verticale excluait, *a priori*, l'application de dispositions telles que celles relatives à la concurrence, destinées notamment à la résolution des conflits entre particuliers. Un tel schéma a certes permis de conférer une certaine clarté conceptuelle à la jurisprudence, mais depuis l'arrêt *Bosman*⁴⁷ l'édifice a commencé à se fissurer. Récemment les affaires *Viking*⁴⁸ et *Laval*⁴⁹ ont renforcé ce mouvement en exigeant des organisations syndicales le respect des libertés communautaires⁵⁰. En outre, la passation des marchés se déroule dans un domaine lié intimement au service public, où il existe des secteurs entiers qui demeurent soustraits à la concurrence mais, restent néanmoins soumis aux prescriptions de l'article 86 TCE⁵¹.

Il n'est pas anodin que, chaque fois avec davantage de fréquence, des interrogations persistent s'agissant des pratiques contractuelles au regard du droit de la concurrence. L'affaire *Asemfo*, citée ci-dessus, en est un bon exemple ; le Tribunal Supremo espagnol interrogeait la Cour européenne sur la compatibilité, au regard de l'article 86 TCE, de l'attribution *ex lege*, à une entreprise publique, d'un régime juridique qui lui permettait de réaliser des travaux publics sans se soumettre au régime général de passation des contrats, puisque les conditions spéciales d'urgence et d'intérêt public n'étaient pas remplies : malheureusement la Cour n'a pas étudié cette question qui, à mon avis, était cruciale. Contrairement aux critères proposés par l'avocat général Geelhoed, la Cour a retenu le manque de motivation de l'ordonnance de renvoi pour éviter de répondre ; toutefois la question reste toujours aussi importante⁵².

Eu égard à ces considérations, je m'interroge sur le point de savoir jusqu'où est-il licite qu'une administration emploie des techniques d'organisation propre, à la marge des normes de passation des contrats administratifs, lorsque le secteur dans lequel elle opère est ouvert à la concurrence ? Une réponse à cette question dissiperait significativement le brouillard dans lequel opèrent les administrations, notamment celles qui ont recours aux techniques de relation *in house* pour contourner les prescriptions communautaires. Pour ma part, je

47 - *Bosman* (C-415/93, rec. p. I-4921).

48 - *International Transport Workers' Federation* (C-438/05, non publié).

49 - *Laval* (C-341/05, non publié).

50 - J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement*, Hart, Oxford, 2002.

51 - D. Triantafyllou, *Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics*, RTDE, n° 32, 1996.

52 - *Asmfo*, *op. cit.*, points 37 à 44.

considère que l'article 86 TCE pourrait permettre une interprétation autonome, sans nécessairement avoir recours à d'autres dispositions du traité, s'agissant de l'hypothèse que je viens d'énoncer. Il est certain que la jurisprudence a attribué à ces prescriptions un caractère accessoire au regard d'autres normes du traité, tout en considérant que dans ce contexte il existe des motifs suffisants pour faire valoir son effet direct⁵³.

Les dernières années ont démontré que l'article 86 TCE recélait une valeur interprétative considérable à exploiter. La jurisprudence récente de la Cour en matière de financement des services publics, qui analyse la compatibilité entre les prix de marché d'un service et les prix accordés pour ces mêmes services publics, laisse entrevoir que les règles de concurrence continuent à s'insérer dans la passation des contrats administratifs. La doctrine développée dans l'affaire *Altmark*⁵⁴ est un bon exemple, à cet égard, de la manière dans laquelle les normes antitrust, et spécialement l'article 86 TCE, conditionnent le contenu des prestations des contrats de gestion de service public⁵⁵. Cette imbrication, toujours plus présente, entre normes de concurrence et de libre circulation requiert une vision unitaire et cohérente. Ce qui jusqu'à présent n'est pas arrivé.

VI. Réflexions finales

Le droit communautaire a élaboré une notion du contrat administratif qui ne se superpose pas aux conceptions nationales, ni ne les supplante. Il s'agit, reprenant l'expression de Lord Denning dans l'affaire *Bulmer c/ Bollinger*⁵⁶, d'une construction qui inonde telle une marée montante les estuaires, jusqu'à ce que ces deux réalités se fondent en une. La Communauté ne prétend pas éradiquer les créations juridiques des États membres, mais vise au contraire à les enrichir et les fortifier autour du projet d'intégration. L'objet final est de pouvoir compter sur un contrat administratif au service du parachèvement du marché intérieur, ce qui implique nécessairement que le juge national s'emploie à recourir aux instruments d'intégration négatifs et positifs que lui offre le droit communautaire.

Cette tâche ne peut, en effet, s'effectuer sans la collaboration des juges nationaux, et plus spécifiquement des plus hautes instances juridictionnelles. Grâce à la question préjudicielle et à travers le dialogue constructif entre les différentes juridictions, à travers également l'échange de sensibilités et de culture propre à chacun des États membres, mais aussi avec l'ambition de consolider un marché de cinq cents millions d'habitants, les interlocuteurs du discours européen par-

53 - Guézou, *Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence*, Contrats Publics, mars 2003.

54 - *Altmark* (C-280/00, rec. p. I-7747). Cf. commentaire J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *Concurrence et secteur public*, AJDA, 2003, p. 2155.

55 - Bovis C., *EC Public Procurement...*, op. cit., p. 355 à 358.

56 - « [...] when we come to matters with a European element, the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back, Parliament has deemed that the treaty is henceforward to be part of our law. It is equal in force to any statute », *H.P. Bulmer Ltd v J. Bollinger SA* [1974] Ch. 401, 418.



viendront à leur objectif commun. De nombreux instruments sont disponibles pour parvenir à l'intégration, mais entre tous, le contrat administratif joue un rôle essentiel, il agit telle une «institution» juridique qui concilie tout le prestige de la tradition avec les mutations insatiables du présent. Une institution qui, à l'instar du Conseil d'État, maintient sa force et son autorité dans le ciment de l'histoire.



Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ?

Philippe Terneyre

Professeur de droit public à l'université de Pau et des Pays de l'Adour

Il y a tout juste vingt ans, nous nous étions interrogés dans ces mêmes colonnes sur « les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs » (EDCE 1988, n° 39, p. 69). L'idée qui était développée dans cette étude consistait à mettre en évidence que, par-delà la faculté classique pour les requérants lésés par la passation ou l'exécution d'un contrat administratif de mettre en jeu la responsabilité contractuelle, pré ou post-contractuelle de l'administration contractante – dans des conditions au demeurant fort proches de celles du droit privé –, ces mêmes requérants avaient d'énormes difficultés voire ne pouvaient pas demander, selon leur qualité, soit au juge du contrat (pourtant censé être un juge de « pleine juridiction ») soit au juge de l'excès de pouvoir (plus intéressé à l'époque par la subtilité des solutions de principe que par l'effectivité de ses décisions) l'annulation ou la nullité, en tout ou partie, des contrats de droit public de l'administration.

Étaient ainsi posées, par exemple, la lancinante question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat administratif, celle de la difficulté qu'il y avait à distinguer annulation et nullité du contrat, celle du meilleur traitement fait aux tiers plutôt qu'aux parties contractantes, notamment dans l'exécution du contrat, celle du juge du contrat incapable – sauf rarissimes exceptions, elles-mêmes contestables – de prononcer l'annulation des mesures d'exécution du contrat par l'administration, etc.

Vingt ans plus tard, force est de constater que les choses ont bien changé et évidemment en bien, si par « bien » on comprend une extension et une meilleure efficacité des pouvoirs du juge saisi, afin que le droit au recours du requérant lésé par l'acte contractuel soit pleinement respecté.

Il faut bien le dire, cette évolution a été tout à la fois imposée au juge administratif et voulue par lui. Imposée, comme d'habitude, mais peut-être encore plus que dans d'autres domaines, par le droit communautaire des marchés publics (directives « recours » 89/665 et 92/13) et voulue et/ou initiée par le juge lui-même, confronté dans les années 1990 à une vraie perte de légitimité auprès des justiciables du fait justement du caractère archaïque de ses règles et pratiques contentieuses comparées à celles du juge judiciaire : d'où la loi du 8 février

1995 sur l'injonction, celle du 30 juin 2000 sur les procédures d'urgence, sa jurisprudence très innovante sur l'office du juge « pédagogique » à l'égard des demandes des requérants et, naturellement, l'ouverture (enfin) du recours en annulation du contrat devant le juge du contrat aux candidats évincés de la conclusion de celui-ci (CE Ass., 16 juillet 2007, *Sté. Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545).

D'une certaine façon – comme le montre d'ailleurs cette année le thème et les conclusions du rapport général du Conseil d'État –, l'importance décisive prise par les contrats administratifs dans l'action de l'administration ne pouvait pas se satisfaire d'un droit du contentieux des contrats administratifs obsolète, inadapté, « paradoxal ». Dit autrement, pour des actes administratifs désormais essentiels, porteurs d'une valeur économique éminente et conclus de plus en plus souvent par des opérateurs étrangers, il fallait nécessairement des recours contentieux modernisés, rapides, efficaces et ouverts, sans que toutefois la sécurité juridique de ces actes en soit par trop affectée.

Le résultat est aujourd'hui, sauf quelques scories que l'on espère résiduelles, un droit du contentieux des contrats administratifs au spectre plus large et incontestablement efficace dès lors qu'il s'agit de sanctionner les violations des règles et principes – de plus en plus abondants et changeants – applicables à ce type d'acte administratif. L'objet des présents développements est ainsi de rendre compte de ce résultat global de la façon – volontaire – la plus cursive qui soit, dépouillée du maximum de références doctrinales et jurisprudentielles, chacune des évolutions ayant en effet déjà fait l'objet de nombreuses études particulières exhaustives.

I. Un droit du contentieux qui offre désormais aux justiciables une palette complète (mais hétérogène) de recours

Sauf à être mal informé (ce qui serait compréhensible, v. *infra*) ou mal conseillé, le justiciable lésé par la passation ou l'exécution d'un contrat administratif ne peut plus dire aujourd'hui que la structure et les règles du droit du contentieux administratif de ce type d'acte l'ont empêché de faire valoir ses droits de façon rapide et efficace. Grâce à la palette des recours qui lui sont offerts, il doit pouvoir arriver à ses fins si sa requête est fondée.

Les référés

- Au cas où il s'agit d'un marché public (*lato sensu*), d'un contrat de partenariat, d'un bail emphytéotique hospitalier de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique ou d'une convention de délégation de service public, le représentant de l'État dans le département et toute personne ayant intérêt à conclure ces contrats et susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de ces contrats peut, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, saisir le



président du tribunal administratif d'un référé avant la signature du contrat afin que ce dernier, dans un délai de vingt jours, ordonne à l'auteur du manquement, d'abord de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure de référé et, ensuite et surtout, de se conformer à ses obligations (suspension de la procédure de passation du contrat, annulation de certaines clauses, etc.).

Sauf la course à la signature du contrat qu'ont pu et que pratiquent encore certaines collectivités publiques afin de dessaisir le juge (largement surmontée par la faculté que ce dernier a, « dès qu'il est saisi », d'enjoindre à l'administration de différer cette signature), on sait que le référé précontractuel est aujourd'hui une procédure très efficace pour sanctionner les manquements des collectivités publiques à leurs obligations légales et réglementaires en matière de passation des principaux contrats publics à objet économique, tellement efficace, d'ailleurs, qu'elle est détournée de son sens par certains candidats évincés dans le but, non pas de faire sanctionner une irrégularité, mais de mieux connaître le contenu de l'offre des autres candidats concurrents afin de préparer la procédure suivante.

