

CONSEIL D'ÉTAT

RAPPORT PUBLIC 2007

Jurisprudence et avis de 2006

**L'administration française
et l'Union européenne
Quelles influences ?
Quelles stratégies ?**

«En application de la loi du 11 mars 1957 (art.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 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 2007

ISBN : 978-11-006517-9

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

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

Olivier FOUQUET, Jean-Michel BELORGEY, Yves ROBINEAU, Yannick MOREAU,
Bernard STIRN, Marie-Dominique HAGELSTEEN, présidents de section.

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.

Directeur de la publication : Jean-Michel BELORGEY

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection «Études et documents du Conseil d'État»

- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- Rapport public du Conseil d'État 2003, Considérations générales : *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
- Rapport public du Conseil d'État 2004, Considérations générales : *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004.
- Rapport public du Conseil d'État 2005, Considérations générales : *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE n° 56), 2005.

Collection «Les études du Conseil d'État»

- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.

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

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

Collection «Les études de la Documentation française»

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

- La justice administrative en pratique, n^{le} édition, 2001.
- Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, n^{le} édition à paraître.



Éditorial

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

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	17
Section du contentieux	19
Bureau d'aide juridictionnelle.....	45
Activité consultative	47
Assemblée générale	49
Section de l'intérieur	57
Section des finances.....	71
Section des travaux publics.....	93
Section sociale	109
Récapitulatif des statistiques pour 2006... ..	127
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	129
Activité de la section du rapport et des études	131
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2006	133
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État.....	143
L'action internationale du Conseil d'État	147
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	153
Bilan des formations	157
Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	165
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	169
Activité des juridictions spécialisées	179
Commission des recours des réfugiés	181
Commission centrale d'aide sociale	191
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées	193
Avis du Conseil d'État en 2006	195



II. L'administration française et l'Union européenne

● Considérations générales

Introduction	231
Première partie	
L'Union européenne, un système institutionnel complexe et ouvert : Quelles influences ?	237
Deuxième partie	
L'administration française, un acteur important des processus de l'Union européenne : Quelles stratégies ?	293
Conclusion	347

● Contributions

L'émergence d'une décision européenne Renforcer la présence européenne de la France	353
<i>Florence Chaltiel</i>	
L'avenir de l'Union européenne après le référendum du 29 mai 2005 sur le traité constitutionnel	365
<i>Jean-Claude Piris</i>	
Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel	379
<i>Jean-Eric Schoettl</i>	

● Glossaire	401
--------------------------	-----



Éditorial

Jean-Marc Sauvé,
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 « L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? ».

L'activité de la section du contentieux se caractérise, en 2006, par une décroissance de 8 % des affaires enregistrées. Les pourvois en cassation représentent 64 % des entrées nettes, déduction faite des séries et des affaires réglées par ordonnances du président de la section du contentieux, contre 59 % en 2005.

Le nombre d'affaires jugées a légèrement diminué en données nettes, passant de 11 270 à 11 242 et la durée moyenne prévisible des affaires en cours continue de se réduire pour passer à neuf mois et quinze jours, contre onze mois et quinze jours en 2005. Cette durée n'a pas de précédent connu.

Si les mesures prises ces dernières années, notamment pour mieux hiérarchiser le traitement des affaires en fonction de leur difficulté et des enjeux, vont continuer de produire leurs effets, le nombre des saisines du Conseil d'État devrait sensiblement augmenter sous l'effet de la forte progression des requêtes devant les tribunaux administratifs et des arrêts des cours administratives d'appel. Le maintien des délais actuels de jugement représente donc un objectif ambitieux.

L'activité consultative du Conseil d'État est restée intense, tant en raison du nombre de textes examinés que de leur complexité. Les sections administratives ont eu à connaître de 1 411 textes ou avis contre 1 390 en 2005. L'inflation normative se maintient, même si, à ce stade de la législature, elle concerne davantage les décrets, notamment les décrets d'application des lois et des ordonnances votées ou adoptées au cours des années précédentes.

L'assemblée générale a été saisie de 49 projets de loi, dont un projet de loi constitutionnelle et quatre projets de loi organique, de 21 projets d'ordonnance (contre 74 en 2005), de cinq projets de décret réglementaire, de sept demandes



d'avis et de quatre projets de rapport et d'étude. La diminution du nombre de textes examinés en assemblée générale résulte de la mise en œuvre de la réforme introduite par le décret du 21 décembre 2004.

L'examen des projets de texte appelle plusieurs constatations hélas récurrentes. Dans de nombreux cas, le Conseil continue d'être saisi en urgence et dispose de délais très brefs pour statuer sur des textes longs et complexes, souvent insuffisamment évalués. Le manque de réflexion d'ensemble sur les dispositifs existants, ainsi que sur les implications des projets de texte, contraint l'administration à revenir, à intervalles de plus en plus rapprochés, devant le Conseil, pour procéder à leur modification.

En outre, la question de la répartition des dispositions envisagées entre la loi et le règlement continue de se poser régulièrement lors de l'examen des projets de loi. Enfin, nombre de consultations préalables nécessaires n'ont pas été effectuées 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, l'exécution des condamnations pécuniaires soulève dans certains cas des difficultés préoccupantes. Par ailleurs, l'augmentation des problèmes liés à la tarification des établissements sanitaires et sociaux doit être relevée.

L'étude intitulée « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national » a été adoptée par l'assemblée générale le 22 février 2007. Les trois dernières études commandées par le Gouvernement, portant respectivement sur le droit de préemption, les établissements publics et l'attractivité du territoire français pour les organisations internationales, sont en cours de réalisation.

Le Conseil d'État a organisé, au mois de mai 2006, deux séminaires sur le thème des considérations générales du précédent rapport : « Sécurité juridique et complexité du droit ». Ces séminaires, associant des parlementaires et le Conseil constitutionnel, ont conduit à la création d'un groupe de travail auprès du Premier ministre. Les conclusions de ce groupe de travail sont diffusées sur plusieurs sites internet (Conseil d'État, Légifrance, Documentation française...). Elles avaient été, au préalable, adressées aux présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale.

La coopération internationale, marquée par de nombreuses rencontres avec des juridictions suprêmes étrangères, s'est poursuivie à un rythme soutenu. Les saisines et l'activité de la cellule de droit communautaire continuent aussi d'augmenter, reflétant en cela tant la place croissante de ce droit que sa technicité.

Les tribunaux administratifs connaissent à nouveau en 2006 un accroissement des recours de 6,2 % en données nettes, contre 5,1 % en 2005, 14 et 16 % respectivement en 2003 et 2004. Cette croissance s'explique notamment par une explosion du contentieux des permis de conduire (+37,4 %) et une progression continue du contentieux des étrangers (+8,7 %). En revanche, les recours dans le domaine fiscal baissent de 11 %.

Les tribunaux administratifs ont poursuivi leur effort de productivité en augmentant de 9 % le nombre d'affaires jugées en 2006 après une hausse de 13 % en 2005. Cet effort permet de retrouver un quasi-équilibre entre le nombre des



saisines et celui des décisions et de réduire, à nouveau, le délai moyen pour le ramener à un an, trois mois et quatorze jours contre un an quatre mois et six jours en 2005. La situation est toutefois très contrastée selon les tribunaux, ceux de la région d'Île-de-France étant particulièrement encombrés notamment du fait du volume du contentieux des étrangers.

La situation des cours administratives d'appel a continué de se redresser spectaculairement sous l'effet de la loi d'orientation et de programmation pour la justice de 2002 et des contrats d'objectifs et de moyens passés avec les cours. Celles-ci ont vu le nombre des affaires enregistrées croître de 4,3 % en données nettes. Pour la quatrième année consécutive, elles jugent plus d'affaires qu'elles n'en reçoivent et le délai moyen de jugement a été ramené à un an et dix-huit jours contre un an, quatre mois et sept jours en 2005.

Parmi les juridictions spécialisées, la Commission des recours des réfugiés connaît, pour la seconde fois, une diminution importante, de 24 %, des recours enregistrés. La Commission centrale d'aide sociale a également rétabli sa situation en jugeant, pour la première fois dans l'année, les dossiers relatifs à toutes les formes d'aide à l'exception du revenu minimum d'insertion. En revanche, la situation des commissions départementales d'aide sociale continue de rester particulièrement préoccupante.

Le Conseil d'État a choisi, au titre de ses considérations générales de 2007, le thème des relations entre l'administration et l'Union européenne, sous l'intitulé « L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? », revenant en cela sur une question déjà abordée il y a quinze ans.

Ainsi qu'il le rappelait en 1992 dans ses considérations générales : « L'Europe est une construction juridique. C'est sans doute un projet politique, sûrement un « grand marché », mais d'abord un ensemble de règles complexes [...] La communauté s'est bâtie autour du droit, elle s'est faite par le droit. Un droit original à plus d'un titre ; il est davantage l'œuvre des diplomates et des juges que celle des parlements ; quoique négocié dans les conditions du droit international, il s'intègre au droit interne ; au gré des nécessités, il emprunte ses concepts à telle ou telle tradition nationale sans en privilégier aucune. »

Depuis lors, les procédures de décision et de « gouvernance » de l'Union européenne se sont profondément modifiées en raison notamment des réformes institutionnelles résultant en particulier du traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, et du traité de Nice, entré en vigueur le 1^{er} février 2003. Elles sont également définies par un Accord inter-institutionnel conclu par le Parlement, le Conseil et la Commission le 16 décembre 2003. Elles résultent enfin de décisions adoptées par le Conseil, notamment celles créant un certain nombre d'agences européennes et celles dites de « comitologie » qui instituent des comités d'exécution.

La « gouvernance européenne » se caractérise par la place éminente accordée à la Commission, promoteur et gardien de l'intérêt général communautaire, mais aussi par la très large association des gouvernements, des parlements et des administrations des États membres, de leurs collectivités territoriales, des agences nationales de régulation, des experts et de l'ensemble des partenaires économiques et sociaux, depuis la conception de l'idée jusqu'à l'adoption finale du texte. L'habitude y est de poursuivre la discussion jusqu'au compromis.



La « gouvernance européenne » est à ce titre culturellement et sociologiquement plus proche des méthodes anglo-saxonnes de gouvernement que de celles issues des traditions juridiques marquées par le droit romain. L'administration française se doit, dès lors, d'adapter son organisation et ses procédures à cette nouvelle réalité.

Un pas en ce sens a été accompli avec la décentralisation et le transfert de nombreuses responsabilités aux collectivités territoriales – communes, départements et régions – et avec le recours à de nouveaux modes d'organisation administrative, autorités indépendantes notamment. Néanmoins, la France ne s'appuie pas autant qu'il serait nécessaire sur les acteurs de la société civile.

Elle s'abstient aussi, dans de nombreuses hypothèses, de rechercher les nécessaires alliances auprès d'autres États membres, porteurs de traditions juridiques différentes des siennes et d'intérêts autres que ceux dont elle a la charge. Or la négociation à vingt-sept appelle la construction permanente d'alliances, tant avec d'autres États membres qu'avec les acteurs les plus divers, ceci aussi bien à Bruxelles qu'en France même et dans d'autres États de l'Union.

Dans cette perspective, il est nécessaire d'établir un diagnostic sur les marges de manœuvre existantes dès la conception d'une réforme au niveau communautaire. La longue recherche du consensus qui précède la définition de l'intérêt général communautaire et gouverne l'émergence des propositions destinées à être soumises à l'examen du Conseil et du parlement européen doit, dès l'origine, être mise à profit pour dégager, autant que cela est possible, des positions communes de la sphère politico-administrative et des milieux intéressés dans notre pays.

Un véritable travail diplomatique doit également être poursuivi à l'écoute et auprès des partenaires étrangers, étatiques ou non étatiques, dont les positions seraient susceptibles de donner lieu à un ralliement de la France ou, à l'inverse, de porter les points de vue ou les réserves qu'elle entend faire valoir auprès d'eux.

Après avoir rappelé les conditions dans lesquelles les institutions européennes fonctionnent et se révèlent perméables à de nombreuses influences, les considérations générales examinent ensuite en quoi cette configuration originale appelle de nouvelles stratégies pour notre administration : anticipation des choix politiques ; coordination des voix françaises émanant des autorités publiques et des acteurs économiques et sociaux ; exemplarité dans la transposition et l'application du droit communautaire ; développement enfin du réflexe européen dans l'activité normative, l'information juridique, les interventions devant la Cour de justice et la gestion des fonctions publiques.

Ainsi que le rappelait Jean Monnet à Strasbourg le 12 mai 1954 : « Nous n'avons le choix qu'entre les changements dans lesquels nous sommes entraînés et ceux que nous aurons su vouloir et accomplir. » L'appréciation reste d'actualité et la France se doit d'alimenter le système européen de décision de ses ambitions et propositions. A défaut, elle sera inévitablement acculée à des positions purement défensives, face à d'autres conceptions dont elle éprouvera le plus grand mal à éviter qu'elles ne triomphent.

Dans cette perspective, il faut prendre conscience que le temps européen est un temps long et qu'un changement de la culture administrative et politique



française, qui privilégie le temps court, s'avère nécessaire. Il faut, dans le même esprit, prendre acte de ce que la frontière entre questions européennes et affaires intérieures, de plus en plus poreuse, tend aujourd'hui à s'estomper.

Les considérations générales proposent donc de poursuivre et d'accroître les efforts récemment entrepris autour de quelques axes essentiels.

Concernant l'organisation institutionnelle, il est proposé d'instituer auprès du Président de la République un « Conseil stratégique sur l'Europe » dont le secrétariat serait assuré par le secrétaire général des affaires européennes, qui cumulerait ses fonctions avec celles de conseiller du Président de la République pour les affaires européennes. Il est suggéré de créer au sein des ministères des cellules en charge des affaires européennes chargées de préparer la négociation et d'assurer le respect des calendriers de transposition, d'instituer des parcours européens pour les fonctionnaires et de développer les formations sur les questions européennes. Il est aussi proposé d'étendre les compétences du groupe à haut niveau sur l'adaptation au droit communautaire à l'ensemble des procédures d'infraction, pré-contentieuses et contentieuses.

S'agissant de la méthode de négociation, le Conseil d'État suggère de créer, sur les principales propositions et perspectives de propositions de texte communautaire, des groupes de travail ad hoc, associant représentants de l'administration, parlementaires et partenaires privés concernés, appelés à se réunir tout au long de la négociation et de la transposition, sous la responsabilité conjointe du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat général des affaires européennes. Dans ce contexte, devraient être élaborés, dès les premières consultations de la Commission, les instruments de navigation que sont les études d'impact, les tableaux de concordance et les mémorandums explicatifs en vue de les diffuser le plus largement aux décideurs politiques, aux collectivités territoriales, aux autorités administratives indépendantes et aux acteurs de la société civile concernés.

Les considérations générales invitent également l'administration à développer des réflexes européens en prenant systématiquement la mesure, à l'occasion de toute réforme nationale, du droit communautaire applicable à la matière traitée ainsi que des normes en vigueur dans les principaux États membres et en favorisant l'accessibilité du droit communautaire au sein des bases juridiques, nationales et communautaires, ce qui impose d'intensifier les travaux de refonte des directives.

Le Conseil d'État propose enfin de créer, au sein des écoles de fonctionnaires, des cycles de formation aux questions européennes, accessibles aux ressortissants communautaires, sur le modèle du cycle de hautes études sur les questions européennes ouvert depuis le 1^{er} janvier 2007 à l'École nationale d'administration, et de développer la place de l'Europe dans les concours et dans les formations initiales des fonctionnaires. Il suggère de mettre en place, à leur intention, des parcours européens.

Peut-être la France n'est-elle pas, face à l'Europe, en position toujours aussi favorable qu'il serait souhaitable dans la mesure où la société française reste, sur de nombreux sujets traités par l'Union européenne, elle-même plus ou moins profondément divisée. Mais c'est là une situation partagée par de nombreux autres États membres.



Ce n'est pas, au reste, en occultant les désaccords traversant la société française, ni en revendiquant le monopole de la définition de l'intérêt général, que l'État parviendra à faire triompher les points de vue et les stratégies qui lui paraissent les plus conformes aux intérêts généraux de la Nation.

Le risque, en pareille hypothèse, est en effet de s'en remettre à l'Union pour trancher, en même temps que des enjeux européens, des débats nationaux français, et d'aliéner une partie de l'opinion à la cause européenne, sans pour autant préserver le crédit des institutions nationales.

Conformément à une tradition 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 à des contributions d'auteurs en relation avec le thème du rapport public.

Cette année, des contributions portent sur les sujets suivants :

– « L'émergence d'une décision européenne : Renforcer la présence européenne de la France » par M^{me} Florence Chaltiel, professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Grenoble et, notamment, auteur de l'ouvrage intitulé « Le processus de décision dans l'Union européenne », publié à la Documentation française en août 2006 ;

– « L'avenir de l'Union européenne après le référendum du 29 mai 2005 sur le traité constitutionnel » par M. Jean-Claude Piris, directeur général du service juridique du Conseil de l'Union européenne et jurisconsulte de ce Conseil, qui a été le jurisconsulte des conférences intergouvernementales ayant négocié et approuvé les traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1997) et de Nice (2001), auteur d'un ouvrage intitulé « Le traité constitutionnel pour l'Europe : une analyse juridique », publié aux éditions Bruylant à Bruxelles ;

– enfin « Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel » de Jean-Eric Schoettl, conseiller d'État, secrétaire général du Conseil constitutionnel.

Qu'ils en soient particulièrement remerciés.



Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BCE	Banque centrale européenne
BEI	Banque européenne d'investissement
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CES	Confédération européenne des syndicats
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Cons. const.	Conseil constitutionnel
COREPER	Comité des représentants permanents
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
FEDER	Fonds européen de développement régional
FEOGA	Fonds européen d'orientation et de garantie agricole
FSE	Fonds social européen
GOPE	Grandes orientations de politique économique
GP	Gazette du Palais
IFOP	Instrument financier d'orientation de la pêche
JCP	La Semaine juridique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MOC	Méthode ouverte de coordination
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
RDP	Revue de droit public et de la science politique
REACH	Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
SEBC	Système européen de banques centrales
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UEM	Union économique et monétaire



RAPPORT D'ACTIVITÉ

Activité juridictionnelle



Section du contentieux

Activité de la section

I. – Tout en restant à un niveau élevé, le nombre d'affaires enregistrées en 2006 est inférieur, d'environ 1 000 affaires, à celui de l'année 2005. Cette diminution s'explique en grande partie par la baisse du nombre de pourvois dirigés contre les décisions de la commission des recours des réfugiés, du nombre d'affaires de séries et du nombre de requêtes relevant, d'une part, de la compétence du Conseil d'État en premier ressort, d'autre part, de la compétence propre du président de la section du contentieux (règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative). Toutefois, le nombre de pourvois en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel continue de progresser. Même si le taux de pourvoi en cassation demeure faible, la poursuite de l'application des contrats d'objectifs conclus avec les cours administratives d'appel se traduit en effet par un accroissement du nombre de leurs arrêts qui entraîne une augmentation corrélatrice du nombre des pourvois en cassation (+21 % en données brutes).

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Données brutes						
Affaires enregistrées	12 793	11 471 ⁽¹⁾⁽²⁾	10 213 ⁽³⁾⁽⁴⁾	12 868 ⁽⁵⁾	12 572 ⁽⁶⁾	11 578
Décisions rendues	13 155	11 739 ⁽²⁾	11 209	11 528	12 124 ⁽⁷⁾	12 700
Données nettes après déduction des séries						
Affaires enregistrées	12 642	11 281 ⁽¹⁾⁽²⁾	9 905 ⁽³⁾⁽⁴⁾	12 074 ⁽⁵⁾	11 196 ⁽⁶⁾	10 271
Décisions rendues	12 553	11 402 ⁽²⁾	11 135	11 001	11 270 ⁽⁷⁾	11 242
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux ⁽⁸⁾						
Affaires enregistrées	9 425	9 467 ⁽¹⁾	8 746 ⁽³⁾⁽⁴⁾	10 581 ⁽⁵⁾	9 102 ⁽⁶⁾	8 945
Décisions rendues	9 240	9 627	9 943	9 516	9 706 ⁽⁷⁾	9 736

⁽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 2018 (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).

⁽⁷⁾ Ces chiffres ne tiennent pas compte de 500 affaires réglées par ordonnance en 2005.

⁽⁸⁾ Ordonnances prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du Bureau d'aide juridictionnelle.

II. – Ce tableau appelle les remarques suivantes :

1. Le nombre total d'affaires enregistrées qui passe de 12 572 en 2005 à 11 578 en 2006 a diminué de 8 % par rapport à l'année précédente. Après déduction des affaires de séries et des affaires réglées par ordonnances du président de la section du contentieux au titre, d'une part, de la procédure de règlement des questions de compétence, et d'autre part, des recours contre les décisions du Bureau d'aide juridictionnelle, le chiffre des entrées passe de 9 102 en 2005 à 8 945 en 2006 soit une diminution de 1,7 %. La part que représentent les pourvois en cassation par rapport au total des entrées progresse encore puisqu'elle atteint, en données nettes, près de 64 % en 2006 contre 59 % en 2005. Toutefois, en données nettes, à l'exception des pourvois dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel qui connaissent une augmentation, le nombre de pourvois contre les jugements rendus en premier et dernier ressort par les tribunaux administratifs se stabilise alors que celui des pourvois contre les décisions des juridictions spécialisées diminue. Si la réforme de l'appel introduite par le décret du 24 juin 2003, qui prévoit que pour certains litiges de faible importance les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort, a eu une forte incidence en 2004 et 2005, le nombre de pourvois enregistrés, à ce titre, s'est stabilisé en 2006. 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 73 pourvois, s'était traduite par 1 107 pourvois en 2004 et 1 366 en 2005 (données nettes). Le nombre de ces pourvois est de 1 378 pour l'année 2006 (données nettes).

2. En ce qui concerne les affaires jugées, le nombre de décisions rendues en 2006 s'élève à 12 700 en données brutes et à 11 242 en données nettes. Les sorties étant nettement supérieures aux entrées, le stock des affaires en instance a été réduit de manière significative. La réduction est d'autant plus forte qu'environ 500 affaires réglées par ordonnance en 2005 n'avaient pas été comptabilisées au titre des sorties de 2005 et que le stock calculé au 1^{er} janvier 2006 se trouvait en conséquence majoré par erreur de 500 affaires. Le stock global au 31 décembre 2006 est de 9 789 affaires en données brutes et de 8 567 affaires en données nettes. Ainsi, le stock est sensiblement inférieur à 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, 277 pourvois ont été enregistrés au cours de l'année 2006 contre 136 en 2005.

Type de Contentieux	Entrées						Sorties					
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Reconduite à la frontière	2 173	2 196	2 355	2 571	22	277 ⁽¹⁾	2 242	2 037	2 251	1 956	1 920	223 ⁽¹⁾
Réfugiés	1 078	776	580	656	991	555	1 358	792	944	604	719	901
Visas	575	387	251	296	456	441	1 133	1 098	466	351	279	389
Total	3 826	3 359	3 186	3 523	1 469	1 273	4 733	3 927	3 661	2 911	2 918	1 513

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

Si en 2001 le contentieux des étrangers ainsi décompté représentait 40 % des entrées nettes, après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la section du contentieux, en 2006 il ne représente plus que 14 % de ces entrées.

Le nombre de pourvois en cassation dirigés contre les décisions de la commission des recours des réfugiés qui avait diminué depuis 2002 puis avait progressé de 51 % en 2005 connaît à nouveau une diminution en 2006. Quant aux requêtes relatives aux décisions de refus de visas, leur nombre reste sensiblement au même niveau qu'en 2005.

IV. – 2006 a été la sixième 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 498 requêtes dont 122 affaires de séries. Comme l'année précédente, le contentieux des étrangers et plus particulièrement celui relatif aux titres de séjour et aux refus de visas représente encore une part importante des entrées.

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

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 921 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel contre 992 en 2005 soit, en données brutes, une diminution de 7 %. Le nombre de décisions rendues s'élevant à 1088, le nombre de pourvois en stock était de 413 au 31 décembre 2006.

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 est de 10 mois.

En ce qui concerne les affaires anciennes, malgré ses efforts, la section du contentieux n'a toujours pas atteint les deux objectifs fixés qui étaient d'abaisser à 2 % la part des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais de moins de trois ans et à 1 % la part des affaires enregistrées depuis plus de trois ans. Toutefois, la part des affaires enregistrées depuis plus de trois ans a été abaissée de 2 % à 1,8 % au 31 décembre 2006.

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

Par ailleurs, l'année 2006 aura été la deuxième année de la première expérimentation des « téléprocédures » qui permettent la dématérialisation de la totalité de la procédure contentieuse relative au contentieux fiscal de l'assiette.

Du 1^{er} janvier au 31 décembre 2006, 358 pourvois ont été déposés par cette voie par les sept avocats au Conseil d'État participant à cette expérimentation, ce qui représente près de 76 % des pourvois déposés dans le domaine du contentieux fiscal de l'assiette par ces avocats et environ 27 % du total de ce contentieux présenté au cours de la même période.

Cette expérimentation a été complétée par une expérimentation de la transmission électronique des dossiers d'appel et des dossiers de premier ressort.

L'application utilisée pour saisir par l'internet le Conseil d'État d'une requête a connu des évolutions la rendant plus maniable, ce qui permettra d'étendre l'expérimentation au cours de l'année à venir aux autres avocats au Conseil d'État, à d'autres contentieux et à d'autres juridictions administratives.

Tableau 1

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

	2002	2003	2004	2005	2006
Affaires enregistrées	11 281 [11 471]	9 905 [10 213]	12 074 [12 868]	11 196 [12 527]	10 271 [11 578]
Décisions rendues ^(b)	11 402 [11 739]	11 135 [11 209]	11 001 [11 528]	11 270 ^(c) [12 124] ^(c)	11 242 [12 700]

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

^(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 75 en 2006 (soit 12 625 décisions qui règlent définitivement un dossier).

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

Tableau 2

Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée par le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ^(a)

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2005	2006	2005	2006	2005	2006
Affaires enregistrées	11 196 (12 572)	10 271 (11 578)	20 208 (20 527)	21 083 (21 602)	156 994 (167 150)	166 785 (172 557)
Affaires réglées ^(b)	11 222 ^(d) (12 076) ^(d)	11 198 (12 625)	23 553 (24 385)	25 890 (26 414)	155 562 (166 512)	164 342 (173 907)
Affaires restant en instance ^(c)	10 089 ^(e) (11 363) ^(e)	8 567 (9 789)	31 861 (32 705)	27 153 (27 959)	210 043 (229 368)	211 990 (228 265)

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

^(b) Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.

^(c) Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.

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

^(e) Ces chiffres incluent à tort 500 affaires réglées par ordonnance en 2005.



