
En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© La Documentation française, Paris 2006
ISBN : 2-11-006050-6

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Vice-président du Conseil d'État.

Olivier FOUQUET, Bruno GENEVOIS, Marie-Eve AUBIN, Jean-Michel BELORGEY, Raphaël HADAS-LEBEL, Yves ROBINEAU, présidents de Section.

Jean-Michel BELORGEY, directeur de la publication.

Patrick FRYDMAN, secrétaire général du Conseil d'État.

Josseline de CLAUSADE, rapporteur général de la Section du rapport et des études.

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

Bernard PIGNEROL, rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études.

Corinne MATHEY, secrétaire de rédaction.



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51), 2000.
- 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.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- 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.

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

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

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{le} éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

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.

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Bureau d'aide juridictionnelle	43
Activité consultative	45
Assemblée générale	47
Section de l'intérieur	53
Section des finances	65
Section des travaux publics	87
Section sociale	101
Récapitulatif des statistiques pour 2005	117
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	119
Activité de la Section du rapport et des études	123
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2005	125
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	135
L'action internationale du Conseil d'État	137
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	143
Bilan des formations	147
Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	155
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	159
Activité des juridictions spécialisées	169
Commission des recours des réfugiés	171
Commission centrale d'aide sociale	177
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées	179
Avis du Conseil d'État en 2005	181

II. Sécurité juridique et complexité du droit

● Considérations générales

Introduction	229
Première partie	
La complexité croissante des normes menace l'État de droit	233
Deuxième partie	
Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?	281
Conclusion	337

● Contributions

La loi britannique et la sécurité juridique	341
<i>John S. Bell</i>	
Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique	349
<i>Damien Chamussy</i>	
La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel	369
<i>Olivier Dutheillet de Lamothe</i>	
Entre la Jamaïque et le Kiribati Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale.	377
<i>Bertrand du Marais</i>	
Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même	391
<i>Nicolas Molfessis</i>	
Table des matières	407



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc,
Vice-président du Conseil d'État

Comme chaque année, le rapport public du Conseil d'État comporte deux parties. La première fait le bilan de l'ensemble de l'activité juridictionnelle et administrative du Conseil. La seconde est une partie thématique, consacrée cette année à des considérations générales sur le thème « Sécurité juridique et complexité du droit ».

L'activité de la Section du contentieux montre une stabilité d'ensemble des nouvelles affaires enregistrées en 2005, en dépit du transfert aux cours administratives d'appel du contentieux des jugements des tribunaux administratifs rendus en matière de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière. Cette stabilité s'explique notamment par la mise en œuvre du décret du 24 juin 2003 supprimant la voie de l'appel au profit d'un recours direct en cassation pour certains litiges de faible importance. De ce seul chef, les pourvois sont passés de 1 318 en 2004 à 2 018 affaires en 2005, soit une augmentation de 53 %. Elle trouve également son origine dans la hausse d'environ 50 % des pourvois en cassation contre les décisions des juridictions spécialisées, notamment de la Commission des recours des réfugiés. Au total, si le nombre d'affaires jugées a augmenté, il ne compense pas pour autant le nombre des entrées.

Toutefois, l'objectif d'un stock inférieur à la capacité annuelle de jugement reste atteint et, conséquence logique, la durée moyenne des instances diminue, pour passer de nouveau au-dessous de la barre symbolique des douze mois : elle est pour 2005 de onze mois et quinze jours. À plus long terme, on peut espérer que la mise en œuvre des téléprocédures, d'ores et déjà expérimentée avec succès en 2005 pour le contentieux fiscal et qui va être complétée par la transmission électronique des dos-

siers de première instance et d'appel, permettra d'améliorer encore les délais de jugement.

L'activité consultative est restée intense, tant en raison du nombre de textes examinés que de leur complexité. Les sections administratives ont eu à connaître de 1 390 textes ou demandes d'avis, soit 98 de plus qu'en 2004 et 248 de plus qu'en 2003. Le nombre de lois, ordonnances et lois de pays s'élève à 238, contre 194 en 2004 et 131 en 2003, soit une augmentation d'environ 82 % en deux ans. L'Assemblée générale a été saisie de 144 lois et 74 ordonnances.

L'exercice de notre rôle consultatif appelle plusieurs constatations qui, hélas, ne sont pas nouvelles. Dans nombre de cas, le Conseil continue d'être saisi en urgence et dispose de délais très courts pour statuer sur des textes longs et complexes, parfois mal préparés. Le manque de réflexion d'ensemble sur les dispositifs existants, ainsi que sur les implications des projets de texte contraint toujours l'administration à revenir, à intervalles de plus en plus rapprochés, devant le Conseil, pour procéder à leur modification. La question de la répartition des dispositions entre la loi et le règlement continue de se poser lors de l'examen des projets de loi. Nombre de consultations préalables obligatoires n'ont pas été faites en temps utile ou ont été purement et simplement omises.

L'activité de la Section du rapport et des études montre que si les affaires d'exécution des décisions de la juridiction administrative trouvent le plus souvent une issue heureuse par la procédure non juridictionnelle, la part des affaires qui nécessitent l'intervention de la juridiction augmente de façon sensible. Les difficultés à faire exécuter les condamnations pécuniaires restent préoccupantes.

Le Conseil d'État a organisé au mois de novembre 2005, au Conseil économique et social, une journée d'étude sur le thème des considérations générales du rapport de 2005 : « Responsabilité et socialisation du risque ».

En ce qui concerne les études, celle consacrée au cadre juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales est en cours de publication. Les deux dernières, portant respectivement sur le droit de la communication et le droit de l'espace, sont en voie d'adoption.

L'action de coopération internationale, marquée par de nombreuses rencontres avec des juridictions suprêmes étrangères, s'est poursuivie à un rythme soutenu. L'activité de la cellule de droit communautaire augmente de façon très rapide, reflétant tant la place croissante de ce droit que sa technicité.

Les tribunaux administratifs demeurent confrontés à une hausse du contentieux. Le nombre des recours progresse encore de plus de 5 %, en données nettes, par rapport à l'année précédente qui avait pourtant



connu un taux de progression considérable de 16 %, venant lui-même après un taux de 14 % observé en 2003. Certes, les efforts remarquables de productivité des juridictions de première instance ont permis d'atteindre un quasi-équilibre entre le nombre d'affaires nouvelles et le nombre d'affaires jugées. De même, les cours administratives d'appel ont, pour la troisième année consécutive, jugé plus d'affaires qu'elles n'en avaient reçues et leur délai de jugement se réduit à un an, quatre mois et sept jours. Mais ces efforts de productivité ne peuvent être encore intensifiés, s'ils peuvent même être maintenus. Il est donc urgent de mettre en place des procédures gracieuses de règlement de certains contentieux de masse.

Parmi les juridictions spécialisées, la Commission des recours des réfugiés connaît pour la première fois depuis trois ans une diminution importante puisqu'elle atteint environ 25 % des recours enregistrés. Grâce au renforcement de ses moyens, le nombre de séances a connu une augmentation de 63 %, ce qui a permis une diminution considérable du stock. La Commission centrale d'aide sociale a également rétabli sa situation en jugeant un nombre d'affaires supérieur au nombre d'entrées, ce qui lui a permis de diminuer le nombre d'affaires en instance de 41 %.

Le Conseil d'État a choisi de revenir en 2006 sur le thème de la sécurité juridique, déjà abordé dans son rapport de 1991, sous l'intitulé « Sécurité juridique et complexité du droit ». Pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or, et ce constat est préoccupant, nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et légifère mal.

Depuis la fin du XVIII^e siècle et jusqu'à une époque récente, le droit français a représenté un modèle dont se sont inspirés de nombreux États dans le monde. Il constituait un ensemble cohérent, intelligible, codifié, servi par une langue claire, dense et précise. Force est de reconnaître que ces caractères se sont fortement altérés de nos jours.

Les causes de cette dégradation sont bien connues et certaines d'entre elles échappent à la seule responsabilité directe des pouvoirs publics. Il en va ainsi du développement considérable des conventions internationales, bilatérales ou multilatérales qui, une fois ratifiées ou approuvées, entrent en vigueur sur notre sol avec une autorité supérieure à celle des lois. Or les enceintes de négociation sont nombreuses et les organisations internationales sensibles à l'émulation et à la concurrence. Le caractère foisonnant du droit communautaire constitue le second des facteurs sur lesquels les pouvoirs publics nationaux n'ont pas de prise directe dès lors qu'est achevée la négociation. L'organisation du mar-

ché intérieur, la réalisation de l'Union économique et monétaire, la mise en place de l'euro, la libre circulation des capitaux ont entraîné une multitude de directives tandis que l'instauration d'une coopération dans le domaine des affaires intérieures et de la justice a provoqué l'adoption de conventions ou de décisions-cadres en des matières relevant du droit civil, du droit pénal, du droit d'asile et de la police des étrangers.

Une autre série de causes de la complexité du droit relève de l'organisation de nos propres institutions. La Constitution et la loi ont attribué aux collectivités territoriales une compétence normative de plus en plus large. La loi a conféré à certaines autorités administratives indépendantes une parcelle du pouvoir réglementaire. De cet éclatement des compétences normatives inhérent à la décentralisation sectorielle ou géographique, il résulte nécessairement un surcroît de complexité.

En outre, notre peuple est épris de lois et ne cesse d'en réclamer de nouvelles, comme si chaque problème nouveau nécessitait un traitement particulier, comme si un droit de principes se révélait inapte à régler des cas que l'on croit inédits. Cet appétit de nouvelles lois est trop souvent flatté par les gouvernants, eux-mêmes attirés dans la voie d'une prolifération des normes par les sirènes de la communication médiatique. Ni les gouvernements, ni les ministres successifs, ni les membres du Parlement n'inclinent à se montrer économes en ce domaine.

Le rapport examine les effets néfastes de cette conjugaison de facteurs pour le législateur, à la fois contraint par les impératifs résultant du droit international et communautaire, submergé par des projets trop longs et trop complexes, et contourné notamment lorsque les textes d'application de la loi prennent un retard excessif. Il en analyse les conséquences pour la société, et singulièrement pour les opérateurs économiques que l'insécurité juridique risque de décourager en même temps qu'elle exerce un effet néfaste sur notre compétitivité économique extérieure.

Tout en faisant valoir qu'il est nécessaire d'adapter en permanence notre droit, les considérations générales, en s'inspirant d'expériences étrangères intéressantes et de rapports parlementaires, proposent au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif plusieurs remèdes pour infléchir le cours des choses. Au Gouvernement, il incombe, par le respect des disciplines de la Constitution d'une part, et par un nouveau droit de l'élaboration des textes qui pourrait être inscrit dans une loi organique d'autre part, de s'astreindre à peser minutieusement les avantages et les inconvénients d'une réforme législative. Si la réforme est décidée, il lui appartient de préparer un projet ne transgressant pas les limites du domaine de la loi mais contenant toutes les dispositions nécessaires. Au Parlement, il incombe de revenir à un meilleur usage du droit d'amendement, d'adopter des méthodes de travail allégées pour certains projets



de loi et d'apporter son concours à un contrôle plus efficace des modalités d'application de la loi.

Enfin, le rapport s'attache à ouvrir de nouvelles pistes de travail destinées à favoriser un accès au droit à la fois plus sûr et plus aisé.

Conformément à une coutume remontant à la création de la revue Études et documents du Conseil d'État, en 1947, à l'initiative du président René Cassin, une place est faite dans ce rapport public à des contributions individuelles. Cette année, des contributions sur des thèmes proches de celui retenu pour les considérations générales ont été apportées par le professeur John S. Bell de l'Université de Cambridge, qui traite des lois britanniques et de la complexité du droit, M. Damien Chamussy, administrateur de l'Assemblée nationale, chargé de mission au Conseil constitutionnel, qui illustre la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique et à la qualité de la loi par le contrôle de la procédure parlementaire, M. Olivier Dutheillet de Lamothe, conseiller d'État et membre du Conseil constitutionnel, qui expose le point de vue du juge constitutionnel sur la sécurité juridique, M. Bertrand du Marais, conseiller d'État et professeur associé à l'Université Paris X – Nanterre, qui fait part de ses réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale, enfin M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas, qui réfléchit à l'aptitude de notre système juridique à traiter ses propres maux. Qu'ils en soient remerciés.

Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GP	Gazette du Palais
JCP	La Semaine juridique
JORF	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
RDP	Revue de droit public et de la science politique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif

L'indication d'une page après une décision du Conseil d'État, d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel renvoie au recueil Lebon. Après une décision du Conseil constitutionnel, elle renvoie au recueil de ses décisions. Il en est de même pour les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.



RAPPORT D'ACTIVITÉ

Activité juridictionnelle



Activité de la Section

I. – L'année 2005 se caractérise par le maintien d'un niveau élevé de requêtes enregistrées. Celui-ci s'explique par la part importante que représentent les pourvois en cassation, spécialement du fait de la mise en œuvre du décret du 24 juin 2003. La compétence du Conseil d'État en tant que juge de cassation de certains jugements de tribunaux administratifs rendus en premier et dernier ressort résultant de ce décret, qui s'était traduite en 2004 par l'enregistrement de 1 318 pourvois de ce seul chef, a porté en 2005 sur 2 018 affaires. Cela correspond à une augmentation de 53 % en données brutes.

En outre, la poursuite de l'application des contrats d'objectifs conclus avec les cours administratives d'appel a suscité un accroissement de leur activité qui a entraîné une augmentation corrélative du nombre des pourvois en cassation à l'encontre de leurs arrêts (+ 11 % en données brutes).

Un autre chef d'augmentation provient de la hausse des pourvois en cassation contre les décisions des juridictions spécialisées (+ 26,5 % en données brutes) qui correspond dans une large mesure à l'activité intense déployée par la Commission des recours des réfugiés dont les moyens ont été renforcés.

Au sein de ce mouvement général d'augmentation, a joué un rôle modérateur le transfert aux cours administratives d'appel, avec effet au 1^{er} janvier 2005, du contentieux de l'appel des jugements des tribunaux administratifs rendus en matière de reconduite à la frontière d'étrangers en situation irrégulière.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Données brutes						
Affaires enregistrées	12 800	12 793	11 471 ⁽¹⁾⁽²⁾	10 213 ⁽³⁾⁽⁴⁾	12 868 ⁽⁵⁾	12 572 ⁽⁶⁾
Décisions rendues	13 837	13 155	11 739 ⁽²⁾	11 209	11 528	12 124
Données nettes après déduction des séries						
Affaires enregistrées	12 274	12 642	11 281 ⁽¹⁾⁽²⁾	9 905 ⁽³⁾⁽⁴⁾	12 074 ⁽⁵⁾	11 196 ⁽⁶⁾
Décisions rendues	12 236	12 553	11 402 ⁽²⁾	11 135	11 001	11 270
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la Section du contentieux						
Affaires enregistrées	8 703	9 425	9 467 ⁽¹⁾	8 746 ⁽³⁾⁽⁴⁾	10 581 ⁽⁵⁾	9 102 ⁽⁶⁾
Décisions rendues	8 504	9 240	9 627	9 943	9 516	9 706

⁽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⁾ La réforme de la procédure de règlement des questions de compétence minore ce chiffre d'environ 1 500 affaires par rapport à 2001.

⁽³⁾ Dont 264 nouvelles affaires de pensions militaires d'invalidité.

⁽⁴⁾ 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).

⁽⁵⁾ 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).

⁽⁶⁾ 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).

II. – Ce tableau appelle les remarques suivantes :

1. Le nombre total d'affaires enregistrées qui passe de 12 868 en 2004 à 12 572 en 2005 a diminué de 2 % soit 296 affaires, de moins seulement par rapport à l'année précédente alors que le Conseil d'État n'est plus compétent, comme il a été indiqué, pour connaître en appel des jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière (2 571 affaires enregistrées en 2004). 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 10 581 en 2004 à 9 102 en 2005 soit une diminution de 14 % (- 1479 affaires). Les pourvois en cassation représentent, en données brutes, 59 % des entrées contre 47 % en 2004 et excepté ceux dirigés contre les décisions rendues en matière de référé dont le nombre reste stable, tous les autres pourvois progressent fortement. Ainsi, en données brutes, le nombre des pourvois contre les arrêts des cours administratives d'appel augmente de 11 %, celui des pourvois contre les décisions des juridictions spécialisées de 26,5 %. Enfin, la réforme de l'appel introduite par le décret du 24 juin 2003 qui a prévu que pour certains litiges de faible importance les tribunaux administratifs statueraient désormais en premier et dernier ressort a, ainsi qu'il a été dit, eu une forte incidence. En effet, applicable aux jugements rendus à compter du 1^{er} septembre 2003, cette réforme qui n'avait, compte tenu des délais de recours, donné lieu en 2003 qu'à 87 pourvois à ce titre, s'est traduite par 1 318 pourvois en 2004 et 1 188 en 2005 (données brutes) soit une augmentation de 53 % en un an.

Par ailleurs, le nombre des requêtes relevant de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État connaît en 2005 une progression sensible qui

s'explique par l'enregistrement d'affaires de séries et par l'augmentation du nombre de requêtes dirigées contre les décisions de la Commission de recours contre les décisions de refus de visas d'entrée en France.

2. En ce qui concerne les affaires jugées, 12 124 décisions ont été rendues en 2005 contre 11 528 en 2004 (données brutes). Bien que ce chiffre des sorties soit nettement supérieur à celui de l'année précédente (+ 596 décisions rendues) il ne compense pas totalement celui des entrées.

Ces résultats ont pour effet d'accroître le nombre des affaires en instance. Ainsi, le stock global, en données brutes passe de 10 831 affaires au 31 décembre 2004 à 11 363 affaires au 31 décembre 2005. Toutefois, cette année encore, le stock ne dépasse pas la capacité annuelle de jugement.

III. – Depuis quelques années un développement particulier est consacré à la charge que représente pour l'activité juridictionnelle du Conseil d'État le contentieux des étrangers 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 (ces trois rubriques ne recouvrent pas l'ensemble du contentieux du droit des étrangers ; mais il y a lieu de les regrouper en raison du nombre d'affaires que chacune d'entre elles représente et de la part qu'elles occupent dans le fonctionnement de la Section du contentieux).

Ainsi que le montre le tableau ci-après, le nombre d'affaires enregistrées à ce titre, est passé de 3 523 en 2004 à 1 469 en 2005 en raison 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. Ce contentieux relève désormais de la compétence du Conseil d'État par la voie de la cassation. À ce titre, 136 pourvois ont été enregistrés au cours de l'année 2005.

Type de Contentieux	Entrées						Sorties					
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Reconduite à la frontière	2 120	2 173	2 196	2 355	2 571	22	2 043	2 242	2 037	2 251	1 956	1 920
Réfugiés	1 392	1 078	776	580	656	991	1 082	1 358	792	944	604	719
Visas	1 383	575	387	251	296	456	1 124	1 133	1 098	466	351	279
Total	4 895	3 826	3 359	3 186	3 523	1469	4 249	4 733	3 927	3 661	2 911	2 918

En 2000, le contentieux des étrangers ainsi décompté représentait 56 % des entrées nettes, après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la Section du contentieux. En 2005, il ne représente plus que 16 % de ces entrées.

Toutefois, il faut noter que le nombre de pourvois en cassation dirigés contre les décisions de la Commission des recours des réfugiés qui avait nettement diminué depuis l'année 2001 a progressé de 51 % en un an. Quant aux requêtes relatives aux décisions de refus de visas, leur nombre augmente de 54 %, en dépit de l'existence de la Commission de recours contre les décisions de refus de visas, dont la saisine est préalable à toute action contentieuse (*cf.* décret du 10 novembre 2000).

IV. – 2005 a été la cinquième 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 637 requêtes, mais ce chiffre très élevé par rapport aux années précédentes (423 pourvois en 2004, 386 en 2003, 364 en 2002 et 355 en 2001) se réduit à 470 après déduction d’une série de 167 affaires de référé provision en matière de pension. En outre, l’année 2005 se caractérise par la part importante, au sein des référés, que représente le contentieux des étrangers et plus particulièrement celui relatif aux titres de séjour et aux refus de visas dont le nombre a presque doublé en un an.

Quant au délai moyen de jugement, il est de 13 jours pour les référés autres que les référés libertés (art. L. 521-2 du Code de justice administrative).

Dans le même temps, le Conseil d’État a été saisi de 992 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d’appel et s’est prononcé sur 863, le nombre de pourvois en stock s’élevant au 31 décembre 2005 à 565. Le chiffre des entrées reste au même niveau que celui de 2004.

V. – La durée moyenne de l’instance a diminué. 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, la durée théorique moyenne qui était d’un peu moins de quinze mois en 1999, d’un peu plus de quatorze mois en 2000, de treize mois et une semaine en 2001, de 12 mois et quinze jours en 2002, de dix mois et quinze jours en 2003, de 12 mois et 15 jours en 2004, s’établit à 11 mois et 15 jours en 2005.

En ce qui concerne les affaires anciennes, la Section du contentieux, malgré ses efforts, n’a pu atteindre les deux objectifs fixés qui étaient d’abaisser à 1 % la part des affaires enregistrées depuis plus de 3 ans et à 2 % la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais de moins de trois ans :

- la part des affaires enregistrées depuis plus de 3 ans qui était de 4,5 % au 31 décembre 2002, puis de 3,5 % au 31 décembre 2003 a été abaissée à 2 % au 31 décembre 2004, elle se stabilise à 2 % au 31 décembre 2005 ;
- la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais moins de trois ans, qui, était de 8 % au 31 décembre 2002, puis de 5 % au 31 décembre 2003 a été abaissée à 4 % au 31 décembre 2004, elle se stabilise à 4 % au 31 décembre 2005.

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 et plus récemment 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 aucune difficulté juridique, ont pour effet d’accélérer le traitement de ces affaires.

Par ailleurs, un des autres moyens de satisfaire l’objectif de l’amélioration des délais de jugement est le recours aux « téléprocédures » qui permettent la dématérialisation de la totalité de la procédure contentieuse.

Une première expérimentation relative au contentieux fiscal de l’assiette, a débuté le 6 juin 2005 avec l’entrée en service d’une nouvelle application, « Télé-Recours », permettant, d’une part, aux avocats au Conseil d’État de saisir la Section du contentieux de leurs pourvois en cassation par l’Internet grâce à



un accès sécurisé, d'autre part, à la direction générale des impôts, de recevoir communication des pourvois et de transmettre leurs mémoires en défense. Tous les échanges sont ainsi dématérialisés.

La liaison de cette application avec l'application de gestion des dossiers contentieux permet un gain de temps non négligeable et les développements ultérieurs devraient permettre de surcroît une meilleure information des requérants sur le déroulement de la procédure.

Du 6 juin 2005 au 31 décembre 2005, 218 pourvois ont été déposés par cette voie par les 7 avocats au Conseil d'État participant à cette expérimentation, ce qui représente près de 100 % des pourvois déposés dans le domaine du contentieux fiscal de l'assiette par ces avocats et environ 25 % du total de ce contentieux présenté au cours de la même période.

Cette application, qui est expérimentée au fur et à mesure du déroulement de la procédure, fonctionne actuellement à la satisfaction de toutes les parties et de la juridiction.

L'expérimentation sera étendue au cours de l'année à venir aux autres avocats au Conseil d'État, à d'autres contentieux et à d'autres juridictions. Elle sera complétée par une expérimentation de la transmission électronique des dossiers d'appel et des dossiers de premier ressort.

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

	2001	2002	2003	2004	2005
Affaires enregistrées	12 642 [12 793]	11 281 [11 471]	9 905 [10 213]	12 074 [12 868]	11 196 [12 572]
Décisions rendues ^(b)	12 553 [13 155]	11 402 [11 739]	11 135 [11 209]	11 001 [11 528]	11 270 [12 124]

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

^(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 48 en 2005 (soit 12 076 décisions qui règlent définitivement un dossier).

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	
	2004	2005	2004	2005	2004	2005
Affaires enregistrées	12 074 (12 868)	11 196 (12 572)	14 347 (14 813)	20 208 (20 527)	149 008 (162 508)	156 994 (167 150)
Affaires réglées	10 928 (11 455)	11 222 (12 076)	19 829 (20 979)	23 553 (24 385)	137 189 (147 242)	155 562 (166 512)
Affaires restant en instance ^(b)	10 122 (10 831)	10 089 (11 363)	35 031 (36 420)	31 861 (32 705)	209 439 (228 841)	210 043 (229 368)

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

^(b) 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	
	2004	2005	2004	2005
Agriculture	175	168	258	140
Aide sociale	107	130	112	127
Armées	23	24	21	24
Collectivités territoriales	211	158	191	187
Comptabilité publique	18	10	7	19
Contentieux fiscal	1 188	1 347	788	831
Culture	3	7	5	3
Décorations	4	0	7	2
Domaine – voirie	97	76	97	87
Droits des personnes et libertés publiques	205	246	201	241
Économie	62	67	77	66
Éducation – recherche	79	110	116	112
Élections	358	106	217	254
Environnement	147	241	101	120
Établissements publics	19	7	13	19
Étrangers	3 942	2 044	3 318	3 411
Expropriation	55	57	60	58
Fonctionnaires et agents publics	1 560	1 933	1 258	1 376
Juridictions	91	385	64	178
Logement	49	57	59	53
Marchés et contrats	180	221	126	168
Pensions	918	1 187	1 181	1 216
Police	196	189	147	158
Postes et télécommunications	15	43	35	73
Professions	321	272	375	325
Radiodiffusion et télévision	66	50	53	67
Rapatriés	20	9	38	14
Santé publique	256	195	251	138
Sécurité sociale et mutuelles	104	100	89	109
Sports	24	29	35	40
Transports	65	22	40	70
Travail	178	246	171	251
Travaux publics	76	117	56	77
Urbanisme et aménagement	512	536	440	486
Divers	51	89	36	60

^(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 juridictionnelles.

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

Mode de saisine du Conseil	2004		2005	
	nombre	%	nombre	%
Premier ressort	2 242	19	2 758	25
Appels des jugements des tribunaux administratifs	2 912	24	489	4
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	2 388	20	2 882	26
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	943	8	815	7
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) ⁽¹⁾	1 107	9	1 366	12
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	1 181	10	1 495	14
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	534	4	463	4
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du Code de justice administrative)	19	ns	11	ns
Divers	748	6	917	8
Total	12 074	100	11 196	100

⁽¹⁾ Jugements rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

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

	2004	2005
Assemblée du contentieux	23	12
Section du contentieux	31	36
Sous-sections réunies	1 675	1 586
Sous-sections jugeant seules	3 370	3 434
Décisions du président de la Section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	1 357	1 254
Ordonnances du juge des référés	420	449
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	1 485	1 564
Ordonnances des présidents de sous-section	2 567	2 887
Total	10 928	11 222

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

	2004		2005	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	40 %	33 %	36 %	28 %
Entre 1 et 2 ans	40 %	44 %	48 %	53 %
Entre 2 et 3 ans	15 %	17 %	12 %	15 %
Plus de 3 ans	5 %	6 %	4 %	4 %

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

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

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

Affaires enregistrées	Au 31 décembre 2004 sur 10 831 affaires	Au 31 décembre 2005 sur 11 363 affaires
Moins de 1 an	76 %	71 %
Entre 1 et 2 ans	18 %	23 %
Entre 2 et 3 ans	4 %	4 %
Entre 3 et 4 ans	1 %	1 %
Entre 4 et 5 ans	0,3 %	0,4 %
Au-delà de 5 ans	0,7 %	0,6 %

Tableau 8
Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2004	2005	2004	2005
Premier ressort	345	583	342	577
Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	234	262	231	256
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	76	98	76	97
autres référés ⁽¹⁾	35	223 ⁽²⁾	35	224 ⁽²⁾
Appel	78	54	78	56
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	78	54	78	56 ⁽³⁾
Déférés prévus par le Code général des collectivités territoriales (art. L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	0	0	0	0
Total	423	637	420	633

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Dont une série de 167 affaires de référé provision en matière de pension.

⁽³⁾ 2 dossiers comportent 2 décisions (injonction sous astreinte puis non-lieu à statuer).

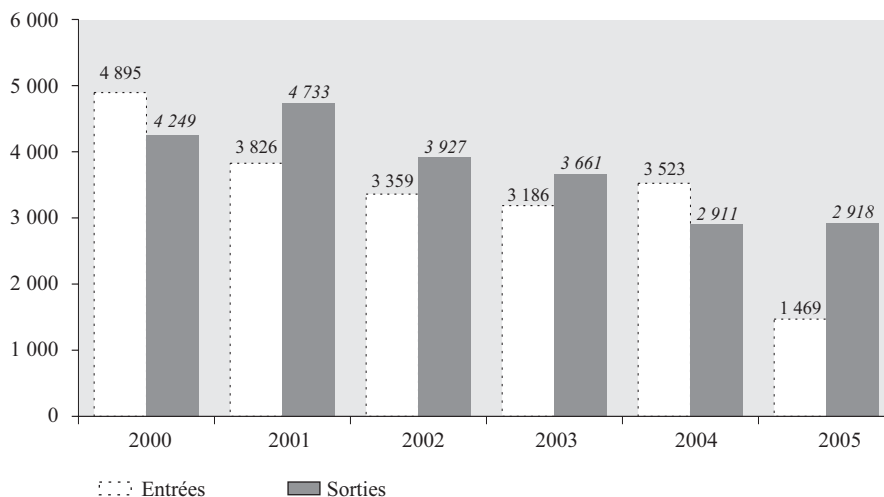
Tableau 9
Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2004	2005	2004	2005
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	257	366	250	229
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1)	591	497	535	500
Ordonnances de référé en matière de contrats	37	55	44	36
Décisions rendues en matière de référé fiscal	8	3	3	7
Autres ordonnances de référé ^{(1) (2)}	103	71	81	91
Total	996	992	913	863

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative.

Contentieux des étrangers de 2000 à 2005 (reconduites à la frontière, réfugiés, visas)



Jurisprudence

Actes

– À la suite des plaintes émanant de magistrats du tribunal de grande instance de Nanterre concernant les dysfonctionnements de ce tribunal et les pressions dont ils auraient fait l'objet à l'occasion d'un procès sensible, le Premier ministre a constitué au début de l'année 2004 une commission, composée du Vice-président du Conseil d'État et des premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, chargée de mener une enquête administrative en vue d'établir « la vérité des faits » et de proposer les mesures ou sanctions propres à remédier à d'éventuels manquements. Saisi d'une requête dirigée contre la décision de constituer cette commission, le Conseil d'État, par sa décision du 25 février 2005, *Syndicat de la magistrature*, a confirmé qu'il est loisible au Gouvernement de créer toute instance qu'il souhaite pour préparer ses décisions, dès lors qu'aucun texte ou principe ne limite ce pouvoir et que les compétences attribuées à cette commission n'empiètent sur celles d'aucun organisme légalement constitué.

Après avoir relevé qu'en l'espèce, aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne fait obstacle à ce que le Premier ministre constitue une commission consultative chargée de l'éclairer sur le bon fonctionnement du service public de la justice, la Section du contentieux a jugé que la commission en cause n'était investie, et n'aurait d'ailleurs légalement pu l'être, d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard de l'autorité judiciaire. Dès lors, sa création n'était susceptible de porter, par elle-même, aucune atteinte aux principes de la séparation des pouvoirs et de la séparation des autorités administra-

tives et judiciaires ou aux prérogatives du Conseil supérieur de la magistrature. Rejetant ainsi la requête au fond, la Section du contentieux n'a pas eu à se prononcer sur sa recevabilité et, plus particulièrement, sur l'application à l'espèce de sa jurisprudence traditionnelle relative au défaut d'intérêt pour agir des syndicats de fonctionnaires ou de magistrats contre les mesures d'organisation du service.

– Dans deux décisions du 27 mai 2005, *Commune d'Yvetot et Département de l'Essonne*, l'Assemblée du contentieux a précisé les conditions d'accès aux documents administratifs « par destination » que sont les consultations juridiques réalisées par les avocats au profit des collectivités territoriales, en distinguant le régime de droit commun prévu par la loi du 17 juillet 1978 et le régime spécial qu'implique le droit d'information des élus locaux aujourd'hui consacré par le Code général des collectivités territoriales. Saisies sur le fondement des dispositions de portée générale de la loi du 17 juillet 1978, les collectivités publiques peuvent se prévaloir du secret professionnel de l'avocat pour refuser la communication d'études juridiques rédigées par un avocat à leur demande, sans être toutefois tenues de refuser l'accès à ces documents. Lorsqu'il est saisi d'une telle demande par un membre de l'assemblée délibérante sur le fondement des dispositions spécifiques du Code général des collectivités territoriales destinées à assurer l'information des élus locaux, le chef de l'exécutif local doit, sous le contrôle du juge, d'une part, apprécier si cette communication se rattache à une « affaire » qui fait l'objet d'une délibération de l'assemblée délibérante et, d'autre part, eu égard à la nature de ce document, s'assurer qu'aucun motif d'intérêt général ne fait obstacle à la communication avant de procéder à cette dernière selon des modalités appropriées.

– Par une décision du 1^{er} juillet 2005, *Hermann et autres*, la Section du contentieux a refusé de corriger de sa propre initiative une erreur matérielle commise par le législateur en 1996 à l'occasion d'une opération de codification. Face à un texte clair dont le sens ne prêtait pas à confusion et qui n'était en contradiction avec aucune autre disposition en vigueur, la Section a rappelé que le juge administratif devait s'en tenir à la lettre du texte sans rechercher l'intention du législateur.

– Le Conseil d'État juge opérant, à l'encontre d'un décret, le moyen tiré de la violation de l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme (*Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et autres*, 8 juillet 2005).

– Par une décision *Millon* en date du 27 juillet 2005, la Section du contentieux a rappelé que la publication d'une décision administrative dans un recueil autre que le Journal officiel de la République française ne fait courir le délai de recours contentieux à l'égard de tous les tiers que si l'obligation de publier cette décision dans ce recueil résulte d'un texte législatif ou réglementaire lui-même publié au Journal officiel de la République française. La Section a ainsi jugé que le décret du 5 septembre 1973 relatif à la composition et au fonctionnement des conseils régionaux, dont l'article 25 imposait la publication des décisions et avis du conseil régional dans un recueil des actes administratifs, ayant été abrogé par le décret du 10 février 1988, les actes publiés au recueil des actes de ces collectivités postérieurement à cette date n'étaient pas opposables par l'effet de cette seule publication. Ils peuvent toutefois l'être si l'ampleur et les modalités de diffusion de ce recueil sont suffisantes



pour que celui-ci puisse être regardé comme aisément consultable par toutes les personnes susceptibles d'avoir un intérêt leur donnant qualité pour contester la légalité de ces décisions.

– Par deux décisions rendues le 27 juillet 2005 (*Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et autre* et *Association Bretagne Ateliers*), le Conseil d'État rappelle fermement les obligations qui incombent au pouvoir réglementaire. La première, constatant l'abstention du Gouvernement de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures réglementaires d'application de certaines dispositions de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, juge cette inaction illégale et, surtout, enjoint au Gouvernement de prendre les mesures nécessaires dans un délai de 6 mois sous peine d'astreinte de 1500 euros par jour de retard. Par la seconde décision, le Conseil d'État rappelle que l'inaction du pouvoir réglementaire peut en outre engager la responsabilité de l'État. En l'espèce, l'association requérante, gestionnaire d'une structure de travail protégé, avait dû verser à ses salariés handicapés des accessoires de salaires dont la charge serait revenue à l'État si le pouvoir réglementaire n'avait pas tardé à prendre les mesures d'application de la loi. La décision juge dès lors que la requérante fait état d'un préjudice direct et certain qui justifie une indemnisation correspondant aux sommes versées par elle à ses salariés.

– Saisi par le Président de la Polynésie française d'une requête en excès de pouvoir dirigée contre l'article 1^{er} de l'ordonnance du 26 janvier 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail outre-mer, le Conseil d'État a tranché la question inédite de la détermination de l'autorité compétente pour édicter des règles de conflits de lois internes. Dès lors que de telles règles participent directement à la définition des compétences respectives de l'État et de la Polynésie française, elles sont, conformément à l'article 74 de la Constitution, du ressort du législateur organique. L'Assemblée du contentieux a donc annulé pour incompétence une ordonnance ayant pour objet de préciser l'articulation des normes du droit du travail émanant de la Polynésie française avec celles en vigueur en métropole (*Président de la Polynésie française*, 4 novembre 2005).

– Par sa décision du 16 décembre 2005, *ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et autre*, l'Assemblée du contentieux a rappelé que s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle. Faisant application de cette règle, l'Assemblée a jugé que l'interdiction faite par l'ordonnance du 2 novembre 1945 de valeur législative aux organisations constituées entre huissiers de justice d'exercer aucune attribution en matière de négociation collective avait été implicitement abrogée du fait de l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Compétence

– Par une décision du 1^{er} avril 2005, *M^{me} Laporte*, le Conseil d'État a confirmé sa jurisprudence relative au partage de compétence entre les deux ordres de juridiction s'agissant des arrêtés préfectoraux prononçant des hospitalisations d'office. La Section a ainsi jugé que s'il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative ordonnant l'hospitalisation d'office, l'autorité judiciaire est seule compétente tant pour apprécier la nécessité d'une mesure d'hospitalisation d'office en hôpital psychiatrique que, lorsque la juridiction administrative s'est prononcée sur la régularité de la décision administrative d'hospitalisation, pour statuer sur l'ensemble des conséquences dommageables de cette décision, y compris celles qui découlent de son irrégularité éventuelle.

Contrats et marchés

– Le Code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 est annulé par le Conseil d'État (*Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, 23 février 2005) en tant qu'au 5° de son article 3 il exclut de son champ d'application, en méconnaissance du droit communautaire, les contrats par lesquels les personnes soumises au code recourent à l'emprunt ou se font ouvrir une ligne de trésorerie. Le premier alinéa de son article 30 et le I de son article 40 sont également annulés dès lors qu'ils prévoient que la passation de certains marchés de prestations de service n'ont pas à respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures posés à l'article 1^{er} du code et applicables à tous les marchés publics passés en application de ce code.

– Dans deux décisions du 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, l'Assemblée du contentieux a précisé la nature des contrats dits de mobilier urbain par lesquels une société s'engage auprès d'une commune à installer et à entretenir des abribus sur le domaine public, moyennant la reconnaissance du droit d'exploiter ces supports à des fins publicitaires et l'exonération du versement de tout droit d'occupation. Pour retenir la qualification juridique de marché public, elle s'est fondée d'une part, sur l'objet de ces contrats qui comportent des prestations répondant aux besoins de la personne publique cocontractante et, d'autre part, sur la présence d'avantages onéreux consentis en contrepartie de ces prestations.

Contributions et taxes

– Par une décision du 22 avril 2005, *Société Limelight Boy's*, le Conseil d'État s'est prononcé sur les champs d'application respectifs et les modalités de cumul des pénalités pour déclaration tardive prévues à l'article 1728 du Code général des impôts et des pénalités pour insuffisance, inexactitude ou omission de déclaration, prévues à l'article 1729 du même code.

Il résulte des dispositions combinées des articles 1728 et 1729 du Code général des impôts que lorsqu'un contribuable n'a pas satisfait, dans les délais légaux, aux obligations déclaratives auxquelles il était tenu, l'ensemble des droits dus à ce titre, qu'ils fassent ou non l'objet d'une déclaration ultérieure,

peut être soumis, outre l'intérêt de retard, aux majorations prévues par l'article 1728. En outre, les droits correspondant aux insuffisances, inexactitudes ou omissions afférentes aux déclarations produites tardivement peuvent être soumis également, s'il y a lieu, aux majorations prévues par l'article 1729 du même code.

Toutefois, la Section du contentieux a estimé qu'en adoptant l'article 2 de la loi du 8 juillet 1987 dont sont issues les dispositions susmentionnées du code, le législateur a entendu limiter, dans l'hypothèse d'un cumul de pénalités sur une même base, la somme des majorations mises à la charge du contribuable en application des articles 1728 et 1729 du code à un montant n'excédant pas 80 p. 100 des droits correspondants.

– Dans une affaire dans laquelle l'administration lui avait opposé l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, relatif à la répression des abus de droit, au motif qu'elle s'était établie au Luxembourg pour des raisons exclusivement fiscales, la société *Sagal* invoquait l'incompatibilité de cet article avec le principe communautaire de liberté d'établissement. Après avoir cassé l'arrêt attaqué pour un autre motif, le Conseil d'État (*ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Sagal*, 18 mai 2005) a écarté cette argumentation, en jugeant que les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ne peuvent être regardées, eu égard à leur objectif, qui consiste spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française, ainsi qu'aux conditions de leur mise en œuvre, comme apportant une restriction à la liberté d'établissement incompatible avec les stipulations de l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne.

– Saisie d'un litige portant sur les règles de détermination de la valeur locative des installations de la *Société des Pétroles Miroline*, la Section du contentieux du Conseil d'État a, par une décision du 27 juillet 2005, précisé la notion d'établissement à caractère industriel au sens de l'article 1499 du Code général des impôts. Elle a jugé que ces établissements sont ceux dont l'activité nécessite d'importants moyens techniques, non seulement lorsque cette activité consiste dans la fabrication ou la transformation de biens corporels mobiliers, mais aussi lorsque le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre, fût-ce pour les besoins d'une autre activité, est prépondérant. Le Conseil d'État valide ainsi la position exprimée par l'administration dans la documentation administrative de base 6 C-251 du 15 décembre 1988, et estime par suite que les contribuables ne sont pas fondés à s'en prévaloir sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales.

– Par une décision du 30 septembre 2005, *ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie contre Société Euro Marketing Service*, la Section du contentieux du Conseil d'État s'est prononcée sur les conséquences à tirer de la saisine prématurée, par l'administration fiscale, de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires.

La Section a rappelé qu'il résulte des dispositions des articles L. 57 et L. 59 du livre des procédures fiscales que l'administration ne peut estimer qu'un désaccord subsiste, ni soumettre celui-ci à l'avis de la commission départementale, tant que le contribuable n'a pas reçu d'elle une réponse motivée, rejetant les

observations qu'il a formulées dans le délai de trente jours suivant la réception de la notification de redressement.

Toutefois, lorsque l'administration a saisi la commission au vu des observations du contribuable avant qu'une réponse motivée ne soit parvenue à ce dernier, une telle erreur n'entache d'irrégularité la procédure d'imposition que si elle a eu pour effet de priver le contribuable de l'une des garanties de procédure dont il était en droit de bénéficier. Dès lors, comme une erreur de droit la cour administrative d'appel qui juge que la saisine prématurée de la commission départementale constitue nécessairement une irrégularité devant entraîner la décharge des impositions litigieuses, sans rechercher si, compte tenu notamment de la date de réception par le contribuable de la réponse à ses observations, ce dernier a été privé d'une telle garantie. Statuant au fond après évocation, la Section du contentieux a estimé qu'en l'espèce, la circonstance que la réponse de l'administration aux observations du contribuable lui soit parvenue deux jours après la date de saisine de la commission n'avait privé l'intéressé d'aucune des garanties entourant la procédure de saisine de la commission départementale.

– Statuant, par un arrêt du 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, sur une requête tendant à l'annulation de la réponse par laquelle le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie s'était prononcé en faveur de la soumission des implants dentaires au taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée, le Conseil d'État a précisé sa jurisprudence relative à la recevabilité des recours en excès de pouvoir dirigés contre des réponses ministérielles à des questions parlementaires.

Conformément à sa position traditionnelle, la Section du contentieux a jugé que les réponses faites par les ministres aux questions écrites des députés et sénateurs ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux. Toutefois, elle a introduit une importante exception à ce principe, estimant qu'un tel recours est recevable lorsque la réponse comporte une interprétation par l'administration de la loi fiscale pouvant lui être opposée par un contribuable sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales.

En l'espèce, le Conseil d'État a relevé que la réponse ministérielle attaquée explicitait le sens des dispositions législatives et réglementaires applicables aux implants dentaires, sans en méconnaître le sens ni la portée, et ne contenait donc aucune interprétation de la loi fiscale susceptible d'être opposée par le contribuable à l'administration sur le fondement de l'article L. 80 A. Il en a déduit que le recours pour excès de pouvoir dirigé contre cette réponse était irrecevable.

Élections

– À la suite d'une condamnation pénale pour prise illégale d'intérêt, deux élus locaux, l'un conseiller municipal, l'autre conseiller général, avaient été déclarés, par des arrêtés préfectoraux pris sur le fondement de l'article L. 7 du Code électoral, démissionnaires d'office de leurs mandats électifs. Saisie par la voie de l'appel, la Section du contentieux a d'abord jugé dans deux décisions, *Ousty* et *Gravier*, du 1^{er} juillet 2005, que l'absence d'indication des voies et



délais de recours, prescrite par les dispositions de l'article R. 421-5 du Code de justice administrative, faisait obstacle à ce que le délai de recours soit déclenché à l'encontre d'un arrêté prononçant la démission d'office d'un élu municipal.

Elle a ensuite estimé que la perte de la qualité d'électeur prévue à l'article L. 7 du Code électoral, ainsi que l'inéligibilité qui en résulte, constituaient une sanction prononcée à l'issue d'une procédure qui, étant assimilable à une « accusation en matière pénale », devait être compatible avec les stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a enfin jugé que tel était le cas, dès lors que la perte de la qualité d'électeur prévue à l'article L. 7 du Code électoral est subordonnée à une reconnaissance préalable de culpabilité par la juridiction pénale devant laquelle, d'une part, les garanties découlant des stipulations de l'article 6 de la convention sont respectées, et d'autre part, il peut être décidé de relever l'auteur des peines susceptibles d'entraîner la perte de la qualité d'électeur.

– Le Code général des collectivités territoriales prévoit en son article L. 5211-8 que le mandat des délégués des communes au sein de l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale est lié à celui du conseil municipal qui les a désignés et qu'en cas de renouvellement général des conseillers municipaux, cet organe se réunit au plus tard le vendredi de la quatrième semaine suivant l'élection des maires. Par sa décision *Commune de Villepinte* du 1^{er} avril 2005, la Section du contentieux a jugé d'une part, que ce délai n'est pas prescrit à peine de nullité et, d'autre part, que, si le président sortant peut légalement convoquer le nouveau comité d'un syndicat intercommunal pour une date antérieure, c'est à la condition que toutes les communes membres aient été en mesure de désigner préalablement leurs délégués. Si tel n'est pas le cas, la première réunion de l'organe délibérant ne peut valablement intervenir qu'à l'expiration de ce délai, sans que puisse alors y faire obstacle une demande de report d'une commune ayant omis de procéder à cette désignation.

Étrangers

– L'Assemblée du contentieux a, par une décision du 18 mars 2005, *Battisti*, rejeté la requête de M. Cesare Battisti tendant à l'annulation du décret accordant son extradition au Gouvernement italien. Elle a, à cette occasion, jugé qu'il résulte des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'une personne condamnée par défaut par une juridiction pénale doit pouvoir obtenir d'être rejugée en sa présence, sauf s'il est établi sans équivoque qu'elle a renoncé à son droit à comparaître et à se défendre, comme c'était le cas en l'espèce. Cette décision confirme en outre que, si un décret d'extradition est susceptible de porter atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, garanti par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cette mesure trouve en principe sa justification dans l'objet même de la procédure d'extradition et dans les conditions enserrant sa mise en œuvre. N'est pas non plus jugée contraire à l'ordre public français ni à l'article 6 de la convention la cir-

constance que certaines des charges retenues à l'encontre d'un prévenu reposent pour partie sur des déclarations de témoins « repentis ». L'Assemblée du contentieux a enfin écarté le moyen tiré de ce que les autorités françaises devaient être regardées, compte tenu du comportement qu'elles avaient manifesté par le passé à l'égard du requérant, comme ayant pris la décision de ne pas l'extrader ; elle a, ce faisant, rappelé que les déclarations d'intention sont, par elles-mêmes, dépourvues d'effet normatif, et que les actes relatifs à l'exercice du droit de séjour sur le territoire national ne peuvent, compte tenu de leur objet, révéler un refus de faire droit à une demande de coopération judiciaire internationale.

– Après avoir rappelé le principe selon lequel l'autorité administrative compétente pour modifier, abroger ou retirer un acte administratif est celle qui, à la date de la modification, de l'abrogation ou du retrait, est compétente pour prendre cet acte, la Section du contentieux a, par une décision du 30 septembre 2005, *Ihouane*, jugé que le transfert au préfet, opéré par le décret du 13 janvier 1997, de la compétence pour prendre des arrêtés d'expulsion, implique que l'abrogation d'un tel arrêté pris suivant la procédure de droit commun relève désormais de la même autorité, alors même que l'arrêté en cause a été pris par le ministre de l'Intérieur sous l'empire des règles de compétence antérieures. La Section du contentieux a ensuite précisé que les litiges relatifs aux décisions d'abrogation ou de refus d'abroger ainsi prises par l'autorité préfectorale suivent les règles de compétence territoriale prévues par les dispositions de l'article R. 312-8 du Code de justice administrative pour les litiges relatifs aux décisions en matière de police, pour autant que la personne intéressée réside sur le territoire français à la date de la décision attaquée.

Fonction publique

– Par une décision *ministre de la Santé et de la Protection sociale et ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'État c / M^{me} Burbaud* du 16 mars 2005, le Conseil d'État tire les conséquences de l'arrêt du 9 septembre 2003 dans lequel la Cour de justice des communautés européennes avait dit pour droit que l'emploi de directeur dans la fonction publique hospitalière française ne pouvait être réservé aux seules personnes ayant suivi la formation dispensée à l'école nationale de la santé publique et subi l'examen organisé à la fin de cette formation. Il invite en effet le pouvoir réglementaire à organiser une procédure permettant aux ressortissants des autres États membres possédant un diplôme équivalent à celui de l'École nationale de la santé de Rennes de faire valoir leur vocation à accéder au corps des personnels de direction des hôpitaux, tout en lui reconnaissant la possibilité de subordonner cette intégration, en cas de différence entre la durée des formations ou le contenu des matières enseignées, à l'obligation d'effectuer un stage d'adaptation ou de se soumettre à une épreuve d'aptitude.

– Par un avis du 27 mai 2005, *Provin*, l'Assemblée du contentieux a rappelé que les lois de validation ne sont compatibles, d'une part, avec les stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'à la condition que l'intervention rétroactive du législateur repose sur d'impérieux motifs d'intérêt général, et d'autre part, avec les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole addition-

nel à cette convention, que dans la mesure où un juste équilibre est ménagé entre l'atteinte portée, éventuellement de manière rétroactive, aux droits découlant de lois en vigueur et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier.

L'Assemblée du contentieux a fait application de ces principes aux dispositions du II de l'article 136 de la loi du 30 décembre 2004, en vertu desquelles les modifications, issues du I du même article, de l'article L. 24 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, relatif au droit à la jouissance immédiate d'une pension de retraite, sont applicables aux demandes présentées avant leur entrée en vigueur n'ayant pas donné lieu à une décision de justice passée en force de chose jugée. Elle a, d'une part, estimé ces dispositions incompatibles avec les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention, en indiquant toutefois qu'eu égard à l'objet même de ces stipulations, l'incompatibilité en cause ne pouvait être utilement invoquée que par les fonctionnaires qui, à la date d'entrée en vigueur des dispositions modificatives, avaient engagé une action contentieuse en vue de contester le refus opposé par l'administration. Elle a, d'autre part, jugé que les fonctionnaires qui, remplissant les conditions posées par l'article L. 24 du Code des pensions civiles et militaires de retraite dans sa rédaction antérieure, avaient présenté avant la publication de la loi une demande ayant donné lieu à une décision administrative de refus avant l'entrée en vigueur de cette même loi, étaient fondés à soutenir que les dispositions contestées étaient incompatibles avec les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel.

– Par un arrêt du 23 novembre 2005, *M^{me} Baux*, le Conseil d'État s'est prononcé sur la requête, formée par un conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, tendant à l'annulation d'un arrêté rejetant sa demande de mutation sur un emploi et affectant sur ce même emploi un autre magistrat, réintégré au retour d'un détachement.

La Section du contentieux s'est tout d'abord prononcée sur les textes applicables, jugeant à cet égard que les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 1991 s'étaient substituées, pour ce qui concerne les fonctionnaires de l'État relevant de ce texte, à l'ensemble de la loi du 30 décembre 1921, dite loi Roustan. Elle a toutefois précisé que le bénéfice de la priorité qu'instaurent les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 en faveur des fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles, de même que, s'agissant des magistrats administratifs, l'obligation de consultation du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel prévue par l'article L. 232-1 du Code de justice administrative, ne s'appliquent qu'aux fonctionnaires ayant sollicité leur mutation, et non aux agents réintégré dans leur corps d'origine après avoir été placés en détachement.

Toutefois, le Conseil d'État a estimé que lorsque l'administration envisage de pourvoir un poste déclaré vacant dans le cadre d'un mouvement de mutation par une affectation après réintégration, alors que des agents se sont portés candidats dans le cadre du mouvement, elle doit comparer l'ensemble des candidatures dont elle est saisie, au titre des mutations comme des affectations après réintégration, en fonction, d'une part, de l'intérêt du service, d'autre part, si celle-ci est invoquée, de la situation de famille des intéressés appréciée, pour ce qui concerne les agents qui demandent leur mutation, compte tenu des prio-

rités fixées par les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984. Si un candidat à la mutation peut bénéficier de ces priorités, l'administration a la faculté, sans commettre d'erreur de droit ni, en l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation, de tenir compte également de la situation de famille d'un agent demandant à être réintégré dans son corps d'origine à l'issue d'un détachement et de retenir sa candidature en fondant sa décision, à la date à laquelle elle statue, sur les éléments portés à sa connaissance par ce dernier, notamment en ce qui concerne la situation professionnelle de son conjoint.

Libertés publiques

– Une décision *Mémoli*, du 28 septembre 2005, juge qu'un étudiant de l'enseignement supérieur qui, dans le journal qu'il édite, critique sur un mode satirique certains enseignants et conteste les conditions de recrutement de l'un d'entre eux, sans pour autant troubler l'ordre public ou porter atteinte aux activités d'enseignement et de recherche, ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression reconnue à un usager du service public vis-à-vis de ce service et ne commet pas de faute de nature à justifier une sanction.

Nature et environnement

– La loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées pour la protection de l'environnement, aujourd'hui reprise dans le Code de l'environnement, fait peser sur les exploitants, dans l'intérêt de la santé ou de la sécurité publique et de la protection de l'environnement, une obligation de remise en état des sites qui ont été le siège d'installations classées. Par une décision du 8 juillet 2005, *Société Aluisse-Lonza France*, l'Assemblée du contentieux a jugé, en consacrant pour ce faire le principe général dont s'inspirent les dispositions de l'article 2262 du Code civil, que cette obligation de remise en état est prescrite lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf dans le cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés. Elle a confirmé, cependant, que les pouvoirs de police spéciale conférés par la loi à l'autorité administrative peuvent quant à eux être exercés par celle-ci à toute époque – y compris, donc, au-delà du délai de trente ans – dès lors que se manifestent sur un bien qui a été le siège de l'exploitation d'une installation classée, des dangers ou inconvénients de la nature de ceux auxquels la législation relative aux installations classées a pour objet de parer. Toutefois, dans ce cas, l'expiration du délai de trente ans a pour effet de transférer à l'État la charge du financement de ces mesures.

– Par une décision *Groupement forestier des ventes de Nonant* du 16 décembre 2005, l'Assemblée du contentieux a jugé que lorsque le juge administratif est saisi d'un pourvoi contre un acte de classement de site auquel il est reproché de ne pas inclure dans le périmètre du classement des parcelles qui devraient l'être au regard de l'objet défini aux articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de l'environnement qui est d'assurer de manière complète et cohérente la conservation ou la préservation d'un site, il appartient à la juridiction saisie de rechercher si, en excluant les parcelles contestées, l'autorité compétente a fait une inexacte application de ces dispositions et, dans l'affirmative,

d'annuler l'acte attaqué, non pas en totalité, mais en tant qu'il s'abstient de classer les parcelles en cause.

Police administrative

– Saisi d'un recours en excès de pouvoir contre la circulaire du 18 novembre 2004 par laquelle le garde des Sceaux a donné aux services de l'administration pénitentiaire des instructions relatives à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus qui font l'objet d'une extraction en vue d'une consultation médicale à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire, le Conseil d'État, par une décision *Observatoire international des prisons (section française)* du 30 mars 2005, a précisé que si des mesures de sécurité particulières pouvaient être mises en œuvre y compris lors de la consultation et des soins, ces mesures devaient, d'une part, être adaptées et proportionnées à la dangerosité de l'intéressé et au risque d'évasion que présente chaque cas particulier et, d'autre part, assurer en toute hypothèse la confidentialité des relations entre les détenus et les médecins qu'ils consultent.

– La décision du 1^{er} juillet 2005 *Abgrall et autres* a permis au Conseil d'État de préciser le champ du pouvoir d'homologation des circuits de vitesse, en imposant au ministre de l'Intérieur, lorsque cette compétence lui revient, de déterminer, dès le stade de l'homologation du circuit et non simplement de celui de l'autorisation au cas par cas des courses qui s'y déroulent, les prescriptions nécessaires pour assurer non seulement la sécurité des participants et du public mais aussi la tranquillité publique, compte tenu notamment de l'emplacement du circuit, de la nature des manifestations et du nombre de véhicules susceptibles d'être accueillis sur celui-ci.

Procédure contentieuse (hors référé)

– Par une décision du 22 avril 2005, *M. Magerand*, la Section du contentieux a reconnu au président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le pouvoir de refuser de désigner d'office l'un de ses pairs pour présenter devant le Conseil d'État la requête d'un justiciable auquel plusieurs avocats ont refusé leur concours, alors même que cette requête serait soumise à l'obligation de ministère d'avocat, dès lors qu'elle est manifestement dépourvue de chances raisonnables de succès. La Section a toutefois veillé à ce que la solution de limitation du droit au recours qu'elle a consacrée s'accompagne de garanties effectives pour le justiciable. Ainsi, la décision par laquelle le président de l'ordre fait usage de son pouvoir de refus de désignation est susceptible de recours devant le Conseil d'État. Ce recours est dispensé du ministère d'avocat et a pour effet d'interrompre le délai du recours que l'intéressé envisageait d'introduire.

– La Section du contentieux a rappelé, par une décision *Houlbreque* du 18 novembre 2005, que l'institution d'un recours administratif préalable obligatoire a pour conséquence que la décision prise sur ce recours se substitue nécessairement à la décision initiale. Elle a précisé toutefois que cette substitution n'exonère pas l'autorité administrative qui statue sur le recours administratif obligatoire de son obligation de respecter elle-même la légalité. En l'espèce, la Section a jugé ainsi opérant à l'encontre de la décision prise sur

recours par le ministre de la Défense relativement à un tableau d'avancement, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure suivie devant la commission d'avancement préalablement à la décision administrative initiale.

– La Section du contentieux a précisé, par une décision *M^{me} Kostiuk et autres* du 16 décembre 2005, que ne sont recevables à former une requête en tierce opposition contre une décision par laquelle le juge administratif se prononce, en réponse à une question préjudicielle du juge judiciaire, sur l'appartenance d'une parcelle au domaine public que les personnes qui n'ont pas été présentes ou régulièrement représentées à l'instance et aux droits desquelles la décision préjudicie. Tel n'est pas le cas des requérants qui n'étaient ni riverains ni dépendants, pour l'accès à leur propriété, du chemin sis sur la parcelle dont le Conseil d'État avait déclaré par une précédente décision qu'elle n'appartenait pas au domaine public.

– Selon l'article L. 442-5 du Code de l'éducation, les dépenses de fonctionnement des classes des collèges privés sous contrat d'association sont prises en charge par la collectivité publique « dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public ». Dans sa décision de Section du 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur et autres*, le Conseil d'État a accepté d'ordonner une expertise aux fins de déterminer, à partir d'éléments de comptabilité analytique, la nature et le niveau des dépenses exposées par un département au profit des collèges publics, laissant au seul juge le soin de se prononcer ultérieurement sur leur qualification juridique. Il a en outre confié à l'expert le soin de « concilier les parties si faire se peut », marquant ainsi sa volonté de donner toute leur place aux modes de règlement non contentieux des litiges.

– Par une décision du 11 février 2005, *Commune de Meudon*, la Section du contentieux a jugé qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant les conditions dans lesquelles il doit être statué après l'annulation d'une décision de justice, des juges dont une décision a été annulée peuvent délibérer à nouveau sur l'affaire en la même qualité sans méconnaître le devoir d'impartialité rappelé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aucune règle générale de procédure. La Section du contentieux a ainsi confirmé sa jurisprudence antérieure laquelle est en harmonie avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

– Le Conseil d'État juge de façon constante depuis plus d'un siècle que le moyen tiré de l'illégalité d'un règlement ne peut être utilement invoqué par la voie de l'exception qu'à l'encontre d'un acte qui en constitue une mesure d'application. Par une décision du 25 février 2005, *Association préservons l'avenir à Ours-Mons-Taulhac*, la Section du contentieux a confirmé cette jurisprudence. Le Conseil d'État était saisi en l'espèce d'un moyen tiré de l'illégalité d'un schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme au soutien d'un recours dirigé contre un décret portant déclaration d'utilité publique d'une opération. Il a jugé qu'une déclaration d'utilité publique ne constituait pas une mesure d'application d'un schéma directeur, non plus d'ailleurs que d'aucun autre document d'urbanisme. Par suite, le moyen tiré de l'illégalité d'un tel schéma, de sa modification, ou de l'illégalité d'un autre document d'urbanisme, ne peut en aucun cas être utilement invoqué à l'encontre d'une déclaration d'utilité publique. Le Conseil d'État s'est refusé en outre à déroger

à la règle générale dans le cas où – comme en l’espèce – le document d’urbanisme a été établi ou modifié pour rendre possible l’opération déclarée d’utilité publique.

– Par une décision *Commune de Barcarès* du 22 avril 2005, la Section du contentieux a précisé les obligations qui s’imposent au juge de cassation lorsque, saisi d’un pourvoi dirigé contre une décision juridictionnelle reposant sur plusieurs motifs, il estime que l’un d’entre eux est erroné. Elle a d’abord rappelé que, dans cette hypothèse, il n’appartient pas au juge de cassation de rechercher si les juges du fond auraient pris la même décision en se fondant uniquement sur les autres motifs et qu’ainsi, il doit, en principe, annuler la décision soumise à son contrôle, sous la seule réserve du cas où cette dernière mentionnerait expressément le caractère surabondant du motif erroné. Toutefois, la Section admet que si l’un des moyens retenus par les juges du fond suffit à justifier le dispositif d’une décision d’annulation pour excès de pouvoir, le juge de cassation peut, sauf cas d’irrégularité de procédure, rejeter le pourvoi à la condition d’avoir préalablement censuré celui ou ceux des motifs qui étaient erronés. Cette solution trouve notamment à s’appliquer, comme en l’espèce, aux décisions juridictionnelles rendues conformément aux exigences de l’article L. 600-4-1 du Code de l’urbanisme, qui font obligation au juge de l’excès de pouvoir de se prononcer sur l’ensemble des moyens de la requête qu’il estime susceptibles de fonder l’annulation d’un acte intervenu en matière d’urbanisme.

– Dans sa décision *M^{me} B.* du 25 février 2005, la Section du contentieux s’est prononcée sur les conséquences que les juridictions ordinales en charge du contentieux du contrôle technique des pharmaciens devaient tirer d’une abstention fautive du pouvoir réglementaire. La Section a en effet jugé que l’article R. 145-2 du Code de la sécurité sociale était illégal en tant qu’il ne prévoyait pas la possibilité d’assortir de sursis la sanction d’interdiction d’exercer infligée à un pharmacien, alors que les dispositions législatives de ce même code avaient prévu cette faculté pour les professions médicales et avaient entendu appliquer des règles identiques à ces professions et aux pharmaciens. Elle a déduit du contenu précis de ces dispositions que, dans l’attente de la modification de l’article R. 145-2 afin de le rendre conforme à la loi, les juridictions compétentes pouvaient dès à présent assortir d’un sursis les sanctions d’interdiction d’exercer infligées aux pharmaciens.

– Par sa décision du 30 septembre 2005, *Commune de Beausoleil*, la Section du contentieux a jugé que si, en règle générale, les décisions prises par le juge de cassation ne sont revêtues que de l’autorité relative de la chose jugée, il en va autrement lorsque le juge de cassation annule une décision juridictionnelle elle-même revêtue de l’autorité absolue de la chose jugée ou la confirme par d’autres motifs. En conséquence, la Section a censuré un arrêt par lequel une cour administrative d’appel s’était fondée, pour prononcer la décharge d’une participation financière pour non-réalisation d’aires de stationnement, sur un de ses précédents arrêts confirmant l’annulation du permis de construire sur le fondement duquel la participation avait été établie, au motif que ce dernier arrêt avait été censuré en cassation.

Procédure contentieuse (référé)

– Par une ordonnance *M. G.* du 14 mars 2005, le juge des référés du Conseil d'État juge que la présomption d'innocence est au nombre des libertés fondamentales dont la protection relève de la procédure instituée par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Cette liberté implique que les autorités publiques soient empêchées de présenter publiquement comme acquise la culpabilité d'une personne faisant l'objet de poursuites avant que ne soit intervenue une condamnation devenue irrévocable.

– Le juge des référés du Conseil d'État, par une ordonnance *Commune de Massat* du 25 août 2005, juge que la liberté de culte, qui constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, implique notamment que les édifices et les biens affectés à l'exercice d'un culte soient laissés à la disposition des fidèles et des desservants.

– Par une ordonnance *Garde des Sceaux c/ Bunel* rendue le 8 septembre 2005, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que la situation des détenus au regard de l'exercice du droit de chacun au respect de sa liberté personnelle, qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui, est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention. Il en a déduit que l'administration pénitentiaire n'est ainsi soumise qu'à une simple obligation de moyens, et non de résultats, quant à la protection contre le tabagisme passif des détenus souffrant d'une pathologie d'ordre cardiaque.

– Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi, sur le fondement des dispositions des articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative, de plusieurs requêtes contestant la mise en œuvre ou le maintien de l'état d'urgence. Il s'est déclaré compétent pour statuer sur les requêtes tendant à la suspension des décrets portant déclaration de l'état d'urgence, tant que ce régime d'exception n'avait pas été prorogé par le Parlement. Rejetant, pour défaut d'intérêt à agir, une requête dont l'auteur était domicilié dans une collectivité d'outre-mer non comprise dans le champ d'application territorial de ces décrets (14 novembre 2005, *Hoffer*), il a, notamment, écarté comme ne créant pas de doute sérieux quant à leur légalité les moyens tirés de ce que la loi du 3 avril 1955 aurait été implicitement abrogée par la Constitution du 4 octobre 1958, dès lors qu'il n'existe aucune incompatibilité entre les deux textes, de ce que le champ d'application territorial de l'état d'urgence serait excessif, compte tenu des risques de propagation des violences urbaines, et enfin, de ce que les mesures autorisées seraient disproportionnées au regard de la situation, eu égard aux garanties dont continuent à être assorties les mesures pouvant être prises dans le cadre du régime d'exception (14 novembre 2005, *Rolin*, et 21 novembre 2005, *Boisvert*).

– Déclinant sa compétence pour statuer, sur le fondement de l'article L. 521-2 du même code, sur une requête dont les 74 signataires lui demandaient de suspendre l'état d'urgence ou d'enjoindre au Président de la République de y mettre fin, dès lors que de telles mesures ne présentaient pas un caractère provisoire, le juge des référés s'est en revanche déclaré compétent pour statuer sur les conclusions de la même requête tendant à ce qu'il soit enjoint au Président de la République de réexaminer les circonstances de droit et de fait ayant donné lieu à la déclaration d'urgence. Relevant que, dans un État de

droit, les effets d'un régime de pouvoirs exceptionnels sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, le juge des référés a estimé, tout en reconnaissant l'étendue du pouvoir d'appréciation dévolu à cet égard au Président de la République, que les modalités d'application de l'état d'urgence ne pouvaient échapper à tout contrôle de la part du juge de la légalité. Il a toutefois jugé – après avoir admis que les circonstances avaient sensiblement évolué depuis la déclaration de l'état d'urgence, mais aussi rappelé la position adoptée par le législateur lors de sa prorogation par la loi du 18 novembre 2005 – qu'en raison des conditions dans lesquelles se sont développées les violences urbaines, de la soudaineté de leur propagation, des risques éventuels de recrudescence à l'occasion des fêtes de fin d'année et de l'impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative, le Président de la République ne pouvait être regardé comme ayant pris une décision entachée d'une illégalité manifeste en s'abstenant de mettre fin à l'état d'urgence, et en a déduit que les conditions nécessaires à la suspension n'étaient pas réunies à la date à laquelle il a statué (9 décembre 2005, *Allouache et autres*).

– Le juge des référés a rejeté comme irrecevable une requête, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, dont l'auteur avait demandé au Président de la République de mettre un terme à l'état d'urgence, faute que ce dernier lui ait opposé un refus exprès, ni davantage un refus tacite découlant du silence gardé pendant un délai de deux mois (20 décembre 2005, *Meyet*).

– Réaffirmant le principe selon lequel une décision administrative qui n'a été ni rapportée ni annulée doit être exécutée par les autorités publiques aussi longtemps qu'elle existe, la Section du contentieux a jugé, par une décision *M. Lacroix* du 16 décembre 2005, que commet une erreur de droit le juge du référé-provision qui estime qu'est sérieusement contestable l'obligation qui pèse sur une personne publique en vertu d'une décision administrative dont l'illégalité est invoquée en défense mais qui n'a été ni annulée, ni rapportée ni déclarée illégale par une décision juridictionnelle.

Responsabilité

– Par une décision du 11 février 2005, *GIE AXA Courtage*, le Conseil d'État a consacré un régime de responsabilité sans faute pour les dommages causés par des mineurs en danger confiés par le juge des enfants à une personne publique en application des articles 375 et suivants du Code civil. En raison des pouvoirs d'organisation, de direction et de contrôle de la vie du mineur en cause, dont l'État se trouve investi lorsque l'intéressé a été confié à un service ou à un établissement qui relève de son autorité, sa responsabilité est en effet engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur. Cette responsabilité n'est susceptible d'être atténuée que dans le cas où elle est imputable à un cas de force majeure ou à une faute de la victime.

– Par une décision du 22 avril 2005, *Société Fermière de Campoloro et autre*, le Conseil d'État s'est prononcé sur l'étendue des pouvoirs confiés au préfet par l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980 pour faire exécuter une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée condamnant une collectivité territoriale au paiement d'une somme d'argent.

La Section du contentieux a jugé que le législateur a entendu donner au représentant de l'État, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice. À cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires, au nombre desquelles figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge. Si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'État en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle. La Section du contentieux a également précisé que dans l'hypothèse où, compte tenu de la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial.

– Par sa décision *Coopérative agricole Ax'ion* du 2 novembre 2005, le Conseil d'État fait évoluer sa jurisprudence sur l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois et des décisions administratives légales. La décision refuse en effet que le silence du législateur puisse être interprété, par principe, comme excluant toute indemnisation. La décision opte ainsi clairement pour une recherche au cas par cas de l'intention du législateur.

Santé publique

– Le Conseil d'État a rejeté, dans une décision *Association « Collectif contre l'handiphobie »* du 26 septembre 2005, une requête qui soutenait que les dispositions de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, qui prévoient la stérilisation de certaines personnes handicapées, étaient contraires aux engagements internationaux de la France protégeant notamment le droit au mariage et à la vie familiale. Le Conseil d'État a en effet estimé, eu égard à l'ensemble des règles et garanties prévues par le législateur – tenant au fait que l'intéressé doit être majeur, au constat préalable d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou d'une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement et aux avis que doit recueillir le juge des tutelles –, que les dispositions de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique n'avaient pas pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées.

Sécurité sociale

– La décision *M. S.* du 1^{er} juillet 2005 illustre et conforte la jurisprudence protectrice du Conseil d'État à l'égard des droits des organismes sociaux dans les litiges mettant en cause la responsabilité des établissements publics de santé. La Section du contentieux, se fondant sur l'article L. 376-1 du Code de



la sécurité sociale, a jugé qu'un arrêt statuant sur l'évaluation du préjudice puis sur les droits respectifs de la victime et de la caisse de sécurité sociale ne pouvait être cassé en tant seulement qu'il fixait les seuls droits de la victime, alors même que la caisse, régulièrement mise en cause, n'aurait pas présenté de pourvoi en cassation. Après cassation, la Section a relevé que les spécificités de l'action en responsabilité des caisses de sécurité sociale justifiaient une dérogation aux règles de droit commun de recevabilité des appels, et a admis ainsi que, lorsque la victime a fait régulièrement appel du jugement écartant la responsabilité de l'auteur de l'accident, une caisse de sécurité sociale, régulièrement mise en cause en première instance, était recevable, y compris au-delà de l'expiration du délai d'appel, à contester ce jugement et à reprendre ses conclusions tendant au remboursement des prestations versées.

Services publics

– Par une décision *Territoire de la Polynésie française* du 18 mai 2005, le Conseil d'État juge que l'intérêt public justifiant l'intervention économique d'une collectivité territoriale peut s'apprécier au regard des besoins futurs de développement de cette collectivité. En l'espèce, la bonne desserte aérienne de la Polynésie française, indispensable à ses relations avec le reste du monde et à son développement, constitue un intérêt public local qui peut s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique du territoire. La même décision juge par ailleurs que l'intérêt public justifiant l'intervention économique d'une collectivité territoriale peut être reconnu, pour certains services publics fondamentaux tels que celui des transports, alors même que l'initiative privée ne serait pas défaillante.

Télécommunications

– Par une décision *France Telecom* du 25 février 2005, la Section du contentieux a précisé la nature des obligations de transparence qui pèsent sur l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (anciennement ART) lorsque celle-ci fait usage de son pouvoir de modifier les tarifs de référence proposés par l'opérateur téléphonique historique pour l'accès à la boucle locale : il lui incombe de publier sa méthode de calcul des coûts incrémentaux de long terme avant de modifier, compte tenu de ces coûts, les tarifs de référence proposés par France Telecom. La décision de l'ART déferée à la Section a été censurée pour n'avoir pas respecté cette séquence chronologique. La Section, faisant usage du pouvoir de limitation dans le temps des annulations contentieuses reconnu au juge administratif par la décision d'Assemblée *Association AC !* du 11 mai 2004, n'a toutefois prononcé l'annulation de la décision litigieuse que pour l'avenir, eu égard à l'atteinte manifestement excessive qu'aurait portée une annulation rétroactive à l'intérêt qui s'attache au respect du droit communautaire et au développement de la concurrence sur le marché de l'Internet haut débit.

Travail

– Par une décision *Marcel* du 11 février 2005, la Section du contentieux a rappelé que l'intérêt qui donne à un employeur qualité pour agir contre le refus



d'autoriser le licenciement d'un de ses salariés protégés s'apprécie, non à la date de la décision attaquée, mais à la date d'introduction de la requête. Elle a fait application de la règle selon laquelle, une fois caractérisé, l'intérêt ne peut plus disparaître en cours d'instance dans le cas particulier d'un changement d'employeur par l'effet des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail. La Section du contentieux a ensuite confirmé que la qualité de partie en première instance est nécessaire et suffisante pour avoir qualité pour faire appel d'un jugement. Elle a enfin rappelé qu'outre sa qualité, l'appelant doit faire valoir un intérêt à poursuivre l'instance, lequel s'apprécie uniquement par rapport au dispositif du jugement attaqué, qui doit faire grief au requérant.

– Par une décision du 19 octobre 2005, *CGT et autres*, le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité des dispositions de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » au regard des stipulations de la convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, et notamment du b) du paragraphe 2 de son article 2, qui permet aux États parties d'exclure certains travailleurs du champ d'application de tout ou partie des stipulations de la convention, notamment ceux n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable.

La Section du contentieux a estimé qu'eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le « contrat nouvelles embauches » est un contrat à durée indéterminée, la période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier peut être regardée comme raisonnable au sens de ces stipulations.

– Par une autre décision *CGT et autres* du même jour, la Section du contentieux a renvoyé, à titre préjudiciel, à la Cour de justice des communautés européennes la question de la compatibilité avec le droit communautaire de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises qui a pour effet, en excluant les salariés de moins de 26 ans de ce décompte, d'écarter ou de différer l'application de certaines dispositions du Code du travail, dont celles imposant aux entreprises la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Pour les mêmes raisons que celles qui ont motivé ce renvoi préjudiciel et compte tenu des intérêts en présence, et donc de l'urgence de la situation, l'exécution de cette ordonnance a par ailleurs été suspendue par une décision CGT-FO rendue en sous-sections réunies le 23 novembre 2005.

Bureau d'aide juridictionnelle

Le nombre de demandes d'aide juridictionnelle enregistrées au bureau a été, en 2005, de 4 251, soit une augmentation de 11 % par rapport à 2004 correspondant à plus de 1 000 dossiers par rapport à 2003.

Au titre de l'année de 2005, il convient de mentionner :

- 1°) une augmentation de 48 % du nombre des demandes relatives à des jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux administratifs : 465 contre 316 en 2004 ;
- 2°) une progression de 47 % du nombre des demandes concernant les procédures de référé : 655 contre 442 en 2004 ;
- 3°) un accroissement de 23 % du nombre des demandes portant sur des décisions de la Commission des recours des réfugiés : 1 681 contre 1 357 en 2004 ;
- 4°) une diminution du nombre de demandes se rapportant au contentieux de la reconduite à la frontière (363 contre 702 en 2004) qui traduit selon toute vraisemblance une situation provisoire.

En 2005, les cours administratives d'appel n'ont que peu statué en cette dernière matière et, cependant, les demandes d'aide juridictionnelle pour se pourvoir contre les arrêts rendus en ce domaine ont représenté 26 % du nombre total des demandes présentées pour former un pourvoi en cassation à l'encontre de leurs arrêts (265/1 002).

En dépit d'un travail important **le nombre d'affaires réglées** a été de 3 705, soit un total inférieur à celui de 2004 : 3 965.

Le bureau a tenu 24 séances au cours desquelles 915 affaires ont été examinées contre 1 292 affaires examinées en 2004, soit 377 affaires en moins. Par ailleurs, 2 790 affaires contre 2 673 en 2004 l'ont été par ordonnances.

Le taux d'admission des demandes est demeuré stable : 11,9 % en 2005 contre 11,7 % en 2004.

Au 31 décembre 2005, **le nombre de dossiers en stock** s'élevait à 1 108, dont 741 concernant des demandes relatives au statut de réfugié.

L'arrivée prochaine de nouveaux membres au bureau permet d'envisager le traitement de ces dossiers dans le cours du premier semestre de l'année 2006.

Statistiques

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

	2002	2003	2004	2005
Affaires traitées	2 905	3 143	3 965	3 705
Aides accordées	413	445	464	431
Rejets	2 492	2 698	3 501	3 167

Tableau 2
Répartition des dossiers par nature de contentieux

	Affaires enregistrées	Affaires réglées	Admissions	Rejets	Renvois
Asile politique	1 681	1 072	40	1 032	-
Reconduite à la frontière	363	383	87	296	103
Pensions militaires	135	133	133	-	-
CAA	737	727	66	661	-
TA	465	428	27	401	-
Divers	214	216	39	177	4
Tribunal des conflits	1	-	-	-	-
Référés	655	639	39	600	-
Total	4 251	3 598	431	3 167	107

Tableau 3
Évolution du stock au 31 décembre

Le stock au 31 décembre 2005 s'établit à 1 108 dossiers dont 741 dossiers de demandeurs d'asile politique.

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

Activité consultative



Assemblée générale

L'Assemblée générale, présidée par le Vice-président du Conseil d'État, examine les projets de loi et d'ordonnance ainsi que les 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 2005, l'Assemblée générale a tenu 44 séances, dont 12 plénières, soit autant qu'au cours des années précédentes - 43 séances tenues en 2004, dont 18 séances plénières, et 44 séances tenues en 2003, dont 17 séances plénières.

Elle a examiné 48 projets de loi, dont 4 projets de loi organique, 10 textes ayant pour objet l'autorisation de l'approbation ou de la ratification de conventions internationales, 74 projets d'ordonnance (contre 18 en 2003 et 57 en 2004) et un projet de décret, soit au total 123 textes, nombre nettement inférieur à celui constaté au titre des années précédentes (188 textes en 2004 et 139 en 2003). Elle a, comme les années antérieures, constaté le très faible nombre de projets de décret pris sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution dont le Conseil d'État a été saisi, qui pourrait laisser penser que le Gouvernement recourt insuffisamment aux possibilités qui lui sont offertes pour réduire le nombre de dispositions de nature réglementaire qui demeurent, néanmoins, inscrites dans la loi qu'elles contribuent, ainsi, à alourdir sans raison.

Compte non tenu de la forte croissance du nombre d'ordonnances qui lui ont été soumises, cette forte diminution, de l'ordre de 35 % par rapport à 2004, s'explique notamment par la mise en œuvre des dispositions de l'article R. 123-20 du Code de justice administrative, issues du décret du 21 décembre 2004, permettant de dispenser de l'examen en Assemblée générale les textes ne posant pas de difficultés juridiques particulières.

Deux phénomènes ont conduit, cette année, à compliquer, parfois inutilement, la tâche du Conseil d'État. D'une part, un nombre croissant de projets de loi sont présentés au Conseil d'État assortis d'une demande d'examen en urgence, le plus souvent liée à l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres à une date rapprochée, alors qu'ils sont parfois inscrits à l'ordre du jour du Parlement plusieurs mois après. D'autre part, l'Assemblée générale a relevé l'importance du nombre de saisines rectificatives dont le Conseil d'État a été l'objet, relatives à des projets de loi en cours d'examen par lui, sans que ces saisines soient toujours justifiées par des motifs impératifs et légitimes, mais le plus souvent par l'évolution de la position du Gouvernement sur le contenu même de ces projets.

L'Assemblée générale a également délibéré sur le contenu du précédent rapport annuel du Conseil d'État et sur le plan détaillé des considérations générales du présent rapport qui lui ont été présentés par la Section du rapport et des études. L'Assemblée générale s'est, enfin, prononcée sur 4 demandes d'avis présentées par le Gouvernement.

Au-delà du bilan quantitatif, l'examen des travaux de l'Assemblée générale fait apparaître qu'elle a été saisie de textes importants en raison de leur portée juridique ou de leur contenu, parmi lesquels on peut citer les projets de loi organique relatifs d'une part à la modification de la loi n° 76-97 du 31 janvier 1976 sur le vote des Français établis hors de France pour l'élection du Président de la République et, d'autre part, à la prorogation du mandat des sénateurs renouvelables en 2007, le projet de loi d'orientation pour l'avenir de l'école, le projet de loi relatif à l'égalité salariale, le projet de loi prorogeant la durée du mandat des conseillers municipaux et des conseillers généraux renouvelables en mars 2007, le projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports, le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et le projet de loi de programme pour la recherche. Compte tenu du nombre inhabituellement élevé des projets d'ordonnance soumis au Conseil d'État, il convient de relever que l'Assemblée générale a été, là encore, saisie de textes importants par leur contenu, parmi lesquels on peut citer le projet d'ordonnance relatif au contrat de travail « nouvelles embauches », le projet d'ordonnance relatif à l'aménagement des règles de décompte des effectifs, le projet d'ordonnance relatif à la sûreté des vols et à la sécurité de l'exploitation des aérodromes, le projet d'ordonnance portant réforme de la filiation ou encore le projet d'ordonnance relatif aux permis de construire et aux autorisations d'urbanisme. Enfin, il convient de citer la demande d'avis soumise au Conseil d'État sur la privatisation des sociétés Autoroutes du Sud de la France, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône et SANEF.

Les questions liées à la simplification du droit, au contenu des ordonnances, à la répartition des compétences entre la loi et le règlement tout particulièrement en ce qui concerne la création de nouveaux établissements publics, aux limites à apporter aux mesures tendant à conférer à certaines dispositions un caractère rétroactif et au respect des compétences des deux ordres de juridiction méritent une mention particulière.

La simplification du droit est, au fil des ans, une préoccupation constante du Conseil d'État. Saisi de nombreux projets d'ordonnance relatifs à des mesures de simplification dans les domaines les plus divers (le régime des établissements de santé ; la procédure de déclassement des lignes du réseau ferré national ; le droit de l'emploi et de la formation professionnelle ; le fonctionnement de la sécurité sociale ; la police de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets ; etc.), il a constaté que, bien souvent, les mesures, effectives, de simplification de certaines procédures s'accompagnaient de la simple réécriture d'autres dispositions, qui auraient mérité, elles aussi, une réflexion de fond plus globale. Il a, par ailleurs, été amené à diverses reprises à constater que cet objectif pouvait être contrecarré par l'adoption de nouveaux textes. À cet égard, il n'a pu que regretter que certaines matières fassent l'objet, à quelques mois d'intervalle, de plusieurs modifications successives qui n'apparaissent pas comme le fruit d'une réflexion globale mais comme la simple multiplication de retouches ponctuelles. Enfin, il a constaté que l'effort

de simplification du droit ne conduisait pas, dans l'immense majorité des cas, à une réduction du nombre d'articles ou de dispositions applicables, voire qu'il entraînait, au contraire, un alourdissement de certains textes, ce qui ne peut que rendre plus incertain l'apport concret pour les citoyens de telles mesures.

À l'occasion de l'examen des nombreux projets d'ordonnance dont elle a eu à connaître, l'Assemblée générale s'est attachée à veiller au respect du principe selon lequel une ordonnance, prise sur le fondement d'une loi d'habilitation votée par le Parlement, ne peut comporter de mesures excédant le champ de cette habilitation. Elle a dû, fréquemment, disjoindre pour ce motif des dispositions dont certaines auraient, pourtant, pu utilement compléter celles du projet d'ordonnance. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a estimé que ne pouvait se rattacher aux « procédures relatives au fonctionnement de l'ordre des architectes » des dispositions visant à élargir l'intérêt pour agir en justice des conseils de l'ordre des architectes et prévoyant la possibilité de recourir, en cas de litige, à l'arbitrage des conseils régionaux de l'ordre, même en l'absence de clauses compromissaires. De même, n'entrent pas dans l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire d'adapter, par ordonnance, la partie législative du Code de la sécurité sociale pour remédier aux erreurs de codification, des mesures modifiant le régime juridique applicable aux agents comptables des organismes de sécurité sociale, en particulier relatives à la responsabilité personnelle et pécuniaire de ces agents. À diverses occasions, le Conseil d'État a relevé qu'il pourrait être remédié à de tels problèmes au stade du projet de loi d'habilitation soumis au Parlement.

Par ailleurs, à l'occasion de l'examen d'un projet d'ordonnance relatif à l'extension et à l'adaptation du droit de la santé et de la sécurité sociale dans les départements d'outre-mer, à Mayotte et à Wallis et Futuna, l'Assemblée générale s'est posé la question de l'interprétation devant être faite de l'article R. 123-20 du Code de justice administrative issu du décret du 21 décembre 2004, lequel dispose que le Vice-président du Conseil d'État peut, sur proposition du président de la Section de la commission compétente, décider de ne pas porter à l'ordre du jour de l'Assemblée générale certains projets, notamment des « projets de loi ou d'ordonnance portant extension et, le cas échéant, adaptation de dispositions législatives à une ou plusieurs collectivités d'outre-mer ou à la Nouvelle-Calédonie ». Elle a retenu une interprétation large de ces dispositions et considéré qu'elles devaient être interprétées comme incluant les départements d'outre-mer parmi les collectivités d'outre-mer mentionnées à cet article.

L'Assemblée générale a eu, cette année, à se prononcer à diverses reprises et selon des prismes différents, sur les matières susceptibles d'entrer dans le champ de compétence de la loi.

La première série de remarques concerne la répartition, comme les années précédentes, des compétences entre la loi et le règlement. Elle a eu, en particulier, à relever que plusieurs établissements publics dont la création était prévue par un projet de loi pouvaient être rattachés à une catégorie existante d'établissements publics nationaux ayant une spécialité analogue et soumis à des règles communes d'organisation et de fonctionnement, ce qui lui a donné l'occasion de préciser ces notions. C'est ainsi qu'elle a constaté que l'établissement public chargé de la gestion des parcs naturels marins se rattachait à la caté-



gorie, existante, des établissements publics qui ont en charge la gestion et l'aménagement des parcs nationaux, comme en témoigne la très grande similitude de leurs règles constitutives. De même, le Conseil d'État a disjoint les dispositions qui, dans le projet de loi de finances, portaient création d'un établissement public national ayant pour mission de promouvoir le sport et la pratique sportive par l'attribution de concours financiers, dès lors que plusieurs établissements publics nationaux, tels le Centre national de cinématographie, le Centre national du livre et le Centre national de la chanson, des variétés et du jazz, avaient également pour mission de contribuer à promouvoir des activités par l'attribution de concours financiers, ce qui constitue une spécialité analogue. Il a également disjoint les dispositions qui prévoyaient la création d'une « Agence nationale de la recherche » et d'une « Académie de la technologie », dès lors que d'autres établissements publics existants ayant une spécialité et des règles de fonctionnement analogues permettent de considérer que la catégorie d'établissements publics à laquelle se rattacheraient ces établissements existe déjà.

La seconde série de remarques s'attache aux mesures dont il lui est apparu que leur adoption serait susceptible de compromettre le respect de l'ordonnement juridique.

C'est ainsi que, s'agissant de dispositions incluses dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale, qui avaient pour objet de préciser avec effet rétroactif la définition de certains éléments de l'assiette des cotisations sociales, le Conseil d'État a estimé nécessaire de soustraire à cet effet rétroactif non seulement les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée, mais aussi les instances en cours à la date du Conseil des ministres qui adoptera le présent projet de loi. En effet, il a estimé qu'il n'existait pas de motif impérieux d'intérêt général justifiant que soient appliquées à ces instances ces nouvelles règles d'assiette des cotisations sociales et que, par suite, une telle application méconnaîtrait les stipulations de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En revanche, il a estimé qu'il existait des motifs d'intérêt général suffisants, en raison des enjeux financiers en cause, pour que les dispositions de cet article s'appliquent avec effet rétroactif aux situations n'ayant pas encore fait l'objet de procédures juridictionnelles.

Par ailleurs, à l'occasion de l'examen d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure, le Conseil d'État, après avoir observé que l'accord prévoyait que la coopération entre les deux gouvernements s'opérait sur la base du respect mutuel de leur propre législation nationale, a constaté qu'aux termes de l'article 24 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifié par l'article 19 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les données personnelles gérées par les services de police et de gendarmerie nationales « peuvent être transmises [...] à des services de police étrangers, qui représentent un niveau de protection suffisant de la vie privée, des libertés et des droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font



l'objet ou peuvent faire l'objet [...] ». Or, il ressortait des informations communiquées au Conseil d'État que la législation en vigueur dans la République populaire de Chine ne présente pas, pour la protection des données personnelles, des garanties de niveau suffisant au regard des exigences du droit français. Le Conseil d'État a donc estimé que les autorités françaises ne sauraient transmettre aux autorités de la République populaire de Chine, tant que l'état de sa législation ne présente pas de garanties équivalentes à celle de la législation française, les données personnelles gérées par les services de police et de gendarmerie nationales, sans méconnaître les dispositions de l'article 24 modifié de la loi pour la sécurité intérieure.

Enfin, saisie d'un projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, le Conseil d'État a estimé non justifiée la dérogation que le projet proposait d'apporter au principe de valeur constitutionnelle selon lequel relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif. En l'espèce, une autorité administrative, le ministre chargé de l'Économie, se voyait conférer le pouvoir de prendre pour une durée de six mois, aux fins de lutte contre le financement du terrorisme, une mesure de gel des avoirs de toute nature détenus ou contrôlés par une personne impliquée dans une entreprise terroriste ou d'interdiction de mettre à disposition d'une telle personne des avoirs de toute nature, la prorogation de cette mesure au-delà de six mois et les litiges relatifs à une telle mesure de gel ou d'interdiction étant soumis au contrôle de l'autorité judiciaire. Le Conseil d'État a observé que, si les mesures de gel ou d'interdiction ont pour effet de priver temporairement, à des fins d'ordre public précisément identifiées, un propriétaire du droit de disposer de son bien, elles n'équivalent pas à une dépossession et ne sont pas susceptibles de porter une atteinte à la liberté individuelle dont le respect doit être garanti par l'autorité judiciaire en vertu des dispositions de l'article 66 de la Constitution. Dans ces conditions, un éventuel contentieux quant à la légalité de ces mesures ne peut être regardé comme portant sur une matière réservée par nature à l'autorité judiciaire, mais sur des mesures de police administrative.



Statistiques

Nombre de réunions tenues en 2005

Assemblée générale ordinaire	32
Assemblée générale plénière	12
Commission permanente	5

Répartition des affaires examinées par l'Assemblée générale

Projets de loi	48
<i>dont conventions internationales</i>	10
<i>dont lois constitutionnelles</i>	–
<i>dont lois organiques</i>	4
Projets d'ordonnance	74
Projets de décret réglementaire	1
Demandes d'avis	4
Projets de rapport et d'étude	3
Total	144 (*)

(*) Première année d'application du décret du 21 décembre 2004 permettant de dispenser certains types de textes d'un passage en Assemblée générale (pour mémoire, en 2004, 195 textes avaient été examinés).

Section de l'intérieur

Au cours l'année 2005, l'activité de la Section de l'intérieur a été des plus soutenues par rapport aux années antérieures. La Section a en particulier examiné un nombre de projets d'ordonnance sans précédent, 27, contre 16 en 2004, venant s'ajouter à un flux de projets de loi (hors lois de ratification d'ordonnance) resté dans la moyenne des années antérieures, puisqu'il s'est élevé à 14, à rapprocher de 13 (toujours hors lois de ratification) en 2004, ou 15 en 2002. Le nombre de projets de loi de ratification d'ordonnances examinés s'est élevé à 24. Par ailleurs, la Section a examiné 190 projets de décrets réglementaires, chiffre le plus élevé des cinq dernières années, ainsi que 171 projets de décret individuel et décision. Elle a été enfin saisie de 10 demandes d'avis.

Principaux projets examinés

Parmi les projets de loi examinés par la Section de l'intérieur, méritent particulièrement d'être signalés en raison de leur portée juridique ou de leur importance politique : le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme ; le projet de loi d'orientation sur l'école ; le projet de loi de programme pour la recherche ; le projet de loi portant réforme des successions et libéralités ; deux projets de loi portant prorogation de la durée de mandats politiques, pour l'un, celui des sénateurs venant à échéance en 2007 (projet de loi organique) et, pour l'autre, celui des conseillers municipaux et conseillers généraux ; le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence.

La Section a examiné un nombre particulièrement élevé de textes pris dans le cadre du régime des ordonnances : 27 projets d'ordonnance auxquels s'ajoutent les projets de loi de ratification. Il y a lieu de citer en premier lieu le projet d'ordonnance portant réforme de la filiation, qui présente la particularité de modifier, sur ce sujet très sensible, plusieurs dispositions du Code civil, qui n'avaient pas été modifiées depuis leur rédaction par les concepteurs du code, celui portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, celui relatif à l'organisation de la profession d'architecte et celui instaurant en France un nouveau service public à caractère national, le service public du changement d'adresse. Nombre des projets d'ordonnance ont eu pour objet d'étendre ou d'adapter à l'outre-mer diverses législations applicables à la France métropolitaine ; on citera en particulier le projet d'ordonnance relatif au régime communal et au statut des élus dans certaines collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie.

Parmi les projets de décret réglementaire soumis à la Section, trois méritent d'être plus particulièrement cités : le premier s'inscrit dans la longue suite de décrets qui viennent chaque année, quelquefois au rythme de deux par an, réformer la procédure civile ; l'importance particulière de celui soumis au Conseil d'État à la fin de l'année 2005 résulte de la possibilité qu'il donne au juge d'appel de procéder, à la demande de l'intimé, à la radiation du rôle de l'affaire, en cas d'appel d'une décision assortie de l'exécution provisoire, si l'appelant ne justifie pas de son exécution ou d'une consignation ; le deuxième projet est pris pour l'application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui, en plus de 350 articles, réforme les procédures applicables aux entreprises en difficulté ; le troisième projet est relatif aux délégations de signature des ministres dont il modifie radicalement le régime.

Outre ces trois textes, il convient de signaler les nombreux projets de décret touchant à l'exercice des professions juridiques et judiciaires : profession d'avocat, avec trois projets de décret, deux modifiant le décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, l'un pour réaménager la procédure disciplinaire applicable aux avocats et le second pour ajouter des catégories nouvelles (notamment celle des juristes salariés des cabinets d'avocats), à la liste de celles dispensées, pour accéder à la profession d'avocat, du stage et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, et le troisième relatif à la déontologie de la profession d'avocat ; profession de commissaire aux comptes, avec le projet de décret relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes et le projet de décret approuvant le Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes ; profession d'huissier de justice avec le projet de décret relatif au statut des huissiers de justice ; profession de notaire avec le projet de décret relatif aux actes établis par les notaires. Il y a lieu de citer aussi de nombreux projets touchant à l'usage des nouvelles technologies et à l'application de la législation relative à l'informatique et aux libertés, comme le projet de décret instituant le passeport électronique ou celui portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux passagers de l'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle. À noter enfin le projet de décret portant modification du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, destiné à sécuriser la procédure d'expropriation, s'agissant de l'intervention du commissaire du Gouvernement et le projet de décret modifiant le décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions.

La Section a été également amenée à répondre à plusieurs demandes d'avis, dont trois notamment : la première a trait à la question de savoir si un ministre doit être regardé comme un « *fonctionnaire public* » ou un « *agent* » ou un « *préposé de l'administration publique* » au sens de l'article 432-13 du Code pénal relatif à la prise illégale d'intérêts ; la deuxième est relative à l'interprétation à donner de l'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986 sur l'audiovisuel et au point de savoir dans quelles conditions les services mis en place au titre de la télévision numérique terrestre peuvent être modifiés après première autorisation et selon quel régime d'autorisation ; la troisième est relative à la proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.



Principes constitutionnels et libertés publiques

Souveraineté nationale

Saisi d'une demande d'avis relative à la proposition de décision-cadre créant un mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales et ne prévoyant pas de possibilité de refus d'exécution fondé sur le caractère politique de l'infraction, le Conseil d'État a estimé que le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel l'État doit se réserver de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions politiques, principe rappelé par le Conseil d'État dans ses avis des 9 novembre 1995 et 26 septembre 2002, ne s'étendait pas nécessairement à toutes les mesures d'entraide judiciaire en matière pénale, telles que, par exemple, les demandes de communication de preuves, eu égard notamment à la différence entre les effets respectifs de l'extradition et des autres mesures d'entraide sur la situation et les droits des personnes.

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs, le Conseil d'État a estimé qu'en l'absence de convention internationale en vigueur le prévoyant, la loi ne peut confier l'exercice de prérogatives de puissance publique à des organismes qui, extérieurs à l'ordre juridique français, ne les exerceraient pas sous le contrôle de l'État ou d'une autre personne morale de droit public français ni permettre à des autorités administratives ou à des organismes privés chargés d'une mission de service public de donner des effets juridiques à des décisions de ces mêmes organismes. Il n'a pu de ce fait donner un avis favorable aux dispositions habilitant des organismes établis à l'étranger à accréditer les laboratoires d'analyse auxquels l'Agence française de lutte contre le dopage, appelée par le projet de loi à remplacer le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, pourrait recourir et à délivrer aux sportifs des « *autorisations d'usage thérapeutique* » permettant leur participation à certaines épreuves sportives, ainsi qu'à celles autorisant les fédérations sportives à rendre applicables des sanctions infligées par les fédérations sportives internationales.

Libertés publiques et traitements de données à caractère personnel

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, le Conseil d'État a été amené, à propos de plusieurs dispositions du projet présentant des risques d'atteinte à la liberté individuelle, à apprécier si ces dispositions étaient assorties de garanties suffisantes et adaptées. Ainsi en a-t-il été plus particulièrement pour ce qui est de la faculté ouverte d'utiliser les dispositifs fixes et mobiles de contrôle automatisé des données signalétiques des véhicules à des fins de lutte contre le terrorisme et, à cet effet, d'une part de prévoir la possibilité d'enregistrer la photographie des occupants des véhicules, d'autre part, d'autoriser le traitement automatisé de l'ensemble de ces données ; sur ce point, le Conseil d'État a estimé les garanties suffisantes dès lors notamment que les données collectées se trouvent effacées dans le délai maxi-

mum de huit jours si elles n'ont donné lieu à aucun rapprochement positif avec les données relatives aux véhicules volés et signalés.

Saisie du projet de décret relatif aux modalités de mise en œuvre par les maires, agissant en leur qualité d'agents de l'État, du traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux demandes de validation des attestations d'accueil prévu par l'article L. 211-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la Section a émis un avis favorable à ce projet prévoyant que le traitement peut porter sur les données relatives à la situation financière de l'hébergeant, dès lors que, celui-ci s'engageant à prendre en charge les frais de séjour de l'étranger pour le cas où ce dernier n'y pourvoirait pas, ces données sont nécessaires pour apprécier la capacité de l'hébergeant à assumer cette prise en charge.

Droit à un procès équitable

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret réformant la procédure civile, la Section a estimé que la faculté offerte à l'intimé de demander la radiation du rôle de l'affaire, en cas d'appel d'une décision assortie de l'exécution provisoire, s'il n'est pas justifié de son exécution ou d'une consignation par l'appelant, ne méconnaissait pas, en son principe, les stipulations du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'objectif ainsi poursuivi est d'améliorer l'effectivité des décisions prononcées par la juridiction de première instance, que la radiation est décidée à l'issue d'une procédure contradictoire et que, loin d'être automatique, elle n'est prononcée qu'après que le juge d'appel s'est assuré, dans chaque situation particulière, que l'exécution de la décision de première instance n'entraînera pas des conséquences manifestement excessives pour l'appelant et que celui-ci ne sera pas dans l'impossibilité de l'exécuter. La Section a toutefois relevé que cette procédure de radiation, dès lors qu'elle touche à l'exercice d'une voie de recours ordinaire et non d'une voie de recours extraordinaire comme la cassation où elle était jusqu'ici cantonnée, appellera de la part du juge d'appel une vigilance particulière afin de s'assurer dans chaque situation d'espèce, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il ne sera pas porté atteinte à la substance même du droit d'accès au juge. Elle a enfin constaté que la coexistence des demandes de radiation, d'une part, et de suspension de l'exécution provisoire prévue par l'article 524 du nouveau Code de procédure civile, d'autre part, était susceptible de conduire à un accroissement du contentieux devant les cours d'appel, voire au risque d'appréciations divergentes peu souhaitables. La réforme paraît donc appeler, outre les moyens nécessaires à sa mise en œuvre, une évaluation de ses résultats.



Pouvoirs publics

Délégation de signature des ministres

Saisi d'un projet de décret relatif aux délégations de signature des ministres, qui modifie en profondeur le régime de ces délégations, notamment en prévoyant, pour les principaux emplois de direction, que la publication de l'acte nommant les titulaires de ces emplois dans leurs fonctions emporte habilitation à signer, au nom du ministre et par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité, sans donc de délégation personnalisée, le Conseil d'État a estimé qu'aucun principe général ni aucune disposition législative ne s'opposait à un tel régime, bien que la délégation de signature ait un caractère personnel, dès lors que le ministre peut à tout instant mettre fin à cette délégation.

Par un avis en date du 20 septembre 2005, la Section de l'intérieur a, en réponse à des questions posées par le Gouvernement, apporté plusieurs précisions sur la portée de ce régime de délégation de signature.

Autorité administrative indépendante

À l'occasion de l'examen du projet de loi de programme pour la recherche qualifiant l'Agence d'évaluation de la recherche, qu'il crée, d'autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale, ainsi qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs, accordant la personnalité morale à l'Agence française de lutte contre le dopage, le Conseil d'État a rappelé les recommandations qu'il avait formulées dans les considérations générales de son rapport annuel 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes et qui déconseillent fortement de conférer la personnalité morale à de telles autorités, notamment par la confusion qui en résulte nécessairement quant aux différentes catégories de personnes morales de droit public et compte tenu de ce que la pratique montre que l'absence de personnalité morale distincte de l'État ne constitue pas un obstacle au bon fonctionnement d'une telle autorité ; ceci était particulièrement vrai en l'espèce, les agences créées pouvant conserver la même nature juridique d'autorité administrative indépendante, dépourvue de la personnalité morale, conférée respectivement par la loi du 10 juillet 1989 au comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel dont l'Agence d'évaluation de la recherche est appelée à reprendre les missions et par l'article L. 3612-3 du Code de la santé publique au Conseil de prévention et de lutte contre le dopage auquel doit succéder l'Agence française de lutte contre le dopage.

Domaine public

Saisie d'une demande d'avis sur les conditions du transfert à l'État d'une dépendance du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, la Section de l'intérieur a estimé que ni les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ni les stipulations de

l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'opposaient à ce qu'un tel transfert intervienne gratuitement.

Expropriation pour cause d'utilité publique

Saisie d'un projet de décret modifiant le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, destiné à assurer la conformité de la procédure suivie devant le juge de l'expropriation aux stipulations du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformité mise en cause tant par la Cour de cassation que par la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant en particulier du rôle du commissaire du Gouvernement, la Section a veillé à ce que soient explicitées avec précision les exigences pesant sur le commissaire du Gouvernement et destinées à garantir que le principe de l'égalité des armes est respecté quant à l'accès aux informations pertinentes, notamment en prévoyant que le commissaire du Gouvernement doit fournir tous les termes de comparaison issus des actes de mutation sélectionnés sur lesquels il s'est fondé pour retenir l'évaluation qu'il propose, ainsi que toute indication sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents ont été écartés et en élargissant les sources d'expertise auxquelles le juge est susceptible de faire appel.

Établissements publics et établissements d'utilité publique

La Section de l'intérieur a été conduite, à l'examen de projets de texte relatifs aux établissements publics et établissements d'utilité publique, fondations et associations, à approfondir sa jurisprudence sur chacun de ces thèmes.

S'agissant des établissements publics, elle a en particulier eu à se prononcer sur la nature juridique des cinq académies qui participent de l'Institut de France. La même question s'est posée à propos de l'Académie nationale de médecine. Pour ce qui est des cinq académies participant à l'Institut, la question se posait du fait qu'en raison précisément de leur rattachement commun à l'Institut de France, ces cinq académies pouvaient être regardées comme de simples organes non personnalisés de l'Institut. Au vu des textes qui ont institué ces académies, en dernier lieu l'ordonnance du 28 mars 1816, des conditions de leur création, de leurs règles d'organisation et de fonctionnement et enfin de ce qu'elles sont dotées d'un patrimoine propre et disposent de la capacité de recevoir des dons et legs, la Section de l'intérieur a estimé que ces cinq académies constituaient des établissements publics administratifs de l'État. Pour ce qui est de l'Académie nationale de médecine, la Section a abouti aux mêmes conclusions, le statut de celle-ci étant très similaire à celui des académies de l'Institut, à cette différence près qu'elle ne participe pas à ce dernier. Il est à noter que, depuis cet examen, le Conseil d'État a été saisi du projet de loi de programme sur la recherche qui entend substituer, pour l'Insti-

tut de France et les académies qui lui sont rattachées, au statut d'établissement public celui de personne morale de droit public à statut particulier.