- Par ailleurs, pour tout type de contrat administratif, cette fois-ci, une personne ayant intérêt à agir peut demander au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, la suspension de l'exécution d'une décision administrative, même de rejet en rapport ou détachable de la passation ou de l'exécution du contrat, sous réserve que l'urgence le justifie et qu'il soit fait état d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Soit. Mais, en l'état de la jurisprudence, il reste que cette voie de droit est, en matière contractuelle, une impasse pour le justiciable dans la mesure où, généralement, la requête est rejetée au motif, soit que la mesure litigieuse a été entièrement exécutée à la date à laquelle le juge des référés statue (ainsi, par définition, de l'acte détachable de signature du contrat ou de la décision de ne pas donner suite à un appel d'offres dès lors que le contrat est signé sur la base de la procédure suivante), soit que l'acte attaqué est, au fond, insusceptible d'être annulé par le juge de l'excès de pouvoir, comme l'est la quasi-totalité des mesures prises par l'administration contractante dans le cadre de l'exécution du contrat (ordres de service, acte d'acceptation des sous-traitants, sanctions contractuelles, résiliation du contrat, etc.). Sur ce dernier point, il n'appartient qu'au Conseil d'État de changer les données du droit positif. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait partiellement dans l'arrêt *Société Tropic* en admettant que le candidat évincé de la passation d'un contrat administratif puisse accompagner sa requête en contestation de la validité du contrat d'un référé tendant à la suspension de son exécution.

Le recours pour excès de pouvoir

Il n'est, en définitive, pas ouvert à l'encontre des contrats administratifs mais il demeure recevable de la part des personnes ayant intérêt à agir – c'est-à-dire beaucoup plus de personnes que celles « évincées » de la passation d'un contrat au sens de la jurisprudence *Société Tropic* précitée – à l'encontre de tous les actes détachables de la passation ou de l'exécution d'un contrat administratif, des clauses réglementaires de ce contrat (jurisprudence *Cayzele*, CE, 10 juillet 1996), – sous réserve que ces clauses ne soient pas indivisibles de la totalité du



contrat (auquel cas leur annulation se heurterait à l'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'annuler le contrat) – ou des contrats d'agents publics (jurisprudence *Ville de Lisieux*, CE, 30 octobre 1998). Il peut également être formé par le préfet dans le département (« déféré préfectoral ») sans qu'il ait à prouver un quelconque intérêt à agir, à l'encontre des contrats locaux soumis à l'obligation de transmission comme à ceux qui n'y sont pas soumis et pour lesquels les tiers sont irrecevables à former un tel recours (CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, rec. p. 801).

Le recours en déclaration d'absence d'effets du marché

Ce type de recours n'existe pas encore en droit positif mais il devrait bientôt être créé par le législateur afin de transposer la nouvelle directive communautaire « recours » 2007/66 du 11 décembre 2007 qui modifie les directives précitées 89/665 et 92/13. Schématiquement, il devrait permettre aux candidats évincés ou à ceux n'ayant pu candidater de demander au juge (du référé ? du contrat ? de l'annulation ?) de priver d'effets les marchés soit signés avant l'expiration du délai minimal de dix jours courant à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux candidats et permettant à ceux évincés d'exercer un référé précontractuel, soit conclus sans aucune publicité et mise en concurrence alors qu'ils l'auraient dû (sur la nouvelle directive et sa future transposition, v. J.-P. Jouguelet, *BJCP* 2008, n° 56, p. 2).

On observera avec soin si les autorités françaises transposeront *a minima* la nouvelle directive 2007/66 dont le champ d'application du recours et ses conditions de mise en œuvre sont très restrictives ou si, à cette occasion, le droit du contentieux de tous les contrats administratifs sera perfectionné.

Le recours en annulation du candidat évincé

Selon les termes de la désormais célèbre jurisprudence d'Assemblée *Société Tropic Travaux*, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, la conclusion du contrat signifiant alors pour lui l'irrecevabilité à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.

Certes, comme beaucoup de commentateurs l'ont relevé, ce recours est réservé aux contrats ayant fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence préalable des candidats à son attribution ; certes il est réservé aux seuls candidats évincés ; mais il n'en demeure pas moins que, dans son principe, parce qu'il ouvre le prétoire du juge du contrat aux tiers et parce que les pouvoirs de ce dernier sont ici considérables, ce nouveau recours en annulation constitue une percée théorique décisive dans le droit du contentieux des contrats administratifs dont on peut penser qu'elle annonce, à terme, un bouleversement encore plus radical et, paradoxalement, une simplification des recours autour du juge du contrat, juge de pleine juridiction.



En toute hypothèse, ce nouveau recours rend d'autant plus incongru ou décalé le principe selon lequel les parties à un contrat sont irrecevables à demander au juge du contrat l'annulation des mesures prises en exécution du contrat, ces dernières n'ouvrant droit qu'à une requête en dommages et intérêts. Sauf l'exception rarissime de l'acte de résiliation de certains contrats administratifs (sans aucune logique propre d'ailleurs), ce principe n'a jamais eu de fondement rationnel. Il en a encore moins aujourd'hui ; d'autant que, s'il est renversé, il devrait enfin permettre au juge des référés d'ordonner la suspension de nombreux actes d'exécution du contrat préjudiciables au cocontractant.

Le recours en nullité

Les parties contractantes sont recevables à former un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat à l'effet que ce dernier constate la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses, sans pouvoir en prononcer l'annulation (CE, 14 décembre 1988, *EPA d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, rec. tab. p. 890). Il reste que le contrat ainsi déclaré nul est censé, comme dans une annulation, n'avoir jamais existé, chacune des parties pouvant alors cesser de se conformer à ses stipulations.

