

N° anonymat :

SESSION : 2014

N° 5 7 5

ÉPREUVE : Dissertation

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

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

Le projet de loi, déposé le 17 juillet 2013, relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, prévoit que la Commission de déontologie de la fonction publique sera désormais systématiquement saisie, pour avis, de la situation des agents titulaires partant exercer des fonctions dans le secteur privé; par ailleurs, la force de ses avis devrait être accrue, puisqu'ils pourraient donner lieu à des sanctions disciplinaires s'ils ne sont pas respectés. Les éléments du projet de loi témoignent de l'essor des procédures consultatives en droit public, et du renforcement de leurs effets.

Un avis est un conseil ou une opinion, prodigué par une personne (ou un groupe de personnes, ou un organisme) à une autre personne (ou à un groupe de personnes, ou à un organisme), afin de l'orienter dans sa prise de décision. L'avis peut être donné spontanément ou à la suite d'une consultation; il peut être simple - la personne n'étant pas tenue de le suivre - ou conforme - le destinataire de l'avis devant impérativement s'y plier -; enfin, la consultation peut être obligatoire ou facultative. En droit public, il existe une grande diversité d'avis, ainsi que d'émetteurs ou de destinataires d'avis, aussi bien en ce qui concerne les administrations que les institutions.

Les procédures consultatives se sont multipliées et diversifiées, et avec elles les avis, en vue de permettre la participation de l'ensemble des composantes de la société

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

à la prise de décision. Toutefois, l'essor des avis a pour effet de complexifier et d'allonger les procédures décisionnelles, tout en accroissant les risques de contentieux.

L'essor des avis permet-il de renforcer les décisions en leur conférant une plus grande légitimité, ou bien les affaiblit-il par excès procédurier ?

Les avis, en associant la population ou des personnes qualifiées à la prise de décision, renforcent la légitimité et la qualité de celles-ci (I); néanmoins, la multiplication et la diversité de procédures consultatives aux effets juridiques variés complexifie la prise de décision, ce qui amène le juge à préciser leur portée (II).

* *

*

I) L'essor des procédures de consultation donne lieu à des avis accroit la légitimité des décisions et leur qualité

Un avis peut prendre la forme d'un conseil, ou d'une opinion: ainsi, en droit public, les avis permettent la participation de personnes qualifiées par leurs fonctions ou leur expertise (A), tout comme celle de la population (B), à la décision, ce qui permet d'asseoir la légitimité de celle-ci, et de renforcer sa qualité.

*

A) L'avis comme conseil: une association plus étroite des experts et de la société civile à la prise de décision

L'association de personnes particulièrement concernées par la décision ou de personnes qualifiées par leur compétence ou leur expertise permet d'assurer une meilleure adhésion, une plus grande transparence et une décision de meilleure qualité, plus au fait des enjeux particuliers dont elle a à connaître.

Des procédures traditionnelles permettent d'associer des personnes ou des organismes particulièrement compétents, qui participent ainsi par leur avis à la procédure normative ou même juridictionnelle.

Il en est ainsi des fonctions consultatives du Conseil d'Etat, tout d'abord. Il est ainsi saisi obligatoirement de tous les projets de loi et, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il peut l'être des propositions de loi. De surcroît, il connaît également des décrets pour lesquels la loi a rendu sa consultation obligatoire, mais peut être saisi, à titre facultatif, d'autres actes réglementaires. Son avis est essentiel pour la qualité juridique des normes: le Conseil d'Etat examine notamment les effets que produirait la norme une fois intégrée à l'ordonnement juridique, son articulation avec d'autres normes, la qualité de sa rédaction, etc. L'avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi ou de décret permet ainsi d'assurer la qualité de la norme, mais aussi sa meilleure application.

En ce qui concerne les juridictions, ensuite, des avis contentieux peuvent être rendus par le Conseil d'Etat, sur saisine des juridictions du fond. Ils visent à interpréter et éventuellement préciser le droit applicable, et constituent parfois un véritable vademecum pour l'application des

normes, à l'image de l'avis Lagier, par lequel le Conseil d'Etat détaille la détermination des différents chefs de préjudice en matière de responsabilité médicale, notamment en vue de l'indemnisation du caisse de sécurité sociale. Plus récemment, en 2013, le Conseil d'Etat a précisé les modalités d'interruption des délais de recours dans le cas où l'aide juridictionnelle est demandée. Les avis contentieux permettent l'application conforme et uniforme de la norme à travers l'ensemble du territoire.

En outre, les tribunaux administratifs peuvent, sur saisine de l'administration, rendre un avis précisant le droit applicable, ce qui facilite le travail de l'administration et permet une meilleure application du droit.

Ainsi, ces procédures traditionnelles permettent, en sollicitant l'avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives reconnus pour leurs compétences juridiques, d'améliorer la qualité et l'effectivité du droit, en garantissant son application conforme et uniforme sur le territoire.

De plus, les procédures visant à impliquer la société civile et des experts dans les décisions se sont multipliées.