Tableau 3

Affaires enregistrées et décisions rendues par matière (Conseil d'État) ^(a)

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2005	2006	2005	2006
Agriculture	168	236	140	159
Aide sociale	130	131	127	125
Armées	24	23	24	27
Collectivités territoriales	158	179	187	149
Comptabilité publique	10	11	19	10
Contentieux fiscal	1 347	1 402	831	1 264
Culture	7	4	3	5
Décorations	0	3	2	1
Domaine – voirie	76	138	87	108
Droits des personnes et libertés publiques	246	206	241	232
Économie	67	89	66	83
Éducation – recherche	110	101	112	95
Élections	106	90	254	78
Environnement	241	88	120	121
Établissements publics	7	21	19	15
Étrangers	2 044	1 825	3 411	2 616
Expropriation	57	75	58	82
Fonctionnaires et agents publics	1 933	1 882	1 376	2 084
Juridictions	385	173	178	334
Logement	57	59	53	59
Marchés et contrats	221	281	168	218
Pensions	1 187	869	1 216	1 003
Police	189	217	158	242
Postes et télécommunications	43	28	73	39
Professions	272	311	325	309
Radiodiffusion et télévision	50	279	67	163
Rapatriés	9	23	14	9
Santé publique	195	188	138	185
Sécurité sociale et mutuelles	100	75	109	84
Sports	29	38	40	34
Transports	22	119	70	43
Travail	246	161	251	185
Travaux publics	117	102	77	124
Urbanisme et aménagement	536	710	486	529
Divers	89	27	60	57

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



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

Mode de saisine du Conseil	2005		2006	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 758	25	2 251	22
Appels des jugements des tribunaux administratifs	489	4	271	3
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	2 882	26	3 305	32
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	815	7	872	9
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) ^(a)	1 366	12	1 378	13
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	1 495	14	1 050	10
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	463	4	247	2
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du code de justice administrative)	11	ns	16	ns
Divers	917	8	881	9
Total	11 196	100	10 271	100

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

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

	2005	2006
Assemblée du contentieux	12	15
Section du contentieux	36	41
Sous-sections réunies	1 586	1 595
Sous-sections jugeant seules	3 434	3 783
Décisions du président de la section du contentieux (contentieux de la reconduite à la frontière)	1 254	247
Ordonnances du juge des référés	449	386
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	1 564	1 506
Ordonnances des présidents de sous-section	2 887	3 669
Total	11 222	11 198

^(a) Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.

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

	2005		2006	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	36 %	28 %	38 %	31 %
Entre 1 et 2 ans	48 %	53 %	42 %	45 %
Entre 2 et 3 ans	12 %	15 %	16 %	19 %
Plus de 3 ans	4 %	4 %	4 %	5 %

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

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



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

Affaires enregistrées	Au 31/12/2005 sur 11 363 affaires	Au 31/12/2006 sur 9 789 affaires
Moins de 1 an	71 %	69,7 %
Entre 1 et 2 ans	23 %	22,8 %
Entre 2 et 3 ans	4 %	5,7 %
Entre 3 et 4 ans	1 %	1 %
Entre 4 et 5 ans	0,4 %	0,3 %
Au-delà de 5 ans	0,6 %	0,5 %

Tableau 8
Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2005	2006	2005	2006
Premier ressort	583	430	577	441
Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	262	352 ^(c)	256	360 ^(c)
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	98	52	97	53
Autres référés ^(a)	223 ^(b)	26	224 ^(b)	28
Appel	54	68	56	67
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	54	66	56 ^(d)	66
Déférés prévus par le code général des collectivités territoriales (art. L. 554-3 et L. 554-9 du CJA)	0	2	0	1
Total	637	498	633	508

^(a) Référés relevant des articles L. 521-3, R. 531-1, R. 532-1, R. 541-1, L. 553-1 et L. 554-4 du code de justice administrative.

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

^(c) Dont une série de 122 affaires.

^(d) Deux dossiers comportent deux décisions (injonction sous astreinte puis non-lieu à statuer).

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

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2005	2006	2005	2006
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	366	225	229	369
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1) ^(b)	497	572	500	561
Ordonnances de référé en matière de contrats	55	42	36	55
Décisions rendues en matière de référé fiscal	3	2	7	2
Autres ordonnances de référé ^{(b)(c)}	71	80	91	101
Total	992	921	863	1 088

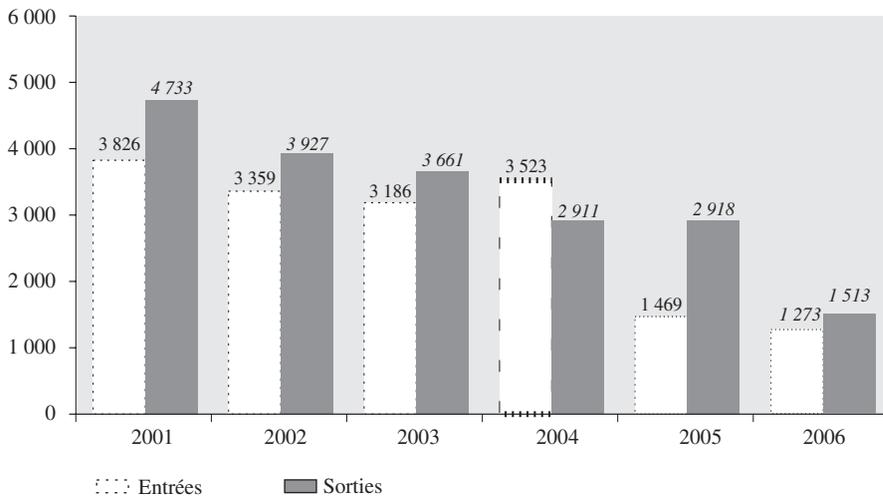
^(a) Les chiffres incluent les séries.

^(b) À l'exclusion des ordonnances rejetant, au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, les demandes de référé.

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



Contentieux des étrangers de 200 à 2005 (reconduites à la frontière, réfugiés, visas)



Jurisprudence

Actes

La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a procédé à une importante réforme de la profession de commissaire aux comptes, en renforçant notamment la séparation des fonctions d'audit et de conseil, par de nouvelles dispositions dont la mise en œuvre est assurée par un code de déontologie approuvé par un décret du 16 novembre 2005. Saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ce décret, l'Assemblée du contentieux, par une décision du 24 mars 2006 (*Société KPMG et autres*), a écarté la plupart des moyens invoqués par les sociétés requérantes, notamment celui tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, dont elle a toutefois, à cette occasion, confirmé le caractère opérant. Elle a en revanche fait droit à un moyen relatif aux conditions d'application du code de déontologie aux situations contractuelles en cours. L'Assemblée a certes estimé que le décret attaqué avait pu légalement ne pas reporter son effet à l'expiration des mandats dont les commissaires aux comptes étaient contractuellement investis à sa date d'entrée en vigueur, compte tenu des impératifs d'ordre public sur lesquels reposent les dispositions de la loi du 1^{er} août 2003 qu'il met en œuvre. Mais elle a également jugé que le principe de sécurité juridique, dont sa décision consacre l'existence, impose à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter les mesures transitoires que peut impliquer une réglementation nouvelle, en particulier lorsque les



règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours. Or, en l'espèce, l'Assemblée a estimé que, à défaut de toute disposition transitoire dans le décret du 16 novembre 2005, les exigences et interdictions qui résultent du nouveau code de déontologie apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations excessives au regard de l'objectif poursuivi. Elle a donc annulé ce décret en tant qu'il ne comportait pas de telles mesures transitoires.

Saisie de la question de savoir si l'autorisation donnée par le Parlement, en application de l'article 38 de la Constitution, de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi bénéficie au seul Gouvernement en fonction au moment où elle a été consentie, la section du contentieux y a répondu par la négative par une décision du 5 mai 2006 (*M. Schmitt*). Ainsi, en principe, l'autorisation donnée par le Parlement produit effet jusqu'au terme prévu par la loi d'habilitation, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le Gouvernement en fonction à la date de l'entrée en vigueur de celle-ci diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance. Toutefois, cette règle ne vaut que sous réserve de précisions contraires apportées par la loi d'habilitation, c'est-à-dire qu'il est loisible au Parlement de conférer expressément à cette loi un caractère personnel.

Par une décision du 11 décembre 2006 (*Conseil national de l'ordre des médecins*), l'Assemblée du contentieux a jugé qu'il résultait des dispositions de l'article 38 de la Constitution que, si une ordonnance prise sur le fondement de cet article conserve, aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation donnée au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par la loi. L'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance qui relèvent du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité. En l'espèce, la demande présentée le 7 avril 2005 par le Conseil national de l'ordre des médecins au Premier ministre et tendant à ce que celui-ci abroge une disposition relevant du domaine de la loi d'une ordonnance prise sur le fondement d'une habilitation dont le délai avait expiré le 31 janvier 2005 ne pouvait donc être accueillie.

Assurances

Saisie de l'avertissement adressé par la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP) à la société CNP Assurances en raison de divers manquements qui lui étaient reprochés à l'occasion de la souscription par ses clients, dans le cadre de contrats d'assurance vie, de parts du fonds commun de placement « Bénéfic » commercialisé par La Poste, la section du contentieux a, par une décision du 17 novembre 2006 (*Société CNP Assurances*), précisé les règles applicables à l'exercice du pouvoir de sanction de cet organisme, devenu ultérieurement l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.



La section a en effet rappelé, d'une part, que si, en matière d'édiction de sanctions administratives, sont seuls punissables les faits constitutifs d'un manquement à des obligations définies par des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur à la date où ces faits ont été commis, en revanche, et réserve faite du cas où il en serait disposé autrement, s'appliquent immédiatement les textes fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure à suivre, alors même qu'ils conduisent à réprimer des manquements commis avant leur entrée en vigueur – à ceci près que n'ont pas à être réitérés les actes de procédure régulièrement intervenus. Elle a jugé, d'autre part, qu'il résultait des dispositions des articles L. 310-12 et L. 310-18 du code des assurances, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 1989, qui a créé la Commission de contrôle des assurances, ainsi que des lois ayant modifié ces articles, que la CCAMIP ne peut sanctionner sur leur fondement que la méconnaissance d'une disposition législative ou réglementaire spécifique à l'assurance, même non inscrite dans le code des assurances, ou les pratiques qui mettent en péril la marge de solvabilité de l'assureur ou l'exécution des engagements qu'il a contractés envers les assurés, adhérents ou ayants droit. La section a précisé qu'il en allait de même dans l'état du droit issu de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

Commerce et industrie

Par une décision du 31 mai 2006 (*Ordre des avocats au barreau de Paris*), l'Assemblée du contentieux a livré une présentation complète des principes qui guident désormais l'appréciation de la licéité des interventions de la puissance publique dans le domaine économique. Elle a clairement distingué, d'une part, les activités nécessaires à l'accomplissement par les personnes publiques de leurs missions de service public, qui échappent, par nature, à l'application des règles du marché, et, d'autre part, les interventions économiques des personnes publiques, dont la légalité est subordonnée au respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. S'agissant de cette seconde hypothèse, l'Assemblée a précisé que, pour intervenir sur un marché, les personnes publiques doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. En outre, une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas avoir lieu selon des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait la personne publique concernée par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci.

Au cas d'espèce, l'Assemblée a considéré que la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, chargée, en vertu de l'article 2 du décret du 19 octobre 2004 qui était attaqué devant elle, d'apporter aux personnes publiques « un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat », avait seulement vocation à participer, ce faisant, à la mission d'intérêt général, qui relève de l'État, consistant à veiller au respect du principe de légalité par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, sans pouvoir négocier, en lieu et place d'une personne publique autre que l'État, les contrats en cause. Ainsi, aucune des attributions de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emportant intervention sur un marché, aucun des principes ni aucune des règles, de droit interne ou de droit



communautaire, applicables à une telle intervention ne pouvaient utilement être invoqués à l'encontre du décret attaqué.

Communauté européenne

Par une décision du 11 décembre 2006 (*Société De Groot en Slot Allium BV et autre*), l'Assemblée du contentieux a eu l'occasion, dans une affaire portant sur la conformité au droit communautaire d'un arrêté interministériel interdisant la commercialisation sous le nom d'«échalote» de variétés de légumes cultivées par les sociétés requérantes, de préciser l'étendue et les limites de l'autorité qui s'attache aux arrêts rendus à titre préjudiciel par la Cour de justice des Communautés européennes. Revenant sur la jurisprudence antérieure du Conseil d'État (section, 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*), elle a ainsi jugé que, alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, toute interprétation du traité et des actes communautaires donnée par la Cour, qui est compétente à cet effet en vertu de l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne, s'impose au juge national. Elle a en revanche estimé qu'il appartenait à la seule juridiction nationale saisie du principal, éclairée par l'arrêt rendu sur la question préjudicielle, de qualifier les faits, le cas échéant après avoir procédé aux investigations contradictoires qu'elle est à même d'ordonner, en vue de trancher le litige qui lui est soumis et notamment, en l'espèce, d'apprécier la conformité de l'arrêt litigieux avec les règles du droit communautaire.

Comptabilité publique

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics a prévu que ces créances se prescrivent à l'issue d'un délai de quatre ans à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis, ce délai ayant été porté à dix ans par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé lorsqu'est mise en cause la responsabilité de professionnels ou d'établissements publics ou privés de santé. Selon l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968, la prescription est interrompue par tout recours formé devant une juridiction, relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance. Par une décision du 27 octobre 2006 (*Département du Morbihan et autres*), la section du contentieux, revenant sur la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, a jugé qu'une plainte contre X avec constitution de partie civile interrompt le cours de la prescription prévue par cette loi dès lors qu'elle porte sur le fait générateur, l'existence, le montant ou le paiement d'une créance sur une collectivité publique. A ainsi, en l'espèce, été regardée comme interruptive de la prescription, car relative à la créance de l'intéressée, une plainte contre X avec constitution de partie civile déposée par la victime de blessures subies lors d'une intervention chirurgicale pratiquée dans un centre hospitalier public afin d'en rechercher les auteurs, et ce alors même que le juge judiciaire n'était pas compétent pour statuer sur les conclusions indemnitaires dirigées contre le centre hospitalier.



Contributions et taxes

Par une décision du 27 septembre 2006 (*Société Janfin*), la section du contentieux a jugé que l'administration ne peut faire usage des pouvoirs qu'elle tient des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, qui organise la répression des abus de droit, lorsqu'elle entend contester l'utilisation comme moyen de paiement de l'impôt dû d'un avoir fiscal, laquelle ne déguise ni la réalisation, ni le transfert de bénéfices ou de revenus.

La section a toutefois rappelé que, hors du champ des dispositions particulières de cet article, qui, lorsqu'elles sont applicables, font obligation à l'administration fiscale de suivre la procédure qu'elles prévoient, trouve à s'appliquer le principe selon lequel, si un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire, il appartient à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé. Ce principe, qui peut conduire l'administration à ne pas tenir compte d'actes de droit privé opposables aux tiers, s'applique en effet également en matière fiscale : le service, qui peut toujours écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'il établit que ces actes ont un caractère fictif, peut se fonder sur celui-ci pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles.

En l'espèce, toutefois, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ne se prévalait pas d'un tel principe pour justifier le bien-fondé des redressements contestés, effectués à tort sur le fondement des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, si bien que la section a prononcé la décharge des impositions et pénalités en litige, jugeant ainsi implicitement que, en matière fiscale, il n'appartient pas au juge de procéder d'office à une substitution de base légale.

Élections

Par une décision du 31 mai 2006 (*Groupe d'information et de soutien aux immigrants*), l'Assemblée du contentieux, saisie d'un recours dirigé contre les dispositions de deux décrets du 27 août 2004 subordonnant la qualité d'électeur et l'éligibilité aux élections des membres des chambres des métiers et de l'artisanat à la possession de la nationalité française ou de la nationalité d'un État appartenant à la Communauté européenne ou à l'Espace économique européen, a rappelé qu'en pareille matière, l'institution d'une différence de traitement entre artisans, qui n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives des chambres qui auraient commandé de telles discriminations.

Or, s'agissant du droit de vote, elle a estimé qu'eu égard à la mission des chambres des métiers et de l'artisanat, il n'existait pas entre artisans, à raison de la



nationalité, de différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, aucune nécessité d'intérêt général n'étant par ailleurs invoquée en ce sens. S'agissant de l'éligibilité, elle a considéré que les prérogatives de puissance publique dont sont investies les chambres (fixation du produit de la taxe additionnelle à la taxe professionnelle perçue à leur profit, désignation éventuelle de ces chambres comme délégués du droit de préemption, participation de leur président à la commission départementale d'équipement commercial) ne sont pas d'une nature et d'une ampleur justifiant que soient exclus de la possibilité de se porter candidats à l'élection des membres de ces chambres les artisans étrangers. Elle a par conséquent annulé les dispositions litigieuses.

Aux termes de l'article R. 611-22 du code de justice administrative, les requérants qui ont annoncé dans leur requête introductive d'instance la production d'un mémoire ampliatif disposent d'un délai désormais réduit à trois mois pour y pourvoir, sous peine de se voir opposer un désistement d'office. Ce délai est toutefois réduit à un mois par l'article R. 611-23 du même code «en matière électorale». Saisie d'une contestation portant sur des élections consulaires, la section du contentieux a, par une décision du 13 décembre 2006 (*M^{me} Dupuis*), estimé que, si la matière électorale ne se limitait pas aux élections dites politiques régies par le code électoral mais incluait notamment les élections consulaires, professionnelles et universitaires, le délai abrégé d'un mois prévu par l'article R. 611-23 ne devait toutefois s'appliquer que dans les cas où le Conseil d'État statue, en premier ressort ou en appel, comme juge de l'élection et non dans les cas où, comme en l'espèce, il est saisi en cassation d'une décision juridictionnelle se prononçant en matière électorale. Le désistement d'office n'a donc pas été opposé à M^{me} Dupuis bien que son mémoire ampliatif ait été déposé au-delà du délai d'un mois.

Étrangers

Jugé discriminatoire et, par suite, incompatible avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*), le régime dit de cristallisation des pensions publiques de retraite ou d'invalidité servies aux nationaux des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France a été modifié par l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 portant loi de finances rectificative pour 2002. Le nouveau régime prévoit que les pensions servies aux ressortissants ne possédant pas la nationalité française sont égales à celles servies aux ressortissants français, sous réserve de l'application d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat lorsque, à la date de la liquidation de la pension, le titulaire ne résidait pas en France.

Saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus du Premier ministre d'abroger le décret pris pour l'application de ces nouvelles dispositions, la section du contentieux a jugé que l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 était compatible avec les principes de non-discrimination et de sauvegarde du droit de propriété garantis par les stipulations combinées de l'article 14 de la Convention et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel. À cette fin, elle a notamment écarté le moyen tiré de ce que, parmi les personnes ne résidant pas en France à la date de la liquidation de leur pension, seules celles ne possédant pas la nationalité française se verraient servir des prestations amoind-



dries par l'application d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat, en indiquant que la différence de traitement ainsi introduite, de portée limitée, relevait de la marge d'appréciation que les stipulations invoquées laissaient au législateur national (18 juillet 2006, *Groupe d'information et de soutien des immigrés*).

Saisie, par ailleurs, d'une demande d'avis formulée par le tribunal administratif de Paris, la section du contentieux a toutefois estimé que l'entrée en vigueur rétroactive de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 n'était pas compatible avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, dès lors qu'aucun motif impérieux d'intérêt général ne justifiait en l'espèce que le législateur modifiât les règles applicables à des procès en cours (Avis, 18 juillet 2006, *M. Ka*).

Fonction publique

Invitée à se prononcer sur la nature du contrôle que le juge opère en matière de sanction disciplinaire infligée à un agent public, la section du contentieux du Conseil d'État a confirmé, par sa décision *M. Touzard* du 1^{er} février 2006, que si les faits ayant donné lieu à sanction font l'objet d'un contrôle entier, le juge administratif se limite à vérifier que la sanction prononcée par l'autorité compétente n'est pas manifestement disproportionnée aux faits qui sont reprochés à l'intéressé. Elle a par ailleurs jugé, en se fondant sur le principe selon lequel l'autorité de nomination détient le pouvoir de sanction, que le Président de la République est compétent pour infliger une sanction à un fonctionnaire appartenant au corps de direction et de conception de la police nationale, dont il doit nommer les membres dès leur intégration en qualité d'élève, alors même que l'intéressé a été, en l'espèce, incompétemment nommé par arrêté du ministre de l'intérieur.

Le syndicat CFDT a saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret du Président de la République nommant au poste d'ambassadeur de France en Azerbaïdjan un secrétaire principal des affaires étrangères, détaché sur un emploi de conseiller des affaires étrangères hors classe. Le syndicat requérant faisait valoir que des dispositions statutaires particulières aux agents diplomatiques et consulaires réservent les fonctions de chef de mission diplomatique aux fonctionnaires ayant la dignité d'ambassadeur de France, le grade de ministre plénipotentiaire ou celui de conseiller des affaires étrangères hors classe ou qui ont été légalement détachés dans ces deux derniers corps, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La question posée était de savoir si le respect de dispositions statutaires peut s'imposer dans le cas de la nomination d'un fonctionnaire à un poste relevant de la catégorie des emplois supérieurs laissés à la décision du Gouvernement. L'Assemblée du contentieux a répondu par l'affirmative, en jugeant que ni l'article 25 la loi du 11 janvier 1984 ni le décret du 24 juillet 1985, qui précisent le régime des emplois laissés à la décision du Gouvernement, n'ont entendu excepter les personnes nommées, dans le cas où elles ont la qualité de fonctionnaire, de l'application des dispositions statutaires ou réglementaires fixant des conditions particulières d'accès aux emplois concernés (31 mai 2006, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*).



L'article 132-21 du nouveau code pénal issu de la loi du 22 juillet 1992 dispose que la privation de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale. L'Assemblée du contentieux a été saisie de la question de la portée à donner, au regard de ces dispositions, à l'article L. 7 du code électoral issu de la loi du 19 janvier 1995, aux termes duquel ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans, les personnes condamnées pour l'un des délits qu'il énumère, et à l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui prévoit que nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne jouit de ses droits civiques. Elle a jugé que si les dispositions de l'article L. 7 du code électoral dérogent au principe posé par l'article 131-21 du code pénal, selon lequel l'interdiction des droits civiques ne peut résulter de plein droit d'une condamnation pénale, les effets de cette dérogation sont limités à l'application de la loi électorale. Ainsi, la déchéance des droits civiques de nature à entraîner la radiation des cadres de la fonction publique par application de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 ne peut résulter que d'une condamnation prononcée sur le fondement de l'article 131-26 du code pénal (11 décembre 2006, *M^{me} Nicolai*).

Justice

Par sa décision du 10 mars 2006, *M. Carre-Pierrat*, la section du contentieux a admis la légalité de la procédure d'examen des candidatures aux fonctions de président des tribunaux de grande instance de Nanterre et de Bobigny, mise en place dans le silence des textes par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège, afin d'établir une proposition de nomination au Président de la République. La pratique consistant, après avoir fixé des critères et au vu des dossiers des candidats, à n'auditionner que certains d'entre eux, constitue l'exercice, par cet organe constitutionnel, des pouvoirs qui lui sont dévolus par la Constitution afin de garantir la compétence et l'indépendance des magistrats appelés à présider les juridictions, et ne porte pas atteinte au principe d'égalité. Le choix, à titre indicatif, du critère d'une expérience préalable de chef de juridiction n'est pas entaché d'erreur de droit eu égard aux fonctions en cause. En l'espèce, le Conseil n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas auditionner le requérant, qui ne satisfaisait pas à ce critère.

Libertés publiques

Par une ordonnance rendue le 23 novembre 2005, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, saisi par le comité central d'entreprise de l'Imprimerie nationale, avait suspendu les décisions par lesquelles le ministre de l'intérieur avait, dans le cadre de la procédure d'attribution du contrat de fabrication des passeports sécurisés par le recours à la biométrie, écarté la candidature de l'Imprimerie nationale et retenu celle de la société Oberthur. Saisi d'un recours en cassation contre cette ordonnance, le Conseil d'État a, par une décision *Société François-Charles Oberthur Fiduciaire* du 1^{er} mars 2006, confirmé l'ordonnance attaquée, en rejetant notamment les moyens de cassation dirigés contre le motif par lequel le juge des référés avait estimé qu'était susceptible de faire naître un



doute sérieux sur la légalité des décisions attaquées le moyen tiré de ce que ces dernières méconnaissaient le champ du monopole légal conféré à l'Imprimerie nationale par la loi du 31 décembre 1993. Interprétant l'article 2 de cette loi, qui dispose que l'Imprimerie nationale est « seule autorisée à réaliser les documents déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, et notamment les titres d'identité, passeports, visas (...) comportant des éléments spécifiques de sécurité destinés à empêcher les falsifications et les contrefaçons », le juge des référés avait estimé qu'entraînait dans le champ du monopole défini par cet article non pas seulement la fourniture des livrets vierges, mais aussi les opérations consistant à compléter ces derniers avec les informations nominatives et les données biométriques des futurs détenteurs des passeports. Le Conseil d'État a jugé que cette interprétation n'était pas entachée d'erreur de droit.

Par une décision du 24 mars 2006 (*M. Rolin et M. Boisvert*), l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a examiné les décrets déclarant et portant application de l'état d'urgence pris par le Président de la République à la suite des émeutes urbaines de 2005. Elle a implicitement estimé que le décret déclarant l'état d'urgence n'est pas un acte de Gouvernement, dès lors que l'intervention du Parlement appelé à décider de la prorogation de ce régime d'exception n'est pas certaine au moment de l'édiction du décret. L'Assemblée du contentieux a également jugé que, compte tenu des caractéristiques propres au régime défini par la loi du 3 avril 1955 – dont elle a estimé qu'il n'était pas incompatible avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales –, la prorogation de l'état d'urgence par le législateur ratifie le décret déclarant l'état d'urgence. La légalité de ces dispositions n'est donc plus, après l'intervention du législateur, susceptible d'être discutée par la voie contentieuse. Quant au décret portant application de l'état d'urgence, le juge exerce un contrôle de l'adéquation des mesures prévues aux troubles à l'ordre public observés.

Saisi par un requérant français qui avait fait l'objet d'un signalement au système d'information Schengen par l'Allemagne, la section du contentieux, par une décision du 7 avril 2006 (*M. Skandrani*), s'est prononcée sur le processus de coordination entre les autorités de contrôle nationales pour la vérification et l'effacement des signalements opérés au sein de ce système. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), lorsqu'elle saisit l'autorité de contrôle d'un État signalant en vue de la vérification et de l'effacement d'une inscription au fichier, est tenue de procéder à l'examen de ce signalement en étroite coordination avec celle-ci. Elle ne peut transférer sa responsabilité à l'autorité de l'État signalant, mais doit demander les informations lui permettant de procéder à ce contrôle et, en cas de désaccord, saisir l'autorité de contrôle commune mentionnée aux articles 106 et 114 de la convention d'application de l'accord de Schengen. Le Conseil d'État a par suite annulé la décision attaquée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui s'était fondée sur une réponse générale ne donnant pas les motifs du signalement de l'autorité de contrôle allemande pour refuser de poursuivre la procédure de vérification et d'effacement.

L'institution d'un mécanisme de transaction ayant pour effet d'éteindre l'action pénale touche aux modes d'exercice de l'action publique et affecte la séparation des pouvoirs et la garantie des droits consacrés par l'article 16 de la



Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De ce fait, le législateur ou le Gouvernement habilité à légiférer par ordonnance doit, lors de la création d'un régime de transaction pénale, déterminer les règles qui permettent d'en assurer le respect. Au nombre de ces règles figurent le champ d'application de la transaction pénale, la désignation de l'autorité habilitée à transiger lorsque ce n'est pas une autorité de l'État, la nature des mesures qui peuvent être prévues dans la transaction et qui ne sauraient, en tout état de cause, toucher à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, ainsi que les conditions de l'homologation de la transaction une fois celle-ci conclue. S'agissant en particulier de l'homologation, celle-ci relève d'un magistrat du parquet dans le cas où l'action publique n'a pas été mise en mouvement, sauf lorsque la loi a conféré l'initiative exclusive des poursuites à une autorité administrative. En revanche, si l'action publique a été mise en mouvement, l'homologation est du seul ressort d'un magistrat du siège. L'article 6 de l'ordonnance du 18 juillet 2005, qui crée un mécanisme de transaction pénale pour des infractions commises dans le domaine de l'eau et des milieux aquatiques, exige seulement l'intervention du procureur de la République, même si l'action publique a déjà été mise en mouvement. En outre, il ne précise pas la nature des mesures sur lesquelles il est possible de transiger. L'Assemblée du contentieux l'a donc annulé pour méconnaissance des exigences constitutionnelles (7 juillet 2006, *France Nature environnement*).