Amenée à trancher, à propos d'un projet de décret déclarant d'utilité publique une acquisition d'immeuble au profit du Centre national d'art et de culture George-Pompidou, la question de savoir si cet établissement public avait qualité pour solliciter la déclaration d'utilité publique de l'acquisition d'un immeuble destiné à accueillir les services d'un autre établissement public qui lui est rattaché, la Bibliothèque publique d'information, la Section a répondu par l'affirmative en se fondant sur les dispositions statutaires particulières de la loi du 3 janvier 1975 et du décret du 24 décembre 1992 qui régissent le centre.

S'agissant des fondations, la Section a été saisie de plusieurs décrets de reconnaissance d'utilité publique pour des fondations constituées en matière de recherche et associant des fonds publics issus d'un compte d'affectation spéciale du Trésor et des fonds émanant des grandes entreprises privées. Elle a estimé que l'objet statutaire de ces fondations revêtait un caractère d'utilité publique dès lors que celles-ci se proposaient de soutenir la formation et la recherche dans les matières en cause (biologie, environnement, sport...) et de développer la recherche appliquée sur des thèmes d'intérêt collectif. La Section de l'intérieur a admis, pour ces projets particuliers, que la dotation soit en partie consommable et puisse donc se réduire au fur et à mesure de son utilisation, compte tenu de l'importance très significative du capital dédié au départ (plusieurs millions d'euros). La Section a réaffirmé par ailleurs, notamment à l'occasion de l'examen de ces projets de fondation, la règle selon laquelle une fondation dont les règles de constitution de la dotation font apparaître que les fonds publics y seront majoritaires, ne peut se voir reconnaître la qualité d'établissement d'utilité publique. Elle a précisé que, pour déterminer la part des fonds publics dans la dotation d'une fondation, il convenait d'y inclure les apports en capital de tous ceux de ses fondateurs qui relèvent du secteur public. Tel est le cas, par exemple, d'apports de l'Autorité des marchés financiers, de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et de la Caisse des dépôts et consignations. Est en revanche sans influence la circonstance que la fondation devrait en outre bénéficier de subventions annuelles versées par des entreprises privées ne participant pas à la constitution de sa dotation. Seules des dispositions législatives expresses pourraient déroger à cette règle, comme l'envisage le projet de loi de programme sur la recherche prévoyant que les moyens apportés par les partenaires des fondations de coopération scientifique, créées par le projet de loi, pourraient l'être « en tout ou partie par des personnes publiques » ; même en ce cas d'ailleurs, le Conseil d'État a demandé que la part maximale de la dotation apportée par les personnes publiques dans ces fondations à statut particulier soit limitée à 60 %.

Saisie d'un projet de décret relatif à une fondation ayant notamment pour objet la construction, l'aménagement ou la rénovation de lieux de cultes et de soutenir la formation de personnels religieux, la Section a estimé que les statuts de cette fondation ne méconnaissaient pas les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État, dès lors que les subventions qui peuvent être accordées à cette fondation, si elles ont un caractère public, ne sauraient être utilisées, en tout état de cause, que dans le respect de ces dispositions.

S'agissant des associations reconnues d'utilité publique, la Section de l'intérieur a été amenée, au vu d'un projet de décret refusant à une association

l'autorisation d'accepter un legs, à se prononcer sur le pouvoir dont dispose l'autorité de tutelle à l'égard d'une association désignée comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie et à préciser les raisons qui peuvent justifier le refus d'autorisation d'accepter une libéralité. Pour ce qui est des contrats d'assurance vie conclus au bénéfice de l'association, la Section a relevé qu'en vertu de l'article L. 132-12 du Code des assurances, le capital ou la rente résultant d'un contrat d'assurance vie payable par l'assureur lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne fait pas partie de la succession de l'assuré et que son bénéfice ne peut donc être regardé comme un legs. Par ailleurs, le bénéfice d'un tel contrat d'assurance vie, de nature essentiellement aléatoire, fondé sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, qui institue une créance du bénéficiaire sur l'assureur, ne constitue pas une libéralité directe entre vifs entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901. L'appréciation par la juridiction du caractère manifestement exagéré des primes versées permet seulement de s'assurer de la compatibilité des dispositions du contrat d'assurance vie avec le droit successoral et de décider le cas échéant le rapport ou la réduction de tout ou partie des primes pour atteinte à la réserve héréditaire. Dès lors, les procédures de contrôle administratif sur les dons et legs consentis au profit des associations reconnues d'utilité publique, associations culturelles et associations déclarées ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale ne sont pas applicables, en l'absence de dispositions législatives expresses, en cas de bénéfice d'un contrat sur la vie. Pour ce qui est de la justification d'un refus d'accepter une libéralité, la Section a rappelé que la tutelle administrative en matière de dons et legs instaurée par la loi trouve sa justification dans des motifs d'intérêt général : intérêt de l'État de ne pas laisser se constituer une mainmorte trop importante, intérêt des bénéficiaires de ne pas accepter des libéralités grevées de charges excessives et intérêt des familles contre des entraînements de générosité de leurs auteurs. Dès lors, seuls ces motifs peuvent servir de fondement à des décisions de refus de la part de l'autorité administrative pour des associations entrant dans le champ de celles que la loi habilite à recevoir des dons et legs.

L'ordonnance du 28 juillet 2005 est venue substituer au régime de l'autorisation administrative celui de la déclaration assortie d'un pouvoir d'opposition. Les indications apportées par la Section de l'intérieur, qui ne sera plus consultée dans le cadre de cette procédure, serviront toutefois de guide pour l'administration dans l'exercice de ce droit d'opposition.

Compétences

La Section de l'intérieur a été confrontée à des questions de compétence de plusieurs types :

– Champ de l'habilitation donnée par le législateur au pouvoir réglementaire en application de l'article 74-1 de la Constitution qui habilite le Gouvernement, dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, à étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en

métropole. Elle a ainsi estimé que l'habilitation donnée par l'article 74-1, qui limite le recours à la procédure particulière qu'il institue à la seule extension des dispositions de nature législative en vigueur en métropole, assortie le cas échéant des adaptations qu'appelle une telle extension, ne permettait pas de prendre par ordonnance des mesures qui n'étendaient pas des dispositions en vigueur en métropole, mais modifiaient des dispositions déjà étendues dans ces collectivités d'outre-mer.

– Répartition de compétences entre la Communauté européenne et les États membres. À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme, le Conseil d'État a donné un avis favorable à des dispositions de ce projet prévoyant le gel, par décision d'une autorité administrative, des fonds, instruments financiers et ressources économiques détenus auprès d'organismes financiers par des personnes physiques ou morales impliquées dans le financement d'actes de terrorisme. Il a considéré que ces dispositions législatives, dérogeant au principe de libre circulation des capitaux énoncé à l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, pouvaient être prises par le législateur d'un État membre sur le fondement de l'article 58 du même traité autorisant les États membres à prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou la sécurité publique. Le Conseil d'État a estimé que les dispositions du projet étaient compatibles avec celles, qu'elles complétaient, déjà prises au niveau européen par le Conseil sur le fondement tant du traité sur l'Union européenne que du traité instituant la Communauté européenne.

– Répartition de compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer. La Section de l'intérieur a en particulier relevé que, pour délimiter les compétences respectives des collectivités d'outre-mer et de l'État, il convenait de s'attacher au domaine en cause sans s'en tenir à l'examen formel du texte. Cette démarche a conduit la Section à estimer que le 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 était applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon car relevant du droit civil et non du droit du logement. Elle a fait la même analyse en ce qui concerne le projet de loi portant transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et modifiant les dispositions du Code civil relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux pour son extension en Nouvelle-Calédonie ; alors que le texte modifiait le Code de la consommation non applicable en Nouvelle-Calédonie, elle a estimé que le texte relevait du droit civil, domaine de la compétence de l'État. Elle a de même estimé que les dispositions de l'article 2 du décret du 22 décembre 1964 relatif au recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires par les comptables directs du Trésor relèvent de la procédure pénale et qu'elles sont donc applicables de plein droit à Mayotte en application du I de l'article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 et peuvent être étendues en Nouvelle-Calédonie et dans les autres collectivités d'outre-mer.

– Respect de la hiérarchie des normes et de la répartition de compétences entre la loi organique, la loi et le décret. S'agissant du texte nécessaire pour fixer le chef-lieu d'une collectivité d'outre-mer bénéficiant d'un statut d'autonomie, en l'espèce la Polynésie française et se proposant de déterminer le chef-lieu de celle-ci, la Section a fait valoir que, dès lors qu'en vertu des dispositions de l'article 83 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de

la Polynésie française, le gouvernement de la Polynésie française se réunit en conseil des ministres au chef-lieu de la Polynésie française et qu'en vertu des dispositions de l'article 118 de la même loi l'assemblée y siège, la fixation du chef-lieu de la Polynésie française a trait à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la Polynésie française et relève, par suite, de la loi organique. La Section a ajouté qu'au demeurant, lors même que le chef-lieu des Établissements français de l'Océanie, puis du territoire d'outre-mer de la Polynésie française n'a jamais été fixé par un texte, Papeete a toujours été reconnue comme le chef-lieu de la Polynésie française. La loi organique susmentionnée n'étant pas revenue sur ce point, la disposition disjointe apparaissait, en tout état de cause, inutile. De même, le Conseil d'État a estimé que relèvent de la loi organique en Nouvelle-Calédonie, bien que l'article 77 de la Constitution n'y fasse pas une mention expresse, les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ainsi que les conditions dans lesquelles leur publication détermine la date de leur entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel ayant estimé que ces deux matières sont indissociables (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 relative au statut d'autonomie de la Polynésie française).

– Exercice de la compétence en matière consultative. La Section de l'intérieur a eu l'occasion de rappeler, à l'occasion de l'examen du projet de décret relatif aux conditions de mise à disposition, par les collectivités territoriales et leurs groupements, d'infrastructures de réseaux de radiocommunication mobiles de deuxième génération, que la régularité d'une consultation s'apprécie au regard du droit applicable à la date de la décision qui fait l'objet de cette consultation. Dès lors, s'agissant du texte en cause, la consultation qui s'imposait, en septembre 2005, était celle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes qui a remplacé, en application de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, l'Autorité de régulation des télécommunications et qui, en vertu de cette loi, comporte deux membres de plus que cette dernière autorité.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2005, la Section de l'intérieur a tenu 88 séances et a participé à une séance de commission permanente.

Pendant cette période, la Section a examiné 435 textes, dont 35 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2001	2002	2003	2004	2005
Lois	10	15	20	22	37
Ordonnances	1	4	6	16	27
Décrets article 37 et autres	135	180	144	175	190
Décrets individuels, arrêtés et décisions	241	179	163	191	171
Avis	7	14	14	7	10
Total	394	392	347	411	435

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2005

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
37	11	12	11	3

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets individuels, arrêtés et décisions	Avis	Total
			Article 37	Autres			
Premier ministre	0	0	0	2	0	3	5
Culture communication	3	3	0	19	2	1	28
Outre-mer	8	6	0	7	0	0	21
Éducation-Jeunesse	3	0	0	12	11	0	26
Intérieur	9	5	0	82	158	1	255
Justice	11	10	0	60	0	1	82
Sports	2	1	0	4	0	0	7
Autres ministères	1	2	0	4	0	4	11
Total	37	27	0	190	171	10	435

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matière	2005
Administration départementale et communale	28
Associations et fondations (sauf dons et legs)	115
Communication-Culture	24
Congrégations et Cultes (sauf dons et legs)	19
Déclarations d'utilité publique	10
Dons et legs	27
Droit administratif et constitutionnel	25
Droit civil et procédure civile	19
Droit commercial	9
Droit pénal et procédure pénale	11
Élections	5
Enseignement	19
Fonction publique territoriale	20
Organisation administrative	18
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	33
Outre-mer	20
Police	20
Sports	5
Divers	8
Total	435

Section des finances

La Section des finances s'est réunie à 99 reprises en 2005. Elle a examiné trois projets de loi de finances, 57 autres projets de loi (dont 29 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 17 projets d'ordonnance et 5 projets de loi du pays. La Section a également examiné 289 projets de décret réglementaire.

Elle a enfin répondu à 3 demandes d'avis du Gouvernement.

Elle a eu à délibérer de projets réalisant d'importantes réformes (comme la réforme fiscale réalisée en plusieurs étapes) ou réorganisant des secteurs importants du droit positif (comme l'élaboration de l'ensemble des livres de la partie réglementaire du Code monétaire et financier).

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.

Dispositions fiscales

Égalité devant l'impôt

L'article 1^{er} du Code général des impôts, dans sa rédaction issue du projet, prévoit que les impôts directs payés par un contribuable ne pourront excéder 60 % des revenus perçus par l'intéressé au titre de l'année précédente. Si cette mesure, intitulée « bouclier fiscal », atténue la progressivité de certains des impôts directs qui sont dans le champ de la mesure, n'est pas apparu au Conseil d'État qu'elle était contraire à un principe de valeur constitutionnelle, et notamment pas au principe d'égalité devant l'impôt. La même analyse a été faite par le Conseil constitutionnel.

Les dispositions du projet de loi de finances pour 2006 relatives à l'intégration dans les taux du barème de l'IR de l'abattement de 20 % prévoient que « les titulaires de revenus passibles de l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux ou des bénéficiaires non commerciaux ou des bénéficiaires agricoles réalisés par des contribuables qui ne sont pas adhérents d'un centre de gestion ou d'une association agréés » verraient, pour le calcul de leur impôt, le montant de leurs revenus multiplié par un coefficient de 1,25. Le Conseil d'État a estimé que le maintien d'un différentiel d'imposition entre

les contribuables adhérents ou non adhérents à un centre ou à une association de gestion agréés n'était pas, par lui-même, contraire au principe d'égalité devant l'impôt dès lors que ces deux catégories de contribuables sont placées dans des situations juridiques distinctes. En revanche, il a relevé que la technique d'imposition proposée par le Gouvernement faisait peser sur les bénéficiaires des revenus en cause une présomption irréfragable d'inexactitude des revenus déclarés de nature à rendre plus difficile l'acceptation de la loi fiscale par les intéressés, et il a disjoint la disposition en soulignant qu'une autre technique, fondée sur une majoration du taux d'imposition, n'aurait pas présenté cet inconvénient.

Par ailleurs, le Conseil d'État estime que le législateur peut instituer un plafonnement de certains avantages fiscaux, ou « niches fiscales », au titre de l'impôt sur le revenu. Toutefois, la détermination des avantages retenus dans ce plafond doit être opérée sur la base de critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet du plafonnement, et le mécanisme adopté doit permettre au contribuable d'exercer son libre choix entre les avantages entrant dans le plafond global, condition en l'espèce non remplie.

Actions en restitution d'impositions versées indûment

Le cadre dans lequel s'effectuent les actions en restitution d'impositions nationales indûment perçues doit, selon la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe* ; CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*), s'opérer, en l'absence de réglementation communautaire, selon les règles définies par chaque ordre juridique interne qui désignera les juridictions compétentes et réglera les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits conférés aux justiciables par l'ordre juridique communautaire. Mais les États membres doivent respecter le principe d'équivalence selon lequel les modalités procédurales ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des recours similaires de nature interne et le principe d'effectivité qui suppose que ces règles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre communautaire.

Saisi d'un article prévoyant de réduire de quatre à deux ans la période mentionnée au quatrième alinéa de l'article L. 190 du LPF et relative à la restitution des sommes versées indûment en raison de la non-conformité de la règle de droit appliquée à une règle de droit supérieure lorsque cette non-conformité a été révélée par une décision juridictionnelle, le Conseil d'État a estimé que ces principes n'étaient pas méconnus dès lors que cet article n'introduit aucune différence de traitement et que les droits du contribuable continuent de pouvoir s'exercer.

S'agissant par ailleurs des dispositions ajoutant un cinquième alinéa à l'article L. 190 du Livre des procédures fiscales et dont l'objet est de préciser la décision juridictionnelle révélant la non-conformité de la règle de droit appliquée à une règle de droit supérieure et qui, par suite, ouvre droit à l'action en restitution d'impositions indûment perçues ou en réparation du préjudice subi, le Conseil d'État a estimé que le législateur ne méconnaissait aucune règle constitutionnelle ni aucun engagement international de la France, en limitant, pour l'application de ces dispositions, le caractère de décision juridictionnelle révélé-



lant une telle non-conformité, aux décisions du Conseil d'État et aux avis rendus sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, aux arrêts de la Cour de cassation ainsi qu'aux avis rendus sur le fondement de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire et aux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes se prononçant sur un recours en annulation, une action en manquement ou sur une question préjudicielle.

Aide d'état

Les aides correspondant au crédit d'impôt envisagé par un projet de loi de finances rectificative pour 2005 et afférentes aux dépenses des petites et moyennes entreprises exposées au titre des « frais et indemnités de déplacement et d'hébergement liés à la prospection commerciale en vue d'exporter » et aux fins de « faire connaître les produits et services de l'entreprise en vue d'exporter », telles que mentionnées respectivement aux a) et d) du II de l'article 244 *quater* H du Code général des impôts, doivent être regardées comme des aides en faveur d'activités liées à l'exportation, à la mise en place et au fonctionnement d'un réseau de distribution ou à d'autres dépenses courantes liées à l'activité d'exportation, au sens de l'article premier précité du règlement n° 70/2001 de la Commission.

Dès lors, de telles aides, faute d'entrer dans le champ d'application de ce règlement, auraient dû être notifiées à la Commission européenne en application de l'article 88-3 du traité CE.

Dispositions budgétaires

En raison du calendrier d'entrée en vigueur de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), l'année 2005 a été, pour la Section des finances, une année exceptionnelle à plus d'un titre : d'une part la gestion 2005 et les actes y afférents (décrets d'avance) demeuraient pour l'essentiel régis par l'ordonnance du 2 janvier 1959 ; d'autre part la Section a été saisie de projets ou de questions visant à préparer l'entrée en vigueur de la LOLF dans toutes ses dispositions à compter du 1^{er} janvier 2006, enfin elle a été conduite, à l'occasion de l'examen du projet de loi de finances de l'année 2006, à élaborer une nouvelle jurisprudence tenant compte des changements substantiels de concepts ou de procédures opérés par la LOLF.

Domaine des lois de finances

Un article qui transfère du CNASEA à l'Office chargé des viandes, de l'élevage et de l'aviculture, la gestion du service public de l'équarrissage, et corrélativement affecte à l'office le produit de la taxe d'abattage destiné à financer ce service peut figurer dans la loi de finances de l'année.

En outre la détermination des modalités de transferts des droits et obligations du CNASEA à l'office qui permet de caractériser les conséquences du transfert de gestion du service public et du changement d'affectataire de la taxe,

autorisée par la loi de finances, constitue une « disposition inséparable de ladite autorisation » (Conseil constitutionnel, n° 2001-448 DC, considérant 4).

Saisi par ailleurs de dispositions relatives au financement des allègements généraux de cotisations sociales patronales par transfert de recettes fiscales à la sécurité sociale dans le cadre du projet de loi de finances pour 2006, le Conseil d'État a estimé qu'en application de l'article 36 de la loi organique relative aux lois de finances, l'affectation à des personnes morales gérant les régimes de sécurité sociale et leur trésorerie, de certains impôts et taxes, précédemment affectés à l'État, relevait exclusivement de la loi de finances. Il appartiendra à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 de tirer les conséquences de l'affectation de ressources fiscales à des organismes de sécurité sociale, en les inscrivant dans les prévisions de recettes et les tableaux d'équilibre des régimes de base mentionnés au 2° du C de l'article L.O. 113-3 du Code de la sécurité sociale ainsi qu'à l'annexe mentionnée au 5° du III de l'article L.O. 111-4 du même code.

En revanche, le Conseil d'État a estimé que ne devaient pas figurer dans la loi de finances pour 2006 des dispositions relatives aux exercices 2007 et 2008.

Enfin le Conseil d'État, à propos de la reprise de dette de l'Entreprise minière et chimique, a relevé qu'en application du 6° du II de l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), seule une loi de finances peut d'une part autoriser l'État à prendre en charge les dettes de tiers, à constituer tout autre engagement correspondant à une reconnaissance unilatérale de dette, et d'autre part fixer le régime de cette prise en charge ou de cet engagement.

Création d'un établissement public

Le Conseil d'État a rejeté des dispositions d'une loi de finances qui portaient création d'un établissement public national ayant pour mission de promouvoir le sport et la pratique sportive par l'attribution de concours financiers. Il a en effet estimé que cet établissement ne constituait pas à lui seul une nouvelle catégorie d'établissement public dès lors que plusieurs établissements publics nationaux existants, tels le Centre national de la cinématographie, le Centre national du livre et le Centre national de la chanson, des variétés et du jazz, avaient également pour mission de contribuer à promouvoir des activités par l'attribution de concours financiers, et étaient ainsi dotés d'une spécialité analogue à celle que les dispositions du I assignent au nouvel établissement. Sa création relève donc du pouvoir réglementaire.

En revanche, les dispositions des II à VI du même article, relatives à la clôture du compte d'affectation spéciale « Fonds national pour le développement du sport », qui attribuent les opérations de certains chapitres de ce compte d'affectation spéciale au futur établissement public qui sera chargé de contribuer au développement et à la pratique sportive sous toutes ses formes, doivent obligatoirement figurer dans une loi de finances.



Octroi de la garantie de l'État

La Section des finances a examiné deux projets de loi d'approbation de deux protocoles modifiant respectivement les conventions de Paris et de Bruxelles relatives à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et leur a donné un avis favorable.

Toutefois, l'attention du Gouvernement a été appelée sur les conditions de mise en œuvre des mécanismes financiers résultant de l'application de certaines stipulations de ces protocoles, lesquelles doivent être regardées comme équivalentes à des garanties de l'État. Il y a donc lieu d'appliquer le cinquième alinéa du II de l'article 34 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Par suite, seule une loi de finances, à l'exclusion de toute loi ordinaire, pourra autoriser l'octroi de ces garanties.

Règle d'utilisation d'éventuels surplus

Aux termes du 10° du I de l'article 34 de la LOLF, la loi de finances de l'année « arrête les modalités selon lesquelles sont utilisés les éventuels surplus par rapport aux évaluations de la loi de finances de l'année, du produit des impositions de toute nature établies au profit de l'État ».

Le projet du Gouvernement, tout en prévoyant que les éventuels surplus constatés en 2006 seraient utilisés dans leur totalité pour réduire le déficit budgétaire, entendait exclure de cette affectation ceux des éventuels surplus constatés au titre des impositions portant sur les produits pétroliers.

Le Conseil d'État a disjoint cette exclusion. En effet, si cette exclusion avait été maintenue, la loi de finances n'aurait pas épuisé sa compétence, puisqu'aucune modalité d'utilisation n'aurait été fixée pour les éventuelles plus-values constatées au titre des impositions sur les produits pétroliers. Le Gouvernement ayant maintenu son texte, le Conseil constitutionnel a, à son tour, estimé que cette disposition était contraire à la Constitution.

Reports de crédits

Le 2° du II de l'article 15 de la LOLF énonce que les crédits inscrits sur les titres d'un programme, autres que le titre des dépenses de personnel, peuvent être majorés par des reports de crédit « dans la limite globale de 3 % de l'ensemble des crédits initiaux inscrits sur les mêmes titres du programme à partir duquel les crédits sont reportés ». Le même article prévoit cependant que « ce plafond peut être majoré par une disposition de la loi de finances ».

Le Conseil d'État n'a pas donné son accord à une disposition prévoyant que, pour 2006, aucune limite ne s'appliquerait dans le cas de 10 chapitres d'équipement dont la liste était fixée. Il a estimé en effet que l'habilitation donnée à la loi de finances de l'année de majorer le plafond de 3 % ne saurait conduire pour autant à supprimer toute règle de limitation des reports, fût-ce pour un nombre limité de chapitres d'équipement, dès lors que la limite prévue au 2° du II de l'article 15 de la LOLF est appréciée par rapport aux crédits initiaux.

En revanche, il lui a paru possible, sans dénaturer l'habilitation reçue du législateur organique, de prévoir que les reports opérés à partir de ces chapitres sur

les programmes de 2006 « ne pourront excéder le montant des dotations ouvertes sur ces chapitres dans la loi de finances pour 2005 ».

Budgets annexes

L'article 18 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) prévoit que les budgets annexes peuvent retracer « les seules opérations des services de l'État non dotés de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestations de services donnant lieu au paiement de redevances, lorsqu'elles sont effectuées à titre principal par lesdits services ».

Cette règle traduit clairement la volonté du législateur organique de limiter le recours à la procédure du budget annexe à des activités non régaliennes, assurées par un service dont c'est la mission principale et financées par des redevances.

Il suit de là qu'un budget annexe doit pour l'essentiel de son activité être financé par des redevances.

Toutefois, ce principe ne fait pas obstacle à ce qu'un budget annexe puisse être alimenté par l'affectation du produit d'une imposition de toute nature.

En effet, si une redevance pour rémunération de service rendu ne peut excéder le coût de ce service, en revanche aucune règle de droit, ni d'ailleurs aucun principe de gestion, n'imposent que le produit de la redevance soit égal au coût du service rendu. L'affectation, à titre de complément, d'une taxe peut donc s'avérer nécessaire à l'équilibre d'un service gérant principalement des activités donnant lieu à redevance pour rémunération de service.

Ni la lettre de l'article 18 précité, ni les travaux préparatoires de la LOLF ne conduisent à estimer qu'une telle modalité de financement accessoire serait interdite par principe aux budgets annexes. Toutefois, la part des recettes fiscales affectées à un budget annexe ne saurait, sauf à méconnaître la vocation de cette procédure, représenter qu'un montant limité des ressources de ce budget annexe.

En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que le maintien au profit du budget annexe de l'aviation civile (intitulé désormais budget annexe « contrôle et exploitation aériens ») de la taxe de l'aviation civile paraît possible dès lors que le produit de cette taxe devrait représenter de l'ordre de 10 % de la section d'exploitation.

Comptes d'affectation spéciale

L'article 21 de la LOLF impose que les « recettes particulières » qui financent les opérations retracées sur un CAS soient « par nature, en relation directe avec les dépenses concernées ». Cette exigence n'est pas respectée dans le cas du financement, à partir des amendes issues des systèmes de contrôle et de sanction automatisés (radars), d'une mesure consistant à permettre aux personnes âgées de 16 à 24 ans de financer par des emprunts bancaires sans intérêts leur formation à la conduite : compte tenu des termes précités de la LOLF, le lien que cette mesure peut avoir avec l'amélioration de la sécurité routière n'est pas suffisant.



Le même article 21 prévoit en outre que sont retracées par un compte d'affectation spéciale « les opérations relatives aux pensions et avantages accessoires ». Si cette disposition, éclairée par les travaux préparatoires de la LOLF, vise à titre principal les pensions de retraite des fonctionnaires civils et militaires, elle n'interdit pas que soit donné au compte d'affectation spéciale un périmètre plus large, incluant en outre les opérations relatives aux pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État, d'une part, et celles relatives aux pensions militaires d'invalidité et de victimes de la guerre et aux autres avantages servis à titre viager au titre d'engagements historiques ou de la reconnaissance de la Nation, d'autre part. Le Conseil d'État relève qu'il y a lieu toutefois, comme le propose le Gouvernement, de retracer ces trois catégories d'opérations dans des sections distinctes du compte, de façon notamment à assurer le respect de la règle, énoncée par le même article 21, selon laquelle les « recettes particulières » qui financent les opérations retracées sur un CAS doivent être « par nature, en relation directe avec les dépenses concernées ». Une précision en ce sens a donc été ajoutée dans le projet d'article. Cette exigence de présentation et d'exécution indépendantes des trois sections n'empêchera pas le compte de disposer d'une trésorerie unique.

Enfin si l'article 21 prévoit la création d'un compte d'affectation spéciale retraçant « les opérations de nature patrimoniale liées à la gestion des participations financières de l'État, à l'exclusion de toute opération de gestion courante [...] », cette formulation restrictive n'interdit pas que soient imputés sur ce compte des commissions bancaires, frais juridiques et autres frais, à la condition que ces dépenses soient directement liées à des opérations de cessions ou d'investissement financier retracées par le compte. Le Conseil constitutionnel a suivi, à son tour, un raisonnement similaire sur cette question.

Fonds de concours

Invité par le Gouvernement à l'éclairer sur la possibilité ou non d'imputer des dépenses de rémunération sur des fonds de concours dans le cadre du nouveau régime défini par la LOLF, le Conseil d'État a estimé que ces fonds de concours étant désormais retracés dans le budget de l'État et ce dès la loi de finances de l'année, il n'existe plus d'obstacle de principe à ce qu'ils puissent concourir au financement de dépenses de personnel figurant dans le titre II du budget de l'État. Trois conditions devront toutefois être respectées :

- a) les dépenses, objet de ce fonds de concours, devront avoir été prévues dans la loi de finances de l'année et les emplois concernés devront avoir été intégrés dans les plafonds d'emploi spécialisés par ministère prévus par le III de l'article 7 et dans le plafond d'autorisation des emplois mentionné au 6° du I de l'article 34 ;
- b) les crédits ouverts en cours d'année ne pourront excéder les plafonds fixés par le Parlement ;
- c) les prévisions de recettes de fonds de concours figurant en loi de finances et concourant à l'équilibre financier devront se conformer au principe de sincérité budgétaire énoncé par l'article 32 de la loi organique.



Fonds spéciaux

Le rattachement des « fonds spéciaux » au programme « coordination du travail gouvernemental » de la mission « direction de l'action du gouvernement » ne se heurte à aucun obstacle de principe, ni à aucune règle de valeur constitutionnelle.

Pas plus que l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) ne prohibe ou n'autorise la pratique des « fonds spéciaux ». Cette pratique, conforme à la tradition républicaine, est consacrée par le Conseil constitutionnel (n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, considérant 44).

Le choix du Gouvernement de rattacher les « fonds spéciaux », auparavant identifiés au chapitre 37.91 des services généraux du Premier ministre, à une sous-action de l'action n° 2 du programme 129 « coordination du travail gouvernemental » a pour effet de faire disparaître cette dotation de la nomenclature de prévision.

Toutefois :

- a) d'une part, les dépenses faites continueront d'être contrôlées, dans les conditions prévues à l'article 154 de la loi de finances pour 2002, par une commission de vérification comportant quatre parlementaires ;
- b) d'autre part, le volume des dépenses effectuées dans le cadre de la sous-action sera retracé en exécution dans la loi de règlement et dans le rapport annuel de performance du programme.

L'information du Parlement continuera donc d'être assurée dans de bonnes conditions en respectant la nature particulière de ces crédits.

Par ailleurs il appartiendra au Gouvernement dans la gestion des crédits du programme de veiller au respect du principe de fongibilité asymétrique défini au troisième alinéa du II de l'article 7 de la LOLF.

Redevances pour service rendu

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la rémunération des services rendus par la direction des Journaux officiels, l'attention de la Section des finances s'est portée en particulier sur les questions suivantes :

1° Les annonces et insertions publiées par la direction des Journaux officiels (DJO) correspondent dans leur très grande majorité à des obligations légales de publicité qui n'ont pas été instituées principalement et directement dans l'intérêt des personnes sur lesquelles elles pèsent. Elles sont obligatoirement insérées dans les supports désignés par les textes (JO Associations, BOAMP, BALO et BODACC principalement).

Il est toutefois possible de regarder comme un service rendu pouvant faire l'objet d'un financement par redevance la prestation matérielle de publication assurée par la DJO, au même titre qu'un journal privé habilité à recevoir les annonces légales (réception, vérification, mise en forme, insertion et conservation de l'annonce). Cette prestation est assurée dans l'intérêt de l'utilisateur qui s'adresse à la DJO en vue de s'acquitter de l'obligation de publicité qui pèse sur lui.



En conséquence, le décret permettant un tel financement n'est pas illégal.

2° L'article 4 de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 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 pas pour objet ou pour effet d'attirer la matière des redevances dans le domaine de la loi de finances. Cette ratification, en réalité, s'analyse comme une sorte de confirmation par le législateur de dispositions prises par le pouvoir réglementaire dans l'exercice de ses compétences.

Il n'y a donc pas lieu, sous l'empire de la LOLF, de revenir sur la pratique constante, validée par la jurisprudence, qui consiste, pour les décrets en Conseil d'État instituant des redevances pour services rendus, à s'en tenir à la définition de l'objet de la redevance instituée par la mention des prestations donnant lieu à rémunération, et à renvoyer à un arrêté toutes les précisions techniques et en particulier le montant de la redevance, sans encadrement particulier.

Contrôle financier

Bien que la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) ne contienne aucune disposition appelant à une modification de l'exercice du contrôle financier, l'adaptation de ce dernier est apparue à la Section des finances découler logiquement, d'une part, de la nouvelle architecture budgétaire définie par la LOLF, de l'accent désormais mis sur la qualité de la dépense publique et le contrôle de gestion et, d'autre part, de la souplesse fonctionnelle conférée aux responsables de programmes en contrepartie d'engagements sur des résultats. La Section des finances a donc donné un avis favorable à un projet de décret relatif au contrôle financier du budget de l'État et de ses établissements publics administratifs.

Elle a relevé qu'à l'occasion de ce décret, le Gouvernement proposait de donner une base juridique à des concepts budgétaires qui ne sont mentionnés ni dans la LOLF, ni dans aucun texte légal. Elle a néanmoins estimé qu'il appartient au pouvoir réglementaire de définir les documents prévisionnels d'exécution des programmes, lesquels serviront de référence à l'appréciation des objectifs de performance, et de prévoir la constitution d'une réserve de crédits dans chaque ministère en vue d'une régulation budgétaire en gestion. La Section des finances a considéré qu'il s'agissait d'actes préparatoires à la mise en œuvre de l'article 14 de la LOLF, lequel prévoit la possibilité d'annulation de crédits « afin de prévenir une détérioration de l'équilibre budgétaire ».

Enfin la section a précisé, dans le projet de décret, que les dispositions de ce dernier s'appliqueront également à l'autorité chargée du contrôle financier placée auprès d'une autorité administrative indépendante, sauf disposition statutaire dispensant cette dernière d'un tel contrôle.

Le Conseil d'État a également adopté le projet de décret créant et organisant les nouveaux services de contrôle budgétaire et comptable ministériel.



Toutefois il n'a pu donner un avis favorable à une disposition prévoyant que : « La répartition et la désignation des personnels mis à disposition du contrôleur budgétaire et comptable ministériel, les locaux et les moyens de fonctionnement font l'objet d'un arrêté du ministre chargé du Budget, après accord des ministres intéressés. »

Cette disposition entendait ainsi reconduire au profit de ces nouveaux services une règle, énoncée à l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées et reprise désormais à l'article 3 du décret du 27 janvier 2005 relatif au contrôle financier au sein des administrations de l'État, qui met à la charge des ministères contrôlés une partie du coût de fonctionnement des services de contrôle.

Cette règle, quoique traditionnelle, se heurte désormais aux dispositions de la loi organique relative aux lois de finances. En effet, en vertu de l'article 7 de la loi organique, les crédits sont spécialisés par programme et regroupés par mission, une mission comprenant un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie.

Dispositions économiques et financières

Privatisations

Saisi d'une demande d'avis sur les questions posées par la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaire d'autoroute (ASF, APRR, Sanef), le Conseil d'État a, tout d'abord, estimé qu'aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'impliquait que le service public national d'exploitation des autoroutes, constitué pour l'essentiel sous le régime de la concession, soit confié à des sociétés dont des personnes publiques détiennent la majorité du capital. Il a, ensuite, relevé que les sociétés concessionnaires ne pouvaient en l'espèce être regardées comme ayant le caractère de monopoles de fait. Enfin, l'Assemblée générale a estimé que leur transfert au secteur privé n'avait pas à être approuvé par le législateur dès lors que les entreprises concernées n'entraient dans aucune des deux catégories définies par l'article 7 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986.

Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière

L'administration n'a pas encore pris la mesure des exigences de consultation induites par la rédaction large de l'article L. 614-2 introduit dans le Code monétaire et financier par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, qui dispose que le comité consultatif de la législation et de la réglementation financières est compétent pour donner un avis sur les textes « traitant de questions relatives au secteur de l'assurance, au secteur bancaire et aux entreprises d'investissement ».



Le Conseil d'État a donc été contraint de disjoindre à plusieurs reprises des dispositions relatives à l'un des secteurs énumérés par l'article L. 614-2, en raison de l'omission de la consultation du comité.

En revanche, il ressort des travaux préparatoires au vote de la loi de sécurité financière que ce comité n'est pas compétent pour examiner les textes relatifs aux mutuelles ou aux institutions de prévoyance, même lorsqu'ils traitent des activités d'assurance de ces institutions. Il convient d'ailleurs et en outre, de relever que les dispositions de l'article L. 614-2 du Code monétaire et financier n'ont été codifiées en code suiveur que dans le seul Code des assurances (article L. 411-2) à l'exclusion du Code de la mutualité ou de celui de la sécurité sociale.

Assurances, mutuelles, institutions de prévoyance

Saisi d'un projet de décret relatif au calcul de la marge de solvabilité ajustée des entreprises d'assurance et modifiant le Code des assurances (partie réglementaire), la Section des finances a relevé que ce projet, relatif aux retraitements qui devront être opérés par les entreprises d'assurance soumises à surveillance complémentaire qui utilisent les normes comptables internationales, ne modifie que le Code des assurances, de même d'ailleurs que le projet d'ordonnance examiné le même jour dont il est le complément. Les règles qu'il édicte ne s'appliqueront donc qu'aux entreprises d'assurance régies par le Code des assurances.

Or, d'une part, une autorité unique assure désormais le contrôle des entreprises d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance régies par le Code des assurances, le Code de la mutualité et le Code de la sécurité sociale ; d'autre part et surtout, les règles issues des directives communautaires en matière de surveillance complémentaire des groupes d'assurance ont été introduites dans ces trois codes avec un souci d'uniformisation.

La Section des finances a en conséquence appelé l'attention du Gouvernement sur les graves inconvénients qu'il y aurait à laisser diverger à nouveau, dans un tel domaine, les règles applicables à ces trois catégories d'entreprises.

Le Conseil d'État, saisi d'un projet de décret relatif au fonds paritaire de garantie des institutions de prévoyance et modifiant le Code de la sécurité sociale, lui a donné un avis favorable.

Il a toutefois noté que les articles L. 431-1 à L. 431-8 du Code de la mutualité ont aussi institué un fonds de garantie et que le dernier de ces articles a renvoyé à un décret en Conseil d'État les modalités d'application de ce texte. Il a relevé que, dès la loi du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière (article 69), le Parlement avait demandé au Gouvernement de lui présenter dans un délai de neuf mois un rapport relatif aux mesures rendant obligatoire l'adhésion des institutions de prévoyance et des mutuelles à des systèmes de garantie similaires à celui prévu pour les entreprises d'assurance. Si l'ordonnance du 19 avril 2001 a bien créé un tel fonds de garantie pour les mutuelles, aux articles L. 431-1 à L. 431-8 du Code de la mutualité, il n'en reste pas moins que, près de quatre ans plus tard, le décret prévu à l'article L. 431-8 n'a toujours pas été pris et que le fonds ainsi institué par la loi ne fonctionne pas (n° 369 945).



Épargne et investissement

Le Conseil d'État a disjoint une disposition du projet de loi pour les petites et moyennes entreprises qui prévoyait une procédure de retrait et de rachat obligatoires des actions détenues par des actionnaires minoritaires de sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, sans que cette atteinte au droit de propriété fût justifiée par un intérêt général suffisant. Il a également disjoint, par cohérence, une autre règle qui prévoyait d'étendre le mécanisme de retrait obligatoire prévu à l'article L. 433-4 du Code monétaire et financier aux sociétés non cotées faisant appel public à l'épargne.

Régime d'incapacités professionnelles

Saisie d'un projet de décret relatif aux dirigeants et administrateurs des associations de gestion et de comptabilité mentionnées à l'article 7 *ter* de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, la Section des finances n'a pu donner un avis favorable aux dispositions de ce projet tendant à instituer, pour ces dirigeants et administrateurs, un régime d'incapacités professionnelles à raison des condamnations pénales prononcées à leur encontre.

L'ordonnance du 19 septembre 1945 prévoit de manière générale qu'un contrôle s'exerce sur les associations de gestion et de comptabilité, dont l'activité est subordonnée à l'inscription préalable sur une liste ; mais, s'agissant des dirigeants et administrateurs de ces associations, elle se borne à exiger d'eux qu'ils aient satisfait à leurs obligations fiscales et sociales et ne comporte aucune disposition permettant de fonder légalement un régime d'incapacités et de restreindre ainsi, par référence à des condamnations pénales, le libre accès à l'activité professionnelle correspondante. En particulier, l'existence d'un régime d'incapacités professionnelles pour les experts-comptables eux-mêmes, qui figure à l'article 3 de l'ordonnance parmi les conditions exigées pour l'inscription au tableau de l'ordre, combinée avec la mention du II de l'article 7 *ter* selon laquelle les associations de gestion et de comptabilité « sont soumises aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la profession d'expert-comptable », ne suffit pas à fonder l'institution d'un tel régime pour les dirigeants et administrateurs des associations de gestion et de comptabilité.

Commande publique

Le Conseil d'État a examiné un projet d'ordonnance et ses deux décrets d'application, qui portent transposition, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices non soumis au Code des marchés publics, des nouvelles directives communautaires.

Il a notamment fait valoir qu'en raison de la définition très large des notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, qui conduit à soumettre à ces textes certaines personnes privées aussi bien que des personnes publiques, les règles fondamentales de passation des marchés et les dispositions prévoyant que certaines clauses sont soit interdites, soit obligatoires, constituaient des « principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales »



et étaient donc de nature législative. La même remarque a été faite pour la définition des interdictions de soumissionner.

Le Conseil d'État a également examiné deux textes portant modification du Code des marchés publics, notamment une nouvelle rédaction de son article 30. Il a considéré que les marchés de services qui relèvent de cet article pouvaient être passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence librement définies par la personne publique en fonction des caractéristiques du marché. Les marchés de prestations de services juridiques appartiennent pleinement à cette catégorie de marchés, mais le respect des principes applicables à la profession d'avocat, qui s'impose en tout état de cause à l'acheteur public, justifie que les marchés ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige soient expressément dispensés du respect de certaines dispositions du code.

Conventions internationales

Autorisation de ratification

Le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet de loi autorisant la ratification de l'acte de Genève de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels (ensemble le règlement d'exécution et deux déclarations communes) adopté à Genève le 2 juillet 1999.

S'agissant d'un accord portant sur une matière de compétence mixte entre la Communauté européenne et ses États membres, il appelle cependant l'attention du Gouvernement sur le fait que l'instrument de ratification de la France ne pourra être déposé que lorsque la Communauté européenne aura soit déposé son propre instrument de ratification, soit fait savoir qu'elle n'a pas d'objection à la ratification par la France de cet accord. Toutefois, la France conserve sa liberté d'adhésion en ce qui concerne sa compétence propre aux collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 de la Constitution et à la Nouvelle-Calédonie.

Saisi du projet de loi autorisant l'adhésion au protocole modifiant la convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, le Conseil d'État a relevé que ce protocole prévoyait l'entrée en vigueur des amendements tacitement, au terme d'un certain délai après leur adoption et en l'absence d'un quorum d'États parties opposés à cette entrée en vigueur.

Il a toutefois estimé que, dans la mesure où les amendements en question, qui portent sur la réévaluation de plafonds de responsabilité pour dommages, étaient encadrés dans des limites strictes (en l'occurrence : taux maximum de croissance annuelle plus taux de croissance global), le législateur français, en acceptant de ratifier le mécanisme du protocole, acceptait par avance les réévaluations futures dans les limites sus-indiquées.

Par suite, les amendements relatifs à la réévaluation des plafonds de responsabilité, bien qu'entrant dans le champ de l'article 53 de la Constitution en ce

qu'ils touchent au régime des obligations civiles et commerciales, n'auront pas à être soumis au Parlement par le Gouvernement.

Examinant un projet de loi autorisant la ratification de la « mesure » relative à l'institution du Secrétariat du traité sur l'Antarctique (ensemble une annexe) adoptée par la Réunion consultative du traité sur l'Antarctique (RCTA) de Madrid le 16 juin 2003, la Section des finances a estimé qu'une autorisation parlementaire était requise car son article 4 engage les finances de l'État et entre ainsi dans le champ défini à l'article 53 de la Constitution.

À cette « mesure » était cependant annexé un accord de siège à conclure entre la RCTA d'une part et l'Argentine d'autre part. S'agissant de cet accord, le Conseil d'État s'est posé la question de savoir s'il devait être soumis à ratification et si, dans l'hypothèse d'amendements futurs à cet accord de siège, une nouvelle autorisation législative de ratification était requise.

La France considère pour sa part, à la différence d'autres États parties, que la RCTA, partie cocontractante de l'accord de siège, dispose de la personnalité juridique. Dès lors, le secrétariat du traité n'apparaît que comme un organe de cette personne juridique, ne disposant pas, en tant que tel, d'une personnalité opposable aux tiers en dehors du territoire argentin. Dans ces conditions, la ratification de cet accord de siège figurant en annexe ne requiert pas formellement une autorisation parlementaire, pas plus que les modifications qui pourraient lui être apportées, sauf dans les cas où ces dernières auraient pour effet de conférer à la France la qualité de « partie » à cet accord et pourraient impliquer pour elle des droits ou obligations entrant dans le champ de l'article 53 de la Constitution.

Enfin, le Conseil d'État n'a pas donné, en l'état, un avis favorable au projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine relatif à la coopération en matière de sécurité intérieure (*cf. supra* Assemblée générale), pour deux séries de raisons.

Il a observé, en premier lieu, que l'accord ne contient aucune stipulation portant sur les règles de protection juridique applicables, dans l'exercice de leurs fonctions, aux fonctionnaires et experts français envoyés en Chine au titre de la coopération technique prévue dans l'article 7 de l'accord. Il a relevé, en second lieu, que le préambule de cet accord prévoit que la coopération entre les deux Gouvernements s'opère sur la base du respect mutuel de leur propre législation nationale.

Or, il résulte de la combinaison des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés d'une part, et d'autre part des informations communiquées au Conseil d'État, que la législation chinoise ne présente pas les garanties suffisantes, au regard de la législation française, à la protection des données personnelles des ressortissants français envoyés en Chine, lesquelles ne sauront être communiquées au Gouvernement chinois par les autorités françaises.



Organisation et gestion des administrations et autres services publics

Dissolution et liquidation d'un établissement public

En cas de dissolution et de liquidation d'un établissement public industriel et commercial, la reprise par l'État des dettes de celui-ci ne peut être autorisée qu'à compter de la date de dissolution, toute reprise à une date antérieure étant susceptible de constituer une aide d'État au regard du traité instituant la Communauté européenne.

Domaine public

Lors de l'examen d'un projet de décret relatif aux marchés d'intérêt national, le Conseil d'État a ajouté une disposition prévoyant que l'attribution, par le gestionnaire d'un marché d'intérêt national installé sur le domaine public, d'une autorisation d'occupation privative de celui-ci, devait être précédée d'une publicité appropriée de façon à éviter tout risque du point de vue du droit communautaire ou du droit de la concurrence.

Responsabilité des personnes publiques

Le législateur a, par l'article 30 de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, conféré la personnalité morale à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), autorité administrative indépendante dont le statut est régi par les articles L. 310-12 et suivants du Code des assurances.

Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions.

En revanche, c'est à l'État qu'il appartient de réparer les conséquences des fautes commises par la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance avant la création, par la loi du 1^{er} août 2003, de la nouvelle autorité.

Il lui appartient en outre de réparer les conséquences des fautes commises par l'autorité administrative chargée du contrôle des mutuelles prévu à l'article L. 510-2 du Code de la mutualité.



Fonctionnaires et agents publics

Compétence

Le 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 qui est un décret en Conseil d'État et en Conseil des ministres, prévoit que les dispositions statutaires propres à chacun des corps recrutés normalement par la voie de l'ENA précisent, en tant que de besoin, les modalités d'accomplissement de la mobilité statutaire.

Sur le fondement de cette disposition, il est possible, par un décret en Conseil d'État non délibéré en Conseil des ministres, de modifier les dispositions statutaires relatives aux membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel inscrites dans la partie réglementaire du Code de justice administrative, en prévoyant que les membres de ce corps ne peuvent pas accomplir leur mobilité dans un cabinet d'avocats ou auprès d'un avocat au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

Cette restriction est, d'une part, bien circonscrite et de portée limitée et, d'autre part, liée aux particularités du corps des magistrats administratifs. Elle peut donc être regardée comme une précision relative aux « modalités d'accomplissement de la mobilité statutaire » par les membres de ce corps au sens de l'article 1^{er} du décret du 16 juillet 2004 susmentionné.

Statut d'emploi

La Section des finances a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que la formule du statut d'emploi revêt le caractère d'une mesure d'organisation du service relative à un emploi et ne saurait en aucun cas être mise en œuvre comme doivent l'être des dispositions statutaires régissant des corps ou des grades. Ainsi les emplois auxquels peut être conféré le statut d'emploi fonctionnel doivent présenter les caractéristiques suivantes : ils se distinguent suffisamment des emplois auxquels un ou plusieurs grades de corps de fonctionnaires donnent vocation, les fonctions particulières qu'ils recouvrent sont parfaitement circonscrites et leur accès est ouvert largement.

Examinant un statut d'emploi fonctionnel d'ingénieur en chef, la Section rejette ce statut au motif que les fonctions assignées à cet emploi ne se distinguent pas suffisamment de celles exercées par les membres du corps, ne sont pas parfaitement circonscrites et qu'elles sont exclusivement réservées aux seuls titulaires d'un grade du même corps.

La Section des finances accepte toutefois de déroger à cette dernière condition lorsque la spécificité des missions de l'emploi et du corps est très marquée : ainsi pour un décret instaurant l'emploi fonctionnel de « responsable d'unité locale de police » destiné à des fonctionnaires de police commandant des unités opérationnelles ou techniques.



« Corps propre » d'un établissement public

Le projet de décret modifiant le décret n° 93-34 du 11 janvier 1993 portant statut particulier des corps de fonctionnaires de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), a conduit la Section des finances à préciser la notion de « corps propre » d'un établissement public.

Ce projet de décret fait application de l'exception prévue par l'article 1^{er} du décret n° 2005-1090 du 1^{er} septembre 2005 relatif à l'avancement de grade dans les corps des administrations de l'État, aux termes de laquelle les « corps propres » des établissements publics sont exclus du champ d'application de ce décret qui institue pour l'avancement de grade des fonctionnaires des corps des administrations de l'État un taux de promotion rapporté à l'effectif des fonctionnaires remplissant les conditions statutaires pour cet avancement, dit « ratio promus / promouvables ».

Bien que les membres des corps de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides soient recrutés, nommés et gérés par le ministre des Affaires étrangères (dès lors que les actes de gestion courante relèvent de la compétence du directeur général de l'OFPRA), les corps de fonctionnaires de l'OFPRA constituent, non pas des corps relevant du ministre des Affaires étrangères dont la vocation serait limitée à servir dans un seul établissement public, mais des « corps propres d'un établissement public » au sens de l'article 1^{er} du décret du 1^{er} septembre 2005 précité.

En effet, il résulte des dispositions combinées de l'unique article de la loi n° 91-1390 du 31 décembre 1991 relative à la titularisation d'agents de l'OFPRA, aux termes duquel : « les agents de l'OFPRA [...] ont vocation à être, sur leur demande, titularisés dans des corps de fonctionnaires de l'Office ou dans des corps de fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères » et du décret du 11 janvier 1993 précité pris pour son application que l'intention du législateur était de favoriser la création de « corps propre » dans cet établissement public et que le texte réglementaire, compte tenu de sa rédaction, a entendu y donner suite.

La rédaction du décret statutaire du 11 janvier 1993 précité ne fait pas apparaître le rattachement des corps de l'OFPRA au ministère des Affaires étrangères, mais plutôt la tutelle de ce ministère sur l'établissement public OFPRA.

En outre, tant l'intitulé de ce décret qui reprend d'ailleurs l'intitulé des corps dont il fixe le statut particulier, que la rédaction de son article 1^{er} qui se borne à créer à l'OFPRA quatre corps de fonctionnaires, sans mentionner un ministère de rattachement comme c'est le cas dans la plupart des décrets portant statut particulier démontrent la volonté de créer des « corps propres » à l'OFPRA.

Enfin, le décret du 1^{er} septembre 2005 précité a pour seul objet de rendre compatibles avec les dispositions de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) les règles statutaires applicables dans les corps de fonctionnaires des administrations de l'État en matière d'avancement de grade, et plus précisément celles concernant le nombre de promotions pouvant être prononcées chaque année dans chaque grade de ces corps. Or, les établissements publics n'entrent pas dans le champ d'application de la loi organique.

Corps en extinction

Lorsqu'un corps mis en extinction ne comprend plus que quelques agents, l'administration, plutôt que d'aménager la carrière de ces agents par décret en Conseil d'État, doit rechercher leur intégration dans un autre corps où ils sont susceptibles d'avoir le développement de carrière souhaité.

Gestion de la fonction publique et LOLF

La Section des finances admet qu'un statut d'emploi prévoit qu'un arrêté interministériel fixera le nombre des emplois régis par ce statut. En effet, même si en application du III de l'article 7 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, le ministre employeur dispose désormais d'un crédit plafond pour l'ensemble des emplois de son ministère, cette nouvelle modalité de gestion ne saurait avoir pour effet d'interdire au Gouvernement d'encadrer par un arrêté ministériel le nombre d'emplois fonctionnels, qui présentent, dans un ministère, une nature particulière au sein du tableau des emplois.

Par ailleurs, lors de l'examen du projet de décret relatif à l'avancement de grade dans les administrations de l'État, dont l'objet est d'adapter le mode de gestion des avancements de grade à la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), la Section des finances a été conduite à préciser le champ d'application du dispositif dit du « ratio promus / promouvables », lequel consiste à définir le nombre maximum des fonctionnaires d'un corps pouvant être promus à l'un des grades d'avancement de ce corps, par application d'un taux à l'effectif des fonctionnaires de ce corps remplissant les conditions statutaires requises pour être promus.

La Section a estimé nécessaire de clarifier le champ de ce dispositif, en le limitant aux fonctionnaires dont l'emploi est régi par les dispositions de ladite loi organique, en particulier du III de son article 7, qui dispose qu'« à l'exception des crédits de la dotation au 2° du I (3), les crédits ouverts sur le titre des dépenses de personnel sont assortis de plafonds d'autorisation des emplois rémunérés par l'État. Ces plafonds sont spécialisés par ministère ».

Recrutement

Lors de l'examen du projet de décret portant statut particulier du corps des techniciens de police technique et scientifique de la Police nationale, la Section des finances retient une formulation du droit des ressortissants communautaires à se présenter au concours de recrutement qui se conforme à la règle de prise en compte de l'expérience acquise dégagée par la décision *Leseine et Warnimont* (du 4 février 2004, n° 225310), rédaction ainsi conçue : « Le concours externe est également ouvert aux candidats titulaires d'un diplôme délivré ou d'une qualification équivalente obtenue dans un des États membres de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen et dont l'assimilation [à un diplôme ou titre requis pour la présentation au concours] aura été reconnue par la commission instituée en application du décret du 30 août 1994 susvisé. »



Enfin, compte tenu de l'intervention de l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique de l'État, il n'est plus nécessaire d'indiquer expressément dans les statuts particuliers l'absence de limite d'âge pour les candidats aux concours de recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois, sauf, lorsque par dérogation, une telle limite d'âge est maintenue.

Notation et évaluation

La Section des finances estime que, s'il est possible d'admettre qu'il soit dérogé à l'ensemble des dispositions du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État et notamment à son titre III, « De la prise en compte de la notation pour les avancements d'échelon », le dispositif proposé doit toutefois permettre de définir de manière suffisamment précise les conditions d'appréciation de la valeur professionnelle des agents pour pouvoir les faire bénéficier de réductions d'ancienneté sans porter atteinte au principe d'égalité.

Déconcentration de la gestion

Lors de l'examen du projet de décret portant déconcentration en matière de recrutement et de gestion de certains personnels relevant du ministère de la Justice, il est rappelé que la déconcentration du recrutement et de la gestion des personnels constitue une délégation de compétence d'une nature particulière, dès lors qu'elle autorise l'autorité délégante à se départir de la totalité de ses pouvoirs de recrutement et de gestion au profit de l'autorité délégataire, par dérogation au principe selon lequel une délégation de compétence ne doit pas être totale, le délégant ne pouvant transférer qu'une partie seulement de ses attributions.

Instances paritaires

Il résulte de la jurisprudence que l'interdiction faite à un agent appartenant à un corps hiérarchiquement inférieur de siéger dans une commission paritaire lorsqu'il s'agit d'examiner les mesures individuelles relatives à un agent relevant d'un corps hiérarchiquement supérieur et dont l'adoption implique une appréciation sur la manière de servir de l'intéressé, constitue un principe général régissant l'organisation des institutions représentatives de la fonction publique auquel seule une loi peut déroger.

La Section des finances estime qu'un projet de décret, en tant qu'il prévoit que les commissions administratives nationales compétentes à l'égard de deux corps siègent en formation commune lorsqu'elles sont appelées à donner leur avis sur les tableaux de mutation, méconnaît le principe général susrappelé.

Si, dans les formes prévues à l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984, il est possible pour le Gouvernement de déroger à un tel principe de nature législative, s'agissant de corps reconnus comme ayant un caractère technique et dès lors que les dispositions du statut général auxquelles il est prévu de déroger ne correspondent pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs

membres sont destinés à assurer, le Gouvernement ne fait état, en l'espèce, d'aucun motif de cet ordre et se borne à invoquer des nécessités pratiques de gestion. Seule une modification de l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984, destinée à permettre aux commissions de plusieurs corps de fonctionnaires de siéger ensemble pour l'examen des tableaux de mutation lorsque les mutations en cause concernent des emplois susceptibles d'être pourvus indistinctement par les membres de ces différents corps, permettrait au Gouvernement d'atteindre l'objectif qu'il s'est fixé.

Ouvriers d'État

Lors de l'examen du projet de décret modifiant le décret n° 91-56 du 16 janvier 1991 portant statut du corps des ingénieurs électroniciens des systèmes de la sécurité aérienne, la question de la catégorie juridique à laquelle doivent être rattachés les ouvriers d'État régis par le décret du 8 janvier 1936 modifié fixant le statut du personnel ouvrier des établissements et services extérieurs du ministère de l'Air, a été posée. En application du 5° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, qui mentionne explicitement les emplois occupés par du personnel affilié aux régimes de retraite institués en application de l'article L. 426-1 du Code de l'aviation civile parmi les emplois permanents de l'État et de ses établissements publics qui dérogent à la règle énoncée à l'article 3 du titre I^{er} du statut général selon laquelle les emplois civils permanents de l'État et de ses établissements publics sont occupés par des fonctionnaires, les ouvriers d'État régis par le décret du 8 janvier 1936 modifié précité, s'ils sont bien des agents publics, ne sont pas des agents non titulaires au sens des 2° et 3° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 modifiée précitée et au sens des articles 4 et 6 de cette même loi.



Statistiques

En 2005, la Section des finances a tenu 100 séances dont une séance de Commission spéciale ; au cours de l'année, la Section a examiné 408 textes dont 43 ont été soumis à l'Assemblée générale, un à la Commission spéciale et 3 à la Commission permanente.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2001	2002	2003	2004	2005
Lois	56	61	78	74	60
<i>dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	43	52	61	53	29
Ordonnances	1	1	2	18	17
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	5	5	4	4	5
Décrets réglementaires	204	256	210	219	289
Arrêtés (remises gracieuses)	117	21	56	49	34
Avis	0	2	0	5	3
Total	383	346	350	369	408

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2005

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
60	14	16	14	16

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du pays	Remises gracieuses
Premier ministre	-	-	2	-	-	-
Affaires étrangères	32	1	11	-	-	-
Agriculture et pêche	-	-	9	-	-	-
Aménagement du territoire et environnement	-	-	-	-	-	-
Budget	-	-	-	-	-	34
Culture et communication	-	-	-	-	-	-
Défense	4	1	54	-	-	-
Économie, finances, industrie	22	14	106	3	-	-
Éducation nationale	-	-	36	-	-	-
Emploi et solidarité	-	-	4	-	-	-
Équipement, transports et logement	-	-	11	-	-	-
Fonction publique et réforme de l'État	2	1	22	-	-	-
Intérieur	-	-	11	-	-	-
Jeunesse et sports	-	-	2	-	-	-
Justice	-	-	16	-	-	-
Outre-mer	-	-	1	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	4	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	5	-
Total	60	17	289	3	5	34

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matière	2001	2002	2003	2004	2005
Accords internationaux	43	52	61	53	29
Assurance	4	7	4	8	15
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	6	17	12	18	26
Comptabilité publique	-	-	12	14	22
Consommation	15	12	12	8	7
Contributions et taxes	28	26	15	28	23
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	14	11	12	9	29
Défense	15	18	11	6	14
Diplomatie (sauf accords internationaux)	-	-	1	-	-
Domaine	-	1	1	2	1
Douane	2	5	-	1	1
Fonctionnaires et agents publics	126	158	125	141	172
Marchés et contrats administratifs	2	1	2	4	7
Pensions	2	3	12	5	6
Pouvoirs publics	10	14	14	23	22
Remises de débet	117	21	56	49	34
Total	384	346	350	369	408

Section des travaux publics

La Section des travaux publics avait examiné 182 projets de textes en 2003 et 200 en 2004. Elle en aura examiné 246 en 2005, dont 24 lois (y compris 16 lois de ratification d'ordonnances), 19 ordonnances et 201 décrets, ce qui, sans même tenir compte de la longueur sans cesse croissante des textes, situe son activité à un niveau nettement supérieur à celui des années passées.

La Section a eu à connaître de nombreux décrets d'application de lois récentes, comme la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales ou celle du 28 février 2005 relative au développement des territoires ruraux et de divers textes, de portée souvent technique, portant transposition de directives ou adaptation de la réglementation au droit communautaire, concernant par exemple les déchets, les activités portuaires, l'interopérabilité des systèmes ferroviaires, ou l'évaluation de l'incidence de certains plans et programmes sur l'environnement.

Elle a, en outre, répondu à 7 demandes d'avis.

Élaboration et qualité des textes

1° La Section a observé la poursuite et même l'aggravation de tendances préoccupantes

Elle n'a *pas constaté de progrès réels dans la lutte contre l'instabilité de la règle de droit et la prolifération des textes* et a même eu le sentiment d'une certaine dégradation.

Ainsi que le montrent les statistiques rappelées ci-dessus, le nombre de textes transmis a connu depuis trois ans une augmentation de plus de 30 %, qui n'est que partiellement justifiée par l'examen des projets d'ordonnance portant simplification du droit et de leurs lois de ratification.

La Section a ainsi été saisie à quelques mois d'intervalle, de décrets ayant pour objet de modifier les mêmes dispositions ou relevant du même domaine. Tel a été le cas de ceux relatifs aux organismes d'habitations à loyers modérés (5 projets transmis à la Section en 2004/2005), à la sécurité routière ou aux installations classées. Cette façon de faire, qui est d'autant plus critiquable que les modifications en cause ont souvent une portée mineure, peut traduire un défaut de coordination entre les services en charge de l'élaboration des textes et un examen trop superficiel de leurs implications.

La Section a exprimé ses réserves sur des *textes instituant des dispositifs excessivement complexes*, dont il est évident qu'ils se heurteront à de sérieuses difficultés d'application. Tel a été le cas d'un projet d'ordonnance relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement ou d'un projet de décret relatif aux déchets issus d'équipements électriques ou électroniques

Il est vrai que la complexité des textes provient parfois de celle des textes communautaires à transposer, pour lesquels la marge de liberté du Gouvernement est restreinte. Mais ce reproche peut aussi être adressé à des textes purement nationaux, comme le décret relatif à l'utilisation des matériaux en bois dans certaines constructions, que la Section a profondément remanié. Il arrive heureusement que l'administration se rende compte rapidement des difficultés d'application de textes récents et se résolve à les faire disparaître. Ainsi en a-t-il été des schémas de services collectifs. Institués par une loi du 29 juin 1999 et approuvés par un décret du 18 avril 2002, ces documents avaient pour objet, de façon ambitieuse, de « mettre en œuvre les choix stratégiques de la politique d'aménagement et de développement durable du territoire ». Un an et demi seulement après leur intervention, un bilan critique du dispositif pouvait être dressé : la procédure d'élaboration des schémas d'une extrême complexité et le caractère contraignant des schémas de transports sont apparus source de rigidités et d'incertitudes juridiques chaque fois que le Gouvernement a voulu en modifier les orientations, par exemple sur les choix de tracé de voies routières. Le Conseil d'État a donc émis un avis favorable à un projet d'ordonnance tendant à alléger la procédure d'élaboration et de révision de ces documents et à supprimer les schémas relatifs aux transports qui n'étaient d'ailleurs pas les moins utiles.

Force est de relever également la *persistance d'une grande approximation juridique dans l'élaboration par les administrations de la règle de droit*, soit que les dispositions en cause ne présentent pas un caractère normatif, soit qu'elles soient entachées d'erreurs sur le niveau de la règle retenue ou la nature des mesures d'exécution envisagées.

La Section a été ainsi amenée à disjoindre plusieurs articles d'un projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques qui n'étaient pas normatifs ou ne relevaient pas du domaine de la loi.

Saisie d'un projet de décret relatif aux résidences mobiles de loisirs, il lui est apparu qu'en limitant la possibilité d'installer de telles résidences à certains terrains ou structures d'accueil, le texte proposé portait une atteinte au droit de propriété qui ne pouvait être prévue que par la loi.

Elle a disjoint d'un projet de décret les dispositions prévoyant l'obligation pour les organismes d'HLM de reverser chaque année aux associés de l'Union d'économie sociale du logement les deux tiers des sommes collectées au titre de la participation des employeurs à l'effort de construction. Dès lors, en effet, que ce prélèvement est obligatoire et qu'il est imposé sans contrepartie, il constitue une « contribution de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution, dont l'institution et le régime relèvent de la loi.



2° La Section s'est efforcée de résoudre les *difficultés récurrentes soulevées par le dispositif de déconcentration des décisions administratives individuelles*

Le décret n° 97-34 du 15 janvier 1997, après avoir posé en principe, à l'article 1^{er}, que ces décisions sont prises par les préfets, prévoit, à l'article 2, que la liste des décisions qui sont prises par les ministres ou par décret est fixée par décret en Conseil d'État et en Conseil des ministres.

Saisie d'un projet de décret relatif à l'utilisation du réseau ferré national, la Section a estimé qu'il n'y avait pas lieu de le soumettre au Conseil des ministres, alors même qu'il modifiait un article donnant compétence au ministre des Transports pour prendre une décision individuelle en cette matière et édicté pour cette raison par décret en Conseil des ministres. En effet, le projet ne prévoyait pas d'attribuer une nouvelle compétence au ministre, mais seulement de modifier la procédure selon laquelle devait être prise la décision en cause.

De même, un décret du 19 août 2004 relatif au système d'échange de quotas de gaz à effet de serre prévoit la possibilité pour le ministre de l'Environnement de retirer une partie des quotas affectés à un exploitant en cas de forte variation de l'activité d'une installation. La Section a estimé que la suppression, par le projet dont elle était saisie, de cette possibilité de retrait qui aboutissait à supprimer une décision individuelle prise par un ministre n'avait pas à être soumise au Conseil des ministres. En revanche, dans le même projet, elle a disjoint une disposition prévoyant qu'il ne serait plus délivré de quotas d'émission de gaz à effet de serre à l'exploitant d'une installation que l'évolution des capacités techniques ou des caractéristiques techniques faisait sortir, au cours d'une période d'affectation de quotas, du champ d'application du dispositif, et que le solde des quotas affectés mais non encore délivrés serait versé à la réserve. Elle a estimé que cette disposition créait implicitement une nouvelle décision ministérielle de retrait d'affectation de quotas qui nécessitait qu'en vertu des dispositions du décret du 15 janvier 1997, le projet fût soumis au Conseil des ministres.

La Section a veillé, dans l'application de ce dispositif de déconcentration, au respect de la distinction entre les décisions individuelles et les autres décisions administratives. Elle a ainsi estimé que constituent des décisions réglementaires celles par lesquelles les ministres s'opposent aux tarifs de redevances notifiés par l'exploitant d'un aéroport, fixent le taux moyen d'évolution des redevances ainsi que le cadre et l'amplitude des modulations pouvant les affecter ou encore celle par laquelle une autorité de l'État autorise le transfert de gestion d'un bien du domaine public entre deux administrations. Constituent en revanche des décisions individuelles celles relatives à l'homologation de pièges pour les animaux.

Constatant les difficultés sérieuses soulevées par ce dispositif, qui conduisent parfois le Gouvernement à désigner l'autorité compétente dans la loi elle-même pour éviter les contraintes d'un passage en Conseil des ministres, et le caractère insatisfaisant de la distinction entre les décisions individuelles et les autres décisions administratives, qui n'apparaît pas toujours pertinente pour faire le départ entre les mesures qu'il est opportun de déconcentrer et celles qu'il y a lieu de prendre au niveau central, la Section recommande au Gouvernement d'étudier la possibilité d'une refonte de cette réglementation. À titre d'exemple, le décret du 15 janvier 1997 précité pourrait être modifié afin de confier aux ministres, de manière générale, les décisions relatives à l'agrément au niveau national d'experts ou d'organismes d'expertise.

3° La Section a rappelé au Gouvernement qu'il était souhaitable de limiter le nombre de décrets pris en Conseil d'État et n'a pas hésité à opérer des reclassements, lorsque cela lui paraissait opportun

Elle a ainsi transféré en partie D (décret simple) des dispositions devant être introduites en partie réglementaire du Code de la voirie routière relatives aux enquêtes de sécurité routières menées sur la voie publique.

La Section a disjoint d'un projet de décret relatif aux évaluations environnementales une disposition prévoyant que « lorsque l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement (qui doit rendre un avis sur certaines évaluations) est le préfet, celui-ci saisit le service régional de l'environnement concerné qui prépare l'avis en liaison avec les autres services de l'État compétents ». Il est apparu à la Section que les consultations internes à l'administration de l'État, alors même qu'elles impliquent des services implantés à des niveaux territoriaux différents ne relevaient pas du décret en Conseil d'État.

Elle a enfin estimé que la réglementation en vigueur n'obligeait à soumettre au Conseil d'État un projet de décret modifiant la définition de l'aire de production ou les conditions de production d'un produit bénéficiant d'une appellation d'origine contrôlée que dans le cas où les règles en cause ont été fixées par une « loi spéciale ». Toute autre modification peut être apportée par le Gouvernement, sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine, par la voie d'un décret simple.

Dans le même esprit, la Section propose de supprimer l'obligation, prévue par la loi, d'examen en Conseil d'État de certains projets de décret de caractère purement technique, comme ceux qui modifient les conditions d'exploitation de canalisations de transport de produits chimiques.

4° La Section s'est attachée à déterminer si les dispositions proposées étaient les plus appropriées

Le Conseil d'État a ainsi disjoint un article du projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques qui instituait un fonds de garantie pour l'indemnisation des propriétaires et des exploitants agricoles dont les terres deviendraient impropres à la culture en raison de la réalisation d'un risque sanitaire ou de la survenance d'un dommage écologique liés à l'épandage de boues d'épuration. Il a, en effet, estimé que l'institution de ce fonds, dont l'intervention serait nécessairement subsidiaire, ne pourrait être envisagée que s'il apparaissait que les mécanismes de droit commun régissant la responsabilité et l'assurance des producteurs de boues d'épuration ne suffiraient pas à garantir les propriétaires et les exploitants agricoles dans l'hypothèse où le risque se réaliserait.

La Section a veillé à ce que les mesures qui lui sont soumises soient adaptées aux objectifs poursuivis, et à ce qu'une réglementation ne serve pas d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été édictée. C'est la raison pour laquelle elle a émis un avis défavorable à un projet de décret relatif aux déchets inertes. Elle a, en effet, estimé que, pour transposer les directives communautaires relatives aux déchets, le recours qu'envisageait le projet à une autorisation d'urbanisme dont la vocation est d'autoriser, à un instant donné, une utilisation du sol au regard des prescriptions d'urbanisme et non à régir dans la durée le fonctionnement d'une installation ni à vérifier sa conformité à des règles environnementales,



méconnaissait tant l'objet du Code de l'urbanisme que les obligations découlant des directives et les compétences des maires chargés de délivrer ces autorisations et qu'il était plus logique d'insérer les dispositions en cause dans le Code de l'environnement, éventuellement sous le régime des installations classées. Un raisonnement similaire a été tenu pour un projet d'ordonnance relatif à l'application et à l'adaptation du droit de l'urbanisme à Mayotte (voir *infra*, urbanisme et logement).

5° La Section a contribué aux travaux de simplification du droit

Ont été examinés en 2005 de nombreuses ordonnances prises en application de la deuxième loi de simplification du droit du 9 décembre 2004, par exemple en matière de permis de construire, de logement et de construction, de police de l'eau, de transport routier, d'installations classées, etc.

La Section s'est efforcée de prendre en compte l'objectif de simplification administrative lors de l'examen des textes dont elle était saisie. Elle a ainsi approuvé, à propos d'un projet de décret relatif aux schémas d'aménagement et de gestion des eaux, la volonté du Gouvernement d'alléger les formalités de publicité dont la réglementation en vigueur assortit actuellement la constitution de la commission locale de l'eau. Elle a estimé qu'il était possible de limiter la publicité à la seule publication nécessaire pour rendre les actes opposables aux tiers et faire courir les délais de recours, à savoir, la publication au recueil des actes administratifs du ou des départements intéressés par le schéma, et que le souci de diffuser auprès du public une information permanente et détaillée sur la commission pouvait être satisfait par l'indication, dans cette publication, de l'adresse du site Internet de la commission.

La Section croit devoir souligner certains travers de la politique de simplification menée par le Gouvernement : le déploiement d'efforts considérables pour des résultats parfois modestes, une tendance à multiplier les mesures formelles au lieu d'entreprendre des réformes de fond, un manque de constance dans la mise en œuvre des orientations. Ainsi, alors que l'un des objectifs de la réforme de l'État est de réduire le nombre des commissions, plusieurs commissions administratives nouvelles ont été créées au cours de la période récente.

6° La codification

La Section a été de nouveau confrontée à la question de savoir comment identifier dans les codes les dispositions réglementaires selon qu'elles sont issues de décrets simples, ou de décrets pris en Conseil d'État ou en Conseil des ministres. Elle appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mettre le Code de la construction et de l'habitation et le Code forestier en accord avec la doctrine de la Commission supérieure de codification en matière de numérotation des articles, ainsi que cela vient d'être fait pour le Code rural.

S'agissant de deux projets de décrets codifiant plusieurs livres de la partie réglementaire du Code de l'environnement, la Section a rappelé qu'il n'y avait pas lieu de codifier des dispositions transitoires, sauf celles dont les effets doivent se prolonger pendant de nombreuses années ou dont le terme n'est pas prévisible. Elle a pris acte de la position du Gouvernement de ne pas introduire dans ce code les dispositions d'un décret relatif à l'Institut français pour l'environnement, compte tenu de ce qu'il s'agit d'un service à compétence

nationale, tout en regrettant l'absence de toute référence à cet institut dans le code alors même qu'il joue un rôle important de recueil et de diffusion de l'information sur l'environnement. Afin de ne pas interrompre la perception de la taxe piscicole, seule ressource actuelle du Conseil supérieur de la pêche, et dans l'attente de l'entrée en vigueur des dispositions insérées dans le projet de loi sur l'eau en cours d'examen du Parlement, la Section a accepté la codification en D des dispositions fixant les taux de la taxe pour 2005.

Organisation administrative et fonctionnement des services publics

1° En 2005, la Section a été saisie de plusieurs projets de décret relatifs à l'organisation des administrations centrales des ministères de l'Agriculture, de l'Environnement ainsi que de l'Équipement et des Transports

Ces textes ont notamment eu pour objet de créer des secrétariats généraux, conformément aux orientations actuelles de la politique de réforme de l'État. Cette mesure, qui devrait permettre, si elle est correctement mise en œuvre, d'améliorer la coordination au sein des ministères, n'a pas soulevé d'objections de la Section. Elle appelle toutefois l'attention du Gouvernement sur les difficultés que peut soulever l'existence de secrétariats généraux dont les attributions varient substantiellement selon les administrations et sur la nécessité, d'une part, d'opérer, en vue des délégations de signature, un partage clair entre leurs compétences et celles dévolues aux directions d'administration centrale et, d'autre part, d'éviter que cette réorganisation ne se traduise par un accroissement du nombre d'emplois supérieurs d'encadrement et un alourdissement des structures administratives.

La Section a indiqué qu'il était juridiquement nécessaire que le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, contresigne le décret portant réorganisation du ministère de l'Équipement et des Transports, dès lors que l'administration du logement, dont il a actuellement la responsabilité, en constitue l'une des composantes.

Alors même que les services à compétence nationale ne sont pas à proprement parler des services d'administration centrale, la Section a admis, compte tenu de ce qu'ils sont placés auprès des ministres ou de directions d'administration centrale, que les décrets d'organisation des ministères les mentionnent, mais de façon distincte.

La Section, saisie d'un projet de décret relatif à l'organisation du ministère de l'Environnement, en a disjoint les dispositions créant une délégation interministérielle au développement durable réunissant le service du développement durable, la mission interministérielle à l'effet de serre et l'Observatoire national des effets du réchauffement climatique. Elle a, en effet, considéré que l'existence d'un Délégué interministériel au développement durable placé auprès du Premier ministre impliquait le rattachement à celui-ci de la délégation interministérielle chargée de l'assister dans l'exercice de ses attributions. Une organisation administrative dans laquelle le délégué, lui-même mis à la

disposition du ministre de l'Écologie et du Développement durable par le décret d'attribution de ce dernier, aurait à sa disposition une délégation interministérielle placée sous l'autorité du même ministre, a paru dénuée de cohérence et de clarté. La Section recommande, de manière générale, de ne pas qualifier d'« interministériels » des services rattachés à un ministre.

La Section a eu aussi à connaître de projets de décret relatifs à la direction générale de l'aviation civile, à l'inspection générale du tourisme et au général des ponts et chaussées. Elle regrette que l'administration ne conduise pas toujours à leur complet aboutissement logique les actions de réorganisation opérées dans le cadre de la réforme de l'État. C'est ainsi qu'a été maintenu un service de l'inspection générale du tourisme, alors même que les corps d'inspection relevant du ministère de l'Équipement avaient auparavant été fusionnés.

2° La Section a été saisie de divers textes relatifs à des établissements publics

Leur examen a mis en évidence les difficultés auxquelles se heurte l'État pour définir de façon rationnelle l'étendue des responsabilités qu'il n'entend pas ou plus directement exercer.

Ainsi que cela a été déjà souligné dans le passé, l'État est fréquemment porté à transférer à d'autres personnes morales des compétences qui traditionnellement lui incombent. Ces démembrements, qui se sont multipliés dans la période récente, s'opèrent notamment au profit d'établissements publics industriels et commerciaux – plus rarement administratifs –, qualifiés, selon la formule à la mode, d'« agences » et créés soit par la loi (Agence nationale pour la rénovation urbaine, Agence de financement des infrastructures de transports, Agence pour la garantie des droits des mineurs, Agence française de communication agricole et rurale) soit par décret (Agence de l'innovation industrielle).

Si la Section ne conteste pas que ce procédé présente un certain nombre d'avantages, tenant notamment à la souplesse budgétaire et de gestion et à la possibilité d'affecter certaines redevances ou impôts à des actions spécifiques, il n'est pas toujours étayé par des justifications d'intérêt général suffisantes. Il peut susciter des critiques, dès lors notamment qu'il constitue un facteur d'affaiblissement et parfois de démotivation des administrations centrales sans s'inscrire dans une logique globale de réorganisation de la sphère publique, qu'il est contraire à l'objectif de simplification des structures administratives et que le Parlement, qui ne contrôle plus que des lignes budgétaires globalisées, perd ainsi la maîtrise de l'emploi effectif des crédits. Il est aussi contestable de créer des organismes aux compétences très spécialisées, étroitement contrôlés par l'administration, et qui ne disposent pas d'une envergure suffisante pour agir de façon réellement autonome.

À la lumière de ces considérations, la Section a exprimé des doutes, à l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à l'Agence française de communication agricole et rurale, créée à l'initiative du Parlement par la loi sur le développement des territoires ruraux, sur l'utilité et les modalités de fonctionnement d'un tel organisme dont il est notamment prévu que le directeur devrait être le directeur de la communication du ministère de l'Agriculture...

La Section n'a pas cru pouvoir accepter les dispositions créant un établissement public dénommé « Agence de sécurité ferroviaire » dans un projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports. Les missions qu'il était prévu de confier à cette agence sont, en effet, de celles qui incombent naturellement à l'État, tandis que la directive du 29 avril 2004, dont la transposition était ici en cause, prévoit expressément que « l'autorité de sécurité » peut être le ministère chargé des Transports. Au demeurant, la formule de l'établissement public ne permet pas de régler plus facilement les questions sous-jacentes posées par l'emploi au sein de l'établissement ou du service à créer, de personnels issus de la SNCF et de la RATP.

L'examen des projets de textes relatifs aux établissements publics a aussi permis de rappeler les frontières de la loi et du règlement en cette matière ainsi que les règles qui régissent ces organismes.

Le Conseil d'État a disjoint d'un projet de loi relatif aux parcs naturels les dispositions relatives aux instances dirigeantes, à l'organisation et au financement de l'établissement public national créé pour assurer la gestion des parcs naturels marins. Il a estimé, en effet, que cet organisme se rattachait à la catégorie existante des établissements publics en charge de la gestion et l'aménagement des parcs nationaux, comme en témoigne la très grande similitude de leurs règles constitutives. Par conséquent, c'est au décret qui fixera l'organisation et le fonctionnement du nouvel établissement public qu'il reviendra de prévoir les adaptations destinées à prendre en compte les spécificités de la gestion des parcs naturels marins.

Saisie d'un projet de décret relatif aux conditions d'attribution des aides à la construction, à l'acquisition et à la réhabilitation de logements, la Section a disjoint la disposition qui prévoyait d'apporter des modifications importantes à l'article R. 321-3 du Code de la construction et de l'habitation, relatif aux recettes de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat. Elle a constaté, en premier lieu, que les modifications envisagées excédaient très largement celles qui étaient nécessaires pour tirer les conséquences des nouvelles conditions d'exercice des missions de l'agence prévues par la loi. Elle a relevé, en second lieu, que cette agence constituait à elle seule une « catégorie d'établissements publics » dont les catégories de recettes doivent être fixées par la loi. La Section n'a donc pu adopter les dispositions du projet qui prévoyaient la possibilité pour cet organisme de recevoir des subventions de personnes morales de droit privé.

3° La Section a eu à connaître de plusieurs projets de décret d'application de la loi du 13 août 2004 sur les libertés et les responsabilités locales

La Section a traité certains problèmes soulevés par cette réforme lors de l'examen de ses décrets d'application, par exemple en matières de routes lorsqu'il s'est agi de déterminer les Sections qui devaient continuer à relever de l'État.

Elle a pu en outre observer que cette loi avait été suivie de diverses mesures de recentralisation, qui peuvent traduire la persistance de réflexes « jacobins », mais aussi plus simplement la nécessité de remédier aux dysfonctionnements entraînés par une décentralisation mal maîtrisée. À titre d'exemple, le projet de loi portant engagement national pour le logement comporte plusieurs dispositions permettant aux autorités de l'État d'imposer la réalisation de programmes de logements par dérogation aux règles fixées par le document d'urbanisme élaboré par les élus ou de se substituer à un organisme

d'HLM pour l'attribution d'un logement à des personnes désignées comme prioritaires.

4° Il est apparu à la Section qu'un certain nombre de projets de décret, portant sur des sujets divers (installations classées, sécurité des ascenseurs, laboratoires de contrôle de la sécurité sanitaire et animale, composants des transports ferroviaires, constructions exposées aux risques sismiques...) qui ont été examinés en 2004 et 2005 ont eu pour objet de *confier à des organismes ou experts privés la responsabilité du contrôle de la conformité à la réglementation d'activités économiques*, notamment par le biais de procédures de certification ou d'homologation, alors que de telles tâches étaient traditionnellement assurées par l'administration. Les avantages, en termes de souplesse et de rapidité d'intervention, que comporte cette formule doivent être mis en balance avec ses inconvénients : manque de transparence, risque de coûts accrus pour les usagers ou d'atteintes à la concurrence et doutes possibles sur l'indépendance de tels organismes, notamment dans les domaines très techniques où les compétences sont rares et ne se trouvent parfois qu'au sein des organismes mêmes qu'il s'agit de contrôler.

Protection de l'environnement et sites classés

Ont été examinés en 2005 de nombreux textes, comme le projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques, celui sur les parcs nationaux et parcs naturels marins, ainsi que des projets de décret en matière d'eau, de déchets, d'installations classées, de classement de sites ou de codification de la partie réglementaire du Code de l'environnement.

Saisie d'un projet de décret relatif à la prolongation pour une durée illimitée de l'autorisation de stockage souterrain de produits dangereux dont l'exploitation a cessé depuis au moins un an, il est apparu, à la lumière du principe de précaution, que la prolongation d'une autorisation de stockage pour une durée illimitée n'excluait pas sa réversibilité conformément au droit commun des installations classées. C'est en se fondant sur cette interprétation de l'article L. 515-7 du Code de l'environnement que la Section a pu donner un avis favorable au projet.

L'attention du Gouvernement est appelée sur l'intérêt qui s'attache à ce que soient corrigées dans le Code de l'environnement les incohérences dans le régime de prise en charge des frais des enquêtes publiques.

Urbanisme et logement

Outre une ordonnance très attendue portant simplification du régime des autorisations d'urbanisme inspirée par le souci d'une plus grande sécurité juridique des demandeurs de ces autorisations, la Section a été saisie de plusieurs projets de loi, d'ordonnance et de décret en matière de logement.

Saisie d'un projet de décret ouvrant la procédure de révision du schéma directeur de la région Île-de-France, qui est désormais de la compétence de la région d'Île-de-France en association avec l'État, la Section a disjoint celles de ses dispositions qui prévoyaient que la révision devait prendre en compte certains objectifs généraux. Elle a, en effet, estimé que le neuvième alinéa de l'article L. 141-1 du Code de l'urbanisme, aux termes duquel : « La procédure de révision du schéma directeur est ouverte par un décret en Conseil d'État qui détermine l'objet de la révision » n'autorisait pas le Gouvernement à fixer, dans le décret d'ouverture de la procédure de révision, de tels objectifs.

La Section a disjoint d'un projet d'ordonnance relatif à l'application et à l'adaptation du droit de l'urbanisme à Mayotte un article prévoyant qu'en cas d'opération d'aménagement entraînant l'éviction des occupants de leur logement, seraient exclus du droit au relogement ceux des étrangers qui, tout en étant titulaires d'un titre régulier d'occupation des locaux, ne rempliraient pas les conditions d'entrée et de séjour réguliers prévues par la législation aux motifs, d'une part, que cette mesure portait atteinte au principe d'égalité et au droit au respect du domicile et de la vie familiale des intéressés, d'autre part, qu'on ne pouvait utiliser le droit de l'urbanisme comme moyen de lutte contre l'immigration clandestine.

Elle a estimé dans un avis que les établissements pénitentiaires à construire sur le fondement de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État et du décret du 6 janvier 2004 pris pour son application ou de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat devaient être regardés comme édifiés pour le compte de l'État au sens de l'article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme et que le permis de construire est dès lors délivré au nom de celui-ci.

Énergie, mines et transports

La Section a examiné un projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports et diverses ordonnances en matière de sécurité aérienne et de ports maritimes.

Elle n'a pu approuver en l'état un projet de décret portant autorisation de construction et d'exploitation d'une canalisation destinée au transport d'hydrocarbures faute que soit intervenue la mise en compatibilité des documents d'urbanisme avec lesquels le projet de canalisation n'était pas compatible. Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État statuant au contentieux, cette compatibilité, requise par l'article L. 123-5 du Code de l'urbanisme, doit être vérifiée à la date à laquelle le décret intervient, sans que l'illégalité qui résulterait à cette date d'une absence de compatibilité puisse être purgée par une mise en compatibilité ultérieure.

Saisie d'un projet de décret relatif à la société Aéroports de Paris, la Section a estimé que les entreprises exerçant leur activité sur les emprises aéroportuaires de la société, qui n'appartiennent plus au domaine public, concouraient, fût-ce indirectement, à la mission de service public qui lui est dévolue. Il est dès lors possible de les soumettre par décret à une réglementation comportant l'obliga-



tion de détenir une autorisation d'exercice de leur activité délivrée par Aéroports de Paris.

Il est apparu à la Section, lors de l'examen de deux projets de décrets relatifs au Syndicat des transports d'Île-de-France ayant pour objet de tirer les conséquences du transfert à la région de la responsabilité de l'organisation des transports de clarifier le régime de propriété des prolongements de lignes de métro urbain réalisés après 1968.

En réponse à une demande d'avis portant sur le point de savoir si le délai de 6 mois prévu à l'article R. 421-73 du Code des assurances était prescrit à peine d'irrecevabilité des demandes d'indemnisation présentées par les personnes victimes de dommages causés par l'activité minière, la Section a répondu qu'en l'absence de dispositions législatives instituant un délai de forclusion, les dispositions réglementaires ne pouvaient avoir pour objet et ne pouvaient avoir légalement pour effet de restreindre le droit à indemnisation institué par le législateur. Le délai mentionné dans l'article R. 421-73 dans un souci de bonne administration afin d'assurer une indemnisation rapide des victimes de dommages ne saurait dès lors être regardé comme prescrit à peine de forclusion des demandes.

La Section a aussi répondu à des demandes d'avis portant sur les conditions de prorogation par avenant des conventions d'exploitation des remontées mécaniques et le régime de dévolution des biens et d'indemnisation en l'absence de stipulations contractuelles et sur le financement des missions de sécurité et de sûreté sur les aéroports de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie.

Domaine public, travaux publics, utilité publique, sécurité routière

Lors de l'examen d'un projet de loi de ratification d'une ordonnance relative aux ports, la Section a disjoint un article qui tendait à étendre aux voies ferrées portuaires dans les ports intérieurs de commerce le régime des voies ferrées portuaires dans les ports maritimes. Il lui est apparu indispensable que soit préalablement établi un inventaire précis de la consistance de ce réseau ferré portuaire, en l'absence duquel il existerait une trop grande incertitude sur le champ d'application de la mesure envisagée et les conditions de sa mise en œuvre par les diverses autorités intéressées.

Saisie d'un projet de décret relatif aux transports, elle a estimé qu'aucun principe ni aucune règle n'interdisait qu'un bien du domaine public de l'État ait pour assiette foncière un terrain attribué en pleine propriété à la société Aéroports de Paris.

Elle a examiné un important décret tendant à actualiser le régime des concessions de plage, à moraliser et encadrer les pratiques de ce secteur et à mieux garantir les droits des usagers du domaine public.

L'article 18 de la loi du 13 août 2004 précitée a prescrit le transfert aux départements d'une grande partie de la voirie nationale. Seules continueront à



appartenir à l'État les routes constituant le réseau routier national, délimité par le décret en Conseil d'État auquel renvoie l'article L. 121-1 du Code de la voirie routière tel que modifié par le II du même article 18. Le législateur a toutefois apporté une exception au principe du transfert aux départements des routes non destinées à figurer dans le domaine public national : le dernier alinéa de l'article L. 121-1 du Code de la voirie routière indique en effet que l'État conserve dans le domaine public routier national, jusqu'à leur déclassement, les tronçons de routes nationales n'ayant pas de vocation départementale et devant rejoindre le domaine public routier communal. Saisie d'un projet de décret d'application, la Section a disjoint celles de ses dispositions qui fixaient les modalités du transfert aux communes des tronçons n'étant pas destinés à rester dans le domaine public routier national mais n'ayant pas non plus de vocation départementale, en prévoyant notamment qu'en cas de désaccord de la commune, le déclassement et le reclassement des voies en cause seraient prononcés par décret en Conseil d'État. Il est apparu, en effet, qu'à la différence des transferts aux départements, l'attribution aux communes de portions de voies nationales ne revêtait pas pour celles-ci un caractère obligatoire. La Section a estimé qu'eu égard au principe de libre administration des collectivités territoriales, seule une disposition législative expresse aurait permis de prévoir par décret les conditions dans lesquelles peut être surmontée l'opposition d'une commune.

La Section a consacré une part notable de son activité aux questions de sécurité routière puisque 13 projets de texte lui ont été soumis, concernant par exemple l'organisation de la profession d'expert en automobile, les véhicules agricoles, les dispositifs de contrôle ou de limitation de la vitesse, la ceinture de sécurité, etc.

Agriculture, pêche et chasse

La Section a été saisie de nombreux textes intéressant l'agriculture, notamment un projet de loi d'orientation agricole, diverses ordonnances et des décrets par exemple en matière de simplification administrative, de produits laitiers, de chasse, ou d'identification des animaux.

Elle a aussi examiné un projet de décret portant réforme de l'organisation des établissements d'enseignement supérieur agricole publics. Elle a appelé à cette occasion l'attention du Gouvernement sur la nécessité de prendre des dispositions, dont certaines de nature législative, pour fixer le régime disciplinaire des enseignants-chercheurs exerçant leurs fonctions dans ces établissements.

La Section a enfin statué sur des demandes d'avis concernant les conditions dans lesquelles peuvent être exportées des semences enrobées de certains produits pharmaceutiques ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché et la possibilité de prévoir par la loi que certains contrats de vente et de bail de terres agricoles doivent être considérés comme comportant une clause de transfert concomitant des droits à paiement unique.

Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2005, la Section des travaux publics a tenu 86 séances et n'a participé à aucune séance de sections réunies. Pendant cette période, la Section a examiné 253 textes dont 23 ont été soumis à l'Assemblée générale et un texte en Commission permanente.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2001	2002	2003	2004	2005
Lois	7	9	12	18	24
Ordonnances	3	4	5	14	19
Lois du pays	2	0	0	0	0
Décrets article 37 et autres	127	146	119	136	174
Décrets individuels et décisions	65	47	44	26	29
Avis	1	5	4	1	7
Total	205	211	184	195	253

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2005

	Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Projets de loi	24	8	13	3	-
Ordonnances	19	-	8	8	3

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets individuels, arrêtés et décisions	Avis	Total
			Article 37	Autres			
Ministre de l'Intérieur	1		-	-	-	-	1
Agriculture	4	3	-	30	1	2	40
Budget			-	-	-	-	-
Équipement – Habitat – Aménagement – Mer	10	10	-	72	20	2	114
Écologie	6	2	-	42	5	-	55
DOM-TOM, Nouvelle-Calédonie	1	3	-	2	-	1	7
Industrie, PTT, recherche			-	25	2	1	28
Justice			-	-	-	1	1
Tourisme	2	1	-	3	1	-	7
Ville			-	-	-	-	-
Total	24	19	0	174	29	7	253

Tableau 4
Répartition des textes examinés par matière

Matière	2001	2002	2003	2004	2005
Agriculture, forêts, pêche	24	29	29	18	40
Autoroutes, routes	19	18	13	7	17
Construction, urbanisme, aménagement	33	33	16	30	40
Défrichement	12	0	-	1	-
Eaux	3	2	5	-	10
Énergie (électr., hydro., therm., nucl.)	10	10	16	18	9
Écologie	21	20	27	32	34
Hydrocarbures	1	6	5	3	4
Industrie, recherche, Télécom, entreprises	6	6	8	12	13
Mer	0	1	1	3	1
Mines, carrières	2	1	3	4	2
Parcs, réserves	1	2	1	4	3
Planification, administrations	2	16	2	8	10
Rivières, canaux	1	2	-	-	-
Sites	14	13	18	8	5
Taxes parafiscales	7	5	1	-	-
Transports terrestres	31	21	22	29	37
Transports maritimes et fluviaux	6	10	6	3	9
Transports aériens	5	6	3	9	12
Tourisme	2	6	1	3	7
Ville	0	0	-	3	-
Total	200	207	177	195	253

Activité de la Section

Au cours de l'année 2005, l'activité de la Section sociale a été particulièrement intense, à la mesure de la production normative du Gouvernement dans les domaines qui relèvent de son champ de compétence. L'examen des textes qui lui ont été soumis s'est en outre parfois déroulé dans des délais qui se sont révélés être très contraints. De telles conditions de saisine, alors même qu'elles pourraient dans quelques cas exceptionnels se justifier, ne vont pas dans le sens de la sécurité juridique.

La Section sociale a été saisie de 44 projets de loi et projets d'ordonnance. Il s'agit indiscutablement du nombre le plus important observé au cours des vingt dernières années. Ce constat d'une activité très soutenue dans le domaine des lois et des ordonnances vaut y compris si l'on retranche de ce décompte les projets de lois de ratification des ordonnances (voir *infra* Assemblée générale).

Parmi les projets de loi transmis à la Section sociale figuraient des textes réformant de façon substantielle le droit applicable tant dans le domaine de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle que dans celui du financement de la sécurité sociale. La Section sociale a eu notamment à connaître, le cas échéant, d'ailleurs, avec d'autres Sections, du projet de loi pour les petites et moyennes entreprises, la participation et le financement de l'économie, du projet de loi relatif à l'égalité salariale, du projet de loi pour le développement des services à la personne et la cohésion sociale et du projet de loi relatif à l'incitation au retour à l'emploi. De même, elle a examiné un projet de loi organique relatif aux lois de financement de la sécurité sociale, devenu la loi organique du 2 août 2005, qui réforme de manière significative le cadre juridique de la préparation, du vote et du suivi des lois de financement de la sécurité sociale, ainsi que le premier projet de loi, pris sur son fondement, pour 2006.

Surtout, la Section sociale a été saisie d'un nombre important d'ordonnances. Le Gouvernement a, en effet, fait usage des autorisations données, soit par la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit, soit par la loi du 26 juillet 2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, pour édicter un certain nombre d'ordonnances. Certaines se bornaient à prévoir des mesures de simplification mais la plupart étaient d'une plus grande portée et procédaient à de véritables réformes de structure, modifiaient substantiellement certaines politiques ou encore créaient

de nouveaux dispositifs. D'autres ordonnances ont procédé, sur le fondement de la loi du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, à d'importantes réformes du droit du travail, de l'emploi, de la santé ou encore de la sécurité sociale dans les collectivités d'outre-mer.

La Section sociale a dû examiner certains de ces textes dans des délais très contraints, parfois de l'ordre de quelques jours seulement. Il en est allé ainsi du projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi et visant à lever les freins à l'embauche de nouveaux salariés dans les très petites entreprises, à mieux accompagner les chômeurs vers la reprise d'emploi et à faciliter l'insertion professionnelle des jeunes, de même, d'ailleurs, que trois ordonnances prises sur son fondement, la première relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises, la deuxième relative au contrat de travail « nouvelles embauches » et la troisième relative au chèque-emploi pour les très petites entreprises. Dans certains cas, ces brefs délais d'examen auraient pu être prévenus. Ainsi la Section sociale n'a-t-elle disposé que d'une dizaine de jours pour examiner un projet d'ordonnance portant actualisation et adaptation du droit du travail de l'emploi et de la formation professionnelle outre-mer, comportant 127 dispositions du droit du travail applicables outre-mer, alors que l'habilitation à légiférer par ordonnance avait été donnée au Gouvernement par une loi du 21 juillet 2003 et qu'elle ouvrait à ce titre au Gouvernement un délai de 18 mois. Ce cas de figure d'une saisine au tout dernier moment du délai fixé par la loi d'habilitation est loin d'être isolé.

Le nombre de projets de lois du pays dont la Section sociale a été saisie pour avis sur le fondement de l'article 100 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie s'est également situé à un niveau plus soutenu que d'habitude. La Section sociale en a, en effet, examiné 5, dont l'un relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, qui avait pour objet de traduire dans la législation locale une partie des stipulations de l'accord sur la Nouvelle-Calédonie du 5 mai 1998, dit « Accord de Nouméa ». Un autre de ces projets précisait les règles relatives à la représentativité des organisations syndicales de salariés en Nouvelle-Calédonie.

Le nombre de décrets réglementaires dont a été saisie la Section sociale a atteint un niveau record au regard de celui des vingt années précédentes (sauf 1995). Cette importante activité est la conséquence, principalement, de l'intense activité législative non seulement des années passées mais aussi de l'année 2005.

Un très grand nombre de ces décrets ont été pris pour l'application de la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique et de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie. Doivent être aussi signalés, dans le domaine de la sécurité sociale, des textes tels que ceux relatifs à la Caisse nationale des industries électriques et gazières ou à la Caisse de retraite du personnel de la Régie autonome des transports parisiens et à leurs ressources respectives. L'activité réglementaire a été également soutenue dans le domaine du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, du fait notamment de la mise en œuvre de nouveaux dispositifs introduits notamment par la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ou par la loi du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses



mesures en faveur de la cohésion sociale ou encore par les ordonnances du 2 août 2005. On notera aussi une série de textes propres à certains publics, tels que les jeunes salariés, ou les marins, ou encore relatifs aux maladies professionnelles. La Section sociale a eu, par ailleurs, à connaître de plusieurs textes pris pour l'application de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Enfin, le travail de codification s'est poursuivi à un rythme soutenu : la Section sociale a eu à connaître de quatre décrets, l'un relatif à la partie réglementaire du livre VII du Code rural et modifiant la partie réglementaire des livres I, II, III, IV, V, VI et VII de ce même code, deux autres relatifs à certaines dispositions réglementaires de la sixième partie du Code de la santé publique, et enfin, un dernier portant modification et codification de certaines dispositions réglementaires relatives à l'action sociale et médico-sociale et modifiant le Code de l'action sociale et des familles.

Dans ce bilan de l'activité de la Section sociale, la seule baisse notable concerne les décrets individuels. La Section n'a été ainsi saisie que de 53 projets de décrets individuels contre 151 en 2004, 17 concernant des projets de refus d'acquisition de la nationalité française et 36 des projets de retrait de la nationalité française. Cette diminution était attendue. Elle traduit, en effet, les effets, à compter du 1^{er} janvier 2005, de la nouvelle rédaction de l'article 21-2 du Code civil, introduite par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. En prévoyant désormais que l'étranger qui contracte mariage avec un ressortissant français et qui demande, après un délai de deux ans, à acquérir la nationalité française, doit « justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française », l'article 21-2 du Code civil fait ainsi de l'obligation de connaître la langue française une condition, non plus du bien-fondé de sa demande, mais de sa recevabilité. Il revient, dès lors, désormais à l'autorité judiciaire d'examiner son respect, lorsqu'elle est saisie de contestations de refus d'enregistrement de demandes de nationalité.

Enfin, une seule demande d'avis a été adressée à la Section sociale en 2005. Elle portait sur l'application dans le temps des dispositions fixant le taux des rentes versées aux ayants droit de victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, à la suite de l'intervention de l'article 53 de la loi du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

Observations d'ordre général

La Section Sociale a relevé au cours de l'année 2005 plusieurs dérives dans la production normative sur lesquelles la vigilance du Gouvernement et de l'administration lui semble devoir être appelée.

Le constat d'excès dans la production normative

À plusieurs occasions, la Section sociale a noté un certain nombre d'éléments qui témoignent des excès de la production normative. Ainsi a-t-elle été saisie

d'un projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives aux établissements de santé et à certains personnels de la fonction publique hospitalière venant préciser et compléter le dispositif défini par une ordonnance, publiée seulement quelques mois auparavant, le 2 mai 2005. De même, dans un autre domaine, a-t-elle relevé la multiplication et l'accumulation, dans des délais très brefs, des textes en matière de formation professionnelle. Elle a été ainsi saisie d'un projet d'ordonnance de simplification du droit du travail, essentiellement dans le domaine de la formation professionnelle, succédant à une précédente ordonnance de simplification du 24 juin 2004 ainsi qu'aux textes récents pris dans le même domaine, la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, la loi du 13 août 2004 relative aux responsabilités locales, et aussi la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. Le projet de loi pour le développement des services à la personne et la cohésion sociale, qu'elle a également examiné, avait d'ailleurs aussi pour objet de remédier à certaines insuffisances du plan de cohésion sociale révélées lors de sa mise en œuvre, lesquelles rendaient nécessaires quelques ajustements de la législation, y compris de la récente loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. Enfin, on peut relever, dans le même sens, que l'apprentissage a fait l'objet successivement de sept projets de lois en moins de trois ans.

L'insuffisante préparation de certains textes

La Section sociale a également déploré à plusieurs reprises l'insuffisante préparation de textes qui lui ont été soumis. Certains d'entre eux n'étaient pas accompagnés des avis des ministères intéressés ou faisaient l'objet d'un processus interministériel qui n'était pas achevé sans que, pour autant, l'on soit dans le cas de l'association, en amont, d'un rapporteur avant même la saisine officielle du Conseil d'État. Dans certaines hypothèses, le rapporteur a été contraint de procéder à une refonte complète des dispositions du projet de texte, soit par trop imprécises, soit, à l'inverse, par trop disertes, au regard des domaines respectifs de la loi et du règlement et de ce qui doit relever du décret en Conseil d'État ou d'autres types d'actes.

Elle a à ce titre noté qu'il avait pu arriver que certains textes ne soient pas précédés de l'étude préalable que les réformes qu'ils entendaient mettre en œuvre supposaient. Ainsi n'a-t-elle pu donner un avis positif à un projet de décret relatif au Haut conseil de la santé publique, créé par le IV de l'article 2 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. En effet, parmi les missions de cette institution définies à l'article L. 1411-4 du Code de la santé publique, le 2° de cet article mentionne celle de « fournir aux pouvoirs publics, en liaison avec les agences sanitaires, l'expertise nécessaire à la gestion des risques sanitaires ainsi qu'à la conception et à l'évaluation des politiques et stratégies de prévention et de sécurité sanitaire ». Or, à défaut de précision sur la répartition des rôles entre les agences de sécurité sanitaire et les commissions spécialisées que le projet de décret instituait au sein du Haut conseil de la santé publique et dont les champs de compétence se recouvraient totalement ou partiellement, la Section sociale a estimé qu'il n'était pas opportun d'examiner le projet. De même, peut-on observer que le projet d'ordonnance relatif à la classification des boissons et des débits de boissons, dont le Conseil d'État avait été saisi, qui emportait d'importantes conséquences sur le



régime des licences des débits de boissons, sans pour autant avoir été précédé d'une étude d'impact, ni être accompagné d'un dispositif assurant la transition entre l'ancien et le nouveau régime des licences, n'a finalement pas été publié.