Il en est ainsi, par exemple, en matière de déontologie : outre la Commission de déontologie de la fonction publique, compétente depuis 2007 pour les trois fonctions publiques, un Collège de déontologie a été créé en 2011 dans la juridiction administrative ; le projet de loi du 17 juillet 2013 prévoit la consécration de son existence dans la loi. D'autres organismes de ce type ont été créés, par exemple au ministère des Affaires étrangères et européennes. Leurs avis permettent d'assurer le respect par les agents des valeurs de probité, d'impartialité notamment ainsi que, pour les magistrats, du principe d'indépendance. Les avis sont cruciaux pour les décisions qui concernent ces

agents, mais aussi pour la transparence des décisions de l'administration, ce qui renforce la légitimité de celle-ci.

Les avis des autorités administratives indépendantes permettent également d'attirer des experts à la prise de décision, dans des domaines techniques : ainsi, la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut émettre des avis.

En outre, la société civile est davantage associée à la procédure législative en particulier, et à la prise de décision en général, avec par exemple les avis du Conseil économique, social et environnemental (CESE), ou du Comité de bioéthique.

De surcroît, des commissions composées d'experts ou de personnes particulièrement concernées, comme les représentants syndicaux, émettent des avis qui orientent l'action administrative : il en est ainsi, par exemple, des commissions administratives paritaires et comités techniques, mais aussi de l'avis du commissaire-enquêteur en matière d'expropriation ou d'organismes comme la Chambre d'agriculture en matière d'urbanisme.

Les avis de ces organismes consultés en raison de leur compétence et de leur connaissance d'un domaine spécifiques permettent à l'administration de s'informer sur les problématiques rencontrées par les acteurs impliqués et de prendre une décision plus adaptée à ces problématiques, et qui rencontrera donc une meilleure adhésion.

*

B) L'avis comme opinion : la participation accrue de la population à la prise de décision

La consultation du peuple est assurée au niveau national, directement ou par ses représentants, mais se développe également au niveau local.

À l'échelle nationale, le peuple donne son avis par le référendum, mais aussi par l'intermédiaire de ses représentants.

Le référendum est le mode de consultation du peuple le plus important, et celui qui confère le plus de légitimité à la décision : ainsi, une loi référendaire ne peut être contrôlée par rapport à la Constitution (Conseil constitutionnel, 1962, sur l'élection au suffrage universel du Président de la République). Objet d'une méfiance sous les Républiques précédentes, le référendum a connu un retour en grâce avec la Constitution de 1958, qui prévoit à son article 11 la possibilité de consulter le peuple sur des domaines dont le champ a été étendu, notamment à l'environnement, et à son article 89 la consultation du peuple sur les révisions constitutionnelles. Le référendum renforce les décisions par la légitimité quasi-absolue qu'il leur confère ; toutefois, il est en recul, le peuple ayant donné son avis sur la ratification d'un traité pour la dernière fois en 2005, et sur une modification de la Constitution en 2000, sur le quinquennat.

L'avis du peuple est également davantage sollicité par l'intermédiaire de la représentation nationale : ainsi, depuis 2008, les nominations par le Président de la République relevant de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance de 1958 inter-

viennent désormais après avis des commissions compétentes des assemblées parlementaires, qui peuvent opposer un avis défavorable aux deux tiers des membres afin d'empêcher une nomination.

À l'échelle locale, la consultation de la population est en essor.

Ainsi, la Constitution prévoit, de plus la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, que le peuple donne son avis par un référendum local en cas de fusion de collectivités territoriales, par exemple. En 2012, le peuple s'est ainsi opposé à la fusion des deux départements de la région alsacienne.

Des consultations sont également organisées au niveau local pour permettre l'autodétermination de certaines collectivités, notamment en Nouvelle-Calédonie.

La participation du peuple, au niveau local comme national, permet de conférer aux décisions une forte légitimité, et de permettre une meilleure adhésion de la population et donc des sujets de droit aux décisions.

Cependant, elle peut aussi former un obstacle à la réforme des administrations, par exemple en ce qui concerne le référendum alsacien de 2012, qui témoigne des difficultés que peuvent soulever les procédures visant à recueillir un avis par la prise de décision.

*

*

*

II) La multiplication d'avis aux effets juridiques variés complexifie la prise de décision, bien que le juge s'efforce d'en tenir compte de manière pragmatique

Les procédures consultatives allongent et complexifient l'action administrative, en multipliant les risques de contentieux, d'autant que la force juridique des avis varie fortement (A). Le juge apporte des solutions à ses difficultés en distinguant les avis qui ont une réelle influence sur la décision des autres (B).

*

A) Les avis, qui lient plus ou moins l'administration, complexifient son action

Les procédures menant à l'admission d'avis sont diverses, tout comme leurs effets.

Ainsi, les procédures consultatives peuvent être obligatoires ou facultatives. Toutefois, lorsque l'administration s'engage à suivre une procédure, même facultative, elle est tenue de la respecter, sans quoi elle encourt une annulation par le juge : ainsi, elle est tenue de remplir les formes que la procédure exige.