Marchés et contrats

Par une décision du 10 mars 2006 (*Commune d'Houlogate et Société d'exploitation du casino d'Houlogate*), la section du contentieux s'est prononcée sur l'articulation des règles de la police des jeux avec celles du droit de la concurrence en matière de casinos municipaux. Elle a jugé que dans la mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont conférés par les dispositions de la loi du 15 juin 1907 et de ses règlements d'application pour autoriser l'ouverture de salles de jeux, le ministre de l'intérieur doit opérer une conciliation entre les nécessités de la protection de l'ordre public et les impératifs tenant à la préservation de l'égalité d'accès au secteur de l'exploitation des casinos. En l'espèce, la pratique consistant à délivrer aux nouveaux exploitants de casinos des autorisations excluant temporairement les appareils de jeux automatiques et aux délégataires sortants une autorisation portant sur l'ensemble des jeux, sans justification tenant aux conditions d'exploitation du casino en cause ou aux candidats, a été jugée porter une atteinte excessive à l'égal accès au marché. La section du contentieux en a déduit qu'une commune ne saurait, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, se fonder sur les avantages illicites conférés par cette pratique à l'un des candidats pour le désigner comme attributaire d'une délégation d'exploitation d'un casino.

Nature et environnement

Par deux ordonnances du 30 décembre 2005, le juge des référés du tribunal administratif de Paris avait refusé de suspendre, d'une part, l'autorisation d'exportation de matériel de guerre délivrée le 29 novembre 2005 en vue de l'exportation de la coque désaffectée de l'ancien porte-avions Clemenceau, et d'autre



part, la décision de transférer cette coque en Inde pour son désamiantage final. Les associations ainsi déboutées ont saisi en cassation le Conseil d'État. Par une décision *Association Ban Asbestos France et autres* rendue le 15 février 2006, ce dernier a fait droit à leurs demandes. Analysant les termes du règlement du Conseil des Communautés européennes du 1^{er} février 1993 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne ainsi que la portée de la directive du 15 juillet 1975 relative aux déchets, le Conseil d'État en a déduit, d'une part, que constituait un déchet au sens de ces textes tout objet ou substance dont son propriétaire veut se défaire, notamment en raison de son caractère dangereux et, d'autre part, qu'était interdite l'exportation de déchets destinés à être éliminés ou valorisés, sauf à destination de certains pays au nombre desquels l'Inde ne figure pas. La décision en conclut qu'en écartant comme ne créant pas de doute sérieux quant à la légalité des décisions litigieuses le moyen tiré de ce que la coque désaffectée de l'ancien porte-avions – dont l'État cherchait à se défaire – aurait le caractère d'un déchet au sens de ces textes et serait dès lors interdite d'exportation vers l'Inde, le juge des référés de première instance a commis une erreur de droit. Le Conseil d'État a donc suspendu en conséquence les autorisations de transfert.

Par une ordonnance *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres* rendue le 9 mai 2006, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté la requête dont l'avait saisi une trentaine de requérants – syndicats d'éleveurs, collectivités territoriales et associations écologistes – aux fins de suspension de la décision du ministre de l'écologie et du développement durable d'introduire cinq ours slovènes dans les Pyrénées. Après avoir relevé que l'introduction de deux ours ne privait pas d'objet la demande de suspension de la décision ministérielle litigieuse qui autorisait la réintroduction de cinq de ces animaux, le juge des référés a rappelé le cadre juridique dans lequel s'est intégrée cette décision. Il a souligné que l'article R. 411-8 du code de l'environnement autorisait le ministre chargé de la protection de la nature à délivrer des autorisations exceptionnelles de réintroduction dans la nature d'animaux appartenant à des espèces protégées en vertu de l'article L. 411-1 du même code – ce qui est bien le cas de l'ours – lorsque l'espèce est menacée d'extinction. L'ordonnance précise toutefois que ces autorisations doivent respecter les engagements internationaux de la France et relève à ce titre que la non-transposition de certaines dispositions de la directive communautaire dite « Habitats » du 21 mai 1992 n'exonère pas le ministre de son obligation d'en respecter les objectifs, dont certains concernent la consultation du public en cas de mesures de réintroduction d'animaux. L'ordonnance juge également que la sauvegarde d'une espèce menacée ne pourrait justifier une atteinte excessive portée aux autres intérêts en présence, notamment dans le cas où aucune mesure de précaution n'aurait été prise pour accompagner la réintroduction des animaux. En l'espèce, toutefois, et eu égard au fait qu'il n'était saisi que de la décision d'introduction de cinq animaux, et non de la totalité du programme de renforcement de la population des ours qui s'étendra sur plusieurs années, le juge des référés a estimé que la légalité de cette décision, visant à la sauvegarde d'une espèce particulièrement protégée aux niveaux national et international, précédée d'une large concertation avec les élus et les populations concernées et assortie de mesures de précaution visant à en prévenir et en réparer les conséquences dommageables ne suscitait pas de doutes suffisants pour justifier la mesure de suspension sollicitée.



Par une décision du 27 septembre 2006 (*Communauté d'agglomération de Montpellier*), le Conseil d'État s'est prononcé sur le sens des dispositions de l'article 24 du décret du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, qui prévoient que l'arrêté d'autorisation d'une installation classée cesse de produire effet lorsque l'installation classée n'a pas été mise en service dans le délai de trois ans ou n'a pas été exploitée durant deux années consécutives, sauf cas de force majeure. La section du contentieux a jugé qu'outre le cas où des travaux seraient entrepris dans le seul but d'échapper à l'application de la règle qu'édicte ces dispositions, seul un défaut total d'exploitation est de nature à emporter la caducité d'une autorisation d'exploiter une installation classée. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 24 du décret du 21 septembre 1977 qu'au regard, notamment, des obligations qui pèsent sur l'exploitant en cas de cessation définitive de l'activité et de la nécessité de mettre à même l'autorité administrative de procéder aux contrôles qui lui incombent, l'interruption du fonctionnement d'une installation classée durant plus de deux ans sur une partie seulement de la zone concernée par l'autorisation n'entraîne pas en principe la caducité partielle de celle-ci.

Par une décision du 13 décembre 2006 (*Commune d'Issy-les-Moulineaux*), la section du contentieux a complété le cadre jurisprudentiel du contentieux de l'agrément pour la protection de l'environnement délivré, sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'environnement, à certaines associations ayant la protection de l'environnement pour objet statutaire. La section a estimé qu'une commune qui se borne à invoquer son appartenance au ressort territorial sur lequel une association agréée pour la protection de l'environnement exerce son activité ne justifie pas d'un intérêt suffisamment direct de nature à lui permettre de contester l'arrêté portant agrément de l'association en cause. Sans soustraire la décision accordant l'agrément à tout recours contentieux, cette décision écarte ainsi la reconnaissance d'un intérêt pour agir général et absolu des collectivités publiques fondée sur un simple critère d'identité territoriale.

Outre-mer

Par une décision du 1^{er} février 2006 (*Commune de Papara et M. Sandras*), le Conseil d'État a précisé le régime contentieux des « lois du pays ». Dès lors que la faculté de saisir le Conseil d'État d'une « loi du pays » n'est ouverte aux représentants à l'Assemblée de la Polynésie française qu'à la condition que la saisine émane de six d'entre eux, la section du contentieux a jugé qu'un représentant de cette Assemblée n'est pas, en cette qualité, recevable à saisir seul le Conseil d'État d'un recours contre une « loi du pays ». En revanche, il est recevable à agir au nom de la commune dont il est maire dès lors qu'il y a été habilité et que cette commune est concernée par la « loi du pays » litigieuse. Par ailleurs, le Conseil d'État a rappelé qu'il lui appartient de se prononcer sur la légalité des « lois du pays » au vu des moyens invoqués devant lui ainsi qu'au regard des moyens d'ordre public qu'il lui incombe, au besoin, de relever d'office. Il a toutefois jugé que si, aux termes de l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, les « lois du pays » ne doivent en principe comporter que des dispositions relevant du domaine de la loi, le législateur organique n'a pas entendu frapper d'illégalité une disposition de nature réglementaire contenue dans un tel texte.



Ne sont par conséquent pas illégaux les empiétements de la « loi du pays » sur le domaine réglementaire réservé par la loi organique au conseil des ministres de la Polynésie française.

Après avoir obtenu sa mise à la retraite par anticipation, M. Genelle, médecin chef du Service de santé des armées, avait continué à exercer les fonctions de praticien hospitalier dans le cadre d'un contrat à durée déterminée conclu avec le centre hospitalier territorial de Nouméa. Le ministre des finances avait alors décidé de suspendre le versement de sa pension de retraite au motif que les articles L. 84 et L. 86-1 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans leur rédaction issue de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, interdisent le cumul d'une telle pension avec les revenus d'activité versés, d'une part, par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, et d'autre part, par les établissements mentionnés à l'article L. 6141-2 du code de la santé publique. Saisie de ce litige, la section du contentieux a d'abord indiqué qu'aucune disposition expresse ne prévoit l'application du code de la santé publique sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, et en a déduit que le centre hospitalier territorial de Nouméa n'est pas au nombre des établissements visés par l'article L. 6141-2 du code de la santé publique. Elle a ensuite relevé que la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République, son organisation et ses compétences étant fixées par la loi organique du 19 mars 1999, qui ne la qualifie pas de collectivité territoriale. Sur ce fondement, elle a estimé que le centre hospitalier territorial de Nouméa n'est pas au nombre des établissements que le législateur a entendu désigner en mentionnant, dans la loi du 21 août 2003, « les collectivités territoriales et leurs établissements publics » (13 décembre 2006, *M. Genelle*).

Police

Par arrêté conjoint du 28 mars 2006, les ministres de l'intérieur et de l'équipement avaient pris, au titre de leur pouvoir de police de la circulation, et comme ils le font chaque année, un arrêté interdisant la circulation des poids lourds affectés au transport routier de marchandises les samedis et veilles de jours fériés à partir de 22 heures, et les dimanches et jours fériés jusqu'à 22 heures, en n'exceptant pas de cette dernière catégorie le lundi de Pentecôte du 5 juin 2006. Or, depuis l'intervention de la loi du 30 juin 2004, le lundi de Pentecôte est devenu, au sens du droit du travail, un jour férié non chômé qui constitue, dans les entreprises non couvertes par une convention ou un accord désignant un autre jour de l'année, le jour de travail assuré au titre de la « journée de solidarité ». Le Syndicat des transporteurs de marchandises de la région Nord et la Fédération nationale des transporteurs routiers ont demandé au juge des référés du Conseil d'État de suspendre l'exécution de l'arrêté litigieux, en contestant l'obligation pour les entreprises non couvertes par un accord de faire du lundi 5 juin 2006 leur journée de solidarité, sans que leurs chauffeurs soient autorisés à circuler ce jour.

Le juge des référés a tout d'abord estimé que l'existence de dispositions réglementant le droit du travail ne privait pas les ministres de l'intérieur et de l'équipement de la possibilité d'exercer le pouvoir de réglementation de la circulation sur le réseau routier que leur confie, en vue d'assurer la sécurité des transports



terrestres, le code de la route, et plus spécialement l'article R. 411-18 de ce code. Constatant ensuite que le lundi de Pentecôte avait toute probabilité d'être un jour de forte circulation de voitures automobiles, avec des enfants à leur bord, dès lors que de nombreuses entreprises avaient choisi de lui conserver son caractère de jour chômé en désignant un autre jour de l'année au titre de la journée de solidarité et que les établissements publics d'enseignement seraient tous fermés ce jour-là, le juge des référés a jugé, par son ordonnance *Syndicat des transporteurs de marchandises de la région Nord* rendue le 2 juin 2006, que les raisons avancées par les ministres pour expliquer l'interdiction de circulation aux poids lourds étaient suffisamment solides pour justifier un rejet de la requête.

Procédure contentieuse (hors référé)

Par une décision *M. Louis* adoptée le 28 septembre 2005 en sous-sections réunies, le Conseil d'État avait jugé que, lorsque des dispositions législatives ou réglementaires organisent une procédure obligatoire de recours administratif préalable à la saisine d'une juridiction, le respect de cette procédure s'impose à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux, et ce même dans le cas où les dispositions régissant la procédure de recours administratif préalable, dans l'énumération qu'elles donnent des personnes susceptibles de le former, auraient omis de faire figurer toute autre personne justifiant d'un intérêt suffisant pour l'exercer. La section du contentieux, dans sa décision du 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin*, a cantonné cette jurisprudence au seul contentieux des décisions administratives des ordres professionnels. Ainsi, une procédure de recours administratif préalable, en l'espèce celle prévue devant la Commission nationale d'équipement commercial, n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice. Seul fait donc exception à cette règle le cas où, en raison tant des missions conférées à un ordre professionnel qu'à son organisation à l'échelon local et au plan national, les dispositions législatives ou réglementaires prévoient un recours administratif préalable obligatoire devant les instances ordinaires : ces dispositions doivent alors être interprétées comme s'imposant à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux.

Par sa décision du 7 avril 2006, *Centre hospitalier régional de Nice*, la section du contentieux a jugé que lorsqu'un requérant obtient du juge des référés qu'une expertise soit prescrite, il peut demander à bénéficier des dispositions de l'article L. 8-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, reprises à l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces dispositions permettent l'indemnisation, par la partie perdante, des frais exposés et non compris dans les dépens, engagés lors d'une instance par la partie ayant obtenu gain de cause. Un référé expertise constitue bien une instance au sens de ces articles. La section a précisé la notion de partie perdante : l'indemnisation est due alors même que le défendeur indique ne pas s'opposer à l'expertise demandée, et même si le juge n'a pas fait droit à d'autres conclusions du demandeur tendant à l'octroi d'une provision.



Par une décision du 5 mai 2006 (*M^{me} Bisson*), la section du contentieux a rappelé que, depuis le décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, les actions indemnitaires dont les conclusions n'ont pas donné lieu à une évaluation chiffrée dans la requête introductive d'instance devant le tribunal administratif ne peuvent être regardées comme tendant au versement d'une somme supérieure à 8 000 euros. Elles entrent dès lors dans le champ des dispositions du 7° de l'article R. 222-13 et du deuxième alinéa de l'article R. 811-1 du code de justice administrative et sont en conséquence jugées par un juge unique devant le tribunal administratif, le jugement rendu par ce dernier n'étant susceptible que d'un recours en cassation. Le Conseil d'État introduit toutefois une importante exception à cette règle, en indiquant que ces dispositions ne sauraient trouver application lorsque le requérant, dans sa requête introductive d'instance, a expressément demandé qu'une expertise soit ordonnée afin de déterminer l'étendue de son préjudice, en se réservant de fixer le montant de sa demande au vu du rapport de l'expert. Le jugement rendu sur une telle requête, qui doit l'être par une formation collégiale devant le tribunal administratif, est susceptible d'appel quel que soit tant le montant de la provision que le demandeur a, le cas échéant, sollicitée dans sa requête introductive d'instance, que celui de l'indemnité qu'il a chiffrée à l'issue de l'expertise.

S'agissant toujours de l'article R. 811-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret du 24 juin 2003, qui a supprimé, dans un certain nombre de litiges, la possibilité de faire appel des jugements rendus par les tribunaux administratifs, la seule voie de recours étant, dans cette hypothèse, le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, la question s'est posée de savoir quel sort réserver à une requête dirigée contre un tel jugement, introduite en toute connaissance de cause devant une cour administrative d'appel, et contestant par la voie de l'exception la suppression de l'appel dans la matière concernée. La section du contentieux a jugé que, quelle que soit la raison pour laquelle un requérant croit bon de saisir une cour administrative d'appel incompétente, et sans qu'aient d'incidence sur ce point les mentions portées sur la lettre de notification du jugement rendu en dernier ressort, celle-ci doit renvoyer l'affaire au Conseil d'État en application de l'article R. 351-2 du code de justice administrative, sauf irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance ou non-lieu à statuer (18 juillet 2006, *Société Darty Alsace-Lorraine*).

Par une décision du 18 juillet 2006 (*M^{me} Elissondo Labat*), la section du contentieux a élargi les pouvoirs du juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, en jugeant que ce dernier peut, pour prévenir ou faire cesser un dommage dont l'imputabilité à des travaux publics ou à un ouvrage public ne se heurte à aucune contestation sérieuse, enjoindre au responsable de ce dommage de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou mettre un terme aux dangers immédiats présentés par l'état de l'immeuble. Elle a notamment considéré que la circonstance que le responsable du dommage, saisi par l'intéressé d'une demande tendant à la réalisation de certaines mesures, l'ait rejetée par une décision expresse ou implicite n'était pas à elle seule de nature à faire obstacle à la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 521-3.

Par exception au principe selon lequel le rejet d'une requête tendant à l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statueant



en référé a normalement pour effet que cet acte trouve ou retrouve application dès le prononcé de cette décision juridictionnelle, la section du contentieux a jugé, par sa décision *SA Techna et autres* du 27 octobre 2006 que, s'il apparaîtrait que cet effet est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique, notamment dans le cas où, comme en l'espèce, la suspension a été prononcée avant tout début d'exécution d'un acte prévoyant une période transitoire dont le terme est depuis lors écoulé, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier, en prenant en compte tant les difficultés en cause que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, s'il y a lieu de décider que sa décision de rejet, en tant qu'elle met fin à la suspension précédemment prononcée, ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine.

Comme il l'avait fait précédemment pour l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État a admis l'applicabilité de l'article 6 § 3 de cette convention, qui précise le contenu des droits de la défense mentionnés à l'article 6 § 1, à la procédure suivie devant certaines autorités administratives lorsqu'elles se prononcent sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de cet article. Toutefois, dès lors qu'un recours de pleine juridiction est ouvert à l'encontre des décisions prises, la circonstance que cette procédure ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de cet article n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable. En l'espèce, la section du contentieux, qui était saisie de recours dirigés contre une décision de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, a jugé que si cette dernière était tenue de respecter les stipulations de l'article 6 § 3, notamment celles garantissant l'égalité des droits en matière d'audition de témoins et la possibilité d'être assisté gratuitement par un interprète lors de l'audience, en revanche, la possibilité d'obtenir gratuitement l'assistance d'un avocat relève des modalités particulières propres à l'exercice de procédures juridictionnelles. Par suite, sa méconnaissance ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une décision d'un organisme administratif (27 octobre 2006, *M. Parent et autres*).

Dans la lignée de sa décision *Société KPMG et autres* du 24 mars 2006, qui a consacré en droit français le principe de sécurité juridique, le Conseil d'État s'est interrogé sur la portée de l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'édicter les mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle. Était en cause, dans l'affaire qui a donné lieu à la décision du 13 décembre 2006, *M^{me} Lacroix*, une décision de radiation de la liste professionnelle des commissaires aux comptes. La requérante contestait notamment la légalité de cette décision au regard d'un décret qui, intervenu au cours de l'examen de sa situation par le Haut Conseil du commissariat aux comptes, avait modifié les règles de fond et de procédure applicables sans prévoir de mesures transitoires. La section du contentieux a jugé que les règles de fond issues du décret attaqué, compte tenu de leur date d'adoption, qui laissait aux personnes intéressées un temps suffisant pour s'acquitter de leurs obligations, n'appelaient pas de mesures transitoires. Elle en a jugé de même en ce qui concerne la nouvelle règle de procédure édictée par le décret, qui prévoyait la possibilité d'auditionner l'intéressé avant toute décision. Toutefois, cette règle ayant vocation à s'appliquer immédiatement par la reprise des procédures en cours, il appartenait au Haut



Conseil de s'y conformer. Constatant que tel n'avait pas été le cas, le Conseil d'État a annulé la décision attaquée.

Radiodiffusion sonore et télévision

Saisie de la légalité du décret n° 2001-609 du 9 juillet 2001 pris pour l'application du 3° de l'article 27 et de l'article 71 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et relatif à la contribution des éditeurs de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, la section du contentieux a, par une décision du 1^{er} février 2006 (*Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*), estimé qu'aucune de ces dispositions ne pose des règles incompatibles avec le droit communautaire.

Elle a considéré que si les dispositions de l'article 5 de la directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989, dite « Télévision sans frontières », modifiée par la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 fixent un objectif de soutien à la production d'œuvres européennes émanant de « producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle », elles ne procèdent pas à la définition de cette dernière notion, laissant ainsi au pouvoir réglementaire la latitude de définir la notion de production indépendante notamment par des critères relatifs aux liens capitalistiques et commerciaux entre le producteur de l'œuvre et le seul éditeur de services intéressé, alors même que la plus grande part des dépenses des éditeurs de services de télévision est réalisée auprès de producteurs dont le capital est indépendant de tout éditeur de services.

Responsabilité

L'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante prévoit la possibilité pour la juridiction des mineurs de confier la garde d'un mineur à une personne qui peut être privée ou publique. Par sa décision du 1^{er} février 2006, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ MAIF*, la section du contentieux a étendu aux agissements des mineurs délinquants le régime de responsabilité sans faute du gardien, public ou privé, précédemment dégagé, s'agissant des mineurs placés par mesure d'assistance éducative, par sa décision du 11 février 2005, *GIE Axa Courtagé*. Elle a toutefois précisé que ce régime de responsabilité ne fait pas obstacle à ce que soit également recherchée devant la juridiction administrative la responsabilité de l'État en raison du risque spécial créé pour les tiers du fait de la mise en œuvre d'une des mesures de liberté surveillée prévue par l'ordonnance du 2 février 1945.

Travail

Un avenant du 13 juillet 2004 à la convention collective des hôtels, cafés et restaurants avait fixé la durée hebdomadaire de travail équivalente à la durée légale à 39 heures pour toutes les entreprises, à l'exception de celles qui, ayant à la date de l'accord une durée collective de 37 heures, restent soumises à cette durée. Un syndicat non signataire de cet avenant a demandé au Conseil d'État



de prononcer l'annulation de l'arrêté ministériel du 30 décembre 2004 décidant son extension à l'ensemble des entreprises du secteur et du décret du même jour validant le régime d'équivalence à la durée légale du travail ainsi institué. Par sa décision *Fédération des services CFDT et autres* rendue le 18 octobre 2006, le Conseil d'État a fait droit à ces requêtes. Il a tout d'abord rappelé les termes de l'article L. 212-4 du code du travail, selon lesquels un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, ou à défaut un décret en Conseil d'État, peut instituer une durée équivalente à la durée légale, mais seulement « dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction ». Le Conseil d'État a ensuite constaté que le décret attaqué avait méconnu ces dispositions, dès lors qu'il avait entendu soumettre au même régime d'équivalence non pas les seuls emplois ou professions comportant des périodes d'inaction, mais l'ensemble des salariés du secteur de l'hôtellerie-restauration, sans distinction. Après avoir annulé le décret du 30 décembre 2004 pour ce motif, le Conseil d'État a statué sur la requête tendant à l'annulation de l'arrêté d'extension du même jour. À cet égard, il a tout d'abord relevé que si, en application de l'article L. 133-8 du code du travail, le ministre chargé du travail peut décider de rendre une convention de branche ou un accord professionnel obligatoire pour l'ensemble des salariés et employeurs concernés, il ne peut procéder à cette extension que sous réserve, s'agissant des clauses relatives à l'institution d'un régime d'équivalence, de l'intervention du décret prévu à l'article L. 212-4 précité du même code. Or, dès lors qu'il était fait droit, par ailleurs, à la requête de la Fédération des services CFDT tendant à l'annulation du décret du 30 décembre 2004, ce dernier était réputé n'être jamais intervenu. Par voie de conséquence, l'arrêté attaqué se trouvait entaché d'illégalité, et devait donc être annulé en tant qu'il étendait le régime d'équivalence prévu par l'accord du 13 juillet 2004.

Les représentants du personnel bénéficient d'une protection exceptionnelle en cas de licenciement, qui se manifeste principalement par l'obligation pour l'employeur d'obtenir une autorisation administrative préalable. À l'effet de concourir à la mise en œuvre de cette protection, l'article R. 436-4 du code du travail prévoit que l'inspecteur du travail, saisi d'une demande de licenciement pour faute, procède à une enquête contradictoire. Par une décision du 24 novembre 2006 (*M^{me} Rodriguez*), la section du contentieux a jugé que le caractère contradictoire de cette enquête faisait peser deux exigences sur l'inspecteur du travail. Il doit informer le salarié concerné, de façon suffisamment circonstanciée, des agissements qui lui sont reprochés et de l'identité des personnes qui s'en estiment victimes. Il lui revient en outre de mettre le salarié à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, notamment des témoignages et attestations. Toutefois, lorsque l'accès à ces témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur.

Voirie

Saisie de la légalité des décrets des 2 février, 16 février et 8 mars 2006 autorisant le transfert au secteur privé de la propriété des participations majoritaires détenues par l'État et l'établissement public « Autoroutes de France » dans le



capital des trois sociétés d'autoroute du nord et de l'est de la France (SANEF), Paris-Rhin-Rhône (APRR) et du Sud de la France (ASF), la section du contentieux a rejeté les requêtes formées par *M. Bayrou et autres* par une décision du 27 septembre 2006.

À cette occasion, la section a écarté le moyen, articulé pour la première fois au contentieux, tiré du caractère fictif ou transparent d'un établissement public, décisif pour déterminer le sens de la solution, dès lors qu'une requalification des parts détenues par l'établissement aurait commandé la compétence du législateur pour autoriser la privatisation.

Sa décision apporte en outre des précisions sur l'interprétation du 9^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, lequel 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 ». La section a en effet jugé que la notion de monopole de fait doit elle aussi s'apprécier à l'échelon national et fait sienne la position du Conseil constitutionnel sur les possibilités de privatisation des « services publics nationaux » : la privatisation des « services publics constitutionnels », dont l'existence résulte du texte même de la Constitution, est interdite, tandis que la privatisation des activités désignées comme telles par le législateur est possible moyennant une intervention préalable du Parlement leur retirant cette qualité.



Bureau d'aide juridictionnelle

En 2006, le bureau a enregistré 3 478 affaires contre 4 251 en 2005, soit une diminution de 773 dossiers (18,8 %). Cette diminution a, pour l'essentiel, concerné les demandes relatives aux décisions de la commission des recours des réfugiés (757 contre 1 681 en 2005) et les demandes concernant les procédures de référé (522 contre 655 en 2005).

En revanche, il convient de mentionner une augmentation du nombre des demandes relatives à des jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux administratifs (492 contre 465 en 2005) et du nombre des demandes présentées pour former un pourvoi en cassation contre des arrêts rendus par les cours administratives d'appel (882 contre 737 en 2005).

Le nombre d'affaires réglées a été de 3 771, soit très légèrement supérieur à celui de 2005 : 3 705

Le bureau a tenu 21 séances au cours desquelles 990 affaires ont été examinées contre 915 en 2005.

Par ailleurs, 2 784 dossiers ont été traités par ordonnance contre 2 693 en 2005.

Le taux d'admission a connu une diminution sensible (358 contre 431 en 2005), soit -16,9 %, imputable au nombre de demandes concernant des pourvois (ou d'éventuels pourvois) en cassation, alors que les demandeurs ne font pas la différence avec l'appel.

Enfin, au 31 décembre 2006, le nombre de dossiers en stock s'élevait à 815 dont 276 concernaient des demandes relatives au statut de réfugié, soit une diminution de 26,4 % par rapport au stock de 2005 (1 108).