Les présupposés de la codification

La Section sociale relève également que les exigences de la codification supposent qu'il soit tout particulièrement veillé à l'articulation des projets normatifs émanant de différents ministères, voire de différentes directions. La Section sociale a été ainsi saisie, à plusieurs reprises, de projets de textes qui procédaient, simultanément et sous les mêmes numéros, à l'insertion, dans un même code, de dispositions très différentes. L'utilisation des emplacements vacants des codes suppose à l'évidence une certaine coordination. Lorsque deux textes ont vocation à utiliser un même emplacement, il faut, en amont, définir le texte qui justifie d'être publié en premier, quitte à ce que le second réajuste, le cas échéant, la numérotation des articles des parties du code concerné.

La persistance de difficultés dans les consultations préalables

La Section sociale note, enfin, comme les années précédentes, la persistance de nombreux problèmes de consultations – à commencer par l'omission de nombre d'entre elles – qui ne s'expliquent pas seulement par l'imprécision avec laquelle certaines d'entre elles sont prévues et organisées.

C'est pour prévenir de tels problèmes qu'il a fallu, au moins à titre transitoire, aménager les modalités de la consultation de la Haute autorité de la santé relativement au service attendu ou rendu par les actes inscrits à la nomenclature, telle qu'elle est prévue à l'article R. 162-52 du Code de la sécurité sociale. Le basculement de l'ancienne nomenclature, la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP), à la nouvelle, la liste de classification commune des actes médicaux (CCAM), risquait en effet d'être paralysé par un engorgement de la Haute Autorité, celle-ci devant émettre un avis circonstancié et motivé sur chacun des milliers d'actes que la nomenclature avait pour objet de contenir. La Section a donc donné un avis favorable à un projet de décret, qui est devenu le décret du 7 mars 2005 – et alors même qu'il venait modifier un décret ne datant que du 26 octobre 2004 – qui mettait en place, à titre transitoire, un dispositif plus souple de consultation, dès lors qu'il n'affectait pas pour autant le principe, que fixe la loi, d'un avis de la Haute autorité de la santé sur chaque acte ou prestation.

Dans d'autres cas, le Conseil d'État a dû disjoindre les dispositions sur lesquelles des consultations n'avaient pas eu lieu. La règle est, en effet, que, sauf cas exceptionnels, la non-consultation fait obstacle à l'examen du texte par le Conseil d'État. De plus – faut-il le rappeler –, ces consultations ne répondent pas qu'à des exigences de procédure, elles participent aussi d'un droit efficace. C'est d'ailleurs en cela que la pratique consistant à recueillir les avis des organismes en cause au tout dernier moment de l'élaboration des projets de texte confère à ces consultations un caractère purement formel et ne permet pas de donner aux observations qui en résultent toute la portée qu'elles pourraient mériter.

L'article L. 136-2 du Code du travail prévoyant que la commission nationale de la négociation collective est chargée « d'émettre un avis sur les projets de loi et décrets relatifs à la négociation collective », il résulte de ces dispositions que doivent être soumis à cet organisme consultatif non seulement les projets dont les dispositions modifient les règles figurant au titre III du livre premier du Code du travail mais aussi ceux qui ont pour objet ou pour effet de permettre à des conventions ou accords collectifs de porter atteinte à des dispositions d'ordre public du droit du travail. Le Conseil d'État a été ainsi obligé de disjoindre les dispositions du projet de loi pour les petites et moyennes entreprises, la participation et le financement de l'économie qui avaient précisément un tel objet.

De même, le Conseil d'État a dû disjoindre les dispositions de plusieurs textes soumis à son examen en raison de l'omission des consultations obligatoires, d'une part, en vertu de l'article R. 237-2 du Code de justice administrative qui prévoit que « toute disposition prévoyant la participation des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel à d'autres fonctions que celles qui sont mentionnées à l'article R. 231-1 est soumise pour avis au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel », et d'autre part, en vertu de l'article L. 212-16 du Code des juridictions financières qui précise que le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes est « consulté sur toute question relative à l'organisation, au fonctionnement ou à la compétence des chambres régionales ».

Enfin, et pour citer un dernier exemple topique, les articles relatifs à l'apprentissage que contenait le projet de loi pour le développement des services à la personne ont dû être disjointes, le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie, créé par l'article 27 de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, n'ayant pu se réunir avant que le Conseil d'État ne se prononce sur ce texte. Ce n'est, d'ailleurs, pas la seule disjonction prononcée en 2005 par le Conseil d'État et motivée par la méconnaissance de cette consultation en particulier.

Malgré ces difficultés, il faut relever le paradoxe que le nombre de consultations obligatoires continue de s'accroître. La Section sociale a de nouveau fait ce constat à l'occasion de l'examen du projet de texte relatif aux modalités d'organisation de la permanence des soins et aux conditions de participation des médecins à cette permanence. Ce texte, qui est devenu le décret du 7 avril 2005, prévoit la modulation de la plage horaire pendant laquelle les médecins libéraux doivent assurer la permanence des soins, selon des modalités arrêtées par un cahier des charges préfectoral fixant l'organisation de la permanence des soins et de la régulation. Des dispositions législatives prévoient déjà que ses propositions sont soumises pour avis au conseil régional de l'Ordre des médecins et aux représentants dans la région des organisations syndicales représentatives des médecins libéraux, mais le décret y ajoute trois autres consultations : celle de l'union des médecins exerçant à titre libéral mentionnée à l'article L. 4134-1 du Code de la santé publique, celle des représentants désignés, à l'échelon régional, par les organisations représentatives au niveau national des médecins exerçant la médecine d'urgence dans les établissements hospitaliers, et celle des associations de professionnels participant à la permanence des soins.



La Section sociale relève à ce titre que lorsque le législateur ou le Gouvernement décident de créer de nouveaux organismes dont la consultation est obligatoire, il importe de veiller que ceux-ci soient mis en place dans les meilleurs délais, afin de ne pas faire obstacle à l'élaboration des textes qui devraient être pris sur leur avis. À cet effet, lorsque le législateur ou le pouvoir réglementaire estiment nécessaire de créer une nouvelle instance consultative, il convient de préparer parallèlement les actes d'application pour permettre une installation effective de l'organisme dans les meilleurs délais. Par ailleurs, s'il apparaît que cette mise en place a perdu de son intérêt ou s'il y est renoncé pour toute autre raison, il appartient à l'autorité compétente de supprimer au plus vite les dispositions textuelles prévoyant la consultation.

Les réformes institutionnelles

Une très grande partie de l'activité de la Section sociale a été consacrée à l'examen de textes ayant pour objet de créer et confier à de nouveaux organismes des missions dans le champ social. Ces textes, lorsqu'ils procèdent au transfert de moyens et notamment de personnels d'un organisme à un autre, peuvent soulever de délicates questions juridiques.

C'est dans le champ sanitaire que sont intervenues les réformes institutionnelles les plus nombreuses. La Section sociale a ainsi eu à connaître en 2005 du projet de décret relatif à l'Agence de biomédecine, du projet de décret relatif à la mise en place de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire et du projet d'ordonnance transformant le groupement d'intérêt public dénommé « Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies » en société anonyme. De nombreux textes dont elle a été saisie avaient pour objet de mettre en place de nouveaux acteurs de la politique de santé publique : ainsi, s'agissant de l'échelon national, un projet de décret relatif à l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé, un projet de décret relatif au Comité national de santé publique et un autre relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, érigé en autorité administrative indépendante par la loi du 6 août 2004 ; de même, s'agissant de l'échelon local, un projet de décret relatif aux conférences régionales et territoriales de santé et un projet de décret relatif aux groupements régionaux ou territoriaux de santé publique. La Section sociale a eu également à connaître du projet de décret, pris pour l'application de l'article L. 1114-1 du Code de la santé publique, qui organise les modalités de l'agrément, national ou local, des associations, régulièrement déclarées, ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades ou encore du projet de décret relatif aux nouvelles règles régissant les groupements de coopération sanitaire, qui sont des personnes morales de droit public, dont peuvent désormais être membres les médecins libéraux, les établissements médico-sociaux ou d'autres organismes ou professionnels de santé concourant aux soins.

La Section sociale a été aussi conduite à se prononcer sur des réformes institutionnelles, souvent de grande importance, qui sont intervenues dans le domaine de la sécurité sociale. Elle a été saisie de textes tendant à la création

de nouveaux organismes tels que la Caisse de retraite du personnel de la Régie autonome des transports parisiens ou la Caisse nationale de solidarité de l'autonomie. Elle a également connu, à l'occasion de plusieurs textes, du regroupement d'organismes existant depuis des décennies, la Caisse autonome nationale d'assurance maladie (CANAM) pour l'assurance maladie des artisans, des commerçants et des professions libérales, la Caisse d'assurance vieillesse des professions artisanales (CANCAVA) et la Caisse d'assurance vieillesse des professions industrielles et commerciales (ORGANIC), sous la forme d'un régime social des indépendants – ce qui constitue une première dans l'histoire de la sécurité sociale. Elle a par ailleurs examiné les modalités du transfert de la gestion de certaines missions de la Caisse autonome nationale de la sécurité sociale dans les mines à la Caisse des dépôts et consignations.

Également la Section sociale a examiné un projet de décret relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et un autre transformant l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations. Une ordonnance qu'elle a examinée est venue modifier en profondeur non seulement les compétences mais aussi les compositions de la Cour nationale et des tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale, afin, notamment, qu'elles soient en harmonie avec les exigences posées à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Des projets des décrets lui ont été soumis relatifs aux nouvelles maisons départementales des personnes handicapées et commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées. Dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle, la Section sociale a eu, par exemple, à connaître du projet de décret érigeant l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en établissement public.

Enfin, en écho notamment à l'ensemble de ces réformes, l'organisation même des ministères en charge des politiques sociales a été modifiée. A été ainsi mis en place, par le décret du 7 février 2005 qu'avait examiné la Section sociale, un secrétaire général des ministères chargés des affaires sociales. Couvrant des politiques variées, aux acteurs et aux publics nombreux, et plus de 25 000 fonctionnaires d'État, son action n'a toutefois pas vocation à porter sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques. Il a seulement la lourde charge « de coordonner l'action administrative et de préparer et mettre en œuvre la politique d'amélioration de la gestion publique ». Au vu des dysfonctionnements qui ont pu être relevés plus haut dans la production normative de ces ministères, la Section sociale estime que le rôle qui incombe au secrétaire général, selon l'article 1^{er} du décret du 7 février 2005, de veiller à la « coordination de l'activité juridique des services » est essentiel à la bonne coordination de la programmation des textes soumis en Conseil d'État.

Il reste que les réformes de structure ne sauraient constituer la réponse à toutes les difficultés. Saisi du projet de loi pour le développement des services à la personne et la cohésion sociale, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable à celui de ses articles qui créait, sous la forme d'un établissement public national à caractère administratif, une Agence nationale des services à la personne chargée de promouvoir le développement économique des activités de services à la personne, notamment en s'assurant de la diffusion de l'information relative aux règles applicables et en veillant à l'adaptation de cette règle-



mentation. Le Conseil d'État a en effet estimé tout d'abord que dès lors que d'autres établissements publics de l'État avaient des activités analogues à celles que le projet entendait donner à ce nouvel organisme, la création de celui-ci ne relevait pas, en application de l'article 34 de la Constitution, de la compétence du législateur. Au surplus, le Conseil d'État a rappelé sa position traditionnellement réservée s'agissant de la création d'un organisme dont les missions relèvent des administrations centrales et des services extérieurs de l'État.

Il convient également de veiller à ce que les organismes ainsi créés ne soient pas par la suite dessaisis des compétences qui leur sont légalement conférées. La Section sociale n'a pu ainsi donner un avis favorable à un projet de décret modifiant l'article R. 322-8 du Code de la sécurité sociale relatif à la suppression de la participation de l'assuré à ses frais de soins dans les cas prévus aux 1° et 2° de l'article L. 322-3, dès lors qu'il résulte du I de l'article L. 322-2 de ce code, dans sa rédaction issue de la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, que cette participation « peut être, dans les cas mentionnés à l'article L. 322-3, réduite ou supprimée, dans les limites et les conditions fixées par décret en Conseil d'État, par décision de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie ».

Principales questions relevées

Lois de financement de la sécurité sociale

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi organique relatif aux lois de financement de la sécurité sociale pris sur le fondement de l'article 47-1 de la Constitution. Celui-ci avait pour objet de renforcer la clarté et la précision des lois de financement de la sécurité sociale, de mieux en articuler les différentes composantes, d'en élargir le périmètre et enfin de leur donner un éclairage pluriannuel. Le Conseil d'État a relevé qu'aucune de ces modifications n'avait pour effet de modifier la portée normative des lois de financement de la sécurité sociale, qui doivent se limiter – mais ce sont les termes mêmes de la Constitution – à prévoir des recettes et fixer des objectifs de dépenses. Le Conseil d'État a toutefois admis que la loi organique comporte deux types de dispositions étendant le champ de ces lois au-delà d'une seule année : d'une part, le rapport présentant les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale et les objectifs qui déterminent les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale pour les quatre années à venir, et d'autre part, les dispositions prévoyant que les lois de financement peuvent comporter des dispositions relatives aux recettes et aux dépenses des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant au financement de ces régimes, non seulement pour l'année considérée mais aussi pour les années ultérieures, à la condition qu'elles présentent un caractère permanent et dès lors qu'elles ont un impact sur l'équilibre financier de la sécurité sociale dès l'année considérée ; ce qui exclut, en revanche, les mesures temporaires ne prenant effet qu'une année ultérieure ou les mesures permanentes quand elles n'ont pas d'impact l'année considérée. Le Conseil d'État a également veillé à ce que les dispositions du projet de loi organique prévoyant que la loi de financement de

la sécurité sociale peut procéder à l'affectation de recettes de la sécurité sociale ou d'organismes concourant à son financement soient compatibles avec les nouvelles dispositions de l'article 36 de la loi organique relative aux lois de finances aux termes desquelles « l'affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'État ne peut résulter que d'une disposition de loi de finances ».

Par la suite, le Conseil d'État a examiné le premier projet de loi de financement de la sécurité sociale pris sous l'empire des nouvelles dispositions de la loi organique, issues de la loi du 2 août 2005. Ainsi que l'a prévu cette loi, il comprenait quatre parties : en premier lieu, des dispositions relatives au dernier exercice clos, en deuxième lieu, des dispositions relatives à l'année en cours, en troisième lieu, des dispositions relatives aux recettes et à l'équilibre général pour l'année à venir et en dernier lieu des dispositions relatives aux dépenses pour l'année à venir. Malgré l'élargissement du champ des dispositions autorisées dans les lois de financement, le Conseil d'État a dû disjoindre un certain nombre de dispositions qui y figuraient. Il en est allé ainsi par exemple de dispositions modifiant la procédure de cotation des actes et des prestations qui n'avaient pas d'effet par elles-mêmes sur les dépenses des régimes obligatoires de base au sens de l'article L.O. 111-3 du Code de la sécurité sociale.

Sécurité sociale

La Section sociale, lors de l'examen du projet de texte relatif aux ressources de la Caisse nationale des industries électriques et gazières, a admis qu'un certain nombre de prélèvements, dont il n'existait aucun équivalent dans d'autres régimes, fussent regardés comme des cotisations sociales, dès lors qu'ils pesaient exclusivement sur les bénéficiaires du régime spécial des industries électriques et gazières, et qu'ils n'étaient pas étrangers, soit à la logique de solidarité qui caractérise le régime de sécurité sociale, soit au versement de prestations et qu'ils entraînent, dès lors, alors même que la création de cotisations sociales relève en principe des principes fondamentaux de la sécurité sociale et donc du ressort du législateur, dans la compétence du Gouvernement, sur le fondement de l'article 47 de la loi du 8 avril 1946.

Par ailleurs, saisie du projet de texte relatif à la Caisse de retraite du personnel de la Régie autonome des transports parisiens, la Section sociale a estimé que le Gouvernement était habilité par l'article L. 711-1 du Code de la sécurité sociale à procéder à la création de cette caisse par décret en Conseil d'État. Elle a considéré, en outre, que le troisième alinéa de cet article, selon lequel « les administrateurs des organismes de sécurité sociale relevant des régimes spéciaux sont désignés par voie d'élection à la représentation proportionnelle suivant les modalités définies pour chacun de ces régimes n'était pas applicable à la désignation du président de cette caisse ». La Section ne s'est toutefois pas prononcée sur l'application de ces règles à un régime de branche. S'agissant toujours de la Régie autonome des transports parisiens, mais cette fois-ci à propos du texte relatif aux conventions financières qui pourront être passées par le régime spécial de retraites du personnel de la régie avec la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale et les fédérations d'institutions de retraite complémentaire, sur le fondement des articles L. 222-6, L. 225-1-2 et



L. 922-1 du Code de la sécurité sociale, la Section sociale a estimé que le principe même, pour l'organisation des organismes de sécurité sociale de base, de l'adossement d'un régime à un autre ne nécessitait pas de notification préalable à la Commission européenne.

Travail, emploi et formation professionnelle

Saisi du projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre des mesures d'urgence pour l'emploi qui est devenu la loi du 2 juillet 2005 et des trois projets d'ordonnance pris sur son fondement, le Conseil d'État a été conduit à examiner leurs dispositions au regard notamment des exigences constitutionnelles. À ce titre, il a estimé que l'exclusion du décompte des effectifs utilisés pour la mise en œuvre des dispositions relatives au droit du travail ou de certaines obligations financières des salariés de moins de vingt-six ans recrutés à compter du 22 juin 2005 et jusqu'à ce qu'ils atteignent cet âge ne portait pas une atteinte excessive au principe d'égalité, eu égard à l'objet de cette mesure, qui est de favoriser l'emploi des jeunes. Le Conseil d'État a, en outre, retenu que la procédure *ad hoc* définie pour la résiliation du contrat nouvelles embauches pendant le délai de deux ans qui court à compter de sa conclusion et qui écarte, en particulier, l'application de l'article L. 122-14-2 du Code du travail qui prévoit que « l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement », ne méconnaissait pas la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail du 22 juin 1982 relative au licenciement : si son article 4 stipule qu'« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », son article 2 autorise, en effet, l'exclusion du champ d'application de certaines des stipulations de la convention pour les « travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ». Enfin, le Conseil d'État a considéré que le chèque-emploi pour les très petites entreprises, qui leur permet de manière simplifiée, de déclarer leurs embauches, de payer les cotisations et les contributions sociales de leurs salariés et voire, le cas échéant, leur tient lieu de contrat de travail, de bulletin de paie et de titre de paiement, ne porte pas, eu égard aux conditions de sa mise en œuvre, une atteinte excessive à la concurrence.

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à l'apprentissage, la Section sociale a constaté que les modalités d'enregistrement du contrat d'apprentissage avaient fait l'objet de modifications législatives successives au cours des deux dernières années et que la dernière en date résultait de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Son article 37, tout en confiant le soin d'enregistrer les contrats d'apprentissage aux organismes consulaires, a omis de traiter de l'enregistrement du contrat passé dans les fonctions publiques et dans le secteur associatif qui était précédemment assuré par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, tout en confiant, en parallèle, à la direction départementale, le soin de « contrôler la validité de l'enregistrement », sans autre précision. La Section sociale a estimé que cette disposition devait être clarifiée tant pour des raisons d'organisation administrative que de lisibilité pour les employeurs d'apprentis et que sous réserve de l'adoption de nouvelles dispositions législa-



tives, l'application de l'article L. 117-14 du Code du travail, modifié par la loi du 2 août 2005, nécessitait au minimum, pour être applicable, une refonte des dispositions réglementaires relatives à l'enregistrement des contrats : dans l'attente, les dispositions législatives et réglementaires antérieures à cette loi demeurent donc en vigueur.

Saisie d'un projet de décret relatif à l'attribution par des collectivités territoriales de subventions de fonctionnement aux structures locales des organisations syndicales représentatives, pris sur la base des articles L. 2251-3-1, L. 3232-31-1 et L. 4253-5 du Code général des collectivités territoriales, introduits par l'article 216 de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui prévoient la possibilité pour les communes et leurs groupements, les départements et les régions de financer les structures locales des organisations syndicales représentatives, la Section sociale s'est notamment interrogée sur la portée à donner aux notions de « structures locales » et « d'organisations syndicales représentatives » posées par la loi. Elle a noté que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, avait estimé qu'il résultait des exigences constitutionnelles issues du principe de libre administration des collectivités territoriales posé à l'article 72 de la Constitution et du principe d'égalité posé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, non seulement devant la loi, mais aussi, devant les délibérations des assemblées locales, que l'article 216 de la loi « ne saurait avoir pour effet d'autoriser une assemblée locale à traiter inégalement les structures locales des organisations syndicales représentatives également éligibles à l'octroi de telles subventions du fait des missions d'intérêt général qu'elles remplissent au plan local ». Le Conseil d'État a par ailleurs observé que ces mêmes dispositions ne pouvaient être entendues que comme visant, d'une part, les structures locales des organisations syndicales affiliées à une des organisations reconnues comme les plus représentatives à l'échelon national et interprofessionnel, cette affiliation suffisant à établir qu'elles satisfont à la condition de représentativité posée par la loi, d'autre part, les structures locales des organisations syndicales non affiliées à ces organisations, mais qui font la preuve qu'elles satisfont, à l'échelon local pertinent, aux conditions posées par l'article L. 133-2 du Code du travail pour être regardées comme au nombre des organisations représentatives au sens de cette loi.

Santé

La Section sociale, lors de l'examen d'un projet de décret relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique, dont on observera qu'il n'a pu être mis au point que plus de trois ans après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, s'est interrogée sur le sens qu'il convenait de donner à l'article L. 6322-1 du Code de la santé publique qui prévoit que la création des installations de chirurgie esthétique est soumise à l'autorisation de l'autorité administrative territorialement compétente. La Section sociale a considéré que cette autorité ne peut être ni l'agence régionale de l'hospitalisation qui n'a en charge que les établissements de santé, ni le préfet de région, qui met en œuvre la politique de santé publique, ce qui ne paraît pas inclure les décisions individuelles, mais doit être regardée comme étant le préfet de département du fait de l'article 1^{er} du décret du 15 janvier 1997 selon lequel le préfet prend « les décisions administratives individuelles dans le champ des compétences des administrations civiles de l'État ».



Saisie d'un projet de décret relatif au régime budgétaire des écoles et instituts de formation de certains professionnels de santé, relevant d'établissements de santé, qui avait notamment pour objet de définir les modalités de l'individualisation, au sein du budget de l'établissement public de santé gestionnaire, des dépenses et des ressources des écoles et instituts dont le financement avait été transféré par l'article 73 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, la Section sociale a pris acte de ce que le Gouvernement n'avait pas l'intention de prendre des mesures réglementaires pour encadrer les conditions de financement par les régions des écoles et instituts privés. Après avoir relevé que ce financement revêtait un caractère facultatif, elle a estimé que les subventions susceptibles d'être versées par les régions aux établissements de formation privés, seraient, dans ces conditions, soumises au régime de droit commun des subventions régionales, sous réserve des dispositions du paragraphe XI de l'article 73 de cette loi selon lequel « la région est substituée à l'État dans les droits et obligations relatifs au fonctionnement et à l'équipement des écoles de formation et instituts privés ».

L'article 135 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ayant eu pour seul objet d'autoriser les praticiens hospitaliers mentionnés à l'article L. 6152-1 du Code de la santé publique à prolonger pendant trois ans maximum leur activité après leur limite d'âge sous réserve de leur aptitude médicale, la Section sociale, saisie d'un projet de décret pris pour l'application de cette disposition, a estimé qu'il ne pouvait légalement prévoir, sans autre base légale, que ces praticiens pourraient, pendant cette période de prolongation, continuer à bénéficier de droits à l'avancement.

Bioéthique

Ont été en 2005 soumis à la Section sociale plusieurs textes importants en matière de bioéthique. Elle a notamment examiné le projet de décret relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires qui était très attendu par la communauté scientifique. Il peut être aussi relevé que lors de l'examen du projet de décret relatif aux règles de sécurité sanitaire portant sur le prélèvement et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, la Section a admis que celui-ci ne prévoit pas, dans l'hypothèse où le médecin décide, en cas d'urgence vitale, de greffer ou d'utiliser des produits du corps humain à des fins thérapeutiques, alors même que des analyses de biologie médicale font ressortir un risque de transmission de certaines maladies infectieuses, le consentement de la famille ou d'un proche à cette greffe. En effet, le quatrième alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose déjà que « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ».

La Section sociale a en outre considéré que le transfert des compétences, des biens, des moyens et des droits et obligations afférents à la constitution et à la gestion du fichier des donneurs volontaires de cellules tenu par l'Association France greffe de moelle à l'Agence de biomédecine nécessitait la consultation préalable du conseil d'administration de cette agence.



Action sociale

La Section sociale a eu à connaître en 2005 de plusieurs textes pris pour l'application de la loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées. Elle a examiné les textes relatifs à la prestation de compensation à domicile et aux concours dus au département à ce titre. Elle a relevé à propos du projet de décret relatif à la maison départementale des personnes handicapées que l'application de cette loi pourrait, en pratique, soulever un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, la constitution des groupements d'intérêt public que constituent ces maisons départementales conditionne l'attribution des prestations auxquelles ont droit les personnes handicapées ; or la loi est muette sur le règlement d'une situation où, durablement, des caisses locales de sécurité sociale refuseraient de faire partie de ces groupements. En outre, la loi n'a pas prévu les conditions du transfert du dossier d'une maison départementale à une autre, lorsqu'une personne handicapée change de département, alors que les compétences de ces groupements sont strictement limitées aux personnes domiciliées dans le département de leur ressort.



Statistiques

En 2005, la Section sociale a tenu 82 séances ; au cours de l'année elle a examiné 294 textes dont 28 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2001	2002	2003	2004	2005
Lois et ordonnances	22	7	16 ^(a)	31 ^(b)	44 ^(c)
<i>dont lois</i>					7
<i>dont lois de ratification</i>					16
<i>dont ordonnances ^(d)</i>					21
Lois du pays	5	2	1	1	5
Décrets article 37 et autres	121	145	114	139	186
Décrets individuels, arrêtés et décisions	139	161	142	151	58
Avis	-	1	1	-	1
Total	287	316	274	322	294

^(a) Dont 4 examinées en liaison avec d'autres Sections.

^(b) Dont 2 examinées en liaison avec d'autres Sections.

^(c) Dont 2 examinées en liaison avec d'autres Sections.

^(d) Dont 4 relatives à l'outre-mer.

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

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
44	19	18	7	-

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois et ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois de pays	Total
Premier ministre						
Agriculture et pêche	1					1
Anciens combattants		1				1
Économie, finances et industrie	1					1
Éducation nationale, enseignement supérieur et recherche		1				1
Emploi, cohésion sociale et logement	20	71	58			149
Outre-mer		7				7
Santé et solidarité	22	100		1		123
Transports, équipement, tourisme et mer		6				6
Gouvernement de Nouvelle-Calédonie					5	5
Total	44	186	58	1	5	294

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2005
Lois, ordonnances, décrets réglementaires :	
Santé publique (dont fonction publique hospitalière)	85 (15)
Sécurité sociale	50
Autres affaires sociales	30
Travail, emploi et formation professionnelle	62
Juridictions : prud'hommes	-
Anciens combattants – rapatriés	1
Divers	2
Décrets individuels :	
Legs	-
Nationalité	58
Thermalisme	-
Avis et lois de pays	
Santé	-
Sécurité sociale	3
Travail	3
Anciens combattants	-
Éducation nationale	-
Agriculture	-
Total	294

Récapitulatif des statistiques pour 2005

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	37	60	24	23	144
Ordonnances	27	17	19	21	84
Lois du pays	0	5	0	5	10
Décrets réglementaires	190	289	174	186	839
Décrets individuels, arrêtés, décisions	171	34	29	58	292
Avis	10	3	7	1	21
Total	435	408	253	294	1 390

Les projets de texte examinés par plusieurs Sections sont comptabilisés une seule fois au titre de la Section saisie principalement de l'affaire.

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

	2001	2002	2003	2004	2005
Lois, ordonnances et lois du pays	117	111	131	194	238
Décrets réglementaires	587	727	587	669	839
Décrets individuels, arrêtés, décisions	562	408	405	417	292
Avis	8	22	19	12	21
Total	1 274	1 268	1 142	1 292	1 390

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

Le nombre de projets d'actes européens examinés en 2005 par le Conseil d'État – 299 – est le moins élevé depuis l'entrée en vigueur de l'article 88-4 de la Constitution, en 1992.

Cette baisse significative de l'activité communautaire s'explique notamment par le souhait des institutions européennes de ne pas lancer de grands chantiers normatifs l'année où le traité établissant une Constitution pour l'Europe était soumis à l'approbation de nombreux États membres de l'Union européenne.

Si la Section des finances a été une nouvelle fois la plus sollicitée (140 textes) devant la Section des travaux publics (87 textes), la Section de l'intérieur (62 textes) et la Section sociale (10 textes), c'est principalement en raison de l'accroissement important du nombre de saisines intervenues en matière de politique étrangère et de sécurité commune. Le ministère des Affaires étrangères a en effet transmis au Conseil d'État 45 projets d'actes (contre 17 en 2004), ce qui constitue un record.

Le Conseil d'État a rendu ses avis au Gouvernement dans des délais très brefs : près de 30 % des demandes d'avis ont été traitées en moins de deux jours, alors que les autres l'ont été, en moyenne, en cinq jours.

Certains textes méritent, compte tenu de leur intérêt, d'être plus particulièrement cités :

- projet d'action commune du Conseil relatif à la mission de surveillance à Aceh de l'Union européenne¹ ;
- proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n° 3605/1993 en ce qui concerne la qualité des données statistiques dans le contexte de la procédure concernant les déficits excessifs ;
- proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne ;
- proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n° 2792/1999 en ce qui concerne une action spécifique de transfert de navires vers des pays touchés par le tsunami en 2004 ;
- proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les droits des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font des voyages aériens ;
- proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale ;

1. Mission envoyée en Indonésie à la suite du Tsunami du 26 décembre 2004.

– proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les médicaments de thérapie innovante et modifiant la directive 2001/83/CE ainsi que le règlement n° 726/2004.

Le pourcentage des textes considérés comme relevant, en droit interne, du domaine de la loi, a nettement diminué par rapport à 2004 : 57 % contre 69 %.

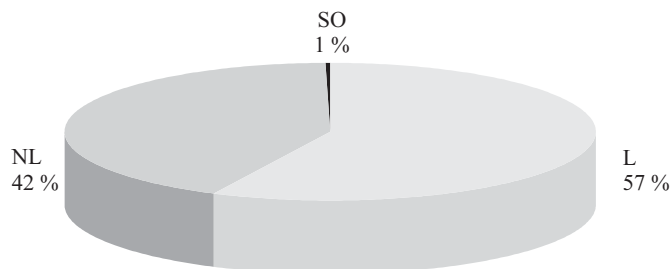
Afin de permettre une information plus complète du Parlement sur l'activité normative communautaire, une circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution prévoit que l'Assemblée nationale et le Sénat peuvent désormais également voter des résolutions sur l'ensemble des propositions d'actes communautaires relevant de la procédure dite de « codécision » de l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, que celles-ci comportent ou non des dispositions relevant, en droit interne, de la compétence du législateur. Le Conseil d'État continuera à être saisi de ces textes, sur lesquels il devra dorénavant rendre un avis dans le délai de quinze jours (au lieu de sept jours auparavant).

Le Gouvernement n'a, en application de la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003, sollicité l'avis du Conseil d'État que sur une proposition de décision-cadre créant un mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales afin de savoir si certaines dispositions de ce texte étaient susceptibles d'être contraires à des principes de valeur constitutionnelle.

Il est permis de regretter que, compte tenu, d'une part du faible nombre de demandes d'avis dont il est saisi à ce titre et, d'autre part, des délais très courts qui lui sont impartis pour signaler au Gouvernement les propositions d'actes comportant des dispositions de nature législative, le Conseil d'État ne puisse pas pleinement remplir son rôle de conseiller juridique du Gouvernement sur les projets de texte européen susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur le droit français.

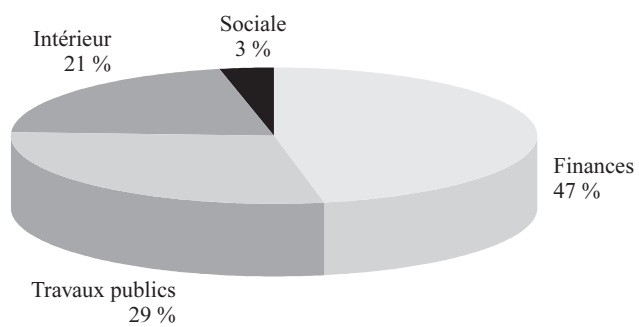
Les graphiques suivants font apparaître le bilan statistique de l'année 2005 concernant l'examen des propositions d'actes communautaires transmises pour avis au Conseil d'État :

Répartition des textes selon leur nature



L : législatif ;
NL : non législatif ;
SO : sans objet au regard du partage loi-règlement.

Répartition selon les Sections administratives



Activité de la Section du rapport et des études



Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2005

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.

La Section du rapport et des études présente 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.

Les évolutions constatées en 2005

Les statistiques agrégées pour 2005 font apparaître une grande stabilité des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions par rapport à l'année précédente : 1 529 affaires enregistrées en 2005² contre 1 610 en 2004. Seul le Conseil d'État a vu légèrement diminuer son nombre de saisines, la baisse des demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études du Conseil d'État est particulièrement notable puisqu'en 2005 seules 9 demandes ont été enregistrées contre 21 en 2004.

2. Ces chiffres sont établis sur la base de 36 tribunaux administratifs, un tribunal administratif n'ayant pas communiqué ses statistiques.

Considérations sur la gestion des procédures d'exécution

Les affaires examinées par la Section du rapport et des études comme celles dont sont chargés les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel trouvent le plus souvent leur solution dans le cadre de **la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution** ou, pour les tribunaux et les cours, de la phase non juridictionnelle de la procédure prévue à l'article L. 911-4 du Code de justice administrative. Comme les années précédentes, une nette majorité des affaires dont le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs sont saisis peut être résolue à ce stade. Les présidents de juridiction soulignent l'utilité de cette phase, qui repose, en particulier, sur la qualité des relations avec les autorités administratives locales. La souplesse des modes d'intervention et l'absence de formalisme des diligences comptent aussi.

Il semble, toutefois, que puisse être observé un **accroissement sensible de la part des affaires qui débouchent sur une procédure juridictionnelle** dans plusieurs juridictions. Il conviendra de suivre avec attention ce phénomène afin de vérifier si cette tendance, qui ne serait pas favorable, se confirme à l'avenir.

Certains chefs de juridiction font valoir **que la procédure d'exécution peut, parfois, être utilisée du fait d'une incompréhension par le justiciable du contenu même de la décision**. Il appartient alors aux services chargés de l'exécution des décisions de justice dans les différentes juridictions d'apporter des précisions sur leur sens et leur portée exacte, lesquels peuvent être inexac-tement interprétés par les requérants. Il en va ainsi, en particulier, lorsque le juge a prononcé une annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative et notamment lorsque l'annulation n'impose à l'administration que de statuer à nouveau sur la demande dont elle était saisie (cas des annulations de refus de permis de construire par exemple) mais n'impose pas, contrairement à ce qu'attend souvent le requérant, qu'elle lui délivre l'autorisation sollicitée. De leur côté, les autorités administratives peuvent ne pas avoir une vision claire et précise des obligations que la décision de justice fait peser sur elles.

Plusieurs questions récurrentes ressortent des observations des chefs de juridiction. La première concerne le règlement des **condamnations pécuniaires**, qui pèse lourdement sur la charge de travail des agents chargés de l'exécution, alors que, dans l'immense majorité des cas, la décision de justice est parfaitement claire et ne soulève aucune difficulté d'application. Dans certains cas, la négligence et la mauvaise volonté des administrations sont la cause du litige ; dans d'autres, ce sont les contraintes budgétaires qui pèsent sur certaines administrations. À cet égard, il faut relever, une fois encore, la grande difficulté pour les requérants à obtenir l'exécution des décisions du juge de la tarification sanitaire et sociale, qui amène, fréquemment, le juge de l'exécution à engager la procédure d'astreinte. Des présidents de juridiction ont relevé, par ailleurs, que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980, qui permet au justiciable d'obtenir directement le paiement forcé de sommes auxquelles il a droit en application d'une décision de justice, sont trop souvent méconnues.

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 part 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. La cause semble être à la fois 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 la difficulté, parfois objective, de l'exécution et de la reconstitution de carrière d'un agent (cas d'un agent ayant fait valoir ses droits à la retraite à la suite d'une mesure d'éviction, laquelle a été ultérieurement annulée).

Enfin, en matière de **procédure**, un président de cour administrative d'appel a souligné le risque de ce qu'il a appelé des « télescopages procéduraux », lorsque, chargé de faire exécuter un jugement frappé d'appel, il doit, pour ce faire, interpréter ledit jugement, au risque d'en délivrer une lecture contraire à celle que le tribunal, saisi d'un recours en interprétation, peut être conduit à en donner. Il suggère que, dans ce cas, soient mises en œuvre des procédures d'information mutuelles et systématiques entre les présidents des juridictions concernées.

Un autre président de cour administrative d'appel note les problèmes auxquels conduit la fréquente coexistence, devant la cour, d'une procédure d'appel du jugement du tribunal administratif, d'une demande d'exécution de ce jugement et, parfois, d'une demande de sursis à exécution de ce même jugement, qui rend difficile des décisions dans un délai raisonnable.

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**.

Comme tous les ans, doivent être signalées certaines difficultés liées à des affaires de fonction publique (reconstitution de carrière sur de très longues périodes ; refus d'un syndicat mixte gérant un service public à caractère industriel et commercial de réintégrer un fonctionnaire compte tenu de l'évolution de son propre statut ; difficultés rencontrées par le ministère de la Défense pour exécuter une décision qui lui impose de réexaminer de très nombreux dossiers individuels). En outre, plusieurs affaires méritent d'être signalées dans d'autres domaines. Un président de tribunal administratif signale des difficultés à exécuter un jugement portant sur la communication de documents administratifs, soit parce que les documents étaient inexistantes ou avaient disparu, soit parce que le requérant sollicitait la communication de documents qui n'avaient pas été mentionnés dans le jugement. Un dossier relatif à l'exécution d'une ordonnance du juge des référés en matière de titre de séjour opposé à un étranger a également posé une difficulté. En effet, l'autorité administrative, dans un premier temps, a refusé de délivrer une autorisation provisoire de séjour avec autorisation d'occuper un emploi, en se fondant sur le fait que l'avis de Section du 30 novembre 1998 *Berrad* (conclusions F. Lamy) rendu par le Conseil d'État ne pouvait s'appliquer à l'exécution d'une ordonnance du juge des référés.

Sur le plan de la procédure applicable aux litiges examinés par le Conseil d'État, la Section du rapport et des études a été saisie d'un dossier relatif à **l'exécution d'une ordonnance de référé** ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État (il s'agissait en l'espèce d'un contentieux relatif à la suspension de l'exécution d'un permis de construire une école dans une commune du Sud de la France). Elle a instruit le dossier qui lui était transmis par la sous-section chargée du dossier, qui impliquait, toutefois, de se prononcer sur le point de savoir si les travaux, qui s'étaient poursuivis malgré l'ordonnance du juge des référés prononçant la suspension du permis, étaient ou non exclusivement liés à la nécessité d'assurer la sécurité du site et de l'ouvrage en construction ou s'ils constituaient, comme le soutenait l'association requérante, une violation de la décision de suspension. Elle a, toutefois, relevé que, dans de telles affaires, il est extrêmement mal commode pour la Section d'évaluer, depuis Paris, l'exécution d'une décision rendue au titre de la procédure des référés, mission que le tribunal administratif pourrait assurer dans de bien meilleures conditions. Elle a souhaité que cette évolution soit traduite dans les textes.

Enfin, une affaire a permis d'éclairer **les conditions d'application, dans les collectivités d'outre-mer, des procédures de mandatement d'office** de sommes auxquelles les collectivités publiques peuvent être condamnées par le juge administratif. Nombreux sont les requérants qui saisissent la Section du rapport et des études du fait de difficultés relatives au non-versement par l'administration condamnée des frais dus au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative. Dans une telle hypothèse, quelle que soit la personne morale de droit public condamnée, les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, reprises à l'article L. 911-9 du Code de justice administrative prévoient que, à défaut d'ordonnement dans le délai légal imparti, le comptable assignataire de la dépense, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle, selon le cas, procède au mandatement d'office de la somme due. Un tel problème s'est posé avec une collectivité territoriale d'outre-mer, ce qui était inédit.

Par une décision rendue le 3 novembre 2003, le Conseil d'État a notamment condamné la province nord de la Nouvelle-Calédonie à verser la somme de 2 900 euros à un requérant. Ce dernier a saisi la Section du rapport et des études, sur le fondement des dispositions de l'article R. 931-2 du Code de justice administrative, en se plaignant de l'inexécution de cette décision. Par différents courriers, la Section du rapport et des études a saisi le président de la collectivité concernée en lui demandant de bien vouloir lui faire connaître les mesures qui ont été prises pour l'exécution de cette décision juridictionnelle. Le président de la collectivité n'ayant pas jugé opportun d'honorer la Section du rapport et des études d'une réponse, celle-ci a saisi le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, sur le fondement de l'article L.O. 263-5 du Code des juridictions financières, qui prévoit que cette autorité peut mettre en demeure le président d'une province afin que soit mandatée une dépense obligatoire. Si ce dernier persiste dans sa position, il appartient au haut-commissaire de procéder au mandatement d'office de la somme en cause. À la suite de ces diligences, le haut-commissaire a informé la Section du rapport et des études que la province nord, après qu'elle a été mise en demeure, a procédé au mandatement de la somme due. Il n'en reste pas moins que cette affaire a permis de préciser la procédure applicable dans de telles situations.

Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études en 2005

La Section du rapport et des études a traité en 2005 treize demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative. C'est un nombre qui se situe dans la moyenne constatée ces dernières années où il a varié de trois, en 2003, à vingt et un en 2004. Si les questions relatives à la procédure (recevabilité des demandes d'éclaircissement) semblent dorénavant moins fréquentes, certaines affaires méritent, sur le fond, une mention dans le présent rapport.

Il faut, d'abord, mentionner là encore la part, relativement importante, 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 régissant les modalités de calcul de primes. En effet, de telles annulations, lorsqu'elles sont prononcées, peuvent avoir pour conséquence l'obligation pour l'administration de traiter un très grand nombre de dossiers individuels, mais aussi de prendre de nouvelles décisions réglementaires parfois délicates en raison de l'intervention de nouveaux textes législatifs.

C'est ainsi que la Section a été, en particulier, saisie d'une demande d'éclaircissement de la décision n° 242464 du 16 juin 2004 par laquelle le Conseil d'État statuant au contentieux a prononcé, sur la requête d'un syndicat des fonctionnaires techniques de l'administration des monnaies et médailles, l'annulation de la décision du ministre de l'Économie rejetant la demande de ce dernier tendant à **l'alignement des modalités de calcul de la prime de rendement versée aux fonctionnaires techniques des monnaies et médailles sur celles retenues pour les ouvriers**. Cette décision posait d'abord la question de savoir quels effets elle emporte sur la situation individuelle des fonctionnaires techniques, notamment au regard des règles relatives à la prescription quadriennale, selon que ces fonctionnaires ont, ou n'ont pas, réclamé un rappel de rémunération, formé un recours contentieux ou interjeté appel du jugement rejetant leur recours. Sur ce point, la Section a rappelé que la décision du Conseil d'État du 16 juin 2004 n'imposait à l'administration, en droit strict, aucune obligation de versement de rappels de rémunération aux fonctionnaires techniques de l'administration des monnaies et médailles et que les différends sur ce point entre l'administration et les fonctionnaires constituent des litiges distincts de l'exécution de la décision du Conseil d'État. Toutefois, elle a attiré l'attention du ministre sur le risque d'une mise en jeu de la responsabilité de l'État pour n'avoir pas pris antérieurement les mesures propres à mettre en œuvre le décret du 17 février 1939 et les dispositions pertinentes du décret du 19 août 1946 : des fonctionnaires pourraient, dans la mesure où la carence de l'administration leur aurait causé un préjudice financier certain et personnel, en demander réparation. Enfin, tout en étant consciente de la lourdeur de la tâche pour l'administration, elle a rappelé que, dans l'esprit d'une bonne administration de la justice, il serait toutefois indéniablement opportun de traiter préventivement la situation individuelle des fonctionnaires concernés et, pour ce faire, de définir des règles d'équivalence d'assiette et de taux de primes permettant de déterminer la différence entre ce que les fonctionnaires techniques ont perçu et ce qu'ils auraient dû percevoir avant le 1^{er} janvier 2003.

Cette décision posait, en second lieu, la question des conséquences à tirer, sur le plan réglementaire, de l'annulation prononcée. La Section, après avoir rappelé que l'annulation du refus de prendre un acte réglementaire pour un motif de légalité interne implique nécessairement de prendre un tel acte, a pu, après des travaux et des recherches importants, préciser que les décisions ministérielles prises antérieurement et ayant eu pour objet d'étendre aux fonctionnaires techniques, à compter du 1^{er} janvier 2003, le bénéfice de la prime de rendement prévue par le décret n° 45-1753 du 6 août 1945 pouvaient être regardées, eu égard à la nature de l'élément de rémunération dont il s'agit, de son assiette et de son taux, comme se substituant à la mise en œuvre des dispositions des décrets susmentionnés de 1939 et de 1946 et, par suite et par anticipation, comme concourant à compter de cette date à l'exécution de la décision du Conseil d'État du 16 juin 2004. Toutefois, elle a estimé que ces décisions n'avaient pu avoir pour effet d'abroger implicitement le décret du 17 février 1939 du Président de la République et les dispositions pertinentes du décret n° 46-1830 du 19 août 1946 du président du Gouvernement provisoire de la République. À cet égard, il appartient donc au Gouvernement de décider si le régime de prime de rendement prévu par le décret du 6 août 1945 se substitue désormais à celui prévu en faveur des fonctionnaires techniques par le décret du 17 février 1939 et les dispositions pertinentes du décret du 19 août 1946 et, dans l'affirmative, d'abroger expressément les dispositions de ces deux décrets.

Dans une affaire qui présente avec la précédente des similitudes, la Section a été saisie d'une demande d'éclaircissement concernant la portée de la décision n° 246321, *ministre de l'Équipement et des transports c/ M^{me} Agnès Soulier*, rendue le 24 juin 2005 par le Conseil d'État statuant au contentieux, relative au régime indemnitaire d'un agent du Service d'études techniques des routes et autoroutes (SETRA) de ce ministère. En application de cette décision, l'État a été condamné à verser à cet agent la différence entre les rémunérations perçues de janvier 1998 à décembre 2002 et celles qui auraient résulté, pour la même période, de l'intégration dans son traitement de l'indemnité de résidence, avec intérêts de droit et capitalisation desdits intérêts. La décision ayant écarté, pour illégalité, l'application d'un texte réglementaire de 1969, l'administration hésitait sur le point de savoir quels textes, antérieurs ou postérieurs, elle devait appliquer pour procéder à ce calcul. La Section a donc procédé à cette analyse relativement complexe, avant d'attirer l'attention du ministre, comme dans l'affaire précédente, sur l'intérêt qui s'attacherait à ce que la situation d'autres agents placés dans la même position que la requérante soit régularisée afin d'éviter de nouveaux contentieux.

Par ailleurs, toujours en matière de fonction publique, la Section a été saisie d'une demande d'éclaircissement sur les modalités d'exécution d'un jugement du 8 avril 2005 par lequel le tribunal administratif de Versailles avait annulé une décision de licenciement pour absence injustifiée d'un agent qui avait été recruté en 1992 en vertu d'un contrat à durée indéterminée en qualité d'ouvrier professionnel spécialisé. Entre-temps, l'intéressé avait demandé sa mise à la retraite à compter de sa date de licenciement et, par ailleurs, n'était plus apte à reprendre ses fonctions. L'employeur, un centre hospitalier, s'interrogeait sur le point de savoir s'il devait réintégrer effectivement l'intéressé et, dans l'affirmative, s'il pouvait, le cas échéant, engager une nouvelle procédure disciplinaire à l'encontre de cet agent ou mettre en œuvre une procédure de licenciement pour inaptitude physique. Se posait, en outre, la question de

savoir si le centre hospitalier était tenu d'indemniser l'intéressé de la perte de droits à pension du fait de sa demande d'admission à la retraite avant qu'il ne remplisse les conditions d'une retraite à taux plein. Sur cette affaire complexe, la Section, après avoir rappelé que l'autorité compétente a l'obligation de réintégrer d'office un agent lié à l'administration pour une durée indéterminée dont l'éviction du service a été annulée par une décision de justice définitive, à moins que cette réintégration n'ait été rendue impossible en droit ou en fait, a indiqué au centre hospitalier qu'il lui était, toutefois, loisible, une fois l'intéressé placé dans une situation régulière, s'il se croyait en droit de le faire, d'engager à son égard dans les conditions réglementaires une nouvelle procédure disciplinaire ou une procédure tendant à reconnaître l'inaptitude de l'intéressé à exercer ses fonctions et à en tirer les conséquences. Enfin, après avoir constaté que, comme c'est fréquemment le cas, la question de savoir si l'intéressé était en droit d'être indemnisé du préjudice résultant d'une perte de droits à pension dans la mesure où il établirait un lien direct de cause à effet entre l'éviction illégale dont il a été victime et sa demande de mise à la retraite ne s'inscrivait pas dans le cadre de l'exécution du jugement du tribunal administratif, la Section, dans le souci de répondre le plus efficacement possible à l'administration, a indiqué que l'administration est tenue, après avoir procédé à la réintégration juridique de l'agent irrégulièrement évincé, d'en tirer les conséquences au regard de ses droits à pension pendant la période d'éviction illégale, ce qui implique de verser aux organismes de retraite les cotisations correspondantes (*cf.* Conseil d'État, 7 octobre 1998, *Bousquet*, n° 186909).

Enfin, la Section a été saisie d'une demande d'éclaircissement émanant du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui peut être regardé comme une autorité intéressée au sens de l'article R. 931-1 du Code de justice administrative et qui peut, à ce titre, être admise à saisir directement le Conseil d'État, **qui soulevait une importante question relative aux conséquences qu'il convenait de tirer de la décision du 12 janvier 2005 par laquelle le Conseil d'État statuant au contentieux sur la requête d'une société exploitant un groupe de radios à vocation nationale, avait prononcé l'annulation de la décision du CSA rejetant la candidature de cette société à l'exploitation d'un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne** dans un secteur géographique déterminé. Il s'agissait, en l'espèce, d'une annulation pour un motif de légalité interne : en effet, le Conseil d'État a jugé qu'en attribuant les deux fréquences disponibles dans cette zone à deux radios associatives locales – et en rejetant par voie de conséquence la demande de la société concernée qui propose, elle, un programme musical national – le CSA avait méconnu le principe de sauvegarde du pluralisme et le juste équilibre entre les différents réseaux de radiodiffusion. La société avait demandé l'exécution de cette décision en soutenant, d'une part qu'une nouvelle fréquence était disponible et, d'autre part, que, dès lors qu'il s'agissait d'une annulation au fond, celle-ci devait valoir attribution automatique de cette fréquence pour tirer les conséquences de la décision du Conseil d'État. Il faut relever que cette situation est, pour le CSA, susceptible de se poser de manière relativement fréquente, dès lors qu'il prend, chaque année, de très nombreuses décisions de rejet de demandes d'exploitation. S'il s'était trouvé, dans l'hypothèse d'une annulation contentieuse sur le fond, dans l'obligation d'attribuer à la société requérante la fréquence en cause, on aurait pu craindre une multiplication des recours contentieux et, dans bien des cas d'ailleurs, plusieurs recours émanant de

diverses sociétés ayant vu leur demande rejetée pour la même fréquence. La réponse revêtait donc pour le CSA une importance toute particulière. Dans cette affaire, la Section a d'abord rappelé que, dans le cas où le juge de l'excès de pouvoir a annulé une décision de refus d'autorisation d'exploitation d'une fréquence de radiodiffusion sonore, l'autorité compétente est tenue de réexaminer la demande en vue de prendre une nouvelle décision, au vu de la situation de droit et de fait en vigueur à la date à laquelle elle se prononce à nouveau (CE, Sect., 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM*, p. 355). Dans l'hypothèse où une fréquence demeurerait ou apparaîtrait à nouveau disponible dans la zone considérée, une annulation fondée sur un motif de forme n'oblige ni n'autorise le CSA à l'attribuer à la société bénéficiaire de la décision de justice directement et sans recourir à un appel aux candidatures, ainsi que la loi le prévoit s'agissant de l'attribution des fréquences (CE, 29 juillet 1998, *Société Radio Pholie*, T. p. 1113). Sous réserve de la décision que pourrait prendre le juge administratif s'il était saisi de cette question précise, aucun élément ne permet d'envisager une solution différente selon que le refus d'attribution a été motivé par la méconnaissance d'une règle de forme ou d'une règle de fond dont le CSA est chargé de l'application. En particulier, l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée prévoit que l'attribution de telles autorisations est précédée d'un appel à candidatures. Par ailleurs, le CSA devant nécessairement statuer à nouveau sur la demande de la société intéressée, celle-ci doit, de plein droit, figurer parmi les candidats à l'attribution de cette fréquence et être invitée à compléter, si elle le juge nécessaire, le dossier qu'elle avait présenté lors de sa demande initiale. La Section en a déduit que la décision du Conseil d'État impliquait nécessairement, pour le CSA, d'organiser un nouvel appel à candidatures auquel la société intéressée serait, de plein droit, candidate sauf si elle venait à exprimer une opinion contraire.

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

	2001	2002	2003	2004	2005
Affaires enregistrées	151	206	183	224	171
Affaires réglées	189	245	193	208	177
Affaires en cours	83	44	34	50	51

Tableau 2

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

	2001	2002	2003	2004	2005
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	108 (10)	156 (7)	129 (4)	187 (21)	142 (9)
Procédures d'astreinte (dont liquidations d'astreinte)	43 (19)	50 (24)	54 (23)	37 (16)	29 (11)
Total	151	206	183	224	171

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 2005	50
Affaires enregistrées au cours de l'année	171
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution (dont réponses à des demandes d'éclaircissement)	147 (13)
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte (dont liquidation d'astreinte)	30 (10)
Total des affaires traitées en 2005	177
Affaires en cours au 1 ^{er} janvier 2006	51

Tableau 4

Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2005

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	171	450	908	1 529
Affaires réglées	177	406	759	1 066
Pourcentage d'affaires réglées en phase administrative	-	76 %	75 %	-

Tableau 5

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

	2001	2002	2003	2004	2005
Tribunaux administratifs					
Affaires enregistrées	918	824	803	898	908
Affaires réglées	620	738	645	793	759
Cours administratives d'appel					
Affaires enregistrées	469	500	481	488	450
Affaires réglées	468	383	377	361	406

Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État

L'activité d'étude en 2005

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 très variés, en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation des politiques publiques.

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 (notamment des représentants des administrations et des universitaires), dont la composition vise à garantir à la fois un grand niveau d'expertise et une confrontation suffisante de points de vue. Ces groupes définissent librement leur méthode d'approche du sujet, l'expérience montrant que leur rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Les études, qui sont publiées par La Documentation française, sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

L'étude portant sur « **Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales** » a été adoptée en juillet par l'Assemblée générale du Conseil d'État, et sera publiée à La Documentation française au premier semestre 2006. Elle a été l'occasion de dresser un bilan des instruments juridiques mis à la disposition des collectivités territoriales ainsi qu'à la manière dont l'État pourrait être mieux à même de connaître et, le cas échéant, d'accompagner les actions de coopération décentralisée.

Les groupes de travail constitués pour les études relatives au « **Droit de l'espace** » et à « **L'inventaire méthodique du droit de la communication** » ont poursuivi leurs travaux tout au long de l'année 2005, lesquels seront finalisés au cours du premier semestre de l'année 2006.

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

Depuis le mois d'avril 2003, la Section du rapport et des études a été chargée de la mission de faire mieux 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 conforter les liens entre l'institution, les milieux académiques et les praticiens.

En 2005, le Conseil d'État a consacré sa Journée d'Étude, qui s'est tenue le 30 novembre au Conseil économique et social, au thème des considérations générales du rapport public 2005, « Responsabilité et socialisation du risque ». Organisée en partenariat avec l'*AJDA*, cette manifestation a été l'occasion de réunir, à travers trois tables rondes, des intervenants, universitaires, praticiens, magistrats, parlementaires et membres de l'institution. En présence de plus de trois cents personnes, cette Journée d'Étude a permis d'approfondir le thème du dialogue entre le législateur et les juges, celui de l'articulation de la prévention du principe de précaution et de la responsabilité ainsi que celui, plus concret, de l'application du régime de la responsabilité et de l'indemnisation en matière sanitaire.

À cette occasion, l'*AJDA* a publié, dans son 40^e numéro du 28 novembre 2005, trois articles sur le thème des tables rondes portant sur « Le législateur et les juges en matière de responsabilité : duo ou duel ? », « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », et « Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire ».

Par ailleurs, le thème des considérations générales du rapport public 2005 a donné lieu à de nombreux autres colloques, notamment un séminaire de l'Association des directeurs de caisses d'assurances maladie pour lesquels le rapporteur général adjoint chargé de la valorisation des travaux du Conseil d'État a été très sollicité.

Enfin, dans le cadre de la mission d'information de l'Assemblée nationale relative à l'amiante, la Section du rapport et des études a représenté le Conseil d'État pour éclairer les travaux des parlementaires.

L'année 2005 a également permis d'élaborer le projet des « Entretiens du Palais-Royal », qui seront l'occasion, chaque trimestre de l'année 2006, d'inviter sur une demi-journée des professionnels et des praticiens pour dialoguer avec les membres du Conseil d'État d'un sujet particulier.

L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État est conduite, sous l'autorité du Vice-président, par la cellule de coopération internationale de la Section du rapport et des études, en liaison avec le secrétaire général.

En 2005, cette action de coopération a été poursuivie de façon particulièrement intense à travers l'accueil de nombreuses délégations ou personnalités, l'organisation de stages au Conseil d'État au bénéfice de juristes étrangers et enfin par l'envoi, le plus souvent à l'initiative de nos ambassades, dans le cadre de programmes bilatéraux ou multilatéraux, de missions du Conseil d'État à l'étranger ; le nombre de celles-ci a presque doublé par rapport à l'année précédente.

Europe

L'année 2005 a été marquée par de nombreux échanges avec les pays d'Europe centrale et orientale.

Ainsi, après des déplacements en Russie et en Hongrie en 2004, le Vice-président du Conseil d'État s'est rendu au début de l'année 2005 en Lituanie à l'invitation du ministre de la Justice. La délégation du Conseil d'État a pu avoir, à cette occasion, des rencontres avec les présidents de la Cour suprême et de la Cour suprême administrative, plusieurs membres du Gouvernement, ainsi que des universitaires. Le renforcement des liens avec la Lituanie s'est par ailleurs concrétisé par l'accueil en stage d'un représentant du parquet, comme « *personnalité d'avenir* » ainsi que par le stage d'une consultante juridique au service de la jurisprudence de la Cour administrative suprême.

La Russie est depuis longtemps un partenaire actif du Conseil d'État. Trois délégations se sont rendues au Palais Royal, dont l'une, composée du président et de deux autres membres de la Cour suprême, pour participer à une réunion de travail avec le Vice-président. Les deux autres délégations, composées de hauts fonctionnaires, participaient au programme européen TACIS de réforme administrative en Russie. En fin d'année, le Conseil d'État a accueilli la directrice de l'Institut de droit comparé auprès du Gouvernement russe, désireuse de mettre à profit l'expérience du Conseil d'État en matière de rédaction de textes.

L'articulation entre le droit communautaire et le droit administratif a suscité, dans le cadre du programme d'accueil de personnalités d'avenir invitées par nos postes diplomatiques, la venue d'un parlementaire biélorusse et de la conseillère chargée de la législation au secrétariat d'État pour les Affaires européennes de Macédoine.

La coopération franco-allemande s'est concrétisée par l'accueil de délégations très diverses : trois délégations de fonctionnaires de l'administration fédérale venues s'informer du rôle du Conseil d'État comme cour suprême de l'ordre administratif ; trois délégations de jeunes magistrats et cadres de l'administration de Rhénanie-Palatinat et une de fonctionnaires issus de différents ministères de Bavière ont été reçues au Conseil d'État dans le cadre de sa coopération institutionnelle au niveau des Länder. Elle a été également marquée par une rencontre organisée au Palais Royal entre magistrats administratifs français et allemands sur « l'intervention du juge administratif et le respect de la légalité par l'administration », à laquelle assistaient une quinzaine de magistrats allemands. Par ailleurs, le Conseil d'État était représenté au septième dialogue franco-allemand à l'Académie d'Otzenhausen, consacré à la place de la France et de l'Allemagne dans l'Europe élargie.

En outre, trente et un magistrats de la Cour administrative autrichienne, des universitaires de Grande-Bretagne, de Serbie, de Moldavie, d'Albanie, et un nombre important de hauts responsables administratifs et politiques allant du président et Vice-président de l'Assemblée du Kosovo au président de l'Autorité électorale permanente de Roumanie, en passant par diverses personnalités d'Albanie, de Hongrie ou de Suède sont venus en visite au Conseil d'État.

Enfin, des missions ont permis à des membres du Conseil d'État d'apporter leur expertise, notamment en Roumanie, en Slovaquie et en Bulgarie, dans le cadre des programmes PHARE de l'Union européenne au bénéfice de ces pays.

Amériques

Les échanges avec l'Amérique latine se sont poursuivis à un haut niveau.

Il en a d'abord été ainsi dans le cadre de l'année du Brésil, avec l'accueil d'une importante délégation du Tribunal supérieur de justice et du Tribunal fédéral suprême de ce pays, conduite par le président du Tribunal supérieur, dans le prolongement des relations institutionnelles existant depuis plusieurs années entre cette Cour suprême et les hautes juridictions françaises, Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation. Plusieurs séances de travail ont réuni des membres des quatre institutions précitées, sur le thème de la sécurité juridique.

Ces échanges ont aussi pris la forme de déplacements au Conseil d'État de personnalités du monde judiciaire ou gouvernemental sud-américaines, en particulier en la personne du président du Tribunal constitutionnel du Chili et du sous-secrétaire d'État à la gestion publique d'Argentine. Cette dernière visite a permis de renforcer les relations institutionnelles engagées avec l'Argentine

depuis plusieurs années ; une nouvelle mission du Conseil d'État a été organisée à la fin de l'année 2005, à la demande de l'Argentine, afin de déterminer des axes supplémentaires de coopération touchant à l'amélioration de la gestion publique, mais aussi à la modernisation et au renforcement de diverses administrations de l'État, ainsi que de promouvoir les échanges interuniversitaires dans le domaine juridique.

L'envoi de trois missions de membres du Conseil d'État en Colombie témoigne de l'étroitesse des liens noués tant avec les grandes institutions publiques que les milieux universitaires et judiciaires de ce pays. La première mission a consisté en la participation, à l'invitation du président du Conseil d'État colombien, d'un représentant du Conseil d'État aux onzièmes rencontres de la juridiction administrative colombienne, qui réunissaient l'ensemble des magistrats administratifs de ce pays. À cette occasion le représentant français a ouvert le colloque en décrivant « les évolutions récentes de la jurisprudence administrative française » ; de ce fait, la référence française a été au centre des réflexions de ces rencontres. La deuxième, pour les quatrième journées de droit constitutionnel et administratif de l'Universidad Externado de Colombia, a permis à un membre du Conseil d'État de s'exprimer sur « la libre concurrence » en droit public et en droit privé ainsi que sur les influences du droit administratif français sur le droit administratif colombien, devant un très large public d'universitaires, de membres de juridictions administratives et d'avocats sud-américains et occidentaux. La troisième mission est intervenue à l'initiative de la municipalité de Bogota et a porté sur le thème de la responsabilité administrative, dans le cadre d'un colloque consacré à ce sujet.

Afrique

Les relations du Conseil d'État avec l'Afrique du Nord et l'Afrique noire s'inscrivent dans une coopération bilatérale intense engagée depuis très longtemps. Elles se sont traduites, en 2005, par l'accueil de plusieurs délégations de cours suprêmes ou constitutionnelles. Il y a lieu de signaler tout particulièrement l'accueil d'une importante délégation de la Cour suprême du Bénin, conduite par son président, qui a permis de déterminer les conditions dans lesquelles le Conseil d'État apportera sa contribution au vaste programme de formation des magistrats de ce pays mis en place par cette cour avec les financements de la Banque mondiale et de l'Organisation internationale de la Francophonie. On note aussi la venue du président du Tribunal des comptes du Cap-Vert, ainsi que de plusieurs dirigeants ou cadres administratifs : le Secrétaire général du Gouvernement de la République démocratique du Congo et la directrice politique de l'Institut sud-africain pour une alternative démocratique en Afrique australe, invitée comme « *personnalité d'avenir* ».

À cela s'ajoute une délégation d'officiers du Togo, du Burkina Faso, du Tchad, du Sénégal, du Gabon et de Tunisie, en stage à l'École militaire supérieure d'administration et de management de Montpellier.



À l'occasion de la journée de la femme, le Vice-président a reçu au Conseil d'État une trentaine de femmes représentatives des différents milieux socio-professionnels de la société tunisienne.

Cette coopération s'est traduite aussi par trois missions d'appui. L'une, au Ghana, visait la réforme du secteur public. Une autre, au Mali, portait sur la tutelle des collectivités territoriales et le contrôle de légalité, dans le cadre du processus de décentralisation engagé dans ce pays. Une dernière, en Algérie, était consacrée à la concession et à la délégation de service public, dans le cadre d'un séminaire réunissant membres du Conseil d'État algérien, magistrats et universitaires.

Levant et Proche-Orient

En 2005, la coopération avec le Proche-Orient a été particulièrement dynamique. L'événement marquant est la tenue au Conseil d'État d'un séminaire franco-palestinien, présidé par le Vice-président, portant sur la création d'une juridiction administrative en Palestine. Les séances de travail organisées dans ce cadre ont offert l'opportunité à une délégation de très haut niveau composée de seize juristes palestiniens, magistrats, dont le président du Diwan al Fatwa et le président de la Cour suprême, universitaires et avocats, de présenter le projet de juridiction administrative envisagé, et d'en débattre avec des experts de plusieurs pays, en particulier de France, d'Algérie, d'Égypte et de Tunisie.

Le Conseil d'État a reçu une délégation de dix-huit personnalités représentatives des différents partis politiques d'Irak, venues s'informer des modalités d'organisation des opérations électorales à la veille d'échéances importantes dans leur pays.

Au titre des délégations ou personnalités individuelles accueillies au Conseil d'État pour cette zone géographique, il y a lieu de noter : le président de l'Audit-Bureau de Jordanie, un juge à la Cour suprême du Yémen, un juge de la Cour constitutionnelle de Bahreïn et une délégation de magistrats de Turquie.

Asie

Une nouvelle fois, les principaux pôles de coopération du Conseil d'État en Asie ont été la Chine, le Vietnam et la Thaïlande.

Pour ce qui est de la Chine, le rythme des échanges et leur niveau sont toujours aussi élevés. Pas moins de sept délégations des différentes administrations centrales et provinciales ont été reçues. Parmi elles, il convient notamment de signaler, en réponse à la visite du Garde des Sceaux à l'hiver 2004, celle conduite par le ministre de la Justice chinois, accompagné de dix fonctionnaires de son ministère, qui a souligné le vif intérêt porté par la Chine au renforcement de la coopération juridique entre les deux pays. Au cours des

entretiens que le ministre de la Justice a eus avec les représentants du Conseil d'État, de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et de la Chancellerie, des pistes de coopération ont pu être dégagées, en vue de faire valoir les mérites du droit romano-germanique et de l'expérience française de juridiction administrative. Par ailleurs, une délégation de dix-huit experts du Bureau des affaires législatives s'est rendue au Palais Royal, en prolongement de la visite qui leur avait été faite par une délégation du Conseil d'État en 2004 pour une réunion de travail sur le thème de l'expropriation.

Le Conseil d'État s'est associé à la coopération conduite depuis de nombreuses années par le notariat français, notamment au travers du Centre sino-français de formation et d'échanges notariaux et juridiques. Cette coopération s'est traduite par la participation du Conseil d'État aux onzième et douzième colloques sino-français de droit notarial, tenus respectivement, au printemps, à Taiyuan (province du Shangsï), et durant l'été, à Shangai. Le Conseil d'État a, en retour, accueilli une délégation de dix-neuf membres de l'Association des notaires des différentes provinces de Chine.

La coopération avec le Vietnam s'est traduite par deux missions à Hanoi. La première mission avait pour objet la participation à la douzième réunion du Comité d'orientation de la Maison franco-vietnamienne du droit, consacrée à l'élaboration du programme d'action 2005-2006 et à l'actualisation de la convention franco-vietnamienne à l'origine de la création de cet établissement. La seconde mission satisfaisait à une demande d'expertise sur les projets de loi relatifs aux entreprises et aux investissements. Une délégation de cinq fonctionnaires du ministère vietnamien de la Justice, conduite par le vice-ministre, a, de son côté, effectué un stage d'observation au sein du Conseil d'État.

Pour ce qui est de la Thaïlande, le Conseil d'État a accueilli plusieurs hauts magistrats du pays : le président de la Cour constitutionnelle, le Vice-président de la Cour administrative suprême et le président de la Cour administrative centrale. Trois importants magistrats de la Cour administrative centrale ont bénéficié d'un stage de trois semaines au Conseil d'État ainsi qu'au tribunal administratif et à la cour administrative d'appel de Paris. Par ailleurs, le secrétaire général du Conseil d'État s'est rendu à Bangkok, en sa qualité de secrétaire général de l'Association internationale des hautes juridictions administratives, en vue notamment de préparer le neuvième congrès de cette association, qui aura lieu dans cette ville en 2007.

Différentes personnalités d'autres pays du continent asiatique, et notamment d'Asie centrale, ont été accueillies pour des visites de travail ou des conférences : le Secrétaire général du Gouvernement d'Afghanistan, des magistrats de la Cour constitutionnelle d'Arménie, ainsi que des fonctionnaires du Kazakhstan et du Pakistan.

Enfin, deux missions ont permis au Conseil d'État d'apporter son expérience à Taiwan, en matière de partenariat public-privé, et en Azerbaïdjan, dans le cadre d'un séminaire à l'Académie de politique administrative, en lien avec la coopération internationale de l'ENA.

* * *



Il est à noter que le Conseil d'État a participé activement à deux importantes conférences internationales : la conférence annuelle de l'Institut international des sciences administratives, tenue à Berlin sur le thème « administrations publiques et entreprises privées : coopération, concurrence et régulation », et le sixième forum mondial de la Gouvernance, organisé par les Nations unies en Corée du Sud. Dans le cadre de sa relation étroite avec la division des Nations unies consacrée à l'administration publique et au management, le Conseil d'État a participé à l'animation d'une conférence organisée par cette division sur le thème de la gestion des entreprises publiques dans les pays en développement. La conférence associait un large panel de pays en développement ou semi-développés (notamment l'Inde, la Malaisie, le Mexique, le Nigeria) ainsi que quelques pays occidentaux (les États-Unis, l'Italie et la France) ; le modèle français d'Agence pour les participations de l'État y a suscité un vif intérêt. Enfin, le Conseil d'État était bien entendu présent à la réunion annuelle du conseil d'administration de l'Association internationale des hautes juridictions administratives, qui s'est tenue en avril 2005 à Budapest, ainsi qu'à la réunion de l'Assemblée générale de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne en juin 2005 à Leipzig.

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

L'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État a été tellement intense au cours de l'année 2005 qu'il est permis d'évoquer, à cet égard, un changement de nature et non plus de degré de cette structure créée au sein de la Section du rapport et des études en 1998.

En premier lieu, la cellule s'est efforcée de répondre au plus vite (48 heures au maximum) et au mieux à plus de 500 questions juridiques dont elle a été saisie non seulement par les membres du Conseil d'État mais également par le Médiateur de la République, par les services juridiques des délégations parlementaires pour l'Union européenne et de plusieurs ministères ou organismes exerçant une mission de service public. La nature et la portée de ces questions impliquent une complexification croissante des réponses qu'elles appellent, ainsi que des recherches et travaux nécessaires pour répondre à ces questions.

Au-delà des problèmes classiques relatifs à la technique de transposition des directives, à l'interprétation de ces dernières, notamment la sixième directive TVA, à l'ouverture de la fonction publique nationale aux ressortissants communautaires, aux modifications du Code de la consommation imposées par les actes communautaires, ou à la nécessité d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes, le traitement des questions posées s'avère, en effet, toujours plus délicat :

– en raison de leur *ampleur* : problèmes d'interprétation des stipulations du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, à tout le moins jusqu'au 29 mai 2005... ; rétroactivité des stipulations du traité CE ; distinction entre la notion d'organe et celle d'institution communautaire ; rapports entre le droit communautaire et le droit issu du Conseil de l'Europe, et, plus généralement interprétation de nombreuses stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; application du droit de la concurrence, des aides et des marchés publics à des organismes privés exerçant une mission de service public à vocation sociale ; très nombreuses questions relatives à l'application de la jurisprudence communautaire « *Ferring, Altmark, Gemo* », pour ce qui a trait à l'approche « compensatrice » des aides d'État octroyées dans le cadre de l'accomplissement de missions de service public ; nombreuses questions relatives à la jurisprudence communautaire sur la répétition des aides indûment versées et l'interprétation de la notion de force majeure ; limites des compétences normatives des États membres pendant le délai de transposition des directives ; nombreuses questions relatives au statut de l'outre-mer au regard du droit communautaire ; effets juridiques comparés des décisions du Conseil européen et des décisions des autres formations du Conseil ; nombreuses questions relatives à la validité

de normes d'incrimination ou de sanction pénales au regard du droit communautaire ; nombreuses questions relatives à la compatibilité de plusieurs dispositions du projet de loi de finances rectificative 2005 et du projet de loi de finances 2006 au regard du droit communautaire, notamment en matière d'aides d'État, de libre circulation des capitaux et de liberté d'établissement ; compatibilité avec le droit communautaire de l'ensemble des dispositions normatives régissant les relations financières entre la France et l'étranger ; plusieurs questions relatives à des régimes d'extension de cotisations professionnelles par arrêté ministériel ; plusieurs questions relatives à la conciliation des principes du caractère contradictoire de la procédure et du secret des affaires ; interprétation de la directive du Conseil relative à la notion de « pays sûrs » au regard du droit d'asile ; modalités de constitution d'un groupement d'intérêt public au regard du droit communautaire ; application du principe *non bis in idem*...

– du fait de leur *nouveauté* ou *technicité* : nombreuses questions relatives à la validité de régimes d'autorisation préalable, à la légalité d'aides d'État octroyées à certains opérateurs et à l'application de la directive « transparence des relations financières » en matière de droit de l'espace ; compatibilité de la redevance audiovisuelle avec le droit communautaire ; interprétation des textes communautaires relatifs à la compatibilité des méthodes de production agricole avec les exigences de la protection de l'environnement ; incidence du droit communautaire sur le droit national régissant les activités sportives ; statut des fédérations mutualistes françaises au regard du droit communautaire ; compatibilité des pôles de compétitivité au regard du droit communautaire ; légalité des structures transfrontalières entre collectivités territoriales de plusieurs États membres au regard du droit constitutionnel et du droit communautaire...

En 2005, les membres de la Section du contentieux ont fortement sollicité la cellule de droit communautaire, de sorte que le nombre des questions posées par ces derniers est comparable à celui des questions posées par les membres des formations consultatives.

En deuxième lieu, le bulletin de la cellule de droit communautaire a été, au cours de l'année 2005, adressé mensuellement et régulièrement non seulement aux membres du Conseil d'État mais aussi à ceux des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Consultés à cet effet au mois de juin 2005, plus de 75 % des membres du Conseil d'État ont exprimé leur préférence pour la version du bulletin sur support papier par rapport à sa version 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, et bien davantage que les années précédentes, 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 2006, celles des groupes de travail réalisant des études en réponse à une lettre de mission du Premier ministre, celles de la cellule de coopération internationale et celles de la cellule de valorisation des travaux du Conseil d'État.

En cinquième lieu, le responsable de la cellule a continué de s'efforcer de participer au rayonnement du Conseil d'État dans l'ordre juridique communautaire en présentant des interventions dans des grandes écoles, universités ou instituts ; 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, avec l'observatoire européen de la Cour de cassation, la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, le Secrétariat général pour les affaires européennes.

En dernier lieu, il convient de relever que la cellule de droit communautaire n'aurait pas été en mesure de faire face à cet accroissement très substantiel de sa charge de travail si elle n'avait bénéficié du concours précieux de l'assistant de justice et des stagiaires qui ont été très étroitement associés à l'accomplissement de ses différentes missions.

Bilan des formations



Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Comme l'année passée, trois 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 26 stagiaires, le deuxième, du 1^{er} juillet au 20 décembre regroupait 11 conseillers, le troisième, à l'intention des 35 candidats reçus au concours de recrutement complémentaire, a débuté le 1^{er} octobre et se terminera à la fin du mois de mars 2006. Au total, 72 magistrats ont suivi ou suivent le stage de formation initiale.

Le programme de chaque stage est établi par le Comité de coordination de la formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel présidé par M. Bernard Stirn, président adjoint de la Section du contentieux. Le programme des deux premiers stages est identique et organisé autour de trois activités principales : des conférences à thèmes (100 heures), la participation à des sous-sections de formation (45 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'État. Les conférences sont toutes assurées par des membres du Conseil d'État et des magistrats des juridictions administratives.

Le programme du troisième stage comporte une première partie destinée à mieux faire connaître aux stagiaires l'administration et son environnement ; cette partie s'organise elle-même en trois phases, une série de conférences, des travaux de groupe puis un stage pratique dans une administration. La deuxième partie du stage reprend le programme des deux stages précédents.

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Sur les vingt-trois stages programmés pour l'année 2005, vingt ont été réalisés. Ils ont été principalement animés par des membres du conseil d'État et des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 311 magistrats. 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. Au total, les magis-

trats ont donc suivi l'équivalent de 351 journées de formation, soit un tiers de plus que l'année précédente. 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 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.

Treize stages organisés par l'École nationale de la magistrature ont été ouverts aux magistrats administratifs : six d'entre eux seulement ont suivi ces formations.

Formation des agents des greffes des juridictions administratives

Les dix-sept stages programmés ont été réalisés, dont un en province. Ils ont regroupé 373 agents autour de trois thèmes principaux :

- **l'accueil des agents nouvellement nommés** : trois stages de cinq jours, regroupant 59 agents ont été organisés. Ces stages ont pour but de faire connaître les juridictions administratives et de donner les bases de l'activité juridictionnelle ;
- **l'adaptation aux fonctions occupées par certains agents** : cette année, l'accent a été mis sur la gestion budgétaire et plus particulièrement sur la mise en place de la LOLF ;
- une **formation juridique** par l'organisation de stages couvrant les principaux aspects du contentieux administratif : chaque année, les thèmes varient de façon à donner un panorama complet de l'activité des juridictions administratives.

Ces stages sont très demandés par les agents : 404 d'entre eux ont été candidats, pour 373 agents retenus.

Des actions de formation ont été organisées en nombre important dans les juridictions à l'initiative des chefs de juridiction.

Ce bilan n'intègre pas la participation des agents des greffes des juridictions administratives aux stages organisés par le ministère de l'Intérieur et par les préfectures.

Par ailleurs, dix agents bénéficient de la préparation, financée à 75 % par le Conseil d'État, au concours de recrutement complémentaire de conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, assurée par le CNED. De plus, cinq agents ont participé à l'entraînement à ce concours organisé au Conseil d'État.

Formation des agents du Conseil d'État

La formation des agents du Conseil d'État a été réorganisée en 2005 en fonction des observations formulées lors de la réunion annuelle du Comité de pilotage et d'orientation de la formation. Cette année, une très large part des formations a été destinée à accompagner la réforme de l'organisation de la Section du contentieux. Le tableau annexé regroupe l'ensemble des actions de formations proposées et le nombre des participants.

Comme chaque année une préparation aux concours administratifs internes et aux examens professionnels est assurée dès l'annonce des épreuves.

Des formations aux langues vivantes européennes se poursuivent : elles sont désormais proposées également aux magistrats des juridictions administratives parisiennes.

Formation aux divers logiciels informatiques

La direction des systèmes d'information du Conseil d'État a assuré plusieurs formations aux divers logiciels installés dans les juridictions administratives, qui se sont tenues au Conseil d'État mais aussi dans les juridictions. Il en va de même pour les formations « bureautiques », la société ABC Formation titulaire du marché ayant assuré des formations aussi bien à Paris qu'en province.

Ces formations sont intervenues dans les domaines suivants :

- Skipper initiation et perfectionnement : 233 participants (agents des greffes et magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ;
- Ariane et Poste rapporteur : 145 participants (formation continue des membres du Conseil d'État, des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et des assistants juridiques) ;
- Logiciels bureautiques (Word, Excel et Outlook et Access) : 36 participants (magistrats et agents des juridictions administratives).

Statistiques

Tableau 1
Bilan des formations 2005

	Présents
I. Stage d'accueil	
Stage d'accueil des agents nouvellement nommés	17
II. Préparation des concours et examens professionnels	
Concours interne de secrétaire administratif	26
Préparation aux épreuves écrites ⁽¹⁾	82
Concours de conseiller de TA et de CAA (CNED)	2
Concours de conseiller de TA et de CAA (interne au Conseil d'État)	2
III. Connaissance du Conseil d'État et de l'administration	
Conférence n°1 : présentation du rapport annuel	
Conférence n°2 : bilan annuel de l'activité contentieuse	
Conférence n°3 : la réforme de l'État et la LOLF	
IV. Stages de découverte du contentieux administratif	
Les bases du droit et du contentieux administratifs	7
L'organisation de la justice en France	10
Le traitement d'un dossier contentieux	1
V. Stages d'actualisation des connaissances juridiques	
L'actualité du contentieux administratif	3
Le droit des étrangers	10
Le droit de l'urbanisme	0
Le droit de la fonction publique	0
VI. Stages d'adaptation aux fonctions administratives	
La gestion budgétaire dans le cadre de la LOLF	0
La rédaction des textes juridiques	0
L'accueil du public – la Charte Marianne	1
La rédaction d'une correspondance administrative	0
L'entretien d'évaluation pour les évaluateurs	
Les marchés publics	5
VII. Stages d'aide à la prise de fonction à la Section du contentieux	
Présentation générale de la Section du contentieux	22
Formation juridique de base	22
Les relations de la Section du contentieux avec le public	55
L'arrivée et l'enregistrement d'une requête	10
L'analyse d'une requête	32
Le traitement du dossier en secrétariat de sous-section : PPAC à BPR	24
Le traitement du dossier en secrétariat de sous-section : BPR à archivage	47
Mise en forme des projets et décisions	36
L'aide à la décision	0
Les « téléprocédures »	16
Les outils statistiques	11

⁽¹⁾ Formation la plus fréquentée : 19 participants sur 26 inscrits pour 9 séances au total.

Tableau 2
Bilan des formations des agents des greffes en 2005

N°	Thème du stage	Nombre d'inscrits	Nombre de participants
<i>Accueil des agents récemment nommés</i>			
1	Stage d'accueil des agents récemment nommés	17	15
2	Stage d'accueil des agents récemment nommés	19	16
3	Stage d'accueil des agents récemment nommés	28	28
<i>Découverte du droit administratif et actualisation des connaissances juridiques</i>			
4	Les bases du droit et du contentieux administratif	18	17
5	Le traitement d'un dossier contentieux	16	16
6	Le traitement d'un dossier contentieux	15	15
6 bis	Le traitement d'un dossier contentieux	14	12
7	L'organisation de la justice en France	21	19
8	L'actualité du contentieux administratif	37	36
9	Le droit de l'urbanisme	26	24
10	Le droit des étrangers	35	31
11	L'exécution des décisions de justice	29	26
<i>Adaptation à de nouvelles fonctions</i>			
12	Le greffier de chambre	12	10
13	La gestion budgétaire dans le cadre de la LOLF	42	40
14	Animation d'une équipe et pratique de l'évaluation	20	18
15	L'accueil du public – la Charte Marianne	21	16
16	La gestion des archives des juridictions administratives	18	18
17	Les procédures devant les cours administratives d'appel	16	16
Total		404	373
<i>Préparation aux concours administratifs</i>			
Préparation au concours de conseiller de TA et de CAA			10
<i>Formations informatiques</i>			
Formations bureautiques			36
Skipper initiation			159
Skipper perfectionnement			84
Poste rapporteur			145
Total			424

Tableau 3
Bilan des formations des magistrats administratifs en 2005

N°	Thème du stage	Nombre d'inscrits	Nombre de participants
<i>Stage de réflexion</i>			
1	Responsabilité et socialisation du risque	10	9
2	La réforme de l'État et la LOLF	26	25
3	La justice administrative au Royaume-Uni	15	7
4	Politique de l'immigration : rencontre avec différents acteurs	18	15
5	La Cour européenne des droits de l'homme	20	20
<i>Actualisation des connaissances juridiques</i>			
6	L'actualité jurisprudentielle : contentieux général	35	21
7	L'actualité du contentieux fiscal	27	15
8	l'actualité du droit communautaire	18	12
9	L'actualité des référés administratifs	23	22
10	L'actualité du droit public économique	19	13
11	L'actualité du droit de la commande publique	29	25
12	Le droit de l'environnement	13	11
13	Procédure civile et procédure administrative contentieuse	17	19
<i>Adaptation à de nouvelles fonctions</i>			
14	Devenir vice-président de tribunal administratif	15	16
15	Devenir commissaire du Gouvernement	0	0
16	Les techniques de l'appel	17	18
17	Se préparer à la mobilité	0	0
18	Le contentieux fiscal : mise à jour des connaissances	6	6
19	Le contentieux fiscal : le contentieux du recouvrement	22	18
20	Le contentieux fiscal : la comptabilité des entreprises (généralités)	11	9
21	Le contentieux fiscal : la comptabilité des entreprises (approfondissement)	<i>(annulé)</i>	<i>(annulé)</i>
22	Le contentieux fiscal : les principes de la fiscalité directe et indirecte des entreprises et de la TVA	15	12
Sous-total		356	293
<i>Maîtrise de l'outil informatique et documentaire</i>			
23	Recherche documentaire : Lexis-Nexis et Navis fiscal	27	18
<i>Stage organisé par l'E.N.M.</i>		15	6
Total		398	317

**Activité de la Mission
permanente d'inspection
des juridictions
administratives**



Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

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.

En outre, les dispositions de l'article L. 232-2 du même code prévoient que le chef de cette 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.

Il 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.

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 qui peut faire des recommandations à la juridiction concernée et qu'il est destinataire des décisions administratives ou juridictionnelles allouant une indemnité en réparation de la durée excessive de la procédure. Il est probable que ces dispositions auront pour effet d'accroître, à partir de 2006, le nombre de réclamations dont il est saisi.

Il lui revient enfin de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire dont la loi d'orientation et de programmation pour la justice n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a prorogé l'existence jusqu'en 2007.

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 l'évaluation, la mission permanente d'inspection a, au cours de l'année 2005, procédé à l'inspection de 8 tribunaux administratifs (Cergy-Pontoise, Châlons-en-Champagne, Amiens, Bastia, Limoges, Saint-Denis-de-la-Réunion, Antilles-Guyane, Clermont-Ferrand) et de la cour administrative d'appel de Paris.

Comme par le passé, chaque inspection a pu être menée sur deux jours par une équipe composée de deux à cinq membres, ce dernier cas se rapportant à la visite de la cour administrative d'appel de Paris. 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 ensemble les missions accomplies.

Les missions sont également l'occasion, le cas échéant, d'évaluer en cours de réalisation la mise en œuvre des contrats d'objectif, et éventuellement de préparer les avenants nécessaires.

Le chef de la mission permanente d'inspection a connu, comme les années précédentes, d'autres occasions de visiter les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, soit lors de visites du Vice-président du Conseil d'État, soit lors de manifestations organisées dans les juridictions, ou encore à l'occasion de l'entretien d'évaluation de leur président.

Il faut rapprocher de ces tâches de suivi et d'évaluation les contacts qui s'établissent plus ponctuellement entre les chefs de juridiction et le chef de la mission, notamment lorsque celui-ci est saisi de réclamations des justiciables invoquant les difficultés qu'ils rencontrent dans l'examen de leurs requêtes. Ces réclamations sont toujours suivies de réponse, même lorsqu'elles apparaissent, à l'analyse, injustifiées.

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 été conduit à saisir le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel de poursuites disciplinaires contre un magistrat, qui ont abouti à la sanction de déplacement d'office. Il a par ailleurs 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. Il 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 d'étudier les modifications des règles de la procédure contentieuse. Dans ce dernier domaine, il a présidé un groupe de travail relatif aux matières relevant du juge statuant seul au sein des tribunaux administratifs.

Il a assuré la présidence du groupe de travail chargé de la mise à jour des outils de travail (formulaire et bibliothèques de paragraphes) mis à la disposition des magistrats, constitué un autre groupe de travail chargé d'une réflexion sur la déontologie des magistrats. Enfin, il a présidé la commission d'harmonisation des notations, instituée par l'arrêté du 1^{er} juin 2004 pris pour l'application de ce décret.

Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel



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

L'année 2005 est marquée par la poursuite de l'augmentation du contentieux devant la juridiction administrative, même si le rythme de cette augmentation est moindre qu'au cours des deux années précédentes. En données nettes des séries, l'accroissement du nombre de requêtes nouvelles devant les tribunaux administratifs reste en effet supérieur à 5 %. Même si ce taux est, heureusement, plus modéré que ceux de 14 et 16 % enregistrés, respectivement, en 2003 et 2004, il marque la poursuite de l'augmentation du contentieux administratif, qui avait pourtant déjà atteint un niveau record. Parallèlement, les tribunaux administratifs ont poursuivi leur effort de productivité en augmentant de plus de 13 % le nombre d'affaires jugées entre 2004 et 2005. Cette très bonne performance permet de retrouver un quasi-équilibre entre le nombre d'affaires nouvelles enregistrées et le nombre d'affaires jugées. Dès lors, le stock d'affaires en attente de jugement se stabilise à un niveau voisin de celui atteint à la fin de l'année 2004 et le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock se réduit, pour passer à un an, quatre mois et six jours.

Malgré le transfert, le 1^{er} janvier 2005, du Conseil d'État vers les cours administratives d'appel, de l'appel du contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, l'amélioration de la situation des juridictions d'appel, constatée en 2003 et 2004, s'est poursuivie en 2005, confirmant le succès des contrats d'objectifs conclus avec ces juridictions. Si ce nouveau contentieux a effectivement entraîné une hausse considérable du nombre d'affaires enregistrées devant les cours, qui atteint 41 % en un an, le nombre d'affaires jugées par celles-ci a également fortement progressé (+ 19 % en un an). Le rapport entre les affaires traitées et les affaires enregistrées atteint 117 %, ce qui se traduit, pour la troisième année consécutive, par une diminution sensible du nombre d'affaires en instance. Le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock s'est réduit de façon notable, pour passer à un an, quatre mois et sept jours, et la poursuite de l'effort entrepris devrait permettre aux cours administratives d'appel d'atteindre l'objectif, fixé par les contrats, d'un an de délai moyen à la fin de l'année 2007.

L'activité des tribunaux administratifs en 2005

Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont enregistré plus de 167 200 affaires nouvelles en données brutes et près de 157 000 en données nettes, soit respectivement une augmentation de 2,9 % par rapport à l'année 2004 en données brutes et de

5,4 % en données nettes. Ainsi, si le nombre d'entrées continue à augmenter, l'année 2005 marque toutefois un net ralentissement de cette progression. Toutefois, la situation est contrastée selon les juridictions, certains tribunaux étant confrontés à une explosion de leurs entrées (Versailles : + 58 %, Cergy-Pontoise : + 22 % et Lyon : + 17 %). La situation particulière du tribunal administratif de Versailles s'explique par le transfert dans son ressort, au 1^{er} septembre 2004, du département des Hauts-de-Seine, tandis que les tribunaux de Cergy-Pontoise et de Lyon connaissent encore une augmentation sensible du nombre de requêtes dirigées contre des arrêtés de reconduite à la frontière.

L'augmentation du nombre d'affaires nouvelles constatée en 2005 s'explique, en partie, par une nouvelle progression de près de 9 % du contentieux de la reconduite à la frontière, de 80 % du contentieux du permis de conduire, consécutif à la mise en place des radars automatiques, ainsi que par le quadruplement du contentieux des taxes parafiscales et de la redevance audiovisuelle, du fait de son rattachement à la taxe d'habitation. De plus, la loi n° 2005-102 du 12 février 2005, en supprimant les commissions départementales des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés, a transféré aux tribunaux administratifs le contentieux de ces juridictions spécialisées, ce qui a représenté en 2005 2 700 affaires nouvelles enregistrées.

Le nombre de requêtes en référé-suspension s'établit à 12 135, en diminution de 3 % par rapport à 2004 ; il convient cependant de rappeler que l'année 2004 avait été marquée par une augmentation importante, et en partie conjoncturelle, liée au contentieux des pensions de retraite des fonctionnaires. Les requêtes en référé-liberté, quant à elles, augmentent de 3 % par rapport à 2004 (1364 affaires en 2005 contre 1280 affaires en 2004).

Affaires réglées

Avec 155 600 dossiers réglés en données nettes, soit une augmentation de 13,4 % par rapport à l'année 2004, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs progresse très nettement et dans une proportion supérieure à celui des affaires enregistrées.

Ainsi, la forte productivité des magistrats permet d'inverser la tendance observée les deux années précédentes et d'arriver à une situation de quasi-équilibre entre les entrées et les sorties. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées s'établit cette année à 99,6 % en données brutes et à 99,1 % en données nettes.

Affaires en instance

Cette situation d'équilibre entre le nombre d'affaires nouvelles enregistrées et celui des décisions rendues permet une stabilisation du stock d'affaires en instance au 31 décembre 2005 à un niveau quasi identique à celui atteint en 2004. Il s'établit à 229 400 affaires en données brutes, soit une augmentation de 0,2 % par rapport à l'année précédente, et à 210 000 affaires en données nettes, soit une augmentation de 0,3 %.

La forte progression du nombre de sorties permet de diminuer de deux mois le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock, qui s'établit, en données nettes, pour l'année 2005, à 1 an, 4 mois et 6 jours. Toutefois, ce délai atteint 2 ans et 25 jours pour les requêtes autres que les référés ou les affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers.

Ces chiffres montrent l'importance prise, dans le volume global des sorties, par les affaires régies par des textes particuliers, imposant une intervention rapide du juge – et notamment le contentieux des étrangers –, au détriment des autres affaires. Ils montrent aussi et surtout la gravité du risque actuel d'engorgement qui pèse sur la juridiction administrative du premier degré et le nécessaire renforcement des effectifs de magistrats et d'agents de greffe, comme le prévoyait la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002.

Tribunaux administratifs

Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2005/2004)

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	2004	2005	Évolution 2005/2004	2004	2005	Évolution 2005/2004
TA de métropole	156 320	161 909	+ 3,58 %	143 339	152 117	+ 6,12 %
TA d'outre-mer	6 188	5 241	- 15,30 %	5 669	4 877	- 13,97 %
Total	162 508	167 150	+ 2,86 %	149 008	156 994	+ 5,36 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	2004	2005	Évolution 2005/2004	2004	2005	Évolution 2005/2004
TA de métropole	140 978	160 941	+ 14,16 %	131 756	150 267	+ 14,05 %
TA d'outre-mer	6 264	5 571	- 11,06 %	5 433	5 295	- 2,54 %
Total	147 242	166 512	+ 13,09 %	137 189	155 562	+ 13,39 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	2004	2005	Évolution 2005/2004	2004	2005	Évolution 2005/2004
TA de métropole	221 393	222 263	+ 0,39 %	202 461	203 490	+ 0,51 %
TA d'outre-mer	7 448	7 105	- 4,61 %	6 978	6 553	- 6,09 %
Total	228 841	229 368	+ 0,23 %	209 439	210 043	+ 0,29 %

Tribunaux administratifs
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance
(données nettes et évolution 2005/2004)

Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004
Amiens	3 230	+ 7,45 %	3 245	- 5,03 %	3 960	- 0,35 %
Bastia	1 394	+ 3,41 %	1 436	+ 13,34 %	822	- 4,64 %
Besançon	1 947	+ 13,33 %	1 802	+ 4,52 %	2 034	+ 7,39 %
Bordeaux	5 064	+ 0,46 %	4 593	+ 17,14 %	6 310	+ 7,61 %
Caen	2 331	+ 5,33 %	2 092	+ 24,15 %	2 016	+ 13,90 %
Cergy-Pontoise	11 234	+ 22,43 %	7 874	+ 20,29 %	16 699	+ 24,14 %
Châlons-en-Champagne	2 599	+ 14,04 %	2 648	+ 14,68 %	3 702	- 1,17 %
Clermont-Ferrand	1 923	+ 3,55 %	1 809	+ 6,22 %	1 915	+ 5,45 %
Dijon	2 868	+ 1,92 %	2 671	+ 11,25 %	2 638	+ 7,67 %
Grenoble	5 900	- 6,90 %	5 196	+ 9,60 %	9 856	+ 7,62 %
Lille	6 734	+ 4,68 %	7 876	+ 36,74 %	6 778	- 15,96 %
Limoges	1 493	+ 7,56 %	1 356	- 1,09 %	1 870	+ 7,41 %
Lyon	8 432	+ 17,34 %	7 756	+ 14,78 %	8 580	+ 8,65 %
Marseille	9 012	+ 0,57 %	10 715	+ 16,70 %	14 433	- 10,92 %
Melun	7 499	+ 9,75 %	6 700	+ 15,70 %	8 982	+ 8,09 %
Montpellier	6 804	- 3,19 %	8 320	+ 10,79 %	12 002	- 11,07 %
Nancy	2 234	+ 9,89 %	2 226	+ 7,07 %	1 607	+ 0,50 %
Nantes	5 989	+ 6,15 %	5 279	+ 1,60 %	8 294	+ 9,35 %
Nice	6 700	+ 6,06 %	6 704	+ 2,32 %	12 712	+ 0,10 %
Orléans	3 960	+ 12,37 %	3 640	+ 6,25 %	4 483	+ 8,89 %
Paris	20 226	- 9,96 %	24 175	+ 21,21 %	33 549	- 11,41 %
Pau	2 455	+ 1,74 %	1 914	- 2,60 %	3 552	+ 18,40 %
Poitiers	3 024	- 4,94 %	2 972	- 7,30 %	2 262	+ 1,75 %
Rennes	4 813	+ 1,03 %	4 946	+ 0,92 %	7 636	- 1,47 %
Rouen	3 175	+ 14,13 %	3 240	+ 31,17 %	5 355	- 0,72 %
Strasbourg	5 315	- 1,45 %	6 007	+ 20,60 %	5 716	- 11,98 %
Toulouse	4 412	+ 10,05 %	4 240	+ 7,23 %	6 547	+ 2,38 %
Versailles	11 350	+ 57,66 %	8 835	+ 26,29 %	9 180	+ 38,27 %
Total métropole	152 117	+ 6,12 %	150 267	+ 14,05 %	203 490	+ 0,51 %
Basse-Terre	1 257	- 3,08 %	1 260	+ 18,20 %	2 649	- 0,34 %
Cayenne	411	- 25,95 %	633	+ 40,35 %	797	- 21,48 %
Fort de France	585	+ 3,91 %	622	+ 42,99 %	1 053	- 3,84 %
Mata-Utu	15	- 6,25 %	20	+ 185,71 %	8	- 38,46 %
Nouvelle-Calédonie	468	+ 12,23 %	482	+ 8,07 %	182	- 6,19 %
Polynésie française	457	- 8,05 %	516	- 3,55 %	320	- 16,01 %
Saint-Denis-de-la-Réunion et Mamoudzou	1 662	- 27,42 %	1 722	- 30,28 %	1 529	- 3,78 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	22	- 35,29 %	40	+ 73,91 %	15	- 54,55 %
Total outre-mer	4 877	- 13,97 %	5 295	- 2,54 %	6 553	- 6,09 %
Total général global	156 994	+ 5,36 %	155 562	+ 13,39 %	210 043	+ 0,29 %

L'activité des cours administratives d'appel en 2005

Affaires enregistrées

Le transfert de l'appel du contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, du Conseil d'État vers les cours administratives d'appel, a entraîné une hausse importante du nombre d'affaires nouvelles enregistrées. Avec 20 200 dossiers en données nettes, ce nombre connaît une augmentation de 40,8 % par rapport à l'année 2004. Toutefois, il reste voisin des 19 800 dossiers nouveaux prévus pour l'année 2005 lors de l'élaboration des contrats d'objectifs passés avec les juridictions d'appel en décembre 2002. Ce nouveau contentieux d'appel compense, en effet, la baisse des entrées constatée en 2004, consécutive à la réforme introduite par le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, qui a notamment fermé la voie de l'appel au profit d'un recours direct en cassation pour les jugements rendus par les tribunaux administratifs sur certains litiges de faible importance.

Affaires réglées

Pour la troisième année d'application de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, les efforts importants consentis par les magistrats et les agents de greffe des cours administratives d'appel, conjugués à l'augmentation des moyens de celles-ci dans le cadre des contrats d'objectifs signés le 9 décembre 2002 entre le Vice-président du Conseil d'État et chaque président de cour, ont porté pleinement leurs fruits. Les juridictions du second degré ont ainsi réglé cette année 23 600 affaires en données nettes, soit une progression de 18,8 % par rapport à l'année 2004. En données brutes, les 24 400 décisions rendues représentent une progression de 16,2 %.

Pour la troisième année consécutive, les juridictions d'appel ont ainsi jugé plus d'affaires qu'elles n'ont enregistré de requêtes nouvelles. Le ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées s'établit à 117 % et, s'il diminue de 25 points par rapport à l'année 2004, il correspond toutefois à la valeur initialement prévue dans les contrats d'objectifs. Seule la cour administrative d'appel de Versailles connaît un ratio inférieur à 100 %, du fait de la création échelonnée de ses chambres, prévue lors de son ouverture en septembre 2004 ; le renforcement de ses effectifs en septembre 2005 lui permettra cependant, en 2006, de connaître elle aussi un taux de couverture des entrées par les sorties supérieur à 100 %.

Affaires en instance

Malgré l'augmentation importante des entrées, la forte progression des sorties permet de réduire cette année le stock d'affaires en instance de 10,2 % en données brutes et de 9 % en données nettes, avec 31 900 affaires en attente de jugement au 31 décembre 2005 contre 35 000 à la fin de l'année 2004.

L'accroissement de l'activité des juridictions d'appel se traduit également par une amélioration importante du délai prévisible moyen de jugement des affai-

res en stock. Ramené à 1 an, 4 mois et 7 jours en données nettes, il diminue ainsi de 5 mois par rapport à celui constaté en 2004 et est inférieur de 2 mois par rapport à l'objectif de 1 an et 6 mois prévu dans les contrats d'objectifs pour l'année 2005.

* * *

Malgré des contraintes budgétaires qui n'ont pas permis de mettre en place l'intégralité des moyens nouveaux prévus par les contrats d'objectifs pour l'année 2005 et une augmentation considérable des entrées consécutive au transfert aux cours de l'appel du contentieux de la reconduite à la frontière, les résultats statistiques de l'année 2005 restent encourageants pour les cours administratives d'appel. En effet, les objectifs définis pour cette troisième année d'application des contrats ont à nouveau tous été atteints, voire, pour la plupart, dépassés.

Toutefois, il convient de rester prudent. En effet, les contraintes budgétaires imposées depuis l'année 2005 et reconduites pour l'année 2006 ne permettent pas de respecter les engagements pris dans les contrats d'objectifs en termes de créations de postes.

Or, dans le même temps, il est légitime d'espérer une poursuite de l'augmentation, en 2006, du nombre d'affaires jugées par les tribunaux administratifs. En particulier, la création, au second semestre 2006, d'un nouveau tribunal administratif à Nîmes, destinée à alléger la charge pesant sur ceux de Marseille et de Montpellier, accroîtra le nombre des appels devant la cour de Marseille, tandis que le nécessaire renforcement des effectifs des tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et de Versailles aura des incidences sur le nombre des appels devant la cour de Versailles.

Cours administratives d'appel
Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance
(évolution 2005/2004, données détaillées par juridiction)

Données brutes						
Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004
CAA Bordeaux	2 545	+ 15,68 %	3 410	+ 8,95 %	5 319	- 13,92 %
CAA Douai	1 558	+ 45,61 %	1 886	+ 21,91 %	1 268	- 20,50 %
CAA Lyon	2 080	+ 17,65 %	3 124	+ 16,74 %	5 342	- 16,37 %
CAA Marseille	3 370	+ 27,03 %	3 808	+ 14,01 %	6 476	- 6,24 %
CAA Nancy	1 613	+ 40,38 %	2 040	- 10,76 %	2 913	- 12,89 %
CAA Nantes	1 990	+ 30,07 %	2 686	+ 10,58 %	2 132	- 20,74 %
CAA Paris	5 023	+ 23,38 %	5 275	+ 3,53 %	6 568	- 3,72 %
CAA Versailles	2 348		2 156		2 687	+ 7,70 %
Total	20 527	+ 38,57 %	24 385	+ 16,24 %	32 705	- 10,20 %

Données nettes						
Juridictions	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31 décembre	
	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004	Total	Évolution 2005/2004
CAA Bordeaux	2 507	+ 17,81 %	3 213	+ 13,94 %	5 103	- 11,79 %
CAA Douai	1 534	+ 43,36 %	1 836	+ 20,39 %	1 268	- 19,18 %
CAA Lyon	2 028	+ 23,96 %	2 909	+ 17,63 %	5 107	- 14,36 %
CAA Marseille	3 330	+ 28,42 %	3 674	+ 14,17 %	6 381	- 5,02 %
CAA Nancy	1 572	+ 36,93 %	2 016	- 10,52 %	2 864	- 13,53 %
CAA Nantes	1 968	+ 29,13 %	2 609	+ 9,12 %	2 125	- 19,14 %
CAA Paris	4 924	+ 27,04 %	5 156	+ 10,24 %	6 357	- 3,68 %
CAA Versailles	2 345		2 140		2 656	+ 8,14 %
Total	20 208	+ 40,85 %	23 553	+ 18,78 %	31 861	- 9,05 %

Nota : La cour administrative d'appel de Versailles ayant été créée le 1^{er} septembre 2004, les taux d'évolution 2005/2004 des affaires enregistrées et des affaires traitées ne sont pas significatifs et ne sont donc pas présentés dans ces tableaux.

Activité des juridictions spécialisées



Commission des recours des réfugiés

État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2005

En 2005, la Commission a enregistré 38 563 recours contre 51 707 en 2004, 44 201 en 2003 et 31 502 en 2002. Ainsi, le mouvement à la hausse observé depuis 1999 après trois années de stabilité (13 500 recours / an en 1996, 1997 et 1998) qui s'était amplifié en 2003 (+ 40 %), et qui avait encore marqué en 2004 une augmentation de 17 %, a connu une très forte diminution en 2005 de - 25,42 %.

Cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Commission, à l'exception toutefois des demandes haïtiennes (+ 25 %), et de celles des ressortissants de Serbie et Monténégro (+ 44,88 %) et de Bosnie (+ 182,34 %).

La demande des ressortissants turcs est en 2005, comme en 2004, la plus importante avec 3 639 recours contre 5 814 recours enregistrés en 2004 et 4 705 en 2003 soit une baisse de - 37,41 %, devant celle de la République démocratique du Congo avec 3 199 recours contre 4 621 en 2004, soit une baisse de - 30,77 %.

La plus forte baisse a été enregistrée en 2005, la demande émanant des ressortissants chinois connaissant une très forte diminution (- 52,82 %).

Il convient également de relever la hausse relative des recours formés :

– *s'agissant du continent africain* : par les ressortissants du Nigeria (1 218 recours contre 1 158 dossiers en 2004 soit une hausse de + 5,18 %), mais aussi par ceux de la Guinée (1 009 recours contre 929 en 2004, soit une augmentation de + 8,61 % en 2005).

Par ailleurs, la demande des ressortissants du Congo (Brazzaville) a chuté avec 1 204 recours en 2005 contre 1 674 en 2004, soit une baisse de - 28 % contre une hausse précédente de + 20 % entre 2003 et 2002. Enfin, à l'instar des ressortissants de la République démocratique du Congo (- 30,77 % en 2005), la demande des ressortissants de la Mauritanie (1 262 recours en 2005 contre 2 405 en 2004) enregistre un important fléchissement de l'ordre de - 47,53 %.

– *s'agissant de l'Europe* : par les ressortissants des pays issus de l'éclatement de l'Union soviétique et, en particulier, de la Géorgie (1 162 recours en 2005 contre 1 720 en 2004, soit une diminution de - 32,44 %), de la Russie (1 344 recours contre

1 541 en 2004, soit une diminution de - 12,61 %) et de l'Ukraine (404 recours contre 573 en 2004, soit une diminution de - 29,49 %).

Au total, les recours restent concentrés sur un nombre limité de nationalités, les dix premières d'entre elles constituant près de 53 % des recours (Turquie, République démocratique du Congo, Chine, Haïti, Sri Lanka, Moldavie, Serbie et Monténégro, Russie, Mauritanie, Nigeria).

En 2005 la Commission des recours a rendu 62 262 décisions contre 39 160 en 2004 et 29 502 en 2003, soit une augmentation de 59 % par rapport à l'année précédente. Cette progression soutenue s'explique notamment par les recrutements opérés en octobre 2004, et s'est traduite par la création de 10 nouvelles divisions administratives depuis le 1^{er} novembre 2004, témoignant ainsi d'une juridiction forte au cours de l'année 2005 de plus de 140 formations de jugement et donc d'une activité en augmentation constante.

Le pourcentage d'annulation des décisions de l'OFPPA est en légère augmentation (15,51 % contre 12,68 % en 2004 et 11,44 % en 2003) ce qui représente 9 599 décisions accordant le statut de réfugié contre 4 967 décisions en 2004.

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) sont au nombre de 5 264 contre 4 413 en 2004, soit 9,86 % de l'ensemble des affaires réglées contre 11,35 % en 2004, pourcentage également en diminution par rapport à 2003 où il s'établissait à 15 %. À ce chiffre il convient d'ajouter 4 746 ordonnances nouvelles³ dont la mise en place date du 15 novembre 2004, ce qui porte le nombre total des ordonnances à 10 635, soit 17,08 % de la totalité des décisions rendues contre 12 % en 2004.

Les sections réunies ont rendu 6 décisions dont 4 annulations de la décision de l'OFPPA.

Au cours de l'année 2005, le bureau d'aide juridictionnelle établi près la Commission a enregistré 5 653 demandes contre 8 125 en 2004, soit une diminution de - 30,42 %. Ce chiffre est en baisse très nette par rapport à celui de 2004 et à celui de l'année 2003. Ces deux années avaient connu une augmentation considérable du nombre de dossiers (+ 75 % par rapport à 1999).

Face à ce niveau très élevé des demandes, le bureau a maintenu un rythme soutenu en rendant 7 243 décisions définitives contre 4 865 en 2004 et 6 298 en 2003, soit une augmentation de + 48,88 % par rapport à l'année précédente.

Le nombre des admissions à l'aide juridictionnelle a diminué en 2005 pour s'établir à 1 184 contre 2 123 admissions en 2004 et 1 960 en 2003, soit un taux d'admission de 16,35 % contre 43,64 % en 2004 et 31,12 % en 2003, soit une diminution de - 27,29 %. Ce phénomène est directement lié à la répartition par nationalités des requérants sollicitant l'aide juridictionnelle.

Le renforcement du rythme d'examen des dossiers (3 905 séances en 2005 contre 2 393 séances organisées en 2004 et 1 775 en 2003) a conduit à un accroissement significatif du nombre d'affaires jugées et a permis de maîtriser la totalité du flux qui a progressé dans des proportions nettement moins

3. Cette procédure est mise en œuvre lors d'une séance entre un président et un rapporteur.

importantes en 2005. Il convient de relever que le maintien des désignations d'avocats cette année encore à 47,56 % contre 30 % en 2001, n'est pas sans incidence sur l'organisation des séances de la Commission. Ayant conduit à une réduction du nombre de dossiers enrôlés par séance de 18 à 15 depuis le 1^{er} septembre 2005, cette diminution est restée, à ce jour, sans véritable incidence sur le nombre d'affaires jugées en raison de l'évolution du taux de renvois passé de 30 % en 2002 à 15 % pour l'année 2004 et qui est remonté à 23 % en 2005.

L'augmentation significative du rythme d'examen des affaires, et la balance entrées/sorties marque pour la première fois depuis de nombreuses années un solde positif de 23 699 dossiers pour l'année 2005. Ce rattrapage ramène le stock à 21 301 dossiers qui devrait se résorber dans les mois à venir à mesure que se répercuteront sur la Commission les effets des nouvelles procédures et le ralentissement du nombre de recours enregistrés. Ce stock représente quatre mois d'activité de la juridiction au rythme de l'année 2005 et correspond d'une manière générale au flux nécessaire pour permettre la préparation des plannings des divisions.

Éléments de jurisprudence

L'année 2005 aura été marquée par l'adoption formelle de la directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres⁴ et par l'entrée en vigueur du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁵, qui inclut les dispositions de la loi du 25 juillet 1952 modifiée relative au droit d'asile.

D'un point de vue jurisprudentiel, elle a permis de franchir de nouvelles étapes dans la mise en œuvre des dispositions entérinées par ces derniers textes.

Sur les nouvelles règles de compétence et de procédure

Le Conseil d'État a confirmé l'incompétence de la Commission pour examiner les recours formés contre des décisions du directeur général de l'Office refusant l'enregistrement de demandes d'asile⁶ et la Commission a, quant à elle, écarté comme irrecevable, le recours en révision de sa propre décision, formé par un préfet, dès lors que celui-ci n'était pas partie à l'instance précédente⁷.

Sur les motifs de persécution et la qualification de menaces graves

Sur le fond, la Commission s'est efforcée d'établir les champs d'application respectifs de l'article 1^{er} A 2 de la convention de Genève énumérant les motifs jus-

4. Un accord a été conclu par les États membres le 1^{er} décembre 2005.

5. Le 1^{er} mars 2005.

6. CE, 9 mars 2005, *Moinuddin*.

7. CRR, Sections réunies, 1^{er} juillet 2005, *Préfet de l'Ain*.

tifiant la reconnaissance de la qualité de réfugié et de l'article L. 712-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, posant les conditions d'octroi de la protection subsidiaire. Notamment, elle a été amenée à distinguer les hypothèses relevant de l'appartenance à un certain groupe social, telle qu'elle a déjà été définie par la jurisprudence ⁸, et celles relevant du bénéfice de cette nouvelle protection.

Ainsi, amenée à se prononcer sur *la condition de la femme*, la Commission a notamment estimé que dans certaines zones rurales de la région est de la Turquie ⁹, le *refus de se soumettre à un mariage imposé* était une conduite regardée comme transgressive par la population et les autorités et engendrait le risque de s'exposer à de mauvais traitements et de subir un « crime d'honneur » sans possibilité de se prévaloir utilement de la protection des autorités ; que dès lors, les femmes se trouvant dans cette situation appartenaient à un groupe social au sens des stipulations de l'article 1^{er} A 2 de la convention de Genève ¹⁰ et pouvaient ainsi revendiquer la qualité de réfugiées. En revanche, s'appuyant sur le cas d'une ressortissante camerounaise, elle a jugé que lorsque ces conditions n'étaient pas remplies et notamment lorsque le comportement n'était pas perçu comme transgressif de l'ordre social, ces femmes n'en demeuraient pas moins susceptibles d'être exposées à des traitements inhumains et dégradants au sens des dispositions de l'article L. 712-1 b) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ¹¹, situation débouchant sur l'octroi de la protection subsidiaire.

La Commission a confirmé sa jurisprudence reconnaissant l'existence dans certains pays d'un groupe social des *femmes refusant la pratique de l'excision* pour elles-mêmes ou leurs enfants mineures ¹² et l'a appliquée au Sénégal où ces usages persistent chez les membres de l'ethnie Toucouleur ¹³, et au Mali pour une demanderesse d'origine sarakolé, dès lors que les mutilations génitales féminines ne sont pas actuellement réprimées par les dispositions du Code pénal en vigueur et qu'aucune autre disposition législative ou réglementaire ne permet de punir les initiateurs et les auteurs de ces pratiques ¹⁴.

Dans certaines hypothèses enfin, elle a reconnu le bénéfice de la protection subsidiaire, à des *femmes victimes d'atteintes graves à leur intégrité physique* du fait notamment de leur refus de se soumettre à l'autorité familiale, ou sujettes à des sévices de la part de leur époux, dès lors qu'elles sont privées, dans ces circonstances, de la protection des autorités, et qu'elles justifient être exposées dans leur pays à des traitements inhumains et dégradants ¹⁵.

Suivant le même raisonnement en ce qui concerne *l'orientation sexuelle*, la Commission a estimé que le cas d'un ressortissant algérien présentant le syn-

8. CE, SSR, 23 juin 1997, *O.*

9. Comme au Pakistan, précédemment : CRR, SR, 15 octobre 2004, *M^{lle} Nazia.*

10. CRR, Sections réunies, 15 mars 2005, *M^{lle} Tas.*

11. CRR, Sections réunies, 29 juillet 2005, *M^{lle} Tabe.*

12. CRR, Sections réunies, 7 décembre 2001, *Sissoko.*

13. CRR, 22 février 2005, *M^{me} Diakhate épouse Ndiogue.*

14. CRR, 16 juin 2005, *M^{lle} Sylla*, la requérante étant native d'un village du Sahel.

15. CRR, 28 septembre 2005, *M^{me} Apleni ép. Aguocha* (Afrique du Sud) ; CRR, 21 mars 2005, 493515, *M^{me} Gueye ép. Reckoundji* (Rép. démocratique du Congo).

drome du transsexualisme et exposé à des menaces et sévices dans son pays ou celui d'un ressortissant russe revendiquant son homosexualité, entendant la manifester dans son comportement extérieur et pouvant craindre de subir des persécutions en dépit de la dépénalisation de l'homosexualité, relevaient de l'appartenance à un certain groupe social¹⁶, tandis que celui d'une demanderesse n'ayant pas cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement, ni ayant été exposée à l'exercice effectif de poursuites judiciaires dans son pays, justifiait l'octroi de la protection subsidiaire¹⁷.

Sont également susceptibles de constituer des menaces graves au sens de la loi, les agressions et mauvais traitements subis par des demandeurs d'asile ayant dénoncé les agissements de membres d'organisations criminelles¹⁸.

Ne relèvent en revanche ni du champ conventionnel ni du champ d'application de la protection subsidiaire, les hypothèses dans lesquelles les intéressés déclaraient craindre de faire l'objet de condamnations pénales pour des faits délictueux en application de la législation de leurs pays d'origine, sans cependant risquer de peine discriminatoire ou disproportionnée¹⁹.

En dernier lieu, les dispositions de l'article L. 712-1 c) ont fait l'objet de quelques premières applications et ont notamment permis de prendre en compte la situation de violence généralisée résultant du conflit armé se déroulant actuellement au Darfour²⁰.

Sur la date des persécutions

La Commission a tiré les conséquences du changement de circonstances intervenu en Irak en jugeant que les craintes alléguées à l'égard du régime déchu de Saddam Hussein par un requérant d'origine kurde ayant refusé d'adhérer au parti Baas ne pouvaient plus, en tout état de cause, être tenues pour fondées²¹.

Elle a, en outre, tenu compte en Ukraine de l'évolution de la situation politique, à la suite de l'élection à la présidence de la République de M. Iouchtchenko le 28 décembre 2004²² et en Géorgie des conséquences sur l'actualité des craintes de l'accession au pouvoir du président Saakashvili²³.

Sur l'asile interne

La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 713-3 n'ont été opposées à un demandeur que dans un seul cas, celui d'un ressortissant équatorien menacé dans sa région d'origine mais en mesure de s'établir durablement à Quito, ou toute autre partie substantielle du territoire éloignée de la frontière

16. CRR, 15 février 2005, 496775, *M.B.* et CRR, 21 octobre 2005, 495394, *Klykov*.

17. La Moldavie dont les lois ne répriment plus l'homosexualité.

18. CRR, 8 février 2005, *M^{lle} Z.* ; CRR, 21 avril 2005, *Kahn*.

19. Par exemple, CRR, 6 juillet 2005, *Pavel*.

20. CRR, 22 novembre 2005, *Azzine Ahmed*.

21. CRR, 22 septembre 2005, *Ali*.

22. CRR, 8 avril 2005, 501960, *Styupan*.

23. CRR, 8 avril 2005, 468496, *Koplatadze*.

colombienne, sans craindre d'y être persécuté et pouvant y mener une existence normale ²⁴.

Sur l'application du principe de l'unité de famille

Les sections réunies de la Commission ont estimé que le *conjoint* du titulaire de la qualité de réfugié, qui a la même nationalité que ce dernier mais possède en outre une autre nationalité, pouvait bénéficier dans cette hypothèse, de l'application du principe de l'unité de famille ²⁵ et a étendu le bénéfice de la protection subsidiaire aux conjoints de leurs bénéficiaires. ²⁶

S'agissant de l'application du principe de l'unité de famille aux *enfants*, elle a rappelé que l'unité de famille cesse à la majorité du mineur placé jusque-là sous tutelle ²⁷ et a posé pour principe le maintien de la qualité de réfugié reconnue par unité de famille en l'absence de toute décision ayant retiré le statut à l'auteur principal et de l'extinction du lien de filiation ²⁸.

Sur les cas d'exclusion

La jurisprudence de la Commission en matière d'exclusion a été assortie de certaines précisions :

- en premier lieu, les conditions dégagées pour l'application de la clause d'exclusion aux demandeurs de la qualité de réfugiés ont été étendues à la nouvelle forme de demande d'asile introduite par la loi du 10 décembre 2003, à savoir la protection subsidiaire ²⁹ ;
- et en second lieu, la jurisprudence a reconnu l'existence de clauses d'exonération pour les mineurs auteurs de faits susceptibles de les exclure de toute protection, dès lors qu'ils s'étaient trouvés dans une situation de particulière vulnérabilité ³⁰.

Sur les demandes de réexamen

Les dispositions de la loi nouvelle modifiant les critères d'application des dispositions de la convention de Genève et instituant la protection subsidiaire sont susceptibles de constituer une circonstance de droit nouvelle, dès lors que la Commission s'était précédemment prononcée non sur l'établissement des faits mais sur leur qualification juridique ³¹.

24. CRR, 7 avril 2005, 501034, *Masaquiza Anancolla*.

25. CRR, Sections réunies, 27 mai 2005, *Boularouf*.

26. CRR, Sections réunies, 27 mai 2005, *M^{me} Ananian épouse Arakelian*.

27. CRR, 3 juin 2005, 511149, *M^{lle} Wignesh*.

28. CRR, SR, 1^{er} juillet 2005, 492120, *Aslan*.

29. CRR, 29 avril 2005, 511158, *Cicek*.

30. CRR, 28 avril 2005, *Velez Arango* (Colombie) et CRR, 28 janvier 2005, 448119, *Camara* (Sierra Leone).

31. À titre d'exemple, CRR, 16 février 2005, *Sasikaran*, dès lors qu'à l'occasion de sa précédente décision, la Commission avait estimé que les agissements allégués ne pouvaient être tenus pour encouragés ou tolérés volontairement par les autorités publiques alors que la loi nouvelle exige l'examen du seul défaut de protection.

Commission centrale d'aide sociale

La Commission centrale d'aide sociale a été saisie, en 2005, d'un nombre de dossiers beaucoup moins important qu'en 2004 : 1 725 au lieu de 2 578, soit une diminution de 1 038 dossiers, essentiellement des dossiers de CMU complémentaire, dont le nombre a chuté de 1 675 à 727 (- 43,40 %).

Cette diminution n'a pas touché les autres formes d'aide sociale, pour lesquelles le nombre de dossiers enregistrés reste stable : l'aide sociale aux personnes âgées dont le nombre de dossiers enregistrés est passé de 310 en 2004 à 285 en 2005, le RMI, dont le nombre de dossiers enregistrés a été de 470 en 2005 (467 en 2004), et l'allocation personnalisée d'autonomie pour laquelle 62 dossiers ont été enregistrés en 2005 (82 en 2004).

La Commission centrale d'aide sociale a tenu 193 audiences en 2005 (+ 7,22 % par rapport à 2004), le nombre d'affaires passées en audience s'élève à 2 881 (+ 5,60 % par rapport à 2004), ce qui représente une moyenne de 15 dossiers par audience.

Trois auditeurs au Conseil d'État sont venus à la Commission centrale d'aide sociale, pour deux ans, en vue de remplir les fonctions de rapporteurs, remplaçant ainsi les départs. Certaines années précédentes, 6 auditeurs avaient été affectés à ces fonctions.

Le nombre d'affaires jugées a connu une évolution différente selon les formes d'aides :

- CMU complémentaire : 1 657 (+ 26,9 %) ;
- Aide sociale aux personnes âgées : 394 (- 8 %) ;
- Allocation personnalisée d'autonomie : 57 (+ 78,12 %) ;
- Revenu minimum d'insertion : 392 (- 10 %) ;
- Allocation aux adultes handicapés : 129 (+ 40,21 %) ;
- Domicile de secours : 76 (+ 1,40 %).

Ceci s'explique par la complexité de plus en plus grande des dossiers et le faible nombre de dossiers traités par certains rapporteurs (8 à 12) qui n'organisent parfois qu'une audience par trimestre.

Compte tenu des efforts déployés par la juridiction et par son greffe, les résultats de l'année 2005 peuvent être considérés comme positifs, puisque le stock des dossiers en attente s'est considérablement réduit. Leur nombre dépasse à peine les 2 000 dossiers (contre 2 777 en 2004).

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.

Plus grave :

- de très nombreuses décisions de commissions départementales de l'aide sociale sont rédigées dans des termes ne satisfaisant pas aux obligations minimum de présentation et de motivation auxquelles doit satisfaire toute décision de justice ;
- les notifications auxquelles il est procédé le sont souvent sous une forme lapidaire et par voie d'extraits, ou de résumés, d'une décision qui n'est pas elle-même transmise au justiciable, et dont on n'est pas toujours sûr qu'elle existe ;
- des formulaires ont été mis en circulation dans certains départements qui sont contraires à plusieurs dispositions légales applicables ;
- il arrive que des secrétariats de CDAS éconduisent, oralement ou par écrit, les requérants dans des termes qui ne permettent pas à ceux-ci de percevoir qu'ils statuent alors incompétement, en lieu et place de la juridiction.

La réforme des commissions départementales d'aide sociale préconisée par le rapport public du Conseil d'État de 2004 est donc de plus en plus urgente, non seulement pour éviter des condamnations devant la CEDH, mais tout simplement pour assurer une justiciabilité digne de ce nom en matière d'aide sociale.

Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées

	2004			2005		
	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	68	1	555	51	0	606
Commission centrale d'aide sociale	2 763	2 728	2 775	1 725	2 881	1 619
Commission supérieure des soins gratuits	5	7	0	10	10	0
Juridictions disciplinaires						
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins	301	301	93	288	312	69
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des médecins	183	144	137 ⁽¹⁾	141	172	119
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	84	52	58	63	79	42
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	72	61	40	75	63	52
Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des pharmaciens	89	100	42	105	93	54
Section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens	24	16	20	21	29	12
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	27	24	18	25	31	12
Chambre nationale de discipline des architectes	30	16	72	32	40	64
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts	12	7	5	11	12	4
Haut Conseil du Commissariat aux comptes	19	16	10	15	16	9
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables ⁽²⁾	10	9	22	16	17	21
Autres juridictions						
Commission des recours des réfugiés	51 707	39 160	47 746 ⁽³⁾	38 563	62 262	21 301
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	126	140	70 ⁽⁴⁾	108	80	73

(1) Valeur du stock au 1^{er} janvier 2005 (donnée nette corrigée) de 150 dossiers.

(2) Période de référence : du 1^{er} juillet 2004 au 30 juin 2005.

(3) Valeur du stock au 1^{er} janvier 2005 (donnée nette corrigée) de 45 000 dossiers.

(4) Valeur du stock au 1^{er} janvier 2005 (donnée nette corrigée) de 45 dossiers.

Avis du Conseil d'État en 2005



Avis du Conseil d'État en 2005

En vertu de l'article L. 112-2 du Code de justice administrative, le « Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

Il peut en outre être saisi de demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.

Ces demandes d'avis sont traitées par la Section administrative du Conseil d'État à laquelle sont rattachés le département ministériel ou la catégorie d'affaires en cause. Toutefois, les avis peuvent être rendus, après un premier examen par la Section compétente, par l'Assemblée générale du Conseil d'État.

Les avis reproduits ci-après donnent un aperçu de l'éventail des questions, d'ampleur et de complexité inégales, sur lesquelles le Conseil d'État a été consulté en cours d'année, ainsi que du mode d'exercice de cette attribution administrative qui, pour être moins importante en fait que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles en vigueur.

Il n'est pas inutile de préciser que les formations administratives du Conseil d'État se refusent à répondre à une demande d'avis lorsque le point de droit directement en cause fait l'objet d'un recours contentieux devant une juridiction. En outre, lorsque les questions posées risquent de donner matière à des contentieux, la formation administrative prend soin de préciser que son avis est donné sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes.

Agriculture

■ Section des travaux publics – Avis n° 371.820 – 28 juin 2005

Exploitations agricoles – Baux ruraux – Possibilité de prévoir par la loi que certains contrats de vente et de bail de terres agricoles doivent être considérés comme comportant une clause de transfert concomitant des droits à paiement unique – Conformité aux règlements de l'Union européenne.

Le Conseil d'État (Section des travaux publics) M saisi par le ministre de l'Agriculture et de la Pêche de la question suivante :

Peut-on considérer qu'une disposition législative prévoyant que les contrats de vente ou de bail de terres agricoles conclus avant l'instauration par le règlement (CE) n° 1782/2003 du 29 septembre 2003 des droits à paiement unique devraient être considérés comme incluant également la vente ou location de ces droits serait conforme à ce règlement et au règlement (CE) n° 795/2004 du 21 avril 2004 pris pour son application ?

Vu le règlement (CE) 1782/ 2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certaines règles de soutien en faveur des agriculteurs et modifiant les règlements (CEE) n° 2019/93, (CE) n° 1452/2001, (CE) n° 1453/2001, (CE) n° 1868/94, CE n° 1251/1999, (CE) n° 1673/2000, (CEE) n° 2358/71 et (CE) n° 2529/2001 ;

Vu le règlement (CE) n° 795/2004 de la Commission du 21 avril 2004 portant modalités d'application du régime de paiement unique prévu par le règlement (CE) n° 1782/2003 du conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certaines règles de soutien en faveur des agriculteurs, modifié par le règlement (CE) n° 1974/2004 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. La disposition envisagée qui, par son objet et son contenu, ne pourrait effectivement être que législative reposerait sur l'idée que, les droits à paiement unique (DPU) n'ayant été créés qu'en 2003, les transactions antérieures ayant un effet sur la période de référence 2000 à 2002 utilisée pour calculer le nombre et le montant des DPU n'ont pu les prendre en compte. Il conviendrait donc de réputer avoir emporté transfert de DPU les transferts ou locations de propriété opérés avant cette date, la mesure ayant au surplus, pour ses promoteurs, l'avantage de prévenir toute spéculation sur les DPU et de rétablir dans leurs droits les agriculteurs parties aux transactions en cause.

2. Le système d'aide prévu par le règlement du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour le régime de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs est fondé sur le principe de l'aide au producteur et non plus, comme auparavant, sur celui de l'aide à la production. Il institue un droit à paiement unique lié à l'activité d'exploitant agricole, indépendant de la nature des cultures et des droits sur les surfaces cultivées, qui ne constitue pas un accessoire ou un démembrement du droit de propriété.

Il en résulte, en premier lieu, que la disposition envisagée serait contraire aux objectifs du règlement, d'une part, en ce qu'elle instaurerait un lien automatique entre les surfaces cultivées et l'octroi d'aides que les auteurs du règlement ont entendu abandonner, d'autre part, en établissant un lien entre propriété des terres et droit à DPU qui ne résulte pas du règlement, lequel subordonne l'octroi des DPU non à la propriété des terres mais à leur exploitation.

En second lieu, la situation résultant de ce que les parties aux transactions antérieures à 2003 n'ont pu les faire porter sur les DPU ne constitue pas une anomalie due à ce que la période de référence choisie par le règlement est antérieure à celui-ci. D'une part, la volonté des auteurs du règlement de ne pas lier transfert de terre et transfert de DPU a pour conséquence qu'une situation de vente sans transfert simultané de DPU pourra se rencontrer à l'avenir. D'autre part, les effets de l'existence d'une période transitoire (transaction ayant un effet sur la période de référence alors que son existence n'est pas connue) ont été traités par le règlement dans ses articles 33 et 42, ainsi que dans ses règlements d'application sans laisser de compétence ou de marge d'appréciation aux États membres pour traiter d'autres cas.

3. Non seulement l'impact que peut avoir le règlement sur certaines transactions conclues antérieurement à son intervention ne semble pas devoir ni pouvoir appeler de correctif, mais le correctif souhaité n'est pas acceptable au regard des principes constitutionnels.

D'une part, la situation créée ne constitue pas une rupture illégale du principe d'égalité, dans la mesure où les parties à une transaction antérieure au règlement de 2003 sont placées dans une situation différente de celle des parties ayant conclu une transaction après l'adoption du règlement, et peuvent, si elles le souhaitent, procéder entre elles, avec un effet rétroactif opposable à l'administration pour l'avenir, à la cession des DPU qu'elles n'avaient pu matériellement opérer avant leur création.

D'autre part, de la situation des parties à une transaction antérieure au règlement ne découle aucune atteinte au droit de propriété, dès lors que les DPU ne sont pas un accessoire ou un démembrement du droit de propriété des terres agricoles et que la variation des prix des terres selon qu'elles sont ou non assorties de DPU fait partie des sujétions auxquels les propriétaires peuvent légalement être soumis dans un but d'intérêt général. Au contraire, la mesure envisagée porterait atteinte au droit de propriété des DPU de tiers à la transaction, notamment des personnes ayant exploité les terres pendant la période de référence, qui s'en verraient rétroactivement privés sans justification.

Au total, la mesure porterait ainsi, en réputant écrite une stipulation de vente des DPU qui ne peut être présumée, une atteinte excessive à la liberté contractuelle, qu'aucun autre principe constitutionnel, notamment ni le principe d'égalité ni le droit de propriété, ne justifie.

Sa conformité à la Constitution paraîtrait donc aussi contestable que sa conformité au règlement.

Assurance et prévoyance

■ Section des travaux publics – Avis n° 371.566 – 21 juin 2005

Fonds de garantie – Application de l'article R. 421-73 du Code des assurances – Délais de recevabilité des demandes indemnitaires.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de la question de savoir si le délai de six mois mentionné à l'article R. 421-73 du Code des assurances a un caractère indicatif ou s'il est prescrit à peine d'irrecevabilité des demandes d'indemnisation présentées au fonds de garantie,

Vu le Code minier ;

Vu le Code des assurances, notamment ses articles L. 421-17 et R. 421-73 ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

En vertu de l'article L. 421-17 du Code des assurances, toute personne propriétaire d'un immeuble, occupé à titre de résidence principale et ayant subi, à compter du 1^{er} septembre 1998, des dommages résultant d'une activité minière présente ou passée, a droit à être indemnisée de ces dommages par le fonds de garantie.

Le décret n° 2004-348 du 22 avril 2004 relatif à l'application de l'article L. 421-17 du Code des assurances et modifiant le décret n° 2000-465 du 29 mai 2000 relatif à l'application des articles 75-2 et 75-3 du Code minier a complété le chapitre I^{er} du titre II du livre IV du Code des assurances (partie réglementaire) par une section X relative aux dispositions particulières applicables aux dommages immobiliers d'origine minière.

Au nombre de ces dispositions, celles de l'article R. 421-73 du Code des assurances prévoient que : « Les propriétaires susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article L. 421-17 adressent au fonds de garantie une demande d'indemnité, par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception, dans un délai de six mois à compter de la survenance des dommages. Toutefois, pour les dommages survenus entre le 1^{er} septembre 1998 et le 23 avril 2004, le délai de six mois ne court qu'à compter de cette dernière date. »

En l'absence de dispositions législatives instituant un délai de forclusion des demandes présentées au fonds de garantie, les dispositions réglementaires précitées, relatives à la procédure d'instruction des demandes d'indemnisation, n'ont pas pour objet et ne pourraient avoir légalement pour effet de restreindre le droit ouvert par l'article L. 421-17 du Code des assurances.

Dès lors, les délais mentionnés à l'article R. 421-73, prévus dans un intérêt de bonne administration afin d'assurer une indemnisation rapide des victimes de dommages, ne sauraient être regardés comme prescrits à peine de forclusion.

Par suite, les demandes présentées après l'expiration de ce délai de six mois ne peuvent être rejetées comme irrecevables du seul fait de l'expiration de ce délai.

Contributions et taxes

■ Section des travaux publics – Avis n° 370.694 – 15 mars 2005

Institution d'une taxe destinée au financement des missions de sécurité et de sûreté exercées sur les aéroports appartenant à l'État en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie – Répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer.

Le Conseil d'État (Section des travaux publics) saisi par le ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer de la question suivante :

L'institution d'une taxe identique ou similaire à la taxe d'aéroport et destinée au financement des missions de sécurité et de sûreté exercées sur les aéroports appartenant à l'État en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie relève-t-elle de la compétence de l'État ou de celle des collectivités de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 et le titre XIII ;

Vu la convention modifiée relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 ;

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 l'aviation civile ;

Vu le Code général des impôts ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Aux termes du II de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « L'État est compétent dans les matières suivantes [...] 4° Sûreté en matière aérienne » et aux termes du III du même article : « L'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : 1° Police et sécurité de circulation aérienne intérieure [...]. » L'article 22 de la même loi organique dispose : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : 1° Impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie ; création et affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes provinciaux ou communaux [...]. »

Aux termes de l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée : « Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : [...] 8° [...] police et sécurité concernant l'aviation civile ; [...]. Les compétences de l'État définies au présent article s'exercent sous réserve des pouvoirs conférés aux institutions de la Polynésie française par les dispositions de la section 2 du présent chapitre et du titre IV et de la participation de la Polynésie française aux compétences de l'État en application des dispositions de la section 3 du présent chapitre. » Selon l'article 102 de la même loi organique : « [...] Les compétences de la collectivité relevant du domaine de la loi sont

exercées par l'assemblée de Polynésie française » et aux termes de l'article 140 : « Les actes de l'assemblée de Polynésie française, dénommées, “lois du pays”, [...] sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française aux compétences de l'État et interviennent dans les matières suivantes : [...] 3° Assiette, taux et modalités de recouvrement des impositions de toute nature [...]. »

Il résulte de ces dispositions, d'une part, qu'en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française la police, la sécurité et la sûreté en matière aérienne relèvent exclusivement de la compétence de l'État et, d'autre part, que la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française n'exercent les compétences fiscales que leur reconnaissent leurs statuts que pour leurs propres besoins et au profit de leur collectivité respective.

À ce jour, aucun transfert de compétence n'est intervenu au profit de la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la police et de la sécurité de la circulation aérienne intérieure et aucune loi du pays n'a prévu la participation de la Polynésie française aux compétences fiscales de l'État.

Il appartient à l'État de financer les missions qui lui incombent sur le territoire de ces collectivités. Les missions de sécurité et de sûreté aérienne, qui sont menées essentiellement dans l'intérêt général des usagers du transport aérien et des populations survolées, ne peuvent être financées que par l'impôt (décision du Conseil d'État du 20 mai 1998 – Syndicat des compagnies aériennes autonomes). Il revient, en conséquence, au législateur de déterminer les ressources de nature à couvrir ces dépenses et, s'il l'estime nécessaire, sans que puissent y faire obstacle les attributions en matière fiscale conférées aux collectivités de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie pour leurs propres besoins, d'étendre l'application de la taxe d'aéroport prévue à l'article 1609 quatervicies du Code général des impôts aux aéroports de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie, notamment à ceux appartenant à l'État, ou d'instituer une taxe similaire dont le produit sera affecté au financement des services de police et de sécurité sur ces aéroports.

Communautés européennes

■ Assemblée générale – Avis n° 371.741 – 8 septembre 2005

Proposition de décision-cadre de l'Union européenne – Mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales – Motifs de refus d'exécution.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis sur la question de savoir si la proposition de décision-cadre créant un mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales devrait être complétée pour prévoir, parmi les motifs de refus d'exécution, celui fondé sur le caractère politique de l'infraction ;

Vu la Constitution ;

Vu la loi n° 92-1017 du 24 septembre 1992 autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, ensemble le décret n° 94-80 du 18 janvier 1994 portant publication de ce traité, notamment ses articles 6, 31 et 34 ;

Vu la décision-cadre du 22 juillet 2003, n° 2003/577/JAI relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve ;

Vu le Code de procédure pénale ;

Vu la proposition de décision-cadre créant un mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales (version du 19 juillet 2005) ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

I. – La proposition de décision-cadre a pour objet de créer un mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales. Le mandat sera une décision émise par une autorité judiciaire dans un État membre directement reconnue par les autorités destinataires d'un autre État membre et devant être exécutée par elles. Son champ d'application sera limité aux preuves qui existent déjà et sont directement disponibles sous la forme de documents, objets et données. Plusieurs garanties sont prévues, notamment l'existence d'une voie de recours contre les mesures coercitives, l'interdiction des perquisitions pendant la nuit, sauf circonstances particulières précisément définies, ou encore l'impossibilité de contraindre une personne à apporter des preuves conduisant à sa propre incrimination.

Les autorités saisies pourront refuser d'exécuter un mandat de preuve en application du principe « non bis in idem » et, dans les cas pour lesquels elle est prévue, en application de la règle de la double incrimination, ainsi qu'au motif de l'existence d'une immunité ou d'un privilège ou de l'atteinte à des intérêts essentiels de la nation.

Toutefois, la proposition de décision-cadre ne prévoit pas de motif de refus d'exécution fondé sur le caractère politique de l'infraction.

II. – Le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel l'État doit se réserver de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions politiques, rappelé par le Conseil d'État dans ses avis des 9 novembre 1995 et 26 septembre 2002, ne s'étend pas aux autres mesures d'entraide judiciaire en matière pénale, telles par exemple les demandes de communication de preuves, eu égard notamment à la différence entre les effets respectifs de l'extradition et des autres mesures d'entraide sur la situation et les droits des personnes.

La possibilité, pour les autorités saisies, de refuser l'exécution d'une mesure d'entraide judiciaire au motif que l'infraction a un caractère politique a pu se déduire, avant 1946, de certaines conventions internationales ainsi que de l'article 30 de la loi du 10 mars 1927 relatif aux commissions rogatoires émanant d'autorités étrangères, qui disposait qu'il ne s'appliquait qu'en cas de

« poursuites répressives non politiques », sans pour autant qu'elle puisse être regardée comme une règle générale et constante.

Ainsi, la règle selon laquelle les autorités saisies doivent pouvoir refuser de donner suite aux demandes d'entraide judiciaire se rapportant à une infraction ayant un caractère politique ne peut être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946.

Elle ne trouve pas davantage de fondement dans les droits et libertés du citoyen tels qu'ils ont été proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par le Préambule de 1946.

Au demeurant, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a abrogé la loi du 10 mars 1927 sans reprendre ce motif de refus d'exécution des demandes d'entraide judiciaire dans les articles 694 à 694-4 du Code de procédure pénale, tout en prévoyant, dans l'article 696-4, que l'extradition est refusée lorsque le crime ou le délit a un caractère politique, conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République rappelé par le Conseil d'État dans son avis du 9 novembre 1995.

De même, l'article 695-9-17 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, n'a pas non plus prévu parmi les motifs de refus d'exécution d'une décision de gel des biens prise dans un autre État membre celui tiré de la nature politique de l'infraction qui la fonde.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'absence, dans la proposition de décision-cadre, de disposition permettant aux autorités saisies de refuser l'exécution d'un mandat européen d'obtention de preuves au motif que l'infraction a un caractère politique ne met en cause aucun principe à valeur constitutionnelle.

Le Conseil d'État souligne enfin l'intérêt qui s'attache à ce que les dispositions de transposition de la future décision-cadre puissent prévoir, comme motif de refus, le cas où le mandat serait émis dans le but de poursuivre une personne en raison de ses opinions politiques, à l'instar de l'article 695-9-17 du Code de procédure pénale pour les décisions de gel de biens, ce qui suppose, comme pour la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel, que les motifs de la décision-cadre se réfèrent aux principes et droits fondamentaux reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Comptabilité publique

■ Assemblée générale – Avis n° 371.887 – 7 juillet 2005

Budget de l'État – Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances – Financement des dépenses de personnel par les fonds de concours.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'industrie de la question de savoir si les dispositions de la loi organique

n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances prohibent ou non le rattachement de crédits de fonds de concours sur le titre II relatif aux dépenses de personnel ;

Vu la Constitution, notamment son article 34 ;

Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

1. En vertu de l'article 34 de la Constitution, les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Sous l'empire de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 et en se fondant sur les dispositions des articles 1^{er}, 6, 16 et 18 de cette ordonnance, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 94-351 DC du 29 décembre 1994, estimé que les règles d'unité et d'universalité budgétaires font obstacle à ce que des dépenses qui, s'agissant des agents de l'État, présentent pour lui par nature un caractère permanent ne soient pas prises en charge par le budget ou soient financées par des ressources que celui-ci ne détermine pas.

En outre, dans sa décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe d'universalité budgétaire implique que la rémunération des agents de l'État soit retracée dans son budget.

Il suit de là que l'imputation de dépenses de personnel sur des financements assurés par des fonds de concours était prohibée tant que l'ordonnance du 2 janvier 1959 était en vigueur, dès lors que, d'une part, cette ordonnance se bornait, dans son article 13, à prévoir l'ouverture en cours de gestion, par des arrêtés du ministre des Finances, des crédits rattachés par fonds de concours et que, d'autre part, les inscriptions en recettes et en dépenses en résultant n'apparaissaient que dans la loi de règlement.

2. Les principes d'unité et d'universalité budgétaires qui, selon le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, répondent « au double impératif d'assurer la clarté des comptes de l'État et de permettre un contrôle efficace par le Parlement », ont été rappelés par les trois premiers alinéas de l'article 6 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances aux termes desquels :

« Les ressources et les charges budgétaires de l'État sont retracées dans le budget sous forme de recettes et de dépenses.

Le budget décrit, pour une année, l'ensemble des recettes et des dépenses budgétaires de l'État. Il est fait recette du montant intégral des produits, sans contraction entre les recettes et les dépenses.

L'ensemble des recettes assurant l'exécution de l'ensemble des dépenses, toutes les recettes et toutes les dépenses sont retracées sur un compte unique, intitulé budget général. »

Par dérogation au principe d'universalité budgétaire, la loi organique du 1^{er} août 2001 a prévu, outre les mécanismes d'affectation constitués par les budgets annexes, les comptes spéciaux et les rétablissements de crédits, une

procédure particulière d'affectation par voie de fonds de concours applicable au sein du budget général, d'un budget annexe ou d'un compte spécial. Cette procédure est relative à deux catégories de ressources budgétaires, correspondant chacune à des modalités spécifiques de mise en œuvre et prévues respectivement aux II et III de l'article 17 lesquels disposent :

« II. Les fonds de concours sont constitués, d'une part, par des fonds à caractère non fiscal versés par des personnes morales ou physiques pour concourir à des dépenses d'intérêt public et, d'autre part, des produits de legs et donations attribués à l'État.

Les fonds de concours sont directement portés en recettes au budget général, au budget annexe ou au compte spécial considéré. Un crédit supplémentaire de même montant est ouvert par arrêté du ministre chargé des Finances sur le programme ou la dotation concernée.

Les recettes des fonds de concours sont prévues et évaluées par la loi de finances. Les plafonds de dépenses et de charges prévus au 6° du I de l'article 34 incluent le montant des crédits susceptibles d'être ouverts par voie de fonds de concours.

L'emploi des fonds doit être conforme à l'intention de la partie versante. À cette fin, un décret en Conseil d'État définit les règles d'utilisation des crédits ouverts par voie de fonds de concours.

III. Les recettes tirées de la rémunération de prestations régulièrement fournies par un service de l'État peuvent, par décret pris sur le rapport du ministre chargé des Finances, faire l'objet d'une procédure d'attribution de produits. Les règles relatives aux fonds de concours leur sont applicables. Les crédits ouverts dans le cadre de cette procédure sont affectés au service concerné. »

Ainsi qu'il ressort de ces dispositions, les recettes des fonds de concours sont désormais prévues et évaluées par la loi de finances et les montants susceptibles d'être ouverts en cours d'année sont pris en compte dans les plafonds de dépenses du budget général et des budgets annexes ainsi que dans les plafonds de charges de chaque catégorie de comptes spéciaux.

En outre, le 5° de l'article 51 de la loi organique prévoit que les annexes explicatives développant le montant des crédits, présentés par titre, de chaque programme et de chaque dotation comporteront une estimation des crédits susceptibles d'être ouverts par voie de fonds de concours sur les titres de ces programmes et dotations.

Si les fonds de concours continueront, comme sous l'empire de l'ordonnance organique susvisée, à donner lieu à des ouvertures de crédit en cours d'année, par arrêté du ministre chargé des Finances, il résulte de l'ensemble des dispositions précitées, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, que le montant des fonds de concours sera prévu et évalué, tant en recettes qu'en dépenses, dans la loi de finances de l'année. En outre, l'article d'équilibre prendra en compte les masses budgétaires correspondant à ces prévisions de recettes et de dépenses et la destination des fonds de concours sera précisée dans les annexes explicatives de cette même loi de finances.

Enfin, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans une réserve d'interprétation émise dans la même décision du 25 juillet 2001 à propos de l'article 17 de la loi organique, dans le cas où, en cours d'année, le montant des recettes de fonds de concours constatées viendrait à dépasser les plafonds de dépenses du budget général et des budgets annexes ainsi que des plafonds de charges des comptes spéciaux, il incomberait à une loi de finances rectificative de procéder aux ajustements du montant des crédits susceptibles d'être ouverts.

Les fonds de concours étant ainsi retracés dans le budget de l'État et ce dès la loi de finances de l'année, il n'existe plus d'obstacle de principe à ce qu'ils puissent concourir au financement de dépenses de personnel figurant dans le titre II du budget de l'État. Trois conditions devront toutefois être respectées :

a) les dépenses, objet de ces fonds de concours, devront avoir été prévues dans la loi de finances de l'année et les emplois concernés devront avoir été intégrés dans les plafonds d'emplois spécialisés par ministère prévus par le III de l'article 7 et dans le plafond d'autorisation des emplois mentionné au 6° du I de l'article 34 ;

b) les crédits ouverts en cours d'année ne pourront excéder les plafonds fixés par le Parlement ;

c) les prévisions de recettes de fonds de concours figurant en loi de finances et concourant à l'équilibre financier devront se conformer au principe de sincérité budgétaire énoncé par l'article 32 de la loi organique.

Domaine public

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.615 – 26 juillet 2005

Consistance, délimitation et statut juridique du terrain d'assiette du Grand-Palais à Paris – Incidence sur le régime de transfert de propriété.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le ministre de la Culture et de la Communication des questions suivantes :

1. Quelle est actuellement la personne publique propriétaire du terrain d'assiette du Grand Palais à Paris ?
2. Dans l'hypothèse où la Ville de Paris serait propriétaire de ce terrain, selon quelles modalités juridiques sa propriété pourrait-elle être transférée à l'État ?
3. Un tel transfert de propriété devrait-il obligatoirement donner lieu au versement d'une indemnité au profit de la Ville de Paris ?

Vu la Constitution ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le premier protocole additionnel à cette convention ;

Vu la loi des 20-27 août 1828, portant concession à la Ville de Paris de la place Louis XVI et de la promenade dite des Champs-Élysées ;

Vu le décret du 27 mars-9 avril 1852, relatif à la construction, dans le grand carré des Champs-Élysées, d'un édifice destiné à recevoir les expositions nationales, et pouvant servir aux cérémonies publiques et aux fêtes civiles et militaires ;

Vu la délibération du 23 juillet 1852 de la commission municipale de la Ville de Paris relative à la location à l'État du Grand Carré des fêtes aux Champs-Élysées, le décret impérial du 30 août 1852 relatif à la concession du Palais de l'Industrie dans le Grand Carré des Champs-Élysées approuvant ladite délibération et la loi du 6 juin 1857 relative au rachat, par l'État, du Palais de l'Industrie ;

Vu la délibération du conseil municipal de la Ville de Paris en date du 18 avril 1890 autorisant le renouvellement de la location faite à l'État du terrain sur lequel est construit le Palais de l'Industrie, la convention entre l'État et la Ville de Paris en date du 16 juillet 1891 et la loi du 24 décembre 1891 approuvant ladite convention ;

Vu la convention entre l'État et la Ville de Paris en date du 18 novembre 1895 et la loi du 16 juin 1896, relative à l'Exposition universelle de 1900, approuvant ladite convention ;

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Sur la première question :

Construit par l'État en vue de l'Exposition universelle de 1900, le Grand Palais a été édifié en remplacement de l'ancien Palais de l'Industrie sur un terrain que l'État louait à la Ville de Paris en exécution d'une première convention délibérée par la commission municipale de Paris le 23 juillet 1852, approuvée par le décret impérial du 30 août 1852, renouvelée le 16 juillet 1891 par une deuxième convention elle-même approuvée par la loi du 24 décembre 1891, dont les effets ont été reportés du Palais de l'Industrie sur le Grand Palais par une troisième convention en date du 18 novembre 1895, approuvée par la loi du 16 juin 1896. Ce terrain, désigné à l'article 1^{er} du décret du 30 août 1852 comme étant le « Grand Carré des Fêtes aux Champs-Élysées », était alors inclus dans la promenade dite des Champs-Élysées qui, après avoir été une dépendance du domaine de la Couronne, a été incorporée dans le domaine de l'État par la loi du 27 novembre 1792, puis « concédée » à la Ville de Paris par la loi du 20-27 août 1828, toujours en vigueur, qui dispose que :

« Sont concédées à la Ville de Paris, à titre de propriété, la place Louis XVI et la promenade dite des Champs-Élysées, telles qu'elles sont désignées au plan annexé à la présente loi, y compris les constructions dont la propriété appartient à l'État et à l'exception des deux fossés de la place Louis XVI qui bordent le jardin des Tuileries. Ladite concession est faite à la charge de la Ville de Paris : 1° de pourvoir aux frais de surveillance et d'entretien des lieux ci-dessus désignés ; 2° d'y faire, dans un délai de cinq ans, des travaux d'embellissement jusques à concurrence d'une somme de deux millions deux cent trente mille francs au moins ; 3° de conserver leur destination actuelle aux terrains concédés, lesquels ne pourront être aliénés en tout ou en partie. »

En premier lieu, il résulte des termes précités, éclairés par les travaux préparatoires dont ils sont issus, que les auteurs de la loi du 20-27 août 1828 ont entendu transférer gratuitement à la Ville de Paris la propriété des terrains appartenant jusqu'alors à l'État et énumérés au 1°, à charge pour elle de pourvoir aux frais de leur surveillance et de leur entretien et d'y faire des travaux pour la somme et dans le délai fixés au 2°, et sous les conditions, énoncées au

3°, de leur conserver leur destination de promenade publique et de ne pas les aliéner en tout ou partie. Telle est au demeurant l'interprétation donnée à la loi de 1828 par le commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 7 avril 1916 Astruc et société du Théâtre des Champs-Élysées (au recueil p. 163), publiées au même recueil p. 832. Dans plusieurs autres décisions, notamment celles du 8 juin 1917 (Fleuret, p. 449) et du 30 novembre 1992 (Fédération française de tennis et Ville de Paris), le Conseil d'État a par ailleurs jugé que les terrains du Bois de Boulogne, « concédés » dans des termes identiques à ceux de la loi de 1828 à la Ville de Paris par une loi du 8 juillet 1852, appartenaient au domaine de cette collectivité publique. Il a de même jugé que le bois de Vincennes, que la loi du 24 juillet 1860 a « concédé en propriété à la Ville de Paris » en mettant à la charge de celle-ci des obligations proches de celles contenues dans les lois de 1828 et 1852, faisait partie du domaine de la ville (14 juin 1972 Eidel, 18 février 1981 Genet). Le terrain d'assiette du Grand Palais, inclus dans la promenade des Champs-Élysées « concédée » en 1828, appartient donc à la Ville de Paris.

En second lieu, un immeuble dont une personne publique est propriétaire est incorporé dans son domaine public dès lors qu'il reçoit une affectation soit à l'usage direct du public, soit à un service public et qu'il est spécialement aménagé à cet effet.

Le Grand Palais, édifié ainsi qu'il a été dit ci-dessus par l'État en application de la loi susvisée du 16 juin 1896 relative à l'exposition universelle de 1900, dans le but d'y organiser des expositions et salons d'art et d'industrie et des cérémonies publiques, accueille plusieurs institutions dont les missions relèvent du service public, notamment : le Palais de la Découverte, créé pour l'Exposition universelle de 1937 et dont le statut, désormais régi par le décret n° 90-99 du 25 janvier 1990, est celui d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel placé sous la tutelle du ministère chargé de l'Enseignement supérieur, et les Galeries nationales installées à partir de 1965 pour y présenter au public des expositions temporaires, érigées par arrêté du ministre de la culture du 16 décembre 1988 en service à compétence nationale rattaché à la direction des musées de France, les expositions étant produites par la Réunion des musées nationaux, établissement public industriel et commercial régi par le décret n° 90-1026 du 14 novembre 1990 et placé sous la tutelle du ministère de la Culture et de la Communication. Le Grand Palais et le terrain sur lequel il a été édifié sont donc affectés à un service public et ils ont fait et font actuellement encore l'objet d'aménagements spéciaux à cet effet.

En conséquence, le terrain d'assiette du Grand Palais constitue une dépendance du domaine public de la Ville de Paris.

Sur la deuxième question :

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la loi du 20-27 août 1828 a assorti le transfert gratuit à la Ville des terrains des Champs-Élysées dépendant jusqu'alors du domaine de l'État d'une interdiction d'aliéner tout ou partie de ces terrains, dont les termes clairs, généraux et absolus ne comportent aucune exception au profit de l'État. Cette interdiction d'aliéner est indépendante du statut domanial des terrains en cause et subsisterait donc même si la Ville de Paris était en

mesure de mettre fin à l'affectation au service public de tout ou partie de ces terrains et de procéder à leur déclassement.

Le transfert à l'État de la propriété du terrain d'assiette du Grand Palais ne peut donc se faire que par un acte dérogeant à l'interdiction d'aliéner édictée par la loi de 1828. Cette dérogation ne peut se faire que par la loi, dès lors que la disposition en cause de la loi de 1828 constitue pour la Ville de Paris une restriction à la libre disposition de son domaine et relève par suite des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution.

Sur la troisième question :

Si en principe l'acquisition par l'État d'un élément du domaine d'une collectivité territoriale donne lieu à versement, au profit de celle-ci, d'une indemnité représentative de la valeur vénale du domaine ainsi cédé, la loi peut, sans porter atteinte à un principe de valeur constitutionnelle ni aux engagements internationaux de la France, transférer dans le domaine public de l'État une dépendance du domaine public d'une autre collectivité publique sans versement d'une telle indemnité, pourvu que l'intérêt général le justifie et qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive à la libre disposition de son domaine par la collectivité en cause.

En jugeant (décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, et décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994) que les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles, « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », « ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques », le Conseil constitutionnel a entendu affirmer que ces dispositions de valeur constitutionnelle font obstacle à ce qu'un ou des éléments du domaine public de l'État et des autres personnes publiques soient cédés à des particuliers ou grevés de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté, ou à ce que des biens ou entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur. On ne peut déduire de ces décisions que les dispositions de l'article 17 s'opposent à ce que la loi procède, entre personnes publiques, à des transferts de propriété de leur domaine public à titre gratuit.

Par ailleurs les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lesquelles « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » visent à maintenir un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde de l'intérêt individuel et ne s'appliquent pas aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales dans l'exercice de leurs pouvoirs de puissance publique, auquel se rattache la gestion de leur domaine public. Le droit au respect des biens garanti par les stipulations précitées ne s'oppose donc pas davantage à ce que

le législateur procède au transfert gratuit de dépendances du domaine public entre collectivités publiques.

Enfin et compte tenu de ce que le terrain d'assiette du Grand Palais a été transféré gratuitement du domaine de l'État dans celui de la ville, puis affecté au service public par suite de la construction, par l'État, des bâtiments du Grand Palais, et qu'il est d'intérêt public de réunir en une seule main ces deux éléments superposés du domaine public, le transfert à titre gratuit de ce bien dans le domaine de l'État revêtirait un caractère d'intérêt général et n'affecterait pas significativement la liberté de la ville dans l'administration de son domaine.

Cependant dès lors que le terrain en cause est une dépendance du domaine public et doit rester affecté à un service public, il serait loisible à l'État de faire usage du principe, récemment réaffirmé dans la décision du Conseil d'État statut au contentieux du 23 juin 2004 (Commune de Proville, Rec. p. 259) en vertu duquel les dépendances du domaine public pouvant recevoir toute affectation compatible avec leur caractère domanial et, à cette fin, être remises sans formalité à la collectivité publique chargée de la conservation du domaine correspondant à leur affectation, le pouvoir réglementaire peut procéder à des changements d'affectation ayant pour effet d'affecter un bien du domaine public d'une collectivité à une autre, sans pour autant recourir à une cession. La mutation domaniale n'emporte pas de transfert de propriété et ne donne donc pas lieu à indemnité de dépossession au profit de la collectivité propriétaire, ainsi qu'il a été jugé dans 16 juillet 1909 (Ville de Paris, Rec. p. 707, avec les conclusions Teissier). La Ville de Paris aurait cependant droit, dans le cas où l'État déciderait de procéder à un transfert de gestion à son profit, à une indemnité compensant le préjudice qu'elle subirait de ce fait, à raison notamment de la perte éventuelle de revenu dont elle pourrait justifier (13 mars 1925, Ville de Paris c/ Cie du chemin de fer d'Orléans, Rec. p. 271).

Marchés et contrats administratifs

■ Section des travaux publics – Avis n° 371.234 – 19 avril 2005

Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne – Régime de dévolution des biens et indemnisation en l'absence de stipulations contractuelles.

Le Conseil d'État (Section des travaux publics), saisi par le ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer de questions relatives au régime juridique des conventions d'exploitation des remontées mécaniques et, en particulier, des questions suivantes :

1°) à quelles conditions ces conventions peuvent-elles être prolongées ?

2°) à quelles conditions des avenants à ces conventions peuvent-ils être conclus ?

a) des modifications à l'économie générale des conventions justifiant la prolongation de leur durée sont-elles possibles sans mise en concurrence préalable ?

b) est-il possible d'introduire dans une convention dont la durée n'est pas modifiée une clause de rachat ou d'indemnisation du délégataire pour les biens qui ne seront pas amortis à la fin de la délégation ?

3°) est-il possible, lors de l'attribution du service à un nouveau délégataire, de lui imposer au titre des « droits d'entrée » prévus à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales les conséquences indemnitaires de la résiliation de la convention précédente ou le rachat des biens nécessaires à l'exploitation du service ?

4°) quel est le régime des biens nécessaires au bon fonctionnement du service, notamment dans le cas où les remontées mécaniques sont exploitées dans des conditions non conformes aux dispositions de la loi du 9 janvier 1985 et où la passation de nouvelles conventions est envisagée ?

a) ces biens font-ils retour à l'autorité organisatrice ?

b) en cas d'éviction de l'ancien exploitant, comment calcule-t-on l'indemnité qui lui est due le cas échéant ?

c) le lancement d'une procédure de renouvellement des conventions est-il subordonné à la condition que l'autorité organisatrice soit devenue propriétaire des biens nécessaires à l'exploitation du service ou que l'exploitant ait consenti à céder ses biens ?

d) en l'absence d'accord, est-il possible de recourir à l'expropriation ?

e) quelles voies de droit peuvent être utilisées pour permettre la réutilisation des biens nécessaires à l'exploitation du service ?

Vu le Code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1411-1 à L. 1411-18 ;

Vu le Code du tourisme, notamment ses articles L. 342-1 à L. 342-26 ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 modifiée d'orientation des transports intérieurs ;

Vu la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Le caractère de service public des remontées mécaniques en montagne, affirmé en 1959 par la jurisprudence (CE Section 23 janvier 1959 commune d'Huez, Rec. p. 67) a été consacré par la loi du 9 janvier 1985 dont les dispositions ont été reprises au Code du tourisme. Il résulte des articles L. 342-9 à L. 342-11 de ce code que ce service relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou des départements qui l'ont organisé avant le 10 janvier 1985. En application de l'article L. 342-13 du même code, l'exécution de ce service public est assurée soit directement par la personne publique, soit par une entreprise ayant passé à cette fin une convention avec la personne publique. Dans ce cas, si la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, la convention est une délégation de service public.

Si ces conventions sont soumises à certaines règles particulières posées par les articles L. 342-1 à L. 342-5, L. 342-7 à L. 342-15 et L. 342-17 du Code du tourisme ainsi que, compte tenu du renvoi de l'article L. 342-8 de ce code à la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, aux dispositions du premier alinéa de l'article 1^{er}, des articles 5 et 6,

du paragraphe III de l'article 7, des articles 9, 14, 16 et 17 de cette loi, aucune de ces règles ne déroge à celles que fixe le Code général des collectivités territoriales en matière de publicité et de mise en concurrence pour les délégations de service public. S'appliquent, par conséquent, aux délégations de service public de remontées mécaniques l'ensemble des dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à D. 1411-6 du Code général des collectivités territoriales.

Sur la première question :

L'article L. 1412-2 du Code général des collectivités territoriales dispose en premier lieu que : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée » et énonce les critères à retenir (nature et coût des investissements à réaliser) pour fixer cette durée. Il résulte du principe de durée limitée des délégations de service public que les clauses de tacite reconduction qui peuvent y figurer sont nulles et privées de tout effet.

Le même article L. 1412-2 fixe ensuite les conditions dans lesquelles la prolongation des délégations, qui demeure une exception, est possible. Elle peut intervenir pour un motif d'intérêt général sans excéder un an. Elle peut également intervenir, afin de permettre la réalisation d'investissements matériels non prévus au contrat initial et qui ne pourraient être amortis pendant le temps restant à la convention sans augmentation de prix manifestement excessive, pour une durée supérieure à un an mais, dans ce cas, trois conditions doivent être remplies :

- a) les investissements doivent être demandés par le délégant ;
- b) ces investissements doivent être indispensables au bon fonctionnement du service ou à son extension géographique. Cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence. Les investissements non prévus lors de la conclusion du contrat et susceptibles de justifier sa prolongation ne peuvent relever de la simple opportunité. Ils doivent être impliqués nécessairement par un fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention (CE 29 décembre 2004 n° 239681 Société SOCCRAM) ;
- c) enfin, il doit s'agir d'investissements de nature à modifier l'économie générale de la délégation. À la différence de la précédente, cette question n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence, mais, sous réserve de ce qui viendrait à être jugé, on peut admettre que l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre.

Sur la deuxième question :

L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, en ce qu'il autorise dans certains cas la prolongation de contrats de délégation de service public, n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application des règles générales qui régissent les avenants.

- a) Un avenant, dont celui qui prolongerait une convention de délégation de service public, ne peut pas modifier l'objet de la délégation. Il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réa-



lisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle (*cf.* Avis CE n° 362 908 du 16 septembre 1999 relatif au procédé de « l'adossement »). Ainsi, si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel.

b) Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire (*cf.* Avis Section des finances du Conseil d'État n° 364 803 du 8 juin 2000).

c) Enfin, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement (*cf.* CE 20 mars 1942 Dame veuve Bastit, Rec. p. 92 ou 12 mai 1942 Commune de Luc-en-Diois Rec. p. 148).

S'il n'est pas envisagé de modifier la durée de la délégation, les charges induites par de nouveaux investissements, susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en modifier l'objet ni affecter substantiellement un de ses éléments essentiels, peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.

Sur la troisième question :

L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales permet à la personne publique délégante qui entend conclure une nouvelle délégation de service public de demander au nouveau délégataire le versement de « droits d'entrée ». Ces droits d'entrée, que la convention doit justifier, doivent être conformes à l'objet de la délégation. Bien qu'aucune décision juridictionnelle n'ait tranché ce point, on peut admettre qu'ils ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Enfin, si les biens nécessaires à l'exécution du service appartiennent en principe à l'autorité délégante et ne peuvent faire l'objet d'un « rachat », il ne paraît pas impossible que les « droits d'entrée » comprennent le coût de biens utiles à la délégation (biens de reprise) que le délégataire sortant aurait cédés à la collectivité.

Sur la quatrième question :

La question du sort des biens nécessaires au bon fonctionnement du service conduit à distinguer deux cas :

a) Le premier concerne l'hypothèse dans laquelle le service public des remontées mécaniques a été confié par convention à un délégataire de service public.

L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées grâce à la servitude prévue aux articles L. 342-20 et suivants du Code du tourisme, appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. Les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en œuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances n° 86-1137 du 30 décembre 1986.

Si la convention n'est pas arrivée à son terme, la collectivité délégante peut obtenir un retour anticipé des biens en prononçant la résiliation de la délégation mais à des conditions qui varient selon la nature de la délégation.

Si la délégation est une concession de service public, la résiliation ne peut intervenir, sauf stipulation contractuelle contraire, que par décision du juge pour faute du concessionnaire d'une particulière gravité, pour motif d'intérêt général ou en raison d'un événement de force majeure rendant impossible la poursuite du contrat. Hormis ces hypothèses, et en l'absence d'une clause de rachat de la concession ou d'une clause autorisant une résiliation unilatérale, le délégant ne peut obtenir une fin anticipée de la concession. Le concédant ne pourra pas mettre en œuvre une procédure d'expropriation à l'encontre d'un droit d'exploitation de ses propres biens. Le contrat de concession ne pourra que se poursuivre, à moins d'un accord conclu avec le concessionnaire. Dans le cas où la résiliation anticipée de la concession est possible, le concessionnaire n'a droit à être indemnisé qu'au titre de ses investissements non amortis, évalués à leur valeur nette comptable sous la réserve déjà indiquée. Il a droit également, dès lors que le préjudice est établi avec certitude, à une indemnisation totale de son manque à gagner en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, et sous déduction d'une réduction de principe lorsque la résiliation résulte de circonstances imprévisibles et irrésistibles qui bouleversent l'économie du contrat (CE 14 juin 2000 commune de Staffefelden Rec. p. 227).

La rupture anticipée d'une délégation autre qu'une concession, même en l'absence de faute du délégataire, motif d'intérêt général ou événement de force majeure, est toujours possible mais donne lieu à une indemnisation de l'entier préjudice du cocontractant de la collectivité.

Le lancement d'une nouvelle procédure de délégation de service public peut intervenir compte tenu du terme prévu de la délégation ou de la date envisagée de la résiliation lorsque celle-ci est possible. Dans le cas où, à l'expiration du terme de la convention ou après sa résiliation, l'ancien délégataire continuerait à occuper sans titre les installations voire à les exploiter, la personne publique devrait alors saisir le juge des référés. Sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, le juge des référés pourra ordonner sous astreinte à la personne privée, si l'urgence le justifie, d'évacuer les installations qu'elle exploite ou occupe sans titre.

b) Dans le cas où l'exploitant n'a pas conclu de convention l'autorisant à exploiter les installations de remontées mécaniques, comme l'exigent les dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 342-13 du Code du tourisme, la personne publique responsable de l'organisation du service doit reprendre pos-



session de ses installations. Elle ne pourrait, sans engager sa responsabilité, laisser se poursuivre une exploitation hors la passation d'un contrat selon la procédure légale de publicité et de mise en concurrence, conformément aux dispositions combinées des articles L. 342-13 du Code du tourisme et L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Le gestionnaire de fait aurait droit uniquement à être indemnisé au titre des investissements non amortis. Il ne pourrait prétendre à une autre indemnité que s'il pouvait se prévaloir d'une faute de la personne publique distincte de celle qui a consisté à laisser se poursuivre la délégation, compte tenu de sa propre faute d'avoir accepté de prendre en charge illégalement l'exploitation de remontées mécaniques, hors la procédure légale de publicité et de mise en concurrence.

Reste l'hypothèse d'un équipement installé sur une propriété privée. Il peut s'agir d'un équipement autrefois autorisé mais n'ayant jamais fait l'objet d'une convention de délégation de service public ou dont la convention est venue à expiration. S'agissant d'un équipement privé installé sur une propriété privée, la personne publique responsable du service public des remontées mécaniques ne peut en prendre possession, hors accord amiable, qu'en mettant en œuvre la procédure de l'expropriation. L'exploitant privé ne dispose d'ailleurs d'aucun droit à faire fonctionner une installation de remontées mécaniques sur ses propres terrains en l'absence de toute convention, dès lors que ce service relève de la seule compétence légale des communes, de leurs groupements ou des départements en application des articles L. 342-9 et suivants du Code du tourisme.

Le Conseil d'État observe, pour finir, que la loi du 9 janvier 1985 a organisé, à l'article 47, un régime transitoire pour la régularisation des systèmes mis en place antérieurement par les collectivités territoriales pour l'exécution du service des remontées. Dans un délai de 4 ans à compter de la publication de la loi, toutes les remontées mécaniques qui n'étaient pas exploitées en régie devaient faire l'objet d'une convention conforme aux dispositions de la loi. Ce délai n'ayant pas pu être respecté partout, la loi du 30 décembre 1988 a prolongé de 10 ans la période transitoire. Mais celle-ci est définitivement expirée depuis le 10 janvier 1999. C'est donc à juste titre que les dispositions de la loi de 1985 modifiée en 1988 relatives au régime transitoire n'ont pas été reprises dans le Code du tourisme. Les conventions qui n'ont pas à ce jour été mises en conformité ou les autorisations d'exploiter qui peuvent encore subsister doivent être regardées comme caduques et la liquidation des situations qui en résultent doit se faire à l'amiable ou par voie judiciaire en appliquant les règles ci-dessus définies et en appréciant la responsabilité respective de la collectivité et de l'exploitant dans le maintien d'une situation contraire à la loi.

Nationalisations et entreprises nationalisées

■ Assemblée générale – Avis n° 372.147 – 25 et 29 août 2005

Privatisations – Sociétés d'économie mixtes concessionnaires d'autoroutes – Conformité de la privatisation des SEM concessionnaires d'autoroutes aux principes constitutionnels – Règles de procédure.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :

1. La privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (ASF, APRR, Sanef) se heurte-t-elle à un obstacle d'ordre constitutionnel, au regard notamment du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » ?

2. La procédure envisagée par le Gouvernement, reposant sur l'application des dispositions du titre III de la loi n° 86-912 du 6 août 1986, eu égard à la composition de l'actionnariat des sociétés d'autoroute, est-elle conforme aux règles de procédure fixées par les textes législatifs régissant les opérations de privatisation ?

Vu la Constitution ;

Vu la loi n° 55-435 du 18 avril 1955 ;

Vu la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 modifiée par les lois du 4 janvier 1988 et du 12 avril 1996 ;

Vu la loi n° 86-912 du 6 août 1986 modifiée ;

Vu la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, notamment ses articles 60 et 127 ;

Vu le décret n° 2004-1317 du 26 novembre 2004 relatif à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des considérations qui suivent :

1. Le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

L'application de cette disposition appelle les observations suivantes.

Ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, sont visés par cette disposition les services publics nationaux dont la nécessité « découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ». Or, d'une part, les biens que constituent les autoroutes font partie du domaine public de l'État, même lorsque leur exploitation est concédée. D'autre part, aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle, dès lors que l'exercice de la liberté d'aller et venir n'en est pas affecté, n'impliquent que le service public national d'exploitation des autoroutes, constitué pour l'essentiel sous le régime de la concession de service public, soit confié à des sociétés dont des personnes publiques détiennent la majorité du capital.

Le Conseil constitutionnel a également précisé, dans la même décision, que la notion de monopole de fait visée par le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que

telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une petite partie de ses activités ». À cet égard, les sociétés concessionnaires d'autoroutes ne constituent pas des monopoles de fait dès lors qu'il existe, pour chaque itinéraire autoroutier, un autre itinéraire permettant de relier les deux points desservis. En outre, la circonstance que l'exploitation des autoroutes prend la forme d'une concession exclusive ne saurait conférer aux sociétés concessionnaires le caractère d'un monopole de fait au sens de l'alinéa précité.

Le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne s'oppose donc pas à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Enfin, cette privatisation, dès lors que ses modalités sont conformes aux procédures fixées par les lois du 2 juillet et du 6 août 1986, ne se heurte à aucun autre obstacle constitutionnel.

2. L'article 7 de la loi susvisée du 2 juillet 1986 dispose :

« I. Sont approuvés par la loi les transferts au secteur privé de la propriété :
– des entreprises dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social et dont les effectifs, augmentés de ceux des filiales dans lesquelles elles détiennent, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social, sont supérieurs à mille personnes au 31 décembre de l'année précédant le transfert ou dont le chiffre d'affaires consolidé avec celui des filiales, telles qu'elles viennent d'être définies, est supérieur à 150 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert ;
– des entreprises qui sont entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative.

II. Les opérations ayant pour effet de réaliser un transfert du secteur public au secteur privé de propriété d'entreprises autres que celles mentionnées au paragraphe I ci-dessus sont soumises à l'approbation de l'autorité administrative [...]. »

L'application de ces dispositions appelle les observations suivantes.

En premier lieu, l'État détient moins de 50 % du capital de chacune des sociétés ASF, APRR et Sanef. La circonstance que, d'une part, l'État et d'autre part, Autoroutes de France, personne morale de droit public créée en 1982 et distincte de l'État, détiennent ensemble la majorité du capital de ces sociétés n'est pas de nature à faire regarder celles-ci comme « directement » détenues à titre majoritaire par l'État au sens du I de l'article 7 précité de la loi du 2 juillet 1986.

En second lieu, si l'article 4 de la loi susvisée du 18 avril 1955 a ouvert à l'État la faculté de concéder « soit la construction et l'exploitation d'une autoroute, soit l'exploitation d'une autoroute, ainsi que la construction et l'exploitation de ses installations annexes », la circonstance que les sociétés ASF, APRR et Sanef, initialement constituées entre des collectivités locales et la Caisse des dépôts et consignations, se sont vu confier de telles concessions en application de ces dispositions ne saurait les faire regarder comme entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative.

Les sociétés ASF, APRR et Sanef ne sont donc pas au rang des sociétés visées par les dispositions précitées, dont la privatisation doit être approuvée par la loi.

Outre-mer

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.251 – 22 février 2005

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Modalités de rétribution des mandataires-liquidateurs – Compétence du territoire – Portée.

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 la présidente du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la demande d'avis, enregistrée au Conseil d'État le 4 janvier 2005, de la présidente du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, portant sur les questions suivantes :

1. La Nouvelle-Calédonie est-elle compétente, au titre du 15° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, pour instituer un mécanisme financier permettant aux mandataires-liquidateurs d'être rétribués en cas de dossiers impécunieux ?
2. Dans l'affirmative, la Nouvelle-Calédonie peut-elle adopter un dispositif analogue au système d'indemnisation des liquidateurs ou des représentants des créanciers prévu par l'article L. 814-7 du Code de commerce pour les départements de métropole et d'outre-mer ?
3. Quelle serait la nature juridique d'un prélèvement analogue à celui prévu par l'article L. 814-7 précité ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment ses articles 21, 22 et 206 ;
Vu le Code de commerce, notamment son article L. 814-7 ;
Vu la délibération n° 244 du 18 décembre 1991 modifiée du Congrès de Nouvelle-Calédonie relative aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Sur la première question :

Aux termes du I de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « L'État est compétent dans les matières suivantes : [...] 2° Justice, organisation judiciaire [...] » ; aux termes du 15° de l'article 22 de la même loi organique, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels ».

La qualité de mandataire de justice des mandataires-liquidateurs ne fait pas obstacle à ce que cette profession soit considérée comme une profession libérale, au sens et pour l'application du 15° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée, dont il n'appartient en principe qu'à la Nouvelle-Calédonie de fixer le montant et les modalités de la rémunération.

Sur la deuxième question :

Aux termes du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « L'État exerce [...] jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie [...] les compétences suivantes : [...], 4° [...] droit commercial. »

Les compétences attribuées à l'État par les dispositions précitées n'ayant pas été transférées à la Nouvelle-Calédonie, il en résulte que l'État demeure seul compétent pour fixer les règles relatives au redressement et à la liquidation des entreprises, au nombre desquelles figurent le principe et les modalités du prélèvement institué par le troisième alinéa de l'article L. 814-7 du Code de commerce.

Sur la troisième question :

Il résulte de l'article 206 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée que le Conseil d'État n'est compétent pour examiner les demandes d'avis qu'il prévoit que lorsqu'elles portent sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. La troisième question ne relève pas de cette procédure.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.466 – 19 avril 2005

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Aide juridictionnelle en matière pénale – 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 Nouméa par la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 3 mars 2005, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 8 mars 2005, de la demande d'avis de la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur la question suivante :

La réglementation et le service public y afférent de l'aide juridictionnelle en matière pénale relèvent-ils de la compétence de l'État ou de celle de la Nouvelle-Calédonie ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie modifiée par la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 et par la loi organique n° 2000-612 du 4 juillet 2000 ;

Vu le Code de justice administrative ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 modifiée relative à l'aide juridique ;

Vu l'ordonnance n° 92-1147 du 12 octobre 1992 relative à l'aide juridictionnelle en matière pénale dans les territoires d'outre-mer, modifiée par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 et par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 ;

Vu le décret n° 93-1425 du 31 décembre 1993 modifié portant application de l'ordonnance n° 92-1147 du 12 octobre 1992 relative à l'aide juridictionnelle en matière pénale dans les territoires d'outre-mer ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

La loi du 10 juillet 1991 susvisée relative à l'aide juridique n'est pas, en l'absence de disposition expresse d'extension, applicable à la Nouvelle-Calédonie. Le régime de l'aide juridictionnelle en matière pénale issu de cette loi a été adapté pour les territoires d'outre-mer, dont la Nouvelle-Calédonie, par l'ordonnance du 12 octobre 1992 susvisée prise en application de la loi d'habilitation n° 92-11 du 4 janvier 1992 et modifiée notamment par la loi du 18 décembre 1998 susvisée. Pour l'application de cette ordonnance, est intervenu le décret n° 93-1425 du 31 décembre 1993.

L'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée attribue compétence à l'État, au 2° du I, en matière de « Justice, organisation judiciaire, organisation de la profession d'avocat, frais de justice pénale et administrative ; procédure pénale et procédure administrative contentieuse ; commissions d'office et service public pénitentiaire » ; aux termes de l'article 22 de la même loi organique : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : [...] 18° Procédure civile, aide juridictionnelle et administration des services chargés de la protection judiciaire de l'enfance. »

Le Conseil d'État a déjà été saisi de la question posée par la demande d'avis lors de l'examen du projet de décret devenu le décret n° 2000-751 du 1^{er} août 2000 modifiant le décret n° 93-1425 du 31 décembre 1993 et relatif à l'aide juridictionnelle en matière pénale en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna. Il a alors estimé qu'en adoptant les dispositions précitées des articles 21 et 22 de la loi organique du 19 mars 1999, le Parlement n'avait pas entendu remettre en cause la spécificité de l'aide juridictionnelle en matière pénale qui est demeurée de la compétence de l'État. En l'absence de modification ultérieure de la loi organique sur ce point, cette interprétation relative au partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en matière d'aide juridictionnelle ne peut qu'être maintenue.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.906 – 30 août 2005

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Urbanisme – Droit de préemption – Détermination des principes directeurs du droit de l'urbanisme – 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 Nouméa par la présidente du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 10 juin 2005, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 16 juin 2005, de la demande d'avis de la Présidente du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur les deux questions suivantes :

1. Appartient-il à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie d'instituer au profit des provinces, des communes et de leurs groupements des dispositions analogues à celles des articles L. 210-1 à L. 213-18 du Code de l'urbanisme ?

2. Si la compétence de l'État devait être retenue, la Nouvelle-Calédonie aurait-elle néanmoins le pouvoir d'intervenir, et dans quelle mesure, au titre de ses prérogatives pour fixer les principes directeurs du droit de l'urbanisme ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie modifiée par la loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 et par la loi organique n° 2000-612 du 4 juillet 2000 ;

Vu la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le Code de l'urbanisme ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

L'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que : « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie. [...] » Le 4° du III de l'article 21 de cette loi prévoit que l'État exerce, jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, les compétences en matière notamment de droit civil. À défaut pour la Nouvelle-Calédonie d'avoir sollicité le transfert de cette compétence dans les conditions fixées par l'article 26 de la même loi, l'État est donc seul compétent en matière de droit civil. La loi ne confère en revanche aucune compétence à l'État en matière de droit de l'urbanisme. Le 21° de son article 22 prévoit en outre que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour définir les « principes directeurs du droit de l'urbanisme ». Il résulte des dispositions combinées de ces articles que le législateur organique a entendu confier à la Nouvelle-Calédonie et à ses provinces la détermination des règles et des instruments juridiques nécessaires à la mise en œuvre d'une politique de l'urbanisme.

Les dispositions des articles L. 210-1 à L. 213-18 du Code de l'urbanisme instituent des droits de préemption au profit des collectivités qu'elles désignent afin de poursuivre différents objectifs en matière d'urbanisme et définissent les principes généraux dans le respect desquels ces droits peuvent être exercés. Bien qu'affectant le droit de propriété, de tels droits de préemption, qui font l'objet de la demande d'avis, constituent des outils au service d'une politique de l'urbanisme et, à ce titre, se rattachent au droit de l'urbanisme. Leur institution en Nouvelle-Calédonie ne relève dès lors pas de la compétence maintenue à l'État en ce qui concerne le droit civil.

Il appartient à la Nouvelle-Calédonie de définir les « principes directeurs » que doivent respecter les dispositions relatives à l'exercice de droits de préemption à des fins d'urbanisme qui seraient mis en œuvre sur son territoire. Ces principes directeurs touchent notamment aux conditions de forme, de procédure et de fond nécessaires pour garantir le respect du droit de propriété.

Compte tenu de la réponse apportée à la première question, la seconde question est devenue sans objet.

Pouvoirs publics

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.475 – 22 mars 2005

Champ d'application de l'article 432-13 du Code pénal – Ministre – Exclusion.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, de la question de savoir si un ministre doit être regardé comme un « fonctionnaire public » ou un « agent » ou un « préposé d'une administration publique » au sens de l'article 432-13 du Code pénal ;

Vu la Constitution et l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le Code pénal, notamment son article 432-13 ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

I. Aux termes de l'article 432-13 du Code pénal : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction.

« Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées à l'alinéa qui précède.

« Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

« Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

« L'infraction n'est pas constituée en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale. »

II. Ces dispositions trouvent leur origine dans l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919 ajoutant à l'article 175 du Code pénal les alinéas suivants : « Tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique, chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance ou du contrôle direct d'une entreprise privée et qui, soit en position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation, et

pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de la fonction, prendra ou recevra une participation par travail, conseils ou capitaux (sauf par dévolution héréditaire en ce qui concerne les capitaux), dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à sa surveillance ou à son contrôle, sera puni de la même peine d'emprisonnement et de 100 F à 5 000 F d'amende.

« Il sera en outre frappé de l'incapacité édictée par le paragraphe 2 du présent article.

« Les dirigeants des concessions, entreprises ou régies, considérés comme complices, seront frappés des mêmes peines. »

Par un arrêt du 23 juillet 1931, la Haute Cour de justice a jugé que « l'article 175, édicté pour mettre un terme à l'évasion des fonctionnaires des cadres de l'administration, ne s'applique qu'aux entreprises directement et d'une façon permanente soumises au contrôle ou à la surveillance de ces fonctionnaires ; qu'un ministre des Finances ne possède incontestablement pas ces droits de surveillance et de contrôle direct et permanent sur une entreprise privée ».

Cet arrêt est rédigé dans des termes qui ne permettent pas de répondre à la question posée.

Il ressort cependant des termes de l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919, éclairés par l'exposé des motifs de la proposition de loi dont il est issu et par les travaux parlementaires, que les « fonctionnaires publics, agents ou préposés d'une administration publique » sont les agents et fonctionnaires des services de l'État, des départements et des communes, le législateur n'ayant pas entendu donner à l'expression « fonctionnaire public » son sens le plus général, c'est-à-dire, comme par exemple pour l'article 177 du Code pénal alors en vigueur (Cour de cassation, chambre criminelle, 24 février 1893), viser tous les citoyens participant à un degré quelconque à l'exercice d'une fonction publique.

C'est précisément parce que l'expression « fonctionnaire public » n'avait pas, dans la loi du 6 octobre 1919, le sens le plus large que l'énumération des auteurs de l'infraction a dû être complétée par la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, afin d'y inclure les « agents des établissements publics, des entreprises nationalisées et des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital ».

La loi n° 67-467 du 17 juin 1967 a transformé les alinéas précités de l'article 175 en un article 175-1 distinct, sans en modifier le contenu au regard de la question posée.

Enfin, alors que dans tous les autres articles du chapitre II du titre III du livre IV du nouveau Code pénal issu des lois du 22 juillet 1992, les auteurs des atteintes à l'administration publique qui seraient commises par des personnes exerçant une fonction publique ont été définis par l'expression très générale de « personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public », l'énumération des auteurs de l'infraction réprimée à l'article 432-13 est restée, elle, inchangée, sous la seule réserve de l'ajout des « agents [...] des exploitants publics prévus par la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ». Sous cette

réserve, il ressort également des travaux parlementaires que l'énumération des auteurs de l'infraction a conservé le sens qui était le sien dans l'article 175-1 de l'ancien Code pénal.

Il résulte de ce qui précède, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, qu'un ministre n'est pas un « fonctionnaire public » ni un « agent ou préposé d'une administration publique » au sens de l'article 432-13 du Code pénal.

■ Assemblée générale – Avis n° 371.558 – 8 septembre 2005

Autorités administratives indépendantes – CCAMIP – Régime de la responsabilité pour faute – Mécanismes de garantie.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :

1. Qui, de la CCAMIP ou de l'État, devrait assumer financièrement la prise en charge d'éventuels contentieux en responsabilité ?
2. Dans le cas où c'est à la CCAMIP qu'il reviendrait d'assumer l'entière responsabilité de ses actes, quels sont les mécanismes envisageables pour une protection contre ce risque nouveau et difficilement évaluable ?
3. Si la garantie « in fine » de l'État était confirmée, de quels moyens l'État pourrait-il disposer pour être informé suffisamment en amont afin d'éviter toute situation de crise ?

Vu le Code des assurances ;

Vu le Code de la mutualité ;

Vu le Code de la sécurité sociale ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

1. Le législateur a, par l'article 30 de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, conféré la personnalité morale à la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), qu'il a créée et dont le statut est régi par les articles L. 310-12 et suivants du Code des assurances.

Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette commission, en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à la commission, ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions.

En revanche, c'est à l'État qu'il appartient de réparer les conséquences des fautes commises par la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance avant la création, par la loi du 1^{er} août 2003, de la nouvelle autorité.

Il lui appartient en outre de réparer les conséquences des fautes commises par l'autorité administrative chargée du contrôle des mutuelles prévu à l'article L. 510-2 du Code de la mutualité.

2. La nature des missions confiées à la CCAMIP s'oppose à ce que celle-ci souscrive, pour couvrir les risques qu'elle encourt à raison des fautes qu'elle pourrait commettre dans l'exercice de ces missions, un contrat d'assurance auprès d'une société qui relève ou est susceptible de relever de son contrôle.

En revanche, le régime financier et comptable de la CCAMIP l'autorise à constituer des provisions. La décision de les constituer afin de faire face aux risques liés aux conséquences des contentieux indemnitaires engagés à raison de ses fautes et la détermination de leur montant relèvent exclusivement de la commission elle-même, en raison de l'indépendance qui lui a été conférée, à l'occasion de l'établissement de son budget en application de l'article R. 310-12-2 du Code des assurances. Toutefois, la possibilité de constituer ces provisions dépend des ressources de la CCAMIP, qui proviennent pour l'essentiel de la contribution prévue à l'article L. 310-12-4 du Code des assurances. Or, son taux est fixé par décret, dans les limites prévues au même article. La fixation de ce taux relève de la libre appréciation de l'État.

La responsabilité de l'État peut être mise en jeu, le cas échéant, à titre subsidiaire, par les victimes des fautes commises dans l'exécution de la mission de service public confiée à la CCAMIP en cas d'insolvabilité de celle-ci. Cette mise en jeu peut conduire soit à la condamnation de l'État dans le cadre d'un contentieux engagé contre lui, soit à l'attribution par l'État à la CCAMIP de ressources exceptionnelles destinées à remédier à son insolvabilité.

3. L'indépendance que la loi a conférée à la CCAMIP implique qu'elle assure elle-même sa défense dans le cadre des contentieux indemnitaires engagés contre elle. Toutefois, l'État peut, outre les cas où il y est appelé par le requérant ou la commission, intervenir dans les instances engagées contre la CCAMIP, lorsqu'il estime qu'elles peuvent déboucher sur la mise en jeu de sa responsabilité subsidiaire. En outre, le juge administratif, dans la conduite de l'instruction, a la faculté de demander à l'État de présenter ses observations.

Enfin, seule une disposition réglementaire pourrait faire obligation à la CCAMIP de communiquer à l'État, au-delà des informations qui doivent être légalement communiquées aux commissaires du Gouvernement à raison de leur participation à ses travaux et de celles auxquelles l'État est susceptible d'avoir accès devant la juridiction, les informations et pièces relatives aux contentieux indemnitaires engagés contre cette commission et susceptibles d'engager la responsabilité subsidiaire de l'État.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 372.215 – 20 septembre 2005

Gouvernement – Délégations de signature accordées dans le cadre du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 – Régime.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi, à la suite de la publication du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, d'une demande d'avis sur les questions suivantes :

1. Les délégations de signature qui n'entrent pas dans le champ des dispositions du nouveau décret, qui est un décret en Conseil d'État, peuvent-elles être accordées par décret comme sous le régime antérieur fixé par le décret « simple » du 23 janvier 1947 ?

2. L'agent responsable d'un service « mis à disposition en tant que de besoin » d'un ministre dispose-t-il d'une délégation de signature de plein droit au même titre que l'agent responsable d'un service placé « sous l'autorité » du ministre ?

3. Les conditions dans lesquelles un ministre peut déléguer sa signature pour passer les marchés de l'administration centrale de son département demeurent-elles exclusivement régies par l'article 20 du Code des marchés publics ?

Vu la Constitution, notamment son article 21 ;

Vu le Code des marchés publics, notamment son article 20 ;

Vu le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Le décret du 27 juillet 2005 n'édicte pas de règles applicables à l'ensemble des cas de délégation de signature des membres du Gouvernement mais a pour objet principal d'attribuer de plein droit cette délégation aux principaux responsables de l'administration centrale dans les cas et les limites qu'il prévoit. Ce décret ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'imposent le recours à un décret en Conseil d'État pour les délégations de signature qui n'entreraient pas dans son champ d'application. Celles-ci pourront, comme par le passé, faire l'objet de décrets du Premier ministre qui exerce le pouvoir réglementaire en vertu de l'article 21 de la Constitution.

2. Lorsqu'un service est mis, en tant que de besoin, à disposition d'un ministre, il est placé sous l'autorité fonctionnelle de celui-ci pour l'exercice des compétences ministérielles. Dès lors, l'agent responsable du service mis à disposition d'un ministre dispose, pour signer au nom de ce ministre dans la limite des attributions dévolues à celui-ci, de la délégation de plein droit prévue par le décret du 27 juillet 2005.

3. L'article 20 du Code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret en Conseil d'État n° 2004-15 du 7 janvier 2004, dispose que : « L'autorité compétente pour conclure les marchés désigne, le cas échéant, d'autres personnes responsables des marchés [...]. Les délégations de compétence ou de signature qu'elle donne à cette fin précisent les catégories et les montants des marchés pour lesquels elles sont attribuées. / L'autorité compétente mentionnée à l'alinéa précédent est le ministre pour les administrations centrales, les services déconcentrés directement placés sous son autorité et les services à compétence nationale [...]. »

Le décret du 27 juillet 2005 n'a eu ni pour objet ni pour effet de modifier la règle spéciale édictée par le Code des marchés publics, qui est exclusive de toute délégation de signature de plein droit dès lors que cette règle donne en la matière le choix au ministre entre la délégation de compétence et la délégation de signature et qu'elle impose à celui-ci de préciser à chaque fois les catégories et les montants des marchés pour lesquels il attribue cette délégation.

Radiodiffusion sonore et télévision

■ Section de l'intérieur – Avis n° 371.283 – 8 février 2005

Services privés de télévision numérique par voie hertzienne terrestre – Autorisations d'usage de la ressource radioélectrique – Régime.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1° En cas d'évolution substantielle de la programmation ou du mode de financement d'un service autorisé sur le fondement du troisième alinéa du III de l'article 30-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, le Conseil supérieur de l'audiovisuel est-il tenu, par application de l'article 42-3 de cette loi, de retirer l'autorisation dans les mêmes conditions que pour un service autorisé en application du quatrième alinéa du III de l'article 30-1 ou dispose-t-il d'une plus grande latitude pour ne pas s'opposer à une telle évolution, en considération du fait que l'autorisation délivrée en application du troisième alinéa est de droit sur demande des intéressés sans que l'autorité de régulation soit habilitée à apprécier le respect des critères et impératifs exigés par comparaison avec d'autres demandes ?

2° La renonciation, par le titulaire, à une autorisation délivrée sur le fondement du troisième alinéa du III de l'article 30-1 ouvre-t-elle à l'intéressé un nouveau droit à bénéficier d'une autorisation sur cette base ou le droit ouvert par les dispositions précitées était-il lié à la mise en œuvre du premier appel aux candidatures pour des services nationaux de télévision numérique terrestre ? Un opérateur qui n'a pas exercé son droit à une chaîne supplémentaire, dite « chaîne bonus », lors de cet appel aux candidatures peut-il exercer ce droit à l'occasion d'un appel aux candidatures ultérieur ?

3° Le bénéfice des dispositions du troisième alinéa du III de l'article 30-1 peut-il être accordé à un opérateur en remplacement de la chaîne numérique supplémentaire qui lui avait été accordée, au terme de la durée de l'autorisation accordée à ce service ou avant ce terme, en cas de renonciation de l'opérateur concerné à ladite autorisation, voire en cas de retrait de cette autorisation ? En pareil cas, la durée de la nouvelle autorisation éventuellement accordée en application des dispositions susmentionnées peut-elle être liée à celle de l'autorisation initiale qui avait été délivrée ?

4° L'autorisation accordée en application du troisième alinéa du III de l'article 30-1 doit-elle nécessairement l'être dans le cadre d'un appel aux candidatures ? Dans l'affirmative, cet appel aux candidatures peut-il être limité à la seule capacité spectrale libérée par la renonciation de l'opérateur concerné à sa chaîne « bonus » ?

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, notamment son article 30-1 inséré par l'article 45 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 et modifié par l'article 52 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 ;

Vu la décision n° 2000-434 DC du 27 juillet 2000 du Conseil constitutionnel ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. L'article 45 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 a inséré dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, à la suite de l'article 30 qui régit les services privés de télévision hertzienne en mode analogique, un article 30-1 qui définit le régime d'autorisation des services privés de télévision numérique par voie hertzienne terrestre. Dans un premier alinéa, cet article énonce en termes généraux que « Sous réserve des dispositions de l'article 26 », c'est-à-dire des règles propres à l'attribution au secteur audiovisuel public de services diffusés en mode numérique, « l'usage de ressources radioélectriques pour la diffusion de tout service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique est autorisé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans les conditions prévues au présent article ».

Ces conditions sont précisées dans les quatre paragraphes de l'article 30-1.

Le III de l'article 30-1, après avoir indiqué dans un premier alinéa que « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel procède à une audition publique des candidats », précise dans ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas, les critères qui, dans chaque cas, sont pris en compte par l'instance de régulation.

Aux termes du deuxième alinéa du III : « Sans préjudice des dispositions des articles 1^{er}, 3-1 et 26, il (le CSA) autorise la reprise intégrale et simultanée des services de télévision autorisés dans la zone considérée en application de l'article 30 préalablement à la date d'appel aux candidatures lorsque les candidats lui en ont fait la demande et si cette reprise s'effectue selon un principe identique en ce qui concerne le recours ou non à une rémunération de la part des usagers. »

Ces dispositions, qui visent à permettre aux opérateurs privés autorisés antérieurement à émettre en mode analogique à reprendre à l'identique et en simultané en mode numérique leurs programmes, encore appelé « simulcast », sont distinctes de celles des alinéas suivants du même paragraphe.

Selon le troisième alinéa du III : « Sans préjudice des articles 1^{er}, 3-1, 26, 39 à 41-4 et des impératifs et critères visés aux deux alinéas suivants, le Conseil supérieur de l'audiovisuel accorde également à tout éditeur d'un service à vocation nationale autorisé au titre de l'alinéa précédent et qui en fait la demande un droit d'usage de la ressource radioélectrique pour la diffusion d'un autre service de télévision, à condition qu'il soit édité par une personne morale distincte, contrôlée par cet éditeur au sens du 2^o de l'article 41-3. »

Cet alinéa a pour objet d'assurer aux opérateurs qui en font la demande, en sus de la chaîne de reprise en simultané visée au précédent alinéa, l'octroi d'une chaîne numérique supplémentaire.

La rédaction d'ensemble de l'article 30-1 ajouté à la loi du 30 septembre 1986 par celle du 1^{er} août 2000 et les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de cette dernière font apparaître que l'expression « sans préjudice de [...] », utilisée tant au deuxième alinéa qu'au troisième alinéa du III, signifie que la mise en œuvre de l'article 30-1 s'effectue non pas indépendamment de l'application des autres articles de la loi auxquels ils font référence mais sous réserve du respect de leurs dispositions et des impératifs et critères qu'elles énoncent.

À cet égard, le troisième alinéa du III renvoie pour l'attribution de la chaîne supplémentaire de droit aux « impératifs et critères » visés aux quatrième et cinquième alinéas du III qui sont ceux que le Conseil supérieur de l'audiovisuel prend en compte pour accorder « les autres autorisations d'usage de la ressource radioélectrique » en mode numérique terrestre.

Au titre du quatrième alinéa, l'instance de régulation doit apprécier « l'intérêt de chaque projet pour le public au regard des impératifs prioritaires et des critères mentionnés aux articles 29 et 30 ainsi que des engagements du candidat en matière de couverture du territoire, de production et de diffusion d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques françaises et européennes. Il (le CSA) tient également compte de la cohérence des propositions formulées par les candidats en matière de regroupement technique et commercial avec d'autres services et en matière de choix des distributeurs de services, ainsi que de la nécessité d'offrir des services répondant aux attentes d'un large public et de nature à encourager un développement rapide de la télévision numérique terrestre ».

En vertu du cinquième alinéa, le Conseil supérieur de l'audiovisuel favorise « dans la mesure de leur viabilité économique et financière, notamment au regard de la ressource publicitaire, les services ne faisant pas appel à une rémunération de la part des usagers et contribuant à renforcer la diversité des opérateurs ainsi que le pluralisme de l'information, tous médias confondus ».

II. Dans son avis du 17 septembre 2002, le Conseil d'État (Section de l'intérieur) a estimé que les termes impératifs utilisés par le législateur dans le troisième alinéa du III de l'article 30-1 selon lesquels le Conseil supérieur de l'audiovisuel « accorde également à tout éditeur d'un service [...] qui en fait la demande » une chaîne supplémentaire, rapprochés des autres dispositions de cet article, impliquent que l'instance de régulation, après avoir lancé l'appel à candidatures, reçu les dossiers des opérateurs et organisé une audition publique des candidats, procède d'abord à l'attribution aux opérateurs auxquels la loi a conféré ce droit, d'une part, d'une chaîne de reprise en simultané conformément aux dispositions du deuxième alinéa du III et, d'autre part, d'une chaîne supplémentaire, comme le prévoit le troisième alinéa, avant d'accorder « les autres autorisations d'usage de la ressource radioélectrique ».

Il en a déduit que, lorsqu'il veille à l'application des dispositions du troisième alinéa du III de l'article 30-1, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit rechercher si la demande dont il est saisi satisfait aux critères et impératifs découlant, d'une part, des articles 1^{er}, 26, 29, 30, 39 à 41-4 de la loi et, d'autre part, des critères propres au mode numérique de diffusion des services privés de télévision hertzienne terrestre. Il a, toutefois, ajouté que, dès lors que l'attribution de la chaîne supplémentaire est de droit sur demande des intéressés, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'est pas habilité à apprécier le respect des critères et impératifs ainsi exigés par comparaison avec d'autres demandes.

III. Pour répondre à la question de savoir si l'autorisation donnée au titre du troisième alinéa du III de l'article 30-1, une fois délivrée selon les règles susmentionnées, relève d'un régime juridique différent de celui qui est applicable aux « autres autorisations d'usage de la ressource radioélectrique » prévues au quatrième alinéa, il convient de relever les éléments suivants :

a) Les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relatives au régime des autorisations de services ne distinguent pas selon que celles-ci ont été initialement attribuées en application du troisième ou du quatrième alinéa du III de l'article 30-1. Tel est en particulier le cas de l'article 28-1 qui fixe les conditions de durée et de reconduction hors appel aux candidatures des autorisations délivrées en application de l'article 30-1.

b) La procédure initiale d'attribution des autorisations du troisième alinéa, qui instaure au profit de ses bénéficiaires un avantage concurrentiel souhaité par le législateur pour faciliter le démarrage rapide de la télévision numérique terrestre, n'implique pas nécessairement, par elle-même, une dérogation permanente au droit commun du régime juridique des autorisations, dont la loi n'a défini ni le principe ni le contenu.

c) La mission de régulation qui appartient au Conseil supérieur de l'audiovisuel en matière de services de télévision numérique terrestre serait compromise si les services supplémentaires autorisés au titre du troisième alinéa du III de l'article 30-1 étaient susceptibles d'être modifiés à tout moment par les opérateurs sans que puisse être prise en considération l'existence des services autorisés au titre du quatrième alinéa, alors pourtant que ces dernières autorisations ont été elles-mêmes attribuées compte tenu de la nature des services préalablement autorisés au titre du troisième alinéa.

Il en résulte que si, lors de l'exercice du droit ouvert par le troisième alinéa du III, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'est pas habilité à apprécier le respect des critères et impératifs par comparaison avec d'autres demandes, en revanche, toute évolution ultérieure doit être appréciée par l'autorité de régulation selon les règles du droit commun.

En conséquence :

1. En cas d'évolution substantielle de la programmation ou du financement d'un service autorisé sur le fondement du troisième alinéa du III de l'article 30-1, le Conseil supérieur de l'audiovisuel est fondé à appliquer l'alinéa premier de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 et, si les conditions posées par cet article sont réunies, à retirer l'autorisation sans mise en demeure préalable.

2. En cas de renonciation, par le titulaire, à une autorisation délivrée sur le fondement du troisième alinéa du III de l'article 30-1, l'intéressé n'est pas fondé à faire valoir un nouveau droit à bénéficier d'une autorisation en application de cette disposition.

Un opérateur qui n'a pu obtenir une autorisation au titre du troisième alinéa lors du premier appel aux candidatures pour des services nationaux de télévision numérique terrestre à l'issue duquel le Conseil supérieur de l'audiovisuel a délivré des autorisations au titre du troisième alinéa, puis du quatrième alinéa, ne peut exercer ce droit à l'occasion d'un appel complémentaire aux candidatures.

Les observations qui précèdent impliquent une réponse négative à la question posée au 3° et rendent sans objet la question posée au 4°.



Sécurité sociale

■ Section sociale – Avis n° 372.440 – 22 novembre 2005

Accidents du travail et maladie professionnelle – Décret n° 2002-1555 du 24 décembre 2002 – Rentes dues aux ayants droit de victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle – Champ d'application.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de la Santé et des Solidarités et le ministre délégué à la Sécurité sociale, aux Personnes âgées, aux Personnes handicapées et à la Famille des questions de savoir :

1. Si les dispositions du décret n° 2002-1555 du 24 décembre 2002 s'appliquent aux rentes dues aux ayants droit de victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle pour des accidents survenus ou des maladies constatées avant l'entrée en vigueur de ce décret ou avant le 1^{er} septembre 2001.

2. Dans la négative, si ce décret aurait pu le prévoir expressément.

3. Dans le cas particulier des orphelins de père et de mère, s'il y a lieu d'appliquer des dispositions différentes pour le calcul de la rente à laquelle ils ont droit des suites d'un accident ou d'une maladie professionnelle survenues antérieurement au 31 décembre 2002 ou au 1^{er} septembre 2001, selon qu'ils sont devenus orphelins de père et de mère avant ou après l'une ou l'autre de ces deux dates.

Vu le Code de la sécurité sociale, notamment ses articles L. 434-7, L. 434-8, L. 434-10, L. 482-5, R. 434-11 et R. 434-16 ;

Vu la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale, notamment son article 53 ;

Vu le décret n° 2002-1555 du 24 décembre 2002 relatif à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles et de leurs ayants droit et modifiant le Code de la sécurité sociale ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Aux termes de l'article L. 434-7 du Code de la sécurité sociale : « En cas d'accident suivi de mort, une pension est servie, à partir du décès, aux personnes et dans les conditions mentionnées aux articles suivants. »

Aux termes de l'article L. 434-8 du même code : « Sous réserve des dispositions des alinéas suivants, le conjoint ou le concubin ou la personne liée par un pacte civil de solidarité a droit à une rente viagère égale à une fraction du salaire annuel de la victime [...]. »

Aux termes de l'article L. 434-10 du même code : « Les enfants légitimes, les enfants naturels dont la filiation est légalement établie et les enfants adoptés ont droit à une rente jusqu'à un âge limite [...] / La rente est égale à une fraction du salaire annuel de la victime plus importante lorsque les enfants sont orphelins de père et de mère au moment du décès, ou le deviennent postérieu-

rement, que lorsque le père ou la mère vit encore. Cette rente croît avec le nombre des enfants bénéficiaires. »

Aux termes de l'article R. 434-11 du même code, dans sa rédaction antérieure au décret du 24 décembre 2002 visé ci-dessus : « La fraction de salaire annuel de la victime qui sert de base à la rente [...] prévue au premier alinéa de l'article L. 434-8 [...] est fixée à 30 p. 100. »

Aux termes de l'article R. 434-16 du même code, dans sa rédaction antérieure au décret du 24 décembre 2002 visé ci-dessus, pris en application de l'article L. 482-5 du même code : « [...] La fraction du salaire annuel de la victime, prévue au deuxième alinéa de l'article L. 434-10 est fixée, pour chaque orphelin de père ou de mère remplissant les conditions requises à 15 p. 100 dans la limite de deux orphelins et à 10 p. 100 au-delà de deux. / Cette fraction est fixée à 30 p. 100 si l'enfant est orphelin de père et de mère lors du décès de la victime ou postérieurement à ce décès. »

Aux termes du III de l'article 53 de la loi du 21 décembre 2001 visée ci-dessus : « Pour les accidents survenus à compter du 1^{er} septembre 2001 et jusqu'à l'intervention du décret en Conseil d'État mentionné à l'article L. 482-5 du Code de la sécurité sociale, les dispositions suivantes s'appliquent. / La fraction du salaire annuel de la victime visée au premier alinéa de l'article L. 434-8 du même code est fixée à 40 %. / Pour les enfants mentionnés à l'article L. 434-10 du même code, cette fraction est fixée à 25 % de ce salaire pour chacun des deux premiers enfants et à 20 % par enfant au-delà de deux. Lorsque les enfants sont orphelins de père et de mère au moment de l'accident ou le deviennent postérieurement, ils bénéficient d'un complément de rente égal à 10 %. »

Aux termes de l'article R. 434-11 du même code, dans sa rédaction issue du décret du 24 décembre 2002 visé ci-dessus : « La fraction de salaire annuel de la victime qui sert de base à la rente prévue au premier alinéa de l'article L. 434-8 en faveur du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin est fixée à 40 p. 100. »

Aux termes de l'article R. 434-16 du même code, dans sa rédaction issue du décret du 24 décembre 2002 visé ci-dessus : « [...] La fraction du salaire annuel de la victime, prévue au deuxième alinéa de l'article L. 434-10 est fixée, pour chaque orphelin de père ou de mère remplissant les conditions requises à 25 p. 100 dans la limite de deux orphelins et à 20 p. 100 au-delà de deux. / Cette fraction est fixée à 30 p. 100 si l'enfant est orphelin de père et de mère lors du décès de la victime ou postérieurement à ce décès. »

Sur les deux premières questions :

En vertu des dispositions précitées de l'article L. 434-7, le fait générateur de la rente est constitué par le décès de la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, et non pas la survenance de cet accident ou le constat de cette maladie. S'agissant des orphelins de père et de mère, le fait générateur est le même si leur premier parent est déjà décédé à la date du décès par accident ou maladie de l'autre parent ; dans le cas contraire, le décès du second parent, à une date postérieure au décès de la victime de l'accident ou de la maladie, constitue un second fait générateur conduisant à la liquidation, pour l'avenir, d'une nouvelle rente au taux majoré prévu pour ces orphelins.

Le décret du 24 décembre 2002, qui se borne à relever les taux des rentes prévus aux articles R. 434-11 et R. 434-16 et qui est entré en vigueur le 31 décembre 2002, ne saurait s'appliquer qu'aux faits générateurs, c'est-à-dire aux décès, postérieurs à cette date. En effet, dans le silence de la loi, un acte administratif ne peut avoir d'effet sur les situations juridiquement constituées avant son entrée en vigueur. Et en l'absence en l'espèce de disposition législative en ce sens, ce décret n'aurait pu légalement prévoir, par une disposition expresse, que les taux qu'il fixe s'appliqueraient à des décès antérieurs au 31 décembre 2002.