Le recours en responsabilité

Outre la faculté qu'a une partie au contrat d'engager devant le juge du contrat la responsabilité contractuelle de l'autre partie pour manquement à ses obligations contractuelles et celle de l'administration, dans les marchés de travaux, d'engager les responsabilités postcontractuelles des constructeurs, les candidats à l'attribution d'un contrat administratif peuvent toujours, au cas où ils avaient des chances très sérieuses de se voir attribuer la convention, mettre en jeu la responsabilité quasi délictuelle de l'administration pour éviction illégale, de même qu'une partie peut engager une action en responsabilité quasi délictuelle à l'encontre de l'autre pour dol viciant son consentement (couplée, le cas échéant, mais pas obligatoirement, avec une action en nullité devant le juge du contrat, CE, 19 décembre 2007, *Sté Campenon Bernard et autres*, n° 268918).

Par ailleurs, devant le juge du contrat, l'une des parties, en cas de nullité du contrat, peut tenter de mettre en jeu la responsabilité quasi contractuelle de l'autre pour enrichissement sans cause, de même que sa responsabilité quasi délictuelle pour la faute qu'il a commise en souscrivant un contrat nul. Enfin, toujours devant le juge du contrat, le cocontractant n'a d'autre choix que de demander des dommages-intérêts du fait des mesures illégales d'exécution du contrat prises par l'administration au cas où elles lui seraient dommageables (v. *supra*).

Appréciation générale

La lecture brute des développements qui précèdent est ambivalente : d'un côté, on constate, comme on l'a dit, que les requérants lésés par la conclusion ou l'exécution d'un contrat administratif disposent de très nombreuses voies de



recours pour faire valoir leurs droits (et on a, en outre, négligé divers autres référés, notamment le référé-provision, de même que n'a pas été abordée la variété des moyens pouvant être soutenus à l'appui de ces conclusions). D'un autre côté, il faut bien avouer que ces recours sont très hétérogènes, qu'ils ne concernent pas toujours tous les contrats administratifs et que les requérants potentiels sont parfois très réduits. Bref, si le droit du contentieux des contrats administratifs était autrefois « paradoxal », il est peut-être devenu aujourd'hui trop « sophistiqué » et réservé à une petite élite de fins connaisseurs seuls aptes à en suivre les méandres.

La critique est fondée. Sans doute serait-il plus simple de tout réserver au seul juge de pleine juridiction qu'est le juge du contrat (de tous les contrats administratifs – qui, grâce à l'action du législateur et du Conseil d'État deviennent de plus en plus nombreux), ce dernier pouvant alors faire varier l'ouverture de son prétoire et la qualification des conclusions en fonction de la qualité et des intérêts des requérants. Mais, en attendant ce « grand soir » – qui n'est pas suggéré par un faiseur de système mais par une sorte de messenger du justiciable de base et qui pourrait être le fait, partiel, du législateur à l'occasion de la prochaine transposition de la directive recours et, après l'apprentissage de la jurisprudence *Société Tropic Travaux*, du Conseil d'État lui-même –, qu'il soit permis de penser que le petit *vade-mecum* qui précède montre à ce justiciable que son droit au recours en matière contractuelle est aujourd'hui suffisamment vaste pour ne pas encore penser que la conclusion en France d'un contrat avec une collectivité publique est un handicap à mettre au passif de l'analyse économique du droit administratif.

II. Un droit du contentieux qui est désormais efficace et soucieux de la sécurité juridique des parties

Il est fini le temps où l'annulation d'un acte détachable d'un contrat intervenait systématiquement après que le contrat avait été entièrement exécuté ; il est fini le temps où le sursis à exécution d'un acte lié au contrat était mécaniquement rejeté ; il est fini le temps où, en fait, toutes les illégalités en matière de contrat public se résolvait en dommages-intérêts (méthode aujourd'hui fermement condamnée par la CJCE, v. 18 juillet 2007, affaire C-503/04, *Commission / RFA*, BJCP 2007, n° 54, p. 406, concl. Trstenjak).

Aujourd'hui, les recours du préfet et des tiers intéressés peuvent aller vite et faire très mal avant même que l'exécution du contrat n'ait débuté ou qu'elle ait à peine commencé (c'est si vrai que, désormais, dans les principaux contrats administratifs une clause suspensive subordonne souvent le plein effet du contrat à l'absence de tout recours sérieux) : obligation de refaire une procédure formalisée, annulation rétroactive du contrat, injonction de résilier ou de résoudre le contrat, astreintes, etc.

D'ailleurs, le succès (d'aucuns diront le caractère dévastateur) des recours précités est tel aujourd'hui que la préoccupation permanente du juge administratif est de concilier l'efficacité de ces recours et la stabilité juridique à laquelle les



parties au contrat ont droit (ou qui est nécessaire lorsque la continuité du service public est en jeu), en particulier lorsque les recours sont instrumentalisés par les requérants pour sanctionner des vices de procédure mineurs ou pour bénéficier d'un avantage concurrentiel pour le coup suivant (alors qu'auparavant, il était acquis que « faire du contentieux » était de nature à se fermer les portes de la collectivité publique attaquée).