Néanmoins, des dispositions permettent de limiter les contraintes pesant sur l'administration qui résultent des procédures consultatives. Par exemple, elles peuvent prévoir l'intervention d'un avis implicite favorable après un certain délai : c'est par exemple le cas en ce qui concerne la consultation des collectivités territoriales par le Conservatoire du littoral ou

ses projets d'acquisitions foncières, ou l'avis de la chambre d'agriculture sur les plans locaux d'urbanisme (PLU) prévoyant une réduction des espaces agricoles.

Ce type de disposition n'empêche cependant pas la multiplication des contentieux lorsqu'une procédure consultative est prévue, ce qui s'ajoute au délai supplémentaire causé par l'accomplissement de la procédure d'avis elle-même.

Pour ajouter à la complexification de la prise de décision, la force juridique des avis est très variable.

Il peut s'agir d'avis conformes, que l'administration est tenue de respecter. Ainsi, l'ensemble des autorités doivent se plier à l'avis du peuple rendu par référendum, qui est l'avis doté du degré de "conformité" le plus élevé au regard de la hiérarchie des normes, puisqu'il prime la Constitution, ou du moins celle-ci ne peut lui faire échec (CC, 1962, précité). Plus ordinairement, les avis émis par les organismes consultés pour les plans locaux d'urbanisme, déjà évoqués, sont également des avis conformes. Les avis contentieux ont une portée spécifique, mais s'imposent à toutes les juridictions, tout comme une décision juridictionnelle d'une cour suprême d'un ordre de juridiction.

Il existe également des avis simples, que l'administration n'a pas l'obligation de suivre. Il en est ainsi des avis du Conseil d'État dans ses fonctions consultatives : le gouvernement peut

passer outre, mais leur limite est telle qu'il le fait rarement, d'autant que cela l'expose à une annulation potentielle de l'acte au contentieux. Un autre exemple d'avis simple est celui rendu par le comité technique sur certains actes concernant la fonction publique: l'administration n'est pas tenue de le suivre, même si la procédure consultative est obligatoire.

Ainsi, la grande diversité des procédures et des effets juridiques des avis complé-
xifie la décision et multiplie les risques de con-
tentieux.



B) Le juge sanctionne les manquements éventuels occasionnés par les procédures liées aux avis, ce qui l'amène à préciser leur portée

Le juge sanctionne le non-respect d'un avis conforme ou d'une procédure de consulta-
tion. Toutefois, celles-ci ayant des effets très
divers, l'annulation de l'acte à la suite
d'une irrégularité de ce type n'est pas systé-
matique.

Le juge distinguait tout d'abord de telles
vices de procédure selon qu'ils étaient ac-
cessoires ou substantiels.

Un vice accessoire constaté par le juge
n'avait pas pour effet d'entraîner par lui-même

l'annulation de l'acte attaqué, au contraire d'un vice substantiel.

Le caractère substantiel ou non d'un vice était apprécié in abstracto : l'ensemble de procédures de consultation pour avis, si elles étaient mal ou pas respectées, entraînaient l'annulation de l'acte car leur violation constituait un vice substantiel. Toutefois, cette appréciation avait pour effet d'allonger davantage les procédures administratives et de les complexifier, de nombreuses décisions, souvent importantes, étant ainsi annulées pour vice de procédure.

Cela a conduit le juge à prendre en compte la diversité des procédures donnant lieu à avis en privilégiant une appréciation in concreto du caractère substantiel ou non du vice de procédure.

C'est à l'occasion de la fonction des Ecoles normales supérieures de Lyon et de Fontenay par l'arrêt de son Daubigny, que le Conseil d'Etat a précisé qu'un vice de procédure, notamment en ce qui concerne les avis, ne donnait lieu à l'annulation de la décision concernée que s'il avait eu une influence sur le sens de la décision ou s'il avait privé les intéressés d'une garantie, même s'il s'agissait d'une procédure obligatoire. En l'espèce, il a été jugé que l'absence de consultation des comités techniques paritaires des deux établissements, procédure obligatoire, avait privé les intéressés d'une garantie et justifiait par conséquent l'annulation de la

décision attaquée.

Ainsi, cette décision permettra de limiter les annulations contentieuses du fait de la violation d'une procédure de consultation aux cas où celle-ci a véritablement un effet. Il est envisageable que cela conduise l'administration à limiter, voire supprimer, certains avis qui alourdissent la procédure sans apporter de véritable effet sur les décisions.

Ainsi, les avis ont pu avoir pour effet de complexifier la prise de décision, conduisant le juge à limiter leur effet aux cas où ils apportent véritablement une plus-value à la décision.

* *
*

Les avis connaissent un essor bienvenu en droit public, puisqu'ils permettent un renforcement de la légitimité, de la qualité et de l'efficacité des décisions. Ils ont toutefois été victimes de leur succès : entraînant une complexification de la prise de décision, ils ont vu leur portée limitée par le juge.

Des avis moins formels se multiplient également, à travers les rapports pléthoriques rendus par des commissions diverses. Là encore, nombre d'entre eux sont très utiles, mais leur foisonnement peut nuire à leur portée.