Sur la troisième question :

Le III précité de l'article 53 de la loi du 21 décembre 2001 a relevé les taux antérieurement fixés par les articles R. 434-11 et R. 434-16. En vertu du premier alinéa de ce III, ces taux ne s'appliquent en tout état de cause que « jusqu'à l'intervention du décret en Conseil d'État mentionné à l'article L. 482-5 du Code de la sécurité sociale », en l'espèce jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 24 décembre 2002, soit le 31 décembre 2002, de sorte que les taux applicables aux rentes dues à raison de décès intervenus après cette dernière date sont exclusivement ceux qu'a fixés ce décret, quelle que soit la date de survenance de l'accident ou de constat de la maladie. Par ailleurs, les taux fixés par l'article 53 ont vocation à s'appliquer pour la liquidation des rentes dues à raison d'un décès consécutif à un accident survenu ou une maladie constatée après le 1^{er} septembre 2001. Ces taux sont donc applicables exclusivement aux décès intervenus entre le 1^{er} septembre 2001 et le 31 décembre 2002, à la condition que l'accident ou la maladie qui est à son origine soient survenus au cours de cette même période. Enfin, les dispositions de ce III ont en partie une portée rétroactive, puisqu'elles remettent en cause certaines situations constituées à la date d'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2001 : il s'agit des rentes dues à raison de décès qui seraient survenus entre le 1^{er} septembre 2001 et cette date d'entrée en vigueur, consécutifs à un accident ou une maladie survenus également dans le même intervalle de temps.

En application des mêmes dispositions, les taux majorés applicables aux rentes dues aux orphelins de père et de mère sont les suivants :

- le taux résultant de l'article R. 434-16, dans sa rédaction antérieure au décret du 24 décembre 2002, s'applique lorsque le décès consécutif à un accident ou une maladie est antérieur au 1^{er} septembre 2001 et que le décès de l'autre parent est antérieur au 31 décembre 2002 ;
- le taux résultant de l'article 53 de la loi du 21 décembre 2001 s'applique lorsque le décès consécutif à un accident ou une maladie est intervenu entre le 1^{er} septembre 2001 et le 31 décembre 2002, et que, en outre, le décès de l'autre parent est antérieur au 31 décembre 2002 ;
- le taux résultant du décret du 24 décembre 2002 s'applique dans tous les autres cas.

La Section sociale relève enfin que les dispositions prévues au III de l'article 53 de la loi du 21 décembre 2001 créent une rupture d'égalité, en ce qu'elles conduisent à appliquer des taux de rente différents pour des décès intervenus entre le 1^{er} septembre 2001 et le 31 décembre 2002, selon que l'accident ou la maladie sont antérieurs ou postérieurs au 1^{er} septembre 2001. Pour les orphelins de père et de mère, cette rupture d'égalité n'apparaît que lorsque, en outre,

le décès du second parent est antérieur au 31 décembre 2002. Or, aucun motif d'intérêt général ne justifie de telles différences de traitement. La Section sociale appelle donc l'attention du Gouvernement sur l'intérêt qui s'attacherait à ce que le Parlement rétablisse l'égalité entre les bénéficiaires de ces rentes.

Urbanisme et aménagement du territoire

■ Section des travaux publics – Avis n° 371.958 – 6 septembre 2005

Permis de construire – Article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme – Procédure d'attribution.

Le Conseil d'État (Section des travaux publics), saisi par le garde des Sceaux, ministre de la Justice de la question suivante :

Les immeubles à construire sur le fondement de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État et du décret du 6 janvier 2004 pris pour son application ou de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat peuvent-ils être regardés comme édifiés pour le compte de l'État au sens de l'article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme, de sorte que le permis de construire serait délivré au nom de l'État ?

Vu le Code de l'urbanisme, notamment son article L. 421-2-1 ;

Vu le Code du domaine de l'État, notamment son article L. 34-3-1 ;

Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

Vu le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Les dispositions de l'article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme prévoient, selon des conditions qu'il fixe, la délivrance du permis de construire au nom de la commune lorsqu'elle est dotée d'un plan local d'urbanisme ou d'une carte communale ; toutefois, aux termes des 4^e et 5^e alinéas de cet article, demeurent délivrés au nom de l'État les autorisations d'utilisation du sol concernant « les constructions, installations ou travaux réalisés pour le compte de l'État [...] ».

La notion de « réalisation pour le compte de l'État » au sens de cet article comprend toute demande d'autorisation d'utilisation du sol qui s'inscrit dans le cadre de l'exercice de ses compétences par l'État au titre d'une mission de service public qui lui est impartie, et à l'accomplissement de laquelle le législateur a entendu que la commune ne puisse faire obstacle, en raison des buts d'intérêt général poursuivis. Dès lors, les circonstances que le demandeur de l'autorisation ne soit pas l'État lui-même, que l'État ne soit pas propriétaire soit du terrain d'assiette soit des constructions objets de la demande, sont sans influence sur la détermination de la compétence de l'État pour délivrer l'autorisation demandée.

Il en résulte qu'alors même que la construction de prisons pourrait être réalisée sur le fondement des dispositions de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État et du décret du 6 janvier 2004 pris pour son application,

conférant ainsi au cocontractant des droits réels sur le terrain et la construction qu'il est chargé d'édifier par le bail que l'État lui a consenti, ou sur le fondement des contrats de partenariat dont le régime résulte de l'ordonnance du 17 juin 2004, qui confère au cocontractant les prérogatives de maître d'ouvrage et peut prévoir qu'il conservera la propriété de la construction, voire du terrain, ces opérations, entreprises à la demande de l'État dans le cadre du contrat qu'il passe afin de mettre en œuvre sa compétence en matière de service public pénitentiaire, doivent toujours être regardées comme entreprises pour le compte de l'État, au sens et pour l'application des dispositions du 4^e et du 5^e alinéas de l'article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme.



SÉCURITÉ
JURIDIQUE ET
COMPLEXITÉ
DU DROIT

Considérations générales



Les considérations générales du Conseil d'État sur « *La sécurité juridique et la complexité du droit* » ont été rédigées par M^{me} Josseline de CLAUSADE, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours d'Édouard GEFFRAY, Stéphane HOYNCK, Vincent DAUMAS, Laurent CABRERA et Damien BOTTEGHI, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 février 2006.

Jessica AMIOT, Pauline GAIN, Fanny JAFFRAY, ainsi que Baptiste BOURBOULON, Nicolas GUERRERO, Erwan LE NOAN et Guillaume RICHARD, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

Sommaire

Introduction	229
---------------------------	-----

Première partie

La complexité croissante des normes menace l'État de droit	233
---	-----

A. Les causes 234 |

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines	234
1.1. <i>Les récents développements du droit communautaire</i>	235
1.2. <i>Le Conseil de l'Europe</i>	242
1.3. <i>Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales</i>	245
1.4. <i>Les transferts ou aménagements de compétences de l'État</i>	249
2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité ..	254
2.1. <i>L'impératif de communication médiatique</i>	254
2.2. <i>La pression des milieux professionnels et de l'opinion</i>	256
2.3. <i>La force symbolique de la loi</i>	259

B. Les effets 262 |

1. Pour le législateur	262
1.1. <i>Le législateur contraint</i>	262
1.2. <i>Le législateur submergé</i>	265
1.3. <i>Le législateur contourné</i>	269
2. Pour la société	272
2.1. <i>L'usager égaré</i>	272
2.2. <i>L'insécurité des opérateurs économiques</i>	276
2.3. <i>Les juges perplexes</i>	277

Deuxième partie

Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?	281
---	-----

A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'état de droit 281 |

1. Le contenu du principe	281
1.1. <i>L'axe formel : la qualité de la loi</i>	282
1.2. <i>L'axe temporel : la prévisibilité de la loi</i>	282



2. La portée du principe	283
2.1. <i>En droit européen</i>	283
2.2. <i>En droit constitutionnel</i>	287
2.3. <i>La position du Conseil d'État</i>	291
2.4. <i>Les interrogations de la Cour de cassation</i>	296
B. Quelles solutions ?	300
1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur	300
1.1. <i>La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale</i>	300
1.2. <i>Le vote de la réforme : la procédure parlementaire</i>	316
2. Explorer de nouvelles stratégies	322
2.1. <i>Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées</i>	322
2.2. <i>Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen</i>	327
2.3. <i>Vers un accès au droit plus sûr</i>	328
Conclusion	337

« *Quand le droit bavarde,
le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.* »
Rapport du Conseil d'État (1991),
*De la sécurité juridique*¹

Le principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel. Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier le concept de « clandestin »².

Il comporte pourtant de nombreuses applications essentielles dans notre droit : prévisibilité de la loi, clarté et accessibilité de la norme, stabilité des situations juridiques, exigences encore tout récemment rappelées par des décisions du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État.

La Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ont, pour leur part, consacré un principe de sécurité juridique. Leur jurisprudence exerce une influence sur les décisions des juridictions françaises, notamment pour les litiges concernant l'application du droit communautaire.

Dans le même temps, la complexité croissante de notre droit constitue une préoccupation constante des citoyens, des élus locaux, des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises³, et des juristes.

Elle a été évoquée à de nombreuses reprises par les plus hautes autorités de l'État, qu'il s'agisse du Président de la République⁴, du Président du Sénat⁵, du Président de l'Assemblée nationale⁶, du Président du Conseil constitu-

1. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

2. Bertrand Mathieu, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficace », *Mélanges Patrice Gérard*, Montchrestien, 2000, p. 301.

3. Lesquelles représentent actuellement 65 % de l'emploi salarié hors fonction publique en France. Cf. Conseil économique et social, avis présenté par Anne Duthilleul : « Entreprises et simplifications administratives », 25 mai 2005.

4. Discours du Président de la République prononcé le 19 mai 1995 devant le Parlement : « Trop de lois tuent la loi ».

5. Déclaration du Président du Sénat, « Surabondance de lois nuit au citoyen », *Libération*, 18 janvier 2005.

6. Interview du Président de l'Assemblée nationale, « Il faut concentrer la loi sur l'essentiel », *Libération*, 18 janvier 2005.

tionnel ⁷, notamment au début de l'année 2005, ou encore du Vice-président du Conseil d'État ⁸, qui dénonçait le « *droit gazeux et instable* » en 2001, lors de la cérémonie des vœux des corps constitués au Président de la République.

Ainsi que le souligne le rapport du Gouvernement sur les mesures de simplification de l'année 2003 : « *La complexité croissante de notre droit est devenue une source majeure de fragilité pour notre société et notre économie. [...] Elle peut détruire la lisibilité des décisions prises par le Gouvernement et le Parlement et ainsi conduire les Français à douter de l'efficacité de la décision politique* ⁹. »

Ainsi, « *face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne* ¹⁰ ».

Les préoccupations exprimées, dès 1991, par le Conseil d'État, dans ses « considérations générales » consacrées à la sécurité juridique sur cette complexité du droit, caractérisée par la prolifération désordonnée des textes, l'instabilité croissante des règles et la dégradation manifeste de la norme ¹¹, n'ont eu que peu d'effets, à l'exception de progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données telles que « *Légifrance* » ou « *Service Public* ».

Malgré la détermination politique affichée par les circulaires successives des Premiers ministres appelant, depuis trois décennies, à l'évaluation rigoureuse, *ex ante*, des réformes législatives et à un effort de sobriété, et malgré les observations sans cesse réitérées du Conseil d'État, les trente dernières années se caractérisent par une accélération du rythme normatif, sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens ¹².

Souvent évoqués, les remèdes de nature purement légistique ont révélé leurs limites, dans la mesure où le respect des disciplines en la matière relève avant tout d'une volonté politique, ainsi qu'en témoignent les intéressantes expériences menées par le Canada à partir de 1995, ou par le Royaume-Uni à partir de 1997.

Certes, la complexité du droit est un phénomène commun à la plupart des pays développés.

7. Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, allocution de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de la présentation des vœux du Conseil constitutionnel, échanges de vœux à l'Élysée le 3 janvier 2005.

8. Vœux au Président de la République et interview du Vice-président du Conseil d'État, « Trop de lois tue la loi », *Le Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001.

9. Rapport du Gouvernement sur les mesures de simplification de l'année 2003, établi en application de l'article 37 de la loi du 2 juillet 2003.

10. Olivier Dutheillet de Lamothe, Séminaire franco-brésilien, « Regards croisés sur la sécurité juridique », Cour de cassation, 19 septembre 2005.

11. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

12. Voir le numéro consacré à la loi de la revue *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005.

Elle tient d'abord à *la multiplication des sources du droit*, notamment internationales et communautaires, en même temps qu'à *l'apparition de nouveaux domaines d'activité humaine et de nouvelles attentes à l'égard du droit*, en relation notamment avec les inquiétudes engendrées par les avancées scientifiques et technologiques.

Elle traduit l'existence, au sein des collectivités organisées, de désaccords sur les valeurs et les priorités qui s'expriment logiquement et légitimement à l'occasion des alternances politiques.

Cette complexité trouve aussi son origine dans la volonté politique d'encadrer les activités des opérateurs économiques dans le contexte d'économie de marché, *en période de libéralisation de secteurs auparavant protégés par un monopole*, ce qui implique l'organisation de procédures et de garanties.

Elle manifeste encore, souvent, le souci de protéger les plus faibles : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ¹³. »

Mais cela n'explique pas complètement l'évolution : des *facteurs pathogènes* viennent amplifier les effets de ces causes objectives et, dans une certaine mesure au moins, légitimes.

La communication médiatique autour de la loi, parfois qualifiée de « gesticulation », et la précipitation du politique qui ne prend probablement pas, faute de temps, la part qui devrait lui revenir dans la conception des réformes, expliquent en partie l'instabilité de la norme et son absence de lisibilité.

La force symbolique de la loi, caractéristique propre de la société française, ne favorise pas la recherche de solutions alternatives à l'élaboration de normes, et conduit à faire passer toute réforme importante par cet instrument. L'une des caractéristiques de l'exception française, liée aux colbertismes de droite ou de gauche, réside en effet dans la propension à attendre des miracles de la loi, *à la juger en fonction de ses motifs plutôt que de ses conséquences*, et à faire appel à l'État législateur à tout propos, en escomptant de la loi des résultats à la fois prompts, bienfaisants et exempts d'effets pervers.

De là le fréquent contraste entre l'objectif d'une réforme et *l'absence de consensus, voire de dialogue*, sur les modalités de cette réforme.

Un journaliste, Thierry Desjardins, rapporte qu'en 1966 déjà, Georges Pompidou, Premier ministre, apostropha en termes vigoureux des collaborateurs zélés qui lui proposaient trop de réformes législatives ¹⁴.

13. Lacordaire, 45^e conférence de Notre-Dame.

14. Thierry Desjardins, *Arrêtez d'emmerder les Français*, Plon, 2000.

L'ouverture des frontières, conséquence de la réalisation du grand marché intérieur voulue par l'Acte unique européen¹⁵, comme la concurrence très vive, au niveau mondial, entre les systèmes juridiques inspirés du « *Common Law* » et ceux issus de la tradition du droit romain, enjeu considérable d'influence économique, juridique et culturelle, rendent cette situation de moins en moins tolérable.

Il faut non seulement approfondir l'analyse des causes des désordres constatés, mais mettre au jour des remèdes suffisamment efficaces pour y mettre fin.

Comment mieux concilier l'impératif d'innovation ou d'adaptation, d'une part, et la stabilité, la prévisibilité et le consensus minimum indispensables non seulement à la sécurité juridique, mais aussi à l'efficacité de toute réforme, d'autre part ?

Telle est l'interrogation retenue par le Conseil d'État, quinze ans après son premier rapport sur le sujet, avec le souci de concourir à satisfaire la haute ambition exprimée par Portalis, dans son discours préliminaire sur le premier projet de Code civil, il y a deux siècles : « *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité et la garantie de toute paix publique et particulière*¹⁶. »

15. Acte unique européen, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

16. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, 1804.

Première partie

La complexité croissante des normes menace l'État de droit

« Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ¹⁷. »
Montesquieu

L'élaboration des normes juridiques est, pour la France comme pour les autres pays développés, à la fois tributaire de contraintes objectives et plus ou moins inéluctables, et de fonctionnements ou de comportements « pathogènes ».

Certaines des contraintes objectives sont externes et liées *aux engagements internationaux de la France* résultant d'une volonté politique continue depuis la fin de la dernière guerre mondiale : la construction européenne et le droit communautaire, d'une part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les conventions négociées au sein du Conseil de l'Europe, d'autre part. S'y ajoute le maillage de conventions internationales, bilatérales et multilatérales, qui relie notre pays au reste du monde.

L'apparition *de nouveaux domaines de législation parfois complexes et difficiles* comme le droit de la concurrence, le droit monétaire et financier dans un contexte ouvert, les biotechnologies, l'économie numérique, les nouvelles approches de la propriété intellectuelle, la protection de l'environnement, contribue également à la multiplication et à la révision fréquente des normes.

Dans le domaine économique, *la libéralisation de secteurs entiers* tels que les transports, les télécommunications, ou bientôt l'énergie, appelle la fixation de règles de conduite des opérateurs dans des domaines par nature techniques et évolutifs, et justifie l'apparition d'un nouveau type de régulation caractérisé par de constantes adaptations.

D'autres contraintes résultent *de choix du constituant ou du législateur* : ainsi en est-il des transferts successifs de pouvoirs et de compétences en faveur des collectivités territoriales, du choix d'un statut spécifique pour chaque collectivité d'outre-mer, ou encore de la création d'autorités administratives indépendantes.

Les caractéristiques propres aux sociétés démocratiques, et notamment la nécessité de communiquer autour de la loi, la portée symbolique qu'elle revêt, les remises en cause dont elle est fréquemment l'objet à l'occasion de change-

17. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758.

ments de majorité contribuent enfin, tantôt légitimement, tantôt de façon pathologique, à l'instabilité de la norme.

Ces dernières contraintes peuvent en effet, quand elles ne sont pas maîtrisées, conduire à des dérives, et à un dévoiement de l'usage de l'instrument normatif, soit qu'une préséance excessive soit donnée au souhait de communication, soit qu'en vue de satisfaire des groupes de pression ou l'opinion en général, on fasse voter des réformes avant de les avoir suffisamment pensées, ou bien encore qu'on se propose de faire jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, dans une société sensible aux symboles.

De cette situation, le législateur est la première victime. Ses marges de liberté pour décider des sujets qu'il convient de traiter se révèlent de plus en plus restreintes. Et il en vient à ne plus exercer sa mission dans les conditions lui permettant d'élaborer des textes de qualité. Cela conduit en outre à sa dépossession.

Mais c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs. Les juges ne sont eux-mêmes pas toujours en état d'y remédier, et sont parfois conduits à prendre leur part de l'aggravation de la complexité.

A. Les causes

Parmi les raisons « objectives » du foisonnement normatif figurent le développement de nouvelles sources du droit, notamment européennes et internationales, la multiplication des auteurs de normes et la propension du législateur à ne pas s'en tenir à la sphère de compétence qui lui est constitutionnellement attribuée.

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines

Dans une étude parue en 2000 et consacrée à la norme internationale en droit français¹⁸, le Conseil d'État rappelait que « *les évolutions du cadre constitutionnel et de la jurisprudence, ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe* ».

18. *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 7.

1.1. Les récents développements du droit communautaire

Parmi les évolutions majeures figure le développement du droit communautaire et l'extension de son champ d'application à la suite des réformes institutionnelles successives.

Les étapes de la construction européenne ont conduit à modifier des secteurs entiers de l'économie et de la société françaises. Elles ont permis un développement de notre compétitivité, attesté par la croissance de nos exportations vers les autres États membres, et la croissance de nos investissements à l'étranger, au sein comme à l'extérieur de l'Union européenne.

Elles ont cependant été marquées par une prolifération de normes, liée à la nécessaire adaptation de pans entiers de notre droit.

1.1.1. La primauté du droit communautaire sur le droit national : vers un ordre juridique intégré

Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 intervenue avant la ratification du traité de Maastricht, « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004¹⁹ relative à l'examen du traité signé à Rome le 29 octobre 2004 établissant une Constitution pour l'Europe, a rappelé que le constituant avait, par cet article, « *consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

La primauté du droit communautaire sur le droit interne est solennellement affirmée par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*²⁰, et reconnue aujourd'hui par les deux ordres de juridiction nationaux.

Ce principe ne saurait conduire toutefois dans l'ordre interne à remettre en cause la suprématie de la Constitution, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État dans l'arrêt *Sarran et Levacher* du 30 octobre 1998, puis dans la décision du 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*²¹.

Il emporte en revanche l'obligation pour l'administration d'écarter l'application de règles législatives incompatibles avec les règles européennes, et contraint le juge à ne pas faire application d'une disposition législative qui serait contraire à un règlement communautaire ou aux objectifs d'une directive dont la date limite de transposition est dépassée.

19. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

20. CJCE, affaire 6/64, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*.

21. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, rec. p. 369, conclusions de Christine Maugué ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, rec. p. 624.

Ainsi, le contrôle des aides d'État, instauré par l'article 88²² du traité instituant la Communauté européenne, peut conduire à la remise en cause de certaines législations nationales relatives, par exemple, aux services publics nationaux, à leur mode de financement, ou encore au fonctionnement des établissements publics.

La violation du droit communautaire peut être invoquée par tout justiciable devant les juridictions nationales, ce qui peut être source d'insécurité juridique : une décision prise en respectant le droit national peut être annulée au motif qu'elle ne respecte pas le droit communautaire non transposé. Cela s'est produit par exemple avec l'annulation de la délibération de la Communauté urbaine de Lyon décidant la réalisation du périphérique Nord et la convention de concession de l'ouvrage, pour non respect de l'obligation de publicité prévue par l'article 12 de la directive n° 71-305 CEE du 26 juillet 1971 du Conseil des Communautés européennes, modifiée par la directive n° 89-440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, qui n'était pas encore transposée en droit interne²³.

La procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg, organisée par l'article 234²⁴ du traité instituant la Communauté européenne (ancien article 177), permet à celle-ci de statuer à tout moment, à la demande d'un juge national, sur la portée d'une disposition du droit communautaire.

Le défaut de transposition ou la transposition irrégulière d'une directive par le législateur entraîne la responsabilité de l'État français²⁵.

22. Article 88 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun. 2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 226 et 227 [...]. »

23. CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, rec. p. 30, conclusions de Henri Savoie.

24. Article 234 du traité instituant la Communauté européenne : « La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE ; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice. »

25. CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, rec. p. 78, conclusions de Martine Laroque, *Actualité juridique droit administratif*, n° 3, mars 1992, p. 210.

En application de ce principe de primauté, la Commission, gardienne des traités, vérifie la bonne application du droit communautaire, et peut demander à un État membre de justifier de la compatibilité de sa loi avec le droit communautaire.

Si les réponses ne sont pas jugées satisfaisantes, la demande d'information de la Commission peut être suivie d'une mise en demeure puis d'un avis motivé, lesquels constituent la phase précontentieuse. Elle peut aller jusqu'à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 226²⁶ du traité instituant la Communauté européenne relatif au recours en manquement.

À titre d'exemple, au cours de l'année 2003, la Commission a engagé 1 552 mises en demeure, 533 avis motivés, et 215 saisines de la Cour de justice. Le nombre de dossiers d'infractions en cours au 31 décembre 2003 était de 3 927²⁷.

Pour la même année, la France était à l'origine de 16,36 % des saisines de la Cour, contre 15,25 % pour le Royaume-Uni, 12,06 % pour l'Italie, 7,73 % pour l'Allemagne, et 4,94 % pour l'Espagne.

Ainsi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle rendu 19 arrêts sur recours en manquement visant la France en 2000, 24 en 2001, 15 en 2002, 14 en 2003, 25 en 2004 et 13 en 2005²⁸. Les quelques dizaines de décisions de manquement prononcées chaque année par la Cour de justice à l'égard des États membres peuvent éventuellement, depuis le traité de Maastricht, être accompagnées d'une sanction pécuniaire ou d'une demande d'astreinte, procédures prévues par l'article 228 du traité²⁹.

La deuxième application de cet article a concerné la France, après la Grèce, le 12 juillet 2005³⁰, en raison de ses manquements répétés dans l'application de la politique commune de la pêche, et de la non-application d'un premier arrêt

26. Article 226 du traité instituant la Communauté européenne : « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent, en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis, dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. »

27. Chiffres du service juridique de la Commission.

28. Source : ministère des Affaires étrangères, février 2006.

29. Article 228 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. 2. Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris ces mesures, elle émet, après avoir donné à cet État la possibilité de présenter ses observations, un avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de justice. Si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Cette procédure est sans préjudice de l'article 227. »

30. CJCE, affaire C-304/02, 12 juillet 2005, Commission des Communautés européennes c/ République française.

de manquement rendu par la Cour le 11 juin 1991 (astreinte de 57 M€ pour chaque période de six mois et une somme forfaitaire de 20 M€).

Ces impératifs de transposition du droit communautaire et d'adaptation des textes nationaux sont à l'origine d'un flux législatif et réglementaire important, caractérisé souvent par une marge d'action réduite pour le Gouvernement et le Parlement.

1.1.2. Le marché intérieur, la monnaie unique, les élargissements : les incursions en droit « régalien »

La mise en œuvre des premières politiques communes (politique agricole, politique de la pêche ou politique commerciale notamment) reposait essentiellement sur des règlements de gestion ou des décisions directement applicables dans les ordres juridiques nationaux.

Le marché intérieur, caractérisé selon les objectifs de l'Acte unique européen de 1985³¹ par la liberté de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, fut en revanche organisé par des directives, impliquant une transposition en droit national. L'attribution à l'Union européenne de nouvelles compétences, résultant du traité de Maastricht de 1992, du traité d'Amsterdam de 1997, puis du traité de Nice de 2001, a étendu l'application des règles européennes à de nouvelles branches du droit.

Les directives, en principe destinées à fixer les objectifs à atteindre tout en laissant aux États membres le choix des moyens, sont devenues plus précises et détaillées en raison du choix des principaux États membres en faveur d'une approche d'harmonisation jugée à l'époque plus sûre et plus protectrice que la reconnaissance mutuelle des règles de droit interne.

La méthode de transposition en vigueur en France repose sur la mise en conformité du droit national préexistant avec les objectifs des directives. Elle appelle donc des remaniements des dispositifs législatifs et réglementaires très considérablement supérieurs à ceux consentis par ceux des États membres qui se bornent à introduire en l'état dans leur ordre juridique les directives communautaires.

Comme pour le droit national, le recensement de l'ensemble des textes communautaires en vigueur constitue un exercice difficile.

Le droit communautaire originaire, composé des traités, des traités modificatifs, des actes d'adhésion et des protocoles annexés aux traités représente une masse croissante de normes, compte tenu à la fois des modifications institutionnelles intervenues en 1992, 1997, 1998 et 2001 et des élargissements successifs.

31. Article 13 de l'Acte unique européen : « *Le traité CEE est complété par les dispositions suivantes : article 8A, la Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 8B, 8C et 28, de l'article 57 paragraphe 2, de l'article 59, de l'article 70 paragraphe 1 et des articles 84, 99, 100A et 100B et sans préjudice des autres dispositions du présent traité. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.* »

S'y ajoutent **les accords externes**, au nombre de 3 000 environ, conclus entre la Communauté ou l'Union européenne et des États tiers, notamment en ce qui concerne la politique commerciale commune (accords de l'Organisation mondiale du commerce), ou la sécurité, en particulier depuis les attentats du 11 septembre 2001.

Une étude récente du Secrétariat général des affaires européennes ³² évalue **le droit dérivé** des traités en vigueur à **quelque 17 000** règlements, directives et décisions du pilier communautaire de l'Union européenne.

Sur les 34 104 règlements communautaires adoptés entre 1990 et 2005, seuls 5 191, soit un peu plus d'un septième, sont encore en vigueur ³³. La plupart sont des règlements de gestion relatifs à la mise en œuvre annuelle des politiques communes, notamment la politique agricole et la politique de la pêche.

Sur les 1 516 directives adoptées depuis 1990, 1 244 sont encore en vigueur aujourd'hui. Elles ont nécessité ou impliquent une transposition, c'est-à-dire l'adaptation des textes nationaux.

Ces chiffres restent cependant d'ampleur limitée par rapport au stock des 10 500 lois et 120 000 décrets réglementaires en vigueur en France, et leur impact sur l'activité normative nationale doit être apprécié à sa juste mesure.

En termes de flux, le nombre de règlements communautaires s'élève en moyenne annuelle à 600 pour la dernière législature. Le nombre de directives communautaires s'élève annuellement à 96 pour la période allant de 1990 à 1999 inclus, et à 99 pour la période allant de 2000 à 2004 inclus ³⁴.

Les 510 directives adoptées pendant les cinq dernières années ont pour principaux champs d'application *les échanges économiques et commerciaux (85), les transports (77), le secteur agroalimentaire (74), l'agriculture (63), les finances (52), l'environnement (36), les questions sociales (34), l'industrie (28), l'emploi et le travail (21)* ³⁵.

La Commission vient, dans un souci de qualité de la réglementation, de décider de ralentir le flux normatif communautaire. Ainsi a-t-elle, en conséquence, retiré en septembre 2005 plus d'un tiers des propositions en instance devant le Conseil ou le Parlement, soit 68 textes sur 183.

Trois illustrations peuvent être données.

La première concerne **le droit de la concurrence**.

L'adoption de plusieurs règlements communautaires régissant le droit de la concurrence a contribué, en une vingtaine d'années, à un essor considérable de ce droit. Ces règles ont été complétées et interprétées par les autorités de régulation compétentes, qu'il s'agisse de la direction générale IV en charge de la

32. Jean Maïa, « La contrainte européenne sur la loi », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 54.

33. Données statistiques du Secrétariat général des affaires européennes au 1^{er} septembre 2005.

34. *Idem*.

35. *Idem*.

concurrence à la Commission européenne, ou, en France, du Conseil de la concurrence, lui-même intégré dans le réseau des vingt-cinq autorités de régulation des États membres.

L'exigence du respect des règles de concurrence entre les entreprises de la Communauté européenne lors de la passation des marchés publics de biens ou de services, et lors de l'octroi de concessions de service public, a conduit à l'adoption de nombreuses directives, plusieurs fois révisées, sur les procédures de passation de marchés publics. Toutes ces normes ont dû, chaque fois, être transposées en droit interne.

Une seconde illustration concerne *les nouvelles technologies de l'information et de la communication*.

Six directives ont été adoptées à cet égard par l'Union européenne. Elles ont été transposées en partie par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Sur le modèle de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés avaient notamment été adoptées la Convention n° 108³⁶ du Conseil de l'Europe et la directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données. Une directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 relative au même sujet est venue modifier la directive de 1995. La loi de 1978 a alors été complétée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 afin de tenir compte de cette directive.

Une troisième illustration concerne *l'environnement*.

Mis en œuvre en Allemagne au cours des années 1970, inscrit à l'article 130 R (devenu article 174) du traité de Maastricht, « *le principe de précaution* » apparaît pour la première fois en droit français dans la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

Tel qu'il est énoncé dans le droit français, ce principe signifie que « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable*³⁷ ».

Il conduit à l'exigence, pour les pouvoirs publics, de la prise en compte précoce des risques potentiels pour la santé ou pour l'environnement, et conduit à un abaissement du seuil d'intervention de la mesure de police administrative qu'il implique.

36. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

37. Article L. 110-1 du Code de l'environnement.

Désormais inscrit dans la Constitution française depuis la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, ce principe conduira nécessairement au développement de législations préventives relatives à la protection de la santé ou, plus généralement, à la préservation de l'environnement.

1.1.3. La spécificité de la coopération dans les affaires intérieures et de justice : au cœur du droit « régalien »

Cette coopération a commencé en juin 1985 avec la création de l'« espace Schengen », dans un cadre intergouvernemental qui réunissait cinq États (la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas) afin de faciliter, par l'harmonisation des mesures de contrôle aux frontières extérieures de cet espace, une suppression progressive des contrôles aux frontières intérieures.

Elle s'est étendue à des domaines complémentaires, notamment la coopération judiciaire, dans une convention d'application des accords de Schengen signée le 19 juin 1990³⁸.

Tous les États de l'Union européenne y ont progressivement participé, avec des conditions spéciales pour le Royaume-Uni et l'Irlande, ainsi que pour certains États tiers voisins : la Norvège, l'Islande et la Suisse.

Ce succès a conduit à la création du « troisième pilier » de l'Union européenne par le traité de Maastricht en 1992 : la coopération pour les affaires intérieures et de justice³⁹.

Répondant à une nécessité objective, cette coopération s'est approfondie, pour voir ses méthodes de travail et de décision se rapprocher progressivement des procédures communautaires (traité d'Amsterdam de 1997, traité de Nice de 2001), notamment pour la politique désormais commune sur les visas et les décisions de coopération judiciaire civile. Elle a en outre repris l'ensemble de l'« acquis Schengen ».

Les différentes avancées institutionnelles relatives à ce secteur ainsi que les règlements et décisions-cadres adoptés ont entraîné des réformes de la Constitution française elle-même, pour permettre « *les transferts de compétence*

38. Le 19 juin 1990, aux fins de la mise en œuvre de l'accord Schengen, était signée la convention d'application de l'accord Schengen. La Convention prévoit des mesures compensatoires qui visent à garantir, suite à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, un espace unique de sécurité et de justice. Elles portent notamment sur : l'harmonisation des dispositions concernant l'entrée et le séjour de courte durée d'étrangers dans l'espace Schengen (visa Schengen uniforme) ; l'asile (détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile) ; les mesures de lutte contre le trafic de drogue transfrontalière ; la coopération policière (poursuite) et l'entraide judiciaire. La Convention de Schengen est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993. Mais c'est seulement le 26 mars 1995, c'est-à-dire date à laquelle les conditions techniques et juridiques nécessaires ont été créées qu'elle est entrée en application.

39. L'Union européenne, créée par le traité de Maastricht, est représentée comme un temple reposant sur trois piliers : les Communautés européennes (pilier 1 ou « pilier communautaire »), la Politique étrangère et de sécurité commune ou PESC (pilier 2) et la Coopération policière et judiciaire en matière pénale (pilier 3).

nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés », ou pour organiser la coopération judiciaire pénale, notamment le mandat d'arrêt européen, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 (article 88-2⁴⁰, deuxième et troisième alinéas). Elles ont conduit à modifier des codes au cœur du droit régalien tels que le Code pénal, le Code de procédure pénale ou encore le Code civil.

Les dispositions des décisions-cadres en cours de négociation doivent parfois être analysées au regard des principes constitutionnels, et notamment des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴¹. Ainsi l'Assemblée générale du Conseil d'État a-t-elle, sur demande d'avis du Gouvernement, examiné la compatibilité avec la Constitution de l'éventuelle application de la règle « *non bis in idem* » sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne⁴², le 29 avril 2004, et de la transmission de documents ou de preuves dans le cadre des procédures d'entraide pénale pour les infractions revêtant un caractère politique, le 8 septembre 2005⁴³.

Enfin, le principe imposant d'interpréter le droit national conformément au droit communautaire s'applique également aux décisions-cadres adoptées en matière pénale en application du titre VI du traité sur l'Union européenne, ainsi que vient de le juger récemment la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 16 juin 2005, *Maria Pupino*⁴⁴.

1.2. Le Conseil de l'Europe

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

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été signée en 1950. Sa ratification a été autorisée par la loi du 31 décembre 1973 et le dépôt des instruments de ratification est intervenu en mai 1974. Le recours individuel est ouvert depuis octobre 1981.

À partir de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant à Strasbourg, a progressivement constitué un corpus de règles jurisprudentielles, largement reprises par les juridictions des États parties.

Le nombre de requêtes enregistrées a augmenté régulièrement au fur et à mesure des adhésions : 5 200 en 1990, 10 300 en 1994, 18 164 en 1998, 35 000 en 2002 et 38 435 en 2003. L'estimation du ministère des Affaires

40. Article 88-2 de la Constitution de la V^e République : « [...] 2. *Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés.* 3. *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du traité sur l'Union européenne.* »

41. Bruno Genevois, « Principes fondamentaux, principes généraux », *Revue française de droit administratif*, 14/3, mai-juin 1998, p. 477.

42. CE, Ass., avis n° 370 136, 29 avril 2004.

43. CE, Ass., avis n° 371 741, 8 septembre 2005.

44. CJCE, affaire C-105/03, 16 juin 2005, *Maria Pupino*.

étrangères pour 2004 était de 45 000 requêtes et de 52 000 requêtes pour 2005. Près de la moitié d'entre elles ne sont pas recevables : sur l'année 2003 par exemple, seules 17 950 requêtes ont été examinées au fond.

En 2004, la Turquie (154 arrêts) et la Pologne (74 arrêts) précèdent la France (59 arrêts) dans le classement des États ayant fait l'objet d'un constat de violation d'au moins un article de la Convention et de ses protocoles additionnels. Pour notre pays, plus de la moitié des condamnations est liée à des délais de jugement excessifs, en méconnaissance de l'article 6-1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable.

Alors que, pour la période 1990-1994, les arrêts de la Cour de cassation et les décisions du Conseil d'État dans lesquels il était fait référence à la Convention⁴⁵ se chiffraient par centaines, celle-ci a été visée, au cours de la période 2000-2004, dans 11 029 décisions du Conseil d'État, dont 8 526 relatives au contentieux des étrangers.

L'article 8 de la Convention⁴⁶, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, est le plus fréquemment invoqué : du 1^{er} janvier 2000 au 20 septembre 2005, 5 641 décisions du Conseil d'État s'y réfèrent.

L'article 3 de la Convention⁴⁷, relatif à l'interdiction de la torture et des traitements humains dégradants, vient au second rang dans les litiges devant le Conseil d'État, avec 2 293 décisions au cours de la même période pour le contentieux des décisions désignant le pays de renvoi des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement.

Vient enfin l'article 6-1⁴⁸ de la Convention relatif au procès équitable, avec 447 décisions dont certaines sont essentielles.

45. *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 22.

46. Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la société publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

47. Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

48. Article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

Ainsi plusieurs textes de procédure ont-ils dû, ou devront-ils être modifiés en fonction de cet article et des exigences que la Cour européenne des droits de l'homme en a déduit : ceux relatifs à l'obligation de publicité des débats devant les instances disciplinaires⁴⁹, devant les juridictions de l'aide sociale statuant sur les prestations et les actions en récupération⁵⁰, devant la Cour de discipline budgétaire et financière⁵¹, ou devant la Cour des comptes⁵².

D'autres réformes dans des secteurs se rattachant à la compétence des juges de l'ordre judiciaire, en particulier sur la procédure suivie devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale, ont résulté des principes de la Convention.

L'article 6-1 fonde également une jurisprudence restrictive à l'égard des lois de validation⁵³.

Là encore l'effectivité des normes internationales est assurée par la possibilité de les invoquer directement devant le juge national et, une fois les voies de droit interne épuisées, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

À ces textes sont venues s'ajouter les conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe.

1.2.2. Les conventions élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe

Le droit du Conseil de l'Europe ne constitue pas, contrairement au droit de l'Union européenne, un ordre juridique véritable. Toutefois, il se présente comme un ensemble cohérent qui a profondément évolué depuis ses origines⁵⁴.

En tant qu'organisation de coopération intergouvernementale, le Conseil de l'Europe, avec ses 46 États membres, joue un rôle majeur dans le rapprochement des droits nationaux, notamment attesté par les 198 conventions ou traités du Conseil de l'Europe en vigueur, dont 186 ouverts à la signature des États tiers.

Ces conventions facilitent et simplifient la coopération entre les États membres. Les droits de l'homme⁵⁵, la coopération juridique⁵⁶, le domaine social et la coopération culturelle et scientifique⁵⁷ constituent des secteurs privilégiés

49. CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. p. 35, conclusions de Marc Sanson, *Revue française de droit administratif*, 1996, p. 1186.

50. CE, Sect., 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, rec. p. 364 ; CE, Sect., 27 mars 1998, *Département de Saône-et-Loire*, rec. p. 106.

51. CE, Sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, rec. p. 374.

52. CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et Perrin*, rec. p. 415.

53. CE, 23 juin 2004, *Société « Laboratoires Genevrier »* ; Cass., Ass. plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer*.

54. Florence Benoît-Rohmer, Heinrich Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 11.

55. Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005.

56. Convention sur la cybercriminalité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

57. Convention européenne sur la coproduction cinématographique, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1994.

de son activité normative. Seules sont explicitement exclues les questions relatives à la défense nationale.

La possibilité, souvent ouverte aux États parties de sélectionner les engagements auxquels ils entendent souscrire, si elle a pour effet de permettre un accord dans des domaines sensibles comme celui des minorités nationales, de la lutte contre le terrorisme, de la bioéthique, ou encore de la protection de l'environnement, ne facilite pas toujours l'intelligibilité de la règle applicable.

1.2.3. Le « droit mou » et ses effets juridiques

Les conventions ne constituent pas le seul instrument permettant d'unifier le droit des États membres du Conseil de l'Europe.

Les recommandations adoptées par le Comité des ministres, plus souples et plus faciles à modifier, les échanges d'informations entre États constituent aussi des procédés utilisés pour rapprocher les droits des États membres du Conseil de l'Europe.

Même en l'absence de force contraignante, elles peuvent constituer dans certains cas, ce que les anglo-saxons appellent de la « *soft law* », en français du « droit mou », et produire des effets directs en droit international public.

Ainsi, certaines recommandations du Comité des ministres ont-elles été expressément mentionnées dans des traités internationaux⁵⁸, ou invoquées par certaines cours constitutionnelles à l'appui de leurs raisonnements⁵⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme elle-même s'en inspire parfois⁶⁰. Ses décisions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes se réfèrent, de façon récurrente, aux résolutions ou recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁶¹.

1.3. Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales

1.3.1. Une accélération du rythme de négociation

Des 40 000 traités conservés dans les archives diplomatiques depuis 1763, 7 400 liaient encore la France en 2005⁶², dont 1 700 accords multilatéraux⁶³

58. Traité bilatéral de coopération et de bon voisinage conclu entre la Hongrie et la Slovaquie en mars 1995.

59. La Recommandation 1201 a ainsi été mentionnée par la Cour constitutionnelle roumaine dans une décision du 20 juillet 1999 relative à la compatibilité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires avec sa Constitution.

60. Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », *Actualité juridique droit administratif*, mars 2005, p. 541.

61. CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c/Turquie*, arrêt relatif à une différence de traitement litigieuse entre hommes et femmes en Turquie qui méconnaît l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

62. Statistiques du ministère des Affaires étrangères au 1^{er} septembre 2005.

63. Dont 109 conventions signées et ratifiées au sein du Conseil de l'Europe et 345 accords multilatéraux déposés au Secrétariat général des Nations unies.



(contre 1 600 en 1999) et 5 700 accords bilatéraux (contre 5 100 en 1999), signés et ratifiés.

La France négocie depuis les années 1990 environ **200 accords bilatéraux par an**. Or ce chiffre n'était que de 175 par an entre 1980 et 1989, de 145 par an entre 1960 et 1979, de 80 par an entre 1950 et 1959, de **14 par an entre 1919 et 1939**, et de 4 par an entre 1881 et 1918.

Les partenaires privilégiés de la France pour les accords bilatéraux se situent sur le continent européen : les États membres de l'Union européenne représentent 28 % de ces conventions et le continent européen dans son ensemble 44 %.

La seconde zone géographique intéressée est l'Afrique, avec 25 % des accords bilatéraux.

Ce droit international investit les champs les plus larges, et même les domaines traditionnellement régaliens : le droit des étrangers⁶⁴, le droit pénal, le droit civil, la sécurité publique ou encore le droit bancaire et financier.

Cette extension du domaine du droit international, source de complexité juridique et parfois d'insécurité, peut créer des incohérences, compte tenu de la multiplicité des enceintes de négociation et du déroulement souvent concomitant des travaux préalables à leur adoption.

Le domaine de la bioéthique offre une première illustration de cette multiplication : en 1997, le Conseil de l'Europe a adopté une convention sur la biomédecine⁶⁵, et l'UNESCO a approuvé une Déclaration universelle sur le génome humain⁶⁶. L'Assemblée générale des Nations unies s'est par la suite ralliée à la Déclaration universelle adoptée par les États de l'UNESCO⁶⁷.

Le droit de l'environnement constitue également un champ privilégié de la négociation au sein des diverses organisations internationales. Il est en effet passé, en vingt ans, des relations de voisinage entre États et de la lutte contre les pollutions transfrontalières à la préservation de la biosphère et à la protection des écosystèmes⁶⁸. Il se trouve aujourd'hui abordé par plus de 500 traités et autres accords, dont 302 (60 % du total) conclus après 1972.

L'actualité jurisprudentielle montre que la question des conflits entre conventions internationales constitue désormais une préoccupation des juges nationaux, ainsi que l'illustrent par exemple deux décisions du Conseil d'État :

La première, en date du 21 avril 2000, *Zaidi*, se prononce sur l'application combinée de l'accord franco-algérien, de la Convention d'application des

64. Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, Convention d'application des accords de Schengen, signée le 19 juin 1990.

65. Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999.

66. Adoption de la « Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme » le 11 novembre 1997 par la Conférence générale de l'UNESCO.

67. Résolution 53/152, 9 décembre 1998, Assemblée générale des Nations unies.

68. Gilbert Guillaume, « L'unité du droit international public ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 25.

accords de Schengen et de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration à un ressortissant algérien muni d'un visa délivré par le consulat d'Italie à Alger. Il a été jugé qu'il ne peut faire l'objet d'une reconduite à la frontière dès lors que le visa, valable sur le « territoire Schengen », est en cours de validité.

La seconde, rendue le 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/M. Benkhmata*⁶⁹ est relative à la situation d'un ressortissant marocain, cuisinier d'un navire assurant une navette bihebdomadaire entre la France et le Maroc, interpellé à la gare de Nice, et faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, contesté en excès de pouvoir. Ce litige relevait à la fois des stipulations de la Convention de l'OIT (Organisation Internationale du Travail) du 13 mai 1958 relative aux pièces d'identité des gens de mer, de l'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc portant modification de l'accord du 10 novembre 1983 relatif à la libre circulation des personnes, signé à Paris le 25 février 1993, de la Convention de Londres du 9 avril 1965 visant à faciliter le trafic maritime international et de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée. Le Conseil d'État a considéré que les stipulations de la Convention de Londres prévalaient et que ne pouvait être reconduit à la frontière un membre d'équipage au motif qu'il n'avait obtenu ni visa d'entrée ni titre de séjour.

1.3.2. *La multiplication des négociateurs et des acteurs*

Longtemps réservées au seul ministère des Affaires étrangères, la négociation internationale et la conclusion d'accords relèvent désormais de l'ensemble des départements ministériels, compte tenu de la multiplicité à la fois des domaines abordés et des enceintes de négociation.

Mais, de surcroît, la négociation d'engagements à caractère international n'est plus seulement le fait des autorités nationales. Elle est aussi le fait d'autres personnes morales de droit public : ce point sera développé ultérieurement avec l'examen des nouvelles règles de compétences relatives aux collectivités territoriales et aux autorités administratives indépendantes.

Enfin, les échelons déconcentrés de l'État mettent en œuvre de façon quotidienne une coopération internationale, qu'il s'agisse des consulats pour la délivrance des visas valables dans l'« espace Schengen » ou de la police, notamment au sein d'Europol.

De la même façon, les juridictions civiles et pénales des États membres de l'Union européenne entretiennent des relations de travail directes au sein d'Eurojust ou en application des conventions et décisions-cadres adoptées pour la coopération judiciaire civile ou pénale.

69. CE, 21 avril 2000, *Zaidi*, rec. p. 159 ; CE, 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/M. Benkhmata*, rec. p. 420.

1.3.3. *Un nouveau droit international au statut juridique incertain*

Parallèlement à ces conventions classiques se développe une activité normative internationale au statut juridique incertain. Elle conduit parfois à des actes dont l'importance peut par la suite être fondamentale : ce fut notamment le cas de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe d'Helsinki du 1^{er} août 1975, ou de la Charte pour une nouvelle Europe du 21 novembre 1990 à l'origine de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe.

Deux exemples peuvent être rapidement cités :

– **Les arrangements administratifs**

Conclus par les ministres avec leurs homologues étrangers, ces actes internationaux non conventionnels, « *gentlemen's agreements* » ou « *actes innommés* », peuvent revêtir une importance politique notable.

Inconnus dans le droit international, ils présentent l'inconvénient de n'offrir aucune garantie au regard de leur application par l'autre partie. Aussi, la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997, relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, a-t-elle recommandé de ne « *recourir à ces instruments que dans des circonstances particulières, pour compléter ou préciser un accord existant [...]. Pour un texte qui relèverait, soit en France soit en ce qui concerne la partie étrangère, de plusieurs ministres, il ne peut être fait usage de la technique de l'arrangement administratif* ». Toutefois, un nombre élevé d'arrangements administratifs est signé chaque année.

Ainsi, à la fin de l'année 1999⁷⁰, le ministère de la Défense comptait 142 arrangements administratifs en vigueur dans son domaine de compétence, tandis que le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en comptait 186, nombre auquel s'ajoutait alors 30 arrangements en cours de négociation.

– **La « *lex mercatoria* »**

De même, les usages commerciaux internationaux ou *lex mercatoria*, « *ensemble de normes généralement respectées par les acteurs du commerce international* »⁷¹ régissant le recours à l'arbitrage international et les conflits de loi, ne résultent pas des négociations conventionnelles traditionnelles entre États, et sont tout au plus codifiés par des instances telles que la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, ou la Chambre de commerce internationale de Paris.

70. Source : Secrétariat général du Gouvernement.

71. *Op. cit.*, *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 16.

1.4. Les transferts ou aménagements de compétences de l'État

1.4.1. Une nouvelle génération d'autorités administratives indépendantes

Depuis la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), première institution qualifiée par le législateur d'autorité administrative indépendante en vertu de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, celles-ci se sont multipliées pour atteindre aujourd'hui la cinquantaine.

Elles disposent parfois d'un pouvoir normatif lorsqu'elles interviennent dans un domaine technique, ou nécessitant l'association des professionnels : tel est le cas par exemple de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP, anciennement ART), de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), ou encore de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), devenue Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) depuis la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de l'assurance.

Elles contribuent également à définir les règles applicables à travers la doctrine qui se dégage des décisions prises dans le cadre de leur pouvoir de régulation ou de répression, comme c'est le cas pour le Conseil de la concurrence par exemple.

Leur nombre, l'hétérogénéité de leurs statuts, et le caractère parfois difficilement accessible des règles qu'elles édictent ou qu'elles appliquent, peuvent constituer un facteur de complexité, voire d'obscurité du droit.

Ces autorités présentent cependant l'avantage d'une réactivité plus rapide aux évolutions internationales et techniques, doublée en général d'une meilleure écoute des milieux professionnels.

Le transfert de fonctions régaliennes du Gouvernement vers des autorités administratives indépendantes qui se voient maintenant, pour certaines, dotées d'une personnalité morale distincte de celle de l'État (AMF, CCAMIP, devenue ACAM, Haute Autorité de la santé) soulève parfois des interrogations sur le rôle des administrations centrales et sur le régime de responsabilité susceptible de découler de leurs décisions, ce dont atteste le récent avis d'Assemblée générale du Conseil d'État du 8 septembre 2005 sur le régime de responsabilité applicable aux décisions de la CCAMIP ⁷².

Cette multiplication des sources du droit et des auteurs de la norme applicable crée des **situations juridiques de plus en plus complexes**, pour lesquelles le juge doit non seulement appliquer la législation nationale, mais encore la combiner avec les textes d'origine communautaire ou internationale et les régulations provenant des autorités administratives indépendantes compétentes.

72. CE, Ass., avis n° 371-558, 8 septembre 2005.

Deux récentes ordonnances de référé émanant du Conseil d'État sont révélatrices et illustratives à cet égard.

*La première, en date du 23 août 2005, rendue sur recours de l'Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*⁷³ est relative aux opérations de dégroupage pratiquées par France Télécom : le droit applicable à ce litige trouvait sa source à la fois dans le droit communautaire, le droit national et la régulation de l'ARCEP.

*La seconde, en date du 30 août 2005, répond à une demande de référé présentée par l'Association des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne*⁷⁴. Elle est relative aux importations de médicaments vétérinaires, dans un contexte de libre concurrence, et fait néanmoins intervenir une pluralité de règles, provenant en même temps du droit communautaire, de la législation nationale et de la régulation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS).

Enfin, ces autorités participent activement à des enceintes internationales, et passent des accords dans leurs domaines de compétence, dès lors que leur statut les y autorise expressément, ainsi que le montrent les deux exemples suivants :

L'Autorité des marchés financiers qui regroupe, depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, les activités de l'ancienne Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers, est membre de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV, IOSCO en anglais), du Comité européen des régulateurs de marchés de valeurs mobilières (*Committee of European Securities Commissions*, CESR), du Forum de stabilité financière (FSF) et de l'Institut francophone de la régulation financière (IFREFI).

La Commission nationale de l'informatique et des libertés fait partie du Groupe de protection des personnes, qui réunit les instances similaires des différents États membres pour la mise en œuvre de la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles. Elle siège au sein de trois autorités de contrôle communes : *Europol*, *Schengen* et *Eurodac*, dont les missions « consistent à garantir la protection des droits des citoyens face aux traitements automatisés à caractère policier mis en œuvre dans le cadre de chacune des conventions ou règlements applicables ».

1.4.2. La libre administration des collectivités territoriales et l'expérimentation

Avant même la réforme constitutionnelle relative à la décentralisation, le principe de la libre administration des collectivités territoriales résultant de l'article 72 de la Constitution a rendu nécessaire **l'intervention de la loi chaque fois qu'est en cause l'encadrement de l'action de ces collectivités**. Il en résulte des ajustements permanents de la législation applicable pour les différentes compétences transférées. Des ajustements qui, par delà leur excès-

73. Ordonnance de référé du 23 août 2005, n° 283266 à paraître aux tables du recueil Lebon.

74. Ordonnance de référé du 30 août 2005, n° 282418.

sive fréquence, n'ont pas contribué à dessiner un paysage administratif lisible pour le citoyen.

Le Code général des collectivités territoriales compte 4 492 articles, sur lesquels sont intervenues 3 029 modifications entre le 1^{er} janvier 1996 et le 1^{er} septembre 2005, dont 2 085 pour la seule partie législative ⁷⁵.

Aux 36 000 communes françaises (à comparer aux 74 210 communes au sein de la Communauté européenne lorsqu'elle comptait 15 membres) ⁷⁶, viennent en effet s'ajouter 100 départements, 26 régions, 18 500 groupements de communes et 344 « pays ». Ce « mille-feuille administratif », outre les surcoûts notamment de fonctionnement ⁷⁷ qu'il entraîne, est à l'origine d'une grande complexité.

Les groupements de communes se sont vu conférer des compétences jusqu'alors exercées par les communes telles que les transports ou les équipements sportifs, mais sans que leur soient affectés les personnels correspondants. Par ailleurs, certaines structures devenues désormais inutiles, tels certains syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM), n'ont pas été pour autant supprimées.

L'exemple du logement illustre la difficulté qui existe désormais à comprendre la répartition des tâches entre l'État et les collectivités territoriales, alors que les décrets d'application des réformes de 2003 et 2004 n'ont pas tous été pris. Le récent projet de loi portant engagement national en faveur du logement comporte d'ailleurs une série de mesures de « re-centralisation » des procédures afin de gagner en efficacité et en rapidité dans la construction de nouveaux logements, notamment de logements sociaux.

Le même phénomène d'éclatement des compétences se constate en matière d'urbanisme, de formation et d'emploi, ou encore d'action sanitaire et sociale.

Ainsi les plans locaux d'urbanisme dont l'élaboration relève des communes ou de leurs groupements doivent-ils également être conformes aux prescriptions des schémas régionaux d'aménagement du territoire. La gestion de la voirie revient, pour sa part, à la sphère de compétence des départements et des communes et doit être conforme aux schémas et plans précités.

Par ailleurs, alors que la politique de l'emploi est décidée par l'État, les départements gèrent le revenu minimum d'insertion (RMI) et le revenu minimum d'activité (RMA) et les régions sont responsables de la formation professionnelle et des aides aux entreprises dans le cadre du développement économique régional.

Il résulte de l'enchevêtrement de ces compétences que les mesures réglementaires adoptées par les collectivités territoriales ont augmenté d'environ 40 %

75. Le Rapport du Sénat n° 447 du 18 juin 2000 fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales dénonçait cette complexité juridique. Il en est résulté la loi dite Fauchon qui protège les élus locaux sur le régime de la responsabilité, mais rien n'a été réalisé concernant la complexité du Code général des collectivités territoriales, bien au contraire.

76. *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2004, p. 94.

77. Rapport de la Cour des comptes, novembre 2005.



au cours des dix dernières années ⁷⁸ avec un contrôle de légalité de l'État dont la modestie des moyens compromet l'effectivité. Le dernier rapport sur la qualité de la réglementation en France, établi en 2004 par l'OCDE, souligne que « *l'absence de mécanismes pour promouvoir la qualité de la réglementation au niveau local constitue une omission importante* ».

Ces collectivités dépendent, pour le financement de leurs actions, des décisions et arbitrages rendus par l'État. Dans un rapport publié en novembre 2005 sur l'intercommunalité en France ⁷⁹, la Cour des comptes suggère que l'État assure aux décideurs locaux une visibilité à moyen terme sur l'évolution de leurs ressources et invite le législateur à la clarification des compétences dans le respect des principes de spécialité et d'exclusivité.

La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, suivie de la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 ⁸⁰ relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, leur ouvre la possibilité de déroger, à titre expérimental et pour une durée limitée, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Ces prescriptions, qui ne sont pas applicables lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, risquent de rendre le droit moins homogène, donc plus complexe.

1.4.3. Les subtilités du droit de l'outre-mer

Parmi les collectivités d'outre-mer, on distinguait traditionnellement celles qui relevaient de l'assimilation législative, essentiellement les anciens départements d'outre-mer et Saint-Pierre-et-Miquelon, de celles qui bénéficiaient de la spécialité législative, à savoir les anciens territoires d'outre-mer et Mayotte.

Cette distinction traditionnelle a été modifiée par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Elle ouvre, en effet, une possibilité de diversification législative pour **les départements d'outre-mer**, non utilisée à ce jour, organisée par l'article 73 de la Constitution.

Certains territoires ont en outre acquis un statut spécifique.

La loi organique relative à la **Nouvelle-Calédonie** prise sur le fondement du titre XIII de la Constitution, promulguée le 19 mars 1999, compte 234 articles. Elle institue un exécutif local, le « Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie », autorise le Congrès à adopter des « *lois de pays* » qui ont pleine valeur législative, répartit les compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les commu-

78. OCDE, *France. Vers des orientations stratégiques plus claires*, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, 2004.

79. Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, novembre 2005.

80. Alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution de la V^e République : « *Dans les conditions prévues par la loi organique [13 août 2004], et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

nes. Elle organise le fonctionnement du Sénat coutumier et des institutions provinciales, fixe les modalités d'élection aux assemblées locales et les conditions dans lesquelles la Nouvelle-Calédonie sera appelée à se prononcer sur son avenir, et prévoit un transfert progressif des compétences jusqu'au référendum.

Ce statut provisoire de « collectivité spécifique » s'appliquera jusqu'au résultat de la consultation par référendum local portant sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté ou son maintien au sein de la République française, qui doit être organisée au cours du mandat du Congrès qui commencera en 2014.

S'agissant de la **Polynésie française**, la loi organique n° 2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et la loi n° 2004-193 complétant ce statut ont été promulguées le 27 février 2004. Elles organisent un statut spécifique, avec des lois de pays qui sont en réalité des actes administratifs, sur lesquels il appartient au Conseil d'État de se prononcer ⁸¹.

Mayotte conserve un statut particulier, de type mixte, fixé par la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001. Ce statut se caractérise par une application de plein droit du droit national dans de nombreux domaines énumérés au I de l'article 3 ⁸² de cette loi complété par le maintien du principe de spécialité législative dans les autres secteurs.

Les **Terres australes et antarctiques françaises** ont vocation à devenir une collectivité d'outre-mer, mais en l'absence de dispositions législatives nouvelles, elles conservent le statut de territoire d'outre-mer. Leur statut relève de la loi, alors que celui des collectivités d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution et celui de la Nouvelle-Calédonie exigent une loi organique.

Ces évolutions ont progressivement fait disparaître le statut commun des TOM (territoires d'outre-mer), cette notion s'étant éteinte.

Cette diversification du droit applicable est la source d'une réelle complexité. Elle rend parfois délicate la délimitation des compétences respectives de la République et de la collectivité. Elle ne facilite guère la détermination du type de droit de la République applicable, dans chaque domaine, lors de l'application quotidienne et lors de toute réforme ⁸³.

Bien souvent, ces droits se trouvent mêlés ou superposés dans une situation juridique ou un litige, avec un risque de conflits de lois, comme l'illustre tout récemment l'arrêt d'Assemblée rendu le 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française* ⁸⁴.

81. CE, Section, 1^{er} février 2006, *Commune de Papara, M. Sandras*, aux conclusions de Jacques-Henri Stahl.

82. À savoir la nationalité, l'état et capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, successions et libéralités, le droit pénal, la procédure pénale, la procédure administrative contentieuse et non contentieuse, le droit électoral, et les postes et télécommunications.

83. Stéphane Diemert, « Le droit de l'outre-mer », revue *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005.

84. CE, Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française*, à paraître au recueil Lebon, conclusions de Célia Vérot à la *Revue française de droit administratif*, n° 6, 2005.

Le Conseil d'État a dû, dans cette affaire, déterminer quelle était l'autorité compétente pour trancher un conflit de normes relatif aux règles de fond du droit du travail applicables en Polynésie française pour un travailleur métropolitain : la Polynésie au titre de ses compétences propres, ou la Polynésie et l'État concurremment, et au sein de l'État le législateur ordinaire ou le législateur organique ? Il a jugé que de telles règles de combinaison, qui participent directement à la définition des compétences respectives de l'État et de la Polynésie française, ne pouvaient être déterminées que par une loi organique en application des articles 73 et 74 de la Constitution et des dispositions de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Il a par voie de conséquence annulé les dispositions de l'ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en tant qu'il rend applicable à la Polynésie française l'article L. 800-6 du Code du travail.

Il n'est pas possible pour des mesures de cette nature de recourir à une ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution⁸⁵.

Sur 91 ordonnances adoptées en 2005, 15 sont relatives à l'outre-mer. Pour 2004, 12 ordonnances sur 52 portent sur le droit de l'outre-mer, et en 2003, 5 sur 18.

2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité

Plusieurs facteurs, de nature plus sociologique et politique que juridique, viennent s'ajouter aux causes objectives de complexité et d'instabilité normative pour en aggraver les effets.

2.1. L'impératif de communication médiatique

La relation de l'homme politique à l'électeur s'opère principalement à travers les médias : la pression s'exerçant sur le Gouvernement en faveur de nouveaux textes se voit ainsi amplifiée, appelant, à un rythme largement dicté par l'événement, des réponses de plus en plus rapides.

L'impossibilité pour le Parlement d'adopter des résolutions, à l'exception des positions sur les affaires européennes, le conduit en outre, en certaines circonstances, à voter des lois purement déclaratives ou incantatoires.

2.1.1. Pas d'existence politique sans communication médiatique

Alors que la communication institutionnelle s'était développée à la fin des années 1970 pour mieux informer l'opinion publique sur les projets de réforme du Gouvernement, la logique s'est depuis lors inversée en raison de l'emprise croissante des médias.

85. Conseil constitutionnel, décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982 relative à la loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre social.

Le dialogue direct ainsi instauré avec l'opinion publique devient alors la manifestation tangible du talent et de l'efficacité politiques. Elle en constitue le critère d'évaluation prépondérant attesté par les sondages d'opinion périodiques.

La logique de communication démultiplie les effets de la complexité objective : ainsi convient-il d'annoncer des mesures en faveur de la famille à la veille de la Conférence annuelle de la famille à laquelle le Premier ministre a coutume de se rendre, ou de se préoccuper, dans la précipitation, de l'égalité de traitement des femmes à la veille d'un référendum qui s'annonce incertain quant à son issue⁸⁶. Le Conseil d'État est alors saisi en urgence, dans la hâte, sans disposer à l'appui du projet d'une étude d'impact, d'une fiche financière ou d'une présentation d'ensemble, quitte à ce que le texte soit ensuite différé, faute du maintien de sa priorité.

Ainsi en est-il allé à propos d'un projet de loi sur la lutte contre les discriminations à l'égard des homosexuels, soudain prioritaire avant la « Gay Pride » de juin 2004, mais finalement privé du débat parlementaire attendu, au profit d'un amendement inséré dans un autre projet, devenu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité⁸⁷.

Cette logique conduit également à l'inflation des accords internationaux de toute nature signés notamment lors des déplacements ministériels à l'étranger.

Comme pouvait l'affirmer le Président du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2006 lors des vœux au Président de la République « *la griserie de l'annonce l'emporte bien souvent sur les contraintes de l'arbitrage et de la prévision*⁸⁸ ».

L'annonce d'une réforme constitue en effet la démonstration que le Gouvernement agit et réagit rapidement, plus particulièrement dans un pays où la force symbolique de la loi est une constante, tant pour l'opinion que pour les médias.

On a pu aller jusqu'à dire, avec une pointe d'excès et une part de vérité, par référence à la télévision, que « *Tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi* »⁸⁹. **Une fois annoncée, la réforme suscite des attentes qui contribuent à la rendre urgente.**

Un projet de réforme conduit parfois, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement, soit à l'introduction d'amendements gouvernementaux dans un projet de loi d'ores et déjà en discussion soit, parfois, à la rédaction d'une ordonnance fondée sur une habilitation déjà existante ou portée par un amendement, gouvernemental ou parlementaire, dans un projet de loi en cours de discussion.

86. Projet de loi sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes examiné en urgence par le Conseil d'État en avril 2005.

87. Commission permanente, Séance du 21 juin 2004.

88. Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud au Président de la République, 3 janvier 2006, site du Conseil constitutionnel.

89. Guy Carcassonne, « Penser la loi », revue *Pouvoirs* précitée, p. 39.

Cette évolution générale conduit aussi à **une personnalisation excessive de la loi** comme en témoignent les appellations communément utilisées de « *loi Fillon* », « *loi Borloo* », « *loi Perben I* » et « *loi Perben II* », « *loi Aubry* », ou encore de « *dispositif Strauss-Kahn* ».

L'annonce de la réforme risque alors de se confondre avec l'action, vis-à-vis d'un citoyen parfois peu au fait des procédures d'élaboration des textes, des délais d'adoption et de la nécessité fréquente de recourir à des décrets d'application pour assurer la mise en œuvre effective de la loi.

2.1.2. Légiférer : la réforme la plus rapide et d'apparence la moins coûteuse

Nombre de projets de loi sont accompagnés de l'annonce d'une dépense publique supplémentaire. Ainsi que le souligne un rapport paru récemment sur la dépense publique, l'action publique est de plus en plus jugée selon deux critères : le montant des moyens supplémentaires dégagés et la rapidité avec laquelle ils sont annoncés⁹⁰.

Mais dans un contexte de marges budgétaires limitées et de fortes résistances aux réformes structurelles, l'action législative apparaît aussi comme un moyen d'éviter une dépense budgétaire. Elle est parfois préférée au redéploiement ou à l'allègement fiscal ou encore à toute autre forme d'action publique.

Ce phénomène se renforce en période d'alternance politique ou de remaniement ministériel en l'absence de consensus politique autour de la plupart des réformes. Il s'explique notamment par le fonctionnement de la procédure législative, caractérisé par le cumul des effets du « parlementarisme rationalisé » et du « fait majoritaire ». Il rend difficile la discussion entre majorité et opposition, à la différence de ce qui se passe dans les parlements des autres principaux pays européens.

2.2. La pression des milieux professionnels et de l'opinion

Les citoyens, les syndicats et les groupes de pression conservent une déférence pour la loi et ses effets nécessairement bénéfiques, qui ne s'est guère démentie pendant les législatures successives. Il en résulte une constante pression en faveur de l'élaboration de nouvelles lois.

2.2.1. Les revendications itératives de normes

Indépendamment de la préoccupation des décideurs de s'illustrer, les citoyens sont eux aussi demandeurs de normes, en vertu du pouvoir quasi magique conféré à la loi. *Comme le faisait clairement apparaître le colloque organisé sur ce sujet au Sénat le 25 mai 2004*⁹¹, *la demande de loi fait peser une pression constante sur les élus, et a fortiori sur les ministres.*

90. Rapport Pébereau sur la dette de la France, décembre 2005.

91. « Vive la loi », Colloque au Sénat le 25 mai 2004.

Ainsi les agriculteurs, inquiets de la réforme de la politique agricole commune, ont-ils été, à l'automne 2005, l'objet d'une sollicitude particulière, comme en témoigne le dernier projet de loi d'orientation agricole visant à « *favoriser l'adaptation du secteur agricole à l'évolution du contexte mondial et européen et aux modifications des attentes de nos concitoyens en terme de respect de l'environnement, de traçabilité et de qualité des produits* »⁹².

Une telle loi est considérée, pour chaque ministre de l'Agriculture, comme emblématique d'une politique agricole, alors même que l'avenir de l'agriculture française est fortement tributaire de la politique communautaire et de l'issue des négociations de l'Organisation mondiale du commerce. Cette sollicitude, largement partagée par les parlementaires, a débouché sur la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, comprenant 105 articles et représentant 25 pages du *Journal officiel*⁹³.

2.2.2. Les « *stroboscopes législatifs* » permanents : le droit fiscal et le droit social

Le droit fiscal et le droit social offrent d'innombrables exemples de modifications réitérées conduisant à une véritable insécurité juridique.

Certes, la multiplication des textes s'explique en partie par la persistance de difficultés à la fois structurelles et conjoncturelles : le chômage, la faible croissance, les déficits récurrents de l'assurance maladie ou encore les difficultés de l'intégration.

Mais l'instabilité, lorsqu'elle est excessive, en vient elle-même à nuire à l'efficacité.

De nombreux exemples en témoignent.

Le crédit d'impôt recherche est un régime d'incitation visant à *accroître la compétitivité des entreprises en soutenant leur effort de recherche-développement*⁹⁴. Il concernait, en 2003, 2 756 entreprises bénéficiaires pour un montant de 428 M€⁹⁵. Organisé par l'article 244 quater B du Code général des impôts, il a connu au 1^{er} septembre 2005 vingt-trois modifications en vingt-trois ans d'existence, dont six depuis 2000.

En 2004, cet article a été modifié deux fois le même jour, soit une première fois par la loi de finances rectificative pour 2004, mais également par la loi de finances pour 2005, toutes deux publiées au *Journal officiel* le 31 décembre 2004. À cette instabilité s'ajoute la complexité même de ce régime fiscal que présente un manuel, « document simplifié »⁹⁶ de quarante-deux pages à l'attention des entrepreneurs français.

92. Présentation du projet de loi d'orientation agricole par le ministre de l'Agriculture, de la Pêche et de la Ruralité devant l'Assemblée nationale le 5 octobre 2005.

93. *Journal officiel* du 6 janvier 2006, p. 229 à 254.

94. Guide du crédit d'impôt recherche, publié par le ministère délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, janvier 2005.

95. Bilan national du crédit d'impôt recherche au titre de l'année 2003, publié par le ministère délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche.

96. Guide du crédit d'impôt recherche, *op. cit.*

Dans la même perspective, le régime de réduction d'impôt sur le revenu des dons aux œuvres, et organismes d'intérêt général figurant à l'article 200 du Code général des impôts, a été modifié **vingt-deux fois depuis sa création**, il y a trente ans, à savoir une fois entre 1976 et 1989, neuf fois entre 1990 et 1999, soit une fois par an en moyenne, onze fois entre 2000 et 2005, soit deux fois par an en moyenne.

La partie législative du Code du travail relative à la **durée du travail** vient d'être modifiée par huit lois ou ordonnances en moins de douze mois. Entre le 24 juillet et le 2 août 2005, soit en deux semaines, le droit du travail a été modifié par six lois, six ordonnances et quinze décrets d'application.

De nouveaux contrats de travail spéciaux aidés ou dérogatoires sont constamment créés.

Aux contrats « *initiative-emploi* », « *emploi-solidarité* », « *local d'orientation* », « *vendanges* », « *de retour à l'emploi* », « *d'accès à l'emploi* », « *emploi consolidé* », « *de conversion* », « *de professionnalisation* » ou encore « *d'insertion* », « *revenu minimum d'activité* » se sont ajoutés, au cours de l'année 2005, les contrats « *d'accompagnement dans l'emploi* », « *d'avenir* », « *d'insertion dans la vie sociale* », « *de mission à l'exportation* » et de « *volontariat de solidarité internationale* ».

Le dernier-né est le contrat de travail « *nouvelles embauches* » résultant d'une ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005⁹⁷. Il sera bientôt suivi du « *contrat de transition professionnelle* », destiné à aider les salariés licenciés à retrouver un nouvel emploi. Proposé par le ministre en charge de la Cohésion sociale, cofinancé par les ASSEDIC et l'État, il sera soumis à une expérimentation préalable, et viendra s'ajouter à la vingtaine de dispositifs de contrats de travail aidés d'ores et déjà en vigueur. Sont déjà annoncés le contrat « *première embauche* » destiné aux jeunes et un nouveau contrat susceptible de bénéficier aux « *seniors* ».

Les conditions d'insertion de ces nouveaux dispositifs dans le corpus juridique préexistant ne sont, en outre, pas toujours très cohérentes : ainsi l'ordonnance relative aux contrats « *nouvelles embauches* » n'a-t-elle pas été insérée dans le Code du travail.

Six textes de lois se sont succédés depuis trois ans⁹⁸ sur l'apprentissage, modifiant à chaque fois le régime en vigueur. Alors même que le développement de l'apprentissage peut constituer un remède au chômage des jeunes sans qualification, la procédure d'enregistrement, préalablement à l'embauche, est fréquemment modifiée.

Jusqu'à la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales transférant cette responsabilité aux régions, le projet de contrat

97. Article précité sur le « stroboscope législatif », *Revue droit social*, septembre-octobre 2005.

98. Il s'agit des lois n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et à la responsabilité locale, n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

d'apprentissage devait être préalablement adressé à la direction départementale du travail et de l'emploi. En raison de difficultés de tous ordres rencontrées par les régions pour exercer ce contrôle préalable, et avant même que la loi de 2004 puisse être effectivement appliquée, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a redonné cette compétence aux directions départementales du travail et de la main-d'œuvre.

Mais une nouvelle loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a finalement dévolu l'enregistrement préalable des contrats d'apprentissage aux chambres consulaires. Ainsi, l'article L. 117-14 du Code du travail a-t-il été modifié quatre fois depuis sa création par la loi n° 92-675 du 17 juillet 1992, dont trois fois entre 2004 et 2005. Le dernier transfert intervenu n'empêche cependant pas les directions départementales du travail et de l'emploi de conserver un contrôle.

Il existe donc à ce stade une double procédure d'enregistrement des contrats d'apprentissage auprès de ces deux instances, dans des conditions mal définies quant aux compétences et aux conséquences respectives de l'une et de l'autre.

De nouvelles mesures législatives proposées en réaction aux récents événements survenus dans les banlieues sont en cours de préparation : elles visent à abaisser, sous certaines conditions, à 14 ans l'âge minimum requis pour bénéficier de contrats d'apprentissage.

2.3. La force symbolique de la loi

La force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique.

2.3.1. La préoccupation sécuritaire

Au premier rang des préoccupations des Français, exprimées à travers les médias et les sondages, la sécurité a été à l'origine d'une dizaine de lois au cours des cinq dernières années. On peut ainsi citer la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, et selon la même inspiration enfin la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ⁹⁹.

La loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

99. Guy Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114, p. 41.

est venue compléter la législation existante en modifiant la loi de 1995 sur les conditions de la vidéosurveillance, en aggravant la répression par une modification du Code pénal qui porte de dix à quinze ans les délais de déchéance de la nationalité française, et en instaurant une procédure de gel des avoirs.

La maîtrise des flux migratoires se voit implicitement associée à l'objectif sécuritaire. Ainsi chaque gouvernement se croit-il tenu de modifier l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, désormais reprise dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CEDESA) de novembre 2004, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005 : c'est ce dont attestent pas moins de soixante-dix réformes subies par ce texte depuis 1945.

Les actuels débats sur l'introduction de quotas, sur la limitation du regroupement familial et sur la réforme des mariages mixtes confirment cette instabilité : la 71^e modification vient d'être annoncée. Elle s'inscrira alors dans ce nouveau Code.

2.3.2. Le plein emploi et la lutte contre la précarité

Au cours du seul été 2005, le Gouvernement a proposé trois lois portant sur l'économie : la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Ces longs textes, composés de 426 529 signes à eux trois, soit environ 190 pages de format A4, viennent répondre directement à une inquiétude des citoyens, dans un contexte économique de croissance ralentie et de taux de chômage soutenu.

Le vote d'une nouvelle loi, introduisant de nouveaux dispositifs d'aide, est supposé rétablir la confiance, comme l'illustre explicitement d'ailleurs le titre de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie.

L'abondante législation dans ce domaine, si elle témoigne d'une volonté politique forte, n'en contribue pas moins à accentuer une situation de complexité, d'instabilité, d'opacité et d'imprévisibilité des règles, facteur d'insécurité juridique.

La lutte contre la précarité justifie de façon récurrente l'élaboration de nouveaux instruments normatifs, dont la loi de cohésion sociale constitue l'un des derniers exemples.

Le 2 novembre 2005, le Conseil d'État a examiné un nouveau projet de loi relatif au retour à l'emploi et au développement pour l'emploi.

Il est déjà suivi du nouveau projet de loi sur l'égalité des chances, présenté le 5 janvier 2006 en Assemblée générale. Il devrait notamment comporter la création d'une Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, en plus de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, créée par la loi du 18 janvier 2005¹⁰⁰ par la transformation de l'Office des migrations internationales (OMI).

100. Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

Ces textes récents ont été précédés, sur le même sujet, de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions en 1998, de la loi de modernisation sociale en 2002, de la loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique en 2003, de la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social en 2004.

2.3.3. *La reconnaissance ou l'interprétation de l'histoire*

Trois lois récentes portant reconnaissance et interprétation de faits ou événements historiques sont illustratives de cette force incantatoire attachée à la loi, en même temps qu'elles traduisent l'impossibilité pour le Parlement, depuis la Constitution du 4 octobre 1958, d'adopter des résolutions (sauf dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution).

La loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, composée d'un article unique dénué de valeur normative, affirme que « *la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* ¹⁰¹ ».

La loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité.

La loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ¹⁰² dispose, en son article 1^{er}, que « *la Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens départements d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française* », et, en son article 4 alinéa 2, que « *les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit* ».

Un comité de dix-neuf historiens a, le 12 décembre 2005, réclamé l'abrogation de ces lois, qui « *ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, sous peine de sanctions, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et prescrit des limites* ¹⁰³ ».

La loi n'avait pas été déférée au Conseil constitutionnel. La controverse a cependant, dans un premier temps, conduit à la création par le Président de la République d'« *une mission pluraliste pour évaluer l'action du Parlement dans les domaines de la mémoire et de l'histoire* », annoncée le 9 décembre 2005, réunie auprès du Président de l'Assemblée nationale, et qui devait remettre ses conclusions en mars 2006. Il a ensuite, dès avant ce terme, été décidé de demander le

101. Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *Journal officiel* du 30 janvier 2001, et l'article de Georges Vedel, publié dans les *Mélanges François Luchaire*, « Les questions constitutionnelles posées par la loi du 29 janvier 2001 », Collection Travaux de l'École de droit public et de droit fiscal, Université Paris I, Publications de la Sorbonne, 2005.

102. Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

103. *Le Monde*, 14 décembre 2005.

déclassement des dispositions contestées, prononcé par une décision du Conseil constitutionnel n° 2006-203 L du 31 janvier 2006 ¹⁰⁴.

2.3.4. La réaffirmation de valeurs républicaines ou du pacte social

Se situent dans cette perspective les propositions tendant par exemple à réformer la loi de 1901 sur les associations.

Les lois récurrentes sur l'école, dont la dernière dite « *loi Fillon* », sanctionnée par le Conseil constitutionnel pour absence de caractère normatif de certaines de ses dispositions, relèvent en partie de la même préoccupation, à l'exception de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, qui reprend assez largement les conclusions de la « Commission Stasi » et de la « mission Debré » et revêt une portée normative.

L'introduction dans la Constitution du 4 octobre 1958 de la Charte de l'environnement par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 en constitue une troisième illustration : elle manifeste solennellement l'attachement de la Communauté nationale à la préservation de l'environnement.

Ces tendances sont aggravées par la propension du législateur, qui n'en a pas été dissuadé jusqu'à une époque récente par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ¹⁰⁵, à excéder la sphère de compétence qui lui est attribuée par l'article 34 de la Constitution, notamment par la voie des amendements (*cf.* développement consacré dans la deuxième partie aux articles 34 et 37 de la Constitution, p. 316).

B. Les effets

Les contraintes et les dérives décrites comportent, à l'évidence, des effets peu satisfaisants, tant pour le législateur, à la fois contraint, submergé et contourné, que pour la société en général, les opérateurs économiques en particulier, jusqu'aux juges qui se trouvent exagérément sollicités.

1. Pour le législateur

1.1. Le législateur contraint

Les impératifs de transposition en droit interne des directives communautaires, d'autorisation de la ratification des traités internationaux, de détermination des modes d'exercice de l'organisation décentralisée, avec recours à la loi organique pour les collectivités d'outre-mer, pèsent lourdement sur le temps parlementaire.

104. Décision n° 2006-203 L sur la nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

105. Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, décision dite « *Prix et Revenus* ».

1.1.1. Les impératifs tenant à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit communautaire dérivé

En application de l'**article 88-4 de la Constitution**, issu de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », préalable à la ratification du traité de Maastricht, « *le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également leur soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne* ».

Le dispositif de l'article 88-4 a été étendu en 1999 aux actes afférents à la politique extérieure et de sécurité commune et aux projets de texte élaborés dans le cadre de la coopération sur la justice et les affaires intérieures. De plus, le Gouvernement peut désormais adresser au Parlement tout document issu des instances de l'Union européenne même s'il ne répond pas aux critères fixés par l'article 88-4 de la Constitution. Le Conseil d'État est en principe associé à la mise en œuvre de cette procédure, mais le faible nombre de demandes d'avis, comme les délais très courts impartis, ne lui permettent pas de remplir pleinement son rôle de conseil juridique.

Une circulaire du Premier ministre, en date du 22 novembre 2005, étend cette obligation de transmission au Parlement à toutes les propositions de texte qui doivent être adoptés en application de la procédure dite de « codécision » du Conseil et du Parlement européen, en application de l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, « *que ce projet d'acte comporte ou non des dispositions à caractère législatif* ».

Le nombre de textes communautaires ou européens soumis par exemple au Sénat est passé de 40 en 1992 à 183 en 1993, puis à 253 en 2000 pour atteindre 331 en 2004. Il a donc doublé de 1993 à 2004. Selon le dernier rapport de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat¹⁰⁶, ces textes ont donné lieu à 96 résolutions émanant du Sénat et à 141 résolutions provenant de l'Assemblée nationale.

Si l'on se réfère aux mesures de transposition adoptées entre 2000 et 2004, seules 85 directives ont nécessité l'intervention du législateur, soit 17 % des directives transposées en droit interne¹⁰⁷.

Par comparaison, 105 directives, soit 21 %, ont été transposées par décret, et 327, soit 64 %, l'ont été par arrêté ministériel.

La charge moyenne annuelle pour le législateur n'en reste pas moins importante : sur la période 2000-2004, elle s'élève à environ 17 lois de transposition par an. *L'impératif de transposition du droit communautaire est donc à l'ori-*

106. Hubert Haenel, Rapport d'information n° 176 du Sénat du 3 février 2005, au nom de la délégation pour l'Union européenne du Sénat.

107. Source : Service juridique du Secrétariat général des affaires européennes.

gine de plus du tiers des lois, une fois mises à part les lois autorisant la ratification d'un traité.

Cette appréciation doit cependant être nuancée par le recours, depuis 2001, aux ordonnances pour la transposition législative des directives : ainsi la loi d'habilitation n° 2001-1 du 3 janvier 2001¹⁰⁸ a-t-elle donné la possibilité de transposer selon cette procédure près de 60 directives. Plus récemment, la loi n° 2004-837 du 18 mars 2004 habilite le Gouvernement à transposer 23 directives par ordonnances.

En 2003, il a été recouru pour la première fois à un projet de loi « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire » (DDAC) qui a permis de transposer 18 directives en un seul texte de loi. Un projet de loi de même nature a été examiné par le Parlement à l'automne 2005.

Force est de constater cependant qu'en dépit des habilitations délivrées au Gouvernement pour transposer par voie d'ordonnances, ou de l'élaboration de projets de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire, **le retard de transposition risque de persister, notamment du fait de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement.**

1.1.2. Le poids des projets autorisant la ratification de traités internationaux

L'accroissement du nombre des projets de loi de ratification des traités internationaux, en application de l'article 53 de la Constitution¹⁰⁹, aggrave la contrainte. Cette augmentation est attestée par les chiffres suivants¹¹⁰ :

- sur 94 projets ou propositions de loi adoptés définitivement par l'Assemblée nationale en 2004-2005¹¹¹, 62 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 65,9 %* ;
- pour la session ordinaire 2003-2004, sur 73 projets ou propositions de loi adoptés définitivement, 44 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 60,2 %* ;
- enfin, pour la session ordinaire 2002-2003, sur 85 projets ou propositions de lois adoptés définitivement, 43 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 50,5 %*.

La procédure simplifiée qui peut être mise en œuvre pour l'examen de ces projets reste finalement peu utilisée.

108. Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire.

109. Article 53 al. 1 de la Constitution : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoires ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.* »

110. Statistiques du ministère des Affaires étrangères.

111. Source : site de l'Assemblée nationale sur <http://www.assemblee-nationale.fr>.

1.1.3. *Le droit des collectivités territoriales et de l'outre-mer*

Les différentes réformes introduites par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République ont conduit à des incursions législatives plus fréquentes et plus systématiques dans le domaine des compétences et surtout des modes d'administration des collectivités territoriales.

Pour la seule année 2004, 120 textes sont venus modifier la partie législative du Code général des collectivités territoriales, dont quatre lois organiques de plus de 200 articles chacune, 19 dispositions de lois de finances, 77 lois, 19 ordonnances et un décret autonome. Ceci représente 2 276 interventions sur des articles législatifs, soit 709 articles créés, 195 articles supprimés, 899 articles modifiés, et 113 articles renumérotés.

Sur les 89 articles de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école de 2005, 30 concernent exclusivement les collectivités d'outre-mer.

1.2. *Le législateur submergé*

1.2.1. *Des projets de loi de plus en plus longs et des amendements de plus en plus nombreux*

Si la Conférence des Présidents de chaque Assemblée organise le travail de la séance publique, et si des propositions de loi peuvent y trouver place, les projets de loi du Gouvernement conservent la priorité instituée par la Constitution du 4 octobre 1958, et sont massivement majoritaires.

À peu près constants en nombre si on raisonne hors projets de loi autorisant la ratification de traités internationaux (48 lois en 2005, 40 lois en 2004, 54 lois en 2003), **les projets de loi se caractérisent par une longueur et une complexité accrues.**

Ainsi, par exemple, parmi les lois adoptées au cours de la période allant du 21 avril au 13 août 2004, publiées au Recueil des lois de l'Assemblée nationale, plusieurs dépassent les 100 pages, comme la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique (218 pages avec 158 articles et un rapport annexé), la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (231 pages et 203 articles), la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (119 pages soit 76 articles), la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (101 pages avec 58 articles), la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (99 pages soit 40 articles) ou la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (99 pages avec 103 articles et un rapport annexé)¹¹².

D'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le *Journal officiel* comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années.

112. Georges Hispalis, « Pourquoi tant de lois ? », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 109.

Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de **433 pages en 1973** à 1 067 pages en 1983, 1 274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 **et 3 721 pages en 2004**¹¹³.

La multiplication des amendements parlementaires contribue aussi à l'allongement des textes : *le total des amendements présentés à l'Assemblée nationale et au Sénat est passé de 16 039 en 1990 à 37 471 pour la session 2003-2004, triplant pour la seule Assemblée nationale de 9 910 à 27 073 au cours de cette même période.*

À titre d'exemple, le texte qui était à l'origine de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 sur le développement des territoires ruraux comportait initialement 76 articles ; il en compte 240 lors de son adoption définitive.

Les amendements parlementaires changent de nature pour devenir un instrument de négociation entre le Gouvernement et sa majorité, négociation dont l'opposition est le plus souvent exclue. Les disciplines prévues par les articles 41 et 44 de la Constitution pour encadrer le droit d'amendement ne sont en réalité que très exceptionnellement utilisées par le Gouvernement.

Le règlement de l'Assemblée nationale autorise le dépôt d'amendements jusqu'au début de la discussion générale des projets ou des propositions de loi, le délai de droit commun – quatre jours ouvrables suivant la distribution du rapport – trouvant rarement à s'appliquer. Le règlement du Sénat reconnaît à la Conférence des Présidents la possibilité de fixer des délais impératifs en amont de la séance publique, généralement jusqu'à 17 heures la veille du jour où doit commencer la discussion du texte.

Ces souplesses dans la pratique, ainsi que la tolérance et le non-usage par le Gouvernement des compétences que lui confère la Constitution finissent par vider en partie de sa portée cette prérogative parlementaire : l'examen préalable par la commission compétente devient très difficile, voire impossible, la discussion publique est souvent réduite à sa plus simple expression, et l'opposition parlementaire n'y participe guère.

1.2.2. Un délai d'examen parfois inversement proportionnel à la complexité des textes

La Constitution organise de façon précise les délais dans lesquels doivent être adoptés les projets de loi de finances et les projets de loi de financement de la sécurité sociale.

Pour les premiers, l'article 47 de la Constitution prévoit que « *le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne*

113. Selon une étude du Secrétariat général du Gouvernement réalisée en 2005.

s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance [...] ».

Pour les seconds, l'article 47-1, issu de la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale, organise des délais encore plus courts, puisque qu'il dispose : « *Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance [...].* »

Or, ces projets de loi ne se contentent pas de prévoir les conditions de financement pour l'année à venir : ils comportent fréquemment des réformes fondamentales.

Par ailleurs les parlementaires sont saisis d'amendements gouvernementaux, directs ou portés par un parlementaire de la majorité, jusqu'à la dernière minute, dans des conditions d'improvisation qui sont peu propices à un débat politique pertinent, et qui ne garantissent pas l'adoption d'un texte adéquat.

Dans son bilan pour l'année 1998, le Conseil constitutionnel notait à cet égard que « *trop souvent, de nombreux textes de caractère hétéroclite, comme les lois de finances ou les lois portant diverses dispositions se sont révélés être des supports aisés pour accueillir en cours de route – le plus souvent en fin de route – des amendements portant sur des sujets divers et sur lesquels la Représentation nationale était appelée à se prononcer sans disposer des informations nécessaires* ¹¹⁴ ».

1.2.3. Urgence et obstruction : les déviations de procédure

Même lorsque la Constitution n'encadre pas le délai d'examen, la procédure d'urgence, qui permet au Gouvernement de saisir la commission mixte paritaire après une seule lecture du texte en discussion par chaque Assemblée, en application de l'article 45 de la Constitution, est de plus en plus souvent utilisée, en raison notamment de l'annonce médiatique préalable.

En 2004, l'urgence a été invoquée par le Gouvernement pour plus du tiers des projets de loi, hors projets autorisant la ratification de traités internationaux. Cependant, les rapports parlementaires constatent, chaque année, que les projets votés en urgence ne sont toujours pas entrés en vigueur l'année suivante, faute de décrets d'application.

114. Conseil constitutionnel, Bilan de l'année 1998, Services du Conseil constitutionnel.

Il en vient à s'établir, entre obstruction et urgence, une sorte de cercle vicieux, même si historiquement l'urgence a été invoquée par le Gouvernement à la suite d'amendements d'obstruction ¹¹⁵. De telles pratiques font en tout état de cause obstacle à un dialogue serein entre la majorité et l'opposition parlementaires, condition pourtant nécessaire à l'élaboration d'un consensus aussi large que possible.

1.2.4. La déception de la session unique

Instaurée par la réforme constitutionnelle d'août 1995, celle-ci n'a pas répondu à l'attente du Constituant.

Ainsi, depuis le début de la législature, le Parlement a-t-il siégé chaque année en session extraordinaire :

- en 2002, entre le 2 juillet et le 3 août, pour voter 24 textes ;
- en 2003, jusqu'au 25 juillet pour adopter 15 projets de loi dont la réforme des retraites, le référendum local, la maîtrise de l'immigration ;
- en 2004, jusqu'au 30 juillet, pour procéder à un débat d'orientation budgétaire, et examiner un projet de loi organique, neuf projets de loi et trois propositions de loi concernant en particulier l'assurance maladie, la bioéthique, les traitements des données à caractère personnel et le service public de l'électricité et du gaz. Au cours de cette session extraordinaire, le Premier ministre a engagé la responsabilité du Gouvernement, en application de l'article 49 alinéa 3 sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales : la motion de censure déposée par l'opposition, en application du même article, ayant été repoussée le 27 juillet, la session extraordinaire s'est arrêtée le 30 juillet 2004, sans que, pour autant, l'ordre du jour ait été épuisé ;
- en 2005, jusqu'au 13 juillet, pour se prononcer notamment sur le projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi, le projet de loi relatif au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, le projet de loi de sauvegarde des entreprises, et le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

La session unique fait d'ailleurs aujourd'hui l'objet des réserves des Présidents des deux Assemblées parlementaires.

Le Président du Sénat, M. Christian Poncelet, lui reproche de n'avoir atteint aucun de ses trois objectifs, qui étaient d'éviter le recours aux sessions extraordinaires, les séances de nuit, et de renforcer les pouvoirs de contrôle du Parlement ¹¹⁶.

115. La loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et la liberté des personnes, dite « Sécurité et Liberté », présentée par Alain Peyrefitte, garde des Sceaux, en octobre 1980, devant l'Assemblée nationale.

116. Allocution de fin de session prononcée par le Président Poncelet le 30 juin 2004.

Le Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, impute en partie à la session unique des lois bavardes et les nombreuses incursions de la loi dans le domaine réglementaire ¹¹⁷.

1.3. Le législateur contourné

L'encombrement de l'ordre du jour parlementaire conduit au recours de plus en plus fréquent à des procédures exceptionnelles qui écartent de droit le législateur.

1.3.1. Le recours aux ordonnances

L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement pour l'exécution de son programme de demander au Parlement « *l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Les articles 47 et 47-1 permettent au Gouvernement de mettre en vigueur par ordonnance les projets de lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé dans le délai prescrit. Enfin, l'article 74-1, issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, fonde une habilitation permanente pour actualiser le droit applicable outre-mer.

À l'exception de ce dernier article, le recours à la procédure des ordonnances a traditionnellement été conçu comme une ***procédure exceptionnelle***, à la seule initiative du Gouvernement, ce qu'elle fut jusqu'à ces dernières années. Mais ce recours à l'article 38 devint progressivement, à partir de la loi du 16 décembre 1999 autorisant le Gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnance, ***une procédure législative ordinaire***.

D'abord liées à la codification et à la simplification administrative, puis à la transposition des directives communautaires en droit interne, celles-ci ont progressivement, du fait notamment de l'objectif de la simplification du droit, vu leur nombre augmenter et leur champ d'application s'élargir, comme en attestent les dernières mesures sur ***l'emploi, sur la réforme de la filiation naturelle ou sur le droit des sociétés*** ¹¹⁸.

La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit contient en effet trente-deux articles autorisant le Gouvernement à légiférer dans les domaines les plus variés.

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, également relative à la simplification, compte soixante articles d'habilitation dans des domaines aussi différents que le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement, l'agriculture, le droit de l'urbanisme et de la construction, la santé et la protection sociale, les relations des usagers avec l'administration ou encore la filiation.

117. Discours prononcé le 29 juillet 2004.

118. Marc Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114.

Depuis le début de l'année 2002, plus de 150 ordonnances ont été adoptées : 85 en 2005 (à rapporter aux 50 lois adoptées), 53 en 2004 (à rapporter aux 40 lois votées) et 18 en 2003 (contre 56 lois).

Le recours aux ordonnances est donc devenu le principal mode de législation.

Le Sénat vient d'analyser, dans une étude récente ¹¹⁹, ce recours habituel aux ordonnances.

Au total, *ce sont cinq lois d'habilitation en 2002, sept en 2003, neuf en 2004 qui ont été votées.*

Par ailleurs, dix-sept lois votées entre 2002 et 2004 comportent *des mesures d'habilitation isolées*, issues pour la plupart de projets du Gouvernement, à l'exception de trois, dont deux résultent d'un amendement gouvernemental ¹²⁰ et une d'un amendement parlementaire ¹²¹ en méconnaissance de la Constitution qui en réserve l'initiative au Gouvernement.

L'année 2004 offre cinq nouveaux exemples d'insertion de mesures d'habilitation *sur initiative parlementaire*. Le Conseil constitutionnel a, dans une décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, censuré l'une d'entre elles, l'article 10 de la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance ¹²², en rappelant qu'il résultait du premier alinéa de l'article 38 que « *seul le Gouvernement [pouvait] demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances* ».

Le Parlement, du fait de l'encombrement de son ordre du jour, devient donc acteur de son dessaisissement temporaire.

Le Conseil constitutionnel admet en outre que cet encombrement puisse contribuer à justifier l'habilitation à légiférer par voie d'ordonnance.

Tel est le sens de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, comme de celle du 16 décembre 1999, sur la codification ¹²³, aux termes desquelles : « *Considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi [...].* »

119. Sénat, Service des études juridiques, Division des recherches et études, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », janvier 2005.

120. Article 6 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale et article 46 de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 pour la ville et la rénovation urbaine.

121. Article 93 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

122. Il avait pour objet d'autoriser le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures permettant de rendre cette loi applicable en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et à Mayotte.

123. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

1.3.2. Le retard ou l'absence des décrets d'application de la loi

Nombre de ces textes médiatiquement annoncés restent, par la suite, lettre morte pour divers motifs : absence ou retard des décrets d'application, complexité trop grande, orientation différente décidée par un nouveau ministre avant même que les décrets d'application de la loi présentée par son prédécesseur aient été pris.

En dehors des lois qui, pour environ un quart d'entre elles, s'appliquent directement, il faut en moyenne entre dix et douze mois pour que les décrets d'application paraissent au *Journal officiel*, délai parfois jugé un peu long, notamment pour les décrets les plus simples. À ce titre, le Président de l'Assemblée nationale a manifesté sa préoccupation à l'égard de tout délai qui dépasserait les six mois ¹²⁴.

Le rapport du Sénat sur le contrôle de l'application des lois adoptées en 2004-2005 fait apparaître que :

- 15 d'entre elles ne nécessitent aucune mesure de suivi réglementaire et sont d'application immédiate ;
- sur les 33 restantes :
 - 17, soit plus de la moitié ne sont pas encore applicables au 1^{er} décembre 2005 ;
 - 13 ne le sont que partiellement, puisqu'une partie seulement des mesures d'application a été publiée ;
 - enfin, 3 seulement sont devenues pleinement applicables : il s'agit de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 ayant créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, et la loi n° 2005-159 du 23 février 2005 relative au contrat de volontariat de solidarité internationale.

Aucune des 53 mesures d'application prévues dans la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, votée en urgence n'a, à la date du rapport cité (décembre 2005), été prise.

Le Sénat rappelle que parmi les 1 000 textes législatifs adoptés et promulgués depuis 1981, 222 n'avaient pas encore reçu entière application, par défaut des décrets indispensables. S'il se félicite du progrès du taux d'application, au 30 septembre 2005, des dispositions prévoyant explicitement un suivi réglementaire, qui passe de 14,4 % en 2003-2004 à 16,4 % en 2004-2005, pour un total de 670 prescriptions, certaines carences subsistent.

La Haute Assemblée déplore ainsi la modicité du taux d'application (8 %) de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Sept mois après la publication de la loi, seuls cinq décrets et deux arrêtés sont parus. Compte tenu du faible nombre des mesures réglementaires prises à ce jour, cette loi reste donc largement inapplicable.

124. Entretien à *Libération*, 18 janvier 2005.

« Rien ne sert de légiférer si les conséquences n'en sont pas tirées rapidement sur le plan de l'action. Il faut malheureusement attendre en moyenne dix mois pour que les décrets d'application d'une loi soient publiés au Journal officiel [...]. Ce délai trop long n'est pas compris par nos concitoyens ¹²⁵. »

Les « délais raisonnables », appréciés par la jurisprudence en fonction de la nature et de la difficulté des textes, depuis l'arrêt d'Assemblée du 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/ Dame veuve Renard* ¹²⁶, sont trop souvent dépassés.

Certaines lois ne sont pas appliquées en raison probablement *d'une trop grande complexité*.

Ainsi, dans un contexte de délocalisations nombreuses accompagnées d'un mouvement d'inquiétude de la part de l'opinion publique, le Gouvernement a-t-il annoncé, en 2004, un plan de lutte contre les délocalisations, qualifié de « priorité absolue » : l'une de ces mesures, définie à l'article 244 quater I du Code général des impôts, voté dans la loi de finances 2005, lequel représente environ 7 660 signes, instaure un « *crédit d'impôt sur les bénéfices institué pour les entreprises qui choisissent de relocaliser leurs activités en France* ¹²⁷ ». À ce jour, pas une seule demande n'a été déposée en ce sens, peut-être en raison d'une rédaction trop compliquée de la législation applicable.

D'autres lois sont en attente d'application parce que les dispositions finalement adoptées par le Parlement n'avaient en réalité pas l'accord du Gouvernement, qui s'abstient de prendre les décrets d'application.

2. Pour la société

Ce rythme et ce désordre normatifs créent de nombreux effets préjudiciables pour l'ensemble des acteurs de la société : ils désorientent les citoyens qui perdent leurs repères et n'ont pas le temps d'en trouver de nouveaux, ils pénalisent les opérateurs économiques et nuisent à l'attractivité de notre territoire, ils désarçonnent les autorités publiques en charge de l'application et les juges sans cesse confrontés à de nouvelles normes.

2.1. L'usager égaré

2.1.1. Un droit peu lisible, trop peu accessible et instable

Pour le citoyen, le droit devient instable, peu lisible et en partie inaccessible.

Le nombre de textes de portée générale en vigueur ne cesse d'augmenter : avec les précautions dues au processus de codification, on peut estimer qu'aux

125. Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, lors de la présentation des vœux au Président de la République en janvier 2005.

126. CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/Dame veuve Renard*, aux conclusions d'Yves Galmot.

127. www.premier-ministre.gouv.fr

9 000 lois et 120 000 décrets recensés en 2000¹²⁸ sont venus s'ajouter, en moyenne, 70 lois, 50 ordonnances, et 1 500 décrets par an.

Le Code du travail est composé de 2 000 pages. Le Code général des impôts comporte, pour sa part, plus de 2 500 pages et regroupe 4 000 articles législatifs et réglementaires.

À cela s'ajoute la circonstance que les normes sont **de plus en plus fréquemment modifiées**.

Le taux d'instabilité d'un code, qui équivaut, selon une mesure établie par le Secrétariat général du Gouvernement, au nombre total d'interventions sur un code rapporté au nombre d'articles de ce code, révèle que **plus de 10 % des articles d'un code changent chaque année**¹²⁹.

Compte tenu de la constance de certains codes, comme le Code civil, cela se traduit par un taux nettement supérieur pour d'autres, notamment le Code du travail, le Code de la santé publique, le Code de la sécurité sociale, le Code général des impôts, le Code monétaire et financier ou encore le Code général des collectivités territoriales.

Dans de telles conditions, il devient très difficile, parfois impossible, pour l'usager, le citoyen ou l'entreprise de connaître la loi, et d'organiser ses comportements d'investissement ou de consommation en fonction de celle-ci.

Une telle évolution accroît la « **fracture juridique** », une partie de la population se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit.

La complexité du droit engendre donc à la fois un « coût psychologique » et un « coût démocratique ».

« L'inflation et l'instabilité des normes juridiques provoquent parfois, chez nos concitoyens, un grand désarroi. Se sentant souvent isolé dans un maquis de procédures contraignantes et souvent incomprises, le citoyen ressent avec amertume la distance qui le sépare des centres de décision »¹³⁰.

2.1.2. *L'illusion de la simplification*

Ainsi que le souligne à juste titre le dernier rapport de l'OCDE sur la qualité de la réglementation en France : « *Par nature, le système juridique français de droit romain écrit, qui ne connaît pas de date limite pour la validité des textes, conduit à un empilement historique des textes. Le mouvement de codification et de simplification administrative apparaît alors comme le pendant nécessaire qui accompagne d'une certaine façon la complexité croissante. Jusqu'à présent la codification permet de rationaliser en partie l'empilage des textes existant mais elle n'en réduit pas la complexité car elle s'est effectuée à droit*

128. Conseil d'État, Rapports publics annuels 1991 et 2000. Cf. aussi les mesures des flux fournies par le Secrétariat général du Gouvernement.

129. Selon une étude du Secrétariat général du Gouvernement : « Statistiques sur l'activité législative et réglementaire », 1^{er} mai 2005.

130. Rapport du Médiateur de la République pour l'année 2001.

constant, c'est-à-dire sans changement dans la substance de la loi ou de la réglementation. De plus, les mouvements de simplification administrative ont longtemps été conduits dans une optique autocentrée sur les propositions des administrations, plus que sur les besoins des usagers. Elle a abouti à une architecture complexe, partageant les compétences réglementaires entre le niveau national et trois niveaux d'administration infranationale. »

La démarche de **simplification administrative** a commencé, en France, à la fin des années 1950, pour se poursuivre dans les années 1970, avec notamment :

- la création du Centre pour l'enregistrement des formulaires administratifs (CERFA) ;
- l'établissement en 1983 d'une Commission pour la simplification (COSIFORM) ;
- l'institution dans les années 1990 de la Commission pour la simplification administrative (COSA) ;
- enfin, la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 a créé le Conseil d'orientation de la simplification administrative. Il comprend trois députés, trois sénateurs, un conseiller régional, un conseiller général, un maire et six personnalités qualifiées dont trois sont nommées sur proposition du ministre chargé de la Réforme de l'État et trois autres sur proposition du ministre chargé des Petites et Moyennes Entreprises, désignés pour cinq ans. Mis en place le 22 janvier 2004, sa mission est de porter une appréciation sur les ordonnances présentées par le Gouvernement. Il est consulté sur le programme de simplification annuel de chaque ministère, quelle que soit la nature des textes sur laquelle porte la simplification (loi, ordonnance, code...). En outre, il établit chaque année un rapport public.