Office du juge et modulation des effets de l'annulation

Lorsque le recours pour excès de pouvoir entraîne l'annulation de l'acte détachable au motif de l'illégalité du contrat ou de sa procédure de passation, il était acquis jusqu'à peu que cette annulation entraînait la nullité du contrat que seul le juge du contrat pouvait constater à la demande d'une des parties. Pour contraindre ces dernières à saisir le juge du contrat, on sait que, depuis la loi de 1995, les requérants du recours en annulation peuvent assortir leur requête de conclusions complémentaires tendant à ce que le juge de l'excès de pouvoir ordonne à l'administration de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable pour illégalité du contrat en opérant, soit sa résolution (rétroactive), soit sa résiliation (pour l'avenir), soit sa modification partielle (en cas de clause illégale n'affectant pas le contrat dans son entier), les choix du juge de l'exécution n'étant pas toujours, il faut bien l'avouer, très motivés (pourquoi la résiliation plutôt que la résolution alors qu'une nullité est *a priori* toujours considérée comme telle *ab initio*). En revanche, gage donné à la sécurité juridique et à la continuité du service public, le juge administratif admet depuis peu que, même en cas de nullité du contrat, l'administration ou le juge du contrat peuvent ne pas procéder à la résiliation ou à la constatation de la nullité du contrat si cela doit porter « une atteinte excessive à l'intérêt général » (CE, 10 décembre 1993, *IRD*, BJCP 204, n° 33, p. 136, concl. D. Piveteau). En d'autres termes, et pour reprendre un considérant particulièrement pédagogique d'un arrêt récent du Conseil d'État, « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers tendant à ce qu'il soit enjoint à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, "une atteinte excessive à l'intérêt général" » (CE, 19 décembre 2007, *SIAEP du confolentais*, n° 291487).

Telle est au demeurant la même logique qui préside aux pouvoirs du juge du contrat de l'annulation, saisi par le candidat évincé. Comme le dit, en effet, l'arrêt *Société Tropic Travaux*, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. De ce point de vue, et l'ordre de l'énumération n'est sans doute pas innocent, il revient au juge, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise :

- soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses (sans doute après avoir sollicité l'avis des parties contractantes) ;
- soit de décider de la poursuite de son exécution éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante ;
- soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés ;



– soit enfin – mais enfin seulement – et après avoir vérifié si l’annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l’intérêt général ou aux droits des cocontractants (qui, pour la plupart, avaient une confiance légitime dans la régularité de leur contrat), d’annuler, totalement ou partiellement, le contrat, le cas échéant avec seulement un effet différé pour l’avenir (CE, 11 mai 2004, *Association AC*, rec. p. 197, concl. C. Devys).

En d’autres termes, le principe est désormais inversé ; en cas de vices entachant la validité du contrat, le juge administratif doit d’abord rechercher si le contrat peut se poursuivre pour assurer la continuité du service public moyennant le cas échéant des dommages-intérêts aux candidats évincés et, ensuite, au cas où il ne pourrait faire autrement, à titre de choix ultime, décider de l’annulation mais, une fois encore, si possible que pour l’avenir et, très exceptionnellement, pour le passé. Ainsi, comme on le voit, le *vade-mecum* proposé par le Conseil d’État au juge (et à lui-même) est complet et nuancé, en ce sens qu’il permet au juge du contrat – juge des parties contractantes – de donner satisfaction aux tiers lésés, tout en lui permettant, autant que faire se peut, compte tenu de la gravité de l’illégalité commise et des motifs d’intérêt général justifiant éventuellement la poursuite de l’exécution d’un contrat irrégulier, de garantir aux parties contractantes la sécurité des situations juridiques constituées.

En ce qui concerne le recours en nullité, et toujours dans la même logique, le Conseil d’État vient de juger que *« pour le juge du contrat, la nullité du contrat est une question d’ordre public ; par suite, lorsqu’il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s’interroger, le cas échéant d’office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l’ensemble du contrat »* (CE, 19 décembre 2007, *Sté Sogeparc – CGST – Cie générale de stationnement*, n° 260327). En d’autres termes, si la nullité est relative et/ou si elle est divisible de l’ensemble contractuel, le contrat doit être « sauvé » par le juge du contrat.

Tel est d’ailleurs, et enfin, le même raisonnement que tient le législateur communautaire lorsque, dans l’exposé des motifs de la nouvelle directive recours 2007/66, il affirme, d’une part, que la violation des règles de passation des marchés publics doit être sanctionnée, notamment, par l’absence d’effets du marché (résiliation ; v. pour la même conclusion, l’arrêt précité, CJCE 18 juillet 2007, affaire C-503/04, *Commission c/ RFA*) mais que, d’autre part, cette sanction peut seulement consister dans le pouvoir donné au juge de limiter d’autorité pour l’avenir la durée du marché (qui serait ainsi résilié, par exemple, un ou deux ans après la décision du juge), voire laisser continuer l’exécution du marché en cas de motifs prééminents d’intérêt général : *« afin de garantir la proportionnalité des sanctions appliquées, les États membres peuvent donner à l’instance responsable des procédures de recours la possibilité de ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains ou l’ensemble de ses effets dans le temps, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d’espèce l’exigent pour des raisons impérieuses d’intérêt général. Dans de tels cas, il conviendrait plutôt d’appliquer des sanctions de substitution »* (considérant 22).



Limiter l'espace-temps pour exercer un recours contractuel

Si le droit constitutionnel et communautaire au recours ne souffre, ne devrait souffrir d'aucune dérogation – en particulier à l'égard de certains actes d'exécution du contrat administratif qui, encore aujourd'hui, sont insusceptibles d'annulation à la demande des parties –, il n'est pas discuté que ce droit peut être encadré, en particulier dans le temps afin que les parties aux contrats administratifs disposent, le plus rapidement possible, de la plus grande sécurité juridique pour l'exécution de leurs obligations respectives, surtout lorsqu'est en jeu la continuité du service public.

De ce point de vue, on ne louera jamais assez l'audace dont l'Assemblée du contentieux a fait preuve dans l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* lorsque, alors que la définition de cette règle aurait normalement dû relever de la compétence du législateur, elle précise que le nouveau recours en annulation ouvert aux candidats évincés doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics (exit, donc, l'article R. 421-1 du CJA), dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Et, au titre de ces mesures, la Haute assemblée indique que, peut être envisagé un « avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ». Concrètement, cela signifie sans doute une notification individuelle aux candidats évincés, un affichage de la première et de la dernière page du contrat au siège de la collectivité publique avec renvoi à des modalités de consultation de l'intégralité du contrat, mise en ligne du contrat sur le site web de la collectivité, amputé, le cas échéant, des informations couvertes par le secret des affaires. Bref, deux mois après l'accomplissement de ces formalités et faute de recours des candidats évincés, le contrat administratif deviendra vraiment entre les parties « un monde clos » dans lequel les tiers ne devraient plus pouvoir s'immiscer (sauf l'application des clauses réglementaires).

