

N° anonymat :

SESSION : 2014

ÉPREUVE : dissertation

N° 6 6 0

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

3

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

" les avis en droit public "

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Traditionnellement et en vertu de la constitution, le législateur vote la loi, le pouvoir exécutif l'applique et édicte des actes réglementaires qui ont une force contraignante. Cependant, l'administration, comme également les juridictions, ne produisent pas seulement des actes exécutoires, mais aussi des actes permettant d'éclairer ses propres organes dans la prise de décision et les jugements. Ces éclaircissements, conseils, préconisations ^{ou} interprétations peuvent prendre la forme d'avis, qui se présentent généralement sous forme écrite et sont rendus sur le fondement de textes constitutionnels, législatifs ou réglementaires qui les prévoient. Ces avis sont formulés ou bien par un organe collégial interne à l'administration, ou bien par une autorité indépendante, ou bien par les citoyens eux-mêmes, ou encore par les juridictions supérieures. Tant le législateur, que le pouvoir exécutif et les juges sont destinataires d'avis.

Ne rien inscrire dans cet emplacement

La possibilité pour une juridiction administrative de première instance ou d'appel de soumettre au conseil d'Etat une question de droit qui se pose à elle dans une ou des instances en cours a été introduite à partir de 1997. Les avis rendus par le conseil d'Etat sont dits "contentieux" et ont un statut particulier. Cette fonction du conseil d'Etat est à distinguer de sa fonction consultative qui l'amène également à rendre des avis. Au sein du système juridique, judiciaire et administratif, il existe des procédures de dialogue et de règlement des questions de compétence qui sont à distinguer des avis. Ces procédures prennent la forme de questions préjudicielles et aboutissent à l'édiction d'un jugement ayant autorité de chose jugée, ou nécessitent la saisine du Tribunal des conflits. Les avis désignent donc en général une réponse explicitement formulée dont on garde ^{au moins} temporairement la trace alors que les autorités administratives peuvent procéder à des consultations qui n'aboutissent pas toujours à formuler un avis. L'avis peut au contraire désigner en amont de telles procédures un acte de publication et d'information (ainsi d'un avis d'enquête publique). Les avis au-delà de leur valeur générale de conseil et de recommandation remplissent des fonctions précises. Il

est important de déterminer lesquelles et de déterminer leur valeur juridique. Dans quels cas les autorités administratives et juridictionnelles peuvent ou doivent-elles demander des avis ? Quelle est la force juridique dont ils sont revêtus et quelles règles de procédure et de forme doivent être respectées ? L'organisation de la justice administrative comme de la justice judiciaire témoigne de l'originalité des avis contentieux depuis plus de deux décennies. Quelle est la valeur de ces avis ?

les fonctions remplies par les avis dépendent des autorités à qui ils sont destinés et des textes normatifs qui les prévoient. Parmi ces différents avis, une place particulière doit être réservée aux avis contentieux et à la fonction consultative de la juridiction suprême administrative (I). Les avis ont une force et une valeur juridique qui peuvent varier, tandis que souvent c'est la méconnaissance de l'obligation de demander un avis qui est sanctionnée. Le droit et la jurisprudence évoluent depuis quelques années pour rendre les avis plus effectifs sans ^{par ailleurs} systématiquement sanctionner leur absence (II).

*

*

*

la formulation

I. L'ensemble du droit public prévoit de nombreux avis tandis que l'activité juridictionnelle intègre dans son fonctionnement les avis contentieux.

A - Les avis émanent et sont destinés à tous les pouvoirs publics et les autorités administratives

Certaines autorités ont été explicitement prévues

par la constitution de 1958 pour éclairer le gouvernement et le législateur dans leur fonction normative, et tout en les éclairant par des avis exposer leur point de vue. C'est ainsi que le conseil économique, social et environnemental est prévu par la constitution et doit obligatoirement être saisi pour avis par le Gouvernement lorsqu'il dépose un projet de loi à caractère économique, social ou environnemental ou bien est saisi facultativement par le Gouvernement qui souhaite avoir un développement sur un sujet déterminé. un membre du CESE peut également venir exposer l'avis du conseil sur un texte de loi au début de la discussion en séance publique devant l'une des deux assemblées.