Le bilan des deux premières étapes de simplification, en application des lois d'habilitation de 2003 et de 2004, reste mitigé. Certes de nombreuses améliorations ¹³¹ ont été obtenues. Mais les diverses ordonnances prises au cours des deux dernières années ont aussi provoqué de la *complexité supplémentaire*, dans un contexte où les administrations centrales, privées par la déconcentration et par la décentralisation de l'essentiel de leurs compétences opérationnelles, « *ne voient d'autres façons d'intervenir sur les événements que par la production de lois et de règlements* ¹³² ».

En outre, et comme le souligne à ce sujet le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics dans son premier rapport d'étape sur ce sujet, « *la simplification est vouée à l'échec tant que les processus de production de la complexité resteront intacts* ».

Ainsi, pour reprendre un exemple qu'il développe, l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, a fait

131. Marc Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114, p. 117.

132. Rapport d'étape du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, juillet 2005.

l'objet depuis sa signature de six modifications inscrites dans des lois du 18 décembre 2003 (financement de la sécurité sociale), et des 9 et 13 août 2004 (santé publique et assurance maladie), et des ordonnances du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre et du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé. Cette ordonnance nécessite en outre 38 mesures réglementaires d'application : huit décrets en Conseil d'État, 18 décrets simples et trois arrêtés du ministre.

La même démonstration pourrait être apportée pour la plupart des ordonnances de simplification adoptées en application des deux lois d'habilitation de 2003 et 2004. Certaines sont d'ailleurs modifiées par la loi de ratification elle-même, mais de façon marginale et souvent après avis du Conseil d'État.

De plus, quelques-unes de ces ordonnances ne sont pas encore entrées en vigueur faute d'accord entre les ministères sur les décrets d'application : tel est le cas de l'ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre.

*La relance de la démarche de simplification engagée en 2003 a donc permis des progrès, dans la logique qui est la sienne de **suppression des effets les plus néfastes de la sédimentation** des textes, mais ces exemples viennent démontrer qu'elle gagnerait à être **complétée par une logique de prévention des nouveaux flux**.*

En dépit des ambitions annoncées, le système juridique français n'a en effet pas échappé à la logique de la sédimentation, consistant à prendre successivement des textes sur le même sujet sans réévaluation d'ensemble du dispositif et sans abrogation en conséquence de tout ce qui est devenu inutile, superfétatoire, redondant ou encore obsolète.

Aux termes du Rapport Pébereau, une partie de la dérive de la dépense publique trouve son origine dans cette superposition des dispositifs et des structures, en partie liée à l'absence d'évaluation préalable de l'impact des mesures en préparation au regard des dispositifs d'ores et déjà existants. Cette lacune ne favorise guère l'allocation optimale des ressources publiques. Ainsi depuis 25 ans de nombreuses structures publiques ont été créées, tant au niveau central qu'au niveau local, sans que soient remises en cause les structures déjà existantes.

Un ouvrage récent sur la *Politique de l'emploi*¹³³ appelle par exemple à une évaluation plus systématique, *a priori* et *a posteriori*, des politiques de

133. Olivier Duthéillet de Lamothe, *Politique de l'emploi*, Éditions Liaisons, p. 167 : Cette politique « aboutit au mieux à créer environ 150 000 emplois en période de croissance et à réduire le nombre de chômeurs de 150 000 en période de récession. À titre de comparaison, et selon les données de l'OCDE qui ne prennent pas en compte toutes les mesures de baisse des charges liées aux 35 heures, les États-Unis, le Royaume-Uni et le Japon ont consacré respectivement 0,53 %, 0,89 % et 0,79 % de leur PIB aux politiques de l'emploi ».

l'emploi, auxquelles la France consacre 4,1 % de son PIB. Celle-ci offre un exemple manifeste de la logique de la législation par strates successives, sans qu'il soit procédé à l'étude de l'impact effectif, du coût, et de l'efficacité relative des dispositifs d'ores et déjà en vigueur.

2.1.3. L'autorité publique désarçonnée

Le droit devient tout aussi complexe, et parfois difficilement compréhensible pour les *fonctionnaires chargés de l'appliquer quotidiennement* et de le faire respecter. Les administrations centrales multiplient par conséquent les *circulaires et instructions*, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, ne sont ni publiées, ni opposables. Il en résulte qu'elles échappent à l'information du législateur comme du citoyen, et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Se développe ainsi *un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique*.

Les élus locaux sont perdus par les multiples changements apportés chaque année au Code général des collectivités territoriales et aux textes qu'ils sont chargés d'appliquer, et qui viennent périodiquement modifier leurs compétences et leurs moyens. L'instabilité du droit constitue l'un des thèmes récurrents de discussion entre les associations des élus locaux, qu'ils soient maires, présidents de conseils généraux ou présidents de conseils régionaux, et l'État. Un récent colloque d'avocats, tenu en novembre 2005, consacre ses travaux aux besoins de conseils juridiques émanant des collectivités territoriales, nouveau domaine d'intervention considéré comme particulièrement prometteur pour cette profession.

2.2. L'insécurité des opérateurs économiques

2.2.1. Le coût de l'insécurité juridique

Le Président de la République déclarait au Parlement le 19 mai 1995, juste après son élection : « *Trop de lois tuent la loi... Aujourd'hui l'inflation normative est devenue paralysante. Il faut mettre un terme à cette situation qui pénalise les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice des spécialistes qui font écran entre le citoyen et le droit.* »

« *Il faut éviter que, globalement, l'ensemble de nos procédures freine la création d'activités. Cela implique un élan nouveau pour que notre territoire soit plus attractif et que la matière fiscale ou réglementaire ne soit pas systématiquement une occasion de découragement* », déclare devant le Parlement le Premier ministre, M. Jean-Pierre Raffarin, le 3 juillet 2002.

Les règles sociales et fiscales continuent cependant à être édictées comme si toutes les entreprises, à l'instar des plus grandes d'entre elles, disposaient de services juridiques ou de directions des ressources humaines importantes. Or plus de 65 % de l'emploi salarié hors fonction publique, en France, est assuré par des petites et moyennes entreprises pour lesquelles il est de plus en plus difficile de maîtriser la réglementation, à plus forte raison ses successives modifications.

Aussi bien ces entreprises se voient-elles souvent obligées de recourir à des cabinets spécialisés, ce qui se traduit par un coût économique, détourné de l'investissement productif ou de l'emploi. ***Le coût de la complexité des normes et des procédures est évalué, pour les pays de l'OCDE, à une somme représentant, en 2000, entre trois et quatre points de PIB selon les pays.***

Par ailleurs, établir des prévisions de coût, une stratégie d'embauche ou d'investissement dans un contexte qui n'est jamais juridiquement et financièrement stabilisé devient une gageure. L'absence de prévisibilité des règles crée en elle-même un coût.

C'est l'une des raisons pour lesquelles certains dispositifs d'aides à l'emploi ou à l'investissement ne sont jamais ou ne sont que peu utilisés.

2.2.2. Une image détériorée dans la compétition mondiale

Un droit écrit trop complexe finit par perdre l'avantage comparatif dont on pourrait *a priori* le créditer par rapport aux systèmes de « *Common Law* », dans lesquels le recours permanent aux contrats amène à s'entourer d'une assistance juridique adaptée.

L'excellence des infrastructures de transport, de communication et d'énergie, ainsi que le fort potentiel scientifique et technique de la France, reconnus par l'OCDE et par la Banque mondiale, ne peuvent faire oublier que nombre d'entreprises candidates à une implantation en France sont parfois découragées par la lourdeur des procédures administratives et surtout par l'instabilité du droit.

L'Agence française pour les investissements internationaux (AFII) souligne d'ailleurs que « *c'est dans l'environnement administratif que se trouvent certains des points faibles le plus souvent mis en avant dans les enquêtes d'opinion* ».

L'hommage rendu par le dernier rapport de la Banque mondiale, « *Doing Business 2005* », aux dernières réformes entreprises par la France en 2004 sur le régime des créations d'entreprises ne constitue qu'un modeste infléchissement de ce diagnostic.

2.3. Les juges perplexes

Les magistrats peinent à se repérer dans les multiples réformes du Code pénal, du Code de procédure pénale, du droit des sociétés ou encore du Code du travail, intervenues au cours des dernières années. La Cour de cassation consacre en 2005 un séminaire de plusieurs mois au thème de l'« incertitude juridique ».

Le flou des dispositions législatives ou réglementaires renforce nécessairement le pouvoir du juge, contraint d'aller au-delà de l'interprétation pour poser la norme, alors même que de nombreuses mesures de nature réglementaire échappent au contrôle du juge de l'excès de pouvoir du simple fait de leur insertion dans une loi.

Cette accélération normative crée en même temps une perplexité liée à la fois à un foisonnement de normes, nationales et internationales, parfois incohérentes, et au flux de dispositions nouvelles que les juges doivent appliquer chaque année, sans qu'une jurisprudence ait eu le temps de s'élaborer.



Il en résulte des risques accrus de conflits de juges ou de jurisprudences, notamment lorsque le droit connaît de nombreux destinataires et relève de la compétence territoriale d'un nombre élevé de juridictions différentes, à l'exemple du droit de la consommation.

Plusieurs mécanismes permettent heureusement de recourir, avant même qu'un jugement soit rendu, à un dialogue des juges.

2.3.1. Les conflits de normes et le recours aux questions préjudicielles

Le conflit de normes amène le juge à déterminer seul le droit applicable, lorsque par exemple deux conventions internationales, ou une convention internationale et un texte communautaire, édictent concurremment des règles. Il en va de même lorsque des textes nationaux ne sont pas encore, ou plus du tout, en conformité avec ces normes internationales. C'est encore le cas lorsqu'une des questions de droit invoquées par le justiciable relève de la compétence d'un autre ordre de juridiction.

Le renvoi préjudiciel, destiné à permettre au juge compétent de trancher, rend alors possible le règlement du conflit.

Ainsi le recours aux *questions préjudicielles* devant la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg est-il parfois nécessaire afin qu'elle se prononce sur la portée du droit communautaire pertinent au regard de la norme nationale dont il est fait application. Les juridictions françaises y ont eu recours plus de six cents fois depuis la création de la Cour, dont 21 fois en 2004 et 17 en 2005 (2 par la Cour de cassation, 5 par le Conseil d'État et 10 par les autres juridictions).

Dans un arrêt rendu le 19 octobre 2005, la Section du contentieux du Conseil d'État a décidé de renvoyer à la Cour de justice des Communautés européennes l'appréciation de la portée du droit communautaire pertinent et la conformité à ce dernier de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 selon lequel les salariés de moins de 26 ans embauchés à compter du 22 juin 2005 ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'effectif d'une entreprise ¹³⁴.

Au cours de l'année 2005, les autres renvois préjudiciels portaient notamment sur le régime des arrhes en cas de dédit au regard des règles régissant la TVA ¹³⁵, les modalités d'application de la sixième directive TVA à l'organisation des foires ou salons ¹³⁶, et l'interprétation des stipulations du premier paragraphe de l'article 20 de la Convention d'application de l'accord de Schengen en ce qui concerne la notion de première entrée sur le territoire ¹³⁷.

134. CE, Sect., 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail CGT et autres*, n° 283892, aux conclusions de Christophe Devys, *Actualité juridique droit administratif*, 2005, p. 1980 et 2162, chronique de M^{me} Claire Landais et M. Frédéric Lénica.

135. CE, 23 mars 2005, *Société Thermale d'Eugénie-les-Bains*, n° 263653 aux conclusions de Pierre Collin.

136. CE, 10 janvier 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 255095 aux conclusions de Laurent Olléon.

137. CE, 9 mai 2005, *M. Bot*, n° 256575 aux conclusions de Nicolas Boulouis.

2.3.2. *Le recours aux avis des juridictions suprêmes*

Les questions de droit nouvelles résultant parfois de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires peuvent donner lieu à des interprétations diverses des juridictions de première instance ou d'appel réparties sur l'ensemble du territoire.

Afin d'éviter les risques d'incohérence, voire d'injustice, susceptibles d'en résulter, des mécanismes de renvoi pour interprétation vers la juridiction de dernier ressort, Conseil d'État ou Cour de cassation, sont organisés et mis en œuvre ¹³⁸.

Pour les juridictions de l'ordre administratif, l'article L. 113-1 du Code de justice administrative ¹³⁹ autorise les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel à solliciter l'avis du Conseil d'État avant de statuer sur une question de droit nouvelle créant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Il a été utilisé 19 fois en 2004.

En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire, la procédure de renvoi est organisée par les articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire ¹⁴⁰. De la même façon, ces dispositions autorisent les tribunaux et les cours d'appel à solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer *sur une question de droit nouvelle créant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*.

Il est alors sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce dans un délai de trois mois. Ce renvoi n'a été mis en œuvre que quatre fois en 2004.

138. Dominique Pouyaud, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, juin 2004, p. 327.

139. « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai.* »

140. Code de l'organisation judiciaire, article L. 151-1 : « *Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties.* »

Deuxième partie Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?

« *La loi permet, ordonne ou interdit*¹⁴¹. »
Portalis

Pour les raisons évoquées, le désordre et l'instabilité du droit appellent une politique énergique visant à ralentir un emballement normatif préjudiciable aux citoyens, aux entreprises et à la crédibilité même de l'action politique.

L'exigence de sécurité juridique, fondement de l'État de droit, doit être confortée.

Le respect des compétences et des procédures d'ores et déjà inscrites dans la Constitution, en s'inspirant peut-être de quelques pratiques étrangères, constitue une première voie d'action.

L'exploration de stratégies complémentaires, relatives au fonctionnement du Parlement, au rapport du législateur avec les citoyens, à une meilleure accessibilité au droit, au statut des circulaires et instructions ainsi qu'aux relations entre l'administration et l'utilisateur, s'avère également indispensable.

A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'état de droit

1. Le contenu du principe

Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.

141. Portalis, *Discours préliminaire du Code civil*, 1804.

1.1. L'axe formel : la qualité de la loi

La loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit donc être normative : la loi non normative affaiblit la loi nécessaire en créant un doute sur l'effet réel de ses dispositions.

Certes, l'appréciation peut varier dans le temps : ainsi certaines dispositions du Code civil ont-elles vu leurs effets normatifs progressivement dégagés par le juge. Ce fut également le cas de conventions internationales, comme par exemple la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont l'effet utile a progressivement été affirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par les juridictions nationales des États parties.

Pour savoir ce que prescrit la loi, il ne suffit pas qu'elle soit matériellement accessible. Il s'agit certes là d'une exigence essentielle, et la publication de la norme, qui est destinée à la rendre accessible, constitue d'ailleurs une condition de son opposabilité. Mais il faut aussi que la norme soit intelligible. L'intelligibilité implique la *lisibilité* autant que la *clarté* et la *précision* des énoncés ainsi que leur cohérence. Elle suppose encore que les règles prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer, sans qu'il faille, pour y parvenir, faire appel à trop de dispositions extérieures au texte.

1.2. L'axe temporel : la prévisibilité de la loi

Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables.

La prise en compte de l'exigence de sécurité juridique entre parfois en concurrence avec l'application du principe de légalité, principe essentiel du droit public, même si les deux concepts se renforcent souvent mutuellement¹⁴². Le principe de légalité peut avoir des conséquences sur la sécurité juridique, notamment en cas d'annulation contentieuse à caractère rétroactif, ou encore dans les hypothèses de revirement de jurisprudence.

Cette prise en compte doit, en outre, rester compatible avec la nécessité de réserver au pouvoir politique et à l'administration les marges de manœuvre nécessaires à l'application de son programme et à l'exercice de ses missions de service public. Il en résulte un principe d'adaptation ou de mutabilité. Le concept de sécurité juridique ne saurait en effet constituer, comme certains le redoutent, « *un habillage moderne du conservatisme juridique, un mécanisme institutionnalisé de protection des situations acquises, même injustes, au nom de la stabilité de la règle de droit* »¹⁴³.

142. Daniel Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

143. Michel Pinault : « Incertitude et sécurité juridique », *Rapport du Groupe de travail n° 1* du séminaire de la Cour de cassation, de l'Institut des hautes études sur la justice, du Centre des hautes études sur l'assurance et de l'École nationale supérieure de sécurité sociale, 22 mars 2005.

Mais il faut, pour échapper à ce verdict, veiller à ce que les conciliations pratiquées soient empreintes de rigueur et de mesure.

1.2.1. La non-rétroactivité de la loi

La non-rétroactivité de la loi constitue l'un des fondements de la sécurité juridique : elle est impérative en droit pénal, et de façon plus générale en matière répressive, notamment pour les sanctions financières. Elle n'a pas la même portée dans les autres domaines où il peut y être dérogé pour des motifs d'intérêt général.

Le juge constitutionnel a été conduit, en application de cette règle, à limiter les possibilités d'application des validations législatives, par nature rétroactives ¹⁴⁴.

1.2.2. La protection des droits acquis et la stabilité des situations juridiques

L'équilibre, ici encore, doit être atteint entre, d'une part, l'exigence de sécurité juridique et, d'autre part, les nécessités de l'adaptation et le respect de la légalité.

Pour le retrait des actes illégaux, cet équilibre n'est respecté que si des délais raisonnables sont fixés. L'Union européenne est ainsi divisée entre les pays qui retiennent de façon objective un délai dans lequel ce retrait peut intervenir, comme la France ou la Belgique, et ceux qui l'appréhendent au regard d'une appréciation subjective de la sécurité juridique, comme l'Allemagne ou l'Italie.

2. La portée du principe

2.1. En droit européen

Influencés par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, le juge communautaire et le juge européen ont progressivement consacré un principe de sécurité juridique. La Cour de justice des Communautés européennes a également introduit dans sa jurisprudence le principe de confiance légitime.

Plus rarement mis en œuvre, *ce principe de confiance légitime* tend à limiter les possibilités de modification des normes juridiques, dès lors que des engagements ou leur équivalent ont été pris par les autorités compétentes. Garant d'une certaine prévisibilité dans l'application du droit, ce principe vient protéger « *la confiance que les destinataires de règles et de décisions [...] sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions* ¹⁴⁵ ». Le principe de confiance légitime impose donc de ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu, de manière légitime et fondée, placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles de droit.

144. Même si, « *en matière de validation législative, la rétroactivité ne s'oppose pas forcément à la logique de la sécurité juridique, [...] peut même la servir* », Bertrand Mathieu, « Table ronde : Constitution et sécurité juridique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 15, 1999, p. 159.

145. Michel Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *Actualité juridique droit administratif*, numéro spécial, 1996, p. 179.

Si le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime sont deux concepts proches, ils ne sauraient cependant être confondus, notamment quant aux droits susceptibles d'en découler. La confiance légitime ouvre, plus encore que la sécurité juridique, la voie à une appréciation par le juge des attentes légitimes du justiciable et à l'idée de droits subjectifs : ceux du destinataire des normes juridiques.

2.1.1. *Devant la Cour de justice des Communautés européennes*

Dès le début des années 1960, par l'arrêt *Bosch* du 6 avril 1962¹⁴⁶, le juge communautaire a solennellement consacré la sécurité juridique au rang des principes généraux du droit communautaire. Invoqué dans un litige sur dix environ, ce principe est appliqué avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des conséquences financières.

Il revêt pour la Cour de justice des Communautés européennes le caractère d'un *principe fondateur*¹⁴⁷ dont se déduisent nombre d'exigences ou de principes dérivés.

Selon une règle générale, « *le principe de sécurité juridique, qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des délais de recours*¹⁴⁸ ».

Le juge communautaire en tire des exigences de ***stabilité et de prévisibilité de la norme***, de détermination claire et précise des délais de recours¹⁴⁹, ou de mise en œuvre de prescriptions ou de forclusions répondant à l'exigence de stabilité des situations juridiques. Ainsi, la rétroactivité des actes peut-elle être censurée. En particulier, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale fait partie des principes généraux du droit communautaire, ainsi que l'a rappelé la décision du 10 juillet 1984, *Kirk*¹⁵⁰.

La Cour de justice des Communautés européennes se réserve la possibilité de ***moduler dans le temps les effets de ses décisions***, en prononçant parfois des déclarations d'invalidité « *ex nunc* », pour l'avenir. Elle se fonde sur une interprétation extensive de l'article 231 du traité instituant la Communauté économique européenne¹⁵¹, en étendant le pouvoir de modulation qu'il lui confère dans le cas des recours dirigés contre les règlements, aux recours dirigés

146. CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, *De Geus en Uitdenbogerd/Bosch*.

147. Bertrand Mathieu, Rapport français, « Constitution et sécurité juridique », XV^e Table ronde de jurisprudence constitutionnelle, *AJJC*, 1999.

148. CJCE, affaire 18/89, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*.

149. CJCE, affaire 44/81, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*.

150. CJCE, affaire 63/83, 10 juillet 1984, *Kirk*.

151. Cet article traite des recours en annulation des actes communautaires devant la CJCE : « *Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté. Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs.* »

contre tous les actes communautaires. La Cour utilise ce pouvoir de modulation au-delà des recours en annulation, pour les questions préjudicielles, tant pour l'interprétation des règles du droit communautaire, depuis l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976¹⁵², que pour l'appréciation de la validité des actes communautaires, depuis trois décisions du 27 mars 1980, *Providence agricole de Champagne et autres*¹⁵³.

Enfin, **le retrait des actes illégaux** n'est autorisé que s'il intervient dans un délai raisonnable et si l'institution dont il émane tient suffisamment compte de la mesure dans laquelle le destinataire de l'acte a éventuellement pu se fier à la légalité de celui-ci, ainsi que la Cour l'a expressément affirmé dans l'arrêt *Consorzio cooperative d'Abruzzo c/ Commission* du 26 février 1987¹⁵⁴.

Souvent utilisé en combinaison avec d'autres principes, le principe de confiance légitime a une autonomie réelle en droit communautaire¹⁵⁵. Apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes avec l'arrêt *Algera* du 12 juillet 1957¹⁵⁶, qui évoque « *la sauvegarde de la confiance légitime dans la stabilité* » des situations juridiques, il a par la suite été formellement consacré dans un arrêt du 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*¹⁵⁷, confirmé par une décision du 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*¹⁵⁸. D'abord qualifié de « *principe faisant partie de l'ordre juridique de la Communauté* » dans l'arrêt *Töpfer* précité, il a été ensuite promu comme « *principe fondamental de la Communauté* » par la décision du 5 mai 1981, *Dürbeck*¹⁵⁹.

Le principe de confiance légitime a notamment trouvé un terrain de prédilection en matière de réglementation agricole, avec l'une de ses formulations les plus significatives à propos des montants compensatoires agricoles. La Cour a ainsi estimé qu'un opérateur peut avoir eu « *légitimement confiance que, pour des opérations irrévocablement engagées par lui parce qu'il a obtenu, sous caution, des certificats d'exportation comportant préfixation du montant de la restitution, aucune modification imprévisible n'interviendra qui aurait pour effet [...] de lui causer des pertes inévitables* »¹⁶⁰. Ce principe de confiance légitime s'applique également dans le contentieux de la fonction publique communautaire¹⁶¹, ou encore pour protéger les droits

152. CJCE, affaire 43/75, 8 avril 1976, *Mademoiselle Defrenne c/ Sabena*.

153. CJCE, affaire 4/79, affaire 109/79, affaire 145/79, trois arrêts du 15 octobre 1980, *Providence agricole de Champagne, Mâiseries de Beauce, Roquettes frères*.

154. CJCE, affaire 15/85, 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*.

155. Jean-Pierre Puissochet, *Mélanges Guy Braibant, op. cit.*

156. CJCE, affaire 7/56, 12 juillet 1957, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*.

157. CJCE, affaire 81/72, 5 juin 1973, *Commission contre Conseil*.

158. CJCE, affaire 112/77, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*.

159. CJCE, affaire 112/80, 5 mai 1981, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*.

160. CJCE, affaire 74/74, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*.

161. CJCE, affaire 289/81, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*. La Cour limite les effets de l'annulation de l'une des opérations d'un concours afin de préserver les intérêts des candidats reçus au concours. En droit français, ce raisonnement n'est pas nécessaire puisque lorsque l'annulation d'un concours intervient, les nominations prononcées à l'issue du concours annulé sont devenues définitives.

acquis par les particuliers et ainsi encadrer les possibilités de retrait des décisions administratives individuelles ¹⁶².

2.1.2. *Devant la Cour européenne des droits de l'homme*

La Cour européenne des droits de l'homme a également consacré le principe de sécurité juridique comme « *inhérent au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » depuis un arrêt du 13 juillet 1979 *Marckx* ¹⁶³. Il est également appliqué comme principe fondateur.

La Cour de Strasbourg insiste, en premier lieu, sur *l'accessibilité du droit*. Les normes doivent obéir à des règles de publicité strictement définies que la Cour a eu l'occasion de préciser dans une décision du 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, relative aux règles françaises alors applicables aux décisions de publication de classement des sites ¹⁶⁴.

Ainsi que l'a expressément rappelé la Cour par une décision du 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, les exigences de clarté et de précision des normes sont inséparables de l'impératif de sécurité juridique ¹⁶⁵. La jurisprudence a notamment été définie dans le cadre de la qualité de la loi susceptible de fonder des limites reconnues nécessaires dans les sociétés démocratiques et des interrogations suscitées à cet égard par la « *Common Law* », dans une décision du 26 avril 1979, *Sunday Times* ¹⁶⁶.

Pour les règles relatives à la stabilité et la prévisibilité du droit, la Cour fait fréquemment le lien entre l'exigence de sécurité juridique et l'existence de délais de recours ¹⁶⁷. Elle limite la possibilité de rétroactivité des lois civiles aux hypothèses où celle-ci est justifiée par un intérêt public. Ainsi les lois de validation doivent-elles répondre à « *d'impérieux motifs d'intérêt général* », comme affirmé dans la décision *Zielinski* du 28 octobre 1999 ¹⁶⁸. Elle utilise enfin ce principe pour estimer que la limitation dans le temps des effets

162. CJCE, affaire 90/95, 17 avril 1997, *De Compte c/ Parlement*, pour le retrait, quelques semaines après son édicition, d'une décision individuelle favorable illégale mais présentant aux yeux de son destinataire toutes les apparences de la légalité.

163. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*.

164. CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France* : la Cour de Strasbourg considère que les règles françaises organisant la publication des décisions de classement des sites créent « *un état d'insécurité juridique quant à la nature exacte du décret de classement et au mode de calcul du délai de recours* », que « *le système ne présentait pas une cohérence et une clarté suffisantes* » ce qui a empêché le requérant d'avoir un accès effectif au juge.

165. CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*.

166. Par exemple CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*. Cet arrêt, comme beaucoup d'autres, montre que la Cour de Strasbourg retient de fait une conception relative des exigences de clarté et de précision : « *On ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé : la clarté de la loi ne se mesure ici qu'à la condition que l'intéressé se soit entouré "de conseils éclairés".* »

167. Par exemple CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark* : les autorités danoises étaient en droit de penser que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant.

168. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. a c/ France*.

rétroactifs d'une annulation contentieuse n'est pas contraire aux principes et règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment à son article 6-1.

2.2. En droit constitutionnel

2.2.1. Vers un principe constitutionnel de sécurité juridique

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée, depuis plusieurs années, par une prise en compte croissante de l'exigence de sécurité juridique, sans que le principe soit pour autant, à ce stade, expressément consacré, si ce n'est sous la forme de la « *garantie des droits* ».

Le principe de sécurité juridique inspire des préoccupations essentielles relatives à la qualité de la loi et à la prévisibilité du droit, et comporte donc à la fois des dimensions statique et dynamique. Une partie de la doctrine qualifie le principe de « *clandestin* »¹⁶⁹, tout en souhaitant sa consécration explicite¹⁷⁰.

2.2.2. De nouvelles exigences relatives à la qualité de la loi

Le Conseil constitutionnel retient de nouvelles exigences sur la clarté de la loi, son intelligibilité, son accessibilité et sa portée normative.

Il considère depuis longtemps qu'une disposition claire et précise répond aux exigences de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, comme rappelé dans la décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations¹⁷¹, et qu'une disposition législative incompréhensible et inexplicable est entachée **d'incompétence négative**, ainsi qu'il l'a expressément affirmé dans une décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985¹⁷² à propos d'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations différentes. Le législateur n'ayant pas pleinement exercé sa compétence, la disposition est alors censurée. Au regard de cet objectif, le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, censuré l'article 7 de la loi portant réforme de l'élection des sénateurs¹⁷³.

L'article 34 de la Constitution impose donc une exigence de clarté de la loi, soulignée par la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail¹⁷⁴, confirmée

169. Bertrand Mathieu, *op. cit.*

170. Anne-Laure Valembos, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *op. cit.*

171. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, relative à la loi de nationalisation.

172. Ainsi, dans la décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985 relative à la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, le Conseil a jugé qu'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et était donc entachée d'incompétence négative.

173. Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, loi portant réforme de l'élection des sénateurs.

174. Par exemple la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Ce principe a été défini dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale.

dans une décision n° 99-707 DC du 14 janvier 1999 relative à la loi sur le mode d'élection des conseillers régionaux ¹⁷⁵.

Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de distinguer cette approche de l'incompétence négative : une disposition imprécise ou peu claire peut être sanctionnée en vertu de l'une comme de l'autre ¹⁷⁶.

Plus récemment, par une décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ¹⁷⁷ relative à la codification par ordonnance, le Conseil constitutionnel a fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 un **objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**. Il a estimé que l'achèvement de la codification des textes répondait à cet objectif. Il a appliqué le même raisonnement, par une décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ¹⁷⁸, à propos de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnance.

Bien que la méconnaissance de cet objectif d'intelligibilité soit fréquemment invoquée, le Conseil constitutionnel admet cependant qu'une procédure puisse être complexe si les nouvelles règles sont énoncées de façon cohérente et précise, ainsi qu'il l'a précisé dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 relative à la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés, devenue la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ¹⁷⁹. De même, il n'a pas censuré, dans sa décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, la loi n° 2005-32 du 18 juillet 2005 de programmation pour la cohésion sociale, loi pourtant éminemment complexe et pointilliste dans sa conception ¹⁸⁰.

En revanche, il vient de déclarer contraire à la Constitution, dans une décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, l'article 78 de la loi de finances pour 2006 relatif au plafonnement des « niches fiscales » en raison de son excessive complexité qu'aucun motif d'intérêt général suffisant ne justifiait en l'espèce.

175. Décision n° 99-407 DC du 14 janvier 1999, loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux ou encore n° 99-423 DC, du 13 janvier 2000, loi relative à la réduction négociée du temps de travail. 176. Même si, comme le fait remarquer Anne-Laure Valembos (*op. cit.*, § 445) « *d'un point de vue logique, la règle de l'incompétence négative et le principe de clarté se recoupent certainement, mais pas parfaitement. Il est ainsi possible au législateur d'être clair, tout en restant en deçà de sa compétence ; inversement, lorsqu'il empiète sur le domaine réglementaire, le législateur peut rester parfaitement équivoque* ».

177. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

178. Cf. la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, par laquelle le Conseil conforte une initiative législative destinée à favoriser la simplification du droit en la rattachant à l'objectif de clarté et d'intelligibilité du droit.

179. Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques, des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-77 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

180. Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale.

Une complexité excessive ne permet pas la nécessaire « garantie des droits » résultant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789¹⁸¹, concept qui n'est guère éloigné de celui de sécurité juridique. Si cette complexité intervient en matière fiscale, elle méconnaît l'article 14 de la même Déclaration¹⁸².

Seuls des motifs d'intérêt général suffisants, qui n'étaient pas réunis dans le cas d'espèce, pourraient éventuellement justifier la complexité de la loi.

Le Conseil constitutionnel a, enfin, durci ses exigences relatives à *la normativité de la loi*. Alors que sa jurisprudence ne censurait pas une disposition législative sans portée normative au motif qu'elle était inopérante, elle les a ensuite expressément relevées, notamment dans deux décisions du 22 août 2002¹⁸³.

Le Conseil a enfin, par sa décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 sur la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales¹⁸⁴, annoncé son intention de censurer les « neutrons législatifs », c'est-à-dire les dispositions sans portée normative, au nom de l'exigence de sécurité juridique, ce qu'il a effectivement mis à exécution dans sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

Dans cette dernière décision, le Conseil a considéré « *qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale", et qu'il résulte de cette norme, comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi, que sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ». Les dispositions dépourvues de portée normative sont désormais contraires à la Constitution.

2.2.3. *L'impératif de prévisibilité du droit*

L'impératif de prévisibilité du droit découle de l'article 2 du Code civil, dont la rédaction remonte à la loi du 5 mars 1803 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.* » La non-rétroactivité de la loi constitue par conséquent un élément fondamental de la sécurité juridique.

181. Décision n° 2005-530 du 29 décembre 2005 relative à la loi de finances pour 2006.

182. Article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* »

183. La décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 sur les rapports annexés à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, ou la décision n° 2002-461 DC du 22 août 2002 sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice.

184. Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

En droit français, *ce principe n'a cependant de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive* : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose en effet que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* ». Le Conseil constitutionnel s'est toutefois attaché à développer la portée de ce principe de non-rétroactivité de la loi.

S'agissant des dispositions fiscales, il a jugé, dans sa décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». En se référant à la notion d'intérêt général suffisant, il exerce, *de facto*, un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée aux droits individuels par la rétroactivité et l'intérêt général invoqué.

La protection des contrats légalement conclus et la stabilité des situations contractuelles se rattachent à la prévisibilité du droit. Le Conseil constitutionnel énonce ainsi, dans sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, que « *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 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ¹⁸⁵ ». Il franchit une nouvelle étape dans sa décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi en considérant que « *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 des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». Selon certains commentaires autorisés, « *la référence, non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement de l'exigence de sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique* ¹⁸⁶ ».

En ce qui concerne les lois de validation, le Conseil constitutionnel a estimé à l'occasion de l'examen de la loi n° 80-573 du 25 juillet 1980 portant validation d'actes administratifs, qu'en cherchant à « *préserver le fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières du personnel* », le législateur était bien guidé par un motif d'intérêt général ¹⁸⁷. Par une décision

185. Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

186. Olivier Dutheillet de Lamothe, allocution prononcée à l'occasion du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, Cour de cassation, 19 septembre 2005.

187. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.

n° 99-422 DC du 22 décembre 1999, le Conseil exige un « *but d'intérêt général suffisant* » pour qu'une validation soit constitutionnelle¹⁸⁸, rapprochant ainsi sa position de celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁹.

Là encore, il exerce *de facto* un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué et l'atteinte portée au droit au recours du justiciable. Depuis cette même décision, il fait en outre du caractère circonscrit de la validation une condition de sa constitutionnalité¹⁹⁰. Il a depuis lors eu l'occasion d'exercer ce contrôle de proportionnalité, notamment dans sa décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 relative à deux dispositions de validation en matière fiscale¹⁹¹.

Par sa dernière décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005 relative à la loi de finances rectificative pour 2005, il censure une validation législative figurant à l'article 111 au motif que cet article a pour principal objet, par la condition qu'il pose, de priver d'effet, pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2001, un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que la décision du Conseil d'État en tirant les conséquences. Il a dès lors considéré qu'il y avait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et a censuré pour ce motif sans examiner les motifs d'intérêt général inspirant cette disposition.

2.3. La position du Conseil d'État

2.3.1. Malgré l'absence de reconnaissance solennelle d'un principe de sécurité juridique, de nombreuses règles en sont issues

La sécurité juridique a inspiré de nombreuses exigences explicites du Conseil d'État, exprimées tant dans le cadre de ses attributions consultatives que juridictionnelles.

Dans le cadre de ses attributions consultatives, lors de l'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret qui lui sont soumis, ou dans les avis émis à la demande du Gouvernement, il applique des règles directement inspirées d'une exigence de sécurité juridique. Il en va ainsi du respect de la hiérarchie des normes, de la clarté des énoncés législatifs et réglementaires, de la simplicité

188. Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, sur deux dispositions de validation en matière fiscale.

189. Décision *Zielinski* précitée du 28 octobre 1999 dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme une disposition de validation législative dont le Conseil avait admis précédemment la constitutionnalité (décision n° 93-322 DC du 13 janvier 1994). Il ne pouvait y avoir selon elle d'« *ingérence du pouvoir législatif dans l'administration sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général* ». La divergence entre la CEDH et le Conseil constitutionnel était patente.

190. Le principe en avait déjà été énoncé dans la décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995, loi relative au financement de la vie politique : « *Le législateur [...] ne pouvait prendre de telles mesures qu'à condition de définir strictement leur portée qui détermine l'exercice du contrôle de la juridiction administrative.* »

191. Décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 relative à la loi de finances rectificative pour 1999.

des dispositifs et des procédures, de la cohérence du corpus normatif, de l'aménagement des régimes transitoires, de la prohibition, sauf cas particulier et justification tirée de motifs impérieux d'intérêt général, des validations législatives.

Il a de plus largement participé à l'effort de codification entrepris notamment depuis 1989 afin de rendre le droit plus accessible et « *contribué à faire triompher l'idée, qu'on peut à certains égards considérer comme dépassée, mais qu'il ne faudra pas rejeter sans mettre en place toutes les garanties nécessaires en vue de préserver les prérogatives du Parlement et les intérêts du citoyen, de codification à droit constant* ¹⁹² ».

En ce qui concerne ses attributions juridictionnelles, de nombreuses règles de la jurisprudence s'inspirent de la sécurité juridique. Ainsi en est-il de l'interdiction pour une autorité administrative de retirer, au-delà d'un certain délai, les actes créateurs de droit, même lorsqu'ils sont illégaux, posée par la décision *Dame Cachet* du 3 novembre 1922 ¹⁹³, et du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs rappelé par l'arrêt d'Assemblée du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore* ¹⁹⁴.

La théorie des fonctionnaires de fait, dont les actes sont validés si leur nomination est annulée ¹⁹⁵, se rattache également à des considérations relatives à la sécurité juridique, et vise à tenir compte des situations dans lesquelles l'administré pouvait légitimement croire en un comportement déterminé de l'administration.

Il en va de même de la règle selon laquelle l'annulation d'un acte réglementaire reste sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit prises sur le fondement de cet acte et devenues définitives, faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux ¹⁹⁶.

C'est également une exigence de sécurité juridique qui inspire la possibilité que se réserve le juge de l'excès de pouvoir de ne pas prononcer une annulation, dans le cas où l'administration aurait pu prendre la même décision en se fondant sur les motifs non censurés ¹⁹⁷.

192. Jean-Michel Belorgey : « Sécurité juridique : le point de vue du juge administratif français », conférence prononcée à la Cour de cassation lors du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, 19-21 septembre 2005.

193. CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, rec. p. 790.

194. CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, rec. p. 289, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition 2005, n° 682, p. 392.

195. CE, Ass., 2 novembre 1923, *Association de l'administration centrale des postes et télégraphes*, rec. p. 699.

196. CE, 3 décembre 1954, *Caussidery*, rec. p. 60 ; CE, Sect., 1^{er} avril 1960, *Sieur Quériauud*, rec. p. 245, conclusions de Jean-François Henry ; Guy Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations de pouvoir*, Études et documents du Conseil d'État 1961, p. 53.

197. CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/Dame Perrot*, aux conclusions du Président Kahn, rec. p. 39 ; *Actualité juridique droit administratif*, 1968, p. 179.

De nombreuses applications en plein contentieux attestent aussi de la volonté d'indemniser les atteintes portées aux situations individuelles par les comportements fautifs de l'administration, les renseignements inexacts fournis ou les promesses non tenues, lesquels peuvent engager la responsabilité de leur auteur.

Mais la jurisprudence n'admet qu'exceptionnellement le préjudice subi par un particulier du fait de la modification de la législation ou de la réglementation applicable. *En effet, nul n'a droit au maintien de la réglementation qui lui est appliquée.* Il en résulte que le préjudice doit être grave et spécial, et l'indemnisation ne doit pas avoir été exclue par le texte, ainsi que le rappelle la jurisprudence depuis la décision d'Assemblée du 14 janvier 1938, *SA La Fleurette*¹⁹⁸.

Cette prise en compte de la sécurité juridique par la jurisprudence du Conseil d'État ne va cependant pas jusqu'à sa consécration explicite. Le juge administratif ne place pas l'exigence de sécurité juridique, et encore moins le principe de confiance légitime, au rang des principes généraux du droit. Il ne les a pas solennellement reconnus, à la différence de la Cour constitutionnelle allemande. Il ne les évoque jamais expressément, sauf pour les litiges relatifs à l'application de dispositions du droit communautaire, depuis une décision d'Assemblée du contentieux, en date du 25 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*¹⁹⁹.

À plusieurs reprises, cette approche a été confirmée, l'invocation du principe de sécurité juridique étant jugée « inopérante²⁰⁰ ». Il a prononcé la cassation d'un jugement de tribunal administratif ayant statué au fond sur un moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime, dans une décision du 9 mai 2001 *Entreprise personnelle Transports Freymuth*²⁰¹.

Cette jurisprudence sera peut-être infléchie au regard de la consécration récente par le Conseil constitutionnel d'un principe de « garanties des droits », issu des dispositions de la Déclaration de 1789, finalement proche de la sécurité juridique. D'ores et déjà la complexité excessive conduit à l'annulation dans certaines hypothèses.

198. CE, Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, rec. p. 25, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15^e édition, 2005, n° 52, p. 319.

199. CE, Ass., 5 juillet 2001, *FNSEA*, rec. p. 340 : le Conseil d'État a alors jugé qu'est opérant le moyen tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime lorsqu'il est invoqué au soutien d'un recours dirigé contre un décret modifiant le régime de soutien direct aux agriculteurs français dans le cadre tracé par les règlements régissant la PAC. Dans cette espèce, le Conseil a finalement écarté le moyen, en relevant que le Gouvernement avait publiquement fait part de son intention de modifier le régime de soutien aux agriculteurs et qu'il avait, en outre, consulté un organe consultatif au sein duquel siégeaient des représentants des organisations syndicales d'agriculteurs, rec. p. 340.

200. Par exemple CE, 30 décembre 1996, *M^{me} Brockly*, rec. p. 526, ou encore CE, 9 juillet 1997, *Office public communautaire d'habitations à loyer modéré de Saint-Priest, Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*, rec. p. 292, pour un moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique qualifié d'inopérant.

201. CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle Transports Freymuth*, rec. p. 865.

En effet, si le juge administratif ne peut annuler un acte au motif qu'il est peu précis dès lors qu'il peut en préciser la portée, ainsi qu'il l'a confirmé dans une décision d'Assemblée du 5 mars 1999, *Rouquette et autres*²⁰², cette règle trouve exception lorsqu'il est entaché de contradictions internes le rendant inapplicable²⁰³, ou s'il est tellement imprécis qu'il ne permet pas de mettre en œuvre les dispositions législatives qu'il est censé appliquer²⁰⁴.

Enfin, l'intervention du juge administratif ne conforte pas toujours par ses effets la sécurité juridique et la stabilité des situations, en raison de la primauté du principe de légalité. Il en résulte que les annulations contentieuses ont par principe un effet « *ab initio* ».

De plus, les récentes évolutions de la jurisprudence administrative se caractérisent par une prise en compte grandissante des exigences découlant de la sécurité juridique.

2.3.2. *Des évolutions jurisprudentielles marquées par l'exigence de sécurité juridique*

Plusieurs décisions témoignent d'une prise en compte plus marquée encore de l'exigence de sécurité juridique.

Sur l'accessibilité, le Conseil d'État a, dès une décision du 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, jugé que « *la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques dans des conditions adaptées à l'état des techniques, s'appliquant sans exclusive ni distinction, à l'ensemble de ces textes, décisions et documents et répondant aux exigences d'égalité d'accès, de neutralité et d'objectivité constitue par nature une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller*²⁰⁵ ».

Les règles de retrait des actes administratifs illégaux sont maintenant clairement définies par l'arrêt d'Assemblée *Ternon* du 26 octobre 2001²⁰⁶. Sont ainsi indépendants les uns des autres les délais de retrait des décisions administratives et les délais de recours des tiers. « *L'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision* », que l'acte ait ou non fait l'objet

202. CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, rec. p. 37.

203. CE, Sect., 7 mai 1965, *Blanc et Truchet*, conclusions de Jacques Rigaud, *Actualité juridique droit administratif*, 1965, p. 529.

204. CE, 12 juin 1998, *Fédération des aveugles et handicapés visuels de France*, *Revue française de droit administratif*, 1998, p. 901-903.

205. CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, rec. p. 491, *Actualité juridique droit administratif*, 1998, p. 363, conclusions de Jean-Denis Combrexelle.

206. CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497, aux conclusions de François Seners, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz 2005, n° 113, p. 860.

d'un recours. De plus, le Conseil d'État a élargi la catégorie des actes créateurs de droit aux décisions de caractère pécuniaire par une décision de Section du 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier*²⁰⁷.

La substitution de base légale ou de motif en cas de compétence liée permet d'éviter l'annulation. Le Conseil d'État en a récemment ouvert les possibilités, qu'il s'agisse de la substitution de base légale admise dans sa décision de Section du 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahri*²⁰⁸, de la substitution de motifs en plein contentieux, par la décision de Section du 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*²⁰⁹, ou encore en excès de pouvoir, par une décision de Section du 6 février 2004, *M^{me} Hallal*²¹⁰.

Les effets dans le temps d'une annulation contentieuse peuvent, dans certaines hypothèses, être aménagés depuis l'arrêt d'Assemblée *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004²¹¹. Il vient pour la première fois moduler ceux-ci, et déroger ainsi au principe de l'effet *ab initio* d'une annulation contentieuse.

Cette inflexion jurisprudentielle vise à mieux concilier le principe de légalité et l'exigence de sécurité juridique²¹².

Saisi d'une demande d'annulation pour illégalité des arrêtés portant agrément, d'une part, d'avenants à la convention d'assurance-chômage du 1^{er} janvier 2001 et de ses actes annexés et, d'autre part, de la convention du 1^{er} janvier 2004 et de ses actes annexés, présentée par la Confédération générale du travail, le Conseil d'État a prononcé l'annulation de ces arrêtés, **avec une modulation dans le temps des effets de cette annulation**.

Les incertitudes quant aux droits des allocataires et des cotisants, ainsi que le danger de désorganisation du régime d'assurance-chômage qu'aurait entraîné la disparition rétroactive des actes agréés, ont conduit le juge à agir dans ce sens.

207. Le revirement de jurisprudence introduit par l'arrêt CE, Sect., 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier*, rec. p. 369 : contrairement à la jurisprudence classique (cf. CE, Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, rec. p. 419) selon laquelle les décisions pécuniaires ne créaient aucun droit au profit des administrés en bénéficiant, le Conseil énonce qu'« une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage ». La doctrine a pu relever que parmi les considérations qui ont conduit au revirement il y a « la confiance légitime, ou, en tout cas, la sécurité juridique. Ni l'une ni l'autre ne sont formulées comme principes de droit interne. Mais il faut bien reconnaître que, de manière générale, elles sous-tendent beaucoup de solutions » (*Revue française de droit administratif*, Pierre Delvolvé, août 2005).

208. CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi*, aux conclusions de Jacques-Henri Stahl.

209. CE, Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, aux conclusions d'Isabelle de Silva.

210. CE, Sect., 6 février 2004, *M^{me} Hallal*, aux conclusions d'Isabelle de Silva, *Actualité juridique droit administratif*, 2004, p. 436.

211. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* aux conclusions de Christophe Devys, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz 2005, n° 118, p. 912 ; Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges, *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2004, p. 437-453 ; Jean-Claude Bonichot, « L'arrêt AC ! évolution ou révolution ? », *Actualité juridique droit administratif*, 24 mai 2004, p. 1049 ; Chronique de Claire Landais et Frédéric Lénica, *Actualité juridique droit administratif*, 14 juin 2004, p. 1183-1190 ; Nicolas Boulouis et Anne Courrèges, « Passé et avenir des annulations contentieuses », *La lettre de la justice administrative*, n° 4, juillet 2004.

212. Bertrand Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'horloge », D. 2004, n° 23, p. 1604.

Il est notamment énoncé que s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives, en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets [...] », le juge administratif peut limiter les effets de l'annulation.

Ainsi qu'il a été rappelé lors du colloque du 12 janvier 2005 organisé par la Cour de cassation sur les revirements de jurisprudence²¹³, cet arrêt ne concerne que les effets de l'annulation contentieuse d'un acte déterminé. Il ne fournit en revanche aucun élément d'appréciation pour définir le régime futur de l'application d'un revirement de jurisprudence.

Cette décision constitue la première exception au caractère rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir et permet de moduler dans le temps des effets d'une annulation contentieuse dans le sens de la stabilité de l'environnement juridique. Une seconde décision d'application de ce principe a d'ailleurs été prise par la Section du contentieux le 25 février 2005 à propos de *France Télécom*²¹⁴.

Sur les effets des revirements, le Conseil d'État est resté, pour l'instant, fidèle à l'approche traditionnelle, ainsi qu'en atteste la décision du 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*²¹⁵.

Enfin, l'arrêt d'Assemblée du 8 juillet 2005, *Société Alusuisse Lonza France*²¹⁶ fait prévaloir les effets de la prescription trentenaire prévue par le Code civil sur la législation des installations classées, non soumise à une règle de prescription, concernant les obligations de l'exploitant relatives à la remise en état d'un site. Il a par conséquent été jugé que lorsque plus de trente ans s'étaient écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité avait été portée à la connaissance de l'administration, il ne pouvait incomber à l'entreprise la charge financière de la remise en état.

2.4. Les interrogations de la Cour de cassation

2.4.1. La prise en compte d'un principe de sécurité juridique

Qu'il s'agisse de la stabilité de la norme ou de l'accessibilité de la loi, les exigences du juge judiciaire sont proches de celles de la juridiction administrative.

S'agissant de la sécurité du procès, plusieurs règles se rattachent à la sécurité juridique : la nécessité pour le juge d'apprécier la demande en fonction du droit applicable au jour de cette demande ou au jour des faits qui la fon-

213. Intervention du Président Labetoulle, Compte rendu de ce colloque au JCP – Semaine juridique des administrations et collectivités territoriales, 7-14 février 2005, p. 355.

214. CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, rec. p. 86, *Actualité juridique droit administratif*, 16 mai 2005, p. 997-1002.

215. *Bulletin de Jurisprudence du Droit de l'Urbanisme*, 2004, 294, conclusions de François Seners, *Revue trimestrielle de droit immobilier* 2004, 462, note Soler Couteaux.

216. Conclusions de Mattias Guyomar, à paraître au recueil Lebon.

dent ²¹⁷, ou encore le principe de non-rétroactivité des actes normatifs dont il fait un usage étendu.

Se rattache également à l'exigence de sécurité juridique la règle de la jurisprudence civile prévoyant que lorsque la loi réduit la durée d'une prescription, la nouvelle prescription ne commence à courir qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure ²¹⁸.

De même, depuis l'arrêt *Zielinski* précité de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour de cassation est-elle plus exigeante à l'égard des validations législatives ²¹⁹.

La portée rétroactive de la loi s'est vue limitée et encadrée au regard notamment de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Enfin, l'impossibilité de remettre en cause les décisions de justice passées en force de chose jugée et devenues irrévocables du fait de l'expiration des voies de recours constitue l'une des manifestations de l'exigence de sécurité juridique ²²⁰.

2.4.2. *Les interrogations sur les effets des revirements de jurisprudence au regard de la sécurité juridique*

Le débat sur les revirements de jurisprudence est ancien : comment en effet concilier l'exigence de sécurité juridique et le fait d'être condamné pour avoir ignoré une obligation qui n'existait pas encore. Un article mémorable de Jean Rivero, paru à l'*Actualité juridique droit administratif* en 1968, avait mis en exergue, s'agissant du droit public, les difficultés de l'exercice ²²¹.

M. Christian Mouly, dans un rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation ²²², proposait en 1994 de s'inspirer de la pratique anglo-saxonne du « *prospective overruling* » permettant dans certains cas, mais sans que cela revête un caractère systématique, d'étaler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence, notamment lors de la suppression d'un avantage.

217. Cass., civ. 1^{re}, 25 novembre 1997 : « *Les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit.* »

218. Cass., civ. 1^{re}, 28 novembre 1973.

219. Cf. pour un arrêt récent Cass., Ass. plén., 23 janvier 2004.

220. Cass., Ass. plén., 21 décembre 1990 pour l'effet rétroactif des lois interprétatives ; Cass., Ass. plén., 2 février 1990 pour les dispositions transitoires déclarant la loi nouvelle applicable aux procédures en cours.

221. Jean Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *Actualité juridique droit administratif*, 1968, Doctrine, p. 15 ; Pierre Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », JCP. 1959. I. 1467, n° 3 et s.

222. Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, p. 123 ; « Le revirement pour l'avenir », JCP 1994. I. 3776 ; comp. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e édition, p. 26-29.

La « *Common Law* », le droit allemand et la Cour de justice des Communautés européennes, à titre exceptionnel, peuvent moduler dans le temps les effets d'une règle jurisprudentielle nouvelle. En même temps, l'idée prévaut que « *nul n'a droit acquis à une jurisprudence figée* ²²³ ».

En avril 2004, le Mouvement des entreprises françaises (MEDEF) est intervenu dans le débat en proposant de réformer les articles L. 131-3, R. 131-3 et R. 131-7 du Code de l'organisation judiciaire afin d'autoriser la chambre à laquelle est soumise une affaire à préciser l'application dans le temps de la décision rendue « *en tenant compte notamment des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, de la prévisibilité d'une règle pour les parties, des conséquences économiques de la décision ou encore du nombre de personnes potentiellement concernées* ».

M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, a alors confié une réflexion sur ce sujet à un groupe de travail, composé de praticiens et d'universitaires, et présidé par M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Déposées en novembre 2004, les conclusions de ce groupe font apparaître que les revirements de jurisprudence, rendus inévitables face aux changements de la société et de l'économie contemporaines, peuvent parfois s'avérer néfastes pour la sécurité juridique ²²⁴, ainsi qu'en atteste par exemple le revirement de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'impossibilité de prévoir des clauses de non-concurrence sans compensations financières, qui pose la question de la validité des contrats de travail antérieurement conclus.

« *Le revirement de jurisprudence a pour effet positif de donner une interprétation de la loi mieux adaptée au contexte économique et social, mais dans quelques rares situations, il peut aussi être facteur de désorganisation et de coûts* ²²⁵ ».

Le rapport évoque notamment les différentes techniques mises en œuvre au Royaume-Uni, aux États-Unis ou en Allemagne pour atténuer l'effet de surprise qui accompagne le revirement de jurisprudence ou pour limiter son effet rétroactif.

Il propose de permettre au juge, dans des hypothèses limitées et exceptionnelles, de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence qu'il opère, afin de prémunir les justiciables contre les conséquences de la rétroactivité du revirement.

223. *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000 592 et 666, 2002 176, les chroniques de Pierre-Yves Gautier, Nicolas Molfessis, Rémy Libchaber.

224. Par exemple, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 7 octobre 1998, que le médecin, qui n'était tenu que d'une obligation de soins à l'égard de son patient, avait aussi le devoir de l'informer des risques, même exceptionnels, qu'il encourait, et a, par un arrêt du 9 octobre, appliqué cette règle nouvelle à des faits remontant à 1974.

225. MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *La semaine juridique Édition générale*, 15 décembre 2004, p. 2296.

Quant aux critères justifiant la modulation, « *il convient que la Cour de cassation elle-même mesure les conséquences de son éventuel revirement sur les anticipations légitimes des justiciables [...]. La Cour de cassation doit mettre en place une déontologie du revirement pour que son pouvoir ne s'exerce pas sans bornes et sans règles et pour que les intéressés à l'exercice de ce pouvoir puissent se faire entendre* ²²⁶ ».

Il s'agit donc de distinguer la grande majorité des arrêts de revirement dont la rétroactivité peut être maintenue des quelques-uns pour lesquels il serait prévu qu'ils ne valent que pour l'avenir. Ce dernier cas vise uniquement les arrêts qui emportent des conséquences négatives sur la sécurité juridique, ou ceux dont l'impact économique et social est trop important. Cette faculté de modulation devrait alors être réservée aux formations plénières de chambres, aux chambres mixtes et à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Dès le 8 juillet 2004 ²²⁷, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait tempéré les effets d'un revirement de jurisprudence en s'appuyant sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette technique de la modulation a ensuite été utilisée par la chambre mixte de la Cour de cassation, après que l'ensemble des tiers intéressés (notaires, assureurs, ministères) ont pu faire connaître leur avis, dans plusieurs arrêts rendus le 23 novembre 2004 en matière d'assurance-vie ²²⁸.

La Cour de cassation reste cependant divisée sur le sujet : un arrêt de la chambre sociale du 17 décembre 2004 ²²⁹ rejette le moyen d'un pourvoi reprochant à un arrêt d'avoir annulé en raison de l'absence de contrepartie financière une clause de non-concurrence convenue en 1996 entre un salarié et un employeur, peu important qu'à cette époque la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ne retint pas la nullité d'une telle clause en raison de l'absence de contrepartie. Cet arrêt considère que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle* ».

Il reste dans la lignée de l'approche traditionnelle bien résumée dans un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 9 octobre 2001 ²³⁰, à propos de l'obligation médicale d'information.

Cette notion « d'impérieuse nécessité » retenue par la chambre sociale n'est pas sans rappeler les « *impérieux motifs d'intérêt général* » retenus par la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier la rétroactivité de la loi.

226. MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *op. cit.*

227. Cass., civ. 2^e, 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 387.

228. Cass., ch. mixte, 23 novembre 2004, D. 2004. IR. 3191-3192 ; JCP 2004. act. 624.

229. Cass., soc., 17 décembre 2004, D. 2005. IR. 110.

230. Cass., civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001. 3470 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002.176.

Cette proposition suscite donc des controverses²³¹, certains l'estimant contraire à la prohibition des arrêts de règlement énoncée par l'article 5 du Code civil²³², et interdisant à l'autorité judiciaire, qui règle le passé, de disposer pour l'avenir, à l'inverse du législateur.

Ce débat est, en tout état de cause, révélateur d'une exigence croissante des juges à l'égard de la sécurité juridique.

Mais s'il peut fortement contribuer au respect de l'exigence de sécurité juridique, le juge ne peut y parvenir seul.

B. Quelles solutions ?

Le rythme de certaines réformes ne facilite guère le respect des dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 relatives au champ de compétence et aux modalités d'adoption de la loi.

Il n'encourage pas non plus le suivi des méthodes d'élaboration des textes pourtant prônées par les Premiers ministres successifs, à chaque alternance, si ce n'est à chaque changement de gouvernement.

Les exemples étrangers les plus pertinents tendent cependant à démontrer que des procédures rigoureuses figurent au nombre des conditions nécessaires à une amélioration effective de la qualité de la réglementation.

Restaurer la confiance du citoyen dans la loi appelle une stratégie déterminée des pouvoirs exécutif et législatif afin de revenir à la discipline de la Constitution et aux méthodes constamment prescrites, trop souvent méconnues, énoncées par les circulaires successives des Premiers ministres.

1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur

1.1. La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale

La pertinence d'une réforme implique qu'une réflexion soit menée :
– d'abord **sur la nécessité** d'une nouvelle législation ou réglementation, au regard de l'objectif recherché et des autres actions publiques, normatives ou non, envisageables :

- . libre jeu des acteurs assorti de simples recommandations,
- . certifications privées par des entreprises ou des organismes professionnels,

231. Par exemple Vincent Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence – une réaction entre indignation et incrédulité », *La semaine juridique Édition générale*, n° 14, 6 avril 2005.

232. Article 5 du Code civil : « *Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* »

- . code de bonne conduite négocié avec un secteur professionnel,
- . incitations financières et négociation de conventions entre les partenaires,
- . régulation par une autorité administrative indépendante ou autorégulation,
- . information ou communication ;
- ensuite sur *l'impact potentiel* de la législation ou de la réglementation envisagée apprécié au moyen :
 - . d'une analyse interministérielle et, pour les réformes les plus importantes, d'une contre-expertise,
 - . d'une écoute des milieux directement destinataires, restituée sous la forme d'une étude ou d'une synthèse publique.

L'insuffisance de cette réflexion, *politique par essence*, même si elle est préparée par les administrations, « *figure parmi les causes de l'excès, ou ce qui revient au même, de la modification incessante des normes* ²³³ ». **La décision politique, qui reste avant tout une décision d'opportunité**, ne peut être prise qu'au vu d'une évaluation précise de la situation actuelle et du bilan coûts-avantages, même sommaire, de chacune des options possibles.

À ne pas s'en aviser, ou à n'en tirer aucune conséquence, on risque de méconnaître la Constitution du 4 octobre 1958.

1.1.1. La Constitution méconnue

La Constitution du 4 octobre 1958 consacre son titre III au Gouvernement, juste après les deux premiers titres respectivement consacrés à la souveraineté et au Président de la République, et avant les dispositions relatives au Parlement.

Aux termes de l'article 20, « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* [...] ²³⁴ ».

L'article 21 dispose que « *le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires* ²³⁵ ».

233. « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », La Documentation française, élaboré par le Premier ministre (Secrétariat général du Gouvernement) et le Conseil d'État, juin 2005.

234. Article 20 de la Constitution : « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée. Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.* »

235. Article 21 de la Constitution : « *Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15. Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.* »

Par ailleurs, l'article 39 de la Constitution confie *concurrentement au Premier ministre et aux membres du Parlement l'initiative des lois*, et dispose que les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres ²³⁶.

L'esprit comme la lettre de la Constitution du 4 octobre 1958 *veulent donc qu'une réforme soit délibérée par le Gouvernement* au sein du Conseil des ministres, dans des comités interministériels présidés par le Premier ministre, ou par un ou deux ministres auquel le Premier ministre aurait donné délégation, sur le modèle du Vice-Premier ministre en Espagne ou au sein des Conseils de Cabinet.

Le respect de cette méthode retenue au sein de démocraties comparables à la nôtre, constitue, semble-t-il, une condition essentielle de la réussite de la réforme.

Or, à de rares exceptions près, le débat autour d'une réforme s'est, aujourd'hui, déplacé du Conseil des ministres vers des réunions entre des conseillers de cabinets ministériels, s'exprimant au nom du ministre. Il a ainsi *changé de nature* pour se concentrer principalement sur des projets de texte, et non sur les axes essentiels d'une réforme et sur les modalités les plus adéquates de sa mise en œuvre, *parmi lesquelles la législation ou la réglementation ne constitue qu'une des options possibles*.

À titre d'exemple, peu de comités interministériels sur les questions européennes s'étaient réunis au cours des dernières années, alors même que le Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI) était censé en assurer le secrétariat général.

Le Premier ministre vient d'y remédier pour partie en instituant un Comité des ministres pour l'Europe, réuni pour la première fois le 20 juillet 2005, sous sa présidence. Cette première réunion a été consacrée aux deux propositions de directive, relatives respectivement aux « *services* » ²³⁷ et au « *temps de travail* », aux négociations commerciales multilatérales en cours au sein de l'Organisation mondiale du commerce, aux actions européennes relatives à la lutte contre le terrorisme et à la relance économique.

L'organisation même de ces réunions apporte la démonstration qu'un changement des méthodes de travail gouvernementales, salué en des termes

236. Article 39 de la Constitution : « *L'initiative des lois appartient concurrentement au Premier ministre et aux membres du Parlement. Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat.* »

237. Dite directive Bolkestein.

révélateurs par le Président de la délégation pour les Affaires européennes du Sénat ²³⁸, est possible.

Dans cette ligne de conduite, le Gouvernement pourrait davantage se saisir de toute réforme législative ou réglementaire significative, sans que l'urgence des problèmes, les impératifs de la communication, de l'agenda, des mandats locaux ou des deux demi-journées consacrées aux questions du Parlement y fassent obstacle.

C'est à ce prix qu'une réforme peut acquérir la légitimité politique suffisante vis-à-vis du Parlement et des citoyens.

Comme le rappelait le 25 mars 2005 le Président Jean-Louis Debré, lors du colloque organisé à l'Assemblée nationale, et consacré à la réforme du travail législatif : « *Le désordre législatif est la conséquence directe du désordre politique. Il est la traduction concrète et immédiate de l'absence de hiérarchisation des priorités de l'action publique. Le Gouvernement d'abord doit comprendre que la fixation de l'ordre du jour prioritaire a pour but de déterminer les moyens législatifs nécessaires à la mise en œuvre d'objectifs politiques clairs, identifiables et limités [...]* » ²³⁹.

Le principe de l'évaluation ne figure pas dans la Constitution, mais l'utilité des études d'impact est, de longue date, reconnue et consacrée par les circulaires successives du Premier ministre.

Le rapport Picq sur la réforme de l'État ²⁴⁰, rédigé en 1994, est le premier à suggérer la réalisation d'études d'impact préalables à l'élaboration de nouvelles législations ou réglementations. Cette proposition s'est traduite en recommandation explicite dans la circulaire du Premier ministre, en date du 26 juillet 1995, prescrivant, à compter du 1^{er} janvier 1996, la réalisation d'études d'impact pour les projets de loi et les projets de décret les plus importants.

La circulaire du Premier ministre du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et les projets de décret en Conseil d'État prescrit une méthodologie. Il y est notamment expliqué que « *cette étude d'impact doit permettre au Parlement comme au Gouvernement de légiférer et réglementer à bon escient, en les éclairant mieux qu'ils ne le sont actuellement sur la portée et les incidences des projets qui leur sont soumis* ».

Elle est complétée par la circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et projets de décret en Conseil d'État, à la suite du bilan dressé par le Conseil d'État en mars 1997 de l'appli-

238. Le président de la délégation pour les Affaires européennes du Sénat a salué cette initiative : « *Il semble que réunir chaque mois ce comité interministériel est une idée particulièrement intéressante. Il s'agit en fait de remettre de la politique dans les affaires européennes. Il est tout à fait clair que, trop souvent, en France, les questions européennes sont traitées presque exclusivement par les administrations, sans interférence véritable du politique.* » Compte rendu de la Réunion de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat du 5 octobre 2005.

239. Propos tenus au colloque sur la réforme du travail législatif, Assemblée nationale, 25 mars 2005.

240. Rapport Picq, « L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde », mai 1994.

cation de la circulaire du 21 novembre 1995 ²⁴¹, et concluant à une application peu satisfaisante de cette procédure.

Quatre ans après, le groupe de travail sur la qualité de la réglementation présidé par M. Dieudonné Mandelkern ²⁴² note que les études d'impact sont perçues comme une contrainte procédurale supplémentaire par les administrations et voient leur intérêt diminuer au fur et à mesure du décalage de l'étude, *réalisée in fine après l'élaboration des textes*. Elles viennent alors justifier *a posteriori* et de façon sommaire les arbitrages déjà rendus.

Rédigées la plupart du temps sans véritables moyens, en tout cas sans consultation formalisée et « restituée » des milieux intéressés sous forme par exemple de « livres verts » ou de « livres blancs », ne comportant presque jamais d'analyse des conséquences économiques de la nouvelle réglementation envisagée, ces études d'impact n'ont pas eu l'effet espéré de rationalisation des choix publics.

Les dispositions de la circulaire précitée prévoyant que le cabinet du Premier ministre et le Secrétariat général du Gouvernement n'accepteraient pas, « *sauf cas exceptionnel dûment justifié par une extrême urgence* », l'examen interministériel de projets de texte dépourvus de l'étude d'impact conforme aux exigences qu'elle prescrit ne paraissent pas avoir été appliquées.

La faculté ouverte au cabinet du Premier ministre de décider une contre-expertise, ou au Conseil d'État d'ajourner l'examen du texte auquel ne serait pas jointe une étude d'impact conforme, n'a pas davantage été invoquée.

Deux circulaires du Premier ministre, en date du 26 août 2003 et du 30 septembre 2003, relatives à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, introduisent une certaine souplesse dans le dispositif, en prévoyant notamment l'organisation, très en amont, de réunions interministérielles de programmation ayant pour objet de « *vérifier l'opportunité politique et la nécessité juridique* » des projets de loi et des projets de décret dont l'importance le justifie, d'« *étudier les alternatives à la réglementation* », et de « *décider s'il est nécessaire de procéder à une étude d'impact, la forme que celle-ci doit prendre et les conditions dans lesquelles elle doit être réalisée* ».

Elles prescrivent en outre la désignation dans chaque ministère d'un « *haut fonctionnaire en charge de la qualité de la réglementation* », et l'élaboration d'une *Charte de la qualité de la réglementation* détaillant les mesures prises.

Même si ces dernières circulaires se sont traduites par des progrès, notamment dans l'organisation des départements ministériels, elles n'ont, pas davantage que les précédentes, répondu aux espoirs placés en elles, en raison des délais trop courts impartis à la préparation des réformes.

241. Conseil d'État, Étude de la Section du rapport et des études : « Bilan de l'application de la circulaire du 21 novembre 1995 relative aux études d'impact », mars 1997.

242. Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, présidé par Dieudonné Mandelkern, 2002.

Un nouveau rapport au Premier ministre, réalisé sous la direction de M. Bruno Lasserre, conseiller d'État ²⁴³, devait ultérieurement suggérer que toute proposition ministérielle susceptible de déboucher sur un texte normatif soit précédée, à tout le moins d'une étude d'options, le cas échéant suivie d'une étude d'impact.

L'étude d'options de quelques pages, réalisée par le ministère à l'origine du projet, devrait présenter les diverses possibilités d'action, parmi lesquelles **au moins une proposition non réglementaire**. L'exploration des différentes voies susceptibles de s'offrir au décideur, normatives ou non normatives, viendrait alors éclairer le choix de l'autorité politique.

Une telle étude des solutions alternatives appelle au préalable la définition claire et précise des objectifs poursuivis.

L'étude d'impact devrait, selon le rapport, être réservée aux réformes les plus importantes au regard **de la portée du texte, appréciée en termes d'enjeu financier – plus de 50 M€–, du nombre de destinataires directs – plus d'un million–, ou de l'importance des conséquences de la réforme pour un secteur économique et social ou une profession déterminés.**

Le rapport propose également de soumettre à étude d'impact, selon les mêmes critères, les propositions d'acte communautaire, sur le modèle du Royaume-Uni. Il suggère enfin que soit créé au Secrétariat général du Gouvernement un pôle de compétence ayant une mission de soutien méthodologique et de contrôle de la qualité pour la réalisation des études d'impact, sur le modèle de la « *Regulatory Impact Unit* » britannique.

Toutes ces propositions sont restées lettre morte.

La très grande majorité des projets de loi et de décret en Conseil d'État continue d'être précédée d'un simple exposé de motifs qui est en réalité une justification plus ou moins argumentée du texte par le service qui l'a rédigé.

On constate même une régression à cet égard : après être restées purement formelles, les études d'impact sont implicitement abandonnées.

Les circulaires venues depuis plus de trente ans rappeler les disciplines à respecter sur l'élaboration des textes n'ont donc guère réussi à enrayer l'accélération du rythme de fabrication des normes ni à en rationaliser l'exercice.

1.1.2. Les réussites étrangères les plus pertinentes

Plusieurs expériences étrangères réussies d'amélioration de la qualité du travail législatif et réglementaire ouvrent cependant de réelles perspectives d'action dans ce domaine.

243. Rapport au Premier ministre, Groupe de travail présidé par Bruno Lasserre, « Pour une meilleure qualité de la réglementation », La Documentation française, 2004.

Le Canada a lancé, en 1995, une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales sous l'impulsion de son Premier ministre, M. Jean Chrétien²⁴⁴. Sa situation était alors, de plus d'un point de vue, critique : taux de chômage élevé (6 %), services publics insuffisamment efficaces, concurrence libérale des États-Unis aux frontières, dette publique supérieure à 66 % du PIB, déficit budgétaire supérieur à 6 %.

La mise en œuvre du programme de réduction des déficits publics et de modernisation de l'activité de l'État, intitulé « *La Relève* », s'appuie sur une évaluation coûts-avantages de l'ensemble des interventions de l'État canadien, diligentée par ministère, sous le contrôle direct du Premier ministre, chaque ministre ayant personnellement la charge de proposer des solutions de redéploiement pour au moins 30 % des actions de son ministère.

Parallèlement, les modalités d'élaboration de tout projet de réforme sont précisées²⁴⁵ : toute décision de principe est désormais prise en comité interministériel, au regard d'une évaluation administrative et financière elle-même interministérielle. L'existence de l'évaluation constitue *la condition même de la recevabilité du dossier* en Comité des ministres.

Aucun ministre n'est donc habilité à annoncer une réforme avant la décision collégiale du Comité, présidé par le Premier ministre ou par un ministre délégué de façon permanente par lui. L'évaluation et la décision politique collectives constituent le préalable indispensable à cette annonce. La rédaction des textes n'intervient elle-même qu'en fin de cycle, lorsque le Conseil des ministres (Cabinet plénier) a marqué son accord sur les principaux axes de la réforme et sur ses modalités de mise en œuvre.

Trois ans après l'initiative de la réforme, et à la suite de l'évaluation et du redéploiement des interventions de chacun des ministères, le budget est redevenu excédentaire. En 2000, deux fois moins de normes ont été promulguées qu'en 1984²⁴⁶.

En 1997, **le Royaume-Uni**, lors de l'arrivée au pouvoir du Premier ministre travailliste M. Tony Blair, s'est engagé dans une démarche comparable²⁴⁷.

Le Comité interministériel en charge de la réforme de la réglementation (*Panel for Regulatory Accountability*) est présidé alors par le Premier ministre. L'évaluation de la décision de principe sur la forme la plus appropriée d'action publique et la rédaction des textes sont centralisées auprès du Premier ministre, au sein de l'Unité d'impact de la réglementation (*Regulatory Impact Unit*) rattachée au *Cabinet Office*. Cette unité est relayée dans chaque ministère par des antennes, les « *Departmental Regulatory Impact Units*²⁴⁸ ».

244. Sénat, Rapport d'information sur la réforme de l'État à l'étranger par Gérard Braun, 2001, p. 11.

245. Directive du Cabinet sur l'activité législative, mars 1999.

246. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Canada, 2002.

247. Geoff Mulgan, « Lessons of power », *Prospect*, 21 mai 2005.

248. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Royaume-Uni, 2002.

Un organisme consultatif indépendant, la Mission pour l'amélioration de la qualité de la réglementation (*Better Regulation Task Force*)²⁴⁹, est également mis en place par le Premier ministre en 1997. Il est chargé de conseiller le Gouvernement sur la réglementation et sa mise en œuvre au regard de cinq principes fondamentaux arrêtés par le chef du Gouvernement :

- **la transparence ou la simplicité** de la norme pour l'utilisateur ;
- **la responsabilité de l'auteur de la norme** devant l'exécutif, le Parlement, les utilisateurs et le public ;
- **la proportionnalité de la norme** au risque qui existerait en l'absence de celle-ci ;
- **la cohérence du dispositif normatif d'ensemble** afin d'écartier les risques éventuels de conflit de normes ;
- **le ciblage du projet** en vue de minimiser les effets collatéraux.

Les dix-neuf membres de cet organisme consultatif sont désignés par le ministre en charge du *Cabinet Office* : *issus principalement de la société civile*, ils sont chefs d'entreprise, consultants, syndicalistes, représentants du secteur public, de groupes d'intérêt professionnels et d'unions de consommateurs. Une partie des fonctionnaires de l'Unité d'impact de la réglementation est mise à sa disposition. Fonctionnant selon le principe du consensus, la Mission est libre de son programme de travail et de la définition de ses travaux d'évaluation des réglementations nouvelles ou existantes. Elle peut également faire porter ses propositions sur des programmes d'action publique et sur le fonctionnement des services publics.

Le Gouvernement doit répondre à ses propositions dans un délai maximum de soixante jours. La mission a remis récemment, le 16 mars 2005²⁵⁰, un rapport au Premier ministre appelant à un allègement des procédures administratives.

Comme au Canada, *la rédaction des textes est, en Grande-Bretagne, centralisée au service législatif du Gouvernement*²⁵¹. Composé d'une trentaine de juristes rattachés au ministère de la Justice, ce service a spécifiquement en charge la rédaction des textes et travaille en étroite concertation avec les équipes ministérielles intéressées.

Les règlements, en revanche, restent de la compétence des ministères.

Cette stratégie a permis de diminuer considérablement le nombre de textes adoptés. De nombreux programmes d'action publique, notamment à l'égard des plus défavorisés et des sans-abris, ont été mis en œuvre sans modification de la législation, ou avec des modifications minimales.

249. Devenue depuis janvier 2006 la « *Better Regulation Commission* ».

250. Rapport du *Better Regulation Task Force* au Premier ministre, « *Regulation-less is more* », 16 mars 2005.

251. Murielle Mauguin Helgeson, « L'élaboration parlementaire de la loi, Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni) », thèse présentée et soutenue le 7 décembre 2004, p. 45.

Qu'il s'agisse des textes nationaux ou des propositions de directive communautaire, les Britanniques procèdent à des études d'impact comportant quatre étapes :

- *l'évaluation initiale* des options, risques, coûts et avantages éventuels pour les catégories affectées, et des raisons pour lesquelles une option autre que la réglementation est jugée insuffisante ;
- *l'évaluation partielle* qui préfigure la structure fondamentale de l'évaluation intégrale, en fournissant une étude plus approfondie des risques, coûts et avantages éventuels pour les catégories qui seront les plus affectées. Elle accompagne nécessairement le document de consultation transmis aux milieux intéressés, avec souvent une lettre mettant en exergue les points essentiels de la proposition ;
- *l'évaluation intégrale* qui détaille tous les domaines couverts par l'analyse d'impact de la réglementation, notamment les conclusions de la procédure de consultation mise en œuvre ;
- *l'évaluation finale nécessairement approuvée et signée par le ministre compétent*. Elle est actualisée au fur et à mesure de l'évolution de la négociation.

Toute soumission de proposition de texte communautaire au Parlement britannique est accompagnée de l'évaluation partielle ou intégrale.

Ces évaluations se fondent en partie sur les consultations préalables obligatoires dans les conditions déterminées par un « *Code of practice on consultation* », publié par le *Cabinet Office* en janvier 2004. Ce texte crée, à l'intention des fonctionnaires qui préparent une norme, *une obligation de consultation publique, des contraintes précises de délai, de durée et de restitution des résultats*. Pour tout projet de texte, cette consultation ne peut être inférieure à douze semaines. L'administration est en outre tenue d'expliquer comment elle modifie sa proposition en fonction des avis recueillis.

D'après le recensement opéré chaque année, le Code est aujourd'hui appliqué par 76 % des ministères et des agences ²⁵².

Les résultats de la consultation sont examinés par le Parlement lors de l'examen des projets de loi, ainsi que l'a décidé en octobre 2004 la Commission spéciale de la Chambre des Lords chargée de réfléchir à l'amélioration de la procédure législative.

Les réformes du Gouvernement peuvent être suivies « *en ligne* » par les citoyens britanniques sur les sites « *Policy hub* » ²⁵³ et « *Strategy unit* » ²⁵⁴. Le second, notamment, offre un accès particulièrement large aux réformes en cours.

Enfin, les dernières propositions de la « *Better Regulation Task Force* », présentées le 16 mars 2005, recommandent au Premier ministre de réduire le stock de la réglementation et d'alléger les procédures administratives en résul-

252. *Cabinet office*, Rapport annuel, « *Code of Practice on Consultation Assessment of Performance : 2004* », 2004.

253. www.policyhub.gov.uk

254. www.strategyunit.gov.uk

tant, dont le coût est estimé à 10 % du PIB, le tiers en étant supporté par les opérateurs économiques.

Elles suggèrent également une logique d'équilibre des flux et l'abrogation de dispositions normatives d'un volume équivalent à chaque nouveau projet de réglementation.

Sur la méthode, cette commission propose :

- de retenir le modèle de calcul du coût total de la réglementation adopté aux États-Unis et aux Pays-Bas, c'est-à-dire incluant également le coût administratif résultant de l'élaboration de la norme et du contrôle de son application, et les coûts économiques directs ou indirects ;
- d'organiser un mécanisme de collecte des propositions de réforme émanant des entreprises ;
- d'élaborer dans chaque ministère un programme de simplification construit à partir de l'évaluation systématique des principales réglementations relevant de son champ de compétence ;
- d'inclure cette approche dans chaque évaluation d'impact, avec examen systématique des mesures de simplification compensatoires envisageables.

Elle insiste donc sur la nécessité de calculer les coûts de la réglementation sur la base des coûts cumulatifs : coût de son élaboration, coût du contrôle de son respect, coût supporté par les destinataires, et d'imposer à chaque ministère un coût réglementaire maximal, fixé annuellement, sur le modèle des États-Unis.

L'intégralité de ces propositions a été reprise par le Gouvernement britannique.

Dans le même esprit, et toujours pour le Royaume-Uni, il convient de mentionner le Rapport Hampton « *Réduire le fardeau administratif : des contrôles et des sanctions efficaces* ²⁵⁵ ». Centré sur le contrôle du respect de la réglementation, il passe en revue les obligations imposées par les diverses autorités de régulation aux entreprises. La proposition principale de ce rapport est d'évaluer de façon systématique, par secteur d'activité, par région, voire par entreprise, le risque d'inflation de la réglementation, avant de recourir à des procédures d'inspection ou de contrôle. La mise en œuvre de ce principe conduirait à réduire d'un tiers le nombre d'inspections, tout en améliorant leur efficacité, et de 25 % le nombre de formulaires adressés par les autorités de contrôle aux entreprises. Le rapport propose également une fusion de certaines autorités de régulation pour ramener leur nombre de 63 à 39.

Là encore, le Gouvernement a accepté les principales recommandations du rapport, et s'est engagé à réduire le nombre d'autorités de régulation dans les proportions proposées, soit environ de moitié. Dans cet objectif, il a mis en place, en mai 2005, une direction de la qualité de la réglementation (« *Better Regulation Executive* ») chargée de mettre en œuvre les engagements pris à la suite de ces deux rapports.

255. HM Treasury, Rapport Hampton, « Reducing administrative burdens : effective inspection and enforcement », mars 2005.

Aux États-Unis, les deux principales initiatives d'amélioration de la qualité de la réglementation sont prises par le Président lui-même, Ronald Reagan en 1981 et Bill Clinton en 1996 ²⁵⁶.

En 1981, l'équipe spéciale du Président sur la simplification de la réglementation (« *Presidential Taskforce on Regulatory Relief* ») est présidée par le Vice-président des États-Unis et composée des ministres. Elle définit un programme d'allègement de la réglementation, ainsi que les éléments devant figurer dans les études d'impact préalables à toute réforme, rendues obligatoires par un décret du Président.

L'examen formel des réglementations relève d'un comité des ministres placé sous l'autorité du Vice-président.

Dès le début de sa présidence, en 1993, Bill Clinton s'attache à renforcer ces mécanismes, en lançant l'« Examen national de la performance » (« *National Performance Review* »), sous l'autorité du Vice-président, avec la mise en œuvre d'une méthode de gouvernement axée sur les résultats. Là encore, l'obligation est édictée par un texte solennel : la « loi sur les performances et les résultats de l'administration » (« *Government Performance and Results Act* »).

Cette loi crée l'obligation, pour chaque département ministériel, de **présenter** au Congrès **un plan stratégique** retraçant notamment la mission assignée, les buts et objectifs de long terme, les moyens déployés pour les atteindre, et les principales difficultés de gestion rencontrées.

Deux ans plus tard, en 1995, un décret du Président des États-Unis impose aux ministres de procéder à un examen approfondi de l'ensemble des réglementations en vue de supprimer 16 000 des 140 000 pages que comportait alors le Code des réglementations fédérales, soit plus de 10 % de son contenu.

La loi sur les responsabilités extrabudgétaires (« *Unfunded Mandates Reform Act* ») confère aux études d'impact une portée accrue en imposant au Gouvernement fédéral, non seulement d'évaluer les coûts et les avantages prévisibles pour les réformes les plus importantes, mais encore de trouver les financements si les coûts incombent aux États fédérés, aux collectivités locales ou aux autorités tribales.

Enfin, la loi sur les performances et résultats de l'administration est amendée pour renforcer les moyens de l'« *Office of Management and Budget* » (OMB) et impose au Comité interministériel (« *Office of Information and Regulatory Policy* » (OIRA) ²⁵⁷ la réduction de l'ensemble des formalités administratives.

En 1996, le Président des États-Unis fait adopter le « *Small Business Regulatory Enforcement Act* », loi sur l'impartialité de l'application de la réglementation aux petites entreprises, qui renforce l'obligation de prise en compte des contraintes des petites et moyennes entreprises dans toutes les réglementations édictées.

256. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation aux États-Unis, 2003, p. 7.

257. *Ibid.*, p. 11.

La même année est votée *la loi instituant un contrôle de l'ensemble de la réglementation par le Congrès* : les réglementations les plus importantes ne peuvent entrer en vigueur que soixante jours après leur achèvement. Le Congrès peut, pendant ce délai, procéder à leur examen et éventuellement les annuler.

Enfin, une loi votée en 1997 impose à l'« *Office of Management and Budget* » de communiquer au Congrès des estimations de l'ensemble des coûts et avantages annuels des réglementations fédérales et de formuler des recommandations concernant les améliorations possibles.

Il en va de même **en Allemagne** : le processus d'élaboration de la législation y est caractérisé par des consultations informelles très en amont et par l'échange d'un volume d'informations considérable avec les milieux intéressés, les universitaires, les groupes d'intérêt constitués, les *Länder* et les autorités locales.

Des commissions préparatoires ont été désignées préalablement à de grandes réformes, comme la « Commission Hartz » pour les propositions sur la réforme du marché du travail, ou la « Commission Rürup » pour la réforme du secteur de la santé et des retraites²⁵⁸. Ces commissions visent à susciter le plus large consensus possible sur des réformes d'ampleur.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale considère en outre que l'évaluation des effets de la législation relève de la protection des droits fondamentaux de la personne. Elle impose désormais au législateur de corriger et amender ses textes si les prévisions sur lesquelles ces derniers se sont fondés s'avèrent inexacts²⁵⁹. Dans son arrêt sur l'interruption volontaire de grossesse, rendu en 1993, elle a prescrit que soient rassemblées « *les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par une loi*²⁶⁰ ».

L'Allemagne consacre d'ores et déjà des efforts considérables au réexamen de la législation en vigueur. Au cours des dix dernières années, de nombreuses lois ont été abrogées, soit 165 en 2001, et 142 en 2002²⁶¹.

Plusieurs *Länder* utilisent une technique proche de « refonte » du droit. Elle consiste à réunir dans un seul texte, pour un secteur, toutes les normes maintenues en vigueur, les autres étant censées être abrogées.

L'une des stratégies les plus originales a été développée aux **Pays-Bas** par la création en 2000 d'une agence indépendante de neuf membres, le Comité consultatif d'évaluation des coûts administratifs²⁶² (« *Advisory Committee on the Testing of Administrative Burdens* »), disposant d'un pouvoir d'analyse et de proposition sur les projets de texte. La mise en œuvre de ses recommandations dans le domaine fiscal aurait permis une économie de 600 M€. L'agence

258. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Allemagne, 2004, p. 24.

259. Cour constitutionnelle allemande, *Kalkar*, 1978, BVerGE, 49, 89.

260. Cour constitutionnelle allemande, arrêt sur l'interruption volontaire de grossesse, 1993, BVerGE, 88, 203.

261. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Allemagne, 2004, p. 50.

262. Banque mondiale, Rapport Doing Business, « Understanding Regulation », p. 18.



s'est engagée à réduire de 25 % le fardeau administratif en quatre ans. Le Gouvernement en escompte un accroissement du PIB potentiel de 1,5 % sur quinze ans.

Il convient également de mentionner les évaluations « coûts-bénéfices » réalisées par le **Danemark**²⁶³ : elles conduisent à éliminer 40 % des projets de réglementation. Elles font d'ailleurs suite à un programme développé en 1996, relatif à la création d'entreprises, et consistant à « dématérialiser » l'ensemble des démarches et à supprimer tous les frais pesant sur le créateur.

L'Espagne a engagé une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales, inscrite dans la loi n° 50-1997 du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement, « *ley del Gobierno* », notamment ses articles 22.2 et 24.1b.

En application de ce texte, tous les projets de loi et de règlement doivent être accompagnés d'une analyse sur la nécessité et l'opportunité de la mesure, complétée par une présentation économique contenant une estimation des coûts et les évaluations complémentaires jugées indispensables. Pour les lois et les décrets royaux, les autorités réglementaires peuvent utiliser un questionnaire d'évaluation. Les citoyens et les entreprises dont les intérêts seront affectés par la réglementation en préparation doivent être obligatoirement consultés.

Tout projet de loi soumis à l'examen des ministres doit comporter de façon obligatoire, outre le texte et son préambule :

- un rapport sur la nécessité et l'opportunité de la réglementation ;
- un mémorandum économique sur les coûts futurs de la mesure ;
- une appréciation écrite sur le processus de consultation, justifiant le mécanisme utilisé ou expliquant les raisons pour lesquelles il n'y a pas eu de consultation ;
- l'avis du Conseil d'État ;
- l'autorisation du ministère en charge de l'Administration publique si la proposition a des incidences sur la répartition des compétences entre l'État et les régions autonomes, contient des procédures administratives ou comporte des effets sur la gestion des ressources humaines de l'administration ;
- le questionnaire d'évaluation des projets normatifs²⁶⁴, transmis à titre consultatif.

S'inspirant de ces réformes, **la Commission européenne** vient de décider de :

- généraliser la pratique des études d'impact, y compris pour les amendements apportés par le Conseil et le Parlement aux propositions de la Commission ;
- relancer la simplification et la codification de l'« acquis communautaire » ;
- renforcer les procédures de consultations préalables ;

263. *Ibid.*, p. 17.

264. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Espagne, 2000, p. 20-30.

- développer une méthodologie de mesure des coûts administratifs compatible avec celle des États membres ayant entrepris une démarche similaire.

Sans doute la transposition d'expériences étrangères appelle-t-elle toujours d'importants efforts d'adaptation. On peut néanmoins considérer comme des éléments clefs des démarches qui viennent d'être décrites et de leur réussite :

- *le niveau des autorités impliquées dans le lancement de ces démarches et, en période de croisière, dans leur suivi ;*
- *la place, dans la hiérarchie des normes, des actes juridiques pris pour mettre à la charge des autorités publiques des obligations contraignantes.*

C'est ce que mentionne d'ailleurs l'un des experts de l'OCDE sur les actions d'amélioration de la qualité de la réglementation : « *Elles nécessitent de définir les objectifs politiques de la réforme, en maximisant le soutien politique entériné au plus haut niveau du Gouvernement. Si possible, une norme de haute portée juridique doit ensuite s'imposer aux responsables de la réglementation* ²⁶⁵. »

Il n'est pas exclu que les déconvenues rencontrées en France aient pour origine le caractère insuffisamment contraignant des règles édictées.

1.1.3. Pour reprendre la main : vers une loi organique ?

Il est donc aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire et tendant à fixer quelques obligations de procédure, en particulier à subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme.

Ces règles pourraient figurer dans une loi organique, prise sur le fondement d'un alinéa ajouté à l'article 39 de la Constitution en vue d'organiser la procédure d'élaboration et de dépôt des projets de loi devant le Parlement. La prochaine réforme constitutionnelle annoncée par le Président de la République pour l'inscription dans la Constitution de l'abolition de la peine de mort pourrait offrir l'occasion de cette modification.

La même loi organique pourrait également prévoir, sur le fondement des articles 41, 45 et 48 de la Constitution, quelques dispositions relatives à la procédure législative : organisation d'une procédure simplifiée d'adoption des textes pour les projets de loi de transposition et les projets de loi portant codification, règles plus strictes sur les amendements, d'une part, dispositions visant à renforcer le contrôle du Parlement sur l'application des lois, d'autre part.

265. Stéphane Jacobzone, administrateur OCDE, Programme pour la réforme réglementaire : « Un aperçu des politiques d'amélioration de la qualité réglementaire au niveau international », *L'ENA hors les murs*, n° 338, janvier-février 2004, p. 25.

Cette approche constitutive d'un nouveau « *droit de la forme* » ou « *droit des techniques d'élaboration du droit* » répond à une demande des opérateurs économiques ²⁶⁶.

L'évaluation requise pourrait revêtir, comme le proposait l'étude précitée du Conseil d'État sur ce sujet, soit la forme *d'une étude d'options* pour les textes les plus simples, soit celle *d'une étude d'impact* pour les textes dont les enjeux sont lourds au regard de critères matériels dont la définition relève de choix politiques à définir dans la loi organique : coût, nombre de destinataires directs, impact sur un secteur ou une profession. Elle pourrait s'appliquer aux projets de loi et aux projets d'ordonnance.

L'étude d'impact devrait notamment faire apparaître :

- les raisons du choix d'une stratégie normative plutôt que d'une autre stratégie ;
- les effets attendus du projet de texte en termes de modification de la situation du secteur concerné ;
- les conditions d'insertion de ce projet dans le corpus normatif pré-existant et comment est assuré le respect des articles 34 et 37 de la Constitution ;
- qu'il a été procédé à toutes les consultations utiles avec les milieux intéressés, soit dans le cadre du Conseil économique et social, soit dans le cadre des instances consultatives appropriées ou par d'autres voies, et quel a été le résultat de la concertation ainsi diligentée ;
- lorsque la complexité des enjeux de la réforme entreprise le justifie, qu'il a été procédé, par-delà la concertation interministérielle et avec les principaux destinataires du texte en projet, à une contre-expertise par un pôle de compétence rattaché au Premier ministre qui pourrait être le Centre d'analyse stratégique, issu de l'ancien Commissariat du Plan.

Il ne pourrait être dérogé à cette règle de recevabilité qu'*en cas d'urgence dûment démontrée*.

L'évaluation préalable formalisée deviendrait donc, comme dans l'ensemble des pays dont l'expérience a été retracée, un élément de la régularité de la procédure.

En même temps que ce nouveau droit de l'élaboration des textes, il conviendrait de mettre en place des règles propres à renforcer l'***articulation de la norme communautaire et de la norme nationale***.

L'élaboration de tout projet de loi doit être précédée d'une étude attentive du droit international, européen et communautaire applicable.

Cela implique également que certaines normes supranationales, essentiellement les directives communautaires et les décisions-cadres, soient transposées avant la date limite fixée par celles-ci, notamment en vue de modifier les dispositions législatives ou réglementaires qui seraient en contradiction avec elles.

266. Séminaire de la Cour de cassation « Risques, assurances, responsabilités » du 25 mars 2003 ; *Le Figaro*, 16 janvier 2006, p. 10 : « Les réalités de l'inflation législative » ; Discours de Mme Laurence Parisot lors de la dernière assemblée générale du MEDEF, *Le Figaro*, 19 janvier 2006, p. 20.

Pour que cette double contrainte ne soit pas intolérable, il serait souhaitable que les intérêts que la France souhaite faire prévaloir soient suffisamment pris en compte lors de la phase de négociation des traités ou conventions ou du droit européen dérivé.

Une circulaire du Premier ministre, en date du 9 novembre 1998, relative au suivi de la transposition des directives en droit interne a prescrit aux ministres de porter attention, dès le stade de la négociation, aux effets des projets de directive communautaire sur le droit national. Elle confie au Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI), aujourd'hui Secrétariat général des affaires européennes (SGAE), le soin de demander à chacun des ministères intéressés de fournir, dans le délai d'un mois à partir de la communication de la proposition de directive, la liste des textes de droit interne dont l'élaboration ou la modification seront nécessaires en cas d'adoption de celle-ci.

Rendue obligatoire, l'étude d'impact juridique comprend un avis sur l'opportunité du texte européen en projet, un tableau comparatif des dispositions communautaires et nationales et si possible une note de droit comparé. Elle doit identifier les difficultés soulevées par la transposition en droit interne de la proposition de directive.

Cette circulaire prescrit en outre que l'étude d'impact soit adaptée en fonction de l'évolution de la proposition de directive afin d'éclairer la négociation elle-même et de faciliter, ultérieurement, la transposition.

Cette circulaire n'a été que très inégalement, voire très partiellement respectée.

Une deuxième circulaire du Premier ministre, en date du 27 septembre 2004, relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées au sein des institutions européennes, insiste à nouveau sur la nécessité de réaliser des études d'impact le plus en amont possible afin de définir les positions de négociation de la France en connaissance de cause et de préparer la transposition. Jugée particulièrement nécessaire du fait de l'intervention croissante de l'Union européenne dans des domaines nouveaux, notamment ceux touchant à l'exercice des libertés publiques, cette étude doit être réalisée selon les modalités prescrites dans une annexe de la directive.

Une troisième circulaire du Premier ministre, en date du 22 novembre 2005, relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution, insiste de nouveau sur cette évaluation préalable et sur l'importance de la fiche d'impact juridique simplifiée prévue par la circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes.

L'application très inégale de ces prescriptions justifie là encore leur reprise par un texte plus contraignant.

Le recours à une démarche d'évaluation d'impact en vue de préparer et d'accompagner *l'ensemble des négociations internationales* permettrait de tenir compte à la fois de la variété des domaines, et des conséquences susceptibles d'en résulter pour des pans entiers de la législation ou de la réglementation.



1.2. Le vote de la réforme : la procédure parlementaire

Là encore les compétences respectives organisées par les articles 34 et 37 de la Constitution sur le partage entre loi et règlement, les procédures préalables prescrites par l'article 39, enfin l'irrecevabilité prévue par l'article 41 pour les amendements relevant du domaine réglementaire, devraient être plus scrupuleusement respectées tant par le Gouvernement que par les deux Assemblées.

1.2.1. Respecter les articles 34 et 37 de la Constitution

« *La révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu* »²⁶⁷ : telle était, en effet, la conclusion en 1978 du professeur Jean Rivero, en guise de bilan de vingt ans d'application des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

Pendant une longue période, le Conseil constitutionnel a en effet refusé de censurer les empiétements du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire, au titre de l'article 61 de la Constitution²⁶⁸. De plus, sa jurisprudence sur l'incompétence négative²⁶⁹ a autorisé l'extension par le législateur de son champ de compétence.

Sa décision du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, constatant que certaines dispositions sont de nature réglementaire, devrait conduire à une régression de cette pratique, y compris quand elle est imputable aux amendements gouvernementaux.

En dépit de la vigilance du Conseil d'État, on observe, de fait, une méconnaissance persistante de la répartition prescrite par les articles 34 et 37 de la Constitution, au détriment du pouvoir réglementaire.

La volonté de tout inscrire dans la loi, outre qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, conduit *in fine* à un résultat inverse de celui qui était recherché : la surcharge du Parlement, puis sa dépossession. Elle rend inévitable, d'abord, de fréquents retours sur le texte, à des échéances rapprochées. L'encombrement de l'ordre du jour du Parlement qui en résulte provoque ensuite, comme cela a déjà été exposé, un recours plus fréquent à la procédure des ordonnances. Il y a donc là un engrenage, en partie lié à la méconnaissance du partage loi-règlement, ainsi qu'à l'usage exagérément modéré de la procédure de déclassement ouverte au Gouvernement par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution en cas d'empiétements antérieurs du législateur sur le domaine réglementaire.

Les plus hautes autorités de l'État dénoncent cette dérive.

Le Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, déclarait lors de la cérémonie de vœux le 3 janvier 2005 : « Il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire. C'est une de mes convictions les plus profondes et j'agirai en ce sens jusqu'à la fin de mon mandat en mars 2007. »

267. Jean Rivero, Rapport de synthèse, « Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement », *PUAM*, 1978, p. 262.

268. Décision n° 82-43 DC du 30 juillet 1982, « *Prix et revenus* ».

269. Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, « *Indépendance des magistrats* ».

Le Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, s'est également exprimé sur ce sujet et a déposé, le 5 octobre 2004, une proposition de loi constitutionnelle sur le bureau de l'Assemblée, afin d'« introduire une pratique nouvelle et plus respectueuse, de la part du Gouvernement, de la séparation des domaines de la loi et du règlement ».

Cette pratique doit répondre à une double exigence d'adaptation aux réalités de la société et de lisibilité des textes. Ainsi, par exemple, des domaines nouveaux n'ont pas été prévus par l'article 34 de la Constitution. Les autorités administratives indépendantes n'existaient pas en 1958. Il est pourtant légitime qu'elles soient créées par une loi.

Le Gouvernement, comme les deux Assemblées, et notamment leur Commission des lois, devraient donc veiller attentivement, avec le soutien du Conseil constitutionnel, à ce que la Constitution soit mieux respectée et à ce que ne soit réservée à la loi que la détermination des règles et principes fondamentaux, la procédure de l'ordonnance devant, quant à elle, conserver le caractère exceptionnel voulu par la Constitution.

1.2.2. Mettre plus souvent en œuvre les irrecevabilités des articles 41 et 44

L'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer à un amendement parlementaire qui n'est pas du domaine de la loi : « *S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.* »

L'article 44 deuxième alinéa de la Constitution prévoit qu'« après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission ²⁷⁰ ».

Complété par les règlements de l'Assemblée nationale (article 93) et du Sénat (article 45), qui disposent que le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité de l'article 41 avant le commencement de la discussion en séance publique ou au cours de la discussion, ces articles ne peuvent être utilisés par les parlementaires à l'encontre de projets qui leur sont soumis par le Gouvernement.

De même ceux-ci ne peuvent-ils solliciter du Gouvernement qu'il oppose une telle irrecevabilité ²⁷¹ aux amendements d'origine parlementaire.

270. Conseil constitutionnel, décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990, relative à la résolution modifiant le règlement du Sénat, paragraphe 12 ; décision n° 92-136 DC du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, paragraphe 3 ; décision n° 94-338 du 10 mars 1994 sur la résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, paragraphes 24 et 25.

271. Décision n° 95-366 DC du 8 novembre 1995, résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.

L'irrecevabilité ne joue, sans saisine du Conseil constitutionnel, que si le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat marque son accord. Cet article a été utilisé 217 fois par le Gouvernement, essentiellement dans les vingt premières années d'application de la Constitution. Il est ensuite tombé en désuétude, en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dite « *Prix et revenus* », jugeant que la loi qui empiétait sur le domaine réservé au règlement n'était pas, de ce seul fait, contraire à la Constitution²⁷² et de la possibilité que conserve le Gouvernement de demander ultérieurement le déclassement de la disposition législative, en application de l'article 37 alinéa 2. Il n'a pas été opposé une seule fois entre 1994 et 2004.

Il vient d'être remis en application en janvier 2005, à propos de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales. L'irrecevabilité opposée par le Gouvernement a ainsi fait tomber 14 765 amendements parlementaires, en accord avec le Président de l'Assemblée nationale.

Il a par ailleurs donné lieu à onze saisines du Conseil constitutionnel, sept fois par le Président du Sénat et quatre fois par le Président de l'Assemblée nationale. Mais la dernière décision du Conseil constitutionnel à cet égard remonte à 1979.

Depuis la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi sur l'avenir de l'école, le Conseil constitutionnel désigne les dispositions de la loi qui sont en réalité de nature réglementaire. Les dispositions correspondantes pourront donc être modifiées par voie réglementaire, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la procédure de déclassement prévue par l'article 37 alinéa 2.

Les propositions de modification du règlement de l'Assemblée nationale déposées par son Président en janvier 2006, et tendant d'une part à ce que la commission des lois émette un avis préalable à la discussion d'un projet de texte sur le caractère législatif ou réglementaire de ses dispositions, et d'autre part, à ce que les amendements soient déposés au plus tard à 17 heures pour la séance du lendemain, en vue d'un examen pertinent, sont intéressantes à cet égard.

En attendant, le Gouvernement devrait plus systématiquement opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires intervenant dans le domaine réglementaire.

Il devrait plus fréquemment opposer l'irrecevabilité aux amendements qui n'ont pas été préalablement débattus en commission ainsi que le lui permet le deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution.

1.2.3. Appliquer la procédure organisée par l'article 39

L'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose, en son deuxième alinéa, que : « *Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées.* » Cependant, dans la pratique, cette disposition constitutionnelle est parfois contournée. Deux méthodes classiques sont à cet égard utilisées : l'amendement gouvernemental ou l'amendement déposé par un élu de la majorité, qui est en réalité un amendement gouvernemental déguisé.

272. Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, loi sur les prix et les revenus.

Cette pratique, plus fréquemment constatée, est contraire à l'article 39 de la Constitution lorsqu'elle ne permet pas l'examen du texte en Conseil d'État, puis en Conseil des ministres.

Elle l'est également lorsqu'elle est destinée à « contourner » l'opposition d'un ministre, à éviter les mises en garde du Conseil d'État, ou à réintroduire une disposition écartée en réunion d'arbitrage par le Premier ministre. Il semble, là encore, que cette pratique se soit développée au cours des dernières années.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 ²⁷³, a d'ailleurs censuré une disposition de la loi relative à l'élection des conseillers régionaux au motif qu'elle avait été modifiée, sur un point substantiel non évoqué devant le Conseil d'État entre la délibération de celui-ci et l'examen en Conseil des ministres. Le Président de la République a alors demandé au Parlement de procéder à une nouvelle délibération. Cette pratique est souvent à l'origine de la non-application de la loi par la suite : l'adoption des décrets d'application sera retardée du fait de l'opposition ou de l'inertie du ministère qui a été contourné lors du vote de la loi.

Le Gouvernement devrait, plus systématiquement, veiller à ne plus introduire des dispositions nouvelles dans les projets de loi par voie d'amendements, qu'il s'agisse d'amendements directement présentés par lui ou d'amendements confiés à un parlementaire de la majorité. Là encore, les commissions parlementaires pourraient exercer une particulière vigilance, notamment lors de l'examen de la recevabilité de l'amendement.

1.2.4. Redonner au droit d'amendement sa vraie portée

Le principe d'une évaluation préalable des projets de texte comme l'exigence de sobriété de la norme devraient également conduire à de nouvelles dispositions relatives aux amendements parlementaires.

Le Conseil constitutionnel est revenu sur sa jurisprudence assez ouverte relative au droit d'amendement parlementaire, par une décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 ²⁷⁴ pour préciser qu'après la réunion de la commission mixte paritaire prévue à l'article 45 de la Constitution, les seuls amendements susceptibles d'être adoptés « doivent soit être en relation avec une disposition du texte en discussion, soit être dictés par la nécessité d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ».

Ceci n'a pas enrayé « la prolifération des amendements portant articles additionnels ²⁷⁵ », dont certains s'apparentent à de véritables projets de loi. « Par exemple, le double degré de juridiction en matière criminelle a été introduit par voie d'amendement ²⁷⁶ ».

273. Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

274. Décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

275. Jean-Louis Hérin, *op. cit.*

276. *Idem.*



Déjà évoqué, le projet de loi sur le développement des territoires ruraux a été modifié au Sénat par 477 amendements, dont 321 et 152 intervenus respectivement en première et en deuxième lecture, ainsi que 4 après réunion de la commission mixte paritaire. Ces amendements provenaient pour 24 % (soit 116) du Gouvernement, pour 45 % (soit 214) des commissions, et pour 31 % (soit 147) des sénateurs. Enfin, 89 % de ces amendements ont été repris par l'Assemblée nationale. Alors que le projet initial comptait 76 articles, le texte issu des débats parlementaires ne comptait pas moins de 240 articles, ce qui représentait une augmentation de 315 % de son volume initial.

D'autres exemples pourraient être cités, comme la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure dont le projet comporte 57 articles, et la version approuvée par le Parlement 143. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est passée de 87 articles à 224. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est passée, de la même façon, de 44 à 101 articles.

La loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance a connu une inflation de 250 %, variant de 6 à 21 articles. En outre, la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 relative au programme fixant les orientations de la politique énergétique a crû de 746 %, soit 97 articles supplémentaires. Enfin, la loi organique n° 2005-779 du 12 juillet 2005 modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances a subi une augmentation de 1000 %.

Cette introduction d'amendements portant articles additionnels se fait d'ailleurs en méconnaissance des règlements des deux Assemblées²⁷⁷, qui limitent en principe les lectures consécutives à la première aux articles pour lesquels les deux chambres du Parlement n'ont pas encore adopté un texte identique.

Cette pratique est à l'origine du recours plus fréquent à la procédure d'urgence (un tiers des projets de loi une fois mis à part les projets de loi autorisant la ratification d'un traité international).

Le Conseil constitutionnel vient, par sa décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, de faire remonter la règle dite de « l'entonnoir » à la fin de la première lecture par chacune des deux Assemblées.

277. Article 108 du règlement de l'Assemblée nationale : « [...] 3. La discussion des articles est limitée à ceux pour lesquels les deux assemblées du Parlement n'ont pu parvenir à un texte identique. 4. En conséquence, les articles votés par l'une et l'autre assemblée dans un texte identique ne peuvent faire l'objet d'amendement qui remettraient en cause, soit directement, soit par des additions incompatibles, les dispositions adoptées » ; article 42 du règlement du Sénat : « [...] 11. En conséquence, il ne sera reçu, au cours de la deuxième lecture ou des lectures ultérieures, aucun amendement ou article additionnel qui remettrait en cause, soit directement, soit par des additions qui seraient incompatibles, des articles ou des crédits budgétaires votés par l'une et l'autre assemblée dans un texte ou avec un montant identique. »

Il déduit de l'article 45 de la Constitution ²⁷⁸ que les adjonctions ou les modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion, à l'exception des amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle.

Sont donc désormais considérées comme adoptées selon une procédure irrégulière les adjonctions ou modifications apportées à une proposition ou à un projet de loi dans des conditions autres que celles énoncées dans cette décision.

Le Conseil constitutionnel censure également les dispositions des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale étrangères à leur champ d'application, usuellement qualifiés de « *cavaliers budgétaires* » ou « *cavaliers sociaux* ». Ainsi a-t-il considéré comme adoptés selon une procédure irrégulière une disposition de la loi de finances 2005 ²⁷⁹ et six dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale ²⁸⁰, ainsi que les articles 105 et 146 de la loi de finances pour 2006, modifiant respectivement le Code général des collectivités territoriales et le Code de l'éducation, par la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 ²⁸¹.

À titre de comparaison, le nombre annuel moyen d'amendements déposés par les parlementaires allemands représente seulement 3 % de celui relevé en France pour l'Assemblée nationale ²⁸². Le droit d'amendement s'exerce essentiellement en commission. Il est pourtant d'usage au *Bundestag* de conférer davantage de droits à l'opposition qui se voit notamment confier la présidence de certaines commissions. Il en résulte que la portée du droit d'amendement, en Allemagne, est différente de celle qu'il revêt en France : l'amendement est essentiellement négocié entre majorité et opposition et non, comme souvent en France, entre le Gouvernement et sa majorité. Ceci limite l'absentéisme en commission, et permet la formation d'un consensus sur la plupart des textes qui évite leur remise en chantier à chaque alternance politique.

Au Royaume-Uni, depuis 1919, les amendements parlementaires peuvent être sélectionnés par le « *speaker* » et le président de la Commission de la chambre entière (« *Committee of the Whole House* »), et depuis 1934 par les présidents de commissions permanentes. Ils n'ont pas à justifier leurs choix. Par ailleurs, le procédé de la guillotine permet à la majorité parlementaire et au Gouverne-

278. Article 45 de la Constitution : « *Tout projet ou toute proposition de loi est examiné successivement par les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique.* »

279. Décision n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, loi de finances pour 2005.

280. Décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, loi de financement de la sécurité sociale pour 2005.

281. Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, loi de finances pour 2006. Pour ne concerner « *ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État...* », au motif qu'elles « *n'ont pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières* », enfin « *qu'elles ne sont pas relatives au régime de la responsabilité pécuniaire des agents de service public ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques* » et, par conséquent, qu'elles « *sont étrangères au domaine des lois de finances tel qu'il résulte de la loi organique du 1^{er} août 2001* ».

282. Murielle Mauguin Helgeson, « L'élaboration parlementaire de la loi, Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni) », thèse présentée et soutenue le 7 décembre 2004, p. 70.

ment de clore le débat sur chaque élément du projet : cela contraint l'opposition à limiter la durée des interventions et à ne faire porter le débat que sur les questions qu'elle estime essentielles.

Il serait donc utile d'introduire dans la loi organique quelques éléments de régulation d'ailleurs proposés dans la plupart des rapports parlementaires sur le sujet.

Ces éléments pourraient être au nombre de deux :

En premier lieu, tout amendement portant dispositions nouvelles, sous la réserve des sous-amendements, qu'il émane du Gouvernement ou du Parlement, devrait être déposé dans un délai permettant à la commission compétente un examen effectif, soit ***au minimum 48 heures avant la séance plénière***.

Cette exigence ne rallongerait pas considérablement la procédure puisque, en moyenne, 90 % des amendements proposés par la commission et acceptés par le Gouvernement sont retenus en séance plénière.

Sur les 3 676 amendements adoptés par le Sénat en 2003-2004, 2 224 proviennent des commissions, 541 du Gouvernement, et 911 des sénateurs intervenant à titre individuel ou des représentants des groupes.

En second lieu, le Président de chaque Assemblée pourrait, dans des conditions à déterminer sur demande, par exemple, de l'un des membres de la Conférence des Présidents et après avis du Président de la Commission des lois, ***opposer une irrecevabilité à tout amendement intervenant dans le domaine réglementaire***, sous la réserve, ici encore, du sous-amendement.

Il serait, par symétrie, logique que le Président de chacune des deux Assemblées soit en mesure d'opposer la même irrecevabilité aux dispositions d'un projet de loi du Gouvernement relevant du domaine réglementaire.

2. Explorer de nouvelles stratégies

Cette discipline pourrait utilement être complétée par de nouvelles stratégies relatives à la procédure législative et aux rapports entre le citoyen et la loi, qu'il s'agisse des modalités selon lesquelles il est informé de la préparation de la réforme, de son application ou des facultés qui lui sont ouvertes pour accéder à leur contenu.

2.1. Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées

2.1.1. Des procédures législatives simplifiées

Le texte proposé pourrait également rendre possible la mise en œuvre de procédures simplifiées d'adoption de certains textes, notamment les projets de loi portant transposition de directives et les projets de loi de codification.

L'Assemblée nationale a d'ores et déjà mis en place une procédure simplifiée pour l'adoption des projets de loi autorisant la ratification des traités internationaux. L'originalité de cette procédure réside dans la limitation des temps de parole : dix minutes pour le rapporteur, cinq minutes pour le représentant de chaque groupe.

La procédure simplifiée peut être engagée à la demande du Président de l'Assemblée nationale, du Gouvernement, du Président de la commission saisie au fond ou du Président d'un groupe. Un droit d'opposition est symétriquement ouvert à chacune de ces autorités, à l'exception du Président de l'Assemblée.

Il serait intéressant de reprendre dans chaque Assemblée les réflexions sur la mise en place d'une procédure simplifiée pour les projets de loi portant transposition de directives et les projets de loi de codification.

Le groupe de réflexion mis en place au Sénat et présidé par M. Daniel Hoeffel²⁸³ avait envisagé deux options :

- soit le vote en commission de certaines lois dites techniques (codification, transposition, ratification des ordonnances) ;
- soit le vote des textes sur la base des conclusions de la commission, à l'instar de la procédure retenue pour les propositions de loi.

Le précédent italien des « *leggine* », autorisées par l'article 72 de la Constitution italienne qui permet aux commissions de voter elles-mêmes des lois sauf dans certains domaines (libertés publiques, fiscalité ou révision de la Constitution) et sauf si un dixième des membres de la Chambre ou un cinquième des membres de la commission requièrent l'examen en séance plénière, constitue une autre voie possible. En Italie, cette procédure s'applique à environ un tiers de la législation.

On pourrait, de fait, imaginer que certaines lois soient adoptées en Commission, et ne soient inscrites à l'ordre du jour de la séance plénière que pour ordre, sans qu'elles donnent lieu à débat, sauf demande expresse d'un groupe parlementaire. Une telle solution aurait le mérite de la rapidité²⁸⁴.

2.1.2. Le rôle du Parlement dans l'évaluation des politiques normatives

De l'avis unanime des parlementaires, le travail du Parlement s'est progressivement déséquilibré au profit de ses fonctions législatives, qui occupent les deux tiers de son temps, et ***au détriment de son activité de contrôle***.

Certes, il existe d'ores et déjà des offices parlementaires d'évaluation, composés de députés et de sénateurs.

Parmi eux, un *office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* a été institué par la loi n° 83-609 du 8 juillet 1983. Composé de 18 députés et de 18 sénateurs, cet office a pour mission « *d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions* ». Il est à l'origine de plus de

283. Rapport fait au nom du groupe de réflexion sur l'institution sénatoriale (2 juillet 2002).

284. Le renvoi à la loi organique pour l'organisation de ce dispositif suppose une habilitation constitutionnelle qui pourrait figurer à l'article 48 de la Constitution.

80 rapports dont les plus récents portent sur : « *Les nouveaux apports de la science et de la technologie à la qualité et à la sûreté des aliments* », « *Les nanosciences et le progrès médical* », « *Les télécommunications à haut débit au service du système de santé* » ou encore « *La place des biotechnologies en France et en Europe.* »

Le second office est *l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, également commun aux deux Assemblées, institué par la loi n° 96-516 du 14 juin 1996. Son objectif affirmé est de suivre l'application des lois, afin d'éviter que la non-publication des décrets d'application ne paralyse l'effectivité des réformes votées par le Parlement, afin aussi d'endiguer un mouvement de dégradation de la qualité de la loi. Il est donc investi d'une double mission de recensement et de suivi d'une part, de simplification d'autre part. Près de dix ans après sa création, deux rapports avaient été réalisés :

- le premier en mai 1999, déposé par le député Pierre Albertini, portait sur « *L'exercice de l'action civile par les associations* » ;
- le second, déposé par le sénateur Jean-Jacques Hyest, actuel Président de la Commission des lois du Sénat, était consacré en décembre 2001 à un sujet qui a donné lieu à une réforme législative : « *Prévention et traitement des difficultés des entreprises : une évaluation des procédures et de leur mise en œuvre.* »

Cet office est actuellement en charge, sur saisine de la Commission des lois du Sénat, d'une nouvelle étude portant sur *le bilan des autorités administratives indépendantes*.

Cette activité, plutôt modeste, s'explique à la fois par un fonctionnement bicaméral, exorbitant des pratiques parlementaires habituelles, par l'impossibilité d'autosaisine et par l'absence d'expertise propre (appel à des universitaires). ***Il semble que cet office n'ait pas complètement répondu à ses objectifs, pas plus d'ailleurs que l'office chargé de l'évaluation des politiques publiques, créé par la loi n° 96-517 du 14 juin 1996 officiellement supprimé par la loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 portant loi de finances pour 2001.***

Le troisième office est *l'office parlementaire d'évaluation des politiques de santé*, créé par la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003. Composé des Présidents des commissions en charge des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat, des rapporteurs de ces commissions en charge de l'assurance maladie, dans le cadre des lois de financement de la sécurité sociale, ainsi que de dix députés et de dix sénateurs désignés de façon à assurer une représentation proportionnelle des groupes politiques, assisté d'un groupe d'experts composé de six personnalités choisies pour leurs compétences dans le domaine de la santé publique, il procède à des évaluations afin de contribuer au suivi des lois de financement de la sécurité sociale. Il a récemment rendu deux rapports sur des questions importantes : la prévention des handicaps de l'enfant et la prévention du cancer du sein.

En outre, les commissions permanentes ont la possibilité de créer, en vertu de l'article 145 alinéa 2 du Règlement de l'Assemblée nationale, *des missions d'information* : sous la présente législature, de telles missions ont porté sur la définition des savoirs enseignés à l'école, sur la canicule de l'année 2003, sur l'application de la « loi littoral », ou encore sur le traitement de la récidive des

infractions pénales. Ces missions peuvent également être créées sur décision de la Conférence des Présidents, comme cela a été le cas pour la question des signes religieux à l'école, l'accompagnement de la fin de vie ou la famille et les droits des enfants.

Enfin, le contrôle exercé par *des commissions d'enquête ad hoc* est le plus connu.

Résultant d'une initiative parlementaire, elles ont une durée temporaire et un objet bien délimité : la dixième législature (1993-1997) en a connu huit, la onzième législature (1997-2002) en a vu quinze, et la législature en cours six dont une portant sur la fiscalité locale créée en février 2005, et la dernière sur l'enquête judiciaire relative à l'affaire d'Outreau.

Il convient également de rappeler la création auprès de la Commission des finances d'une mission d'évaluation et de contrôle (MEC) destinée à assister les parlementaires, en liaison avec la Cour des comptes, dans l'exercice de leurs prérogatives de contrôle, notamment en ce qui concerne l'exécution des crédits votés. Parallèlement a été mise en place par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie la Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS).

À l'Assemblée nationale, le rapporteur général du budget publie depuis 1990 un rapport annuel sur l'application des dispositions fiscales. Ceci est l'occasion de vérifier si les dispositions réglementaires d'application ont été prises, si les administrations et les contribuables sont informés des dispositions nouvelles et si la mise en œuvre en est effective.

Dans le même esprit, les commissions permanentes établissent des rapports sur l'application de certains textes. C'est le cas pour l'application de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, ou de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

De façon plus générale, depuis 1971, le Sénat, par ses commissions permanentes, recueille les informations relatives à l'application des lois, lesquelles sont accessibles sur son site Internet.

Ce suivi de l'application des textes devrait régulièrement faire l'objet d'un débat public en séance plénière, et au moins une fois par an en présence du Premier ministre.

Sur un rythme plus régulier, une séance publique par mois ou par trimestre pourrait être consacrée au contrôle de l'application effective des lois et ordonnances, sur le modèle de la procédure retenue pour l'examen de la transposition des directives.



La publication dans *Légifrance*, à l'initiative du Premier ministre et du Secrétariat général du Gouvernement, en application notamment de la circulaire du Premier ministre en date du 30 septembre 2003, de l'état d'application des lois constitue une première étape importante. La circulaire du 30 septembre 2003 dispose notamment qu'« *une réunion interministérielle sera organisée dans les jours suivant la promulgation de la loi. Elle permettra d'effectuer le recensement des décrets nécessaires à l'application de la loi, d'apprécier quels sont ceux d'entre eux qui doivent faire l'objet d'une étude d'impact et d'arrêter un échéancier prévisionnel. Cet échéancier sera communiqué aux deux assemblées afin d'assurer l'information des parlementaires* ». Elle est complétée par les informations mises en ligne sur les sites Internet des Assemblées parlementaires à ce sujet.

Le « droit de suite du parlementaire rapporteur » a été mis en place depuis le 12 février 2004 par l'article 86 du règlement de l'Assemblée nationale à l'initiative du député M. Jean-Luc Warsmann. Actuellement limité à six mois, il pourrait utilement s'exercer jusqu'à ce que soient publiés l'ensemble des textes d'application de la loi qu'il a rapportée, voire prise la mesure des difficultés rencontrées dans son application.

Un tel contrôle parlementaire sur l'application des lois présenterait plusieurs avantages :

- il donnerait aux députés et aux sénateurs *un droit de suite public* sur les lois votées, ce qui serait évidemment opportun en terme de respect des choix de la représentation nationale et de sécurité juridique ;
- il nourrirait *l'évaluation des missions*, au sens de la LOLF, concernées par la loi en cause ;
- il encouragerait les parlementaires à transmettre au Gouvernement les informations dont ils disposent sur les *problèmes soulevés par l'application de certaines dispositions*.

Il devrait prendre appui sur le rapport que le Gouvernement doit désormais, conformément à l'article 67 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit²⁸⁵, présenter au Parlement dans un délai de six mois sur la mise en application de toute loi promulguée.

Une circulaire du Premier ministre en date du 20 janvier 2006 a, à juste titre, mis l'accent sur le nécessaire respect de cette exigence s'agissant de toute loi promulguée après le 9 décembre 2004, qu'elle soit d'initiative gouvernementale ou parlementaire, à l'exception des lois autorisant l'approbation ou la ratification des accords et traités. S'il s'agit d'une loi d'habilitation, le rapport donne toutes les informations sur les délais d'adoption des ordonnances prises sur le fondement de ces habilitations.

285. Article 67 de la loi n°2004-1343 de simplification du droit : « À l'issue d'un délai de six mois suivant la date d'entrée en vigueur d'une loi, le Gouvernement présente au Parlement un rapport sur la mise en application de cette loi.

Ce rapport mentionne les textes réglementaires publiés et les circulaires édictées pour la mise en œuvre de ce texte de loi, ainsi que, le cas échéant, les dispositions de cette loi qui n'ont pas fait l'objet des textes d'application nécessaires et en indique les motifs. »

2.2. Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen

2.2.1. Une meilleure information sur les réformes en préparation

« *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », rappelle l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Dans un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, les possibilités offertes par l'administration électronique et les nombreux sites Internet publics créés au cours des dix dernières années pourraient être mises à profit pour développer l'information sur les réformes en cours de préparation, la procédure et le calendrier prévisionnel de leur adoption.

Le support existe puisqu'on recense aujourd'hui environ 5 000 sites *Internet publics*. Par ailleurs, les téléservices ou téléprocédures, déjà au nombre de 200, dont les plus connus sont la déclaration d'impôt en ligne, le système mis en place pour le traitement des feuilles de soins (SESAM-VITALE), ou encore la délivrance des certificats de non-gage des véhicules, permettent également d'informer sur les diverses réformes envisagées et d'offrir, pour des périodes limitées dans le temps, des possibilités de réaction.

À titre d'exemple, le site « *Légifrance* », qui existe depuis déjà huit ans, est très consulté : du 1^{er} décembre 2004 au 31 décembre 2005, il a été visité 31 389 659 fois, ce qui représente une moyenne de 2,58 millions de visites chaque mois et 85 000 visites quotidiennes. Plus de 380 millions de pages ont été regardées²⁸⁶. En complément, le site *Service public* a enregistré 27 874 678 visites au cours de l'année 2005. Plus de 200 millions de pages ont été vues²⁸⁷.

Complémentaires, ces deux sites pourraient opportunément développer une information sur les réformes en cours de préparation et sur leur calendrier. La démarche est entamée puisque les projets de loi dès lors qu'ils sont déposés sur le bureau de l'une des Assemblées, et certaines propositions de loi y figurent d'ores et déjà sous une rubrique intitulée « *dossiers législatifs* ». Il serait intéressant d'étendre la présentation dès lors qu'elles sont déposées sur le bureau de l'une des Assemblées aux propositions de texte communautaire transmises par la Commission au Conseil et au Parlement européen pour négociation.

Le relais de l'information législative par ces sites améliorerait la prévisibilité du droit et permettrait d'ouvrir sur une période limitée à quelques semaines, comme chez nos partenaires européens (douze semaines au Royaume-Uni par exemple), des forums de discussion avec les principaux destinataires de la réforme.

La direction générale de la modernisation de l'État, qui regroupe désormais depuis quelques semaines l'Agence pour le développement de l'administration

286. Source : Secrétariat général du Gouvernement, décembre 2005.

287. Source : www.service-public.fr

électronique (ADAE), la Délégation aux usagers et aux simplifications administratives (DUSA), la Délégation à la modernisation de la gestion publique et des structures de l'État (DMGPSE) et la direction de la réforme budgétaire (DRB) pourrait intégrer cette dimension dans son plan stratégique relatif aux différents sites publics, en liaison avec le Secrétariat général du Gouvernement.

2.2.2. Une meilleure information sur les modalités d'application des lois

Chaque ministre pourrait organiser à intervalles réguliers, et avec une fréquence suffisante, des rendez-vous de presse afin de présenter le bilan de l'application des lois adoptées et des grandes missions relevant du ministère. Cette présentation pourrait s'appuyer sur des travaux d'évaluation émanant du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de corps d'inspection.

Le site « *Légifrance* » pourrait là encore développer la rubrique existante sur le bilan des mesures d'application des lois adoptées : celle-ci comprend déjà, pour chaque loi votée, le texte initial, les textes adoptés en première lecture, les documents législatifs de chaque Assemblée, les documents préparatoires et les débats parlementaires y afférant.

Seraient également susceptibles d'y être ajoutées les études d'options et les études d'impact réalisées au début de la procédure d'élaboration, ainsi que des restitutions régulièrement mises à jour des difficultés rencontrées dans l'application des textes.

Cette information « en ligne » devrait, là encore, permettre une remontée des observations sur l'application des textes, sur le modèle du site *www.betterregulation.gov.uk*, développé au Royaume-Uni à l'initiative du Premier ministre, en vue de réunir toutes les idées possibles sur les allègements et les améliorations à apporter.

2.3. Vers un accès au droit plus sûr

2.3.1. Perfectionner la codification et adapter les outils informatiques en vue d'une meilleure accessibilité

L'article 2 alinéa 2 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations consacre la mission de service public que constitue l'accès simple aux règles de droit prescrites par les autorités administratives en ces termes : « *Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constitue une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller.* »

Plusieurs étapes notables de cette meilleure accessibilité ont été constatées au cours des années 1990.

La codification à droit constant a été systématisée et accélérée depuis la mise en place de la Commission supérieure de la codification, recrée par le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989. Placée sous la présidence du Premier ministre et sous les vice-présidences successives de MM. Jean Kahn, Guy

Braibant et de Daniel Labetoulle, comprenant à la fois des parlementaires, des magistrats et des directeurs d'administration centrale, elle constitue sans aucun doute le progrès majeur des années 1990 sur l'accessibilité du droit.

Le nombre de codes figurant sur le site de « *Légifrance* » est aujourd'hui de **cinquante-neuf**. Selon les estimations, environ les deux tiers des lois et le quart des règlements ont été codifiés depuis 1991.

Les technologies ont réalisé des progrès qualitatifs importants dans le sens de nouvelles applications plus performantes et de moteurs de recherche plus puissants. Les textes du droit communautaire comme les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes pourraient devenir plus facilement accessibles grâce aux possibilités de liens hypertextes et de recherche intelligente offertes par les nouveaux moteurs de recherche.

Il serait notamment utile de recourir plus systématiquement à la technique des liens contextuels, de telle sorte que les articles les plus pertinents ou les plus fréquemment utilisés des codes électroniques renvoient automatiquement aux contenus des normes internationales et communautaires correspondantes, ainsi qu'aux éléments de jurisprudence, tant des juridictions nationales que de la Cour de justice des Communautés européennes.

Ceci suppose évidemment que la Commission et le Conseil accélèrent au préalable le travail de remise en ordre, de « refonte » et de codification des règlements et des directives. La Commission a d'ailleurs annoncé son souhait de *concentrer ses efforts sur la simplification et l'actualisation des 80 000 pages de législation européenne existante* : elle a invité les États membres, les entreprises et les citoyens à lui indiquer les obstacles bureaucratiques et les excès de réglementation susceptibles d'être supprimés. Une consultation Internet est organisée à cet effet.

On peut espérer que la pause récemment décidée par la Commission dans la production des normes soit mise à profit à cet effet. À ce stade, les seuls codes de droit communautaire sont le Code des douanes, actuellement en cours de remaniement, le Code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires institué par la directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 et le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, institué par la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, également du 6 novembre 2001.

Cependant, le renvoi à ces textes communautaires implique que leur consultation soit possible sur une base de données opérationnelle, d'un fonctionnement aisé et accessible à chacun. En l'état actuel du développement et des possibilités de consultation des bases de données, force est de reconnaître que l'accès aux textes communautaires s'avère laborieux.

Cette accessibilité malaisée au droit européen comme au droit international contribue largement à renforcer la perception de la complexité. La France pourrait peut-être présenter à la Commission des demandes précises à cet égard ou, compte tenu de son expérience et de son savoir-faire, formuler une offre de coopération.

En effet, le développement d'une base de données unique, conçue selon des spécifications semblables à celles élaborées pour « *Légifrance* », il y a huit ans déjà, mais adaptées aux récents développements technologiques, pourrait être



l'occasion de rendre accessible « *en temps réel* » les projets de texte communautaire, avec l'indication de leur agenda.

2.3.2. *Un nouveau statut pour le « droit souterrain »*

L'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, dans sa rédaction issue de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 dispose que « *font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ».

Le décret en Conseil d'État pris pour l'application de ces dispositions a été publié au *Journal officiel de la République française* le 31 décembre 2005 ²⁸⁸.

Il prévoit en son article 29 que les circulaires et instructions émanant des administrations centrales de l'État sont publiées dans des bulletins ayant une périodicité au moins trimestrielle et comportant dans leur titre la mention « Bulletin officiel ». Les modalités sont renvoyées à des arrêtés par ministère pour déterminer notamment le titre exact et la matière couverte par ce bulletin ainsi que le site Internet où le public peut les consulter ou s'en procurer copie.

L'article 30 de ce même décret renvoie, pour les circulaires émanant des autorités administratives de l'État agissant dans les limites du département, au recueil des actes administratifs du département ayant une périodicité au moins trimestrielle et à la voie électronique.

Les articles 31 et 32 sont relatifs aux actes des collectivités territoriales et des établissements publics. Dans tous les cas, aux termes de l'article 33, la publication intervient dans les quatre mois suivant la date du document.

En outre, l'article 1^{er} du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 ouvre la possibilité à tout intéressé de « *se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des instructions, directives, et circulaires publiées* » dans les conditions prévues par la loi du 17 juillet 1978 lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements.

Toutefois, dans la pratique, ces dispositions ne sont pas toujours respectées et les appréciations du rapport de l'OCDE rédigé en 2004 sur l'amélioration de la qualité de la réglementation en France ²⁸⁹ font apparaître une insuffisante mise à disposition ou publicité, en France, des normes réglementaires de niveaux inférieurs comme les arrêtés, les circulaires, les instructions ou les règlements des collectivités territoriales.

Elles mentionnent également la difficulté d'appréciation de l'entrée en vigueur effective de certaines lois en l'absence de leurs textes réglementaires d'application.

288. Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005.

289. OCDE, *La réforme de la réglementation en France*, 2004.

La publicité des circulaires et instructions est, en fait, souvent laissée à la discrétion des ministères : certaines font l'objet d'une publication au *Journal officiel de la République française*, d'autres figurent aux Bulletins officiels des ministères ; les dernières, nombreuses, ne font l'objet d'aucune publication. Leur recensement est par conséquent très difficile, voire impossible si on vise l'exhaustivité et la pertinence.

Bien entendu, toutes celles qui peuvent s'interpréter comme des mesures d'organisation du service n'ont pas à être nécessairement publiées. Il s'agit en réalité de documents internes à l'administration, et ils doivent le rester.

En revanche, toutes les notes qui comportent une interprétation du droit existant et prescrivent les modalités d'application de ce droit devraient être portées à la connaissance des usagers et citoyens, dans la lignée des évolutions jurisprudentielles du Conseil d'État qui est revenu sur la jurisprudence *Institution Notre-Dame-du-Kreisker* du 29 janvier 1954²⁹⁰ distinguant les circulaires interprétatives des circulaires réglementaires, et n'admettant l'intérêt à agir que contre ces dernières.

Par étapes, le Conseil d'État a en effet resserré son contrôle sur les circulaires et instructions pour finalement considérer, depuis l'arrêt de Section *M^{me} Duvignères* rendu le 18 décembre 2002²⁹¹, que celles-ci font grief dès lors qu'elles comportent des dispositions impératives à caractère général. Elles peuvent être annulées si elles fixent une règle nouvelle illégale ou si elles réitèrent une règle existante, mais elle-même illégale.

Cette dernière décision précise ainsi « *que les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elles entendaient expliciter, soit réitèrent une règle contraire à une norme juridique supérieure* ».

Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Pascale Fombeur dans ses conclusions sous l'arrêt *M^{me} Duvignères* : « [...] *dans la pratique administrative, les circulaires revêtent une grande importance, à tel point que les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux lois et aux décrets qu'elles entendent interpréter. Le Premier ministre, par une circulaire du 15 juin 1987 relative aux circulaires ministérielles publiée au Journal officiel le 17 juin 1987, avait*

290. CE, Ass., *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*, rec. p. 64 ; *Revue française de droit administratif*, 1954.50, conclusions de Bernard Tricot ; *Actualité juridique droit administratif* 1954. IIbis. 5 chronique de Gazier et Marceau Long ; *Revue du droit public et de la science politique*, 1955 175, note M. Waline.

291. CE, Sect., *M^{me} Duvignères*, 18 décembre 2002, rec. p. 463 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz, 2005, p. 894 ; *Revue française de droit administratif* 2003-274, conclusions de Pascale Fombeur ; *Actualité juridique droit administratif*, 2003.487, chronique Francis Donnat et Didier Casas.

ainsi jugé utile de rappeler que “l’intervention d’une circulaire ne doit jamais être regardée comme une condition nécessaire à l’entrée en vigueur d’une loi ou d’un règlement”. »

Il n’existe nulle part un recensement du nombre de circulaires émises par les administrations centrales. « Les ministères les multiplient – un rapport de la Section du rapport et des études, en 1985, avançait le nombre de 10 000 à 15 000 circulaires émises chaque année par les seules autorités centrales, et la situation ne semble guère s’être améliorée²⁹². » Cependant, le rapport public de 1991²⁹³ du Conseil d’État relevait une inflation globale du nombre de circulaires et d’instructions, et présentait un bilan pour certains ministères. Ainsi le nombre de circulaires du ministère de l’Intérieur a été multiplié par 4,5 entre 1978 et 1988. De même, le volume total des circulaires du ministère de l’Éducation nationale a crû, entre 1980 et 1990, de près de 50 %. Cette tendance s’est poursuivie, voire amplifiée, notamment en raison du développement des circulaires électroniques.

L’accessibilité du droit implique donc également le droit pour le citoyen d’être informé sur l’interprétation de l’administration et par conséquent sur l’application qui lui sera faite des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. Dans cet esprit, et afin d’éclairer les décisions des entreprises, des contribuables et des citoyens, les circulaires, instructions et tout document relatant la doctrine de l’administration sur un texte et ses modalités d’application devraient nécessairement faire l’objet d’une publication et figurer sur les sites Internet pertinents, notamment celui du ministère en charge de l’exécution.

Les codes publiés sur le site Internet « *Légifrance* » et les analyses figurant sur le site « *Service Public* » pourraient ainsi comporter des liens hypertextes avec ces circulaires ou instructions se prononçant sur les modalités d’application des dispositions ou de la procédure en cause.

2.3.3. Développer le rescrit et l’interlocuteur unique

Dans certains domaines ceci pourrait être complété par les interprétations successives de l’administration, sur des situations de fait ou des questions de droit, sur le modèle du rescrit fiscal ou du rescrit social.

Très ancien, le rescrit a été repris *en droit fiscal* par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, qui l’a introduit à l’article L. 64 B du Livre des procédures fiscales. Il dispose que la procédure de répression des abus de droit n’est pas applicable « lorsqu’un contribuable, préalablement à la conclusion d’un contrat ou d’une convention, a consulté par écrit l’administration centrale en lui fournissant tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable de cette opération et que l’administration n’a pas répondu dans un délai de six mois à compter de la demande ».

292. Conclusions de Pascale Fombour sur l’arrêt de Section *M^{me} Duvignères*, 18 décembre 2002.

293. Conseil d’État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, p. 18.

L'expression est généralement étendue à l'ensemble des procédures par lesquelles l'administration prend position par avance sur une situation fiscale. Cette démarche va au-delà de la simple demande de renseignements, puisqu'elle permet d'interroger l'administration de façon préventive sur les conséquences fiscales de certaines opérations en étant certain que les règles indiquées seront appliquées par la suite puisque l'administration ne pourra pas contester la situation si ses propres indications ont été suivies.

Le recours au rescrit sert un triple objectif : la promotion du « civisme fiscal », le renforcement de l'attractivité du territoire et la sécurité juridique par une meilleure prévisibilité.

Sur le plan juridique, cette procédure de consultation préalable de l'administration est organisée par *les articles L. 80A et L. 80B du Livre des procédures fiscales*.

L'article L. 80A prévoit que : « *Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivie par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente.* »

Cet article consacre le principe de l'opposabilité de sa doctrine à l'administration : elle ne peut par conséquent procéder à des rehaussements d'impositions lorsqu'il est établi que le contribuable s'est fondé sur une interprétation du texte légal formellement admise par l'administration.

La loi précitée du 8 juillet 1987 a étendu l'application de l'opposabilité de la doctrine de l'administration aux prises de position sur une situation de fait, et non plus sur la seule interprétation du droit. Cette disposition est codifiée à l'article L. 80B 1^{er} du Livre des procédures fiscales : « *La garantie prévue au premier alinéa de l'article L. 80A est applicable /1° Lorsque l'administration a formellement pris position sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal [...].* »

Il constitue le support juridique des consultations préalables de l'administration et organise par la suite des procédures et des délais particuliers de réponse de l'administration selon les dispositifs examinés. Depuis 1987, des régimes particuliers sont venus compléter ces dispositions, soit par voie législative, soit par instructions. Dans la pratique, la direction générale des impôts établit une distinction entre les rescrits pour les particuliers et les rescrits pour les professionnels.

Le site Internet de la direction générale des impôts comporte désormais une base de décisions de rescrits. Ces prises de position engagent l'administration. La procédure de rescrit fiscal fait aujourd'hui partie des trente-quatre mesures inscrites dans la Charte du contribuable publiée par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en octobre 2005, après avoir été présentée le 17 mai 2005 au Comité national des usagers.

La procédure de rescrit a été étendue par l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement : celle-ci instaure en effet **le rescrit social** mais dont le champ d'application est limité à certaines règles d'exonération de cotisations. Cette ordonnance est entrée en vigueur depuis le décret n° 2005-1264 du 7 octobre 2005 relatif au rescrit social et modifiant le Code de la sécurité sociale et le Code rural.

Cette procédure permet aux cotisants de demander à l'URSSAF de se prononcer explicitement sur l'application de certaines dispositions spécifiques du droit de la sécurité sociale à leur situation de fait. La position prise par l'URSSAF l'engagera à l'avenir, notamment en cas de contrôle.

Son champ d'application reste, à ce stade, limité, puisqu'il ne concerne que les exonérations de cotisations limitées à une zone géographique, soit une zone franche urbaine, soit une zone de revitalisation urbaine, soit une zone de revitalisation rurale pour les embauches de 1 à 50 salariés, les contributions patronales dues en matière de retraite complémentaire et de prévoyance complémentaire, enfin les mesures réglementaires spécifiques relatives aux avantages en nature et aux frais professionnels.

Elle est ouverte au cotisant ou au futur cotisant en sa qualité d'employeur. L'organisme dispose d'un délai de quatre mois pour instruire la demande et notifier sa décision. Ce délai court à compter du jour où le dossier est complet et peut être suspendu si des documents complémentaires sont nécessaires à l'instruction de la demande.

On peut aussi penser, **en droit de la concurrence**, à la procédure figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit qu'au cours d'une instance contentieuse, le Conseil de la concurrence peut accepter des engagements proposés par les entreprises qui sont de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles. Cette procédure, en effet, permet aux entreprises non seulement de solder un contentieux, mais aussi de connaître exactement les exigences de l'autorité de concurrence ce qui, à situation de fait constante, les protège de nouvelles poursuites.

Ce concept, ainsi entendu, est proche du « *ruling* » anglo-saxon ²⁹⁴.

Au Royaume-Uni la procédure du « *ruling* », plus systématiquement mise en œuvre à partir de 2001 ²⁹⁵, se fonde sur un dialogue direct avec les entreprises et la volonté d'apporter, en temps réel, les réponses aux questions relatives au régime fiscal de leurs activités.

Aux États-Unis, le rescrit répond à une logique de prévention des conflits avec les contribuables. Il constitue l'une des priorités de l'effort de modernisation des services des impôts, l'« *Internal Revenue Service* », depuis 2000. Les posi-

294. Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, « Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire », par Bruno Gibert, Corso Bavagnoli et Jean-Baptiste Nicolas.

295. 2001 : « Review of links with business », document émis par le *Cabinet Office*.

tions exprimées engagent l'administration américaine, y compris par la suite devant le juge. La publicité y est plus importante qu'au Royaume-Uni et la procédure est relativement plus concentrée qu'en France.

Cette démarche du rescrit marque une évolution d'une culture « régaliennne » vers une démarche de qualité de service rendu à l'usager dans un souci de sécurité juridique. Elle suppose nécessairement que l'administration soit liée par sa position et que son interprétation soit exprimée de façon suffisamment claire pour être réellement opposable, sans les ambiguïtés et les excès de précautions qui risqueraient de la priver de son effet utile devant le juge en cas de contentieux.

Cela implique également que les entreprises surmontent une certaine réserve à exposer un projet confidentiel à l'administration. La crainte de provoquer une procédure de contrôle fiscal explique pour l'instant une certaine réticence des entreprises à recourir au rescrit.

Développer une démarche de partenariat avec les petites et moyennes entreprises, sur l'exemple de quelques-uns de nos partenaires européens, serait également de nature à faciliter leurs démarches administratives et à renforcer leur sécurité juridique.

Une telle démarche, proposée d'ailleurs dans une récente étude du Conseil économique et social²⁹⁶ adoptée en mai 2005, mériterait un approfondissement. Elle viendrait utilement prolonger les efforts de la direction générale des impôts en faveur de l'instauration de *l'interlocuteur fiscal unique (IFU)*. Comme le rappelle le Conseil économique et social, cette fonction de conseil doit être clairement séparée du contrôle et de la sanction, mais elle doit engager l'administration.

Au Royaume-Uni, par exemple, chaque petite entreprise est dotée d'un interlocuteur administratif attitré. Ce service est géré par une Agence « *Small business services* »²⁹⁷, directement rattachée au ministère du Commerce et de l'Industrie « *DTI : Department of Trade and Industry* ». Cet agent rend visite à l'entreprise chaque année pour évoquer ses éventuelles difficultés et les opportunités à saisir, compte tenu des évolutions juridiques, du droit fiscal notamment. Il répond à l'ensemble des questions ou difficultés de la petite entreprise. Sa réponse engage l'administration pour la suite.

Des initiatives ont d'ores et déjà été prises par certaines URSSAF parties à la rencontre des entreprises pour les conseiller ou accompagner les créateurs.

De telles procédures pourraient être étendues à d'autres administrations, ainsi d'ailleurs que le suggère le rapport précité du Conseil économique et social dans le cadre des relations avec les organismes sociaux.

Créatrices de sécurité juridique, ces formules sont souhaitées par les usagers, qu'il s'agisse des particuliers, des entreprises ou des investisseurs internationaux. Elles sont de nature à renforcer l'attractivité économique du territoire, et

296. « Entreprises et simplifications administratives », adoptée par le Conseil économique et social en Assemblée plénière les 24 et 25 mai 2005.

297. www.sbs.gov.uk



à permettre de réfuter l'idée que notre pays n'offrirait ni sécurité juridique ni prévisibilité du droit, notamment en matière fiscale et sociale ²⁹⁸.

Ces nouvelles méthodes ne garantissent une certaine sécurité juridique que si les interprétations données par l'administration engagent celle-ci par la suite.

Dans un tel souci de sécurité des interprétations données par l'administration, les enseignements à retirer de certaines procédures communautaires, notamment de la procédure dite « *Lamfalussy* », pourraient utilement être étudiés. Cette procédure consiste à mettre en place, après l'adoption des règlements ou l'entrée en vigueur des directives, des comités de réglementation chargés de suivre l'évolution des besoins et de dégager des interprétations.

Une telle démarche suppose, dans l'objectif de respect de la légalité, une organisation appropriée et une formation continue des opérateurs en vue de leur assurer une connaissance actualisée du droit applicable.

Une instance de médiation, compétente pour statuer sur les éventuelles divergences d'interprétation, permettrait de prévenir ou d'accélérer le règlement des litiges, tout en allégeant la charge des tribunaux administratifs et par conséquent leurs délais de jugement.

298. Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire français, Michel Charzat, Pierre Hanotaux, Claude Wendling, juillet 2001. Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, « Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire », par Bruno Gibert, Corso Bavagnoli et Jean-Baptiste Nicolas.

Les facteurs de prolifération et de complexification des normes ne sont pas tous maîtrisables.

On aurait, s'il en allait autrement, depuis longtemps tiré profit de l'avertissement de Montaigne :

« Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure... Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers et à y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions n'arrivera pas à la variation des exemples. Il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles. Les plus désirables, ce sont les plus rares, simples et générales [...] »²⁹⁹. »

Les exigences de sécurité juridique et d'efficacité économique rendent, en revanche, nécessaire l'élimination des dérives qui disqualifient la loi et le législateur, et menacent la cohésion sociale.

Pour atteindre cet objectif, car ce qui est en cause, à peine de paralysie des institutions et de la société, est une obligation de résultat, il ne suffit pas de porter un diagnostic sur le mal ; encore faut-il imaginer des remèdes à sa mesure. Tel n'a pas été le cas, jusqu'à présent, en France, au contraire de plusieurs pays étrangers. Sortir de ces limbes n'est pas impossible en ayant recours à des procédés conformes à la tradition nationale, mais en rupture avec les abandons dénoncés par Montaigne.

Il n'est d'autre solution, dans cette perspective, que de mettre en place des dispositifs propres à faire efficacement contrepois aux facilités et aux tentations, et de faire en sorte qu'ils ne tombent pas promptement en désuétude. Aussi bien, si une partie des stratégies proposées appelle essentiellement des efforts d'organisation, une autre ne peut-elle entrer dans les mœurs, et infléchir celles-ci, qu'au prix de l'énoncé solennel, par la voie constitutionnelle si nécessaire, de disciplines qui resteront, sinon, vœux pieux et lettre morte.

299. Montaigne, *Essais*, livre III, chapitre 13 (1580-1588).

Des pays où le droit écrit dispose d'un moindre crédit qu'en France s'en sont à l'évidence avisés, et n'ont pas hésité à édicter, malgré tout, un droit écrit de l'élaboration du droit, destiné à éviter que l'intempérance normative ne débouche sur l'insignifiance des normes.

On ne saurait, par conséquent, tenir pour dérisoire que, pour arracher les lois au désordre, en faire moins, et de meilleures, il faille encore écrire une loi. Surtout pas dans une société où la loi revêt une portée symbolique. Y renoncer reviendrait à s'abandonner à des fatalités dont on a assez dit les conséquences perverses pour mesurer l'urgence de les conjurer.

Contributions



La loi britannique et la sécurité juridique

John S. Bell

Professeur à la faculté de droit, université de Cambridge

Le *National Audit Office*¹ a récemment souligné plusieurs causes de complexité du droit pour les usagers².

En premier lieu, la *complexité normative* résulte parfois d'une mauvaise conception des lois. Les modifications récurrentes d'un régime juridique conduisent généralement à une modification des pratiques, et peuvent avoir des conséquences imprévues sur le système qui en résulte. Les changements occasionnels de la réglementation peuvent créer un « terrain bigarré » de règles offrant une multiplicité d'approches pour une situation juridique donnée.

Une seconde cause de complexité du droit provient de la *complexité administrative*, et essentiellement des interactions entre les administrations chargées de la mise en œuvre des politiques publiques. En effet, les défauts de coordination peuvent engendrer des incohérences entre les différentes réponses qu'elles apportent à une même problématique. Des divergences apparaissent aussi bien dans l'élaboration des normes, que dans leurs interprétations.

Le *National Audit Office* constate qu'il est souvent difficile pour l'utilisateur de distinguer la complexité résultant des normes elles-mêmes, de celle induite par leur application, notamment lorsque celle-ci relève d'un pouvoir discrétionnaire.

Aussi, le rôle du législateur producteur de normes, et celui de l'administration, chargée de leur application sont-ils indissociables.

C'est sur ce constat que se sont appuyées les mesures prises depuis 1997 au Royaume-Uni³, afin de clarifier et rendre plus efficace non seulement l'élaboration de la législation, mais aussi son interprétation et sa mise en œuvre.

1. Le *National Audit Office* est une institution supérieure de contrôle des comptes publics. Il s'agit d'un organe indépendant, ne recevant aucune instruction, et travaillant en symbiose totale avec la commission de contrôle des comptes publics de la Chambre des communes. En outre, le contrôleur général qui se trouve à la tête du *National Audit Office* est nommé sur proposition de la Chambre des communes et la loi le considère comme appartenant au personnel de l'Assemblée.

2. National Audit Office, *Dealing with the complexity of the benefits system*, 18 novembre 2005, p. 7-8.

3. Ce texte se concentre sur les procédures du Parlement britannique sans examiner les procédures législatives au sein des assemblées décentralisées, celles-ci étant calquées sur le même modèle.

En matière de complexité normative, plusieurs problématiques doivent être relevées :

- la lisibilité des textes ;
- l'évaluation de l'impact du fardeau réglementaire sur l'utilisateur ;
- l'élaboration des textes.

La lisibilité des textes

L'illisibilité originelle des textes juridiques. Dans la tradition britannique, les projets de loi sont rédigés par des juristes spécialisés de la fonction publique, regroupés au sein de l'*Office of Parliamentary Counsel*⁴. Un ou plusieurs juristes sont chargés de préparer le texte, avant de le soumettre aux sous-commissions du *Cabinet*.

Cependant, le projet de texte initial est sujet à d'importantes déformations lors de la procédure parlementaire. Ainsi, lorsque le projet de loi est renvoyé en commission, le recours aux amendements peut conduire à le modifier substantiellement. Dès lors, et sauf corrections apportées par la Chambre des Lords, le texte de loi comporte fréquemment des défauts de rédaction. *De facto*, si la qualité des textes initiaux est garantie, celle du texte issu du Parlement n'est pas nécessairement assurée.

D'autre part, le débat relatif à l'excessive complexité rédactionnelle des lois britanniques⁵ est ancien. Au Royaume-Uni, la volonté du législateur de prétendre à l'exhaustivité est plus prégnante qu'en France et le conduit à envisager une multiplicité de situations et d'hypothèses qui conduisent à des textes généralement plus longs et plus techniques. Depuis plusieurs années, certains groupes de pression proposent de simplifier et de vulgariser le langage administratif (dit « *plain English* »), mais sans pour autant exercer une influence décisive sur la structure de la plupart des lois. Néanmoins, pour la législation fiscale, le Parlement a voté en 1997 une procédure spéciale relative à l'adoption de ces lois, dite *Tax Law Rewrite Bills*. En deuxième lecture les textes fiscaux sont renvoyés pour avis⁶ à une commission conjointe aux deux Chambres. Celle-ci réalise de nombreuses auditions d'experts et d'acteurs extérieurs afin d'améliorer la qualité rédactionnelle des textes en vue d'une meilleure accessibilité.

L'illisibilité résultant de l'évolution de la législation. Aujourd'hui, le citoyen peut aisément accéder au droit en vigueur. Si les banques de données privées (*Westlaw* et *Butterworths Direct*) ou publiques permettent de consulter la ver-

4. Cf. J. Bell et G. Engle, *Cross on Statutory interpretation*, 1995, p. 199-203 ; M. Zander, *The law-making process*, 2004, p. 14-37.

5. *Op. cit.*, J. Bell et G. Engle, *Cross on Statutory interpretation*, 1995 ; M. Zander, *The law-making process*, 2004.

6. D. Salter, « Towards a Parliamentary Procedure for the Tax Law Rewrite », *Statute law Review*, 1998.



sion consolidée du texte, elle ne font pas nécessairement ressortir les évolutions législatives, publiées par l'*Office of Public Sector Information* (anciennement *Stationary Office*). Lorsque l'application du texte ne pose pas de difficulté majeure, un manque de cohérence peut néanmoins subsister en raison de la concurrence des textes en vigueur. À ce titre, la *Law Commission* propose régulièrement l'abrogation des lois tombées en désuétude (*statute law revision*) ou leur codification (*consolidation*)⁷. Chaque année, une loi « fourre-tout » (*omnibus*) d'abrogation est votée par le Parlement, faisant suite aux travaux menés par la *Law Commission*, et après une large consultation citoyenne.

L'accessibilité des textes. Les usagers ne peuvent que difficilement comprendre la cohérence d'un droit éclaté entre des dispositions relevant de la loi et d'autres relevant de la législation secondaire (*delegated legislation*). Cette dernière est en effet sujette à de nombreuses modifications de tout ou partie des textes sans que, dans ce dernier cas, les ministres chargés des projets modificatifs ne veillent forcément à la cohérence d'ensemble du dispositif en résultant. Aussi, pour mieux saisir le droit applicable dans son intégralité, il est nécessaire de considérer les modifications successives des textes.

Par ailleurs, pour assurer une meilleure accessibilité des règles de droit aux non-juristes, notamment aux Petites et Moyennes Entreprises (PME), il a été décidé d'en présenter l'essentiel dans un langage simple et clair. Dans le cadre du programme « *better regulation* » chaque ministère publie à l'attention des entreprises une présentation synthétique des règles de base du secteur concerné, disponible sur le portail du service gouvernemental « *Business Link* »⁸. Cette initiative fait suite à la publication en mai 2003 du document « *No-Nonsense Guide to Government rules and regulations for setting up your business* » du « *Small Business Service* »⁹. L'outil Internet, permettant ainsi la publication et une meilleure accessibilité aux textes, a remporté un succès considérable : 7 millions de visiteurs ont été dénombrés entre novembre 2003 et mars 2005¹⁰.

Le programme « *Business Link* » s'efforce non seulement d'assurer une meilleure accessibilité du droit, mais aussi de développer un dialogue direct avec les PME par le biais de consultations menées, depuis avril 2005, grâce au réseau des services « *Business Link* », rattaché aux agences de développement régional (« *Regional Development Agencies* »). Par ailleurs, le Gouvernement a décidé de consacrer deux jours par an, le 6 avril et le 1^{er} octobre¹¹, à l'application effective des législations primaire et secondaire relatives à la réglementation des PME.

7. M. Zander, *The law-making process*, 2004.

8. <http://www.businesslink.gov.uk>.

9. Le *Small Business Service* (<http://www.sbs.gov.uk>) est une administration autonome, contrôlée par le *Department for Trade and Industry* dont la mission consiste à soutenir les PME. Cet organisme prodigue des conseils fiscaux et de financement aux PME.

10. *Small Business Service, Annual Report and Resouces Accounts*, 2004-2005, p. 18.

11. *Ibid.*, p. 26.

Le Gouvernement peut également consulter des entreprises membres du réseau afin d'évaluer les effets des projets réglementaires et leurs éventuelles conséquences sur la complexité du droit.

L'évaluation de l'impact sur l'utilisateur

La complexité de la loi résulte tant d'une moindre lisibilité des textes que de la multiplicité croissante des normes entraînant d'éventuelles redondances et contradictions. Ainsi, certaines règles relatives à la sécurité des personnes peuvent entrer en conflit avec des dispositions rendant l'accès des bâtiments aux handicapés obligatoire.

Aussi, depuis 1994, les gouvernements successifs se sont-ils employés à réduire la complexification de la loi. Le recours aux études d'impact participe de cette politique.

Les textes législatifs font l'objet d'une double évaluation : par une *évaluation préalable* de la nécessité et de l'impact de la proposition de loi (*Regulatory Impact Assessments*) et *a posteriori* au moyen de la déréglementation (*deregulation*).

Depuis 1998, le *Cabinet Office* exige que les projets de loi soient accompagnés de *Regulatory Impact Assessments*. Ces études d'impact ont pour fonction d'évaluer les éventuelles conséquences de toute nouvelle réglementation, par une approche en terme de bilan coûts-avantages. Elles doivent par ailleurs recenser toutes les alternatives possibles, y compris l'abandon du projet de loi. Réalisées par chaque ministère, les études d'impact font appel à une large consultation d'acteurs directement concernés par la loi en cours d'élaboration. Depuis 2002, les évaluations visent également les petites et les moyennes entreprises.

Cependant, en pratique, la réalisation de ce bilan se révèle souvent difficile. L'étude menée par le *National Audit Office* en 2005 souligne en effet que si les ministères sont parvenus à identifier les coûts des réformes¹², l'évaluation de leurs avantages se révèle autrement plus délicate.

Le *National Audit Office* recommande aux ministères d'avoir recours à des économistes pour mener à bien ces études d'impact.

Aussi, pour pallier au mieux les conséquences trop incertaines de la réglementation, les études d'impact s'avèrent-elles indispensables afin de mieux encadrer les décisions politiques.

À maintes reprises, cette procédure a permis d'apporter des corrections substantielles aux projets de loi. Cependant, selon le *National Audit Office*, certains effets ne peuvent être évalués qu'*a posteriori*, c'est à dire après l'adoption des

12. National Audit Office, *Evaluation of Regulatory Impact Assessments Compendium Report 2004-2005*, 2005 § 9.



décisions majeures concernant le projet de loi. La transposition des directives européennes illustre bien ce cas de figure. Or, même dans cette dernière hypothèse, l'évaluation se révèle bénéfique puisqu'elle améliore la qualité de la décision et contribue à assurer une meilleure transparence politique ¹³.

Le recours aux *Regulatory Impact Assessments* n'est qu'une option parmi d'autres pour évaluer la pertinence des interventions législatives. Dans d'autres cas en effet, il s'agit non plus de « filtrer » ou de prévenir l'introduction de nouvelles réglementations mais plutôt de réviser des textes déjà en vigueur et d'envisager une éventuelle déréglementation (*deregulation*).

Le *Regulatory Reform Act 2001* ¹⁴ offre la possibilité de réviser certaines lois et décrets afin de réduire le fardeau de la réglementation. Pour cela, le ministre doit ainsi déposer un projet de décret de déréglementation (*regulatory reform order*), accompagné d'un exposé des motifs. À l'issue d'un examen en commission parlementaire le texte peut être modifié par le ministre. La commission parlementaire publie alors un rapport sur le texte (en incorporant ses modifications), et le Parlement délibère en séance plénière. Enfin, vient l'adoption du texte définitif par le Parlement ¹⁵.

Cette procédure ne s'applique que dans le but de réduire le « fardeau administratif » (*administrative burdens*). Pour prendre leur plein effet, ces réformes législatives doivent être complétées par des réformes administratives. La réforme de 2005 proposée par la Commission Hampton vise ainsi à réduire le nombre de formulaires et de réglementations superflus. En pratique, s'il est aujourd'hui régulièrement procédé à un examen administratif de la réglementation en vigueur, celui-ci sera prochainement complété par un projet de loi le rendant obligatoire ¹⁶. Ce texte devrait contribuer à restreindre l'intervention de la régulation gouvernementale aux situations où des risques l'exigent.

Si chaque ministère doit se conformer à la procédure des *Regulatory Impact Assessments* en accompagnement de ses projets de loi, l'évaluation est ensuite réalisée en deux étapes au sein du Gouvernement. D'abord, ils subissent un examen détaillé par le *Regulatory Impact Office* du *Cabinet Office*. Ensuite, les éléments dont l'impact sur les entreprises s'avère significatif doivent être approuvés par le *Prime Minister's Panel for Regulatory Accountability*. Ces procédures internes au Gouvernement lui permettent de s'assurer de l'absence de dispositions trop complexes pour les usagers. Le régime des *Regulatory Impact Assessments* fait l'objet d'évaluations régulières par le *National Audit Office*, dont les missions sont comparables à celles de la Cour des comptes française. Par ailleurs, depuis 1997, la *Better Regulation Task Force*, organe

13. National Audit Office, *Evaluation of Regulatory Impact Assessments Compendium Report 2004-2005*, 2005 § 19 et 21.

14. Cette loi se substitue à la *Deregulation and Contracting Out Act 1994*, celle modifiant uniquement les lois antérieures à 1994.

15. La procédure prend la forme d'*affirmative resolutions* : le Parlement doit adopter le texte par un vote positif.

16. Cf. « Better Regulation Action Plan » du Chancelier de l'Echiquier, 24 mai 2005 (<http://www.hm-treasury.gov.uk>).

indépendant, évalue les *Regulatory Impact Assessments* puis en publie les résultats. Le Gouvernement est tenu de répondre à ces rapports.

La préparation des textes

En 1971¹⁷, 81 lois ont été promulguées, représentant 2107 pages ou 1963 articles. En 2003, on en dénombrait 44, soit 2868 pages. Ainsi, on constate une augmentation sensible du volume des lois. Les décrets ont connu une évolution similaire. Cependant, la complexité de ces textes peut être réduite par une discussion préalable au vote du projet de loi ou du décret.

Au Royaume-Uni il n'existe pas d'examen préalable par une instance indépendante des projets de loi, tel que le Conseil d'État français ou le *Lagrådet* suédois¹⁸. D'ailleurs, H. Benyon souligne que dans les années 1970, seuls 28 % des lois faisaient l'objet d'un tel examen. En outre, un rapport de 1992 a conclu que les lois étaient trop souvent mal conçues, et insuffisamment précises¹⁹. Pour les 72 % restant n'était réalisée qu'une évaluation au sein de commissions internes au *Cabinet*. Enfin, les commissions parlementaires saisies d'un projet de loi se contentaient d'en discuter les amendements, au détriment de la cohérence d'ensemble du texte et sans pour autant produire de rapport d'information.

Néanmoins, depuis les années 1990, et plus particulièrement depuis 1997, la procédure législative a connu de profondes évolutions.

La prise de conscience par le Gouvernement conservateur des défauts de la procédure parlementaire, a conduit à développer l'examen des projets de loi en commission parlementaire. Celle-ci, siégeant en séance publique, réalise des consultations d'intervenants extérieurs (experts, citoyens, etc.). Elle examine la cohérence d'ensemble de la politique proposée, ainsi que ses modalités de mise en œuvre. À l'issue de la délibération, la commission produit un rapport qui contribue à l'amélioration du projet définitif, soumis au Parlement²⁰. Ainsi, le rapport de la commission conjointe des Chambres sur le *Communications Bill* de 2002 contenait-il 148 recommandations, dont 120 furent acceptées par le Gouvernement²¹.

17. M. Zander, *The law-making process*, 2004.

18. Le Parlement recourt de plus en plus à l'examen constitutionnel et juridique des textes de loi par la Commission conjointe des chambres parlementaires en matière de droits fondamentaux (*Joint Committee on Human Rights*) et la Commission sur la Constitution, celles-ci s'associant aux commissions internes du *Cabinet*. Cf. R. Hazell, « Who is the guardian of legal values in the legislative process : Parliament or the Executive ? », *Public Law*, 2004, p. 495.

19. Cf. thèse de H. Benyon, *Independent Advice on Legislation*, 1982, p. 21.

20. A. Kennon, « Pre-legislative scrutiny of draft Bills », *Public Law*, 2004, p. 477.

21. *Ibid.*, p. 490.

Le Gouvernement a recours à cette procédure pour l'élaboration de projets de loi faisant l'objet d'un large consensus politique – de 6 à 10 projets de loi en moyenne par session²². Dès lors, les controverses portent essentiellement sur les questions de société et sur l'appréciation de l'efficacité des mesures proposées.

Conclusion

Au regard des différentes initiatives mises en œuvre afin de réduire la complexité du droit, le bilan apparaît en demi-teinte. Si l'on considère les différents programmes de réglementation mis en œuvre à cet effet, il n'est pas établi qu'ils aient contribué à une forte diminution de la complexité législative et réglementaire.

Par ailleurs, certaines décisions politiques impliquent un accroissement de la réglementation : ainsi, les textes relatifs à la discrimination sous toutes ses formes se sont-ils multipliés. La lutte contre le blanchiment des fonds terroristes offre une autre illustration de ce phénomène.

De surcroît, ces lois à portée politique induisent souvent un moindre temps de réflexion, ce qui conduit à leurs modifications ultérieures.

Cependant, s'il semble bien que la complexité juridique demeure une réalité au Royaume-Uni, les efforts mis en œuvre ces dernières années ont eu pour effet, dans une certaine mesure, de la réduire.

22. *Ibid.*, p. 492-494.

Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique

*Damien Chamussy,
administrateur de l'Assemblée nationale,
chargé de mission au Conseil constitutionnel*

Nul ne conteste que la jurisprudence du Conseil constitutionnel exerce une influence sur la qualité de la législation. Ne serait-ce qu'à travers la sanction des « incompétences négatives », le Conseil s'assure, de longue date, que la loi comporte bien certaines caractéristiques. Depuis 1999, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi lui offre des possibilités nouvelles. Cette influence peut également s'exercer au travers du contrôle de la procédure parlementaire, lequel représentait, dans l'esprit du constituant de 1958, l'une de ses missions premières.

Cependant, le débat sur la législation a pris une ampleur nouvelle au cours de la période récente. Son volume croît ; sa qualité, souligne-t-on, se dégrade, les textes devenant trop touffus, trop « bavards ». On constate, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, une forte augmentation du nombre d'amendements déposés sur les textes examinés. Les conditions dans lesquelles le Parlement travaille sont critiquées ; les sessions extraordinaires se succèdent sous la douzième législature alors que l'on pouvait penser, en 1995, lors de la mise en place de la session unique, qu'elles disparaîtraient ou qu'elles se limiteraient désormais à de courtes anticipations ou prolongations de la session ordinaire.

Les causes de ce phénomène ont été souvent analysées. Elles sont, au demeurant, nombreuses : influences croisées du droit international, du droit communautaire et de la décentralisation, alternances politiques, complexification des rapports sociaux, accélération du temps dans des sociétés médiatisées, utilisation de la loi comme un « instrument de communication », etc. Il existe, aussi, une « demande sociale » de loi, qui produit des effets négatifs bien qu'elle témoigne du renforcement de la place du droit dans une société moderne.

C'est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel a manifesté sa volonté de contrôler davantage le bon déroulement de la procédure parlementaire et la qualité de la législation. Son président, M. Pierre Mazeaud, avait solennellement justifié cet engagement, le 3 janvier 2005, à l'occasion de ses vœux au Président de la République : « *Il faut comprendre que la qualité de la législation n'est pas une simple question technique. Sa dégradation est un mal profond qui peut porter atteinte aux fondements mêmes de l'État de droit.* » Cette déclaration faisait écho aux préoccupations exprimées, il y a près de quinze

ans, par le Conseil d'État : « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* ¹. »

Ainsi, au cours de la période récente, le Conseil constitutionnel a abordé de façon renouvelée des questions aussi différentes que le droit d'amendement, le sens de la « navette » et la procédure parlementaire au sens large, la place des dispositions réglementaires dans les textes législatifs ou celle des dispositions ordinaires dans les lois organiques, l'objet, la forme et le contenu de la loi. Son objectif : contribuer à la sécurité juridique.

I. La procédure législative

En contrôlant la procédure, le Conseil constitutionnel peut agir sur la qualité de la législation. C'est en particulier à propos du droit d'amendement qu'il a manifesté, à l'occasion de plusieurs décisions récentes, son souci d'une plus grande rigueur.

1) La recevabilité financière des initiatives parlementaires

Les procédures d'examen de la conformité des amendements à l'article 40 de la Constitution doivent s'exercer au moment de leur dépôt : c'est ce qu'a rappelé le Conseil au considérant 28 de sa décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005 ².

En effet, examinant l'article 7 de la nouvelle loi organique sur les lois de financement de la sécurité sociale, qui permet à un parlementaire de majorer le montant d'un sous-objectif inclus dans un objectif à condition de ne pas augmenter le montant de celui-ci, le Conseil a renvoyé aux procédures d'examen de la recevabilité financière le soin de vérifier la conformité des amendements à l'article 40 de la Constitution. Il a précisé, à cet égard, que lesdites procédures « *doivent s'exercer au moment du dépôt d'un amendement* ».

Cette exigence de contrôle *a priori* vaut pour tous les amendements ayant un impact financier. Elle doit également prévaloir, par exemple, lorsqu'un parlementaire prend l'initiative d'augmenter les crédits d'un programme en compensant ce mouvement par une diminution corrélative des crédits d'un autre programme au sein de la même mission, comme la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances lui permet de le faire.

Le Conseil a ainsi rappelé le caractère absolu de l'irrecevabilité financière instituée par l'article 40 de la Constitution tant pour les propositions de loi ³ que pour les amendements, dont l'absence de contrôle participe de l'encombrement du Parlement et de l'inflation législative.

1. Rapport public 1991 du Conseil d'État, *De la sécurité juridique*.

2. *Journal officiel* du 3 août 2005, p. 12661.

3. Décision n° 78-94 DC du 14 juin 1978, Rec. p. 15.



L'exigence d'un contrôle *a priori* a été réaffirmée, le 13 octobre 2005, par la décision n° 2005-526 DC rendue sur le règlement de l'Assemblée nationale⁴. Avant de valider les deux articles rendant applicables les nouveaux principes de recevabilité financière résultant des lois organiques des 1^{er} août 2001 (relative aux lois de finances) et 2 août 2005 (relative aux lois de financement de la sécurité sociale), le Conseil s'est assuré que les procédures mises en œuvre à l'Assemblée nationale s'exerçaient bien au moment du dépôt des amendements.

2) La clarté et la sincérité des débats

La décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, précitée, a aussi été l'occasion pour le Conseil de procéder à une avancée en ancrant dans la Constitution les principes de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

La résolution adoptée par l'Assemblée nationale afin de modifier son règlement instituait un nouveau délai limite pour le dépôt des amendements à la seconde partie du projet de loi de finances. Désormais, les amendements des députés aux missions et aux articles qui leur sont rattachés, d'une part, et aux articles non rattachés, d'autre part, ne peuvent plus être présentés, « sauf décision de la Conférence des Présidents », que jusqu'à 17 heures l'avant-veille de la discussion de ces missions ou la veille de la discussion de ces articles.

Cette mesure ne soulevait pas de difficulté, le Conseil ne pouvant qu'admettre, dans certaines limites, la possibilité pour une assemblée d'encadrer le dépôt des amendements. Le 13 octobre 2005, il a simplement relevé, comme il l'avait déjà fait en 1990 à l'occasion d'une modification du règlement du Sénat⁵, que les délais de dépôt prévus par la résolution, « *qui visent uniquement les amendements émanant des députés, n'interdisent pas de déposer ultérieurement des sous-amendements* » (cons. 4).

Mais la résolution laissait à la Conférence des Présidents la faculté de fixer un autre délai, plus large ou plus restrictif, pour le dépôt des amendements. Dès lors que cette faculté ne faisait l'objet d'aucune limitation dans le temps, le Conseil était conduit à se poser de nouveau la question du droit d'amendement : il a donc précisé, dans une réserve, que la Conférence des Présidents devra exercer sa compétence dans le respect du droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution.

L'intérêt de cette décision réside surtout dans le fait que, à cette occasion, le Conseil a considéré que la faculté reconnue à la Conférence des Présidents de fixer un délai pour le dépôt des amendements « *peut permettre d'assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : "La loi est l'expression de la volonté générale..."*, ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants..." ».

4. *Journal officiel* du 20 octobre 2005, p. 16610.

5. Décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990, cons. 9, Rec. p. 79.

La notion de sincérité des débats parlementaires était apparue dans la jurisprudence du Conseil à l'occasion de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (cons. 4) ⁶. L'article 6 de la Déclaration de 1789 constitue, quant à lui, le fondement sur lequel a été bâtie la jurisprudence nouvelle relative à la normativité de la loi (voir *infra*).

En consacrant, le 13 octobre 2005, l'ancrage constitutionnel de ces notions de clarté et de sincérité des débats, **le Conseil a mis l'accent sur l'importance que doit revêtir la qualité de la loi, et donc corrélativement sur l'importance de la qualité du débat qui doit présider à son adoption, celui-ci devant être, autant qu'il est possible, toujours clair et sincère.**

Il résulte de cette décision deux principes essentiels pour la procédure législative.

En premier lieu, les assemblées peuvent instituer, si elles le souhaitent, des délais pour le dépôt de l'ensemble des amendements, sous réserve des conditions fixées par la jurisprudence. Cette pratique existe déjà au Sénat ; le président Jean-Louis Debré souhaite la généraliser également à l'Assemblée nationale ⁷. Certes, le droit d'amendement demeure protégé, mais on peut déduire de la décision du 13 octobre 2005 que le Conseil se refuse désormais à le faire prévaloir en toute circonstance.

En second lieu, le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire peut permettre aux assemblées de prendre, plus largement, des mesures tendant à encadrer leurs travaux, dès lors qu'elles sont justifiées par la nécessité d'assurer la qualité de la législation et qu'elles sont conciliées avec les autres principes constitutionnels.

3) Le droit d'amendement et la navette

La jurisprudence sur le droit d'amendement, qui donne tout son sens à la « navette » entre les deux assemblées, a beaucoup fluctué au cours des années 1980 et 1990. Elle s'est, depuis, stabilisée.

Avec les décisions récemment rendues à ce propos par le Conseil constitutionnel, cette jurisprudence est également devenue cohérente au regard de la procédure législative et des exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

Le lien entre l'amendement et le texte en discussion

- La rationalisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit d'amendement a débuté en 1998. Le Conseil, qui avait jusque-là récusé toute restriction du droit d'amendement du Gouvernement à quelque stade que ce

6. *Journal officiel* du 24 avril 2005, p. 7173.

7. Voir la proposition de résolution n° 2792 tendant à modifier l'article 99 du règlement relatif au délai de dépôt des amendements présentée, le 17 janvier 2006, par M. Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée nationale.

soit de la procédure parlementaire ⁸, commence alors à se rallier à la « théorie de l'entonnoir », du moins, jusqu'à une date récente, pour la partie de la discussion s'ouvrant avec la tenue de la commission mixte paritaire (CMP) ⁹.

Dégagée il y a fort longtemps par la pratique parlementaire et figurant également dans les règlements des assemblées, la « théorie de l'entonnoir » signifie qu'au cours de la navette, le débat ne doit plus porter que sur les dispositions sur lesquelles un accord n'est pas déjà intervenu.

En se fondant sur l'économie de l'article 45, le Conseil a ainsi jugé que, après la réunion de la CMP, le Parlement ne peut ni apporter des adjonctions au texte en examen ni modifier des dispositions auparavant adoptées en termes identiques.

Des exceptions sont cependant admises au profit des amendements qui sont soit en relation directe avec une disposition restant en discussion, soit dictés par la nécessité de respecter la Constitution, d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de corriger une erreur matérielle.

• En 2001, la théorie sur les « limites inhérentes » à l'exercice du droit d'amendement, développée par le Conseil à partir de 1986 ¹⁰, a également cédé la place à une conception plus réaliste, et plus respectueuse des prérogatives parlementaires, du lien entre les amendements et les textes en discussion : appliquant des principes proches des règlements des assemblées ¹¹, le Conseil exige, désormais, que, dès avant la commission mixte paritaire, les amendements ne soient pas dépourvus de tout lien avec les autres dispositions du texte initialement déposé ¹².

Depuis, plusieurs décisions ont confirmé cette double jurisprudence qui contribue à la qualité de la législation en assurant la cohérence des textes de loi.

8. Le Conseil avait reconnu un droit d'amendement au Gouvernement en deuxième lecture (décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Rec. p. 42) et même après la tenue d'une commission mixte paritaire : voir la décision n° 81-136 DC du 31 décembre 1981, Rec. p. 48 (hypothèse de l'échec de la CMP), ainsi que la décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, Rec. p. 179 (hypothèse de l'accord en CMP).

9. Le revirement est mis en œuvre par la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, Rec. p. 269 (censure de quatre articles d'une loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier issus d'amendements adoptés après l'échec de la commission mixte paritaire). Il a été précisé par des décisions ultérieures (notamment par les décisions n° 2000-429, Rec. p. 84, et n° 2000-430 DC, Rec. p. 95, des 30 mai et 29 juin 2000).

10. Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, précitée. Voir, pour une application concrète, la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Rec. p. 13.

11. L'article 98-5 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que : « *Les amendements et les sous-amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils sont proposés dans le cadre du projet ou de la proposition.* » L'article 48-3 du règlement du Sénat prévoit que : « *Les amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du texte en discussion.* » Ces principes figuraient déjà dans les règlements des assemblées, à quelques nuances près, sous les III^e et IV^e Républiques.

12. Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Rec. p. 63.



Ainsi, dans sa décision n° 2003-479 DC du 30 juillet 2003 (loi de sécurité financière, Rec. p. 409), le Conseil a déclaré contraire à la Constitution un article ayant trait à la procédure disciplinaire des fonctionnaires du Sénat au motif qu'il était dépourvu de tout lien avec le projet de loi qui, lors de son dépôt, comportait exclusivement des dispositions relatives aux marchés financiers, à l'assurance, au crédit, à l'investissement, à l'épargne et aux comptes des sociétés.

Dans sa décision n° 2003-481 DC du même jour (loi relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, Rec. p. 411), le Conseil a censuré une disposition validant des actes réglementaires ayant pour effet de modifier le taux de remboursement de certains médicaments, la considérant dépourvue de tout lien avec un projet de loi qui, lors de son dépôt, ne comportait que des mesures relatives aux fédérations sportives, au sport professionnel ainsi qu'à la formation en matière d'activités physiques et sportives.

Dans sa décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004 (loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, Rec. p. 134), le Conseil a déclaré contraire à la Constitution une disposition qui modifiait la législation relative à la limite d'âge des dirigeants de l'ensemble des établissements et des sociétés du secteur public et qui, par sa généralité, était dépourvue de tout lien avec les questions énergétiques.

Après la CMP plusieurs censures ont été prononcées¹³ mais la portée de la nouvelle jurisprudence a été rapidement intégrée.

On observera que, selon les mêmes principes mais sur un fondement constitutionnel et organique, le Conseil censure également, de longue date, les « cavaliers budgétaires » et, depuis dix ans, les « cavaliers sociaux ». À cet égard, ses décisions récentes montrent que sa volonté demeure entière sous l'empire des nouvelles dispositions organiques qui régissent, désormais, les lois de finances¹⁴ et les lois de financement de la sécurité sociale¹⁵.

La commission mixte paritaire

La rigueur du contrôle exercé après la commission mixte paritaire a épargné, dans un premier temps, ce maillon essentiel de la procédure législative. Or, dans le cadre de la décision précitée n° 2004-501 DC du 5 août 2004, le Conseil a

13. Au-delà des décisions précitées (98-402 DC du 25 juin 1998, 2000-429 DC du 30 mai 2000, 2000-430 DC du 29 juin 2000), voir : décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 48 à 52, Rec. p. 276 ; décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, cons. 13, Rec. p. 92 ; décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 55, Rec. p. 100 ; décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, cons. 2 à 10, Rec. p. 107 ; décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, cons. 56 à 58, Rec. p. 164 ; décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, cons. 30 à 38, Rec. p. 164 ; décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, cons. 20 à 24, Rec. p. 192.

14. Loi organique n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001 relative aux lois de finances. Voir la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 sur la loi de finances pour 2006, *JO* du 31 décembre 2005.

15. Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. Voir la décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *JO* du 20 décembre 2005 : malgré l'élargissement du champ des lois de financement opéré par la loi du 2 août 2005, le Conseil a censuré d'office dix « cavaliers sociaux ».



procédé à une avancée jurisprudentielle concernant, cette fois, l'objet même des CMP.

En vertu du deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution, la CMP peut être provoquée par le Premier ministre, en cas de désaccord entre les deux assemblées sur un projet ou une proposition de loi, après deux lectures, voire après une seule lecture lorsque l'urgence a été déclarée. Selon les termes de la Constitution, la CMP est alors « *chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion* ».

Dans sa décision du 5 août 2004, le Conseil a encadré l'objet des CMP en se saisissant d'office de deux dispositions relatives à la composition et aux compétences du Conseil supérieur de l'énergie. Après avoir constaté qu'elles ne figuraient pas parmi celles qui restaient en discussion à l'issue de l'examen du projet de loi en première lecture, il a jugé que leur introduction par la CMP n'était pas conforme à la Constitution.

À cette occasion, le Conseil a fait de l'article 45 de la Constitution une interprétation stricte : il s'est opposé à l'introduction en CMP d'un paragraphe complétant un article qui restait en discussion ; le complément ainsi apporté avait pourtant un lien avec l'objet du projet de loi et modifiait, dans l'un des deux cas, une loi antérieure qui était déjà modifiée par le reste de l'article. En outre, le Conseil a implicitement jugé que la notion de « *disposition restant en discussion* » ne couvrait que les articles du texte soumis à la CMP, à l'exclusion de ceux figurant dans d'autres textes en cours d'examen.

Il n'est pas anodin que cette saisine d'office et cette double censure se soient produites dans un contexte d'« embouteillage législatif » et de navettes parallèles sur des sujets connexes. Le Conseil a jugé que les CMP ne pouvaient se départir de la rigueur que la Constitution impose à leurs travaux.

La consécration de « l'entonnoir »

L'exercice, à partir de la commission mixte paritaire, d'un contrôle rigoureux du lien entre l'amendement et le texte en discussion, conjugué avec l'abandon des limites inhérentes et la surveillance accrue des travaux des CMP, a contribué à rationaliser la procédure législative. Pour autant, il demeurait loisible aux assemblées d'adopter des dispositions additionnelles au cours des deuxièmes lectures et des lectures ultérieures.

Certes, l'article 108 (alinéa 3) du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que, à ce stade : « *La discussion des articles est limitée à ceux pour lesquels les deux assemblées du Parlement n'ont pu parvenir à un texte identique.* »

De même, l'article 42 (alinéa 10) du règlement du Sénat prévoit que : « *À partir de la deuxième lecture au Sénat des projets et propositions de loi, la discussion des articles et des crédits budgétaires est limitée à ceux pour lesquels les deux chambres du Parlement n'ont pas encore adopté un texte ou un montant identique.* »

Ces dispositions, destinées à mettre en œuvre le principe de « l'entonnoir » et d'ailleurs déclarées conformes à la Constitution, faisaient écho à la règle fixée par le premier alinéa de son article 45, aux termes duquel : « *Tout projet ou*



proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. » Mais elles n'étaient plus appliquées dans la mesure où le Conseil constitutionnel admettait, pour sa part, l'introduction d'articles additionnels jusqu'à la CMP.

Le caractère inachevé de la « remontée de l'entonnoir » a pu être critiqué. La logique sinon la justification de la navette plaidaient en faveur d'une avancée supplémentaire. Par ailleurs, la dégradation de la qualité du travail parlementaire, à laquelle participe l'adoption d'un nombre croissant de dispositions nouvelles en « fin de navette », pouvait justifier une rigueur accrue.

Un premier signe dans ce sens a été donné par la décision précitée du 21 avril 2005 rendue sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école. Appelé à se prononcer sur une question de procédure, le Conseil a considéré que le Sénat, « *saisi en première lecture de la loi déferée* », pouvait adopter l'article additionnel qui était contesté. Cette référence au niveau de la procédure parlementaire dans un considérant non pas descriptif mais de « bouclage » réservait l'éventualité d'une « remontée de l'entonnoir ».

Présentant ses vœux au Chef de l'État le 3 janvier 2006, le président du Conseil constitutionnel a également insisté sur le fait que « *la bonne tenue du débat parlementaire... impose d'éviter les articles additionnels en fin de navette, phénomène qui connaît un emballement préoccupant* ».

La décision n° 2005-532 DC rendue le 19 janvier 2006 sur la loi de lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers a finalement consacré la logique de « l'entonnoir ».

Dans cette décision, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution un article qui modifiait les règles de représentation syndicale au sein des commissions administratives paritaires de la police nationale : la mesure en question a été jugée dépourvue de tout lien avec un projet de loi qui, lors de son dépôt, ne comportait que des dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

La jurisprudence antérieure conduisait déjà à la censure de cette disposition adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale. Le Conseil s'est donc contenté, à cet égard, d'actualiser son considérant traditionnel sur le lien en y intégrant les évolutions récentes de sa jurisprudence, notamment l'exigence renforcée d'un contrôle *a priori* des irrecevabilités financières et la constitutionnalisation du principe de clarté et de sincérité de la procédure parlementaire.

Mais à cette occasion, le Conseil a également annoncé que « l'entonnoir » serait désormais applicable dès la deuxième lecture.

En effet, en se fondant sur l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment son premier alinéa, le Conseil a jugé que « *les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion* ». Demeurent admises, toutefois, les dérogations déjà acceptées après la réunion de la commission mixte paritaire, qui concernent les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle.



Il en résulte que, sous réserve des dérogations précitées et des précisions qui pourraient être apportées par des décisions ultérieures, il n'est plus possible, après la première lecture d'un projet ou d'une proposition de loi, d'insérer dans un texte en discussion des mesures entièrement nouvelles ou de remettre en cause des dispositions précédemment adoptées en termes identiques par les deux assemblées. La procédure de conciliation susceptible d'être mise en œuvre à travers la réunion de la commission mixte paritaire, à l'issue de laquelle « *aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement* » (troisième alinéa de l'article 45 de la Constitution), n'en conserve pas moins tout son sens.

A ainsi été supprimée la distorsion qui existait jusqu'à présent entre les principes généraux du droit parlementaire et du bicamérisme, d'une part, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'autre part.

Au total, le sens de la jurisprudence récemment développée par le Conseil à propos du droit d'amendement apparaît clairement : la qualité de la loi votée n'est plus assurée lorsque son élaboration s'accompagne d'une multitude d'amendements et que ceux-ci peuvent être présentés si tardivement, par rapport à la séance publique ou au regard de l'avancement de la navette, que les commissions, comme le Gouvernement, et comme les parlementaires eux-mêmes, ont à peine le temps d'en prendre connaissance.

II. La qualité de la législation

À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel s'est directement engagé sur le terrain d'une appréciation de la qualité de la législation.

1) La hiérarchie des normes

Le contrôle de la hiérarchie des normes a ainsi fait l'objet d'une attention renforcée.

La place des dispositions réglementaires

Dans sa décision précitée n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, le Conseil a apporté sa contribution au débat qui s'est développé sur l'insertion dans la loi de dispositions réglementaires.

En 1982, le Conseil avait considéré « *que, par les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi*¹⁶ ».

16. Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, loi sur les prix et les revenus, Rec. p. 57.

La solution de 1982 peut se prévaloir d'un certain réalisme. Sur le terrain de la qualité de la législation, elle ne fait cependant pas l'unanimité. Le Président du Conseil, M. Pierre Mazeaud, déclarait ainsi, à l'occasion de ses vœux pour l'année 2005 : « *Il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire... Que la loi empiète occasionnellement sur le domaine réglementaire, voilà qui est compréhensible dans certaines hypothèses... Toutefois, le mal est profond : l'article 37 de la Constitution, qui fonde le pouvoir réglementaire autonome du Gouvernement, se vide de son contenu depuis une trentaine d'années. Nous portons tous notre part de responsabilité dans ce phénomène qui, depuis les années 1970, a vu la loi se gonfler de détails réglementaires. Peut-être le Conseil constitutionnel doit-il faire son autocritique à cet égard.* »

Or, en avril 2005, la saisine dirigée par l'opposition contre la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école dénonçait, de façon générale, la présence en son sein « *de nombreuses dispositions sans aucune portée législative... en contradiction avec les articles 34 et 37 de la Constitution* ». **Le Conseil a donné raison aux requérants en constatant le caractère manifestement réglementaire de quatre articles de la loi** (cons. 23).

Cette décision ne renverse pas la jurisprudence « *Prix et Revenus* » puisque les dispositions déclarées réglementaires ne sont pas pour autant jugées contraires à la Constitution. Il est simplement établi par avance qu'elles ont un caractère réglementaire, ce qui signifie qu'elles sont susceptibles d'être modifiées – ou abrogées – par décret sans que le Gouvernement ait à saisir préalablement le Conseil constitutionnel sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Dans l'intervalle, elles conservent leur rang législatif, à l'instar des dispositions déclassées dans les conditions habituelles tant qu'un décret en Conseil d'État n'est pas venu les abroger ou les modifier.

À la vérité, le Conseil a plutôt complété en 2005 sa décision « *Prix et Revenus* » de 1982. En effet, les reproches adressés à cette dernière sont largement imputables au fait que le Gouvernement a cessé, en amont, d'assurer la protection de son domaine de compétence contre les empiètements de la loi et, en aval, de solliciter des déclassements du fait de la lourdeur de la procédure. La jurisprudence du 21 avril 2005 introduit une certaine souplesse pour l'aval ; elle s'articulerait utilement avec la remise en usage, en amont, de la procédure de l'article 41, qui permet au Gouvernement de s'opposer, au cours de la procédure parlementaire, à l'insertion d'une disposition réglementaire dans la loi.

On relève, à cet égard, que l'article 41 a été utilisé, en janvier 2005, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la régulation des activités postales, alors qu'il ne l'avait plus été depuis dix ans.

Le domaine de la loi organique

Quelques mois plus tard, le Conseil est revenu, dans sa décision précitée n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005 (loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale), sur la question des délimitations du domaine de la loi : il s'agissait, cette fois, de **la frontière entre loi organique et loi ordinaire**.

La jurisprudence du Conseil en la matière est bien établie : « *Une loi organique ne peut intervenir que dans les domaines et pour les objets limitative-*



ment énumérés par la Constitution¹⁷.» En conséquence, il s'oppose à l'insertion dans un texte de cette nature de dispositions législatives ordinaires et, lorsque cela se produit, procède à leur déclassement. Or, dans la décision du 29 juillet 2005, le déclassement a pris une certaine ampleur.

Après avoir réaffirmé sa position traditionnelle sur les domaines et les objets de la loi organique, le Conseil ajoute que « l'introduction dans un texte de loi organique de dispositions n'ayant pas cette nature pourrait en fausser la portée » (cons. 42).

Sur ce double fondement, le Conseil procède, au considérant 43, au déclassement de six dispositions, réparties en cinq articles, qui modifiaient des articles classés en « L. » dans différents codes. Il estime que ces dispositions sont, par leur contenu, étrangères au domaine de la loi organique tel que défini par les articles 34 et 47-1 de la Constitution, et qu'elles ne sont pas non plus formellement inséparables de dispositions organiques : elles ont, dès lors, valeur de loi ordinaire.

Le Conseil ne s'arrête pas là puisqu'il juge, au considérant 44, que les autres dispositions de la loi organique, y compris certaines « qui ont été classées à tort en articles en L. », ont un caractère organique.

Enfin, il fait apparaître dans le dispositif de sa décision non seulement le déclassement des dispositions étrangères au domaine de la loi organique (article 3) mais aussi le reclassement en articles « L.O. » des dispositions de la loi organique malencontreusement classées en articles en « L. » (article 4). Il est ainsi enjoint aux instances responsables de la consolidation officielle des textes (Commission supérieure de codification, Légifrance) de substituer le libellé « L.O. » au libellé « L. » dans deux articles du Code de la sécurité sociale.

2) Le renvoi à la loi ultérieure

Le renvoi à la loi ultérieure n'est pas condamnable en lui-même. Ainsi, le Conseil a déjà admis qu'une loi ordinaire s'articule avec une future loi d'une autre catégorie lorsque l'intervention de celle-ci est requise pour des raisons juridiques ; cette situation est même courante entre une loi ordinaire et une loi de finances¹⁸. De tels renvois peuvent également se concevoir dans des hypothèses exceptionnelles, par exemple pour mettre en œuvre un dispositif législatif répondant à des circonstances particulières, lorsque le constat de la réalisation desdites circonstances relève lui-même du domaine de la loi¹⁹.

Mais cette acceptation suppose, à tout le moins, une forte autonomie de chaque loi par rapport à l'autre. Dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 rendue sur la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (Rec. p. 126), **le Conseil a jugé que le législateur ne peut, sous peine de méconnaître sa compé-**

17. Décision n° 87-234 DC du 7 janvier 1988, loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale, cons. 1, Rec. p. 26.

18. Voir, par exemple, la décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, cons. 14, Rec. p. 473.

19. Voir, pour l'application de l'état d'urgence : décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec. p. 43.

tence, poser un principe général et renvoyer à une loi future le soin d'apporter les précisions manquantes, faisant en quelque sorte du texte à venir une « loi d'application » de la loi actuelle (comme il y a des décrets d'application).

Il a donc déclaré contraire à la Constitution une disposition qui permettait à une personne morale de droit privé, mandatée par d'autres personnes morales victimes d'agissements pénalement sanctionnés, de rassembler dans un traitement automatisé des informations nominatives relatives à des infractions, condamnations et mesures de sûreté, tout en renvoyant les garanties nécessaires – dans une matière touchant, de surcroît, aux libertés publiques – à des lois ordinaires futures (cons. 12).

Le renvoi de loi à loi est *a fortiori* à proscrire entre une loi organique et une loi ordinaire. En renvoyant une question de son ressort à une loi ordinaire à venir, le législateur organique subdélègue sa compétence en violation des règles constitutionnelles.

Aussi le Conseil a-t-il déclaré contraire à la Constitution, dans sa décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, une disposition de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale qui renvoyait au législateur ordinaire le soin de définir les conditions de mise en œuvre de la règle selon laquelle les commissions parlementaires seraient désormais informées par le Gouvernement des mesures ayant un effet sur l'équilibre financier de la sécurité sociale (cons. 16).

3) Les dispositions inintelligibles ou à portée incertaine

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ²⁰ permet au Conseil de contrôler directement la qualité de la loi. **Le législateur est tenu « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ²¹ ».**

Dans sa décision précitée n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, le Conseil a ainsi censuré une disposition relative aux bulletins de vote après avoir constaté sa mauvaise codification (cons. 22), sa portée normative incertaine (cons. 23), son ambiguïté (cons. 24) et la confusion qui pourrait en résulter dans l'esprit des électeurs (cons. 25). Il a jugé ladite disposition contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et au principe de loyauté du suffrage (cons. 26). Cette solution démontre que les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent fonder une censure et ne constituent donc pas de simples invitations à l'adresse du législateur.

Dans sa décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 (Rec. p. 116), le Conseil a censuré un article de la loi organique relative à l'autonomie financière des col-

20. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136.

21. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9, Rec. p. 49. Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 20, Rec. p. 397. Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 10, Rec. p. 91.

lectivités territoriales en se plaçant de nouveau sur le terrain de la qualité de la législation.

Cette décision condamne, tout d'abord, les dispositions dont la portée normative est incertaine (cons. 13).

À cette fin, le Conseil reprend, pour l'essentiel, les termes de son considérant de principe sur la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi. Mais il apporte une précision nouvelle : le législateur ne saurait « *reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Cette précision n'est pas propre à l'espèce : elle est sous-jacente à toute censure pour incompétence négative. À travers cette dernière, c'est en effet la méconnaissance de la séparation des pouvoirs qui se trouve condamnée. Ainsi, le Conseil déclare contraires à la Constitution les dispositions dont l'impact sur l'ordonnement juridique est incertain : la détermination du degré de normativité d'une règle incombe au législateur et non aux autorités administratives et juridictionnelles susceptibles d'intervenir par la suite.

L'exigence de précision, quant à elle, est affirmée au considérant 14 de la décision n° 2004-500 DC.

Comme il l'avait déjà fait dans sa décision sur la loi de finances pour 2004, le Conseil considère qu'en prévoyant que le législateur organique « *fixe les conditions* » dans lesquelles la règle relative à la part déterminante des ressources propres est « *mise en œuvre* », le troisième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution lui a nécessairement confié la charge de déterminer précisément une part minimale pour chaque catégorie de collectivités territoriales²².

Or, au considérant 15, le Conseil constate que la définition de la « part déterminante » ne satisfait pas aux exigences précitées. Le législateur organique avait fondé cette définition sur deux conditions cumulatives, la part déterminante devant :

- garantir « *la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui leur sont confiées* » ;
- ne pas être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003. Le Conseil a censuré la première de ces deux conditions en dénonçant son caractère imprécis et « *tautologique* », introduisant ainsi un terme qui n'avait jamais figuré jusqu'à présent dans sa jurisprudence.

4) Les dispositions dénuées de portée normative

Le 29 juillet 2004, le Conseil ne s'est pas contenté de condamner les dispositions de portée normative incertaine. Figurait également, dans son raisonnement, un considérant de principe – d'autant plus solennel qu'il n'était pas appliqué dans le cas d'espèce – qui précisait sa position sur les dispositions législatives dépourvues de toute portée normative : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale..." ; qu'il résulte de cet*

22. Voir la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, cons. 21, Rec. p. 487.

article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (cons. 12).

Jusqu'alors, le Conseil s'était abstenu de censurer les dispositions législatives non normatives telles que : « *L'architecture est une expression de la culture* ²³ » ; « *Les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre* ²⁴ » ; « *L'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé* ²⁵ ». Il considérait qu'elles ne pouvaient être déclarées inconstitutionnelles dès lors qu'elles ne produisaient pas d'effets juridiques ²⁶.

De fait, l'insertion dans les textes de telles dispositions ne crée pas, en apparence au moins, des difficultés aussi graves que celles dont la portée normative est incertaine : elles semblent se fondre dans un « bruit législatif », sans conséquence fâcheuse du point de vue de la sécurité juridique ou de la séparation des pouvoirs. Mais la jurisprudence du Conseil a été jugée trop compréhensive à l'égard de la « loi bavarde ».

En réaffirmant, en juillet 2004, les fondements essentiels de l'acte législatif, le Conseil annonce qu'il s'apprête à reconsidérer sa position sur les « neutrons législatifs » dans un sens plus sévère.

C'est à propos de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (décision précitée n° 2005-512 DC du 21 avril 2005) que le Conseil a déclaré pour la première fois inconstitutionnelle une disposition de portée non normative.

Certes, des formules déclaratives peuvent être insérées dans la partie programmatique d'une loi – les lois de programme faisant l'objet d'une disposition particulière à l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution –, sous réserve que la procédure prévue à cet effet soit respectée. En revanche, le Conseil censure un article ne figurant pas dans la partie programmatique et qui prévoyait que : « *L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel.* » Le Conseil a jugé que ces dispositions méconnaissaient l'exigence de normativité de la loi (cons. 16 et 17).

Est ainsi condamné ce droit, parfois qualifié de mou ou de gazeux, dont rend compte le vocable anglais de « soft law ».

23. Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

24. Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

25. Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 relative à l'air et à l'utilisation rationnelle de l'énergie.

26. Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, cons. 5 et 6, Rec. p. 52. Voir également, s'agissant des documents annexés, la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 21, Rec. p. 198, ainsi que la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, cons. 4, Rec. p. 430.



5) La complexité excessive de la loi

Le contrôle de la réforme des impôts directs mise en œuvre par la loi de finances pour 2006 a donné lieu à une nouvelle avancée jurisprudentielle qui s'inscrit dans le prolongement des décisions antérieures sur l'intelligibilité.

Le Conseil était invité à se prononcer, en effet, sur l'article 78 de la loi de finances qui insérait, dans le Code général des impôts, un dispositif intitulé : « *Plafonnement de certains avantages fiscaux au titre de l'impôt sur le revenu.* »

L'idée était simple en apparence : déterminer, pour chaque foyer fiscal, en fonction de sa composition, un montant maximum des avantages fiscaux dont il est possible de bénéficier. Le principe s'est cependant progressivement compliqué avec la prise en compte d'un grand nombre de contraintes : ne pas englober les avantages liés à des situations subies (l'invalidité par exemple), préserver les instruments incitatifs (tels ceux favorisant les investissements outre-mer), ne pas remettre en cause des avantages acquis... Au final, le dispositif soumis au Conseil était d'une complexité redoutable : celle-ci se traduisait par la longueur de l'article 78, par le caractère incompréhensible pour le contribuable et parfois ambigu pour le professionnel de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois auxquels il était procédé. Le 29 décembre 2005, l'ensemble du dispositif a été censuré par la décision précitée n° 2005-530 DC (cons. 69 à 89).

- Reprenant une jurisprudence antérieure, le Conseil a considéré que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et la garantie des droits requise par son article 16 ne seraient pas effectives **si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive** au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée²⁷.

Cette complexité était, en l'espèce, d'autant plus dommageable qu'elle intervenait en matière fiscale et que les destinataires des dispositions nouvelles étaient des particuliers. En effet, est applicable, dans un tel cas, l'article 14 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* »

En outre, la loi fiscale touchait à des dispositions supposées incitatives et dont la justification, au regard du principe d'égalité devant l'impôt, était précisément subordonnée à la possibilité effective, pour le contribuable, d'évaluer avec un degré de prévisibilité raisonnable le montant de son impôt selon les diverses options qui lui sont ouvertes.

- Certes, des motifs d'intérêt général peuvent justifier la complexité de la loi. Mais le Conseil a considéré que le gain attendu, pour le budget de l'État, du

27. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 5, Rec. p. 382 ; décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, cons. 13, Rec. p. 467.

dispositif de plafonnement des avantages fiscaux – de l'ordre de 40 millions d'euros – n'était pas suffisant à cet égard.

Dès lors, le Conseil a jugé que cette complexité était à la fois excessive au regard de l'intérêt de la mesure et non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Il a déclaré l'article 78 de la loi de finances pour 2006 contraire à la Constitution.

* * *

L'évolution récente des travaux du Conseil constitutionnel témoigne de sa volonté d'user des moyens dont il dispose pour renforcer la qualité des débats parlementaires et de la législation. Or, cette qualité apporte des garanties propres à sécuriser l'environnement juridique des citoyens.

Certes, au-delà, le Conseil n'a encore jamais directement mentionné dans sa jurisprudence le concept de « sécurité juridique ». Il occupe cependant une place croissante dans son raisonnement, notamment lorsqu'il a à statuer sur la remise en cause, par le législateur, de situations acquises.

Il est déterminant, à cet égard, que le Conseil se soit référé, pour la première fois, dans sa décision sur la loi de finances pour 2006, « aux situations légalement acquises »²⁸.

L'exigence de sécurité juridique a également pesé sur ses choix lorsqu'il a examiné l'article 111 de la loi de finances rectificative pour 2005, qui prétendait mettre fin à un contentieux ancien relatif à la TVA sur les péages autoroutiers : en censurant la disposition en cause pour « atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la garantie des droits », il n'a pas permis que le législateur revienne sur le caractère définitif de décisions de justice rendues par des juridictions communautaires et nationales²⁹.

On doit considérer, pourtant, que, malgré le rôle joué par le Conseil constitutionnel, le Gouvernement et le Parlement demeurent nécessairement – et, d'une certaine façon, heureusement – en première ligne pour remédier à l'affaiblissement de la norme de droit.

Comme en témoigne l'extrait suivant de la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, le Gouvernement est conscient de cet enjeu : « *La loi ne peut et ne doit pas être le seul outil de notre politique. Il convient, avant toute proposition nouvelle, de vérifier qu'une plus grande attention à l'application effective des textes en vigueur ne répond pas aux besoins identifiés.* » Dans le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, il est conseillé, d'emblée, que la formulation d'une norme unilatérale soit précédée d'une interrogation sur l'utilité de cette réglementation, « *l'insuffisance de*

28. Décision précitée n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 (loi de finances pour 2006), cons. 45.

29. Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005 (loi de finances rectificative pour 2005), JO du 31 décembre 2005, cons. 1 à 6.

*cette réflexion figurant parmi les causes de l'excès ou, ce qui revient au même, de la modification incessante des normes*³⁰ ».

De leur côté, l'Assemblée nationale et le Sénat ont mis en œuvre des réformes destinées à améliorer la qualité de la législation.

Ainsi, même si le résultat n'est pas toujours à la hauteur de l'ambition initiale, la création des offices, pour évaluer les choix scientifiques et technologiques (loi n° 83-609 du 8 juillet 1983), les politiques publiques et la législation (loi n° 96-516 du 14 juin 1996) ou les politiques de santé (loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002), est emblématique d'une volonté de mieux maîtriser « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ».

La Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), créée en 1999 et rattachée à la commission des Finances de l'Assemblée nationale, aide les députés à exercer leurs prérogatives de contrôle, notamment en matière d'utilisation des crédits votés en lois de finances.

La Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS), créée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 (article L.O. 111-10 du Code de la sécurité sociale), fait de même en ce qui concerne les finances sociales.

Enfin, le suivi de l'application des lois se renforce : le Sénat se consacre à ce travail de longue date ; le 12 février 2004, l'Assemblée nationale a modifié son règlement afin d'organiser également, dans cette matière, un travail généralisé et régulier.

Ici comme ailleurs, la réforme de l'État est donc affaire de persévérance, mais elle suppose aussi une évolution des comportements.

En amont, comment ne pas plaider, encore une fois, en faveur d'une gestion plus rigoureuse de l'« offre législative » ?

Le recours au Parlement est une tentation : la loi peut donner le sentiment, à moindre frais et sous le regard des médias, que les pouvoirs publics agissent. Mais lorsque ce recours devient excessif, le mal l'emporte sur le bien.

En outre, il ne s'agit pas tant de faire moins de lois que de faire des lois mieux préparées, plus claires et plus concises, plus stables et réellement normatives. Des lois qui « *permettent, ordonnent, établissent, corrigent, punissent ou récompensent* », pour évoquer Portalis. Il est d'ailleurs rappelé aux rédacteurs qu'un texte juridique doit avoir « *un contenu normatif, clairement énoncé... Il se doit d'éviter les déclarations ou proclamations, qui n'ont aucune portée juridique,... et les formulations ambiguës ou imprécises qui nourrissent l'incertitude juridique*³¹ ».

30. Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, Premier ministre (Secrétariat général du Gouvernement) – Conseil d'État, La Documentation française, 2005, p. 11.

31. Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, *idem*, p. 15. Le Gouvernement entend également veiller à un meilleur respect des champs respectifs des articles 34 et 37 de la Constitution : voir la circulaire du 19 janvier 2006 (*Journal officiel* n° 17 du 20 janvier 2006).

Au Parlement aussi les comportements devraient évoluer : chacun doit comprendre que le travail d'un parlementaire ne se mesure pas au nombre d'amendements qu'il dépose ou même fait adopter.

Dans tous les cas, la loi ne saurait être utilisée comme un moyen de masquer une absence de volonté ou une incapacité à agir. De cela, les plus hauts responsables politiques sont heureusement conscients.

Ainsi, l'inspirateur de la session unique, le président Philippe Séguin, voyait dans « *la plus grande cohérence du calendrier et la restriction de l'offre* » l'une des clés de la réussite de la session unique : « *Les lois doivent être mieux faites et moins nombreuses* ³². »

Intervenant au terme de la session ordinaire de 1997-1998, son successeur, M. Laurent Fabius, déclarait pour sa part : « *Je considère que notre pays a des lois trop nombreuses et souvent trop longues. Même s'il peut paraître paradoxal d'affirmer cela dans cette enceinte, il serait bon, à mon sens, que pour l'avenir nous mettions en situation de légiférer peut-être un peu moins* ³³. »

Le président Raymond Forni a participé, tout au long de l'année 2000, à un « groupe de travail sur la qualité de la législation » mis en place par la Conférence des Présidents des Parlements de l'Union européenne.

Le président Jean-Louis Debré, enfin, dénonçait, en juin 2004, la tentation de se servir de la loi pour « *affirmer des évidences* », alors qu'elle est faite pour « *fixer des normes* » et « *dire concrètement comment, par quelles règles juridiques, on arrive au but recherché* » ³⁴. Il posait récemment ce diagnostic : « *Discussions interminables où l'accessoire trop souvent submerge l'essentiel, législation parfois touffue font qu'au total nos citoyens ont du mal à suivre nos débats* ³⁵. »

La procédure parlementaire elle-même n'est sans doute pas étrangère à certains dérèglements. Ainsi, le travail en commission pourrait prendre une place plus importante et les procédures de discussion simplifiées être davantage utilisées. L'application de la règle de « l'entonnoir », qui résultera nécessairement de la décision rendue par le Conseil le 19 janvier 2006 ³⁶, devrait également contribuer à rationaliser le travail parlementaire : en redonnant tout son sens à la logique de la procédure bicamérale, qui repose sur le resserrement progressif de la délibération, on peut espérer qu'elle participe de la réhabilitation du travail législatif. Or, une clarification des conditions dans lesquelles se déroule le débat parlementaire ne peut que servir l'institution elle-même.

En toute hypothèse, le temps reste la variable clé pour espérer améliorer la qualité de la législation. À cet égard, les parlementaires se plaignent sou-

32. « Pour une révolution culturelle du Parlement », *RPP*, n° 980-1995, p. 11.

33. Deuxième séance du 30 juin 1998, *Journal officiel Assemblée nationale*, p. 5523.

34. Entretien avec M. Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée nationale, *Le Monde*, 22 juin 2004.

35. 20 septembre 2005, intervention aux journées parlementaires de l'UMP.

36. Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, précitée.

vent du faible intervalle qui sépare les inscriptions à l'ordre du jour du débat en séance publique ainsi que de l'utilisation excessive de la procédure d'urgence prévue par l'article 45, alinéa 2, de la Constitution.

Au cours de la séance du 5 octobre 2005, le Président du Sénat, M. Christian Poncelet, déclarait ainsi : « *Puisse le Gouvernement nous laisser le temps de la réflexion, indispensable pour faire de bonnes lois, comme l'avait dit mon illustre prédécesseur Jules Ferry.* »

Au cours de la séance du 11 octobre, alors que le Gouvernement venait de déclarer l'urgence du projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports, le Président du Sénat ajoutait : « *M. le Ministre délégué, je vous demande de bien vouloir sensibiliser M. le Premier ministre au fait que le Sénat n'apprécie pas ces déclarations d'urgence à répétition. Si certains projets de loi doivent, c'est vrai, être discutés en urgence, nous comprenons moins bien une telle nécessité pour d'autres textes.* »

Le 3 janvier 2006, à l'occasion de la présentation de ses vœux au Président de la République au nom du Bureau de l'Assemblée nationale et de l'ensemble des députés, M. Jean-Louis Debré considérait à son tour qu'il conviendrait que le Gouvernement utilise la procédure d'urgence « *avec plus de parcimonie* ».

Sous réserve que les assemblées débattent effectivement « *en vue de l'adoption d'un texte identique* » et dans un cadre réglementaire assurant le sérieux de leurs travaux, la navette est, incontestablement, un facteur d'amélioration de la qualité de la législation et, partant, de sécurité juridique. Comme le serait d'ailleurs toute règle qui permettrait de tempérer et d'apaiser les processus décisionnels, amorçant ainsi un cercle vertueux entre procédures et comportements. L'œuvre est de longue haleine. En comparaison, les interventions *a posteriori* du Conseil constitutionnel ne peuvent avoir qu'une portée incitative.



La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel¹

*Olivier Dutheillet de Lamothe,
membre du Conseil constitutionnel*

La notion de sécurité juridique est absente de notre corpus constitutionnel. Elle ne figure ni dans le texte de la Constitution de 1958, ni dans celui du Préambule de 1946, ni même dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Celle-ci se réfère à deux notions qui si elles sont proches de la notion de sécurité juridique en sont néanmoins distinctes :

- la première est la notion de sûreté qui, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, est l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme avec la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Mais, dans la Déclaration de 1789, la notion de sûreté correspond principalement à la notion d'*habeas corpus*, comme le précise expressément l'article 7 : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* » ;
- la seconde notion est la notion de « garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la déclaration : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.* »

La notion de sécurité juridique ne figure pas non plus, en tant que telle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Malgré les efforts déployés par les requérants depuis 1984² le Conseil constitutionnel a toujours refusé de consacrer la notion de sécurité juridique comme un principe constitutionnel.