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle

	2003	2004	2005	2006
Affaires traitées	3 143	3 965	3 705	3 771
Aides accordées	445	464	431	358
Rejets	2 698	3 501	3 167	3 407

Tableau 2

Répartition des dossiers par nature de contentieux

	Affaires enregistrées	Affaires régées	Admissions	Rejets	Renvois
Asile politique	757	1 242	20	1 222	-
Reconduite à la frontière	532	451	27	424	-
Pensions militaires	147	140	135	5	-
CAA	882	768	54	712	2
TA (cassation)	492	408	40	364	4
Tribunal des conflits	1	7	5	2	-
Référés	522	573	32	541	-
Divers	145	182	45	137	-
Total	3 478	3 771	358	3 407	6

Tableau 3

Évolution du stock au 31 décembre

Le stock au 31 décembre 2006 s'établit à 815 dossiers dont 276 dossiers de demandeurs d'asile politique.

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



Activité consultative

Les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative le sont sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes. Ils ne préjugent pas les solutions qui pourraient être retenues par le juge administratif.

Les textes qui suivent se bornent à les reproduire ou à en retracer le contenu.



Assemblée générale

L'Assemblée générale, présidée par le Vice-président du Conseil d'État, examine la plupart des projets de loi et d'ordonnance ainsi que les autres affaires (projets de décret ou demandes d'avis) dont l'importance le requiert. L'analyse de l'ensemble de ces projets, à l'exclusion de ceux dont il est rendu compte ci-dessous, est présentée dans le compte-rendu d'activité des sections administratives.

En 2006, l'Assemblée générale a tenu 47 séances, dont 19 plénières, soit un peu plus qu'au cours des années précédentes – 44 séances tenues en 2005, dont 12 séances plénières, 43 séances tenues en 2004, dont 18 séances plénières, et 44 séances tenues en 2003, dont 17 séances plénières.

Elle a examiné 49 projets de loi, dont un projet de loi constitutionnelle et quatre projets de loi organique, 21 projets d'ordonnance et cinq projets de décret, soit au total 75 textes, nombre sensiblement inférieur à celui constaté au titre des années précédentes (123 textes en 2005, 188 en 2004 et 139 en 2003). Cette diminution significative s'explique principalement, d'une part, par le fait que le Conseil d'État n'a été saisi que de 21 projets d'ordonnance, contre 74 en 2005, et, d'autre part, par la deuxième année d'application du décret du 21 décembre 2004 permettant de dispenser certains types de textes ne soulevant pas de difficulté juridique d'un passage en Assemblée générale. Ainsi, seuls cinq projets de loi autorisant la ratification de conventions internationales ont fait l'objet d'un renvoi devant l'Assemblée générale, contre 51 en 2004.

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

Comme ses prédécesseurs, M. Dominique de Villepin, Premier ministre, est venu présider, le 29 juin 2006, l'assemblée générale plénière du Conseil d'État pour y prononcer une allocution, à laquelle le Vice-président a répondu.

En cas d'extrême urgence, certaines affaires sont soumises à la Commission permanente dont l'examen se substitue alors à la fois à celui de la section compétente et à celui de l'Assemblée générale. En 2006, la Commission permanente ne s'est réunie seulement à deux reprises.



Éléments d'analyse

Au-delà du bilan quantitatif, l'examen des travaux de l'Assemblée générale fait apparaître qu'elle a été saisie en 2006 d'un nombre élevé de textes importants par leur portée juridique ou leur contenu, parmi lesquels il convient de citer un projet de loi constitutionnelle complétant l'article 77 de la Constitution, relatif à la définition du corps électoral restreint appelé à désigner les membres du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, quatre projets de loi organique concernant respectivement l'élection du Président de la République, les dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, le Conseil constitutionnel, la formation et la responsabilité des magistrats, et divers projets de loi dont ceux relatifs à l'égalité des chances, aux organismes génétiquement modifiés, à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, à l'immigration et à l'intégration, à la protection de l'enfance, à la protection juridique des majeurs, à la modernisation de la fonction publique, à la fonction publique territoriale, à l'adaptation du secteur de l'énergie, à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, au développement de la participation et de l'actionnariat salarié, à la prévention de la délinquance, à la simplification du droit, à la formation et à la responsabilité des magistrats, au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale, à la modernisation du dialogue social, aux consommateurs, au renforcement de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux.

On notera, dans cette production législative abondante, le nombre et l'importance des textes intervenant en matière de justice.

Les principaux projets d'ordonnance ont concerné les codes : code général de la propriété des personnes publiques, code du sport, code rural (dispositions relatives aux céréales et au statut du fermage), code de justice militaire et code de la défense, code de l'organisation judiciaire, code de commerce (dispositions relatives aux tribunaux de commerce).

L'Assemblée générale a examiné également les réponses à plusieurs demandes d'avis importantes, parmi lesquelles l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France, l'élargissement de l'assiette des cotisations patronales à l'ensemble de la valeur ajoutée des entreprises, la procédure disciplinaire applicable aux magistrats.

Elle a été saisie en outre de trois projets d'étude élaborés par la section du rapport et des études, l'une relative à l'inventaire méthodique du droit de la communication, l'autre à une politique juridique des activités spatiales, la troisième à une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national.

S'agissant du projet de loi constitutionnelle, qui vise à permettre la mise en œuvre des accords de Nouméa du 5 mai 1998 mais n'a pas été définitivement voté au cours de l'année 2006, le Conseil d'État a constaté qu'il établissait, pour l'élection des membres du Congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, une nouvelle définition du corps électoral, qui se substituerait à celle, ainsi implicitement abrogée, contenue dans les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. Il a estimé, en conséquence, qu'il conviendrait, en vue de garantir la sécurité juridique, de modifier les articles



concernés de la loi organique, mais qu'il était délicat, au regard de l'objectif et du statut de la norme constitutionnelle, de procéder à cette modification par la voie de la révision constitutionnelle. Il a, par suite, supprimé la référence aux deux articles concernés de la loi organique qui figurait dans le projet de loi de révision constitutionnelle.

S'agissant du projet de loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, dont il a été saisi en même temps que du projet de loi portant le même nom, le Conseil d'État a estimé que l'article 74 de la Constitution, en vertu duquel certaines collectivités d'outre-mer (Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon) disposent d'un statut défini par la loi organique qui fixe les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables et les compétences de ces collectivités, constitue un fondement suffisant pour leur conférer un pouvoir d'adaptation des lois et règlements applicables de plein droit sur leur territoire. Dans le même esprit, il a admis que la loi organique peut attribuer à la collectivité de Saint-Martin, en matière d'urbanisme et d'environnement, un pouvoir permanent d'adaptation aux caractéristiques et contraintes particulières de cette collectivité des lois et règlements qui y sont applicables de plein droit. En revanche, il résulte des dispositions de l'article 74 de la Constitution, lesquelles renvoient au quatrième alinéa de l'article 73, que la loi organique ne peut, contrairement à ce que prévoyait le projet du Gouvernement, doter la nouvelle collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de compétences en matière pénale. Toutefois, le Conseil d'État a admis que les autorités de cette collectivité puissent, selon les prescriptions de la loi organique, participer, sous l'autorité de l'État, à l'exercice des compétences de celui-ci en matière de droit pénal aux fins – et aux seules fins – de répression des infractions aux règles que cette collectivité sera appelée à fixer en application des compétences propres qui lui seront reconnues. Le Conseil d'État a en outre disjoint les dispositions du projet instituant un contrôle juridictionnel spécifique des actes du conseil général de Saint-Barthélemy, estimant qu'il n'existait pas un motif suffisant pour ne pas appliquer à ces actes administratifs le régime de contrôle juridictionnel de droit commun.

S'agissant du projet de loi organique relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats, qui, dans son article 4, qualifiait de faute disciplinaire la « violation délibérée des principes directeurs de la procédure civile ou pénale », le Conseil d'État a estimé que cette disposition introduisait un risque de confusion entre l'office des juges d'appel et de cassation et celui du juge disciplinaire. L'appréciation du comportement professionnel ne serait en effet pas dissociable de celle du bien-fondé des recours portés, dans la même affaire, devant le juge d'appel ou de cassation. En l'absence de précisions appropriées sur les conditions dans lesquelles l'activité juridictionnelle d'un magistrat pourrait donner lieu à la constatation d'une faute disciplinaire, une telle disposition serait de nature à porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire. Le Conseil a en conséquence disjoint cette disposition du projet.

Les autres textes examinés par l'Assemblée générale ont donné lieu notamment, comme les années précédentes, à des observations concernant la simplification du droit, la répartition des compétences entre la loi et le règlement et le respect de l'ordonnancement juridique, l'articulation des normes entre l'échelon national et l'échelon communautaire. Plusieurs avis et observations méritent ainsi une mention particulière.



L'Assemblée générale a souligné l'impact limité et les conséquences parfois contradictoires de la politique de simplification du droit et des textes pris pour son application.

Saisie du troisième projet de loi de simplification du droit et de plusieurs ordonnances ou décrets pris au titre des deux lois précédentes, elle a approuvé cette démarche, mais a constaté que les ambitions de ces textes demeuraient modestes : il s'agit souvent de catalogues inapplicables. Il a également été observé que ces lois ont eu des résultats ambigus ou contrastés. Les simplifications administratives pour les usagers ne vont pas forcément de pair avec la simplification du droit, laquelle est d'ailleurs difficile à mener à bien dans une société toujours plus complexe. À titre d'exemple, les allègements de procédure, au demeurant opportuns, opérés en 2006 au profit des personnes sollicitant des permis de construire ont pour contrepartie un surcroît de détail des services qui en contrôlent l'application.

L'Assemblée générale, tout en souscrivant à l'effort entrepris, dans le prolongement des ordonnances du 1er juillet 2004 et du 30 juin 2005, pour simplifier la composition et le fonctionnement des commissions administratives et réduire le nombre de celles à caractère consultatif a quant au reste estimé qu'il était peu opportun de fixer la durée maximale de l'existence légale d'une commission à cinq ans dès lors que le maintien, s'il était nécessaire, d'une commission au-delà de cette durée impliquait que celle-ci soit à nouveau créée selon une procédure inutilement lourde.

S'agissant des procédures consultatives, l'Assemblée générale a, à plusieurs reprises, rappelé qu'il était tout à la fois trop souvent recouru à des consultations inutiles, et trop souvent manqué à des consultations prescrites.

Un dispositif de déconcentration des décisions administratives individuelles, posant le principe que, sauf dérogation donnée en Conseil des ministres, ces actes étaient pris à l'échelon local, a été institué en 1997 dans le cadre des travaux de réforme de l'État. Si ses objectifs ne sont pas critiquables dans leur principe, force est de constater qu'il n'est guère de séance au cours de laquelle les sections administratives n'aient été confrontées aux difficultés qu'il soulève.

Pour ce qui est de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, le Conseil d'État, à l'occasion de l'examen de deux projets d'ordonnance portant refonte du code de l'organisation judiciaire, et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale, a disjoint du projet de code de l'organisation judiciaire (partie législative) des dispositions qui, bien qu'issues pour la plupart de textes de forme législative, ne sont pas au nombre des règles constitutives d'un ordre de juridiction et ne relèvent pas en conséquence du domaine de la loi. Tel est le cas des dispositions relatives au nombre, au siège et au ressort territorial des juridictions, des dispositions ayant pour objet l'organisation interne des juridictions (dispositions relatives aux greffes et à l'organisation du parquet), de celles relatives à l'ouverture de l'appel. Pour ce qui concerne la définition des compétences matérielles des juridictions, le Conseil d'État a relevé qu'elle ne présentait pas en principe, dans les domaines autres que pénal, le caractère de règle constitutive d'un ordre de juridiction. En revanche, il a admis que les dispositions fixant les compétences de droit commun des juridictions avaient un caractère législatif.



S'agissant de la composition et du fonctionnement des juridictions, le Conseil d'État estime que relèvent de la compétence du législateur les principes relatifs à la composition des formations de jugement, comme la présence d'un président et de plusieurs assesseurs, la définition des catégories de membres composant la juridiction (magistrats ou juges non professionnels), leur mode de désignation (nomination ou élection), la durée de fonction des personnes appelées à siéger, dès lors que cette durée est une garantie de capacité et d'indépendance. L'institution d'une dérogation au principe de la collégialité relève aussi du législateur lorsque le juge unique dispose d'une compétence ou de pouvoirs qui diffèrent de ceux de la formation collégiale. En revanche, le pouvoir réglementaire est compétent pour déterminer, notamment, les règles et la durée d'affectation des magistrats aux diverses formations du tribunal, la présidence de la formation de jugement et sa suppléance, le nombre des membres des formations de jugement, les différentes formations dans lesquelles la juridiction peut statuer et les modalités de renvoi d'une affaire d'une formation à une autre.

Dans l'avis donné sur l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France, le Conseil d'État a précisé que si les lois du 3 janvier 2003 et 9 août 2004 ont fait perdre au service public confié à Gaz de France l'essentiel des éléments caractérisant un service public national, certaines missions, confiées au seul opérateur Gaz de France, notamment en ce qui concerne la fourniture du gaz à certains clients, sont de nature à maintenir à cette entreprise le caractère d'un service public par détermination de la loi. Dès lors, il a été précisé que, si le Gouvernement entendait mettre fin à l'obligation pour l'État de détenir une participation majoritaire dans le capital de Gaz de France, il lui appartenait de saisir dans le même temps le Parlement d'un projet de loi ayant pour objet, d'une part, de transposer la directive du 26 juin 2003 afin, comme elle le prévoit, d'ouvrir à la concurrence l'activité de fourniture de gaz à ces clients, d'autre part, de préciser les obligations de service public s'imposant à tous les opérateurs gaziers au titre de la péréquation des coûts de distribution¹.

Dans le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié, le Conseil d'État a rappelé que, dès lors que le régime d'une aide d'État était entièrement défini dans le texte législatif, sa notification à la Commission européenne devait intervenir au stade de l'examen de ce projet et en temps utile afin que la Commission ait pu se prononcer sur la compatibilité de ce régime avec le traité avant l'examen du projet par le Conseil d'État, sans attendre l'intervention du décret auquel il renvoie. Il en va ainsi alors même que la publication du décret est nécessaire pour permettre la mise en œuvre effective de la loi. Au cours de l'examen du même projet, l'Assemblée générale a rappelé que si les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant la mise en œuvre d'une loi, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, c'est à la condition que cette habilitation ne porte que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu et que cette compétence soit exercée sous le contrôle de l'autorité ministérielle. Le Conseil d'État a modifié en

1 - Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.



conséquence les dispositions du projet de loi en confiant au ministre chargé de l'économie et non à un comité de normalisation le pouvoir d'homologuer les codes de bonne conduite.

L'Assemblée générale, enfin, a eu à se prononcer sur plusieurs questions importantes concernant le respect des règles et principes à valeur constitutionnelle.

C'est ainsi que dans l'avis rendu « sur l'élargissement de l'assiette des cotisations patronales de sécurité sociale à la valeur ajoutée des entreprises », le Conseil d'État a estimé qu'une cotisation assise sur la valeur ajoutée des entreprises, ou une assiette proche, alors même que son produit serait affecté au financement de la protection sociale, aurait le caractère d'une imposition de toute nature au sens de l'article 34 de la Constitution et non d'une cotisation sociale, dès lors que l'assujettissement d'une entreprise à un tel prélèvement, eu égard à son assiette, n'ouvrirait, par lui-même, aucun droit individuel au versement de prestations ou avantages de sécurité sociale. En revanche, une modulation des cotisations en fonction de la valeur ajoutée resterait sans incidence sur leur caractère de cotisations sociales, dès lors qu'elle n'affecterait pas le lien existant entre l'obligation de cotiser et les droits individuels au versement de prestations et d'avantages. Le Conseil a émis l'avis, également, que le remplacement partiel des cotisations employeurs de sécurité sociale par une imposition reposant sur la valeur ajoutée des entreprises ou sur une assiette proche, de même qu'une modulation des cotisations employeurs en fonction de la valeur ajoutée, n'apparaissent pas contraires aux libertés fondamentales protégées par le traité instituant la Communauté européenne. L'Assemblée générale, enfin, a estimé que les taxes et cotisations de sécurité sociale n'entraient pas dans le champ d'application des stipulations de l'article 87 du traité qui concernent les aides d'État, à moins qu'elles ne fassent partie intégrante d'une mesure d'aide dont elles constituent le mode de financement.

Dans l'avis concernant la constitutionnalité de stipulations reconnaissant, dans la partie d'un ouvrage transfrontalier situé en France ou à proximité immédiate de celle-ci, un pouvoir d'interpellation à des autorités étrangères agissant seules, le Conseil d'État a estimé qu'un acte de police, dès lors qu'il implique l'usage de la contrainte et qu'il est susceptible de conduire à une privation de liberté, ressortit à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale, lequel n'appartient qu'à l'État. Un acte de police ne peut donc, en principe, être exécuté que par une autorité publique française ou sous son contrôle ; et le pouvoir d'interpeller et de verbaliser une personne à la suite d'une infraction commise et constatée sur le territoire français ne peut être accordé à un agent relevant d'une autorité étrangère. S'agissant d'infractions aux règles de circulation commises et constatées dans la partie de l'ouvrage transfrontalier relevant de la souveraineté de l'État limitrophe, et que les agents de cet État ne peuvent verbaliser sur leur territoire national en raison des contraintes afférentes à la nature de l'ouvrage, le Conseil a admis toutefois qu'il pouvait être apporté des aménagements aux principes précédemment énoncés dans la mesure où l'exercice du pouvoir d'interpeller et de verbaliser accordé à des autorités étrangères agissant seules était strictement encadré et faisait l'objet de réciprocité en faveur des agents français.

De même, dans le projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable dans la mesure où l'une des clauses du code mondial antidopage



dont la convention faisait application, établissait une compétence exclusive au bénéfice du tribunal arbitral du sport dans les cas de dopage impliquant des sportifs français de niveau international engagés, sur le territoire français, dans des compétitions sportives de niveau national, régional ou départemental. L'attribution d'une telle compétence porterait en effet atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où elle conduirait à soumettre au contrôle d'une autorité internationale, de surcroît non établie par un accord intergouvernemental, les décisions d'autorités nationales investies par la loi de prérogatives de puissance publique, qu'il s'agisse des instances disciplinaires des fédérations sportives ou de l'Agence française de lutte contre le dopage.

Enfin, dans le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord d'entraide judiciaire en matière pénale entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire de Chine, le Conseil d'État a formulé une observation de même nature que celle faite en 2005 à l'occasion de l'examen d'un projet de coopération entre les deux pays en matière de sécurité intérieure. Constatant que la législation en vigueur en République populaire de Chine ne présentait pas aujourd'hui de garantie suffisante au regard du niveau de protection offert par le droit français, il en a déduit que le transfert de données personnelles vers cet État ne pouvait intervenir que dans les conditions prévues par l'article 69 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, c'est-à-dire par décret en Conseil d'État après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, sous réserve que le traitement garantisse un niveau suffisant de protection de la vie privée ainsi que des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment en raison des clauses contractuelles ou règles internes dont il fait l'objet. Il s'ensuit que la ratification, après autorisation parlementaire, de l'accord entre les deux pays, ne saurait avoir pour effet de dispenser les autorités françaises, chargées de transférer des données contenues dans des traitements automatisés de données à caractère personnel gérés par les autorités judiciaires vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne, des obligations de vérification qui leur incombent à l'occasion de chaque demande de transfert.



Statistiques

Nombre de réunions tenues en 2006

Assemblée générale ordinaire	28
Assemblée générale plénière	19
Commission permanente	2

Répartition des affaires examinées par l'Assemblée générale

Projets de loi	49
dont lois constitutionnelles	1
dont lois organiques	4
Projets d'ordonnance	21
Projets de décret réglementaire	5
Demandes d'avis	7
Projets de rapport et d'étude	4
Total	86 (*)

(*) Deuxième 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 2005, première année d'application du décret, 130 textes ont été examinés, contre 195 en 2004).



Section de l'intérieur

Au cours de l'année 2006, la section de l'intérieur a examiné 30 projets de loi, dont 2 projets de loi constitutionnelle et 4 projets de loi organique ainsi que 9 projets d'ordonnance. Elle a également examiné 189 projets de décret réglementaire.

Elle a répondu à 6 demandes d'avis et s'est prononcée sur 167 projets de décret individuel, dont 116 relatifs à la création ou à la modification de statuts de fondations ou à la reconnaissance d'utilité publique d'associations.

Cette activité témoigne d'un certain tassement par rapport à l'année 2005, qui avait été marquée par un surcroît de textes soumis à la section. Pour autant, elle se situe à un niveau nettement supérieur, hors affaires courantes, par rapport aux cinq années passées, notamment pour ce qui est des projets de loi (abstraction faite des projets de ratification d'ordonnances, moins significatifs), dont le nombre moyen examiné est de l'ordre d'une quinzaine par an (contre 21 en 2006) et pour ce qui est des projets de décret réglementaire, où la moyenne sur cinq ans, de l'ordre de 160, est loin du plafond atteint en 2005 (190) et pratiquement atteint à nouveau en 2006 (189).

Les textes soumis à la section ont couvert une très grande variété de domaines : statut des magistrats, organisation judiciaire, sécurité et prévention de la délinquance, adaptation de la législation française au statut de la Cour pénale internationale, immigration et intégration, régime des collectivités d'outre-mer...

Parmi les textes examinés, une mention particulière peut être faite de trois projets majeurs relatifs au droit civil, qui prolongent l'effort très significatif de réforme du code civil déjà signalé en 2005 : la refonte du droit de la protection des majeurs, celle du droit des sûretés et celle de la saisie immobilière. Ces projets procèdent à des réformes d'envergure remettant à plat et modernisant les dispositifs en cause. Il s'agit en outre de textes d'une portée pratique considérable : le premier pour répondre aux besoins des familles confrontées au handicap ou au vieillissement ; les deux autres pour assurer le développement du crédit.

Il y a lieu de signaler aussi la contribution de la section au processus de codification : partie législative du code des sports, réécriture de la partie législative du code de l'organisation judiciaire et partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

À l'occasion de l'examen de ces textes, la Conseil d'État a été amenée à répondre aux principales questions de principe ou d'interprétation qui sont présentées ci-après.



Principes constitutionnels, libertés publiques, régime des personnes

Indépendance de l'autorité judiciaire

- Saisi d'un projet de loi organique relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, le Conseil d'État lui a donné un avis favorable sous réserve de la disjonction des dispositions qui tendaient à compléter l'article 43 de ce statut, lequel énonce en termes généraux les devoirs professionnels des magistrats dont la violation constitue pour ces derniers une faute disciplinaire. Le Conseil d'État a relevé que rien ne s'opposait à ce que cet article 43 soit complété pour en préciser les termes, notamment pour faire mieux apparaître l'étendue de ces devoirs.

Outre les observations figurant dans le bilan de l'Assemblée générale, le Conseil d'État a également relevé que si le Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire et le Conseil d'État statuant au contentieux avaient déjà admis que pouvaient être de nature à justifier une sanction disciplinaire les manquements graves et réitérés aux devoirs de son état que constituaient les violations par un magistrat des règles de compétence et de saisine de sa juridiction, c'était après avoir constaté que les faits ainsi reprochés avaient été établis dans des décisions juridictionnelles devenues définitives.

- À l'occasion de l'examen du projet de loi ordinaire modifiant la loi du 3 janvier 1993 instituant un médiateur, le Conseil d'État a écarté les dispositions qui permettaient au Médiateur de la République de caractériser de fautes disciplinaires des faits reprochés à un magistrat dans une réclamation. Le Conseil d'État a estimé qu'en tout état de cause, pareille compétence aurait relevé d'une loi organique, dont le Gouvernement n'entendait pas le saisir.

- À l'occasion du projet de loi relatif à l'immigration et à l'intégration, le Conseil d'État a disjoint les dispositions qui rendaient suspensif l'appel formé, sur le fondement des articles L. 222-6 et L. 551-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, par le ministère public contre la décision du juge des libertés et de la détention mettant fin à un maintien en zone d'attente ou en rétention administrative. Le Conseil a estimé que cette procédure, qui conduisait à ce que l'appel formé par le parquet fasse automatiquement obstacle à l'exécution d'une décision de mise en liberté prise par un magistrat du siège et, inversant la procédure, imposait à l'étranger de prendre l'initiative de justifier de nouveau qu'il doit être mis en liberté, était contraire aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, alors même que le juge d'appel peut également décider de mettre fin à l'effet suspensif de l'appel. Le Conseil a constaté au surplus que ces modifications auraient constitué une réponse inadéquate à une difficulté qui tient non au caractère inadapté de la procédure d'appel actuellement en vigueur mais à son insuffisante utilisation par les parquets.



Liberté d'association

Saisi d'un projet de décret pris pour l'application de l'article 18 de la loi n° 2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations, relatif au registre des associations du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, le Conseil d'État a disjoint la disposition prévoyant que sont radiées du registre des associations institué par le code civil local les associations dont le tribunal d'instance constate qu'elles ont cessé toute activité et ne possèdent plus de direction depuis plus de cinq ans. Il a estimé que la disposition législative servant de fondement au projet portait tant au principe constitutionnel de liberté d'association qu'au droit énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une atteinte qui n'est pas justifiée par les motifs qui la fondent. Cette atteinte est apparue résulter de ce que, si la radiation du registre d'une association inscrite ne prive pas celle-ci de toute existence dans la mesure où elle subsiste en tant qu'association non inscrite, elle la prive en revanche de la capacité juridique et du droit de détenir un patrimoine, ce qui entraîne la dévolution de celui-ci et le cas échéant la liquidation de l'association. Il est apparu également que le motif de la radiation n'était pas de nature à justifier l'atteinte au principe constitutionnel dès lors qu'il ne se rattachait pas aux nécessités de l'ordre public, mais relevait seulement d'un souci de bonne administration. Il n'entraînait pas davantage dans les prévisions de l'article 11 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui n'admet que les restrictions ou limitations à la liberté d'association « *nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et de la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* » et proportionnées à leur objet. Le Conseil d'État a estimé que, dans la mesure même où les associations que la loi prévoyait de radier n'avaient ni activité ni direction, leur maintien au registre ne mettait en cause aucun des intérêts publics ou privés, ainsi énumérés.

Régime des personnes

- À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au contrôle de la validité des mariages et de la régularité des actes de l'état civil, le Conseil d'État a rappelé la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage à laquelle il pourrait être porté atteinte si le défaut de transcription sur les registres de l'état civil français des mariages célébrés à l'étranger privait ces derniers de tout effet. Par ailleurs, il a souligné la disproportion de la sanction de nullité du mariage envisagée, eu égard aux conséquences importantes de celle-ci qui anéantit rétroactivement toute communauté matrimoniale entre les époux, par rapport aux règles de forme qui n'auraient pas été respectées par les conjoints.
- À l'occasion de l'examen de projet de loi sur la protection juridique des majeurs, le Conseil d'État a relevé les lacunes du texte sur la protection des personnes vulnérables, dans les procédures pénales. Il a ainsi souligné que l'une des innovations essentielles du projet de loi était la prise en compte de la protection de la personne même du majeur protégé, ce qui impliquait notamment, de mieux garantir ses droits processuels. Or il a constaté que si, s'agissant des procédures civiles, il y avait lieu de renvoyer au décret d'application le soin de



compléter en ce sens le nouveau code de procédure civile, la matière étant d'ordre réglementaire, en revanche, le projet de loi ne comportait aucune disposition en matière de procédure pénale alors que celle-ci relève du domaine législatif.

Police judiciaire

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, le Conseil d'État a tout d'abord rappelé que « *l'opération de police judiciaire* » que constitue la constatation des infractions pénales ne pouvait, en principe, être réalisée que par des agents publics investis des prérogatives de puissance publique qu'implique l'exercice au nom de l'État et sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire, de cette mission de souveraineté et que ce principe ne pouvait trouver exception que dans les cas où est en cause une législation pénale particulière.