Au demeurant, et toujours dans ce souci de sécurité juridique, on peut même se demander si, dans le monde de l'instantanéité dans lequel nous vivons désormais grâce aux nouveaux moyens de communication, le délai de deux mois du recours – arrêté à une époque où existaient encore des calèches pour transporter les hommes et l'information – est encore justifié et ne devrait pas être réduit à un mois, ce qui est déjà considérable pour l'in(sécurité) d'une grande opération d'investissement d'autant que la notification de celle-ci a été différée par l'application du délai (minimal) de dix jours pour permettre aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel avant la signature du contrat.

Reste, enfin, à trancher la délicate question de la prescription extinctive de l'action en nullité du contrat administratif (voire de l'action en annulation à l'égard d'un acte n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de publicité) qui, parce qu'elle concerne le plus souvent dans les contrats administratifs des nullités absolues, serait celle trentenaire de l'actuel article 2262 du code civil (v. CAA Versailles, 13 juin 2006, *Cne de Sannois*, BJCP 2006, n° 49, p. 460, concl. Bresse). Deux données sont, sans doute, de nature à réduire ce délai disproportionné. Tout d'abord, l'actuelle réforme des délais de prescription qui devrait fixer à cinq ans le délai de droit commun pour éteindre les actions contentieuses. Ensuite, d'ores et déjà, l'idée selon laquelle, dès lors que le contrat administratif met en présence un « commerçant » au sens du code du commerce (ce qui est quand



même très fréquent), la prescription applicable n'est pas celle de l'article 2262 du code civil mais celle, décennale, de l'article L. 110-4 du code du commerce qui dispose que « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants (le titulaire du contrat administratif) et non-commerçant (la collectivité publique) se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ».

* * *

Arrivés au terme (?) de ce voyage dans le droit du contentieux des contrats administratifs, on peut raisonnablement affirmer que ce que nous décrivions il y a vingt ans appartient au passé. Le Conseil d'État, incité par le législateur communautaire et national et par le sentiment que l'état de la jurisprudence « classique » ne pouvait perdurer plus longtemps – sauf à être décalée par rapport aux attentes des justiciables – a su réagir et offre aujourd'hui à ces derniers une multitude de voies de droit permettant de sanctionner la violation des règles et principes applicables à la passation et à l'exécution des contrats administratifs tout en permettant au juge de moduler « sur mesure » les effets de ses décisions afin de concilier au mieux respect de la légalité et sécurité juridique des parties. D'ailleurs, si on en est là, c'est bien parce que la juridiction administrative a été victime de son succès.



Table des matières

Le contrat, mode d'action publique et de production de normes

Introduction	15
Première partie	
Un recours accru au contrat pour conduire l'action publique ou édicter des normes	17
1. Le contrat, mode d'exercice des compétences des collectivités publiques	18
1.1. Gérer des moyens	18
1.1.1. Acheter des biens, des services ou des travaux : les marchés publics.....	19
1.1.2. Gérer le domaine.....	21
1.2. Organiser le service public et faire réaliser ou gérer des infrastructures	23
1.2.1. La délégation de service public.....	23
1.2.2. Le contrat de partenariat	27
1.3. Recruter et gérer du personnel.....	28
1.3.1. La négociation dans la fonction publique	29
1.3.2. Les contrats individuels	32
1.4. Piloter l'action administrative	34
1.4.1. La nouvelle gestion publique et la LOLF	34
1.4.2. Les contrats de performance du ministère de l'économie et des finances.....	36
1.4.3. Les contrats d'objectifs et de moyens de la juridiction administrative.....	37
1.5. Expérimenter de nouvelles normes et moderniser les politiques publiques.....	38
1.5.1. Avant la réforme constitutionnelle de 2003.....	38
1.5.2. Après la réforme constitutionnelle.....	39
2. Le contrat en droit social	41
2.1. Relations du travail.....	41
2.1.1. Des rendez-vous imposés plus nombreux	42
2.1.2. Le développement de la négociation d'entreprise	43
2.1.3. La bonne résistance des accords de branche	44
2.1.4. Des accords interprofessionnels au champ élargi.....	45
2.1.5. L'ouverture du champ des accords dérogeant à la loi et des accords dérogatoires.....	45
2.2. Action sanitaire et sociale et protection sociale.....	46
2.2.1. Les conventions avec les professions médicales et paramédicales	46
2.2.2. Les conventions avec les établissements sanitaires et sociaux	47
2.2.3. Les conventions d'objectifs et de gestion avec les caisses de sécurité sociale	48
2.2.4. La fixation du prix des médicaments	49
2.3. Lutte contre l'exclusion et action sociale	51
2.3.1. Le contrat d'insertion du RMI	51
2.3.2. Les contrats de retour à l'emploi	52
2.3.3. Le contrat d'accueil et d'intégration	54
2.3.4. Le contrat de responsabilité parentale	55
2.3.5. Logement social.....	55