Le président de la République est également invité par la constitution à demander des avis aux autres autorités constitutionnelles avant de mettre en œuvre certaines de ses prérogatives. Ainsi lorsque le Président envisage de faire entrer en vigueur l'article 16 qui lui confère des pouvoirs spéciaux il doit recueillir l'avis du constitutionnel, avis qui est publié en général, et l'avis des présidents des assemblées parlementaires. Avant de dissoudre l'Assemblée nationale, le président doit consulter les présidents des Assemblées (article 12 de la constitution). Si la constitution prévoit explicitement ces différentes consultations et avis, elle ne présume pas de leur contenu ni des conséquences d'un avis négatif.

C'est également la constitution qui prévoit en son article 39 que le conseil d'Etat doit obligatoirement être consulté par le Gouvernement sur les projets de loi et les ordonnances. Ces textes sont examinés par les sections consultatives de

Ne rien inscrire dans cet emplacement

La juridiction suprême qui donne un avis, non pas exactement sur l'opportunité politique de tels textes, dont l'appréciation relève du Gouvernement, mais sur sa qualité et sa cohérence juridique, et ses éventuelles dispositions inconstitutionnelles notamment. Ces avis n'ont pas l'obligation d'être publiés, et ne le sont que si le Gouvernement le décide. Si cet avis est obligatoire sur les textes cités, il a été rendu facultatif par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour les propositions de loi. Avec l'accord de la proposition de loi, le président de l'une des 2 assemblées peut saisir le conseil d'Etat pour avis.

En dehors de ces avis prévus par la Constitution, une grande majorité des avis sont rendus sur le fondement de textes de loi et de textes réglementaires. Il faut distinguer parmi ces avis ceux qui relèvent du fonctionnement interne de l'administration et qui contribuent à son fonctionnement, des avis rendus en matière contentieuse. Les administrations organisent de nombreuses procédures de recueil d'avis pour leur propre information et pour prendre des décisions en connaissance de cause. Les avis proviennent souvent d'organes collégiaux qui ou bien représentent les agents publics et mettent en œuvre le principe de participation, ou bien des experts dans un domaine particulier consultés sur des questions techniques et complexes, ou bien représentent les citoyens eux-mêmes lorsqu'ils sont intéressés à

avis

la décision. Les procédures disciplinaires à l'encontre des agents publics ou bien à l'encontre de membres de professions ou d'activités réglementées comprennent souvent l'édiction d'un avis par une commission qui entend les parties en cause, et propose une sanction au vu des faits et du droit. Dans la fonction publique civile, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire prend une sanction vis-à-vis d'un agent éclairé par l'avis des formations disciplinaires des commissions administratives paritaires. Dans ces cas, la formulation d'un avis est la conséquence d'une procédure qui permet de respecter les droits de la défense.

Les avis contentieux, qui peuvent être rendus par le conseil d'Etat, la cour de cassation et le tribunal des conflits, ont une fonction relativement différente dans la mesure où ils concernent l'interprétation du droit par les juridictions et commandent l'interprétation du droit dans chacun des ordres de juridiction.

*

B. En matière contentieuse, les avis rendus par les juridictions supérieures, bien que dans une proportion bien moindre que les jugements, ont une importance certaine.

On compte parmi les avis en droit public les avis contentieux. Dans le cas du conseil d'Etat ces avis sont à distinguer des avis rendus par les sections consultatives en vertu des obligations constitutionnelles, et des avis qu'elles rendent sur des actes réglementaires, des décrets en général (décrets dit "en conseil d'Etat"). Avant 1987,

une demande de conseil ou plus précisément d'aide pourrait être adressée au conseil d'Etat si une personne bénéficiaire d'une décision de justice devenue définitive ne parvenait pas à ^{en} obtenir l'exécution. Cette demande d'aide à l'exécution doit être depuis 1955 adressée à la juridiction qui a rendu le jugement.

En 1987, en même que la création des cours administratives d'appel a été créée la procédure de l'avis contentieux. Celui-ci est rendu par le conseil d'Etat s'il est saisi par une juridiction de degré inférieur qui rencontre une question ou une difficulté sérieuse dans le règlement d'un litige, et qu'elle a ou qu'elle est susceptible de rencontrer à de nombreuses reprises. Si ces conditions sont remplies, la saisine du conseil d'Etat suspend l'instance et celui-ci a trois mois pour répondre. L'avis est adressé à la juridiction qui a formulé la demande et est rendu public.

Une demande d'avis similaire peut être adressée par les juridictions judiciaires à la Cour de cassation depuis 1951.