Le Conseil d'État n'a pu ainsi donner son accord aux dispositions du projet qui donnaient compétence à certains des agents appartenant aux services internes de sécurité de la SNCF et de la RATP pour constater directement, dès lors qu'elles sont commises dans les véhicules de l'entreprise ou dans l'enceinte réservée aux voyageurs, certaines infractions de droit commun, notamment des délits punis de dix ans d'emprisonnement.

Le Conseil d'État a certes relevé que les agents de la SNCF et de la RATP peuvent, en vertu de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, exercer certaines fonctions de police judiciaire aux seules fins de constater les infractions mentionnées à l'article 23 de ladite loi. Mais il a estimé qu'en élargissant cette compétence à des délits de droit commun à la condition que ceux-ci soient commis dans les véhicules ou le domaine de l'entreprise, le projet de loi portait au principe ci-dessus rappelé une atteinte que ne saurait justifier aucune exigence constitutionnelle, d'autant que l'article 73 du code de procédure pénale relatif à la flagrance autorise ces agents, comme toute personne, à appréhender l'auteur d'un crime ou délit de droit commun puni d'une peine d'emprisonnement et à le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche.

Traitements automatisés et protection des personnes

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 portant création du système de traitement des infractions constatées dénommé « STIC » et d'un projet de décret portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé « JUDEX », le Conseil d'État a émis les principales observations suivantes :

1° Il a estimé souhaitable que les victimes d'infractions soient informées par le service responsable du traitement que des données à caractère personnel les concernant font l'objet d'un enregistrement. D'une part, il observe que le II de l'article 21 de la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure institue à leur bénéfice une garantie en leur reconnaissant la capacité de s'opposer à ce que les informations correspondantes soient conservées alors que l'auteur des faits a été définitivement condamné. Une telle information lui est apparue de nature à mieux assurer l'exercice de ce droit.



D'autre part, et de manière générale, compte tenu du très grand nombre des personnes ainsi visées, des recoupements multiples que permet le fichier, ainsi que de la longueur et des aléas des procédures judiciaires, le Conseil d'État a considéré que le respect de la vie privée et des autres droits et libertés des victimes recommandait que celles-ci soient explicitement et clairement avisées par le responsable du traitement de leur inscription dans le fichier.

2° Il a estimé nécessaire que les données à caractère personnel soient transmises au procureur de la République lorsqu'elles sont enregistrées sans que cette information soit subordonnée à la transmission des actes de la procédure. Une telle obligation du service responsable du traitement lui a paru procéder directement du III de l'article 21 de la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, aux termes duquel « *Le traitement des informations nominatives est opéré sous le contrôle du procureur de la République* », disposition que, par sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel a rangée au nombre des garanties qui sont « *de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* ».

3° Eu égard aux obligations qui incombent au procureur de la République en matière d'effacement, de complément ou de rectification des données, et au vu des retards constatés dans la mise en œuvre de l'accès indirect et, le cas échéant, direct des personnes mises en cause aux informations les concernant, le Conseil d'État a estimé souhaitable que, faute de réponse à leurs demandes en ce sens au terme d'un délai de six mois, le procureur général puisse être saisi par elles afin d'être en mesure de faire valoir la nécessité d'y donner une suite, compte tenu de la gravité des conséquences qui peuvent s'attacher, notamment en matière d'enquêtes administratives, à la persistance dans le fichier de données inexactes, incomplètes ou périmées.

4° Le Conseil d'État a relevé que les décisions judiciaires de réhabilitation acquises sur demande en vertu des articles 782 et suivants du code de procédure pénale sont de nature à revêtir une grande importance pour l'appréciation des conséquences à tirer des faits consignés dans le fichier, notamment dans le cadre d'enquêtes administratives. Il a par suite estimé souhaitable que le procureur de la République compétent transmette d'office et sans délai les informations correspondantes au responsable du traitement auquel il revient d'en assurer l'enregistrement au fichier.

5° Les articles 21 et 25 de la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure ont renvoyé au décret en Conseil d'État les modalités de l'habilitation des personnels de la police nationale, de la gendarmerie nationale et, le cas échéant, des douanes qui peuvent accéder au fichier, soit dans l'exercice de leurs missions de police judiciaire, soit pour les besoins d'enquêtes administratives. Le Conseil d'État a considéré que la possibilité pour tout agent de ces services de donner habilitation à un subordonné au seul titre de l'autorité hiérarchique qu'il exerce, revenait, en méconnaissance de la prescription du législateur, eu égard au caractère général à tout échelon de responsabilité de l'exercice de cette autorité, à ne prévoir aucune spécification des personnels susceptibles d'accéder aux informations du fichier en fonction de leur rang et de leur responsabilité. Le Conseil d'État a donc estimé nécessaire de préciser que les personnels des services dont il s'agit devaient être habilités par les directeurs généraux de ces services ou par des responsables



placés sous l'autorité de ceux-ci et ayant reçu délégation à cette fin, appartenant à la catégorie A de la fonction publique ou ayant le rang d'officier.

6° S'agissant des autres personnels de l'État investis de missions de police judiciaire, le Conseil d'État a également considéré que les modalités d'habilitation qu'en vertu de la loi, le texte soumis à son examen devait fixer, impliquaient que soient spécifiées une ou plusieurs autorités responsables de cette habilitation. Il a ainsi précisé que cette habilitation devait incomber au procureur de la République territorialement compétent, s'agissant de recherches relatives à des infractions et compte tenu de la mission générale de contrôle conférée par la loi à ce magistrat.

7° Le Conseil d'État a estimé utile d'introduire dans le texte du décret soumis à son examen la précision selon laquelle les consultations faites par les personnes accédant au fichier doivent faire l'objet d'un enregistrement comprenant l'identifiant du consultant, la date et l'heure de la consultation ainsi que sa nature judiciaire ou administrative. Il a considéré en effet qu'il s'agissait là d'une garantie essentielle permettant de s'assurer que les consultations ont été opérées conformément aux modalités et aux finalités légalement exigibles.

8° L'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que peuvent être communiquées à celui qui les demande les données le concernant contenues dans le fichier lorsque la Commission nationale de l'informatique et des libertés constate, en accord avec le responsable du traitement, que cette communication ne met pas en cause les finalités du fichier, la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique. Le Conseil d'État a donc estimé que l'accord conjoint de ces autorités devait être regardé comme suffisant, sans qu'il y ait lieu d'exiger au surplus l'accord du procureur de la République s'agissant des procédures judiciairement closes.

Droit de réponse

Saisi d'un projet de décret pris pour l'application du IV de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne, le Conseil d'État a estimé que les dispositions de cet article, qui précisent que les conditions d'insertion de la réponse sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, impliquent, compte tenu de la particularité des services de communication au public en ligne, que la réponse demeure accessible pendant une période aussi longue que celle pendant laquelle le message qui la fonde est ou a été mis à la disposition du public. Il a également estimé que les mêmes dispositions, qui indiquent que le droit de réponse s'exerce « sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message » adressées au service, n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer un droit particulier d'obtenir la correction ou la suppression d'un message. Un tel droit, dans la mesure où il viendrait limiter la liberté d'expression et de communication, touche en effet à une garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques et son régime juridique relève de la loi. Le Conseil d'État a donc disjoint les dispositions du projet de décret relatives à ce point.



Collectivités territoriales

Transfert de compétences et de services

À l'occasion de l'examen du projet de loi sur la protection des majeurs, le Conseil d'État s'est interrogé sur la question de savoir si les charges induites pour les départements par les mesures nouvelles d'accompagnement social personnalisé procédaient à une extension de compétence ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses de ces collectivités territoriales au sens de l'article 72-2 de la Constitution et, par suite, de nécessiter un article de compensation financière dans le projet de loi. Le Conseil d'État a répondu par la négative : s'il y a accroissement des charges, c'est à périmètre constant, les mesures en cause entrant pleinement dans le champ de l'action sociale de la compétence des départements.

Fonction publique territoriale

- Saisi du projet de loi portant réforme du statut de la fonction publique territoriale, le Conseil d'État s'est préoccupé d'éviter l'alourdissement des structures de gestion et l'enchevêtrement des missions. Il a ainsi estimé que s'il était souhaitable que les employeurs publics territoriaux et les organismes chargés de la formation ou de la gestion des agents territoriaux soient périodiquement réunis à l'échelon régional pour se concerter sur la conduite de la politique de l'emploi public territorial, il n'était pas nécessaire pour atteindre cet objectif de créer une nouvelle institution, comme le faisait le projet de loi, en instaurant des comités régionaux pour l'emploi public territorial ; il leur a donc substitué une conférence régionale ou interrégionale réunie au moins une fois par an à l'initiative du centre de gestion coordonnateur créé par la loi.

Par ailleurs, le Conseil d'État a estimé ne pas pouvoir donner son aval aux dispositions du projet de loi procédant à un nouvel abaissement des seuils à partir duquel les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent créer des emplois fonctionnels de direction. Il a relevé que la précédente mesure d'abaissement du seuil remontant à moins de cinq ans n'avait pas fait l'objet d'une évaluation, et que l'abaissement proposé entraînerait le doublement du nombre d'emplois fonctionnels susceptibles d'être créés au risque d'une certaine politisation de la fonction publique territoriale.

- Dans le cadre de l'examen de plusieurs projets de décret destinés en particulier à améliorer la carrière des fonctionnaires territoriaux, le Conseil d'État a eu à analyser les conditions de classement dans les différents cadres d'emplois des agents recrutés après un passé professionnel, soit en France comme agent non titulaire de droit public ou comme salarié de droit privé, soit à l'étranger comme agent relevant d'un service public comparable à un service public français.

Le Conseil d'État a déjà relevé que les projets de décret imposaient, pour les ressortissants communautaires recrutés dans la fonction publique après un temps de service dans le service public dans leur pays et un temps de service public en France, une option entre soit le bénéfice des dispositions spécifiques de classement de ces ressortissants, prévues par le décret n° 2003-763 du 21 juillet 2003



et relatives au temps de service public dans leur pays d'origine, soit le bénéfice des dispositions de droit commun prévues pour les ressortissants français pour le temps de service accompli en France. Le Conseil d'État a estimé que cette exigence d'option soulevait des questions de conformité au droit communautaire relatif à la libre circulation des travailleurs en Europe qui impose de traiter le ressortissant européen qui a accompli un temps de service public dans son pays comme s'il avait accompli ce temps de service public dans le pays d'accueil, dans l'objectif d'assurer une continuité des carrières.

Le Conseil d'État a relevé ensuite que même si le principe d'égalité entre agents d'un même corps n'est pas susceptible d'être invoqué à l'occasion des reclassements en cause, il apparaissait que la combinaison des dispositions du décret n° 2003-673 du 22 juillet 2003 précité et de celles introduites dans les différents projets de décret qui lui étaient soumis pourrait conduire à des discriminations à rebours au détriment des personnes ayant accompli en France la totalité de leurs services antérieurs et qui représentent la majorité des nouveaux attachés territoriaux intégrés dans ce cadre d'emplois.

Le Conseil d'État a estimé qu'il y avait dès lors lieu pour le Gouvernement de se saisir de cette question du classement. Ce réexamen pourrait être l'occasion de revoir un régime d'ensemble complexe, dans l'objectif général de mieux prendre en compte le passé professionnel des agents qui entrent dans la fonction publique et de faciliter la mobilité entre les secteurs d'activité du pays.

Pouvoirs publics

Autorités administratives indépendantes

Lors de l'examen du projet de décret portant organisation et fonctionnement de l'Agence française de lutte contre le dopage, le Conseil d'État a de nouveau souligné l'inconvénient de conférer la personnalité morale à de telles autorités, notamment du fait de la confusion qui en résulte nécessairement quant aux différentes catégories de personnes morales de droit public. Il a relevé que, même si le pouvoir législatif avait pris pour certaines autres une position différente, il y avait lieu d'éviter que le régime institué en faveur de cette activité ne s'apparente à celui d'un établissement public. Le projet qui lui était soumis prévoyait que les délibérations du collège de l'Agence française de lutte contre le dopage relatives au budget annuel de l'agence et à ses modifications en cours d'année, au compte financier et à l'affectation des résultats ainsi qu'aux modalités de rémunération des préleveurs et des experts auxquels l'agence fait appel devaient être transmises aux ministres chargés des sports et du budget et ne devenaient exécutoires qu'en l'absence d'opposition de l'un ou de l'autre dans un délai de quinze jours après réception. Le Conseil d'État n'a pu émettre un avis favorable au dispositif proposé. L'organisation d'une sorte de tutelle voisine de celle exercée sur les établissements publics lui est apparue incompatible avec le statut d'autorité publique indépendante. Il lui a substitué la faculté pour les ministres intéressés de demander une seconde délibération, cette procédure étant de



nature à concilier les exigences d'une bonne gestion et le respect de l'indépendance de l'agence dans la mise en œuvre des responsabilités qu'elle tient de la loi du 5 avril 2006.

Établissements publics

- À l'occasion de l'examen d'un projet de décret modifiant le statut du CNRS, le Conseil d'État s'est prononcé sur la question d'une éventuelle délégation de ses pouvoirs par le président d'un établissement chargé de l'exécutif de celui-ci au bénéfice du directeur général. Le texte d'espèce prévoyait que le président pouvait déléguer une partie de ses pouvoirs au directeur général. Le Conseil d'État a disjoint cette disposition trop générale. Il a relevé qu'une délégation de pouvoirs transfère la compétence d'une autorité administrative à une autre et dessaisit le délégué tant que la délégation reste en vigueur et qu'un tel dessaisissement pouvait être inopportun au regard de la responsabilité de la politique générale de l'établissement confiée au président et de l'atteinte à la clarté de la répartition des règles de compétence en résultant.
- À l'occasion du projet de décret créant le Centre national de développement du sport, établissement public à caractère administratif ayant pour mission de contribuer au développement du sport par l'attribution de concours financiers, le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur les conditions dans lesquelles le préfet pouvait être institué délégué d'un tel établissement public et sur les conséquences à en tirer quant aux modalités d'attribution des concours financiers. Le Conseil d'État a admis que le préfet puisse se voir confier les fonctions de représentation d'un établissement public, dès lors qu'il s'agit d'un établissement public administratif. Le Conseil d'État a repris en ce sens la position retenue à propos de l'Agence nationale de rénovation urbaine écartant une telle possibilité du fait que cet établissement public avait un caractère industriel et commercial.

Toutefois, le Conseil d'État n'a pas cru devoir accepter le dispositif de co-présidence prévu dans le projet de décret pour les commissions régionales, départementales et territoriales chargées notamment d'émettre un avis à l'intention des délégués régionaux, départementaux et territoriaux de l'établissement sur l'attribution des subventions au niveau local. D'une part, il est apparu que le principe de la coprésidence d'organismes collégiaux est à proscrire dans toute la mesure du possible, pour des raisons évidentes d'efficacité et de clarté de la définition des responsabilités. D'autre part, en l'espèce, il a été considéré que ces commissions ne sauraient être présidées en commun par le préfet et par le président du comité régional, départemental ou territorial olympique et sportif français, lequel représente au niveau local le mouvement sportif, destinataire des subventions attribuées, et est déjà largement représenté au sein de ces commissions.

Codification

À l'occasion de l'examen des deux projets de décrets relatifs à la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le Conseil d'État a rappelé le principe selon lequel est seule compétente pour codifier une norme l'autorité qui a compétence pour l'édicter. Il a néanmoins admis



qu'il ne serait guère satisfaisant que, faute de codification des conventions internationales qui règlent le sort de nombreux résidents étrangers, le code en examen risque d'être privé d'une bonne partie de son utilité. Le Conseil d'État s'est donc prononcé, dans un souci d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, en faveur d'une rédaction qui, sans reproduire les stipulations de ces conventions, en mentionne l'existence et en précise les références.

Outre-mer

Lors de l'examen du projet d'ordonnance portant actualisation et adaptation du droit applicable en matière de sécurité civile en Polynésie française, le Conseil d'État a estimé que si l'article 74 de la Constitution réserve au législateur organique le soin de définir les compétences des collectivités régies par cet article ainsi que les conditions dans lesquelles leurs institutions sont consultées sur certains projets de texte comportant des dispositions particulières à ces collectivités, ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce qu'une loi ne revêtant pas le caractère de loi organique confère à ces institutions des compétences consultatives supplémentaires aux fins de les associer à la mise en œuvre de compétences relevant de l'État.

Établissements d'utilité publique

- Le Conseil d'État s'est prononcé sur les conséquences du nouveau régime d'acceptation des dons et legs par les associations, fondations et congrégations, issu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005 qui met fin au régime d'autorisation administrative préalable des libéralités consenties à ces établissements pour lui substituer un régime déclaratif assorti d'un pouvoir d'opposition de l'autorité administrative. Il a relevé, pour ce qui est des fondations, que les décrets portant reconnaissance d'utilité publique postérieurs au 1^{er} janvier 2006 ne devaient plus autoriser le président à accepter, au nom de la fondation, les libéralités destinées à constituer la dotation. Mais, soulignant que les décrets en cause devaient toutefois identifier la dotation initiale et les donateurs, qui ont le plus souvent la qualité de fondateurs, il a estimé qu'il y avait lieu d'adopter une rédaction précisant les éléments constitutifs de la dotation.
- Le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles les fondations pourraient déroger à la règle de non-consommation de la dotation. Il a rappelé qu'une fondation reconnue d'utilité publique ne peut être autorisée, en principe, à consommer tout ou partie de sa dotation et que s'il avait été admis, pour les seules fondations constituées en matière de recherche et associant des fonds privés et des fonds publics issus d'un compte d'affectation spéciale du Trésor, que la dotation était en partie consommable et pouvait donc se réduire au fur et à mesure de son utilisation, c'était en raison de l'importance significative du capital dédié au départ (plusieurs millions d'euros) et à la condition que les sta-



tuts limitent la part consommable à un montant ou une proportion permettant à la fondation de bénéficier d'une dotation pérenne supérieure au montant requis pour autoriser la constitution d'une fondation reconnue d'utilité publique.

- Le Conseil d'État a émis un avis défavorable à ce que les statuts d'une fondation puissent être modifiés pour permettre qu'une part de la dotation devienne consommable. Il a relevé qu'il résultait de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat que les biens constituant la dotation d'une fondation sont affectés de manière irrévocable à la réalisation de l'objet de celle-ci par l'acte reconnaissant son caractère d'utilité publique, même dans le cas où l'acte en cause a autorisé son versement en plusieurs fractions, en application de l'article 18-1 de la même loi. Il en a déduit qu'une modification statutaire donnant, postérieurement à l'acte reconnaissant le caractère d'utilité publique à une fondation, un caractère en tout ou partie consommable à la dotation prévue dans les statuts approuvés par cet acte était contraire au principe d'irrévocabilité.
- Le Conseil d'État a estimé que les statuts d'une fondation reconnue d'utilité publique peuvent prévoir que, lors de la disparition des fondateurs ou de la cessation de leurs fonctions, ceux-ci soient remplacés par la désignation de membres nouveaux des autres collèges du conseil d'administration, sans que ces nouveaux membres doivent faire l'objet de conditions de désignation particulières ni que puisse y faire obstacle la circonstance que la part du collège ainsi augmenté dépasse alors le tiers du conseil d'administration. Rien ne s'oppose à ce que, à terme, le collège des fondateurs disparaisse ainsi au profit d'une augmentation des autres collèges.

Compétence

Compétence législative

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), créée initialement par le décret n° 84-72 du 30 janvier 1984, le Conseil d'État a estimé que le cas très particulier de cette commission pouvait justifier que les règles la régissant soient déterminées par la loi et non par le règlement, comme il est de règle pour les commissions consultatives. Le Conseil d'État a considéré qu'il existait en l'espèce une combinaison d'éléments légitimant l'intervention du législateur : la compétence très générale de la Commission dans un domaine situé au cœur de la garantie des libertés publiques, le pouvoir d'autosaisine de la Commission, qui compense le caractère facultatif de sa consultation, enfin l'autorité morale qui s'attache à la résolution n° 48/134 de l'assemblée générale de l'ONU, adoptée le 20 décembre 1993 à l'initiative de la France, et dont l'annexe définit des principes dits « de Paris », parmi lesquels l'énoncé dans un texte de valeur au moins législative de l'existence et des compétences des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme.



Le Conseil d'État s'est attaché à renforcer l'association du Parlement aux travaux de la CNCDH, qui lui destinera ses avis, comme elle le fait déjà au Gouvernement, ainsi qu'à préciser les règles régissant sa composition.

Compétence réglementaire

Dans le cadre de l'examen du projet de refonte de la partie législative du code de l'organisation judiciaire, le Conseil d'État a relevé que le projet comportait de nombreuses dispositions qui n'étaient pas au nombre des règles constitutives d'un ordre de juridiction et ne relevaient dès lors pas, bien que la plupart soient issues de textes en forme législative, du domaine de la loi. Afin d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, le Conseil d'État a renvoyé à la future partie réglementaire du code des dispositions relatives au nombre, au siège et au ressort territorial des juridictions ; à l'organisation interne des juridictions pour ce qui est des greffes ou de l'organisation du parquet ; à la définition des compétences matérielles des juridictions, dans des domaines autres que pénal ; à l'ouverture de l'appel ; aux compétences particulières attribuées au tribunal d'instance ; à la détermination s'agissant de la composition et du fonctionnement des juridictions, – dont les principes relèvent de la compétence du législateur – des règles et de la durée d'affectation des magistrats aux diverses formations du tribunal ou du nombre des membres des formations de jugement ou encore des modalités de renvoi d'une affaire d'une formation à une autre composition.

Compétence consultative

À l'occasion de l'examen du projet de décret portant création de l'arrondissement du bassin d'Arcachon, le Conseil d'État a estimé qu'en vertu des articles 4 et 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982, la création d'un arrondissement par décret en Conseil d'État exigeait la consultation du comité technique paritaire départemental des services de la préfecture, dès lors qu'elle affectait l'organisation de ces services, nonobstant la déconnexion entre le niveau de l'acte en cause et celui de la consultation, et alors même que certaines incidences de la création de l'arrondissement (par exemple s'agissant du fonctionnement des services déconcentrés des ministères) dépassaient le champ de compétence de ce comité technique paritaire.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2006, la section de l'intérieur a tenu 84 séances.

Pendant cette période, la section a examiné 396 textes, dont 27 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2002	2003	2004	2005	2006
Lois	15	20	22	37	30
Ordonnances	4	6	16	27	9
Décrets article 37 et autres	180	144	175	190	189
Décrets individuels, arrêtés et décisions	179	163	191	171	167
Avis	14	14	7	10	6
Total	392	347	411	435	401

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2006

	Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Projet de lois	30	-	8	13	9

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Avis	Total
Premier ministre	1	0	4	0	1	6
Culture communication	3	0	20	2	0	25
Outre-mer	5	3	6	0	0	14
Éducation-jeunesse	1	0	27	5	0	33
Intérieur	6	0	83	160	2	251
Justice	13	5	36	0	1	55
Sports	1	1	11	0	0	13
Autres ministères	0	0	2	0	2	4
Total	30	9	189	167	6	401



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2006
Administration départementale et communale	12
Associations et fondations (sauf dons et legs)	116
Communication-Culture	22
Congrégations et Cultes (sauf dons et legs)	28
Déclarations d'utilité publique	2
Dons et legs	20
Droit administratif et constitutionnel	9
Droit civil et procédure civile	13
Droit commercial	7
Droit pénal et procédure pénale	4
Élections	4
Enseignement	23
Fonction publique territoriale	32
Organisation administrative	17
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	32
Outre-mer	16
Police	26
Sports	13
Divers	5
Total	401



Section des finances

La section des finances s'est réunie à 114 reprises. La tendance à l'augmentation de l'activité, déjà constatée les années précédentes, s'est poursuivie en 2006. Elle a examiné trois projets de loi de finances, 45 autres projets de loi (dont 35 projets autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales), 5 projets d'ordonnance et 7 projets de loi du pays. La section a également examiné 333 projets de décret réglementaire.

Elle a enfin répondu à 6 demandes d'avis du Gouvernement et examiné 35 demandes de remise de débet.

Elle a eu à délibérer de projets réalisant d'importantes réformes (comme le projet de loi en faveur des consommateurs ou le projet de décret réformant les modalités de déduction de la TVA).

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

Actes

Actes à caractère de décision

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la sécurité des activités d'« importance vitale » au sens des articles L. 1332-1 du code de la défense, le Conseil d'État a considéré que les directives nationales de sécurité mentionnées dans le projet n'ont pas d'effet juridique à l'égard des opérateurs d'importance vitale. Ceux-ci ne peuvent, le cas échéant, contester que le plan type du plan de sécurité d'opérateurs d'importance vitale applicable au secteur d'activités d'importance vitale dont ils relèvent.

Codification

La subdivision en titres, chapitres, sections, et autres sous-intitulés du code général des impôts et de ses annexes étant traditionnellement opérée par un décret simple de codification pris en application de la loi du 1^{er} mars 1951, le Conseil d'État a choisi de ne pas les modifier par décret en Conseil d'État, dans la mesure où ces subdivisions ne relèveraient plus, dans ces conditions, de la compétence du décret simple.



S'agissant du code général de la propriété des personnes publiques, le Conseil d'État a estimé qu'il y avait lieu, dans l'ordonnance de codification de procéder à l'abrogation de l'article L. 93 du code du domaine de l'État sans pour autant que cette disposition soit reprise dans l'ordonnance ou dans le code général de la propriété des personnes publiques. Cet article, qui autorisait le Gouvernement à incorporer chaque année dans le code du domaine de l'État, par voie de décret en Conseil d'État, les textes législatifs et réglementaires qui modifient ou complètent ce code, n'est pas compatible avec les principes qui doivent désormais guider la codification du droit. Il appartient en effet au législateur et au pouvoir réglementaire de procéder directement, chacun dans son domaine, à l'intégration des dispositions qu'ils édictent dans le code général de la propriété des personnes publiques lorsque celles-ci concernent une matière traitée par le code.

Enfin, le Conseil d'État a estimé que la mention d'un article en D dans un décret en Conseil d'État, qui intègre dans un code des dispositions nouvelles en R et D, signifiait que cet article relevait du décret simple sans qu'il fût nécessaire de préciser qu'il pourrait être ultérieurement modifié par la voie d'un décret simple.

Transposition d'une directive communautaire

À l'occasion de l'examen du projet de loi en faveur des consommateurs, le Conseil d'État, tout en reconnaissant le caractère prioritaire des transpositions des directives, a estimé qu'une transposition qui superpose le texte de la directive transposée et le droit national sans assurer la cohérence de ces dispositions ne constituait pas une bonne méthode d'insertion des normes communautaires dans l'ordre juridique interne.

Impôts, taxes et redevances

Prélèvement exceptionnel

À propos d'un projet d'article ayant pour objet de prévoir le versement au budget général en 2007, par la Caisse des dépôts et consignations, d'un tiers de la plus-value constatée à l'occasion de la cession de ses participations dans la Caisse nationale des caisses d'épargne, le Conseil d'État a estimé que ce prélèvement exceptionnel présentait le caractère d'une imposition de toute nature. Il en a déduit que, d'une part, ce prélèvement était au nombre des dispositions susceptibles de figurer dans une loi de finances, et d'autre part, que celui-ci pouvait être réalisé sans qu'il soit besoin de recueillir l'avis préalable de la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations.

Le Conseil d'État a relevé à cet égard que ce prélèvement exceptionnel se distinguait du versement annuel opéré par la Caisse des dépôts et consignations au budget de l'État en vertu de l'article L. 518-16 du code monétaire et financier, qui impose de recueillir l'avis préalable de la commission de surveillance pour déterminer la fraction du résultat net consolidé que la Caisse des dépôts et consignations verse chaque année au budget général.