3. En droit économique et fiscal.....	57
3.1. Droit économique.....	57
3.1.1. Les aides économiques et à la création d'emplois	58
3.1.2. La fixation et le contrôle des prix	59
3.1.3. Les rapports de l'État avec les entreprises publiques	60
3.1.4. Les services en réseau (énergie, audiovisuel et télécommunications) et le respect de la concurrence	61
3.1.4.1. <i>L'octroi des autorisations d'émettre</i>	62
3.1.4.2. <i>La tarification des services en réseau</i>	63
3.1.4.3. <i>L'aménagement des sanctions en cas de violation des règles de la concurrence</i>	64
3.2. Droit fiscal	65
3.2.1. Les chartes du contribuable	66
3.2.2. Les « contrats fiscaux » relatifs aux prix de transfert	66
3.2.3. Les « rescrits ».....	67
3.2.4. La transaction fiscale	69
4. Le contrat en matière d'aménagement du territoire	70
4.1. Des contrats de plan État-région aux contrats de projet.....	71
4.2. Les contrats conclus entre l'État et les collectivités territoriales	72
4.2.1. La politique de la ville	73
4.2.2. La lutte contre la délinquance	73
4.2.3. Les contrats de pays et d'agglomération	74
4.2.4. Autres contrats.....	74
4.3. Les contrats entre collectivités territoriales.....	75
4.3.1. Les groupements entre collectivités de même catégorie	75
4.3.2. Les groupements mixtes de collectivités	77
5. Le contrat en matière éducative, culturelle et sportive	79
5.1. Éducation.....	79
5.1.1. Les rapports avec l'enseignement privé.....	79
5.1.2. Le contrat dans l'enseignement supérieur.....	81
5.2. Culture.....	81
5.3. Sport	82
6. En matière de relations internationales.....	84
6.1. Relations internationales commerciales.....	84
6.2. Coopération et aide au développement.....	85
6.2.1. Au niveau de l'État.....	85
6.2.2. Coopération décentralisée	87
Conclusion : la quantification du phénomène contractuel	89

Deuxième partie

Contrat, loi et décision administrative unilatérale : des imbrications croissantes.....

7. Qu'est-ce qu'un contrat et à quoi sert-il ?	92
7.1. Du contrat civil au contrat administratif.....	92
7.1.1. Un consentement libre et éclairé	94
7.1.1.1. <i>Contrat administratif et contrat civil</i>	95
7.1.1.2. <i>La nature juridique des contrats conclus avec les agents</i>	97
7.1.2. Des obligations réciproques et un équilibre entre droits et obligations	99
7.1.2.1. <i>Le pouvoir de modification et de résiliation unilatérale par l'autorité administrative</i>	100
7.1.2.2. <i>Le pouvoir de sanction et ses contreparties</i>	102
7.2. Les spécificités formelles du contrat administratif.....	107
7.2.1. La négociation du contrat.....	107



7.2.2. La passation du contrat	111
7.2.3. Entre passation et signature : le référé précontractuel.....	113
7.2.4. La forme et le contenu obligatoire du contrat.....	116
7.2.5. La qualité des signataires du contrat	118
7.2.6. La décision de signer le contrat du côté de l'administration.....	119
7.2.7. Signification, publication, entrée en vigueur et opposabilité aux tiers	120
7.3. Interprétation, exécution et requalification du contrat.....	121
7.3.1. L'exécution du contrat	121
7.3.2. L'interprétation du contrat	122
7.3.3. La requalification du contrat	124
7.4. Typologies et fonctions du contrat en droit administratif.....	125
7.4.1. Les principales typologies contractuelles en droit national et communautaire.....	125
7.4.1.1. Selon les signataires.....	126
7.4.1.2. Selon l'objet du contrat	127
7.4.1.3. Selon le lien avec l'intérêt général.....	129
7.4.1.4. Selon le mode de formation.....	130
7.4.1.4.1. Le prêt-à-porter en matière de contrat : le contrat-type	130
7.4.1.4.2. Le contrat d'adhésion.....	132
7.4.1.5. Selon la procédure de passation	133
7.4.2. Les fonctions du contrat en droit administratif.....	135
7.4.2.1. Les fonctions traditionnelles du contrat.....	135
7.4.2.2. Les autres fonctions du contrat.....	137
8. Loi et contrat	141
8.1. La loi avant la convention.....	142
8.1.1. Le renvoi à des conventions collectives pour l'application de la loi	142
8.1.2. La loi prescriptive	145
8.2. La convention avant la loi.....	146
8.2.1. La convention, inspiration de la loi.....	146
8.2.2. La convention dictant le contenu de la loi.....	148
8.3. La convention à la place de la loi ?	149
9. Décisions administratives unilatérales et conventions	154
9.1. Les décisions formellement unilatérales, en réalité négociées.....	155
9.1.1. Décisions prises par les autorités de régulation	155
9.1.2. La police des installations classées	155
9.1.3. La détermination du prix des médicaments remboursables par la sécurité sociale	156
9.2. Des conventions s'apparentant à des actes administratifs unilatéraux	156
9.2.1. Des décisions administratives imposées	157
9.2.2. Des contrats incorporant des dispositions réglementaires ou acquérant le caractère d'acte réglementaire	157
9.2.3. Des règlements d'organisation des services publics.....	159
9.3. La convention subordonnée à l'intervention d'une décision unilatérale.....	160
9.3.1. Les accords virtuels : les accords dans la fonction publique	160
9.3.2. L'agrément ou l'homologation de la convention.....	160
9.3.3. L'extension des conventions collectives	161
9.3.4. Extension et agrément d'accords dérogatoires	162
9.4. Le régime contentieux de l'acte détachable du contrat	163

Troisième partie

Utiliser le contrat à bon escient.....	167
10. Les contraintes constitutionnelles et communautaires	167
10.1. L'exigence contractuelle.....	167
10.1.1. Les contraintes communautaires	167
10.1.1.1. L'Europe, civilisation du contrat ?	168