L'avis contentieux rendu par le conseil d'Etat ne vaut pas jugement de l'affaire qui a suscité la ou les questions. Il n'a pas de force exécutoire comme un jugement mais en général il permet de régler l'affaire et fait autorité. Il pourra être invoqué par d'autres juridictions dans des affaires soulevant les mêmes questions. La pratique leur confère la même valeur que les arrêts le plus souvent. De manière générale, ils permettent

au conseil d'Etat par l'intermédiaire des questions de préciser les règles de droit, de les interpréter et de préciser leur modalité d'application par le juge. Comme les arrêts, ils peuvent préciser ou poser de nouveaux principes. Parmi les avis récents, on peut citer l'avis "Berthaud" qui précise comment le juge dans un contentieux de plein contentieux à propos d'une sanction doit prendre en compte les règles de droit nouvelles intervenues depuis la prononciation de la sanction (ici à propos des permis de conduire). Dans un tout autre domaine, l'avis "Lagier" de 2007 a opéré un changement et précisé la manière dont le juge devrait répartir l'indemnisation des préjudices entre les requérants victimes d'un dommage et les caisses de sécurité sociale qui ont engagé des dépenses (en interprétation d'un article du code de la sécurité sociale).

Plusieurs avis ont par exemple été rendus en 1999 et 2000 sur le respect du droit de la concurrence et de la commande publique par les personnes publiques (Avis, 1999, "Société E da", Avis, 1999, "Le P Publicité" ou encore Avis de 2000 Jean Louis Bernard consultant).

En dehors de cette procédure relativement importante du point de vue de la pratique juridictionnelle et de l'homogénéisation du droit, d'autres types d'avis émanant des juridictions sont prévus par les textes. Ainsi, les deux juridictions supérieures peuvent si elles l'estiment utile demander un avis au Tribunal des conflits en cas de doute sur la compétence.

Ne rien inscrire dans cet emplacement

les textes organisent souvent l'obligation de recueillir un avis. Si dans le domaine des avis contentieux la pratique et la force juridique des avis sont bien établies, les avis rendus à destination d'une autorité administrative connaissent des procédures d'édiction et des conséquences variables. Quelles sont les principes juridiques qui gouvernent cet aspect de l'activité des administrations et des organes chargés de rendre des avis ? Quelles règles fixent la jurisprudence dans le silence des textes ?

* * *

II. La méconnaissance de l'obligation de demander des avis est en général sanctionnée par les juges mais de manière plus pragmatique aujourd'hui, et les avis ont des valeurs différentes selon les procédures et les domaines.

1 - les textes prévoient tous une obligation de demande d'avis mais leur portée est variable, un grand nombre gardant leur valeur d'information et de proposition sans être opposable simple

En matière d'avis, les textes normatifs prévoient en général l'obligation de demander un avis, l'organe à qui doit être demandé cet avis, sa composition, parfois ses prérogatives. Il faut en général distinguer cette obligation de

l'effet de l'avis lui-même. Sur ce fondement une première différence est généralement faite entre les demandes d'avis obligatoires et les demandes d'avis facultatives. Dans le premier cas l'administration, ou le gouvernement dans le cas du conseil d'Etat, est obligée de recueillir l'avis, dans le second elle n'y procède que si elle le souhaite, mais dans ce cas doit respecter un certain nombre de règles de procédure et de forme. Une seconde distinction est opérée entre les avis dits simples et les avis dits conformes. Les premiers, les plus fréquents, ne lient pas l'autorité administrative quant à leur contenu. Elle est destinataire de l'avis qui l'éclaire quant à la décision qu'elle peut ou doit prendre mais elle peut ne pas en tenir compte ou s'en écarter. Les avis des commissions de discipline dans la fonction publique ont ainsi le caractère d'avis simple. L'autorité disciplinaire n'est pas obligée par l'avis. Dans des domaines autres que disciplinaires, si l'autorité compétente veut prendre une décision contraire ou qui s'écarte de l'avis rendu par une commission spécialisée, elle peut devoir saisir une commission d'appel. Parmi les avis conformes, on compte les avis de la formation disciplinaire du conseil supérieur de la magistrature ainsi que les avis relatifs aux nominations des magistrats du siège. L'autorité de nomination ne peut s'en écarter.

Avis omis de demander un avis dans une procédure conduisant à l'édiction d'un acte

administratif peut constituer un vice de procédure et est sanctionné comme tel si le juge administratif est saisi. Sont également sanctionnés les défauts dans la consultation pour avis du conseil d'Etat sur les projets de loi, les ordonnances et les décrets. L'absence de consultation était considérée comme entachant l'acte d'incompétence jusqu'il y a peu et est désormais considérée comme un vice de procédure. (pour l'incompétence CE, SCI Boulevard d'Arago)

De plus le Gouvernement ne peut pas soumettre au Parlement ou faire entrer en vigueur un acte réglementaire qui comporterait des dispositions nouvelles qui n'auraient pas été soumises au conseil d'Etat. Le choix ne peut que se faire entre la première version du texte et la version telle que modifiée en conseil d'Etat.