Extension de la valeur ajoutée de l'assiette des cotisations

À l'occasion de l'examen d'une demande d'avis du Gouvernement sur les questions juridiques soulevées par un éventuel élargissement de l'assiette des cotisations patronales de sécurité sociale, notamment au regard des évolutions possibles de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil d'État a rappelé les règles et principes de valeur constitutionnelle qui s'imposeraient à un tel dispositif dans des termes qui sont évoqués au bilan d'activité de l'Assemblée générale.

Règles d'assiette, de taux et de recouvrement

L'article L. 44 du code des postes et des communications électroniques prévoit que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) attribue « aux opérateurs qui le demandent, des préfixes et des numéros ou blocs de numéros, moyennant une redevance fixée par décret en Conseil d'État, destinée à couvrir les coûts de gestion du plan de numérotation téléphonique et le contrôle de son utilisation. »

Comme en 2005, le Conseil d'État a été conduit à préciser les conditions de mise en place des nouvelles règles ou procédures prévues ou impliquées par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

À supposer que cette redevance relève actuellement de la catégorie des rémunérations de service rendu par l'État au sens de l'article 4 de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF), une mesure consistant à supprimer dans l'article L. 44 précité toute référence aux coûts de gestion et de contrôle du plan de numérotation et à y introduire un critère de tarification tiré de « la nécessité d'assurer une utilisation optimale de cette ressource » aurait pour effet de donner un caractère fiscal à ce prélèvement et, de ce fait, d'entacher d'incompétence négative l'article L. 44 ainsi modifié, faute pour lui d'en fixer les règles d'assiette, de taux et de recouvrement.

Redevances pour rémunération de services rendus

Les cessions des droits de reproduction ou de diffusion des ouvrages et documents prévues par le projet de décret relatif à la rémunération de certains services rendus par le ministère de l'économie et des finances peuvent être qualifiées de prestations donnant lieu à rémunération pour services rendus au sens des articles 4 et 17-III de la loi organique relative aux lois de finances alors même que l'article 3 de la même loi organique, qui énumère les ressources budgétaires de l'État, distingue notamment « les rémunérations des services rendus » et « les produits de ses autres actifs et droits de cession de son domaine ».



Dispositions budgétaires et comptables

Décrets d'application de la loi organique relative aux lois de finances

Outre une invitation générale adressée au Gouvernement par l'article 68 de la loi organique relative aux lois de finances à pourvoir en tant que de besoin à l'exécution de la loi organique par décret en Conseil d'État, disposition qui impose seulement au Gouvernement de passer par cette procédure pour adopter toutes les dispositions qu'il jugera utiles à la bonne exécution de la loi organique, celle-ci ne comporte que trois renvois explicites à des mesures d'application à prendre par décret en Conseil d'État.

L'article 17 renvoie à un tel décret le soin de définir les règles d'utilisation des crédits ouverts par voie de fonds de concours ; l'article 24 ouvre la possibilité de déroger par décret en Conseil d'État au taux plancher applicable aux intérêts des prêts et avances ; enfin l'article 28 prévoit un décret en Conseil d'État particulier pour encadrer les dispositions appelées à régir, pour la comptabilisation des recettes et des dépenses, une période complémentaire à l'année civile.

La section des finances a examiné un projet pris sur le fondement de l'article 17 et deux projets pris sur le fondement de l'article 24.

Le premier projet a été remanié afin d'intégrer l'ensemble des règles qui devront être désormais appliquées aux fonds de concours pour se conformer à la loi organique relative aux lois de finances. Le Conseil d'État a, en outre, complété le texte d'un titre II nouveau concernant les dons et legs attribués sous forme de numéraire et grevés de charges ou conditions, lesquels sont également régis par le II de l'article 17 précité de la loi organique relative aux lois de finances.

L'un des projets, pris sur le fondement de l'article 24 concernait le compte de concours financiers « Prêts à des États étrangers ». Le Conseil d'État a donné un avis favorable à la dérogation en estimant, en outre, qu'il n'était pas nécessaire de fixer un plancher aux taux d'intérêt pour les prêts servis par ce compte, en raison de la nature des prêts consentis et du caractère limitatif des crédits dont le compte est doté. L'autre projet de décret d'application de l'article 24 concernait les concours financiers relevant des comptes « Avances aux collectivités territoriales » et « Accords monétaires internationaux ».

Le Conseil d'État a estimé possible de prévoir, à titre général et permanent, que les avances consenties aux collectivités territoriales au titre des impositions leur revenant et dont l'État assure le recouvrement, imputées sur la seconde section du compte de concours financiers « Avances aux collectivités territoriales », ne sont pas assorties d'intérêts. Cette gratuité, en effet, est la contrepartie traditionnelle et justifie de l'obligation faite aux collectivités territoriales de déposer leurs disponibilités au Trésor public, actuellement énoncée à l'article 26 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

De même, le Conseil d'État a considéré que, nonobstant le caractère évaluatif conféré, par exception, aux crédits correspondant par l'article 24 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, une dérogation permanente



et sans encadrement quantitatif ou de taux pouvait être prévue pour les concours financiers du compte « Accords monétaires internationaux », lequel retrace les opérations liées à la garantie de convertibilité illimitée accordée par la France aux unions monétaires africaines de la zone franc CFA et à la République des Comores.

Ce sont, en effet, ces accords internationaux, que d'ailleurs la loi organique mentionne expressément, ou leurs conventions d'application, qui fixent les modalités de fonctionnement de la garantie de convertibilité, en particulier les taux d'intérêts applicables aux autorisations de découvert consenties dans ce cadre.

La dérogation est, en outre, justifiée par l'objet même de ces accords, qui sont un des éléments de l'aide apportée par la France aux pays d'Afrique, et par la circonstance que les concours accordés ne sont pas sans contrepartie ni moyens de contrôle pour la France, puisque les banques centrales concernées sont astreintes au dépôt d'une partie de leurs réserves de change et qu'en cas de difficultés persistantes, des mesures de redressement doivent être définies et appliquées par elle.

Unité et universalité budgétaires

Les principes d'unité et d'universalité budgétaires réaffirmés par l'article 6 de la loi organique relative aux lois de finances ne font pas obstacle, ainsi que l'indique d'ailleurs le deuxième alinéa de l'article 2 de cette même loi, à ce que des impositions de toute nature soient affectées à des tiers à raison des missions de service public qui leur sont confiées.

Saisi d'un projet d'article étendant l'assiette de la contribution de 0,4 % pesant sur les salariés versée par certaines catégories d'employeurs et destinée à financer le fonds national d'aide au logement (FNAL), le Conseil d'État, après avoir constaté que cette recette a le caractère d'une imposition de toute nature au même titre que le droit de consommation sur le tabac également affecté au FNAL, a relevé, d'une part, que ce fonds n'a pas la personnalité morale, d'autre part, que l'article R. 351-33 du code de la construction et de l'habitation s'est borné à confier la gestion du FNAL à la Caisse des dépôts « agissant pour le compte du Trésor public ». Par suite, le Conseil d'État a estimé que ce dispositif, qui fait de la Caisse des dépôts un simple mandataire agissant pour le compte et sous l'autorité de l'État, n'est pas conforme, en dépit de son ancienneté, aux principes d'unité et d'universalité, dès lors que la Caisse des dépôts ne peut être regardée comme un tiers par rapport à l'État.

Le Conseil d'État se référant à la décision du Conseil constitutionnel n° 82-140 DC du 28 juin 1982 sur la loi de finances rectificative pour 1982 (à propos du fonds de compensation géré par la Caisse centrale de réassurance), a proposé d'insérer dans le projet de loi de finances une disposition prévoyant que la gestion du FNAL est assurée par la Caisse des dépôts. Cette disposition range ainsi la gestion du FNAL parmi les missions attribuées à la Caisse. Il incombera au Gouvernement, pour parfaire le dispositif, d'abroger les mesures réglementaires conférant à la Caisse des dépôts la seule qualité de mandataire de l'État.



Comptes spéciaux

L'article 20 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) énonce que « *Il est interdit d'imputer directement à un compte spécial des dépenses résultant du paiement de traitements, salaires, indemnités et allocations diverses* ». Le Conseil d'État a estimé que cette disposition ne faisait pas obstacle à la création d'un compte de commerce ayant notamment pour objet de retracer les opérations auxquelles donnent lieu le travail en milieu pénitentiaire et, en particulier, les versements alloués aux détenus en contrepartie de leur travail.

Il résulte, d'une part, du rapprochement de l'article 20 de la loi organique relative aux lois de finances avec l'article 5 de cette même loi, qui définit ce que sont les dépenses de personnel prises en charge par le budget et, d'autre part, de l'examen des travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de l'article 20 que l'interdiction énoncée par cet article 20 ne vise que la rémunération des agents de l'État et ses accessoires.

Au surplus, les versements faits aux détenus en contrepartie de leur travail, bien qu'ils donnent lieu à cotisations sociales et au paiement de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) ne sauraient, compte tenu de leur nature particulière, être qualifiés de traitements ou salaires. Il résulte en effet du code de procédure pénale que les détenus ne sont liés à aucun employeur par un contrat de travail. Les sommes que leur verse l'administration pénitentiaire proviennent de la répartition du produit de l'activité de production pour le compte de tiers à laquelle ils contribuent.

Budgets annexes

Le Conseil d'État a estimé que rien ne s'opposait à ce que les opérations industrielles et commerciales de deux structures administratives distinctes, en l'espèce la direction des Journaux officiels et la direction de La Documentation française, soient retracées par un même budget annexe. L'article 18 de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF), relatif aux budgets annexes, ne l'envisage pas, mais ne l'interdit pas non plus. En outre, la présentation fonctionnelle des opérations budgétaires, désormais regroupées en missions et programmes, que retient la loi organique relative aux lois de finances implique la possibilité de dissocier structures administratives et structures budgétaires.

Éléments indissociables d'un dispositif financier d'ensemble

À l'instar de l'ordonnance du 2 janvier 1959, la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 prohibe « les cavaliers budgétaires », c'est-à-dire les dispositions étrangères au domaine des lois de finances. Toutefois cette prohibition n'interdit pas l'insertion dans les lois de finances de dispositions indissociables d'un dispositif financier ayant, par lui-même, sa place dans une loi de finances conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 85-201 DC du 28 décembre 1985).



Saisi d'un projet d'article supprimant le budget annexe des Monnaies et médailles et créant un établissement public à caractère industriel et commercial dénommé « La Monnaie de Paris », le Conseil d'État lui a donné un avis favorable sous réserve de la disjonction de certaines des dispositions proposées.

Il a estimé que seules peuvent trouver leur place en loi de finances comme éléments indissociables d'un dispositif financier d'ensemble les dispositions qui, corrélativement à la suppression du budget annexe et à celle de la direction des Monnaies et médailles, créent l'établissement public destiné à leur succéder, en fixent les règles constitutives et précisent les modalités de transfert des biens et droits ainsi que des personnels correspondants.

Ne peuvent être incluses, à ce titre, dans un article de loi de finances les dispositions qui ne sont pas directement liées à ce transfert et qui tendent à consolider ou à préciser le régime juridique de certains des personnels des Monnaies et médailles. Le Conseil d'État a cependant admis l'insertion d'une disposition étrangère à ce transfert, dont il a estimé qu'elle avait par elle-même une incidence budgétaire directe, dès lors que son objet était de donner un fondement légal au régime dérogatoire de pension dont bénéficient les fonctionnaires techniques des Monnaies et médailles.

Ont été également disjointes des dispositions relatives au nouvel établissement public et à son personnel lesquelles soit ne sont pas directement liées à sa mise en place, soit relèvent du pouvoir réglementaire.

Saisi d'un autre article ayant pour objet de créer un établissement public à caractère administratif dénommé « Agence nationale des titres sécurisés », d'en définir les missions et l'organisation et d'en énumérer les ressources, le Conseil d'État n'a conservé qu'une disposition affectant à cet établissement, lorsqu'il sera créé, une fraction de produit des taxes perçues en application de l'article 953 du code général des impôts (droits sur les passeports).

Il a estimé, en effet, que le nouvel établissement public créé en vue « *de développer, d'acquérir, d'exploiter et de maintenir les moyens nécessaires à la mise en œuvre de procédures sécurisées permettant la délivrance de titres réglementaires* » et qui peut être chargé de l'acheminement de certains titres, ne relève pas d'une nouvelle catégorie d'établissements publics dès lors qu'il existe déjà d'autres établissements qui ont pour objet la mise en commun des moyens des administrations. En conséquence, il n'y a pas lieu d'en fixer par la loi les règles constitutives.

Décrets d'avance

La section a examiné quatre décrets d'avance dans le cadre nouveau défini par les articles 13 et 14 de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF). Le Conseil d'État s'est assuré du respect des conditions de forme (la saisine du Conseil d'État doit être accompagnée de l'avis des commissions chargées des finances ; le texte doit procéder aux annulations de crédits ou à la constatation des recettes supplémentaires gageant les ouvertures de crédits) et de conditions de fond (le montant cumulé des crédits ouverts par décret



d'avance ne peut excéder 1 % des crédits ouverts par la loi de finances de l'année ; le montant cumulé des crédits annulés par les décrets d'avance et par les décrets de l'article 14 ne peut dépasser 1,5 % des crédits ouverts par les lois de finances afférentes à l'année en cours). Le Conseil d'État s'attache également à vérifier les deux conditions également posées par l'article 13, qui sous-tendent la procédure et qui imposent des appréciations délicates : la condition de l'équilibre budgétaire, d'une part, laquelle implique de vérifier, dans toute la mesure du possible, la réalité des gages contrebalançant les ouvertures de crédits ; la condition d'urgence, d'autre part.

À cet égard, le Conseil d'État a considéré que l'urgence est une notion objective qui doit être distinguée de l'imprévisibilité. Par suite, il faut et il suffit que le caractère indispensable et urgent de la dépense soit constaté. La circonstance que cette dépense aurait pu ou aurait dû être prise en compte dans les crédits ouverts par la loi de finances est sans influence sur le contrôle de qualification opéré par le Conseil d'État et relève d'une appréciation d'une autre nature.

Dispositions économiques et financières

Consommation

Le projet de loi en faveur des consommateurs comportant l'introduction, dans notre droit, de l'action de groupe, le Conseil d'État a été conduit à se prononcer sur la conformité à la Constitution de cette importante novation. Celle-ci n'a pas soulevé de sa part d'objection d'ordre constitutionnel. La décision juridictionnelle statuant sur cette action ne peut être assimilée à un arrêt de règlement. Cette action de groupe ne méconnaît ni l'interdiction de plaider par procureur, ni les droits de la défense.

Par ailleurs l'examen du projet de loi a conduit le Conseil d'État à préciser, en la matière, les limites entre la loi et le règlement et les conditions d'entrée en vigueur des dispositions protectrices.

Sur le premier point, le Conseil d'État a estimé que la date à laquelle doivent commencer, sauf dérogation, les soldes d'été et les soldes d'hiver sur tout le territoire national n'a pas à être mentionnée dans la loi car sa fixation relève du décret. En revanche, le caractère uniforme de cette date peut figurer dans la loi. En outre, il apparaît que le pouvoir législatif peut déléguer au pouvoir réglementaire le soin de fixer par décret la liste des clauses devant être regardées comme abusives (« clauses noires ») et des clauses présumées abusives (« clauses grises ») dès lors que la nullité de ces clauses ne peut être prononcée que par un juge.

Sur le second point, les dispositions visant à prévenir les clauses abusives en matière de restitution des avances et dépôts de garantie et en matière de délai de résiliation peuvent être applicables aux contrats en cours dès lors qu'elles sont édictées dans l'intérêt général des consommateurs.



Enfin, s'agissant de l'entrée en vigueur d'une nullité, la loi peut déclarer cette nullité applicable à des opérations réalisées postérieurement à sa publication mais en exécution de contrats conclus avant ladite publication dès lors que cette nullité est justifiée par un motif d'ordre public économique.

Secteur public

Le Conseil d'État a été appelé à éclairer le Gouvernement sur les questions de principe soulevées par l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France. Il a tout d'abord considéré que cette entreprise publique ne saurait être regardée comme exploitant un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. En effet les activités de production, de transport de gaz naturel, de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquéfié ont été exclues de la nationalisation de 1946 et sont ouvertes à d'autres opérateurs lesquels détiennent une part du marché notable. Gaz de France ne dispose pas davantage d'un monopole de la distribution sur l'ensemble du territoire national et, en outre, le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles est appelé à cesser le 1^{er} juillet 2007 au plus tard.

Pour le reste, les observations émises par le Conseil d'État sur la nature du service public conféré à GDF et sur la participation de l'État au capital de cette société figurent au bilan d'activité de l'Assemblée générale.

Banque et institutions financières

Le Conseil d'État, saisi d'un projet de décret relatif à l'Agence française de développement, laquelle a le double caractère d'institution financière spécialisée régie par le code monétaire et financier et d'établissement public industriel et commercial, a donné un avis favorable à une disposition prévoyant que, dans le cas d'opérations financières réalisées par l'agence pour le compte de l'État, ces opérations seraient effectuées «aux risques» de ce dernier. Il a toutefois relevé que cette expression, cohérente avec le rôle de mandataire joué en pareil cas par l'agence, ne saurait l'exonérer de la responsabilité des conséquences dommageables résultant de sa faute propre détachable de l'exercice de son mandat à l'occasion desdites opérations.

Assurances

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux obligations des entreprises d'assurance en matière de contrôle interne, le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur le fait que ce projet impose des obligations nouvelles aux seules entreprises d'assurance régies par le code des assurances, sans prendre de mesures analogues en ce qui concerne les mutuelles régies par le code de la mutualité et les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale, ni même annoncer de telles mesures.



Tant les soucis de sécurité dans le domaine de l'assurance et de bonne information de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, qui ont conduit à l'élaboration de ce projet de décret, que le souci de traiter également des entreprises susceptibles d'être placées en position de concurrence devraient pourtant conduire à prendre dans un délai raisonnable de telles mesures pour les mutuelles et les institutions de prévoyance, même si leurs spécificités peuvent nécessiter, le cas échéant, des adaptations.

Pôles de compétitivité

La section a été conduite à examiner un nombre élevé de projets de décret pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 et relatif à la délimitation des zones de recherche et développement de différents pôles de compétitivité. Le Conseil d'État s'est attaché, d'une part, à donner aux zonages une véritable logique territoriale, d'autre part, à écarter les projets n'incluant aucune collaboration actuelle ou prévisible entre partenaires publics et privés sur les thématiques des pôles de compétitivité. Le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité, pour les zones de recherche et de développement de regrouper, comme la loi l'impose, « l'essentiel des moyens de recherche et développement » mobilisés à l'appui des projets agréés au titre de ce pôle de compétitivité. Cela peut impliquer des modifications dans la sélection des partenaires et des projets et, en amont, dans la définition des thématiques du pôle, par rapport à ce qui était initialement envisagé.

Le Gouvernement doit ainsi veiller à ce que les périmètres des projets de zone de recherche et développement s'inscrivent dans cette logique de regroupement territorial voulu par le législateur et à ce qu'ils n'aboutissent, ni à un éclatement des zones en cause en un nombre excessif de sous-zones territorialement disjointes, ni à la définition de secteur géographique dont l'étendue serait disproportionnée au regard de la réalité des moyens de recherche et développement y figurant.

Aides d'État

À l'occasion de l'examen du projet de décret portant création d'une indemnité de fin d'activité en faveur des débitants de tabac des départements frontaliers et assimilés en France continentale, le Conseil d'État a estimé que cette aide ne devait pas être regardée comme une aide d'État au sens de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne, dès lors qu'elle était accordée en vue de la fermeture définitive d'un bureau de tabac, et qu'elle était versée après cette fermeture.



Conventions internationales

Accords susceptibles de porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale

Interrogé par le Gouvernement sur la possibilité de reconnaître un pouvoir d'interpellation à des autorités étrangères agissant seules dans la partie d'un ouvrage transfrontalier, située en France ou à proximité immédiate de celle-ci, le Conseil d'État s'est efforcé de concilier les exigences constitutionnelles qui sont impératives et les contraintes liées à la nature de l'ouvrage. La teneur de l'avis émis par le Conseil d'État est retracée au bilan d'activité de l'Assemblée générale.

L'avis émis par le Conseil d'État sur les dispositions de l'article 13.2.1 du code mondial antidopage établissant une compétence d'appel exclusive au bénéfice du tribunal arbitral du sport, dans les cas de dopage impliquant des sportifs français de niveau international engagés, sur le territoire français, dans des manifestations sportives de niveau national, régional ou départemental, est également commenté dans le bilan d'activité de l'Assemblée générale.

Accords intervenant dans une matière législative

Le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet de loi portant approbation du protocole à la convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique, fait à Göteborg le 30 novembre 1999.

Il a estimé que ce protocole intervient dans des matières de nature législative et que son approbation nécessite une autorisation parlementaire dès lors qu'il fait obligation aux États parties d'imposer aux opérateurs économiques agissant sur leur territoire des valeurs limites d'émissions de polluants, selon un calendrier de plus en plus contraignant. Ainsi, par exemple, en vertu de l'annexe VIII, des valeurs limites d'émissions de plusieurs polluants sont imposées, par étapes successives, aux constructeurs d'automobiles pour les véhicules qu'ils mettront sur le marché français au cours des prochaines années. La circonstance que des normes analogues aient été fixées par des directives communautaires (2001/80/CE et 2001/81/CE) est sans incidence sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution.

S'agissant d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord cadre entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur la coopération sanitaire transfrontalière, le Conseil d'État estime que l'accord intervenant dans une matière législative, il est nécessaire de recourir à la procédure législative d'approbation alors même que le préambule de l'accord a pris la précaution de préciser que la coopération sanitaire qu'il organise se développera « *dans le respect du droit interne et des engagements internationaux des parties* ».

Saisi par ailleurs d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République



de Bulgarie relatif à la mise à disposition d'un immeuble à des fins de coopération culturelle, le Conseil d'État a estimé que la ratification de cet accord devait être autorisée en vertu d'une loi en application des dispositions de l'article 53 de la Constitution. Il prévoit, en effet, en son article 3 la prise en charge par la France des frais de remise en état de l'immeuble et des frais d'entretien pendant toute sa période d'utilisation. Cette charge financière correspond à une somme certaine, directe et immédiate, l'accord engage donc les finances de l'État au sens de l'article 53 de la Constitution.

Accords prévoyant le transfert de données personnelles

Lorsqu'il examine des conventions ayant pour objet d'autoriser le transfert de données personnelles vers un État n'appartenant pas à la Communauté européenne – ce qui a été le cas à plusieurs reprises en 2006, le Conseil d'État est conduit à s'assurer, conformément aux dispositions de l'article 68 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié, que les législations en vigueur dans cet État présentent des garanties suffisantes au regard du niveau de protection offert par le droit français. À défaut, le transfert de données personnelles vers ces États ne demeure possible qu'en application des dispositions de l'article 69 de la même loi qui exigent que le traitement garantisse un niveau suffisant de protection de la vie privée ainsi que des libertés et droits fondamentaux des personnes, notamment en raison des clauses contractuelles ou règles internes dont il fait l'objet.

Cette position a été réitérée selon les termes décrits au bilan d'activité de l'Assemblée générale à propos du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine.

Défense

La section des finances a examiné divers projets de décrets, dont certains pris pour l'application du statut général des militaires et relatifs, d'une part, aux positions des militaires, d'autre part, aux modalités spécifiques d'intégration dans la fonction civile, et un autre encore portant partie réglementaire du code de justice militaire. Par ailleurs, le Conseil d'État a été amené à préciser, dans un avis, les conditions du dépistage de la toxicomanie au sein des armées. Il a été indiqué au Gouvernement que les risques et exigences spécifiques liés à l'exercice de la fonction militaire justifient que l'autorité militaire puisse imposer des dépistages systématiques lors des visites médicales intéressant, d'une part, l'ensemble des candidats au recrutement et, d'autre part, non seulement les militaires dont l'activité commande une surveillance renforcée en certaines circonstances, mais aussi, quelle que soit la fonction tenue, l'ensemble des militaires en cours de carrière ou de contrat.



Il a été précisé qu'un médecin des armées pouvait, d'une façon générale, participer aux dépistages requérant son concours sans méconnaître les règles de déontologie auxquelles il est soumis.

Organisation et gestion des administrations

Marchés publics

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de décret portant code des marchés publics pour la troisième fois en cinq ans. Il a relevé qu'une telle instabilité de la règle est préjudiciable à la sécurité juridique des acheteurs publics et des opérateurs économiques et qu'elle aurait pu être réduite si le Gouvernement avait attendu l'entrée en vigueur des nouvelles « directives marchés » pour procéder à une modification du code adopté en 2001.

En ce qui concerne les dispositions relatives aux marchés de services dits « non prioritaires », il a été rappelé que toute disposition générale ayant pour objet ou pour effet de dispenser de toute obligation de publicité et de mise en concurrence la passation d'une catégorie de marchés de services méconnaîtrait les principes fondamentaux de la commande publique rappelés par l'article 1^{er} du code. Cela ne fait cependant pas obstacle à ce que tel marché, compte tenu de caractéristiques qui lui sont propres, puisse être conclu sans formalités. Il a été indiqué, par ailleurs, que les contrats par lesquels une personne publique commande des prestations de service ne constituent des marchés publics soumis au code que si les cocontractants de l'administration sont, comme le précise l'article 1^{er} du code, des opérateurs économiques – ce qui, s'agissant de services non prioritaires, notamment dans le secteur social, n'est pas toujours le cas.

Propriété des personnes publiques

À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, effectué conjointement avec la section des travaux publics, lequel code n'était pas établi à droit constant et comporte de nombreuses novations, l'attention a été notamment appelée sur deux points de grande importance pour la gestion des services publics. En premier lieu, s'agissant de la délivrance des autorisations d'occupation temporaire du domaine public lorsque celles-ci permettent à leur détenteur l'exercice d'une activité économique, il a été précisé que s'il était conforme à l'intérêt d'une bonne gestion du domaine de prévoir, dans certaines hypothèses, une publicité préalable à la délivrance de ces autorisations, il n'y avait pas lieu d'édicter une règle générale qui ne répond pas à une nécessité juridique et qui au surplus, compte tenu de la diversité des occupations domaniales, risquerait de conduire à ces incohérences.

Concernant, en second lieu, le recours au contrat de crédit-bail pour la réalisation d'ouvrages sur le domaine public de l'État, le Conseil d'État a relevé que



l'évolution de l'état du droit depuis le vote de la loi du 25 juillet 1994 ne justifie plus l'exclusion du recours à ce mode de financement pour les ouvrages affectés à un service public et faisant l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service ou affectés à l'usage direct du public ainsi que pour les travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général. D'une part, les obstacles, liés au droit budgétaire et au risque d'endettement occulte des collectivités publiques, ont perdu de leur force depuis l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF). D'autre part, cette exclusion est désormais assortie d'exceptions extrêmement larges, visant les immeubles construits pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou les services du ministère de la défense ainsi que dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé. Pour redonner à la législation toute sa cohérence, et eu égard au surplus au régime dont bénéficient les collectivités territoriales, cette évolution justifierait de retenir le principe suivant lequel le recours au crédit-bail est autorisé pour financer toutes les installations, sans exception, réalisées sur le domaine public de l'État dans le cadre d'une autorisation d'occupation constitutive de droits réels.

Organisation des administrations

Examinant un projet de décret modifiant le décret n° 2000-1178 du 4 décembre 2000 portant organisation de l'administration centrale du ministère de la défense et ayant pour objet de créer une sous-direction de pilotage des programmes budgétaires relevant directement du secrétaire général pour l'administration, le Conseil d'État a considéré que cette sous-direction, quelle que soit la dénomination proposée par le ministre de la défense, devait être regardée comme un service d'administration centrale au sens de l'article 2 du décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale.