10.1.1.2. <i>Vers un droit européen des contrats ?</i>	169
10.1.1.3. <i>Liberté contractuelle et disciplines du marché unique</i>	172
10.1.2. Les contraintes constitutionnelles	175
10.1.2.1. <i>La liberté contractuelle, liberté constitutionnelle</i>	175
10.1.2.2. <i>Le libre accès à la commande publique, exigence constitutionnelle</i>	178
10.2. Les limites de la contractualisation	179
10.2.1. Égalité devant la loi	179
10.2.2. Les fonctions de souveraineté (police, justice...)	180
10.2.3. Quelles mesures contractuelles d'application de la loi ?	185
10.2.4. La responsabilité de l'État, garant de l'exécution des engagements internationaux	186
10.2.5. Le respect des règles de la concurrence	186
11. Les expériences étrangères	189
11.1. Le contrat dans l'action administrative britannique	190
11.2. Le contrat dans la fonction publique en Europe	191
11.3. Le « contrat » fiscal en Europe	192
11.4. Le contrat en matière de relations professionnelles	194
12. Avantages et risques du recours au contrat	197
12.1. Des avantages nombreux et bien identifiés	197
12.1.1. Une meilleure acceptabilité de la norme et la garantie de son application	197
12.1.2. La mobilisation de l'expertise et une plus grande efficacité	198
12.1.3. La promotion de la responsabilité et d'un meilleur partage des risques	200
12.1.4. Une plus grande stabilité ?	201
12.1.5. Une meilleure adaptabilité dans la durée ?	203
12.1.6. L'individualisation et l'adéquation aux circonstances particulières	204
12.2. Les risques	205
12.2.1. L'ambiguïté	205
12.2.2. La fragilité	206
12.2.3. La rigidité ?	209
12.2.4. L'inégalité et l'opacité	209
12.2.5. Des transferts de charges ou de responsabilités	211
12.2.6. L'illisibilité des organisations ou des normes	213
12.2.7. Un coût élevé d'accès au droit ?	215
12.2.8. Un effacement de l'État ?	215
13. Pour un bon usage du contrat	216
13.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux et veiller à l'éthique des négociations	217
13.1.1. Conforter la représentativité des acteurs sociaux	218
13.1.1.1. <i>Dans les relations professionnelles</i>	218
13.1.1.2. <i>Dans les autres champs</i>	219
13.1.2. Veiller à l'éthique de toute négociation	220
13.2. Ouvrir de nouveaux horizons au contrat	222
13.2.1. En tant que mode de production de normes	223
13.2.1.1. <i>Les domaines où le contrat doit demeurer exclu ou marginal</i>	223
13.2.1.2. <i>Les autorités de régulation</i>	223
13.2.1.3. <i>En droit fiscal</i>	223
13.2.1.4. <i>La négociation dans la fonction publique</i>	224
13.2.1.5. <i>La résolution des conflits</i>	227
13.2.2. En tant que mode d'action publique	229
13.2.2.1. <i>Donner davantage de prix à la signature de l'État : une question de confiance</i>	229
13.2.2.2. <i>Préciser la valeur des conventions d'objectifs et de moyens conclus à l'intérieur d'une même personne publique</i>	230
13.2.2.3. <i>Reconnaître une valeur juridique aux conventions de programme</i>	233



13.2.2.4. Préciser la place du contrat dans la gestion des agents publics	233
13.3. Mieux articuler le droit communautaire et le droit national.....	235
13.3.1. Rendre compatibles droit national et droit communautaire pour tous les contrats relatifs à la commande publique.....	235
13.3.1.1. Les concessions d'aménagement.....	235
13.3.1.2. Le régime des concessions.....	236
13.3.1.3. Le marché de définition.....	238
13.3.1.4. Les contrats de partenariat	240
13.3.1.5. Les conventions devant régir les rapports entre les EPCI et les communes...	241
13.3.1.6. Rechercher la convergence des définitions et des terminologies.....	244
13.3.2. Clarifier le régime juridique des services d'intérêt général	246
13.4. Renforcer la sécurité juridique du contrat	250
13.4.1. Appeler chaque chose par son nom : quelle terminologie ?.....	250
13.4.2. Mettre de l'ordre et de la clarté dans les contrats administratifs	253
13.4.3. Améliorer en amont la robustesse des contrats	256
13.4.4. Utiliser les différents contrats pour les usages auxquels ils sont destinés	257
13.4.5. Assurer une publicité adéquate aux contrats susceptibles d'être attaqués par les concurrents évincés	258
13.4.6. Instaurer une discipline minimale en matière de contrats internationaux	260
13.4.7. Assouplir les conditions de cession ou de reprise des contrats.....	260
13.4.8. Une meilleure articulation du contrat avec la loi.....	261
13.4.8.1. Comblar les lacunes du système conventionnel en matière médicale	261
13.4.8.2. Prévoir une solution de repli en cas d'absence de conclusion d'une convention	262
13.4.8.3. Améliorer la lisibilité du droit du travail.....	263
13.4.8.4. Ne pas attribuer de domaine législatif propre aux partenaires sociaux mais assurer le plein respect de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007.....	264
13.4.9. Renforcer la connaissance du phénomène contractuel, l'expertise contractuelle et la formation à la négociation au sein des collectivités publiques.....	266
13.5. Sécuriser les contrats en cas de contentieux.....	268
13.5.1. Préciser les conditions de mise en œuvre de la jurisprudence Tropic Travaux signalisation	268
13.5.2. Préciser le régime du référé précontractuel	270
13.5.3. Utiliser la procédure de l'avis pour stabiliser rapidement le régime applicable aux nouveaux contrats	271
13.5.4. Fiabiliser les méthodes d'interprétation des contrats par le juge	272

Conclusion	275
-------------------------	-----

Annexes	277
----------------------	-----

Annexe 1 - Le rescrit fiscal présente-t-il la nature d'un contrat ?	279
---	-----

Annexe 2 - Bref historique de la démarche communautaire d'harmonisation du droit des contrats civils.....	281
--	-----

Contributions

Agrément fiscal et droit communautaire	287
<i>Dominique Berlin</i>	



Contrats publics et sécurité juridique	329
<i>Pierre Delvolvé</i>	
L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics	355
<i>Laurent Richer</i>	
L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes	369
<i>Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer</i>	
Le droit du contentieux des contrats administratifs a-t-il enfin atteint sa pleine maturité ?	383
<i>Philippe Terneyre</i>	