Si la plupart des avis restent des documents à l'usage de l'administration pour les besoins de son action et ne font pas griefs en eux-mêmes (ainsi, on ne peut pas contester l'avis d'une commission de discipline en dehors de la contestation de la sanction et de l'ensemble de la procédure), dans certains domaines des réponses à des demandes d'avis deviennent opposables et acquièrent la valeur d'un acte réglementaire qui lie l'administration. C'est le cas en matière fiscale lorsqu'un contribuable demande des précisions sur l'interprétation d'une disposition ou d'une procédure fiscale.

B - le juge administratif opère depuis peu un contrôle plus pragmatique sur les procédures de demande d'avis mais se montre avec le législateur plus vigilant sur leur portée effective.

L'avis représente l'un des résultats d'une procédure d'information et de consultation du public, au bien notamment d'une procédure de consultation d'une commission spécialisée. La procédure légale de demande d'avis n'est pas toujours entièrement respectée par l'administration. Parfois celle-ci demande l'avis de manière tardive dans la procédure ce qui le prive de son intérêt. Les administrations peuvent apparaître dans le même temps gênées dans leur action ou du moins ralenties par les nombreux avis qu'elles doivent demander. Par l'arrêt du 23 décembre 2011, "Danthony", le conseil d'Etat reprenant l'article 70 de la loi Warsmann de simplification du droit de 2011, a fait évoluer sa jurisprudence quant aux irrégularités de formes et de procédure qui peuvent affecter l'édiction d'une décision administrative dans un sens plus pragmatique. Parmi ces irrégularités, on peut ranger les demandes d'avis. Le fait de ne pas l'avoir demandé, de l'avoir demandé tardivement ou bien de l'avoir pris en compte alors qu'il émanait d'un organe irrégulièrement composé est désormais considéré à l'une des conséquences de ces irrégularités sur le sens de la décision finale, et seront sanctionnées par le juge si elles l'ont affectées. Le conseil d'Etat précise également que l'absence de consultation ou d'avis ne doit pas avoir privé la

Ne rien inscrire dans cet emplacement

destinataire de la décision d'une garantie, et supprime par cette jurisprudence la distinction entre vice substantiel et non substantiel.

Parallèlement le législateur a pris un certain nombre de mesures pour que les demandes d'avis formulées auprès du public portent davantage à conséquence pour l'autorité qui a engagé la procédure ou est destinataire de l'avis. Les lois Grenelle 1 et 2 ont ainsi renforcé les conséquences des débats publics qui permettent aux citoyens d'exprimer leur point de vue sur des projets locaux d'aménagement concernant l'environnement ou des infrastructures. Si les discussions au cours des débats publics vont ressortir un avis globalement négatif sur le projet, le maître d'ouvrage devra en tenir compte et expliciter les mesures qu'il entend prendre.

Le nombre croissant d'autorités administratives indépendantes renouvelle depuis plus de 10 ans les questions sur la valeur des avis. Certaines, si lorsqu'elles formulent des avis peuvent en réalité être regardées comme édictant des actes qui obligent les particuliers, les professionnels, et donc font griefs. Certains avis formulés par l'autorité de la concurrence de sa propre initiative peuvent être portés devant le juge administratif (cette autorité peut par ailleurs être consultée pour avis

par le conseil d'Etat). Un certain nombre d'AAI ou d'autorités publiques indépendantes formulent des avis qui dépassent la portée habituelle de ces derniers dans la pratique administrative, et permettent par cette voie de faire des recommandations et de diffuser des pratiques (ainsi les avis de la Haute autorité de santé). La plupart de ces avis sont publics et dépassent le cas d'espèce.

* * *

Les avis en droit public constituent une catégorie d'actes ou de document de manière plus générale relativement hétérogène. Ils assurent un rôle de conseil et d'information. Ils sont intervenus un plus grand nombre de personnes, parfois extérieures à l'administration ou indépendantes d'elle, dans la prise de décision, ce qui peut favoriser l'impartialité et l'objectivité de l'administration. Des consultations sont même prévues en amont par la Constitution. La demande d'avis auprès du conseil d'Etat joue également depuis 1987 un rôle important.