Délégation de signature

Saisi d'un projet de décret ayant pour objet de confier aux ministres auprès desquels ils sont affectés les actes de gestion courante des agents de la filière bibliothèque, qui appartiennent à des corps à vocation interministérielle relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur, le Conseil d'État a estimé qu'un ministre chargé de la tutelle d'un établissement public administratif ne pouvait déléguer sa signature aux dirigeants de cet établissement public.

Il est de la nature même des délégations de signature qu'elles ne puissent être données qu'à un subordonné direct, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de la signature d'un ministre, à un membre de son cabinet ou un fonctionnaire de son administration centrale, comme le prévoit le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement. Si les établissements publics administratifs de l'État, qui sont dotés de l'autonomie juridique et financière, sont placés sous la tutelle d'au moins un ministre, celui-ci n'exerce à l'égard de leurs dirigeants aucun pouvoir hiérarchique. Par suite, un ministre ne peut déléguer sa signature à un président ou à un directeur général d'établissement public.



Commissions administratives

Lors de l'examen du projet de décret relatif à la sécurité des activités d'importance vitale, le Conseil d'État a estimé que la décision du ministre ou du préfet portant sur la désignation d'un opérateur d'importance vitale, ne peut être liée par un avis conforme de la commission interministérielle de défense et de sécurité des secteurs d'activités d'importance vitale, dès lors que cette commission n'est constituée que de fonctionnaires.

Fonctionnaires et agents publics

Statut des magistrats

Examinant un projet de décret tendant à faire entrer les magistrats de l'ordre judiciaire dans le champ du régime de la durée du travail des fonctionnaires, le Conseil d'État relève que si, en vertu de l'article 68 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique, les dispositions relatives à la position d'activité des fonctionnaires sont de plein droit applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions applicables aux fonctionnaires de l'État ne peuvent pas être appliquées telles quelles à la magistrature et nécessitent des adaptations à la situation particulière des magistrats.

En l'espèce, il a considéré que les dispositions relatives au temps de travail effectif prévues par le décret du 25 août 2000 précité, quoique de nature statutaire, ne sont pas applicables sans adaptation aux magistrats de l'ordre judiciaire compte tenu de leurs conditions de travail et des modalités de fonctionnement des instances juridictionnelles où ils exercent leur activité.

C'est pourquoi, alors même que les dispositions relatives à la position d'activité des fonctionnaires sont en principe applicables de plein droit aux magistrats, sans qu'il soit besoin de prendre un texte pour le prévoir expressément, le Conseil d'État estime nécessaire d'insérer dans le décret du 25 août 2000 des dispositions spécifiques permettant l'application aux magistrats, moyennant certaines adaptations, de l'aménagement et de la réduction du temps de travail, sur un modèle inspiré du dispositif déjà autorisé, en tant que de besoin, par l'article 10 du décret précité pour certaines catégories de fonctionnaires soumis à des conditions particulières dans l'organisation de leur temps de travail (en l'occurrence, les personnels d'encadrement et de conception bénéficiant d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail et les personnels soumis à de fréquents déplacements de longue durée). Par voie de conséquence, il a recommandé de prévoir des dispositions spécifiques ouvrant aux magistrats le bénéfice du compte épargne-temps, dont la mise en œuvre est nécessairement liée à la durée du temps de travail, à l'autorisation d'épargner des jours de « réduction du temps de travail (RTT) » et à la prise différée des jours de congés annuels et de « RTT » épargnés.



Emplois supérieurs

Il n'est pas d'usage de prévoir dans un texte statutaire relatif à un corps d'inspection que le chef de corps est nommé en Conseil des ministres. En revanche, il suffit d'inclure la nomination du chef du service de l'inspection générale des finances dans la liste des emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement (décret n° 85-779 du 24 juillet 1985) pour arriver au même résultat.

Tour extérieur

Examinant le projet de statut particulier du corps de l'Inspection générale des finances, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la rédaction de l'article 24 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État qui n'inclut pas les militaires dans le champ des personnels susceptibles d'accéder à certains corps de la fonction publique de l'État par la voie du tour extérieur (administratif).

Contractuels

Le Conseil d'État ayant admis que la mission de l'établissement public du musée du quai Branly, définie par le décret n° 2004-1350 du 9 décembre 2004, présentait dans son ensemble un caractère particulier au sens du 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 susmentionnée, en a déduit qu'il pouvait être dérogé à l'obligation faite aux établissements publics de l'État de recruter les fonctionnaires pour l'ensemble des personnels ou catégories de personnels de cet établissement.

Il a estimé, en effet, au vu de la jurisprudence contentieuse résultant notamment des décisions nos 57784 et 57430-57807 du 5 juillet 1989, que la condition tenant au caractère particulier de la mission devait être appréciée au niveau de l'établissement dans son ensemble. Dès lors que cette condition était satisfaite, la dérogation autorisée par l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pouvait porter sur la totalité des emplois ou catégories d'emplois de l'établissement public sans qu'il soit nécessaire que ces emplois ou catégories d'emplois concourent à celles des missions de l'établissement dont le caractère particulier justifiait la dérogation.

Dispositions statutaires

Examinant les projets de décret relatifs aux statuts particuliers des corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts, des inspecteurs de la santé publique vétérinaires et de l'inspection générale de l'agriculture et instituant dans chaque corps un chef de corps et une assemblée des membres du corps chargée de délibérer sur les questions intéressant le corps, le Conseil d'État a estimé que ces dispositions avaient un caractère statutaire en raison des garanties qu'elles procurent à ces corps.



En revanche, il a considéré que l'institution d'une commission, chargée d'assister le chef du corps et de préparer les travaux de l'assemblée, relevait par nature d'une mesure d'organisation du service. Il a toutefois admis qu'une telle mesure pouvait figurer dans les décrets statutaires en raison de sa connexité avec les dispositions de nature statutaire mentionnées ci-dessus.

Déontologie

Lors de l'examen du projet de loi de modernisation de la fonction publique, le Conseil d'État a disjoint les dispositions qui prévoyaient de réprimer pénalement le fait, pour les agents publics soit d'exercer, dans un délai de deux ans suivant la cessation de leurs fonctions, une activité lucrative dans une entreprise ou un organisme privé ou une activité libérale sans que la Commission de déontologie ait statué, conformément aux dispositions de l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, soit de ne pas se conformer aux réserves dont cette commission s'est reconnue le droit d'assortir ses avis de compatibilité.

En effet, la permission législative instaurée au III de l'article 423-13 du code pénal, destiné à permettre aux agents tenus de saisir la Commission de déontologie avant l'exercice d'une activité privée d'échapper aux dispositions du II de l'article 432-13 du code pénal sanctionnant le délit de prise illégale d'intérêts dès lors qu'ils ont reçu de la commission un avis de compatibilité, constitue par elle-même une forte incitation pour ces agents à saisir la commission. Il apparaîtrait en outre que les administrations n'omettent pas de saisir la Commission de déontologie avant le départ, définitif ou temporaire, d'un de leurs agents pour exercer une activité privée. Dès lors, la création d'une infraction pénale sanctionnant le fait de ne pas saisir une commission administrative ou de ne pas se conformer aux réserves dont elle a pu assortir son visa a paru excessive.

En revanche, l'absence de consultation de la Commission de déontologie pourrait être considérée comme une circonstance aggravante du délit de prise illégale d'intérêts réprimé par le II de l'article 423-13 du code pénal.

Création de nouveaux comités techniques paritaires

L'institution du comité technique paritaire spécial des compagnies républicaines de sécurité n'a pour objet que de transférer les compétences détenues par des comités techniques paritaires déjà existants au sein de la direction générale de la police nationale et de ses services déconcentrés vers un nouveau comité créé lui-même au sein de cette direction générale et ne présentant pas d'autres caractères dérogatoires que ceux caractérisant les comités techniques paritaires détenant jusqu'alors les compétences transférées ; une telle disposition n'est donc pas de nature statutaire mais touche exclusivement à l'organisation et au fonctionnement du service. Une telle mesure ne nécessite pas la saisine du comité technique paritaire ministériel.

Le Conseil d'État a estimé, par ailleurs, qu'un projet de décret, supprimant le cumul de consultation de plusieurs comités techniques paritaires centraux sur



une même question ou un même projet de texte entrant dans le champ de compétence de comité technique paritaire, modifiait la répartition des compétences entre les différents comités techniques paritaires centraux existant à la fois au sein du ministère de l'agriculture et de la pêche et au sein des établissements publics qui en dépendent.

Il estime qu'aucun comité technique paritaire n'était compétent pour donner son avis sur ce projet de décret prévoyant la création d'un comité technique paritaire lequel revêt un caractère nouveau par son champ de compétences.

Détermination des instances paritaires compétentes

Compte tenu de la complexité des règles régissant la consultation des instances paritaires, Conseil supérieur de la fonction publique et comités techniques paritaires ministériels centraux, la détermination de l'organe consultatif dont la consultation est requise, s'avère parfois délicate. Les textes examinés en 2006 par la section lui ont permis d'apporter des clarifications utiles en la matière.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler qu'en principe la consultation des différents comités techniques paritaires prévue à l'article 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 était alternative : le cumul des consultations, s'il est souvent jugé opportun, n'est généralement pas obligatoire au sein d'un même ministère. Ainsi, s'agissant d'un projet de décret prévoyant la possibilité de transfert de charges entre services déconcentrés de la direction générale des impôts (DGI), le seul comité technique paritaire compétent est le comité technique paritaire central placé auprès du directeur général des impôts. De même le transfert du service des domaines de la direction générale des impôts à la direction générale de la comptabilité publique ne requiert que la consultation du comité technique paritaire ministériel.

En revanche, si plusieurs ministères sont directement concernés, la consultation de leurs comités techniques paritaires ministériels respectifs peut parfois s'avérer indispensable. Ainsi, saisie d'un projet de décret ayant pour objet de confier aux ministres auprès desquels ils sont affectés les actes de gestion courante des agents de la filière bibliothèque, qui appartiennent à des corps à vocation interministérielle relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur, le Conseil d'État a estimé que la consultation du comité technique paritaire ministériel de l'enseignement supérieur était nécessaire mais insuffisante.

Si les dispositions qui organisent le transfert du ministère chargé de l'enseignement supérieur aux ministères affectataires des actes de gestion courante relatifs aux agents de la filière bibliothèque ne revêtent pas de caractère statutaire, elles affectent en effet le fonctionnement non seulement de l'administration centrale du ministère chargé de l'enseignement supérieur mais également celui des ministères affectataires. La consultation des comités techniques paritaires ministériels de ces derniers (défense et justice) est donc nécessaire.

S'agissant de la concurrence éventuelle entre le comité technique paritaire ministériel et les comités techniques paritaires centraux des établissements publics du ministère, le Conseil d'État avait en 2005 recommandé au Gouvernement de modifier le décret n° 82-452 du 28 mai 1982 afin de donner compétence exclusive au comité technique paritaire ministériel concernant l'élaboration et la modifi-



cation des règles statutaires des corps ayant vocation à servir en situation d'activité tant dans les services du ministère que dans un établissement public sous tutelle, en abandonnant comme critère de répartition de compétence la notion d'affectation. Saisi, d'un projet ayant cet objet (devenu le décret n° 2006-1037 du 22 août 2006) et retenant comme critère les notions alternatives de « corps relevant du ministre » et de « corps propres à l'établissement », le Conseil d'État considère que doivent être regardés comme des « corps relevant du ministre » les corps dont les personnels sont recrutés, nommés et gérés par le ministre, alors même qu'ils peuvent avoir vocation à servir en position d'activité tant dans les services du ministère que dans ceux d'un ou plusieurs établissements publics. Sont, en revanche, des « corps propres d'établissement » les corps dont les personnels sont recrutés, nommés et gérés par les organes de l'établissement public ou qui par exception, sont explicitement qualifiés par le statut particulier de « corps de fonctionnaires de l'établissement ».

Il a rappelé que le principe de participation posé à l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 fait obligation de prendre en compte, selon les modalités appropriées, les personnels des corps relevant du ministère ayant double vocation pour constituer tant le comité technique paritaire ministériel que les comités techniques paritaires d'établissement, dans la mesure des effectifs affectés auprès de ces établissements. En effet si, le comité technique paritaire ministériel est seul appelé à connaître des questions statutaires les concernant, le comité technique paritaire de l'établissement d'affectation demeure, s'agissant des fonctionnaires affectés auprès de l'établissement, exclusivement compétent pour toutes les questions énumérées à l'article 12 du décret n° 82-872 du 28 mai 1982, à l'exception des questions statutaires.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, disjoint du projet une disposition qui, par parallélisme avec les principes régissant les règles statutaires, ne confiait, en matière de formation, aux comités techniques paritaires d'établissement que les questions intéressant les personnels relevant des corps propres à ces établissements. Si la détermination du droit à la formation des fonctionnaires est bien une disposition statutaire, la mise en œuvre de ce droit, par les politiques et les actions de formation, touche à l'organisation et au fonctionnement des services et doit relever du comité technique paritaire placé auprès de l'autorité d'emplois des agents. Par suite, les comités techniques paritaires d'établissement doivent, dans le domaine de la formation, connaître des questions non statutaires intéressant tous les personnels affectés dans les établissements et pas seulement celles intéressant les personnels des corps propres des établissements.

A également été disjointe une disposition prévoyant la compétence des comités techniques paritaires d'établissement pour connaître des questions relatives à l'élaboration ou à la modification des règles statutaires applicables « aux autres personnels propres à l'établissement ». Par cette disposition le projet du Gouvernement entendait couvrir les règles d'emploi et de rémunération des personnels contractuels des établissements publics. Toutefois le Conseil d'État n'a pas pu l'adopter pour deux raisons d'ailleurs complémentaires. En effet les dispositions régissant les agents non titulaires sont, quel que soit leur intitulé, dépourvues de tout caractère statutaire au sens du statut général et des textes pris pour son application et revêtent, en réalité, le caractère de mesures touchant à l'organisation et au fonctionnement du service. Comme telles, elles doivent



être soumises au comité technique paritaire compétent en vertu du 1° et du 2° de l'article 12 du décret précité du 28 mai 1982.

S'agissant de l'articulation entre le Conseil supérieur de la fonction publique et les comités techniques paritaires ministériels, le Conseil d'État avait recommandé une simplification visant à éviter la multiplication des consultations. Un projet, devenu le décret n° 2006-812 du 7 juillet 2006, est venu modifier en ce sens le décret n° 82-450 du 28 mai 1982, afin de prévoir la consultation du seul Conseil supérieur de la fonction publique dans le cas « *des projets de décrets qui modifient ou abrogent, de manière coordonnée pour des corps d'une même catégorie et par des dispositions ayant le même objet, plusieurs statuts particuliers de corps, lorsque ces projets relèvent de plusieurs comités techniques paritaires* ».

Obligation de consultation des comités techniques paritaires

Le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable au projet de décret relatif à l'extension à titre expérimental de la compétence territoriale en matière d'assiette et de contrôle, et de l'exercice du droit de communication des fonctionnaires de la direction générale des impôts, qui est relatif exclusivement à l'organisation des services de cette direction, qu'après que la consultation du comité technique paritaire central auprès du directeur général des impôts a été opérée.

En revanche, le Conseil d'État examinant un projet de décret transférant aux chefs des services financiers du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, la totalité des compétences pour statuer sur les demandes de remise présentées dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 626-6 du code de commerce, a estimé qu'il n'y avait lieu de consulter ni le comité technique paritaire ministériel, ni les comités techniques paritaires centraux des différentes directions générales intéressées.

Si une délégation de pouvoir, comme d'ailleurs une délégation de signature, est une mesure réglementaire d'organisation de service, au sens de la jurisprudence *Jamart*, le projet de décret n'affecte pas l'organisation des services centraux ou déconcentrés : il n'emporte, en effet, aucune conséquence directe sur les structures ou les organigrammes de ces services. Ce projet n'affecte pas davantage les conditions générales de fonctionnement : il se borne, en effet, à modifier la répartition des pouvoirs de décision en matière de remise entre le ministre et les chefs de service qui lui sont subordonnés sans modifier notablement le plan de charge de ces services.



Statistiques

En 2006, la section des finances a tenu 114 séances; au cours de l'année, la section a examiné 434 textes dont 26 ont été soumis à l'Assemblée générale et 2 à la Commission permanente.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2002	2003	2004	2005	2006
Lois	61	78	74	60	48
<i>Dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	52	61	53	29	35
Ordonnances	1	2	18	17	5
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	5	4	4	5	7
Décrets réglementaires	256	210	219	289	333
Remises gracieuses	21	56	49	34	35
Avis	2	0	5	3	6
Total	346	350	369	408	434

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2006

Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
48	8	7	15	18

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du pays	Remises gracieuses
Premier ministre	-	-	1	-	-	-
Affaires étrangères	35	-	9	1	-	-
Affaires sociales	-	-	5	-	-	-
Agriculture et pêche	-	-	11	-	-	-
Aménagement du territoire et environnement	-	-	-	-	-	-
Budget et réforme de l'État	1	-	1	-	-	35
Culture et communication	-	-	6	-	-	-
Défense	4	1	41	2	-	-
Économie, finances, industrie	7	4	183	3	-	-
Éducation nationale	-	-	19	-	-	-
Emploi et solidarité	-	-	2	-	-	-
Équipement, transports et logement	-	-	16	-	-	-



Ministères d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du pays	Remises gracieuses
Fonction publique	1	-	18	-	-	-
Intérieur	-	-	11	-	-	-
Jeunesse et sports	-	-	2	-	-	-
Justice	-	-	4	-	-	-
Outre-mer	-	-	-	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	4	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	7	-
Total	48	5	333	6	7	35

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

	2002	2003	2004	2005	2006
Accords internationaux	52	61	53	29	35
Assurance	7	4	8	15	12
Commerce, industrie, intervention économique de la puissance publique	17	12	18	26	83
Comptabilité publique	-	12	14	22	18
Consommation	12	12	8	7	9
Contributions et taxes	26	15	28	23	29
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	11	12	9	29	12
Défense	18	11	6	14	24
Diplomatie (sauf accords internationaux)	-	1	-	-	-
Domaine	1	1	2	1	4
Douane	5	-	1	1	2
Fonctionnaires et agents publics	158	125	141	172	141
Marchés et contrats administratifs	1	2	4	7	1
Pensions	3	12	5	6	9
Pouvoirs publics	14	14	23	22	20
Remises de débet	21	56	49	34	35
Total	346	350	369	408	434



Section des travaux publics

La section des travaux publics avait examiné 182 projets de texte en 2003, 200 en 2004 et 244 en 2005. Elle en a examiné 291 en 2006, dont 17 projets de loi et 11 projets d'ordonnance. Cet accroissement affecte notamment les domaines de l'agriculture, l'équipement, le logement et l'urbanisme, l'industrie, l'énergie et les communications électroniques. En revanche, les saisines concernant le secteur des transports ont sensiblement diminué. La section a entrepris un travail de révision de sa nomenclature statistique qui devrait permettre une appréciation plus fine et plus exacte de son activité dans les prochains rapports.

L'augmentation en quatre ans du nombre de dossiers examinés excède 60 % : les observations réitérées du Conseil d'État et d'autres autorités de l'État invitant à la tempérance normative n'ont pas été suivies d'effet. Les mesures prises afin d'y porter remède, comme l'obligation, aujourd'hui abandonnée mais qu'il est envisagé de rétablir pour les textes les plus importants, de réaliser des études d'impact préalables aux projets de lois ou de décrets, la codification systématique ou les lois habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par ordonnance n'ont pas produit les effets escomptés.

La hausse des saisines s'accompagne d'un accroissement de la longueur et de la complexité des textes, notamment lorsqu'ils touchent à la régulation économique en matière d'énergie, de transports ou de communications électroniques.

La section a examiné 7 demandes d'avis portant sur des questions de droit en 2005, mais 3 seulement en 2006. Leur fréquence varie de façon importante selon les années, entre 1 et 17 si l'on se limite à la dernière décennie, avec une moyenne comprise entre 4 et 5. La diminution du nombre des demandes d'avis tient peut-être au filtrage exercé par le secrétariat général du Gouvernement, mais aussi, sans doute, aux réticences des administrations à engager une procédure de consultation relativement lourde et à leur crainte de voir le Conseil d'État adopter une position ne correspondant pas à leurs attentes. L'augmentation de l'activité se traduit également dans le nombre de séances, qui est passé en un an de 86 à 104, soit une hausse d'environ 20 %. Trois textes ont en outre été examinés en sections réunies et 18 textes soumis à l'Assemblée générale.

Élaboration et qualité des textes

L'année 2006 n'a pas permis de constater d'amélioration dans l'élaboration et la qualité des textes. Les recommandations figurant dans le précédent rapport



n'ont pas été mises en œuvre de sorte que les remarques formulées les années précédentes peuvent être réitérées et complétées par les observations ci-après.

1° Le Conseil d'État s'efforce de lutter contre **la tendance de l'administration à prendre des textes d'un niveau supérieur à celui qui résulte de la hiérarchie des normes**. Souvent, la loi empiète sur le domaine du règlement. Mais les administrations semblent aussi considérer qu'il est plus facile de prendre un décret qu'un arrêté et juridiquement plus sûr de recourir à un décret en Conseil d'État qu'à un décret simple, même lorsque les mesures sont de faible importance et ne soulèvent pas de difficultés. Le Conseil d'État se trouve fréquemment saisi de dispositions qui sont de l'ordre de la recommandation ou de l'explication pédagogique et qui pourraient être édictées par de simples circulaires ministérielles, comme une partie de celles qui figuraient dans un projet de décret relatif aux modalités d'accueil en milieu professionnel des élèves de l'enseignement et la formation professionnelle agricoles, qu'il a disjointes.

Cette pratique favorise la prolifération des règles, en raison de la reproduction fréquente de la norme surclassée dans le texte de rang inférieur. Elle introduit la confusion juridique, freine les nécessaires adaptations et contribue à engorger le Parlement et le Conseil d'État.

Le Conseil d'État a donc procédé aux corrections ou formulé les recommandations qui s'imposaient, par exemple en modifiant les visas d'un décret portant création d'une chambre de commerce et d'industrie pour indiquer qu'il avait été pris « après avis du Conseil d'État », ou encore en appelant l'attention du Gouvernement, lors de l'examen de projets de décret autorisant la cession de droits conférés par des autorisations d'exploiter des conduites de transport d'hydrocarbures, sur le fait que si l'autorisation initiale devait demeurer encadrée par un décret en Conseil d'État, la cession des droits conférés par celle-ci pourrait être autorisée par un décret simple.

Le Conseil d'État saisit l'occasion du présent rapport pour rappeler que ne doivent relever du décret en Conseil d'État que les principes et règles essentiels et non le détail de la réglementation des activités. Il invite, par ailleurs, les administrations à saisir toutes les occasions qui s'offrent à elles d'engager des procédures de déclassement des dispositions réglementaires contenues dans des lois et à recourir plus fréquemment aux arrêtés ministériels dans les domaines techniques.

2° Le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur les **conditions dans lesquelles sont élaborés les nombreux décrets d'application des lois prises pour la transposition de directives communautaires** en matière de réseaux (électricité, gaz, communications etc.). Les administrations le saisissent en effet au coup par coup, sans chercher à organiser leur tâche de manière méthodique. Cette façon de faire empêche tant le Gouvernement que le Conseil d'État d'avoir une vue d'ensemble de ces textes et conduit à multiplier les saisines, des difficultés apparues lors de l'examen de décrets ultérieurs conduisant souvent à corriger les textes plus anciens. Il conviendrait que l'administration



planifie l'élaboration de ces textes, éventuellement en relation avec le Conseil d'État, dès la phase, souvent longue, de négociation des directives².

3° Il n'est pas rare que le Conseil d'État soit saisi de **dispositions dont l'utilité et la pertinence sont douteuses**. Il a ainsi été conduit à réduire drastiquement un projet de décret relatif aux actions de développement agricole et rural. Saisi d'un projet de décret soumettant à autorisation les opérations de replantation aboutissant à un changement de la couleur du vin produit, il a indiqué que la maîtrise de la production ne lui paraissait pas justifier qu'une telle décision fût soumise à autorisation. Il a de même disjoint d'un projet de décret pris pour la transposition d'une directive communautaire relatif à l'établissement des cartes de bruit et des plans de prévention du bruit dans l'environnement les dispositions visant à l'élaboration de tels documents et cartes aux abords des aérodromes. Ces documents auraient, en effet, fait double emploi avec les plans d'exposition au bruit prévus par le code de l'urbanisme au voisinage des aérodromes et auraient porté préjudice à la lisibilité du dispositif de prévention des nuisances sonores.

4° Le Conseil d'État a observé que **de trop nombreux textes définissent des notions qui ne soulèvent pas de difficulté d'interprétation**. Il a ainsi disjoint d'un projet de décret relatif à la mise sur le marché des bateaux de plaisance et des pièces et éléments d'équipement la définition des notions de « mode de propulsion », « constructeur ou fabricant » et « mandataire ». Il est inutile, voire source d'erreurs ou de confusions, de définir expressément des notions d'un usage courant en droit français. Mais il est vrai que la Commission européenne considère souvent que les définitions contenues dans les directives communautaires doivent être reprises en droit interne.

Le Conseil d'État est à l'inverse parfois confronté à des **ambiguïtés ou approximations terminologiques**. Saisi d'un projet de décret relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, il a relevé que la loi utilisait indifféremment les termes de « distributeur » et de « fournisseur » et a donc invité le Gouvernement à modifier la loi pour clarifier cette terminologie.

Saisi d'un projet de décret relatif à la réduction des émissions de composés organiques volatils dues à l'utilisation de solvants organiques dans certains vernis et peintures et dans les produits de retouche de véhicules, le Conseil d'État a appelé l'attention de l'administration sur les difficultés d'interprétation de l'expression « mise sur le marché » employée dans la directive n° 2004/42/CE du parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 et reprise dans ce projet de décret, pris pour sa transposition, qui peut désigner l'introduction d'un produit sur le marché ou la commercialisation ultérieure de ce produit et a recommandé de saisir la Commission européenne de cette question.

5° Le Conseil d'État observe que **les dispositions pénales soulèvent fréquemment des difficultés qui auraient pu être réglées en amont** si le ministère rapporteur avait pris l'attache de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice.

2 - Voir sur ce point les Considérations générales du présent rapport, ainsi que l'étude du Conseil d'État, à paraître à La Documentation française, sur le thème « Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national ».