Et pourtant l'exigence de sécurité juridique apparaît, comme l'a souligné une doctrine abondante, comme une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel se réfère implicitement à cette notion, qu'il a rattachée à l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans de très nombreuses décisions. De façon plus précise, le Conseil constitutionnel utilise de deux façons la notion de sécurité juridique :

- le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de sécurité juridique pour limiter les possibilités de rétroactivité de la loi (1) ;
- le Conseil constitutionnel utilise également cette exigence pour tenter de sauvegarder la qualité de la loi (2).

1. Intervention prononcée au Séminaire franco-brésilien « Regards croisés sur la sécurité juridique », organisé par la Cour de cassation le 19 septembre 2005.

2. Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984.

1. Le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de sécurité juridique pour limiter les possibilités de rétroactivité de la loi

L'absence de rétroactivité de la loi est un élément essentiel de la sécurité de l'ordre juridique : selon la formule célèbre de l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir.

En droit français cependant, le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive : aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* ». Si le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à donner au principe de non-rétroactivité des lois une valeur constitutionnelle en dehors de la matière répressive, il a néanmoins développé sa portée de trois façons³ :

- en limitant la rétroactivité d'autres lois ;
- en protégeant l'économie des contrats légalement conclus ;
- en renforçant son contrôle sur les lois de validations.

1.1. La limitation de la rétroactivité d'autres lois

C'est notamment en matière fiscale que le Conseil constitutionnel a limité les possibilités de rétroactivité de la loi. Dans une décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, il a jugé que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». En l'espèce, il a estimé que le souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l'assiette, le taux et les modalités de versement d'une imposition. En se référant à la notion d'intérêt général suffisant, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée au droit individuel et l'intérêt général invoqué.

1.2. La protection de l'économie des contrats légalement conclus

Alors que pendant longtemps le Conseil constitutionnel avait purement et simplement dénié toute valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle⁴, le Conseil a

3. Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel estime que le législateur « méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant » (décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, ct 45).

4. Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994.

jugé dans sa décision n° 98-401 DC relative à la première loi Aubry sur les 35 heures que : « *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 Déclaration de 1789.* »

Dans sa décision n° 99-416 DC du 26 juillet 1999 sur la couverture maladie universelle, le Conseil a précisé « *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 Déclaration de 1789* ». Ainsi, le Conseil considère que seule la poursuite d'un but d'intérêt général peut autoriser le législateur à remettre en cause des contrats en cours d'exécution.

Le Conseil constitutionnel a été ainsi conduit dans sa décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 relative à la seconde loi Aubry sur les 35 heures à censurer une disposition qui remettait en cause des accords conclus sous l'empire de la première loi, en estimant que « *sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles... le législateur ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant* », motif qui n'était pas établi en l'espèce.

Le Conseil constitutionnel a franchi un pas supplémentaire dans sa décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, qui assouplit le régime des 35 heures, en considérant « *que 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 des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». La référence non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement du principe de sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique.

1.3. Le renforcement du contrôle sur les lois de validation

Les lois de validation, qui valident rétroactivement une décision administrative annulée par le juge, portent une atteinte directe au principe de sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel, après les avoir admises de façon relativement large, a été amené à durcir sa jurisprudence sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une affaire *Zielinski* du 28 octobre 1999, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme une disposition de validation législative dont le Conseil constitutionnel avait admis auparavant la constitutionnalité (décision n° 93-322 DC du 13 janvier 1994). La Cour a en effet estimé que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacré par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* ».

Par une décision n° 99-422 DC du 22 décembre 1999, rendue moins d'un mois plus tard, le Conseil constitutionnel a adapté sa jurisprudence dans le sens de celle de la CEDH en estimant que « *si le législateur peut dans un but d'intérêt général suffisant – vous noterez la nuance entre impérieux et suffisant : chacun a sa dignité –, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants* ». Le Conseil constitutionnel s'est ainsi fondé explicitement sur le principe de la séparation des pouvoirs pour exercer, comme la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué et l'atteinte portée au droit au recours du justiciable.

Quelques jours plus tard le Conseil constitutionnel devait appliquer ce contrôle de proportionnalité à deux dispositions de validation en matière fiscale (décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999). S'agissant de la validation d'avis fiscaux de mise en recouvrement, en tant qu'ils seraient contestés par un moyen tiré de l'incompétence territoriale de l'agent qui les a émis, le Conseil a estimé « *que l'intérêt général qui s'attache à une telle validation l'emporte sur la mise en cause des droits des contribuables qui résulterait de l'irrégularité de pure forme que la validation a pour effet de faire disparaître* ». S'agissant par ailleurs de la validation d'avis de mise en recouvrement émis à la suite d'une notification de redressement, en tant qu'ils seraient contestés par le moyen tiré de ce qu'ils se référerait à la seule notification du redressement, le Conseil a relevé que ce vice de forme n'avait pu porter atteinte aux droits de la défense des contribuables concernés, qu'il correspondait à une pratique très courante d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Conseil d'État jusqu'à un revirement récent et que « *dans ces conditions la validation est justifiée tant par le montant élevé des sommes qui pourraient être réclamées par les contribuables concernés que par le trouble apporté à la continuité des services publics fiscaux et juridictionnels, du fait de la multiplication des réclamations qui, en vertu du livre des procédures fiscales, pourraient être présentés pendant plusieurs années* ».

Comme l'a relevé un commentateur, en se fondant sur des éléments tels que l'absence d'atteinte aux droits de la défense des contribuables, le risque d'enrichissement sans cause des contribuables ou l'existence d'une pratique conforme à la jurisprudence, le Conseil constitutionnel a pris en compte des considérations liées au principe de confiance légitime, les contribuables « victimes » de la validation n'ayant pas d'intérêt légitime à défendre, leurs droits n'étant ni fondés ni attachés à un légitime espoir⁵.

5. Bertrand Mathieu, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil Constitutionnel. À propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *RFDA*, mars-avril 2000, p. 289.

2. Le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de la sécurité juridique pour tenter de sauvegarder la qualité de la loi

L'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi sont des phénomènes trop connus et trop analysés pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Elles ont été l'une et l'autre dénoncées par les trois présidents des plus hautes juridictions françaises. Dans un article publié le 21 janvier 2001, le Vice-président du Conseil d'État, Renaud Denoix de Saint Marc soulignait que « *pour frapper l'opinion ou répondre aux sollicitations des différents groupes sociaux, l'action politique a pris la forme d'une gesticulation législative* ». En présentant ses vœux au Président de la République le 3 janvier dernier, Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel, dénonçait en termes vigoureux cette dégradation de la qualité de la loi sous ses différentes formes : malfaçons législatives, loi qui tâtonne, hésite, bafouille ; défaut de clarté et d'intelligibilité ; et, enfin, dispositions non normatives ou « neutrons législatifs ». Dans son discours de rentrée solennelle, le président Canivet se faisait l'écho de ces préoccupations en citant Portalis : « *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des mœurs... et la garantie de toute paix publique et particulière.* »

Pour essayer d'enrayer cette dégradation, le Conseil constitutionnel utilise le principe de sécurité juridique au service de deux objectifs :

- la clarté de la loi ;
- la normativité de la loi.

2.1. La clarté de la loi

La clarté de la loi est évidemment un élément essentiel de la sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel a développé, à cet égard, une jurisprudence en deux temps.

Le Conseil constitutionnel estime depuis longtemps que l'exigence de clarté découle de l'article 34 de la Constitution : une disposition législative qui est incompréhensible et donc inapplicable est entachée d'incompétence négative. Le Conseil a ainsi jugé :

- qu'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et était donc entachée d'incompétence négative (décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985) ;
- qu'une disposition en matière d'urbanisme commercial, qui apportait à la liberté d'entreprendre des limitations qui n'étaient pas énoncées de façon claire et précise, était contraire à l'article 34 de la Constitution (décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000).

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à l'occasion d'une loi autorisant le Gouvernement à procéder par ordonnance à des travaux de codification (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). Le Conseil constitutionnel a dégagé cet objectif de valeur constitutionnelle des articles 4, 5, 6 et

16 de la Déclaration de 1789. Il a en effet estimé que l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration, et la garantie des droits, requise par son article 16, pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Il a estimé qu'une telle connaissance était en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5 aux termes duquel « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

Le Conseil constitutionnel n'a, à ce jour, prononcé qu'une seule censure d'une disposition législative contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi : il s'agissait d'une disposition relative au libellé de certains bulletins de vote qui a été censurée tant les déficiences que les défauts dont elle était entachée méconnaissaient cet objectif de valeur constitutionnelle : incertitude sur la portée normative d'une partie du texte, enchaînement peu clair de ses alinéas, vocabulaire imprécis, insertion d'une disposition paraissant viser l'élection des sénateurs dans une partie du Code électoral non applicable à l'élection de ces derniers (décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003) ⁶.

La synthèse de cette jurisprudence figure dans un considérant de principe qui est maintenant repris dans toutes les décisions du Conseil constitutionnel : « *Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. À cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.* » (Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13.)

2.2. La normativité de la loi

Pendant longtemps, le Conseil constitutionnel a estimé que des dispositions dépourvues de portée normative, et notamment les rapports qui sont de plus en plus souvent annexés aux lois, n'étaient pas pour autant contraires à la Constitution : les griefs dirigés contre de telles dispositions étaient donc inopérants mais ces dispositions n'étaient pas, pour autant, inconstitutionnelles. Cette

6. Depuis cette intervention, le Conseil constitutionnel a également censuré, pour ce motif, l'article 78 de la loi de finances pour 2006 relatif au plafonnement de certains avantages fiscaux au titre de l'impôt sur le revenu. Il a estimé « qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : "Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée" ». En l'espèce, il a considéré que la complexité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006 était à la fois excessive eu égard à ses destinataires et à sa finalité et non justifiée par un motif d'intérêt général (décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005).



position rejoignait celle définie par le Conseil d'État à propos du rapport annexé à la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 (Assemblée, 5 mars 1999, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*) et à propos du rapport présentant les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale annexé à une loi de financement de la sécurité sociale (Assemblée, 5 mars 1999, *M. Rouquette et autres*). Le Conseil constitutionnel a fait application de cette jurisprudence à propos des rapports annexés à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002) et de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (décision n° 2002-461 DC du 22 août 2002).

Cette jurisprudence a été abandonnée par une décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 sur la loi organique relative à l'autonomie financière. Le Conseil a alors jugé, qu'« *aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale" ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relative à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative* ». Il en résulte que des dispositions dépourvues de valeur normative sont désormais inconstitutionnelles, sauf si elles rentrent dans la catégorie particulière des lois de programme à caractère économique et social définies par l'article 34 de la Constitution, ce qui implique de respecter les conditions de fond et de procédure propres à ces lois. C'est ce qui a conduit le Conseil constitutionnel, quelques mois plus tard, à censurer les dispositions non normatives et le rapport annexé à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005).

* * *

En conclusion, je voudrais essayer de revenir sur les causes de ce paradoxe : comment la notion de sécurité juridique, qui est absente de la Constitution et qui n'est pas expressément consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel joue-t-elle un rôle aussi essentiel dans sa jurisprudence puisqu'elle est à l'origine à la fois de ses principaux infléchissements au cours des dernières années et des principales contraintes que celle-ci fait peser sur le législateur ?

Les raisons de ce paradoxe me paraissent être au nombre de deux.

D'une part, l'exigence de sécurité juridique bénéficie du puissant effet unificateur des droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ont en effet toutes les deux reconnu le principe de sécurité juridique. Or, leur influence sur les juridictions françaises, et notamment sur le juge constitutionnel français, est aujourd'hui certaine.

D'autre part, l'affirmation du principe de sécurité juridique répond au mouvement profond de complexité croissante du droit. Face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne.

Entre la Jamaïque et le Kiribati

Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale

*Bertrand du Marais*¹,
conseiller d'État, professeur associé à l'Université
de Paris X-Nanterre, coordinateur du programme international
de recherches sur « l'Attractivité économique du droit »

La publication annuelle, à partir de l'automne 2003, des rapports *Doing Business* (DB) par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale, a lancé au niveau mondial une forte polémique sur la capacité du droit en général, et du droit français en particulier, à favoriser la croissance économique. Ces travaux ont donné une dimension inégalée au débat sur les faiblesses relatives de notre droit dans la compétition économique internationale.

Dès le premier rapport (DB 2004), les auteurs des rapports, dirigés par l'économiste en chef de la SFI, M. Michael Klein, et alimentés par les travaux menés par l'équipe de l'économiste de Harvard A. Shleifer², assénaient trois constats pour le moins provocateurs. En premier lieu, la tradition juridique française (« *French civil law* ») constituerait un obstacle aux développements des transactions économiques (ce qui ne serait d'ailleurs pas le cas pour le droit germanique...). En deuxième lieu, ce système juridique serait intrinsèquement corruptogène. Enfin, il conviendrait de standardiser le droit après avoir déterminé la meilleure pratique juridique, selon le principe de la taille uniforme : « *One size can fit all* » (*Doing Business* 2004, p. XVII).

Si le rapport suivant (DB 2005) fut plus nuancé, la même méthodologie conduisit, dans le dernier rapport DB 2006 publié en septembre 2005, à établir un tableau d'honneur de 155 pays en fonction d'un indicateur synthétique « de la facilité à faire des affaires » (« *ease of Doing Business* »). Classée en 44^e position, entre la Jamaïque et le Kiribati, la France n'en sortait pas avec une image d'efficacité juridique très flatteuse...

1. L'auteur s'exprime à titre personnel.

2. Voir les nombreux articles de R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. W. Vishny, et notamment : "Legal Determinants of External Finance", *Journal of Finance*, 52, 1997, p. 1131-1150, "Law and Finance", *Journal of Political Economy*, 106, 1998, p. 1113-1155, "The Quality of Government", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15, 1999, p. 222-279.

Ces rapports sont loin d'être les premiers à vouloir, à la fois, quantifier et évaluer de façon comparative l'impact du droit national sur la croissance économique. Cependant, il s'agit de la première fois qu'une organisation internationale publique, agence spécialisée du système de l'ONU, tout à la fois s'intéresse à cette question, formule un jugement très tranché et en déduit des prescriptions pour ses propres activités.

Au-delà des interrogations très réelles que l'on peut formuler sur la qualité méthodologique des rapports *Doing Business* et la pertinence de leurs recommandations, il faut leur reconnaître le mérite d'avoir suscité, en particulier en France, toute une série de réflexions. Ils ont renouvelé la problématique de l'évaluation du droit, de ses effets sur le monde des affaires et plus généralement sur la croissance économique ainsi que sur la position relative de notre pays dans la compétition entre systèmes juridiques.

Publié l'année même du bicentenaire du Code civil, le rapport *Doing Business 2004*, puis ses versions ultérieures, ont forcé les juristes français à s'interroger sur l'image de leur droit, comparativement à celle des autres systèmes juridiques, selon des critères liés à son efficacité et à sa complexité.

Du point de vue opérationnel, cette critique a entraîné la création, fin 2004, du « programme de recherches sur l'attractivité économique du droit ». Il s'agit d'une démarche originale et novatrice à plus d'un titre. Elle se présente sous la forme d'un partenariat public-privé³, qui s'appuie à la fois sur les administrations et l'Université (Paris X-Nanterre). Ce programme vise un objectif rarement poursuivi en France : une mobilisation de la recherche en sciences sociales, associée aux praticiens et aux pouvoirs publics dans une dimension pluridisciplinaire (juristes et économistes), pour mener une réflexion appliquée sur les effets économiques du droit français. L'ensemble de ses travaux s'appuie sur une démarche de comparaison avec les pratiques de nos principaux partenaires.

L'expérience de cette structure – certes encore naissante – ses premiers travaux, et surtout plusieurs années d'observation des recherches menées au niveau international en matière d'analyse économique du droit, ainsi que des mécanismes français d'évaluation des politiques publiques, autorisent à livrer ici quelques réflexions.

Tout d'abord, l'image de notre droit français dans la compétition internationale pour attirer les investissements étrangers est très mitigée. Pourtant, au-delà des critiques certaines que l'on peut adresser aux indicateurs de l'efficacité du droit, il est aujourd'hui largement avéré que le droit exerce une influence sensible sur la croissance, ce qui rend d'autant plus nécessaire le développement en France d'instruments pour évaluer son impact économique.

3. À la date du présent article, les financements proviennent des ministères français de la Justice, de l'Économie et des Finances, des Affaires étrangères ; de l'Organisation internationale de la francophonie ; de l'ensemble des professions juridiques françaises (notaires, avocats, huissiers de Justice, administrateurs judiciaires), de la Caisse des dépôts et consignations et de la Banque de France.



Le droit français : une image contrastée dans les classements internationaux

Une offre sans cesse renouvelée d'indicateurs sur la « qualité » de l'environnement institutionnel

Beaucoup d'observateurs l'avaient sans doute oublié, même si cela avait déjà été identifié depuis longtemps : le droit est un des éléments de la concurrence entre économies nationales⁴. Cette concurrence s'exerce notamment pour attirer les investissements directs étrangers (IDE). Sur ce point est récemment apparue en France la notion « d'attractivité économique » que l'on pourrait synthétiser, à partir de la nombreuse littérature publiée récemment sur cette problématique, comme *la capacité d'une économie à attirer et retenir les activités à contenu élevé en travail très qualifié*⁵.

Depuis une dizaine d'années, se sont ainsi développées les études qui cherchent à donner aux investisseurs étrangers une image globale de la qualité d'un pays à favoriser tant l'accueil de leur investissement, qu'ensuite, son exploitation et sa rentabilité.

Ces travaux fournissent souvent des indicateurs synthétiques de l'attractivité d'une économie, soit sous la forme d'un indicateur global, soit le plus souvent par un classement des pays analysés⁶. Ces indicateurs combinent en général des agrégats statistiques et des indices de perception, voire plusieurs indices de perception entre eux. Ces derniers sont élaborés à partir de sondages d'opinion, auprès de chefs d'entreprises étrangers ou de personnes censées représenter les prescripteurs en matière d'IDE.

Ils émanent d'une grande variété d'organismes, au contenu idéologique et à la rigueur statistique extrêmement variable, de « l'*Economic Freedom Index* » de la fort conservatrice *Heritage Foundation* jusqu'aux indices de risques pays produits par les établissements financiers. L'un des plus célèbres est sans doute le « *Growth competitiveness index* » publié par le *World Economic Forum* de Davos⁷.

4. Voir notamment l'étude de la Section du rapport des études du Conseil d'État : sous la direction d'O. Dutheillet de Lamothe et M.-A. Latournerie, *L'influence internationale du Droit français*, Paris, La Documentation française, 2001.

5. Voir par exemple : BIPE Conseil et Price Waterhouse, *France Industrie 2000 : Attractivité du territoire national et développement industriel*, Paris, Secrétariat d'État à l'industrie, 1997 ; F. Lavenir, A. Joubert-Bombard, C. Wendling, *L'Entreprise et l'Hexagone*, Rapport au ministre de l'Économie et des Finances, septembre 2000 ; M. Charzat, *Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire*, juillet 2001 ; Ernst & Young, *Baromètre de l'attractivité 2004*, Paris, ronéo, mai 2004.

6. Voir notamment : F. Hatem, *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, *Economica*, 2004.

7. La France est 30^e en 2005, après une place de 27^e en 2004. Elle se classe néanmoins 12^e du « *Global Competitiveness Index* » pour 2005, nouvel indicateur qui inclut notamment la qualité des infrastructures et de l'éducation : www.weforum.org.

Un nombre important de ces indicateurs d'attractivité économique incluent des éléments relatifs aux institutions ou au cadre juridique, lorsqu'ils n'y sont pas directement consacrés⁸. Ainsi, sur une des composantes importantes de l'État de droit, on connaît « l'indice de perception de la corruption » publié chaque année par l'organisation non gouvernementale *Transparency International* et abondamment médiatisé⁹.

Parmi les classements internationaux de pays en fonction des qualités supposées de l'environnement des affaires, les rapports *Doing Business* constituent sans doute l'entreprise la plus développée et la première à être consacrée exclusivement au droit. Par rapport à ces travaux de parangonnage – pour éviter le terme anglais plus populaire de « *benchmarking* » –, le rôle particulier de la SFI induit également, non pas un changement de degré, mais un changement de nature dans l'impact de telles entreprises.

De l'ensemble de ces classements, on retire l'image d'une prestation moyenne, voire médiocre, des institutions françaises, classées derrière la plupart des pays développés et fréquemment après de nombreux pays en voie de développement.

Une faible capacité de ces classements à rendre compte de l'attractivité économique du droit

Dans une certaine mesure, la mauvaise performance de notre système juridique dans ces classements pourrait être négligée pour au moins deux raisons. D'une part, la capacité de ces classements à rendre compte du processus de localisation des investissements est en réalité très faible. Outre des critiques de nature idéologique, les critiques d'ordre méthodologique se sont d'autre part multipliées au cours des années récentes contre ces indicateurs synthétiques¹⁰.

Plusieurs auteurs ont ainsi montré leur faiblesse à expliquer les causes de la croissance économique¹¹. Pire, ils n'explicitent que très mal les flux d'investissements étrangers, dont ils sont pourtant censés rendre compte, au moins de

8. Voir la présentation de ces « indicateurs institutionnels » dans Pierre Berthelier, Alain Desdoigts, Jacques Ould Aoudia, *Profil institutionnels : Présentation et analyse d'une base de données originale sur les caractéristiques institutionnelles de pays en développement, en transition et développés*, Document de Travail, Direction de la prévision, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2003.

9. L'indice de perception de la corruption est publié depuis 1994 : la France est 22^e en 2004 (cf. www.transparency.org).

10. Voir, par exemple, F. Hatem : *L'investissement international à l'horizon 2002*, Paris, DII-Cnuced-Arthur Andersen, 1998 ; « Les indicateurs comparatifs de compétitivité et d'attractivité : une rapide revue de littérature », *Les Notes Bleues de Bercy*, n° 273, juin 2004 et *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004.

11. Pour l'indicateur « *Growth Competitiveness Index* » du *World Economic Forum* : voir S. Grégoire et F. Maurel, « Les indices de compétitivité des pays : interprétation et limites », in M. Debonneuil et L. Fontagné, *Compétitivité*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La documentation française, 2003, p. 97-132.



façon implicite. L'indicateur du rapport *Doing Business* ne déroge pas à cette limite, d'après les tests menés tant par des observateurs extérieurs¹² que par ses propres auteurs¹³.

En revanche, la méthodologie reprise dans les rapports *Doing Business* serait particulièrement efficace pour expliquer, par l'origine du droit des sociétés, les résultats... de la Coupe du monde de football¹⁴ !

Ce constat un peu frustrant, en particulier au regard des moyens considérables mis en œuvre pour réaliser ces indicateurs, trouve son origine dans deux phénomènes : la difficulté à expliquer les flux d'investissements et la méthodologie très critiquables de ces classements.

Des classements critiquables

L'investissement direct étranger : un agrégat difficile à appréhender

En premier lieu, la qualité de l'environnement juridique et institutionnel ne constitue qu'un déterminant subsidiaire des investissements directs étrangers (tant pour les flux de capitaux entrants que pour les capitaux sortants).

La plupart des études disponibles sur les déterminants de la localisation des entreprises internationales intègrent néanmoins le facteur juridique à plusieurs niveaux : la stabilité générale du système réglementaire ; la fiscalité ; le droit du travail mais aussi le droit de la protection sociale dans la mesure où il détermine la compétitivité coût du facteur travail ; certains droits spécifiques à l'activité particulière de l'investisseur, dont : le droit de l'environnement, de la santé, etc.

Ces mêmes études montrent que la perception des prescripteurs d'IDE est, sur ce point, moyenne, voire défavorable à la France. Elles relativisent cependant l'importance de ce critère dans le processus de décision de localisation : les investisseurs sont *d'abord* sensibles à des déterminants économiques – tels que coûts salariaux, ou plus souvent productivité du travail – voire à des grandeurs physiques – taille du marché, qualification de la main d'œuvre, etc. Ceci ne vaut cependant que si le pays ne s'écarte par trop de ce qui est considéré comme le standard international¹⁵.

12. Voir D. Blanchet, « *Rapport Doing Business 2005 de la Banque mondiale : évaluation de l'indice global de facilité à faire des affaires* », Mimeo, Insee et programme Attractivité économique du droit, septembre 2005.

13. S. Djankov, C. McLiesh and R. Ramalho, "Regulation and Growth." *Private Sector Development Working Paper*, Washington, World Bank Group, 2005.

14. M. D. West, "Legal determinants of World cup success", *John M. Olin Center for Law and Economics Paper*, #02-009, University of Michigan.

15. Voir les rapports cités plus haut, note 5.

Ces facteurs expliquent sans doute en partie que la France demeure une destination privilégiée pour les capitaux internationaux, malgré tous ces handicaps supposés¹⁶. Par ailleurs, les flux d'IDE sont eux-mêmes très sensibles à la conjoncture. Enfin, ils réagissent aux interactions entre le pays d'origine et le pays d'accueil des IDE, davantage qu'à des écarts relatifs entre les différents pays d'accueil potentiels¹⁷.

Une méthodologie douteuse

En second lieu, les méthodes utilisées pour construire ces indicateurs sont souvent fort contestables. L'indicateur « de facilité à faire des affaires » du rapport *Doing Business* semble d'ailleurs cumuler toutes les faiblesses de ce type d'exercice¹⁸.

Les rapports *Doing Business* entendent mesurer l'impact du droit selon une approche « taylorienne » (« *time and motion* »). La plupart des sous-indicateurs composant l'indice synthétique résultent d'un comptage minutieux du temps, du coût et du nombre de procédures nécessaires pour réaliser certaines opérations fréquentes dans la vie courante de l'entreprise.

En réalité, plus que le droit lui-même, *Doing Business* examine ainsi les procédures administratives. Par ailleurs, la procédure contentieuse n'est étudiée à titre principale qu'à travers l'exécution d'un seul type d'obligation (la récupération d'un chèque impayé). *Doing Business* sous-entend ainsi que les mécanismes de mise en œuvre du droit sont communs à tous les types de contrats. De même, il ne prend pas en compte la pratique réelle du droit, et notamment la variabilité de la jurisprudence ou les difficultés dans l'interprétation des lois. Les effets induits du droit, et notamment ses externalités positives (amélioration de la productivité, préservation de la concurrence, réduction des conflits), sont totalement absents.

Par ailleurs, on constate des résultats contre intuitifs surprenants, telle la très grande dispersion du classement des États membres de l'UE à 15. Le classement des 15 pour l'indice général de « facilité à faire des affaires » varie de la 8^e place (Danemark) à la 80^e place (Grèce). Ceci est d'autant plus étonnant pour les secteurs où l'harmonisation européenne du droit existe depuis longtemps, et de façon exhaustive, comme pour le sous-indicateur relatif au droit douanier.

16. Bon an mal an, notre pays se situe toujours dans le peloton de tête en termes de flux entrants, en valeur absolue : 4^e place en 1980, avec 8,8 % du stock mondial d'IDE ; 6^e en 2000, avec 4,1 % du stock mondial, 2^e place en 2002 et 2004...

17. Voir par exemple : A. Bénassy-Quéré ; M. Coupet, T. Mayer, "Institutional Determinants of Foreign Direct Investment", Paris, *CEPII Working Paper*, No 2005 -05 April.

18. Voir notamment à partir du plus récent : C. Ménard, B. du Marais, "Can we rank legal systems according to their economic efficiency ?", à paraître dans P. Nobel (dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gall, Schulthess, 2006 ; G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, novembre 2005 ; C. Kessedjian (dir.), "Le rapport *Doing Business*", *Revue de droit des affaires de l'université Paris II Panthéon-Assas*, 3, octobre 2005 ; F. Rouvillois (dir.), *Le modèle français : un obstacle au développement économique*, Paris, Dalloz, septembre 2005.

Afin de rendre plus aisée la comparaison internationale, l'équipe de *Doing Business* utilise, pour chaque sous-indicateur, un cas type, ce qui confère à sa démonstration une apparence d'universalité. Les cas type sont intentionnellement très simples, pour traduire la vie quotidienne d'une entreprise moyenne. Cependant, cette méthode dépend d'un postulat implicite selon lequel, dans tous les pays, les mêmes instruments juridiques sont utilisés pour résoudre les mêmes problèmes. Or, ce postulat va à l'encontre de l'expérience du droit comparé : ce qui importe est d'étudier le cheminement utilisé par les diverses cultures juridiques pour atteindre un résultat comparable. De plus, la méthode *Doing Business* se révèle également complètement fautive dans la réalité du monde des affaires. En définitive, elle ne permet pas non plus la construction d'un test universel dénué de biais.

Par exemple, l'évaluation de la législation sur les défaillances d'entreprises se fonde sur le cas type d'un hôtel géré par une société qui exploite le fond de commerce tout en étant propriétaire des murs. En France ce cas est très rare car le recours à une société civile immobilière propriétaire des murs permet justement de cantonner les risques en cas de faillite.

Pour le sous-indicateur relatif à l'obtention d'un crédit, le fait de ne collecter aucune information « positive » sur les débiteurs potentiels (volume actifs, montant de la rémunération, etc.) comme le font les « *credit bureaus* » américains conduit notre pays à la note de « zéro ». Ceci passe sous silence toutes les bases de données financières, activités pour lesquelles les opérateurs français se classent au deuxième rang mondial.

La construction elle-même des sous-indicateurs peut également faire l'objet de critiques. Ces sous-indicateurs combinent parfois deux types de valeurs : des grandeurs exprimant des données de structure, qui traduisent effectivement un choix de politique publique, avec des grandeurs de résultat, constatant simplement le degré de mise en œuvre administrative des procédures ou des phénomènes de nature sociologique ou macroéconomique.

Cette confusion peut sans doute expliquer la différence entre les grandeurs physiques calculées dans la base de données *Doing Business*, et la réalité enregistrée dans les statistiques officielles.

Le cas du Royaume-Uni est à ce titre particulièrement significatif. Alors que les statistiques officielles du « *Department of Constitutional Affairs* » britannique recensent une constante amélioration de la durée moyenne des instances (moins 41 % entre 2003 et 2004), l'indice de durée de la procédure pour l'item « *Enforcing Contracts* » triple presque entre les rapports *Doing Business* de 2004 et 2005. Malgré cet effort, les performances des tribunaux britanniques restent très largement en deçà des attentes de l'équipe *Doing Business* : les chiffres réels passent de... 1 148 jours à 679 jours devant la *Queen's Bench Division* quand l'équipe *Doing Business* les voit augmenter de 101 à 288 jours sans que l'on sache vraiment pourquoi¹⁹.

19. M. Haravon, « *Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : mythes et réalités sans nuances* », JCP éd. E n° 41 du 13 oct. 2005, p. 1680-1682.

Enfin, les questionnaires qui fondent tout ce travail et leur administration laissent à désirer. Initialement uniquement en langue anglaise [...], ils abordent la problématique juridique avec un biais certain, voire comportent des ambiguïtés, y compris pour un juriste de Common Law. Les listes des destinataires des questionnaires, publiées en annexe de chaque rapport, montrent que ceux-ci appartiennent en général à des cabinets internationaux d'affaires, plus impliqués dans le conseil que dans les procédures et le contentieux quotidiens. Les erreurs sont d'autant plus probables que certains questionnaires contiennent des questions qualitatives et impliquent des jugements de valeur.

Ce débat méthodologique conduit à poser une question autrement plus profonde : quel est le droit mis en exergue par ces rapports ?

Le débat sur la « qualité » du droit révélateur d'une véritable compétition

La polémique récente sur les rapports Doing Business met en évidence plusieurs conflits. Le premier de ces conflits, le plus évidents, est celui qui existe entre systèmes juridiques, et notamment entre les régimes de Common Law et de droit écrit. La lecture attentive des indicateurs, et surtout des questionnaires qui en ont permis l'établissement, fait clairement apparaître le modèle qui est à l'esprit de leurs auteurs. Parfois même, la méthodologie conduit clairement à privilégier tel ou tel concept ou instrument du droit américain. Enfin, le commentaire du rapport 2004 sont sans équivoques en stigmatisant le *French civil Law*.

Toutefois, même des juristes de Common Law ne se retrouvent pas entièrement dans cette description d'un paradis juridique pour entrepreneur.

En effet, ces rapports traduisent un conflit plus profond : sur la conception du droit, sur son utilité sociale. Ce conflit se situe à un double niveau : au sein du droit des affaires lui-même, et bien sûr entre conceptions générales du droit.

La plupart des indicateurs de l'attractivité économique du droit expriment en effet un arbitrage implicite sur le rôle de celui-ci vis-à-vis de l'économie, voire plus précisément de l'entrepreneur. Cette littérature privilégie la flexibilité, la rapidité, l'absence de contraintes. Elle va d'ailleurs jusqu'à préconiser la réduction au strict minimum des garanties de procédure – au mépris sans doute de la plus élémentaire jurisprudence sur le principe du contradictoire et sur le droit au procès équitable²⁰.

Même si l'objet de ces rapports est le développement de l'esprit d'entreprise sous toutes les latitudes, le droit qu'ils proposent en modèle aura en pratique pour unique effet de faciliter le commerce ou les placements financiers internationaux, donc des opérations de court terme. Il ne s'agit pas de viser un ancrage définitif dans le pays, à travers des investissements directs à long terme ou des opérations industrielles lourdes. Les qualités du droit mises en avant sont avant tout la flexibilité et la rapidité, aux dépens de la sécurité.

20. Voir *Doing Business 2004* : "Simplifying judicial procedures", p. 50 et s.



Ces travaux sont également traversés par un clivage plus profond. Ils tranchent entre deux conceptions philosophiques du droit. La première conception fait du cadre juridique l'expression de la volonté générale et un facteur de garantie, voire de compensation d'un déséquilibre, en faveur de la partie historiquement considérée comme faible : le salarié, le fournisseur, le consommateur, etc.

Le juriste français, habitué à une telle conception globalisante éprouve de la difficulté devant une autre conception, véhiculée par ces classements. Il s'agit d'une conception partielle, instrumentale, dans laquelle l'outil juridique est mis au service d'une seule partie, l'entrepreneur. Ainsi, par exemple, le droit du travail, y compris lorsqu'il est élaboré à travers les conventions de l'OIT, n'est-il crédité d'aucun apport en termes de productivité ou de mise à niveau de la concurrence.

Face à l'ensemble de ces faiblesses, on ne peut qu'avoir une attitude sévère. Sévérité de mise puisque, la nature ayant horreur du vide, les données des rapports *Doing Business* deviennent la référence en la matière, reprise par d'autres instances – le *World Economic Forum*, par exemple.

Faut-il pour autant considérer l'exercice entièrement condamnable ? Si *Doing Business* apporte une réponse erronée, la question qui est en à l'origine est au contraire très pertinente et elle mérite largement une réflexion collective en France. Ainsi, malgré de considérables difficultés de mesure, la plupart des travaux mettent en évidence un effet positif et significatif du droit, des institutions ou de la « gouvernance » sur l'évolution des grands agrégats macroéconomiques.

Le droit, déterminant de la croissance

Le droit comme facteur de l'attractivité et de la compétitivité d'une économie

Il est difficile de définir l'efficacité du droit. Sans doute d'ailleurs est-ce impossible puisque cette définition est naturellement contingente et dépend de la demande sociale. Néanmoins le fonctionnement du cadre juridique influe sur la croissance économique à au moins deux niveaux ²¹.

Le droit, le cadre juridique influence les flux économiques d'un pays avec le reste du monde, soit à travers les flux d'IDE – comme on l'a vu – soit comme un facteur de la compétitivité des exportations, en tant qu'élément – certes indirect – du coût global de production. À cet égard, le cadre juridique peut influencer sur le coût de production, voire sur le fonctionnement du marché lui-même.

21. D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters IV : Governance Indicators for 1996-2004*, The World Bank Institute, Ronéo, May 2005.

Dans les années récentes, l'analyse de ce second aspect a été considérablement renouvelée au sein de la théorie économique. À la suite du prix Nobel d'économie (1991) Ronald Coase, celle-ci s'est intéressée à la façon dont les échanges se formaient. Dès qu'il existe des coûts de transaction, elle démontre que les règles de droit ont un rôle décisif à jouer, en ce qu'elles modèlent la forme et le coût des échanges²². L'analyse économique du droit (*Law and economics*) s'est ainsi constituée comme une branche majeure de la théorie économique. Poursuivant cette démarche, Douglass North (autre prix Nobel d'économie, 1993) développa une analyse portant sur le rôle décisif des institutions – considérées davantage comme système politique que comme système juridique – au cours du temps pour expliquer le développement et la croissance²³.

Ces effets peuvent être autant favorables – aspect peut fréquemment documenté dans les rapports destinés au grand public et aux responsables économiques – que défavorables. À travers les indicateurs synthétiques, et tout particulièrement celui de *Doing Business*, le droit, la procédure – administrative autant que contentieuse – sont avant tout considérés comme une gêne et un coût.

Ce débat théorique débouche alors sur une interrogation à la fois philosophique, mais aussi d'une immense portée en termes de politique publique : comment identifier le droit qui maximise la croissance ?

L'immense intérêt de l'évaluation de « l'efficacité » du droit

La question de la définition *des critères* d'une efficacité du droit est ici volontairement et arbitrairement écartée. La problématique de « la mesure du droit » nécessiterait un traité entier. Elle fait d'ailleurs actuellement l'objet d'une réflexion approfondie, notamment au sein du programme de recherches sur l'attractivité économique du droit.

Il faut néanmoins souligner l'immense intérêt – et donc l'enjeu – de la démarche d'évaluation du droit. Naturellement celle-ci ne doit pas se limiter à présenter le droit comme un facteur de coût, mais plutôt comme un instrument de politique publique, au même titre que les autres instruments disponibles – fiscalité, dépenses budgétaires, communication, etc.

De cette comparaison avec les autres instruments de politique publique, peut naître notamment plusieurs explications de la complexité et de l'instabilité qui sont souvent reprochées à notre droit. Ainsi, on constate que les modifications de la réglementation n'emportent, en apparence, aucun coût budgétaire direct (voir le tableau ci-dessous) et comporte de nombreux avantages pour l'administration par rapport à la fiscalité et à la dépense budgétaire.

22. R. Coase, "The Problem of Social Cost," *J. Law Econ.*, 3, 1 : 1-44, April 1960.

23. D. North, (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Tableau
Quelques effets comparés des modes d'intervention publique du point de vue de la puissance publique

Origine de l'effet pour l'État \ Instruments	Comportement des agents économiques	Coût administratif	Coût budgétaire
Taxation (positive, ou négative sous forme d'une dépense fiscale)	Effets d'aubaine, de calendrier : efficacité transitoire	Complexité de la supervision mais guichet unique et existant : le dispositif supplémentaire représente un coût administratif marginal	Coût budgétaire indirect et aléatoire en fonction du comportement des contribuables qui actionnent le mécanisme
Subvention		Coût quantitatif du traitement (multiplicité des guichets locaux, etc.) et/ou du contrôle (inspections sur place, etc.)	Coût budgétaire direct, prévisible, voire réglable
Réglementation	Asymétrie d'information aux dépens du « réglementeur » mais procure de la sécurité juridique pour les deux parties		Absence de coût budgétaire direct : le coût est supporté par les agents qui appliquent la réglementation

Source : B. du Marais, *Rapport particulier pour le XXF rapport du Conseil des impôts, La fiscalité dérogatoire, 2003.*

La mise en œuvre de la LOLF va sans doute puissamment renforcer cette nécessité d'évaluer de façon comparative les divers instruments de politique publique.

Quelques pistes pour le développement de la capacité d'évaluation de la règle de droit

En réalité, ce n'est pas tellement sur le fond du droit que notre pays souffre d'un retard criant, en particulier par rapport à ces partenaires de Common Law : c'est en matière de capacité d'évaluation.

Certes, se pose la question du moment, de la méthode et du lieu de cette éventuelle analyse. En ce qui concerne l'évaluation *ex ante* de la réglementation, et les études d'impact en particulier, le constat a déjà été fort bien fait par ailleurs²⁴. De même, de nombreux ouvrages académiques ou administratifs – publiés notamment sous l'égide du Commissariat général du Plan – exposent différentes méthodes d'évaluation des politiques publiques qui sont largement transposables à l'évaluation des effets du droit.

Il faut cependant attirer l'attention sur quelques uns des ingrédients indispensables à la qualité de ces évaluations. Elles doivent notamment : être multicritères ; mettre en évidence les effets concernant toutes les parties concernées et identifier les effets successifs (de premiers, deuxièmes, troisième rangs, etc.).

24. B. Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation française, 2004, 47 p.

Les techniques utilisées montrent que l'évaluation n'est naturellement pas la panacée universelle pour obtenir un droit de qualité. À cet égard, les critiques dont fait l'objet le recours systématique de l'Administration américaine aux analyses coût – bénéfice rappellent que l'outil peut parfois être détourné de son objectif²⁵.

Il reste que la question du lieu de ces évaluations est primordiale. L'échec relatif des instances étatiques d'évaluation mises en place au niveau central – notamment le Conseil national de l'évaluation – montre que pour être efficace, et améliorer la qualité globale de la réglementation, ce type de démarche doit nécessairement être *multipolaire*.

Le cas des États-Unis est à cet égard tout à fait démonstratif des conditions de développements d'une telle culture de l'évaluation.

Au-delà des administrations en charge officiellement de l'évaluation – qui se trouvent d'ailleurs *en situation de concurrence*²⁶ – toute une série de *Think tanks* viennent placer les politiques publiques sous « tension de résultats » en les soumettant au feu d'une analyse critique non seulement fréquente, mais *permanente*. Ces instances sont le plus souvent étroitement liées, à la fois, au monde académique et à la société civile, avec parfois une participation des pouvoirs publics. Plus ou moins partisans, ils interviennent tour à tour comme sous-traitants des administrations ou comme leurs contre-pouvoirs²⁷. La détermination du lieu de l'expertise en matière d'évaluation des politiques publiques (« Qui évalue ? ») semble aussi importante que la détermination des méthodes d'évaluation (« Comment évaluer ? »²⁸).

Ces organismes s'intéressent à toutes les étapes de la démarche : définition des instruments de la politique publique et de leur mise en place, analyse des résultats, jusqu'à la conceptualisation de la méthode d'évaluation, voire critique philosophique des fondements des politiques publiques. En outre, et cela n'est pas neutre sur l'efficacité de leur évaluation, leurs travaux sont, par définition, *rendus publics*, ce qui n'est pas le cas de la plupart des rapports d'inspection administrative.

Par ailleurs, et le lien de causalité est étroit, la fonction d'évaluation bénéficie d'un accès très libre aux gisements d'information publique, garanti par le droit commun et notamment le *Freedom of Information Act* de 1966²⁹.

25. P. de Meneval, « Réglementer intelligemment : Les analyses d'impact et la préparation des réglementations publiques aux États-Unis », Document de travail 2004.05, Agence financière de Washington, <http://www.ambafrance-us.org/intheus/finance>.

26. Aux États-Unis, l'OMB dépend de l'exécutif, et le GAO dépend du Congrès.

27. Voir par exemple, couvrant l'ensemble du spectre partisan, les travaux de la *Brookings Institution* ou du *Cato Institute* sur la politique fiscale en général et les dépenses fiscales (*tax expenditures*) en particulier.

28. E. Zelinsky, « James Madison and Public Choice at Gucci Gulch : a procedural defense of tax expenditures and tax institutions », *Yale Law Journal*, 102, March 1993, p. 1165s.

29. Voir, plus en amont, l'*Administrative Procedure Act* de 1946.

En conclusion, pour améliorer le droit, développons « l'intelligence »

Pour lutter à armes égales contre le dénigrement dont notre Droit est l'objet, mais aussi disposer en France d'une véritable capacité d'expertise en matière d'évaluation de notre système juridique, il s'agit de développer « l'intelligence » – la compréhension – des effets du droit sur les composantes de la croissance économique. Il suffit en réalité de compléter les décisions prises par Raymond Barre à l'issue du rapport rendu en 1979 par MM. Lenoir et Prot³⁰. En effet, à l'époque, la compétition entre pays développés et les causes de la crise économique se situaient sur le terrain de la macroéconomie. Le Premier ministre d'alors avait entrepris de créer, par le soutien public, plusieurs centres indépendants de prévision macroéconomique (dont le CEPII, l'OFCE, etc.).

Aujourd'hui, la marge de manœuvre des États en matière macroéconomique est singulièrement réduite. Comme nous le signale de façon brutale les rapports Doing Business, la compétition – et les freins à la croissance – se sont déplacés sur le terrain de la microéconomie, de l'organisation de la société, notamment des interfaces entre les institutions et le système productif, et donc sur le terrain des effets économiques du droit. Il faut sûrement, dans ces domaines, imiter le mouvement effectué à la fin des années 1970. Il reste à développer une capacité d'analyse rigoureuse et indépendante, qui puisse alimenter les décideurs politiques et – pourquoi pas ? – également les instances de contrôle préalable de la qualité du droit, telles que le Conseil d'État.

30. Voir entre autres Joël Bourdin, « L'information économique aux États-Unis », *Rapport d'information*, n° 326 (2000-2001), Délégation du Sénat pour la planification.

Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même*

*Nicolas Molfessis,
professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

1. – D'un rapport du Conseil d'État à l'autre, depuis le rapport apériteur¹ qui a révélé que la crise n'était pas seulement dans les esprits chagrins des faiseurs de système mais aussi dans la conscience des légistes, la lutte contre l'insécurité juridique est devenue priorité nationale. En remontant les quinze années qui viennent de s'écouler, l'impression première est assurément celle d'une masse, presque oppressante, d'écrits en tous genres et de toutes origines portant sur l'insécurité juridique, ses manifestations, ses causes ou ses remèdes. Dans ce magma qui gagne, une littérature foisonnante – des rapports, des déclarations, des travaux divers –, nous signifie désormais, du plus haut de l'État, la nécessité et l'urgence de porter remède à un corps malade de son enflure². Mais s'y mêle également, en bon rang, un dispositif juridique hétérogène, parmi lequel des lois, des décrets ou des circulaires qui aspirent à améliorer une situation endémique et critique³. Des décisions de toutes justices, à leur tour, rendent compte, Constitution en étendard, de la priorité nationale⁴. Pour qui négligerait un tel phénomène, dans la « grande » presse, et comme en résonance, les dysfonctionnements du système juridique sont désormais devenus problème de société⁵. C'est l'affaire de tous et non celle des seuls juristes dont il est question.

2. – Ce mal, on le sait, est protéiforme. L'insécurité juridique se nourrit de l'inflation normative comme de l'instabilité des règles ou encore du déclin de l'art de légiférer. Parce qu'elle fait obstacle à la connaissance des règles, elle provoque une situation d'angoisse face au droit. C'est l'insertion de la norme juridique dans l'ordre social qui est en cause, et donc sa vocation à régir réellement et durablement les situations juridiques, sans compter le discrédit qui affecte alors le droit. L'insécurité juridique, c'est la règle qui se dérobe.

Mondialisation oblige, on insiste davantage aujourd'hui sur les coûts de ces désordres normatifs, feignant de découvrir que le droit est un élément de la compétitivité nationale et donc de la prospérité⁶. À l'échelle du particulier, de l'entreprise ou de l'État, l'insécurité des solutions grève les décisions des acteurs⁷.

* Les notes sont regroupées à la fin de cette contribution.

Mais le trop-plein de droit emporte bien d'autres conséquences. Et d'abord la dilution de l'effet unificateur de la règle. Survie de la loi ancienne et application immédiate de la loi nouvelle favorisent la coexistence au sein d'un même ordre juridique de plusieurs droits positifs, applicables à des situations identiques. L'inflation du droit crée mécaniquement des sous-ordres juridiques tenant à la dévolution successorale des règles.

Dans le même temps, mais à l'horizontale en quelque sorte, la multiplication des règles s'accompagne de l'une subdivision du droit. C'est une loi – de plus – que nous enseigne l'inflation législative : comme les cellules, le droit se subdivise en grossissant. L'accroissement de volume s'opère par division. Que l'on se contente, pour rendre compte du phénomène, de viser les différentes catégories de baux cités en table de l'une des publications du Code civil : baux, baux à cheptel, baux commerciaux, baux d'habitation et mixtes soumis à la loi du 6 juillet 1989, baux d'habitation et mixtes de la loi du 23 décembre 1986, baux d'habitation et mixtes de la loi du 22 juin 1982, baux d'habitation et professionnels de la loi du 1^{er} septembre 1948 et autres textes spéciaux, baux à loyer, baux à nourriture, baux professionnels, baux à réhabilitation, baux ruraux... Faudrait-il également évoquer la réglementation pléthorique du – ou plutôt *des* – cautionnement(s) ? Au pluralisme que provoque la coexistence de textes de dates différentes, se joignent des phénomènes d'arborescence, et donc de démultiplication des droits spéciaux.

Une même situation juridique se trouve ainsi placée sous l'empire de diverses règles spéciales qui s'additionnent pour déterminer, par agglutination en quelque sorte, le droit applicable. Un contrat à durée indéterminée conclu par un consommateur, par voie électronique, et donc aussi à distance, sollicite divers corps de règles spéciales, tenant à l'objet du contrat, à la qualité du contractant, à la forme de l'acte, etc.

3. – D'un tableau qui se noircit progressivement, on puisera matière à réflexion sur une évolution des sources de l'autorité dans notre société. Le déclin de la sécurité juridique signe celui du droit et rend compte d'une transformation des modes de régulation sociale. L'instrumentalisation de la loi, le dévoilement de l'intérêt général derrière des intérêts collectifs ou particuliers, les réactions émotionnelles et démagogiques à un supposé besoin de loi, l'appel à la réglementation en guise de traitement des angoisses sociales liées à la multiplication des risques technologiques ou scientifiques, jusqu'aux alternances politiques...

On sait les causes, structurelles ou conjoncturelles, qui conduisent aux dérèglements de notre système normatif. La mutation de la loi dans le sens de son dépérissement progressif, du moins depuis plus d'un demi-siècle, son dépassement par des sources supérieures, sa mise en concurrence du fait de la profusion des autorités sectorielles régulatrices, sont également bien connues.

Reste une interrogation : quels enseignements tirer des années écoulées entre les deux rapports du Conseil d'État ? La mobilisation des esprits, la réaction des pouvoirs publics, fournissent-elles des solutions adaptées au phénomène décrit en 1991 en des termes éloquentes ? C'est la pertinence même des mesures ordonnées ou suggérées qui est en cause.



4. – Le bilan, même s’il appelle ça et là la nuance et obligerait, pour être à l’abri de la dispute, un relevé d’inventaire des plus détaillés, est assurément négatif. Plus encore, la fièvre gagne progressivement.

Divers clignotants, diraient les économistes, marquent l’aggravation des symptômes de l’insécurité juridique. Il suffit d’ailleurs, pour s’en convaincre, de s’imprégner des considérations générales du rapport public 2006 du Conseil d’État.

L’inflation normative ? Cet indicateur, généralement privilégié, est sans appel. On l’illustre de multiples façons : nombre des textes – stock⁸ ou flux⁹ –, volume des textes¹⁰, nombre d’amendements législatifs¹¹, jusqu’au poids en kilos du *Recueil des lois*¹². Ce que l’on pourrait appeler le « taux de rotation », pour désigner la vitesse à laquelle des règles changent dans un domaine juridique, mériterait sans nul doute une analyse statistique : on sait des secteurs – droit du travail en tête – frappés de réformes permanentes¹³.

Le retard dans la mise en œuvre des textes ? Si les prémisses d’une évolution favorable ont pu être observées dans le dernier Rapport du Sénat sur l’application des textes, la situation conduit toujours à « un constat sévère » : moins de 20 % des lois sont rendues applicables l’année de leur publication¹⁴. Le délai à attendre pour qu’une loi entre ainsi en application reste, selon la même source, parfaitement injustifié¹⁵.

Quant à la qualité de la règle, désormais érigée en priorité, on ne voit guère sur quelle base on pourrait dire qu’elle se serait améliorée. Chacun, sans grande difficulté, saura trouver les illustrations qui marquent la tendance¹⁶.

5. – Plus encore, en divers domaines l’impression prévaut d’un recul des techniques de lutte contre l’insécurité juridique. L’évaluation législative ? Prônée notamment par une loi du 14 juin 1996¹⁷, elle n’a pas donné ses fruits¹⁸. On en dira de même des études d’impact. Présentées comme une panacée au milieu des années 1990¹⁹, au point que l’on pouvait en dire qu’elles devaient contribuer « à endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires et à maîtriser la complexité de l’ordonnement juridique »²⁰, elles n’ont pas davantage tenu leurs promesses. Estimée « peu encourageante »²¹, selon un euphémisme bien choisi, la situation a même récemment justifié une singulière révision à la baisse des ambitions initiales²².

À l’évidence, les médecines mises en place ont révélé leurs limites et leurs insuffisances. La complexification progresse sans se sourciller de l’objectif de simplification²³.

6. – Dès lors, comment justifier l’impuissance des pouvoirs publics à venir stopper un mouvement si clairement dénoncé et si nettement compris il y a quinze ans ? Entre la mise en cause, au début des années 1990, du « développement des textes d’affichage », d’un « droit mou, un droit flou, un droit “à l’état gazeux” » et la dénonciation en 2005 de « la dégénérescence de la loi en instrument de la politique spectacle » de « la loi d’affichage » ou encore de la tendance à « amollir la loi de considérations générales et de vœux pieux »²⁴, pourquoi rien ne semble s’être passé ? Comment comprendre que ni le flux ni le stock de textes n’aient même un temps suspendu leur funeste ascension ou encore que la fréquence des changements de règles et plus généralement leur instabilité n’aient décréu ? Comment expliquer que, « depuis trente ans, les

chefs successifs du Gouvernement enjoignent à leurs ministres d'accélérer la publication des actes réglementaires nécessaires »²⁵ sans que le retard endémique dans l'application des lois ne fléchisse ?

Machiavélisme, incompétence, cynisme des acteurs ? Pourquoi ceux qui entendent pour restaurer l'autorité de la loi, lutter contre les lois « purement déclaratives »²⁶, joignent-ils leurs voix au vote de la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation en faveur des Français rapatriés²⁷ ou à celle du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 ? Pourquoi ceux qui prônent la simplification du droit sont-ils les premiers à emprunter la voie la plus propre à alourdir substantiellement le droit ? Il y a là comme une impression d'emballement du système juridique, comme si celui-ci ne pouvait être maîtrisé et stoppé sur la voie de son emphase.

7. – Une telle interrogation revient à éprouver l'aptitude du système juridique à traiter ses propres maux. Car c'est bien une auto-médication que veut s'imposer le système juridique en multipliant les règles destinées à lutter contre ses dysfonctionnements. Lois de simplification, loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, circulaires relatives à la qualité de la réglementation ou à la maîtrise de l'inflation normative mais aussi et encore chartes de la qualité de la réglementation, rapports *ad hoc*, création de commissions spécialisées, décisions consacrant des normes constitutionnelles sur la sécurité juridique ou ses manifestations... constituent un *corpus* juridique en charge de la police du système juridique.

La lutte contre l'insécurité juridique est devenue en soi un objet de réglementation. D'où le constat de l'essor, derrière les aspirations à améliorer le droit, d'un droit du droit, avec ses principes et ses règles, de hiérarchies et de nature différentes. Le système juridique entend se traiter lui-même.

8. – Tournées vers le système juridique, ces règles, ces décisions, recommandations ou instructions ont une portée endogène : elles entendent régir les règles de droit elles-mêmes, en recherchant, selon les cas, leur simplification, leur efficacité ou encore en visant l'allègement ou le regroupement de l'ensemble normatif. Elles ont en commun un objectif : l'amélioration du droit. Par suite, on doit considérer que de telles dispositions relèvent de la catégorie plus générale des normes que Hart qualifie de « secondaires », ou que Kelsen a dénommée normes de structure, par distinction avec celles qui régissent les comportements, accordent des droits ou imposent des obligations. Elles participent ainsi des normes sur la création juridique²⁸ ou encore de celles « dont l'existence est justifiée *parce qu'elles se réfèrent à d'autres normes* »²⁹.

Au sein de ces dernières, les règles visant à l'amélioration du droit sont spécifiques. Et leur développement est sans nul doute récent. Les théoriciens qui ont porté leur attention à la distinction des diverses règles selon leur objet ou leur fonction n'avaient d'ailleurs pas jugé utile de les repérer³⁰. Si l'on devait les résumer de quelques traits, on dirait qu'elles portent, selon les cas, sur l'écriture de la règle, sur son esthétique, sur ses effets, qu'elles interviennent soit en amont de l'élaboration des règles substantielles³¹ soit en aval³², et qu'elles aspirent à traiter le système juridique.

9. – À l'évidence, l'évolution de notre droit conduit à l'accroissement de ce type de règles. Elles sont les produits de la complexité qui entend, en quelque sorte, façonner son antidote³³. Plus les systèmes juridiques évolués se com-



plexifient, plus ils créent le besoin de règles qui accompagnent la production normative, l'encadrent et visent à en assumer la police. La seule réglementation procédurale des règles – dont Weber avait montré qu'elle caractériserait les droits modernes – ne suffit plus à garantir leur qualité quand elle ne participe pas des dérèglements normatifs eux-mêmes ³⁴.

Dès lors, bien naïf celui qui contemple l'essor des règles visant à l'amélioration du droit en se réjouissant, comme si l'appel à la simplification et, plus généralement, l'invocation de la sécurité juridique étaient un signe de rédemption du système juridique. C'est parce que la règle se dégrade, que l'inflation normative augmente et que la complexité des textes est croissante, que les pouvoirs publics multiplient les interventions destinées à améliorer la réglementation, à réduire le flot des textes, à simplifier le droit, etc. Un tel dispositif marque ainsi la juridicisation d'un processus de rationalisation du droit censé restaurer le système juridique en soumettant la norme à des réquisits formels et à des tests d'efficience ou d'efficacité.

10. – Ces règles sur les règles ne sauraient toutefois, par quelque abstraction, être détachées de leur environnement. Elles n'existent pas indépendamment du système juridique qui les sécrète. Produits des dérèglements de notre système juridique, ces dispositions voulues vertueuses risquent dès lors d'être infectées par les maux mêmes qu'elles visent à combattre.

Le bilan, précisément, en atteste. Les ordonnances censées simplifier le droit tout en évitant l'encombrement du Parlement, sont ainsi devenues à leur tour une source d'inflation normative au point que leur débit est désormais supérieur à celui du Parlement ³⁵. Alors qu'elles avaient reçu l'onction suprême, parce qu'elles apparaissaient comme un moyen de parvenir à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ³⁶, le président du Conseil constitutionnel lui-même s'est récemment demandé si « le remède n'est pas pire que le mal » ³⁷ ! Avec plus de 90 ordonnances en 2005, la réponse ne semble faire guère de doutes ³⁸. Pareillement, les règles destinées à l'évaluation ont échoué, faute de temps ou de moyens suffisants. On soulignera encore que l'on doit l'échec des rapports destinés à informer le Parlement à l'inertie persistante du gouvernement ³⁹. Et la litanie pourrait être poursuivie.

11. – Plus encore, les remèdes deviennent à leur tour facteurs de dysfonctionnements et appellent donc l'intervention des sources du droit, *lato sensu*. La complexité du droit est en soi une cause d'ébullition normative. La masse, à nouveau, est en elle-même révélatrice : des lois, des décrets, mais aussi des circulaires ou des instructions sont rendues nécessaires du fait de l'opacité des textes, de leurs imperfections, des difficultés à les appliquer. Les imperfections appellent de nouvelles règles. Ces nouvelles règles, elles-mêmes imparfaites, provoquent à leur tour l'intervention du droit – c'est l'autocréation vicieuse du droit...

N'est-ce pas ce que l'on observe lorsque l'on contemple le bilan de la codification à droit constant ou à tout le moins de certains des codes réalisés ? Parmi d'autres, le Code de commerce comme le Code monétaire et financier ont ainsi provoqué l'intervention de sources multiples, mobilisées pour corriger les erreurs de codification ⁴⁰ et lever les incertitudes soulevées par la mise en code des textes ⁴¹. L'ensemble, quoiqu'on en pense, s'est soldé par un surcroît

de textes, par des interventions *ad hoc* des administrations et par un contentieux en série.

La complexité est source de complexité. Les dérèglements dans l'application des lois en portent divers témoignages⁴². Une illustration de plus : la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit impose-t-elle, pour chaque loi promulguée, un rapport sur sa mise en application⁴³ ? L'obligation reste alors lettre morte. Plus encore, la loi de simplification du droit elle-même, c'est-à-dire celle qui se trouve à l'origine de cette obligation nouvelle, n'a pas fait l'objet du rapport sur sa mise en œuvre qu'elle avait elle-même prévu⁴⁴ !

Les règles visant à l'amélioration du droit se trouvent ainsi perverties par les dysfonctionnements mêmes du système juridique. Elles en viennent à participer au mal qu'elles veulent combattre. Le système s'est auto-dérégulé.

12. – Etourdi par un tel cercle vicieux, faut-il en déduire que toute tentative d'amélioration du système juridique est vouée à l'échec ? Il faudrait alors se résigner à ne rien à faire, à adhérer par dépit à un libéralisme extrême, prompt au laisser-faire et rebelle à toute forme d'interventionnisme ? Certainement pas. Le désordre systémique condamne l'inertie. Loin de justifier l'inaction, il incite à considérer autrement les remèdes proposés pour s'assurer de leur apport vertueux à la lutte du système juridique contre lui-même.

Si l'on tente de tirer profit des leçons que les expériences menées depuis quinze ans nous offrent, on pourra dégager quelques lignes directrices, traits saillants d'une méthodologie de la lutte contre l'insécurité juridique.

13. – La première tâche consiste à identifier les objectifs pour éprouver l'adéquation du remède envisagé à la fin recherchée. Des mots, on ne tire rien : accessibilité, clarté, intelligibilité du droit ne s'obtiennent pas par proclamation. Sous cet aspect, la démarche dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan, dont le sens même est obscur et ambivalent⁴⁵, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique. La simplification nous est désormais servie en toutes occasions, sans même que l'on sache ce que recouvre le pavillon : s'agit-il que le droit soit compris par tous sous prétexte de vouloir un « droit pour les usagers »⁴⁶ – mission impossible⁴⁷ ? Escompte-t-on moins de règles⁴⁸ ou bien des règles autrement écrites ? Ou bien encore, la simplification implique-t-elle une réduction des catégories et des régimes juridiques – moins de cas de divorce, un alignement du statut des enfants naturels et légitimes⁴⁹ ? Est-ce « l'efficacité » de la règle qui est en jeu⁵⁰ ? Derrière le terme aux atours séduisants, on peut tout viser... et l'on vise tout⁵¹. S'il y a ici une certitude, en réalité, elle est tout autre : soigneusement à l'abri derrière le mot si consensuel de simplification, le besoin normatif s'est exprimé sans retenue. Fermer la voie corrompue est donc une nécessité, sauf à admettre la submersion normative. Un mot ne vaut pas toujours programme⁵². Cessons donc de « simplifier » !

14. – La deuxième tâche consiste à identifier les diverses contraintes externes au système juridique – financières ou temporelles par exemple – afin de déterminer leur compatibilité avec les objectifs poursuivis. C'est une exigence de réalisme. Rien ne sert de vouloir généraliser les études d'impact, de créer des organes chargés d'évaluer les textes, de décider que chaque texte de loi fera l'objet d'un rapport, si les moyens, matériels et humains, ne sont pas réunis

pour mener à bien l'objectif⁵³. Plus encore, la démesure – et donc l'irrespect du remède prescrit – a pour effet pervers de jeter le discrédit sur l'aptitude de son auteur – parlement ou administration – à respecter les contraintes qu'il s'est fixées. Est-ce si compliqué d'observer que toutes les fois que l'on accroît le travail parlementaire ou gouvernemental sans prévoir corrélativement les ressources nécessaires, on s'expose à un échec ou à un déplacement des difficultés ? Mieux vaut réaliser une ambition limitée que d'achopper sur une ambition disproportionnée.

15. – La troisième tâche consiste à maîtriser les interactions entre les remèdes envisagés et le système juridique. Ce qui suppose de rechercher les effets de système qui sont ici à l'œuvre. Observons, par exemple, qu'une codification dite « thématique »⁵⁴ de l'ensemble du droit, en fonction des demandes des ministères et des initiatives particulières⁵⁵, ne saurait être sans conséquences sur le fond du droit. Les codes superflus ne se contentent en effet pas d'ajouter à la masse ; ils configurent le droit. Le récent Code du tourisme offre ainsi cette image d'une codification dépourvue de raison d'être – la matière codifiée n'ayant pas même d'existence propre⁵⁶ –, issue d'une pensée guidée par le seul appétit pour un code de plus. Le résultat est là : outre des dispositions sur la compétence⁵⁷, la plupart des dispositions de ce « petit » code tiennent en une reprise des codes existants : Code civil⁵⁸, Code de commerce⁵⁹, Code de l'environnement⁶⁰, Code de l'urbanisme⁶¹, Code général des collectivités territoriales⁶², Code général des impôts⁶³ sont transportés de leur code d'origine. Nombre de sections voire de chapitres ne comportent ainsi aucune règle qui ne soit importée d'un autre code. Une masse artificielle de règles est créée, le recopiage conduisant directement à augmenter le volume normatif existant⁶⁵ – même à droit constant. Ne négligeons pas les effets des codes : par sa seule présence, le code appelle des règles supplémentaires, des toilettes ou des réformes, et provoque la réglementation. Il y a plus : parce qu'il labellise une nouvelle matière et donne corps à ce qui n'était alors qu'un secteur professionnel, le code porte un coup de plus au déclin du droit commun en contribuant à la fragmentation du droit en droits spécialisés⁶⁶.

L'exemple appelle-t-il l'axiome ? Toute action sur le droit, toute règle de structure, déplace son onde de choc sur l'ensemble, par effet de système. En retour, le système juridique se veut donc contraignant : il est un donné dont l'action ne saurait s'affranchir. Qu'il s'agisse de codifier, de légiférer, d'inciter ou de réfréner, les règles qui ont la prétention d'améliorer le droit doivent se plier aux contraintes systémiques pour avoir quelque chance d'être efficace. Comme l'écrit si justement F. Jullien, « il serait vain, et donc absurde de vouloir agir sur le monde, physique ou social, en n'épousant pas la tendance qui s'y trouve objectivement impliquée et régit son développement. Il serait vain, et donc absurde, de vouloir s'ingérer dans le cours de la réalité au lieu de se conformer à la logique de propension qui découle chaque fois de la situation donnée⁶⁷ ».

Entend-on, par exemple, faire la chasse aux dispositions non normatives qui poussent dans nos lois, comme de mauvaises herbes ? À supposer que l'on sache ce qu'est une disposition *en soi* privée de toute normativité – alors même que l'expérience apprend que ce supposé attribut de la règle est indissociable du travail d'interprétation⁶⁸ –, on ne saurait agir utilement sur la présence de telles dispositions dans les textes sans comprendre au préalable les



raisons pour lesquelles elles y ont germé. Un tel chantier d'éradication suppose donc de prévoir, en substitut, d'autres voies. Les lois recognitives, supposées lois symboliques, servent des intérêts bien concrets et bien réels, qu'il n'est pas possible de nier⁶⁹. On ne peut faire disparaître un besoin par voie d'impératif.

Ose-t-on l'évidence ? Toute action sur un symptôme – les dispositions floues dans les textes de lois – requiert une action sur les causes – ici la concession faite aux lobbies ou encore la volonté d'afficher une politique publique, etc. Constate-t-on l'incapacité des acteurs du système à tenir le cap qu'ils se fixent eux-mêmes – analyser l'opportunité des réformes envisagées, en anticiper les coûts et les effets, en faire l'évaluation –, et ce parce qu'ils subissent des contraintes antagonistes ? Pourquoi alors ne pas davantage confier à des autorités extérieures aux processus de production des normes, le soin d'en contrôler et d'en améliorer les rouages ?

Dans le même temps, il faut compter avec les effets vertueux que recèle le système, ce qui suppose de savoir les stimuler. Ainsi, une approche quantitative, qui consiste à lutter contre la masse des textes par voie de régime amaigrissant, recèle sans nul doute des vertus multiples, par effet d'entraînement⁷⁰. Si l'on songe en effet à la diversité des méfaits de la seule inflation législative⁷¹, alors sa réduction devrait, en sens inverse, provoquer un réajustement du droit, redonner vigueur au droit commun ou imposer une rédaction moins technicienne et pointilliste de la règle, etc. Proposons donc d'ouvrir un chantier de plus : dressons l'inventaire, en tous domaines, des règles inutiles, parce que superflues, obsolètes, redondantes, etc., afin de proposer leur abrogation expresse⁷². Une loi de plus peut-être, mais pas n'importe laquelle : une loi d'abrogation des textes inutiles.

16. – On n'ignore pas que ces quelques observations restent bien insuffisantes. Il faudrait sans nul doute provoquer une réflexion d'ampleur sur les ressorts de la complexité qui caractérise notre système juridique. La mise à jour de cette complexité est en effet la condition de toute action visant à réduire les dérèglements de notre droit. « Nous ne croyons rien connaître avant d'en avoir saisi chaque fois le pourquoi, c'est-à-dire saisi la première cause » écrit Aristote : c'est « la connaissance de la cause par laquelle une chose est » qui nous donne « la science de cette chose d'une manière absolue et non pas accidentelle⁷³. »

Plus que tout, il nous faut développer une nouvelle culture de la production des normes. Résorber l'insécurité juridique implique une meilleure connaissance des effets de système, une prise en compte accrue des données sociales qui agissent sur le droit⁷⁴, une réflexion critique sur le besoin normatif et l'instrumentalisation des règles.



Notes

1. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, « De la sécurité juridique », La Documentation française.
2. On ne peut compter les articles. Contentons-nous des déclarations de personnalités : Président de la République (Discours devant le parlement le 19 mai 1995), Premier ministre (v. G. Courtois, « Jean-Pierre Raffarin et l'esprit des lois », *Le Monde*, 9 juillet 2002, p. 16), président du Sénat (« Surabondance de lois nuit au citoyen », *Libération*, 18 janvier 2005), président de l'Assemblée nationale (v. ainsi la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, 5 octobre 2004), président du Conseil constitutionnel (vœux pour 2005) ; et des rapports les plus récents : Rapport au Premier ministre, Groupe de travail présidé par B. Lasserre, « Pour une meilleure qualité de la réglementation », La Documentation française, 2004 ; D. Mandelkern sur la qualité de la réglementation ; « Incertitude et sécurité juridique », M. Pinault dir., Cour de cassation, 2005.
3. Pêle-mêle : loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; circ. du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation ; circ. du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.
4. V. not. déc. 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; déc. 99-423 DC du 13 janvier 2000 ; déc. 2000-435 DC du 7 décembre 2000 ; déc. 200-455 DC du 12 janvier 2002 ; déc. 2005-512 DC du 21 avril 2005 ; déc. 2005-530 DC du 29 décembre 2005.
5. La presse qui s'alarme, et la presse qui s'amuse, parce qu'elle se moque. V. ainsi, dans la période la plus récente, les différents articles de *Libération*, 18 janvier 2005, not. « Surabondance de lois nuit au citoyen » et « La surcharge législative, un mal qui gagne l'Europe » ; *Le Figaro*, « Quand la loi est érigée en instrument de communication politique », 25 octobre 2005 ; « Les réalités de l'inflation législative », 16 janvier 2006 ; *Marianne*, sur « Ces lois qu'on n'applique pas », 26 janvier 2004, p. 60 et s. ; ou encore *Le Monde*, 2 janvier 2006, p. 3 sur le malaise des magistrats et l'inflation législative.
6. Sans que l'on soit encore capable d'intégrer cette donnée dans le processus de décision : v. O. Siviude, « Le coût de la réglementation », annexe au Rapport Mandelkern, préc., p. 52 et s.
7. Pour une analyse détaillée des coûts de la réglementation, v. Rapport Mandelkern préc. Aj. E. Blanc, Rapport AN, n° 752, avril 2003, p. 15 ; B. Saugey, Rapport Sénat, n° 266, 2002-2003, p. 13.
8. Le chiffre de 9500 lois en vigueur est à présent retenu, contre 8000 selon le Conseil d'État en 1991.
9. 1790 textes numérotés publiés au Journal officiel en 2005 contre un peu plus de 1500 l'année précédente. On relèvera également que, selon des données transmises par les éditions du Juris-Classeur, on comptait, en 1993, 15719 modifications de textes contenus dans codes et lois trouvant leur origine dans des lois, ordonnances, décrets et arrêtés, 19491 en 2004 et plus de 23000 fin novembre 2005. V. ég., « Inflation législative galopante : l'exemple de l'été 2004 », Juris-classeur, novembre 2004.
10. *Le Figaro*, 16 janvier 2006 : « La loi sur le commerce électronique occupe plus de 100 pages, la réforme de la santé publique 218 pages et la relance de la décentralisation 231 pages. Lors de son examen en 2003, le projet de loi sur la grande criminalité a quasiment doublé de volume. Plus d'un dixième du Code général des impôts, qui compte 2 500 pages et 4 000 articles, est modifié chaque année. »
11. Ce nombre est en augmentation constante et fulgurante : un peu plus de 4500 amendements pour la période 1959-1962 ; 10 000 entre 1968-1972 ; 50 000 entre 1997-2002, déjà près de 100 000 pour la 12^e législature : V. *Le Monde*, 17 janvier 2006.
12. G. Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101.
13. Les considérations générales du rapport du Conseil d'État pour 2006, *supra*, évoquent sous cet aspect, les « stroboscopes législatifs permanents » dans lesquels est inclut justement le droit fiscal. Le rapport cite l'exemple d'un article de loi modifié deux fois le même jour (point 2.2.2.).

14. Il faut ajouter que les progrès relatifs aux textes votés en urgence sont eux aussi très relatifs :
« Comme en 2003-2004 (alors pour 14 lois), aucune des lois votées, de droit, en urgence, ou après déclaration d'urgence (soit 11 unités), pendant l'année parlementaire, n'a été rendue totalement applicable au 30 septembre.

Les 3 lois votées, de droit, en urgence ont été traitées exactement comme en 2003-2004 et 2002-2003 : elles sont toutes partiellement applicables. Il y a là, sans doute, compte tenu de la densité de ces textes, une donnée d'ordre structurel. Mais rappelons que ces lois figurent traditionnellement parmi les textes au taux d'application le plus élevé.

S'agissant des lois votées après déclaration d'urgence, la proportion de lois partiellement applicables est supérieure au score obtenu sur les lois votées selon la procédure de droit commun (respectivement 37,5 % et 31,8 %), ce qui n'était pas aussi net en 2003-2004 (respectivement 36,4 % et 35,3 %).

On constate cependant que 5 lois sur 8 (62,5 %) votées après déclaration d'urgence n'ont reçu aucun texte d'application, ce qui est le cas de 12 lois sur 22 (54,6 %) votées selon la procédure de droit commun : la comparaison n'est pas en faveur de la déclaration d'urgence. »

15. Vœux de J.-L. Debré, le 3 janvier 2005, déplorant « le soin apporté [...] à la publication des décrets d'application. Rien ne sert de légiférer si les conséquences n'en sont pas tirées rapidement sur le plan de l'action de l'Administration. Il faut malheureusement attendre en moyenne 10 mois pour que les décrets d'application d'une loi soient publiés au Journal Officiel et donc rendre cette loi applicable. Ce délai trop long n'est pas compris par nos concitoyens. Lorsque la loi est votée par le Parlement, il pense que son application se fera rapidement. Il faudrait que l'Administration comprenne que le temps des politiques n'est pas le même que son temps à elle et il conviendrait de réduire ainsi les délais nécessaires à l'application de la loi par la publication de décrets qui s'y rapportent ».

16. Le Conseil constitutionnel a trouvé la sienne, particulièrement éloquente, dans la décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, observant, après un impressionnant rappel du texte, que :

« 84. Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ; 85. Considérant que la complexité du dispositif organisé par l'article 78 pourrait mettre une partie des contribuables concernés hors d'état d'opérer les arbitrages auxquels les invite le législateur ; que, faite pour la loi de garantir la rationalité de ces arbitrages, serait altérée la justification de chacun des avantages fiscaux correspondants du point de vue de l'égalité devant l'impôt ; 86. Considérant, dans ces conditions, que la complexité de l'article 78 est, au regard des exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées, excessive ».

17. La loi du 14 juin 1996 a créé un Office parlementaire d'évaluation de la législation chargé « de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit » et investi d'une mission de « simplification de la législation ».

18. L'Assemblée nationale mentionne uniquement deux rapports depuis la création de l'office, c'est-à-dire en dix ans : « La législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », Rapport de M. Jean-Jacques Hyst, sénateur (5 décembre 2001) ; « L'exercice de l'action civile par les associations », Rapport de M. Pierre Albertini, député (6 mai 1999).

19. Les études d'impact ont été introduites à titre expérimental par une circulaire du 21 novembre 1995, complétée par une circulaire du 18 mars 1996, puis ont été généralisées par une circulaire du 26 janvier 1998, à la suite d'une évaluation par le Conseil d'État et le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics.

20. Circulaire du 26 janvier 1998, préc., point II-1, 1°).

21. R. Bouchez, « Les études d'impact », in Rapport Mandelkern, p. 103 et s., spéc. point 1, p. 104 : « La situation paraît se résumer à un cercle vicieux, dont on n'est pas parvenu à s'extraire : les études d'impact sont produites tardivement et leur contenu est faible parce que les administrations savent qu'elles ne correspondent qu'à une exigence formelle et ne pèsent pas dans le processus de préparation et d'arbitrage d'un projet ; inversement, les études d'impact ne peuvent jouer aucun rôle utile pour infléchir les décisions à prendre parce qu'elles sont de qualité insuffisante et transmises au dernier moment. »



22. V. ainsi, la circulaire du 26 août 2003 qui suspend la circulaire du 26 janvier 1998 et indique que « pour chaque projet de texte, il conviendra désormais d'apprécier, compte tenu de la nature et de la portée du dispositif envisagé, d'une part, s'il convient de lancer une étude d'impact, d'autre part, sur quels aspects doit porter cette étude et selon quelles modalités elle sera réalisée ».
23. Rappr. les développements de M. Le Clainche, « Du discours sur la simplification au management de la simplicité », *Les cahiers de la fonction publique*, février 2003, p. 6, spéc. p. 8 : « La complexification croît d'ailleurs plus rapidement que les efforts de simplification et en efface totalement l'effet. Le droit du travail et, plus généralement, le domaine social est probablement celui où, chaque année, le différentiel de complexité est le plus élevé. »
25. Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, 3 janvier 1995.
25. J.-L. Warsmann, Rapport AN, n° 1409, 2004.
26. Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, doc. AN, n° 1832, 5 octobre 2004 : « Les lois se laissent aller désormais au bavardage, en comportant de plus en plus de dispositions purement déclaratives, voire d'annexes descriptives comportant des objectifs et des principes d'action qui peuvent être gratifiants au niveau programmatique, mais qui n'ont rien à voir avec la responsabilité du législateur et créent même une ambiguïté sur la portée de son intervention. La loi n'a pas pour objet d'affirmer des évidences et des projets politiques, mais de fixer les normes rendant possible la mise en œuvre des objectifs poursuivis. » V. ainsi, l'article 1^{er} de ladite proposition : « Le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution est complété par une phrase ainsi rédigée : "Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative". »
27. Dont on sait que l'article 4 a été très vivement contesté, parce qu'il dispose que : « Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. »
28. Par extension : les normes qui ont été initialement qualifiées de « secondaires » désignent logiquement celles qui ont vocation à s'appliquer lorsque les normes substantielles, imposant des obligations aux citoyens, n'ont pas été observées. L'appellation convenait donc aux normes sur la sanction, selon un rapport de chronologie entre normes primaires et normes secondaires : v. N. Bobbio, « Réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit*, Ch. Perelman dir., Bruylant, 1971, p. 104, spéc. n° 2, p. 106. Sur la distinction avec les normes de conduite, v. N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., 1980, préf. H. Sinay, spéc. p. 14 et s.
29. N. Bobbio, *op. cit.*, n° 4, p. 112. Souligné dans le texte.
30. Les règles secondaires ou de structure désignent, si l'on suit Hart, les normes de reconnaissance, les normes de modification et les normes de jugement. Seules les normes sur la modification visent l'élaboration des règles. Mais elles n'adoptent qu'un point de vue procédural, désignant celles des normes qui portent sur les procédures selon lesquelles les règles substantielles peuvent être modifiées. Elles ne s'intéressent pas à la substance de la règle, à sa forme ou encore à sa performance. Aussi, les dispositions visant à la lutte contre les dérèglements du système juridique, *lato sensu*, ne peuvent leur être assimilées.
31. Par exemple, à travers des études d'impact ou des prescriptions visant l'écriture de la règle.
32. Par exemple, en prévoyant leur évaluation et donc leur mise à l'épreuve.
33. D. de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe ? », in *Les défis de la complexité*, D. de Béchillon (dir), L'Harmattan, 1993, souligne que l'ordre juridique, « en contrepartie de complexification croissante, [...] organise avant tout sa propre résistance à cette évolution ».
34. Parmi d'autres, v. les effets pervers de la procédure d'amendements parlementaires, dans les Considérations générales du rapport public 2006 du Conseil d'État, *supra*.
35. V. « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », Sénat, Service des études juridiques, 2005. Le nombre d'ordonnances publiées a presque triplé entre 2003 et 2004. En outre, « on observe que, entre 2000 et 2003, la proportion de textes intervenus dans le domaine de la loi correspondant à des ordonnances se situe entre le quart et les deux cinquièmes (ce calcul exclut du

décompte les lois constitutionnelles et les lois portant approbation ou ratification d'accords, conventions ou traités internationaux). Cette proportion s'établit à plus de 55 % en 2004 : pour la première fois, plus de la moitié des textes intervenus dans le domaine de la loi (hors lois portant approbation ou ratification d'accords, conventions ou traités internationaux) sont des ordonnances. » Sur la transformation du procédé, v. Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617 et s.

36. Déc. 2003-473 DC du 26 juin 2003.

37. Vœux pour l'année 2005 : « S'agissant des ordonnances, il doit être clair qu'en 1999, en 2003, et à nouveau en 2004, le Conseil constitutionnel n'a nullement fait leur apologie, même si, par trois fois, il a admis qu'il y soit fait appel pour codifier, moderniser et simplifier le droit en vigueur.

Du point de vue de la sécurité juridique et de la lisibilité de la législation, les inconvénients des ordonnances ont été justement dénoncés par l'opposition, sous deux législatures successives.

C'est surtout le cas lorsqu'elles interviennent dans le désordre et de façon disparate, et lorsque leur ratification n'est qu'accidentelle et implicite.

Certes, les ordonnances ont permis de poursuivre le programme de simplification et de codification du droit, que le Conseil constitutionnel a encouragé au regard de l'objectif "d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi", auquel il a reconnu valeur constitutionnelle voici cinq ans.

Les ordonnances ont été, faute de mieux, le véhicule de cette entreprise, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement.

Mais la question se pose aujourd'hui : le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ? »

38. V. l'analyse très complète de P. Delvolvé, « L'été des ordonnances », *RFDA*, 2005, p. 909 ; aj. A. Maucour-Isabelle, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, p. 303. On ne saurait en déduire que le contenu des ordonnances est inadapté ou de mauvaise facture : v. d'ailleurs M. Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 117 et s.

39. Ainsi, au cours de l'année parlementaire 2004-2005, 1 seul a été remis, pour 30 de prescrits ; depuis le début de cette législature, 21 ont été remis, pour 134 de prescrits : v. Rapport sur l'application des lois, préc., qui relève que « cette inertie du Gouvernement est critiquable : le Parlement ne reçoit pas les informations nécessaires à l'exercice de sa fonction de contrôle. Mais il s'agit d'une carence traditionnelle ».

40. Où toutes sortes de figures apparaissent, jusqu'à celle consistant à redonner vie rétroactivement à des abrogations involontaires – qui n'est pas réservée aux seuls codes précités. On mesurera la simplification à la lecture de l'explication donnée par le Rapport H. Tanguy, AN, n° 2715, sur l'article 1^{er} quater du projet de loi portant diverses dispositions relatives au tourisme :

« Il rétablit rétroactivement cet alinéa à compter du 1^{er} janvier 2005, afin d'assurer une continuité de validité, en dépit de l'abrogation effectuée au 1^{er} janvier 2005 par l'Ordonnance.

L'alinéa rétabli est ainsi rédigé :

*“Lorsque la servitude est susceptible de compromettre gravement l'exploitation agricole ou sylvicole d'un terrain grevé, son ou ses propriétaires peuvent, à compter de la publication de l'acte créant la servitude, mettre en demeure son bénéficiaire de procéder à l'acquisition du terrain grevé dans les conditions et délais prévus à l'article L. 123-9 du Code de l'urbanisme. À défaut d'accord amiable, le prix est fixé **selon les règles énoncées par le présent article**. Si, trois mois après l'expiration du délai mentionné au premier alinéa de l'article L. 123-9 susvisé, le juge de l'expropriation n'a pas été saisi, la servitude n'est plus opposable au propriétaire comme aux tiers”.*

On observe qu'il est fait référence dans cette rédaction aux “règles énoncées par le présent article” qui sont abrogées.

Celles-ci figurent aux articles L. 342-25 et L. 342-26 du Code du tourisme.

Par ailleurs, la rédaction mentionne telle quelle “la servitude” sans qu'il soit précisé de quelle servitude il est question. En fait, il s'agit de la servitude grevée au profit de la commune ou du groupement de communes mentionnée à l'ancien article 53 de la loi du 9 janvier 1985, et qui est destinée à assurer “le passage des pistes de ski, le survol des terrains où doivent être implantées des remontées mécaniques, l'implantation des supports de lignes dont l'emprise au sol est inférieure à quatre mètres carrés, le passage des pistes de montée, les accès nécessaires à l'implantation, l'entretien et la protection des pistes et des installations de remontée mécanique ainsi que les accès aux voies d'alpinisme et d'escalade en zone de montagne”.

Cette servitude est désormais instituée en vertu des articles L. 342-20 à L. 342-23 du Code du tourisme. »

V. encore l'article 1^{er} quinquies de la loi précitée, sur la codification d'une disposition ayant négligé les changements de rédaction survenus à la date de la codification du fait d'une loi antérieure.



41. Sur ces différentes interventions, – par voie de rectificatifs, corrections législatives, circulaires, réponses ministérielles, décisions du Conseil d’État ou des juridictions judiciaires –, v. *RTDCiv.*, 2001, p. 92 et s. ; *RTDCiv.*, 2002, p. 592 et s. V. ég. H. Moysan, « La législation et la réglementation nationales sont-elles condamnées à se dégrader inéluctablement ? », *JCP*, éd. A, 2003, I, 2077.

42. Rapport sur le contrôle de l’application des lois, 2004-2005 : « *La commission des affaires économiques [...] constate que l’application des lois se heurte à deux réalités difficilement surmontables. La première est d’ordre quantitatif. Il s’agit de l’existence d’un certain “effet boule de neige”. La seconde est qualitative, car elle prend en compte le mode d’élaboration des mesures attendues.*

Elle illustre ainsi son propos :

“Une aggravation du stock de lois partiellement applicables : l’effet “boule de neige” :

L’examen du stock de lois selon leur degré d’applicabilité (partiel ou entier) opéré ci-dessus nous enseigne que le stock de lois partiellement applicables s’est accru : 36 lois partiellement applicables ont été recensées sur la période 2004-2005, contre 32 pour la période précédente. (NDLR : depuis juin 1981).

En conséquence, il en ressort une sorte d’“effet boule de neige” où l’accroissement du stock de lois d’une année sur l’autre provoque un accroissement corrélatif des mesures d’application à prendre, qui ne saurait naturellement diminuer si le nombre de mesures prises demeurent inférieures au nombre de mesures nouvelles à prendre.

Le stock de mesures à prendre et prévues depuis 1981 s’élève à 592 dont 474 relèvent de la XI^e législature. 118 mesures, soit près de 20 % du stock, restent donc en souffrance, alors que celles-ci sont antérieures à la XI^e législature.

Des délais difficilement compressibles :

La diminution du stock se heurte à des délais de production réglementaire qui peuvent s’avérer incompressibles au regard des éléments suivants.

Ainsi que l’ont rappelé respectivement Messieurs les ministres de l’agriculture et de la pêche, Hervé Gaymard et Dominique Bussereau, l’exigence d’une publication rapide des mesures d’application peut se heurter à trois obstacles qu’illustre parfaitement la loi d’orientation agricole du 9 juillet 1999.

En premier lieu, la complexité ou l’insuffisante clarté de certaines dispositions législatives (telle que la notion de “produit pays” ou “produits fermiers”) requiert de procéder à de nouvelles concertations entraînant un allongement des délais pouvant lui-même conduire à une évolution du contexte juridique et communautaire.

En effet, l’évolution de ce contexte juridique peut elle-même alors rendre caduque ou retarder l’édiction d’une telle réglementation. À titre d’illustration, l’article 92-III de la loi, relatif à l’agrément des laboratoires, a été modifié par la loi relative au développement des territoires ruraux, retardant ainsi la mise en œuvre de ces dispositions.

En deuxième lieu, le cadre communautaire peut constituer également un obstacle à la production réglementaire dans les mêmes conditions que mentionnées ci-dessus, et être à l’origine des trois situations particulières suivantes :

- . un échec de la concertation (à l’occasion de l’article 101-XIII sur la redevance pour la certification vétérinaire, par exemple) ;
- . une non-conformité de la disposition législative avec le droit communautaire (le décret d’application relatif à l’article 20 sur l’installation progressive a été abandonné) ;
- . une abrogation législative de l’article subséquente (article 98-VI sur l’agrément des produits d’hygiène de la traite, revenu au droit commun) ;
- . la caducité même de la mesure (articles 91,100 et 101-III sur la traçabilité des produits devenus sans objet depuis la parution des règlements communautaires CE n° 1829/2003 et 1830/2003).

Enfin, en dernier lieu, des difficultés de mise en œuvre en “droit et en opportunité” ainsi qualifiées par le ministre de l’agriculture relativement à la non-application de l’article 9 de la loi sur l’immatriculation des exploitants agricoles par les chambres d’agriculture, peuvent intervenir. Cette dernière limite est en revanche beaucoup plus difficile à apprécier et à anticiper éventuellement dans le cadre d’un contrôle.

En revanche, la surcharge de travail des services ministériels ne devrait en aucun cas constituer un obstacle irrémédiable à une production normative rapide.

Au-delà des raisons invoquées pour expliquer le retard pris dans la publication des mesures d’application, force est de constater que certains secteurs ne semblent pas constituer une priorité aux yeux du Gouvernement”. »

43. Rapport requis à l'issue d'un délai de six mois suivant la date de son entrée en vigueur. Ce rapport porte sur les textes réglementaires publiés et les circulaires édictées pour la mise en œuvre de ladite loi, ainsi que, le cas échéant, les dispositions de celle-ci qui n'ont pas fait l'objet des textes d'application. Il en indique les motifs.

44. Le rapport sur l'application des lois, préc., relève que « *la commission des lois ajoute que les informations provenant des autres commissions permanentes et du service de la séance montrent que cette démarche ambitieuse n'a pas été suivie d'effet au cours de l'année parlementaire 2004-2005, les lois promulguées entre décembre 2004 et mars 2005 n'ayant fait l'objet d'aucun rapport du Gouvernement, plus de six mois après leur entrée en vigueur* ».

45. Sur lequel, v. J. Moreau, F. Terré, « La simplification du droit », in *Mélanges J. Béguin*, éd. Juris-Classeur, 2005, p. 533, spéc. p. 536 et s.

46. Comp. 5^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, 1994, *JO*, 1995, p. 13 : « *Les choix fondamentaux sont opérés pour que les codes soient commodes pour les usagers.* » Pour une approche différente, v. déc. 2005-530 DC du 29 décembre 2005 préc. qui relève, à propos de dispositions de nature fiscale, que « *les destinataires des dispositions en cause ne sont pas seulement l'administration fiscale, mais aussi les contribuables, appelés à calculer par avance le montant de leur impôt afin d'évaluer l'incidence sur leurs choix des nouvelles règles de plafonnement* » (cons. 82) et distingue le « *caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois incompréhensible pour le professionnel* ». On admettra que si toutes les règles ne sont pas destinées à être mises en œuvre par les non-juristes, il est évident qu'une disposition de nature fiscale vise les « contribuables ».

47. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, chron. p. 1157 ; Aj. M. Gast-Meyer, « La simplification du droit », *RRJ*, 2005-3, p. 1183, spéc. n° 24, p. 1203 et s.

48. *Contra*, E. Blanc, Rapport AN, n° 752, 2003 : « *La simplification ne saurait ni être synonyme de déréglementation, de contractualisation des normes, ni être assimilée à la réduction drastique du nombre de textes.* »

49. Sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et l'objectif de simplification, v. F. Dekeuwer-Défossez, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Lamy droit civil*, novembre 2005, p. 34 ; P. Murat, *Dr. de la famille*, juin 2004, n° 6 ; J. Hauser, *RTDCiv.*, 2004, p. 493.

50. E. Blanc Rapport AN n° 871, 2003, p. 5.

51. B. Saugey, Rapport Sénat, n° 266, p. 7 : « *La mauvaise qualité rédactionnelle de la loi, l'abondance de dispositifs législatifs aux champs d'application distincts, le luxe de détails et de certaines réglementations constituent autant de facteurs qui obscurcissent le sens des lois et leur correcte application. Il convient donc de simplifier la rédaction des textes, d'alléger les dispositifs, de revenir à l'énoncé de principes généraux, le cas échéant, assortis d'exceptions. C'est cette tâche que s'assigne la démarche de simplification stricto sensu. Toutefois, la loi peut, par ailleurs, être difficilement accessible en raison de l'inflation des textes et de leur modification successive par le législateur. La clarté de la loi exige aussi la cohérence des textes les uns avec les autres. À ce titre, la présentation de la législation en un ensemble organisé, construit selon un plan d'ensemble systématique, est indispensable. L'entreprise de codification du droit vise ainsi à ordonner, en un ensemble cohérent, des pans entiers de la législation applicable à une activité déterminée. Comme il ressort du présent projet de loi, le Gouvernement n'a cependant pas entendu limiter son action à une simplification purement formelle de notre droit. Il a décidé de s'attaquer à l'autre source de la complexité du droit, à savoir la complexité intrinsèque des règles posées tant au niveau législatif qu'au niveau réglementaire.* »

52. Ajoutons qu'un programme n'atteint évidemment pas toujours ses fins. En matière d'inadéquation des remèdes aux fins recherchées, la codification à droit constant fournit un exemple bien connu. On a en effet déjà montré que dans l'ambition codificatrice, il y a un vice de conception, bien plus d'ailleurs que d'instrumentalisation. Voulu pour faciliter l'accès au droit, elle exigeait le regroupement de l'ensemble des règles applicables à la matière codifiée. Ne regroupant qu'une partie du droit positif, les codes pèchent par partialité. Ils ignorent le droit qui coule des autorités administratives indépendantes. Qui a accès au droit de la communication sans les décisions de l'ART, au droit financier sans les apports de l'AMF, au droit de la concurrence sans la contribution du Conseil de la concurrence, etc. ? Que dire alors de l'absence des sources européennes ?



53. Rappr. Rapport Mandelkern, préc., p. 28, point 5.1.2.2. : « *L'étude d'impact souffre, dans sa forme actuelle, d'un excès d'ambition (son champ théorique est considérable) et d'un défaut de pilotage : personne n'est spécifiquement désigné pour la réaliser et les services qui s'en chargent peuvent manquer de recul par rapport au texte (s'ils en sont les concepteurs) ou de connaissance technique du sujet (s'ils ne le sont pas).* »
54. Art. 3, loi du 12 avril 2000 préc.
55. Ainsi, la Commission supérieure de codification a-t-elle « *provisoirement renoncé* » à élaborer un Code de l'administration, « *faute de structure ministérielle pour mener à bien sa réalisation* » (v. 13^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification 2002, JO, 2003, p. 18).
56. On peut ainsi lire dans le 11^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, à propos d'un Code du tourisme, que « *la secrétaire d'État au tourisme a chargé l'inspection générale du tourisme d'une mission de préparation du Code du tourisme. Ce projet tend à l'identification du secteur du tourisme, sur les plans juridique et institutionnel, à dégager les liens avec l'ensemble des domaines concernés par les politiques touristiques et à mettre à disposition de tous les usagers un outil clair et maniable* ».
57. Par ex., articles L. 111-1, L. 111-2, L. 121-1, L. 311-7, L. 312-1, L. 321-1, L. 323-1, L. 331-1, L. 325-1.
58. Section 5 : Responsabilité des hôteliers – Art. L. 311-10 : « *Les règles relatives au vol d'objets dans les hôtels ou auberges sont fixées par les articles 1952 à 1954 du Code civil.* »
59. Articles L. 311-1, L. 311-8, L. 311-9, L. 312-2, L. 312-3.
60. Article L. 341-14.
61. Articles L. 322-1, L. 341-15.
62. Article L. 351-1.
63. Articles L. 421-3, L. 422-1, L. 422-2.
65. De façon parfois éloquente, v. ainsi le recopiage prévu à l'article L. 342-6, selon lequel « *les règles relatives aux unités touristiques nouvelles sont fixées au IV de l'article L. 145-3 et par les articles L. 145-9 à L. 145-13 du Code de l'urbanisme ci-après reproduits, etc.* ».
66. V. « Le Code civil et le pullulement des codes », 1804-2004, *Le Code civil*, Dalloz, 2004, p. 309, spéc. n° 25 et s., p. 330 et s.
67. F. Jullien, *op. cit.*, p. 198.
68. Faudrait-il ici rappeler ce qui a pu être dit du droit à l'habitat consacré à l'article 1^{er} de la loi Quillot du 22 juin 1982, de l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises. Le coma textuel est rarement irréversible (v. l'article 371 du c. civ. : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »). La normativité est largement un processus d'acquisition et de transformation continu. V. d'ailleurs l'intéressante réflexion de C. Pommart « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de *continuum* », *RRJ*, 2004-3, p. 1679.,
69. On songe ici aux lois dites mémorielles (sur lesquelles, v. M. Frangi, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, p. 241), qui provoquent la controverse. Mais les exemples abondent. Ainsi, les textes en apparence non normatifs, sont souvent le fruit de compromis avec les lobbies. Par ex., v. la nouvelle rédaction de l'article 528 du Code civil, sur la définition des meubles par nature, et celle de l'article 524 sur les immeubles par destination, issues d'une loi du 6 janvier 1999 et ayant pour objet de conférer une forme d'autonomie aux animaux parmi les meubles par nature. Le texte est issu d'une loi relative « aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux » par ailleurs largement répressive.
70. Sur la diététique des lois – régime sain et hygiène alimentaire – v. les analyses et propositions de G. Caracassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 39, spéc. p. 45 et s.
71. V. *supra*, n° 3.

72. Comp. en ce sens, la résolution votée par le Parlement européen, le 26 octobre 2000. On a également pu envisager que l'édiction de règles nouvelles se traduise par la suppression d'un nombre au moins équivalent de règles existantes. V. 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, point 3.3 : « *Afin de lutter contre la prolifération législative et réglementaire, je vous demande d'accompagner tout projet de texte nouveau de propositions d'abrogation de dispositions au moins équivalentes, en termes de niveau de norme et de volume.* » Vœu pieu, auquel il faudrait pourtant songer à nouveau, mais pour l'exaucer.

73. Aristote, *Physique*, 194 b ; *Seconds analytiques*, 71 b, cité par F. Jullien, *La propension des choses*, Le Seuil, 1992, p. 195.

74. Sur le rôle de la sociologie législative pour lutter contre « l'ésotérisme » du droit et l'« aliénation du peuple à l'égard du droit » afin de renouer le contact avec la masse des non-juristes, v. J. Carbonnier, « La sociologie juridique et son emploi en législation », *Académie des sciences morales et politiques*, communication 23 octobre 1967, p. 91, spéc. p. 97 et s.



Table des matières

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Activité de la Section	17
Jurisprudence	25
Actes	25
Compétence	28
Contrats et marchés	28
Contributions et taxes	28
Élections	30
Étrangers	31
Fonction publique	32
Libertés publiques	34
Nature et environnement	34
Police administrative	35
Procédure contentieuse (hors référé)	35
Procédure contentieuse (référé)	38
Responsabilité	39
Santé publique	40
Sécurité sociale	40
Services publics	41
Télécommunications	41
Travail	41
Bureau d'aide juridictionnelle	43
Activité consultative	45
Assemblée générale	47
Section de l'intérieur	53
Principaux projets examinés	53
Principes constitutionnels et libertés publiques	55
Souveraineté nationale	55
Libertés publiques et traitements de données à caractère personnel	55
Droit à un procès équitable	56

Pouvoirs publics.	57
Délégation de signature des ministres	57
Autorité administrative indépendante.	57
Domaine public	57
Expropriation pour cause d'utilité publique	58
Établissements publics et établissements d'utilité publique.	58
Compétences	60
Section des finances	65
Dispositions fiscales.	65
Égalité devant l'impôt	65
Actions en restitution d'impositions versées indûment	66
Aide d'état	67
Dispositions budgétaires.	67
Domaine des lois de finances	67
Création d'un établissement public.	68
Octroi de la garantie de l'État.	69
Règle d'utilisation d'éventuels surplus.	69
Reports de crédits	69
Budgets annexes.	70
Comptes d'affectation spéciale.	70
Fonds de concours	71
Fonds spéciaux.	72
Redevances pour service rendu	72
Contrôle financier	73
Dispositions économiques et financières	74
Privatisations	74
Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière.	74
Assurances, mutuelles, institutions de prévoyance	75
Épargne et investissement.	76
Régime d'incapacités professionnelles.	76
Commande publique	76
Conventions internationales	77
Autorisation de ratification	77
Organisation et gestion des administrations et autres services publics	79
Dissolution et liquidation d'un établissement public.	79
Domaine public	79
Responsabilité des personnes publiques	79
Fonctionnaires et agents publics.	80
Compétence.	80
Statut d'emploi.	80
« Corps propre » d'un établissement public	81
Corps en extinction	82
Gestion de la fonction publique et LOLF	82
Recrutement.	82
Notation et évaluation	83
Déconcentration de la gestion	83
Instances paritaires	83
Ouvriers d'État.	84
Section des travaux publics	87
Élaboration et qualité des textes.	87
Organisation administrative et fonctionnement des services publics.	92
Protection de l'environnement et sites classés	95
Urbanisme et logement	95
Énergie, mines et transports.	96
Domaine public, travaux publics, utilité publique, sécurité routière	97
Agriculture, pêche et chasse.	98

Section sociale	101
Activité de la Section	101
Observations d'ordre général	103
Le constat d'excès dans la production normative	103
L'insuffisante préparation de certains textes	104
Les présupposés de la codification	105
La persistance de difficultés dans les consultations préalables	105
Les réformes institutionnelles	107
Principales questions relevées	109
Lois de financement de la sécurité sociale	109
Sécurité sociale	110
Travail, emploi et formation professionnelle	111
Santé	112
Bioéthique	113
Action sociale	114
Récapitulatif des statistiques pour 2005	117
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	119
Activité de la Section du rapport et des études	123
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2005	125
Les évolutions constatées en 2005	125
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution	126
Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études en 2005	129
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	135
L'activité d'étude en 2005	135
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative	136
L'action internationale du Conseil d'État	137
Europe	137
Amériques	138
Afrique	139
Levant et Proche-Orient	140
Asie	140
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	143
Bilan des formations	147
Bilan des formations	149
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel	149
Formation continue des magistrats des juridictions administratives	149
Formation des agents des greffes des juridictions administratives	150
Formation des agents du Conseil d'État	151
Formation aux divers logiciels informatiques	151



Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives.....	155
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives . . .	157
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.....	159
L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	161
L'activité des tribunaux administratifs en 2005	161
Affaires enregistrées	161
Affaires réglées.	162
Affaires en instance	162
L'activité des cours administratives d'appel en 2005	165
Affaires enregistrées	165
Affaires réglées.	165
Affaires en instance	165
Activité des juridictions spécialisées	169
Commission des recours des réfugiés	171
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2005 . . .	171
Éléments de jurisprudence	173
Sur les nouvelles règles de compétence et de procédure	173
Sur les motifs de persécution et la qualification de menaces graves	173
Sur la date des persécutions	175
Sur l'asile interne	175
Sur l'application du principe de l'unité de famille	176
Sur les cas d'exclusion.	176
Sur les demandes de réexamen	176
Commission centrale d'aide sociale	177
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées	179
Avis du Conseil d'État en 2005.....	181
Avis du Conseil d'État en 2005	183
Agriculture	184
Assurance et prévoyance	186
Contributions et taxes.	187
Communautés européennes.	188
Comptabilité publique.	190
Domaine public	193
Marchés et contrats administratifs	197
Nationalisations et entreprises nationalisées	202
Outre-mer.	205
Pouvoirs publics.	209
Radiodiffusion sonore et télévision.	214
Sécurité sociale	218
Urbanisme et aménagement du territoire	221

II. Sécurité juridique et complexité du droit

● Considérations générales

Introduction 229

Première partie

**La complexité croissante des normes
menace l'État de droit** 233

A. Les causes 234

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines 234

1.1. *Les récents développements du droit communautaire* 235

1.2. *Le Conseil de l'Europe* 242

1.3. *Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales* 245

1.4. *Les transferts ou aménagements de compétences de l'État* 249

2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité .. 254

2.1. *L'impératif de communication médiatique* 254

2.2. *La pression des milieux professionnels et de l'opinion* 256

2.3. *La force symbolique de la loi* 259

B. Les effets 262

1. Pour le législateur 262

1.1. *Le législateur contraint* 262

1.2. *Le législateur submergé* 265

1.3. *Le législateur contourné* 269

2. Pour la société 272

2.1. *L'usager égaré* 272

2.2. *L'insécurité des opérateurs économiques* 276

2.3. *Les juges perplexes* 277

Deuxième partie

Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ? 281

**A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements
de l'état de droit** 281

1. Le contenu du principe 281

1.1. *L'axe formel : la qualité de la loi* 282

1.2. *L'axe temporel : la prévisibilité de la loi* 282



2. La portée du principe	283
2.1. En droit européen	283
2.2. En droit constitutionnel	287
2.3. La position du Conseil d'État	291
2.4. Les interrogations de la Cour de cassation	296
B. Quelles solutions ?	300
1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur	300
1.1. La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale	300
1.2. Le vote de la réforme : la procédure parlementaire	316
2. Explorer de nouvelles stratégies	322
2.1. Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées	322
2.2. Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen	327
2.3. Vers un accès au droit plus sûr	328
Conclusion	337

● Contributions

La loi britannique et la sécurité juridique	341
<i>John S. Bell</i>	
Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique	349
<i>Damien Chamussy</i>	
La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel	369
<i>Olivier Dutheillet de Lamothe</i>	
Entre la Jamaïque et le Kiribati Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale	377
<i>Bertrand du Marais</i>	
Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même	391
<i>Nicolas Molfessis</i>	