Il a ainsi disjoint d'un projet de décret relatif aux stockages souterrains de gaz naturel pour insuffisance de base légale les dispositions relatives aux sanctions applicables en cas de méconnaissance de certaines règles fixées par ce texte. A été retiré d'un projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés un article qui disposait que « *la destruction, la dégradation ou la détérioration d'organismes génétiquement modifiés appartenant à autrui est punie conformément aux dispositions du chapitre II du titre II du livre III du code pénal* ». Cette disposition était à la fois imprécise, inutile et source de confusion juridique, ces manquements étant déjà punissables en vertu du code pénal. Le Conseil d'État n'a pu accepter un article d'un décret relatif à la compatibilité électromagnétique des installations et appareils qui instituait une contravention de la cinquième classe par dérogation à l'article L. 214-2 du code de la consommation qui prévoit des contraventions de la troisième classe : un décret ne peut, en effet, déroger à une règle fixée par le législateur, fût-elle contraire aux règles de partage des domaines respectifs de la loi et du règlement, qu'en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Saisi d'un projet d'ordonnance portant adaptation de la législation relative aux céréales, le Conseil d'État a estimé que certaines des sanctions qu'il prévoyait étaient excessives au regard des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

6° Le Conseil d'État a rappelé à propos d'un décret relatif à la création d'une chambre de commerce et d'industrie que, pour l'application des décrets de déconcentration, les décisions relatives à la tutelle de l'État doivent être regardées comme des décisions administratives individuelles. Il a indiqué que les « *décisions prises à l'occasion de la passation et de l'exécution des contrats conclus par les administrations centrales* » figurent parmi les décisions administratives individuelles déjà inscrites sur la liste des décisions que peuvent prendre les ministres. Par suite, le cahier des charges type applicable à la concession des aérodromes appartenant à l'État peut être approuvé par un décret en Conseil d'État non délibéré en Conseil des ministres alors même qu'il comporte de nombreuses dispositions soumettant à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'aviation civile certains actes des concessionnaires. Le Conseil d'État a disjoint d'un projet de décret, dont il n'était pas envisagé qu'il soit soumis au Conseil des ministres, des dispositions qui avaient pour effet de substituer dans le code forestier le « *ministre chargé des forêts* » au « *ministre de l'agriculture* » pour prendre certaines décisions individuelles. En effet, cette substitution aboutissait à une reconcentration au niveau ministériel de ces décisions qui étaient prises, depuis la réforme de 1997, par les préfets.

Dans son rapport public pour 2005, le Conseil d'État avait recommandé au Gouvernement d'étudier la possibilité d'une réforme de cette réglementation. Il est légitime de s'interroger sur le maintien d'un dispositif qui a désormais produit l'essentiel des effets que l'on pouvait en espérer et qui est, aujourd'hui, source d'inutiles complications³.

3 - Postérieurement à la rédaction du présent rapport, le Gouvernement a pris en compte les recommandations du Conseil d'État en supprimant l'obligation de passage en Conseil des ministres pour prévoir qu'une décision individuelle est prise par un ministre (modification du décret n° 97-34 du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles).



7° Le Conseil d'État a veillé à ce que les principes régissant les habilitations à légiférer par ordonnance soient respectés même lorsque cela pouvait aboutir à la disjonction, comme n'entrant pas dans le champ de l'habilitation, de dispositions opportunes qu'il faut ensuite introduire dans le projet de loi de ratification dont le vote est aléatoire. Ce fut le cas notamment pour l'ordonnance relative à la valorisation des produits agricoles en ce qui concerne la disparition du signe « VDQS » pour les vins ou en ce qui concerne l'âge de la retraite dans l'ordonnance relative au statut du fermage.

8° Le Conseil d'État invite les administrations à une plus grande rigueur dans la mise en œuvre des procédures consultatives.

En particulier, la tendance à procéder à des consultations non obligatoires est source d'incertitudes juridiques et de lourdeur administrative. Elle conduit parfois à organiser une véritable « co-gestion » des ministères, qui est de nature à diluer les responsabilités et à faire systématiquement prévaloir des intérêts catégoriels ou sectoriels sur l'intérêt général.

Le Conseil d'État a ainsi considéré qu'un comité technique paritaire appelé à se prononcer sur un projet de texte avait été régulièrement convoqué et réuni, alors même que les représentants syndicaux avaient refusé de délibérer. Il a estimé que le projet de décret relatif à l'Agence des aires marines protégées et aux parcs naturels marins n'avait pas à être soumis au comité national des pêches maritimes et des élevages marins et au comité national de la conchyliculture, dès lors notamment qu'il ne contenait aucune mesure ayant pour objet la préservation et la gestion de ces ressources biologiques.

Les administrations doivent éviter tout formalisme superflu. Lors de l'examen d'un projet de décret retirant le caractère de route express à une section de voie, le Conseil d'État a rappelé que la règle du « parallélisme des formes » n'impose pas qu'une formalité accomplie de façon superfétatoire à l'occasion de l'acte initial soit à nouveau exigée lors de l'acte modificatif. Il a considéré que le « conseil de perfectionnement » de l'École nationale des travaux publics de l'État, constitué jusqu'alors en simple service, était assimilable à un conseil d'administration pour l'application de l'article L. 711-6 du code de l'éducation selon lequel les textes applicables aux établissements publics scientifiques culturels et professionnels peuvent être étendus en tout ou partie aux établissements d'enseignement supérieur publics qui ne relèvent pas du ministre chargé de l'Enseignement supérieur sur avis conforme des conseils d'administration des établissements. Il a estimé que l'avis émis peu de temps auparavant sur un projet de décret par le conseil de direction d'un office agricole auquel est substitué un organisme similaire reprenant ses attributions et doté d'un conseil de direction de même composition valait consultation du conseil de direction du nouvel office et qu'il n'était, dès lors, pas nécessaire d'organiser une nouvelle consultation.

En revanche, le Conseil d'État a estimé que les dispositions de l'article L. 125 du code des postes et des télécommunications électroniques, qui prévoient que la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques « émet un avis sur les projets de modification de la législation », rendent obligatoire la consultation de cette commission sur les projets de décret en Conseil d'État relatifs aux secteurs des postes et des communications électroniques.



9° Le Conseil d'État a relevé que **certains codes souffraient d'importants défauts**.

En 2006, il a été confronté à plusieurs reprises aux graves imperfections affectant le code des postes et des communications électroniques, dont la structure et la numérotation n'obéissent plus à une logique d'ensemble. Il appelle donc l'attention du Gouvernement sur la nécessité de saisir rapidement la Commission supérieure de codification d'un projet de refonte complète de ce code.

Le Conseil d'État a pu de nouveau constater que le code rural, dont l'élaboration est enfin achevée, comporte encore des incohérences, en dépit des efforts de rationalisation importants déployés par les services juridiques du ministère de l'agriculture. À titre d'exemple, les dispositions qui désignent les autorités compétentes pour appliquer le code de l'éducation à l'enseignement agricole ne sont pas regroupées au même emplacement au sein du code et n'ont pas toujours été prises au bon niveau de la hiérarchie des normes. Le Conseil d'État a émis un avis défavorable à un projet de décret relatif à la protection des animaux de compagnie aux motifs que la partie législative du code rural qui traite de ces questions, peu claire, mal organisée, comportant de nombreuses dispositions de niveau réglementaire et renvoyant trop largement au décret en Conseil d'État, devait faire l'objet d'une révision.

Il recommande donc que soit étudiée, en liaison avec la Commission supérieure de codification et dans le respect des prérogatives du Parlement, une refonte globale du code rural avec les objectifs de réduire substantiellement sa partie législative, de limiter les renvois au décret au Conseil d'État et de remédier aux incohérences qui l'affectent. Cette démarche pourrait être étendue à l'ensemble des codes relevant des ministères techniques, comme celui de la Construction ou de l'habitation, ou le code forestier, qui présentent souvent des défauts similaires.

Organisation administrative et fonctionnement des services publics

1° Comme les années précédentes, le Conseil d'État a veillé au respect des principes régissant l'organisation des administrations et la répartition des compétences.

À propos d'un projet de décret relatif à l'organisation de l'**administration centrale** du ministère de l'agriculture, il a rappelé que le qualificatif de « direction générale » doit être réservé aux directions qui, soit disposent directement de services déconcentrés, soit regroupent d'autres directions, soit enfin exercent des missions à caractère interministériel. La direction des politiques économique et internationale du ministère de l'agriculture qui était instituée par le texte ne présente aucune de ces caractéristiques.

Le Conseil d'État avait formulé en 2005 ses réserves sur le recours trop fréquent au procédé consistant à **confier à des organismes ou experts privés la**



responsabilité du contrôle de la conformité à la réglementation d'activités économiques. Ces observations conservent leur pertinence en 2006. Saisi d'un projet de décret relatif à la mise sur le marché des ascenseurs, il a disjoint des dispositions qui avaient pour objet de décharger la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de ses missions en matière de contrôle de la sécurité de ces équipements.

La section a été saisie de plusieurs décrets opérant des **transferts de services au profit de collectivités territoriales** en application de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales. Ces décrets obligent les ministères techniques à **accélérer la réforme de l'organisation de leurs services déconcentrés**. La difficulté de l'exercice ne doit pas être mésestimée. Il s'agit, en concertation étroite avec les personnels, d'adapter ces services à leurs nouvelles missions, qui n'épousent pas forcément les contours des circonscriptions administratives classiques, et d'opérer des regroupements, éventuellement avec d'autres départements ministériels. Le Conseil d'État a ainsi émis un avis favorable à des projets de décret relatifs à l'organisation des directions interdépartementales des routes ou à la fusion de certaines directions départementales de l'équipement et directions départementales de l'agriculture et de la forêt.

Les répartitions de compétences entre les préfets ne sont pas toujours satisfaisantes. Ont ainsi été émises des réserves sur la pertinence d'un dispositif habilitant les préfets de région à édicter la réglementation de la pêche maritime et à mettre en œuvre les contrôles et sanctions qui s'y attachent pour les zones tant maritimes que terrestres. Il a semblé que, pour les zones terrestres, ces attributions devraient relever de la compétence des préfets de département, autorités de l'État de droit commun et que, en ce qui concerne les zones maritimes, les préfets maritimes, qui disposent des moyens nécessaires en matériel et en personnel, seraient mieux à même d'exercer ces missions.

2° La section a été saisie de **nombreux textes relatifs à des établissements publics**.

Elle a eu à connaître de projets de décrets relatifs par exemple au port de Strasbourg, au bureau de recherches géologiques et minières ou à l'ERAP, opérant des **modifications limitées des statuts de ces organismes** comme des changements de dénominations, des retouches à la composition de leur conseil d'administration ou à leurs règles de fonctionnement, parfois même quelques mois seulement après leur création (par exemple, pour l'Agence française d'information et de communication agricole et rurale), ou encore des mesures visant à permettre, ainsi que l'autorise d'ailleurs le code de commerce, une participation aux séances du conseil d'administration par les moyens de visio-conférence et de communication électronique.

Cela conduit à encombrer la section de textes ne présentant pas de réelles difficultés, alors que le passage au Conseil d'État résulte la plupart du temps d'un simple usage. Plusieurs pistes méritent d'être explorées afin de porter remède à cette situation. Il pourrait être envisagé de prendre un texte général de « déclasserement » en décret simple des statuts d'établissements pour lesquels l'examen par le Conseil d'État ne résulte pas d'une obligation législative. Pourrait également être étudiée la possibilité de prendre une loi-cadre pour les établissements publics de l'État les moins importants qui habiliterait les ministres compétents à déterminer par arrêté la composition précise de leurs instances délibératives,



à détailler leurs règles de fonctionnement ou à étendre en tant que de besoin certaines dispositions du code de commerce.

La section a dans le passé souvent dénoncé l'institution de **tutelles ministérielles multiples**. Cette pratique est de nature à affaiblir l'exercice du contrôle administratif et à encourager les « nationalismes » ministériels. Le Conseil d'État s'est donc félicité que le Gouvernement ait décidé de placer l'Agence des aires marines protégées sous la tutelle du seul ministre de l'environnement au lieu de la quadruple tutelle initialement envisagée.

Le Conseil d'État a été confronté à des textes instituant des **conseils d'administration pléthoriques**. Le cas de l'Agence des aires marines qui vient d'être évoquée en est un exemple particulièrement frappant. Son conseil pouvait compter plus de cinquante membres. Le législateur, en prévoyant la représentation des intérêts les plus divers, a engagé le Gouvernement dans la voie de l'excès, mais force est de constater que le décret a accentué ce défaut, en donnant la qualité de membres à des personnes dont les fonctions sont sans lien suffisant avec l'objet de l'établissement pour justifier leur présence, tel le président du comité national olympique et sportif français. Le Conseil d'État n'a pu que réduire marginalement le nombre de membres, sans toutefois pouvoir remédier à ce vice de conception.

Des établissements publics continuent à être créés sans justification véritable. La section a été saisie de projets de décrets créant un établissement public foncier d'Ile-de-France et trois établissements publics fonciers pour les départements des Yvelines, des Hauts-de-Seine et du Val-d'Oise. Si rien n'interdit la création de plusieurs établissements publics fonciers dans la même région, il convient d'appeler l'attention sur les conséquences de cette pratique, s'agissant notamment des surcoûts de fonctionnement et des risques d'incohérence des politiques foncières menées.

Le Conseil d'État souligne la nécessité de **préserver la cohérence des activités des établissements publics au regard de leur spécialité et, en cas d'élargissement de leurs attributions, de les doter des moyens nécessaires**. Saisi d'un projet de décret relatif à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France, il a exprimé des réserves sur la pertinence d'une extension de ses compétences, actuellement limitées au financement des infrastructures et au financement d'activités de transport diversifiées. Il a souligné les risques de dispersion des actions de l'établissement et d'un niveau insuffisant de ressources pour assumer l'ensemble de ses missions.

Le Conseil d'État a approuvé la démarche consistant à ériger des établissements d'enseignement supérieur relevant de divers ministères en établissements publics scientifiques, culturels et professionnels, dotés des adaptations statutaires nécessaires, par exemple l'École nationale des travaux publics de l'État ou les grands établissements issus du regroupement de diverses écoles relevant du ministère de l'agriculture. Cette tendance, qui devrait se confirmer dans les prochaines années, atteste des rapprochements en cours entre l'Université et les grandes écoles, dans le respect des spécificités et de l'autonomie de ces dernières.

3° Le Conseil d'État appelle l'attention sur les conséquences des débudgétisations.

Il a été saisi, comme les années précédentes, de projets de texte ayant pour objet de prévoir le recouvrement de taxes ou redevances par des personnes morales



de droit public, reversées ensuite à des personnes privées pour compenser des sujétions diverses ou actions d'intérêt général. On peut citer la contribution du service public de l'électricité, ou la taxe des industries électriques et gazières prévues par la loi du 10 février 2000, ou encore les taxes qui financent les organismes privés en charge de la collecte et du traitement des déchets. Les affectations directes d'impôts, par exemple à l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA), dans le cadre de la loi sur la gestion des matières et déchets nucléaires, sont également fréquentes. Le Conseil d'État relève que ces mesures aboutissent à ce que des masses financières importantes échappent sinon à l'information, du moins au contrôle effectif du Parlement, puisqu'elles ne sont pas approuvées par la loi de finances.

Protection de l'environnement et sites classés

Bien que les grands domaines de la politique de l'environnement (eau, air, déchets, bruit, risques naturels, nucléaire, etc.) aient fait l'objet depuis une quinzaine d'années de profondes réformes, des adaptations et des compléments sont toujours nécessaires compte tenu notamment des évolutions du droit communautaire. C'est ainsi que parmi les quelque 50 textes présentés en 2006 par le ministère de l'écologie et du développement durable figurent en particulier un projet de loi sur les organismes génétiquement modifiés et une lettre rectificative au projet de loi sur la transparence et la sécurité en matière nucléaire. Les textes récemment adoptés par le Parlement, notamment dans le domaine de l'eau, appellent de nombreux et complexes textes d'application.

La section a examiné une dizaine de projets de décret portant classement de sites ou création de réserves naturelles, qui n'ont pas soulevé de difficultés sérieuses, et divers projets de décret relatifs par exemple aux installations classées, à la gestion de sites Natura 2000, à l'information et à la participation du public en matière d'environnement, aux économies d'énergie, aux parcs naturels, à la création de l'Agence des aires marines protégées ou aux déchets d'imprimés.

Urbanisme et logement

La section a été saisie de **plusieurs textes modifiant le code de l'urbanisme**.

Elle a ainsi examiné des projets de décret sur les permis de construire délivrés à titre précaire, sur les règles de caducité du permis et surtout un projet de décret pris pour l'application de l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux permis de construire et aux autorisations d'urbanisme. Ce décret, qui comporte des dispositions importantes affectant de nombreux articles du code, a pour objet de simplifier et de réorganiser le régime des décisions relatives à l'occupation du sol.



Grâce au travail réalisé par le ministère des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer (direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction) et en dépit du caractère ardu de ce chantier, le projet a pu être élaboré en quelques mois seulement, en relation étroite avec les services chargés de l'application de cette réglementation. La direction responsable a en outre veillé à associer le Conseil d'État à sa démarche en amont de la saisine et s'est tout particulièrement préoccupée des conditions de la mise en œuvre de ce décret en organisant très tôt une formation des fonctionnaires qui auront à l'appliquer.

La section a examiné un projet de décret relatif aux schémas d'aménagement des plages prévus par l'article L. 146-6-1 du code de l'urbanisme, qui ont pour objet de concilier le maintien de certains équipements légers antérieurs à la « loi littoral » avec les exigences de ce dernier texte. Le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que si le schéma a vocation à s'appliquer dans l'ensemble du site constitué par la plage et les espaces naturels qui lui sont proches, il ne pourra en revanche être dérogé aux règles résultant de la « loi littoral » que dans la bande d'inconstructibilité des cent mètres prévue à l'article L. 146-4 du même code.

Le Conseil d'État a estimé nécessaire de modifier un projet de décret relatif à l'urbanisme en montagne, afin d'y préciser que les refuges étaient au nombre des unités touristiques nouvelles soumises à autorisation dans les communes non couvertes par un schéma de cohérence territoriale. La sensibilité du milieu dans lequel sont implantés les refuges et le fait qu'ils ne soient pas raccordés aux réseaux d'assainissement justifient en effet que leur création comme leur agrandissement au-delà d'un certain seuil soient soumis à une telle autorisation.

La section a été saisie de trois projets de directive territoriale d'aménagement concernant les estuaires de la Seine et de la Loire et l'aire métropolitaine lyonnaise. Ces directives, qui doivent être approuvées par décret en Conseil d'État, permettent de mettre en cohérence, sur des territoires déterminés, les orientations stratégiques des politiques d'aménagement et les exigences de protection de l'environnement, en associant les collectivités et les acteurs locaux à une réflexion menée par les échelons déconcentrés de l'État sur l'avenir souhaitable pour un territoire, dans un cadre tracé par l'administration centrale.

Le Conseil d'État a également examiné le premier projet de directive de protection et de mise en valeur des paysages, consacré aux Alpilles, document de grande qualité. À cette occasion, il a recommandé au Gouvernement de modifier l'article L. 350-1 du code de l'urbanisme, afin de lever les incertitudes qu'il contient s'agissant de la possibilité de faire coexister sur le même territoire un tel document avec une directive territoriale d'aménagement.

Saisi d'un projet de décret transférant la servitude de passage pour les piétons le long du littoral d'une commune, le Conseil d'État a considéré que le tracé proposé ne répondait pas aux conditions prévues par l'article L. 160-6 du code de l'urbanisme dès lors que la continuité du cheminement piétonnier n'était pas assurée, que certaines sections étaient difficilement accessibles et que le passage de la servitude dans le jardin de résidents susciterait pour eux des inconvénients importants, alors que le tracé envisagé ne permettrait qu'un seul accès à la mer et ne dégagerait guère de vues.



La section a été saisie de nombreux textes relatifs au logement. Elle a en particulier été saisie à deux reprises de la réforme des sociétés de crédit immobilier, à travers une demande d'avis relatif aux difficultés constitutionnelles que serait susceptible de présenter, au regard notamment de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété, un futur projet de loi modifiant le régime des sociétés de crédit immobilier puis ce projet de loi lui-même.

Énergie, communications, mines et transport

La section a examiné un projet de loi sur le secteur de l'énergie et un projet de loi de programme sur la gestion durable des matières et déchets radioactifs.

S'agissant du projet de loi relatif au secteur de l'énergie, le Conseil d'État a estimé que la nécessité d'assurer la cohérence du réseau actuellement confié à Gaz de France, ainsi que la péréquation des tarifs de distribution dans l'ensemble de la zone de desserte de l'entreprise pouvait justifier que le législateur impose aux collectivités territoriales, même après la privatisation de la société, de continuer à contracter avec elle ou sa future filiale de distribution. Il a toutefois appelé l'attention du Gouvernement sur les interrogations que pourrait soulever au regard du droit communautaire le maintien de tarifs réglementés susceptibles de créer des distorsions de concurrence.

Le Conseil d'État, lors de l'examen de trois projets de décret relatifs à la mise en œuvre d'un système visant à contraindre les distributeurs d'énergie à inciter leurs clients à réaliser des économies d'énergie a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de clarifier dans la loi le champ d'application du dispositif, s'agissant notamment de la définition des secteurs économiques concernés.

Enfin, à l'occasion de l'examen de demandes relatives à des contrats de concession de stockages souterrains de gaz, le Conseil d'État a rappelé la nécessité que les concessionnaires respectent scrupuleusement, à peine de forclusion, les délais de présentation des demandes de prolongation des titres miniers.

Saisi d'un projet de décret relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaines de l'internet, le Conseil d'État a invité le Gouvernement à compléter rapidement la partie législative du code des postes et des communications électroniques afin de mieux garantir la protection des noms des collectivités publiques et ceux des élus au titre de la propriété intellectuelle.

Il a examiné un projet de décret relatif aux cessions d'autorisations d'utilisation des fréquences, qui lui a permis de préciser les conditions dans lesquelles peut intervenir une telle cession au regard des règles de concurrence et des exigences tenant à la continuité du service public.

Il a délibéré sur une demande d'avis portant sur les difficultés juridiques soulevées par d'éventuelles modifications de la participation de personnes publiques au capital de sociétés d'économie mixte locale de distribution de gaz et sur les conséquences que de tels changements pourraient entraîner sur leur statut, leur activité ou l'appartenance au secteur public.



Saisi d'un projet de décret pris pour l'application de la loi du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France », le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de clarifier à l'article 1^{er}-1 de cette loi les rôles respectifs du Réseau ferré de France, de la SNCF et du titulaire d'un contrat de partenariat ou d'une convention de délégation de service public passé pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire, en particulier en ne faisant pas obligation au Réseau ferré de France de rémunérer la SNCF pour les missions qu'elle continue à exercer en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure déléguée lorsque le titulaire du contrat perçoit lui-même les redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire auprès des entreprises ferroviaires. Il a également suggéré, compte tenu des enjeux considérables des contrats de partenariat, de modifier la réglementation pour permettre à l'administration d'imposer la fourniture de renseignements et documents détaillés sur la capacité financière des candidats et, le cas échéant, leurs liens capitalistiques.

Le Conseil d'État a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'approuver par décret un avenant à une convention de concession du réseau secondaire d'intérêt général des chemins de fer qui avait pour objet de transférer à une région la concession précédemment dévolue par l'État à un syndicat mixte. La circonstance que la loi ne confère pas aux régions la qualité d'« autorités organisatrices de transports » pour les réseaux ferroviaires secondaires d'intérêt général ne fait pas obstacle à ce que l'État leur confie la concession de l'exploitation de lignes de chemin de fer appartenant à un tel réseau, dès lors que cette activité n'est pas étrangère aux compétences générales confiées aux régions par le code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable à un projet de décret approuvant un avenant à une convention passée entre l'État et une société concessionnaire d'autoroutes ayant pour objet d'y faire figurer à nouveau une section d'autoroute qui faisait partie du contrat de concession initial. En effet cette section avait été expressément retirée en 1997 du champ de la concession et, entre-temps, était intervenue la loi de janvier 1993 qui soumet les délégations de service public à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes.

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

Les questions domaniales ont occupé une place importante dans l'activité de la section, en raison notamment des réformes engagées ces dernières années dans cette matière, compte tenu de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, et d'une gestion de plus en plus complexe du domaine public notamment lorsque, comme dans les ports et aéroports, les exigences du service public se combinent à des impératifs économiques.

Conjointement avec la section des finances, a été examiné le projet d'ordonnance adoptant le code général de la propriété des personnes publiques. Ce



texte, résultat d'un travail conjoint pendant plusieurs mois de l'administration et des rapporteurs de la section des travaux publics et des finances, apporte d'importantes modifications et clarifications au droit du domaine de l'ensemble des personnes publiques.

Le Conseil d'État a émis un avis défavorable à un projet de décret portant modification du régime des redevances pour occupation du domaine public des communes et des départements par les ouvrages des réseaux publics de distribution et de transport de gaz en relevant qu'il conviendrait que le décret se borne à fixer le plafond des redevances pouvant être perçues par les communes et les départements et que devrait être retenu un critère de longueur des canalisations plutôt que de population des communes traversées.

Le Conseil d'État a eu l'occasion, lors de l'examen d'un projet de décret prorogant une seconde fois les effets d'une déclaration d'utilité publique portant sur une opération de rénovation, de préciser les conditions générales dans lesquelles peut être autorisée une telle prorogation.

Il a été confronté aux difficultés soulevées par le transfert de certaines infrastructures aux collectivités territoriales lorsque des projets de modification de ces équipements ont été engagés. Il a ainsi été saisi d'un projet de décret déclarant d'utilité publique des travaux d'aménagement d'une route nationale qui a été transférée, postérieurement à la clôture de l'enquête publique, au département. Ce dernier ayant émis le souhait de conserver le bénéfice des études et procédures réalisées par l'État, le Conseil d'État a estimé qu'il convenait de mener à bien la procédure de déclaration d'utilité publique engagée par l'État, sans exiger du département qu'il la recommence pour son propre compte.

Saisi d'un projet de décret relatif au port autonome de La Rochelle, le Conseil d'État a admis l'inclusion dans ce port de zones naturelles destinées à le rester et d'une zone aéroportuaire dont rien n'indique que la vocation actuelle soit remise en cause afin de ne pas interdire au port, à moyen ou long terme, d'une part de se développer sous le bénéfice de la réalisation par lui-même, en compensation, d'aménagements destinés à la protection d'espèces animales et végétales et, d'autre part, d'assurer du côté terrestre, dans de meilleures conditions qu'actuellement, sa desserte routière et ferroviaire en utilisant pour ce faire les emprises de la plate-forme aéroportuaire.

Le Conseil d'État a examiné une demande d'avis destinée à préciser les conditions de mise en œuvre des procédures relevant du code de l'urbanisme et du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique requises pour réaliser le projet d'implantation du tribunal de grande instance de Paris dans la zone d'aménagement concerté «Paris Rive Gauche».

Enfin, comme les années précédentes, un certain nombre de décrets relatifs à la sécurité routière ont été examinés, concernant par exemple la formation à la conduite et le permis de conduire, l'obligation de port de la ceinture de sécurité ou l'éclairage et la signalisation des véhicules.



Agriculture, pêche et chasse

La section a été saisie d'une soixantaine de textes intéressant l'agriculture, la pêche et la forêt. On peut citer notamment les ordonnances sur le statut du fermage, les chambres d'agriculture, la législation des céréales, les coopératives agricoles et la valorisation des produits agricoles ainsi que divers décrets relatifs aux organismes d'intervention agricole, à la viticulture et à ses organisations professionnelles, à l'organisation économique dans le secteur des fruits et légumes, à l'inventaire forestier national ou aux procédures d'aménagement foncier.

À l'occasion de l'examen d'un projet d'ordonnance portant adaptation de la législation relative aux céréales, le Conseil d'État s'est interrogé sur la pertinence du maintien du dispositif de contingentement de la production de farine de blé tendre destinée à la consommation humaine métropolitaine institué dans l'entre-deux-guerres. Ce dispositif, dont l'efficacité n'est pas clairement établie, est en contradiction avec la politique d'assouplissement des règles d'encadrement des activités économiques poursuivie depuis une trentaine d'années.

Le Conseil d'État observe par ailleurs que le maintien de réglementations propres à certains ministères est coûteux pour les finances publiques, en contradiction avec la politique de simplification du droit et crée des incertitudes juridiques. Saisi d'un projet de décret relatif aux modalités d'accueil en milieu professionnel des élèves de l'enseignement et la formation professionnelle agricoles, il a exprimé le souhait que soit opérée une unification rapide du régime applicable à ces élèves avec celui de droit commun, une mesure qui paraît d'autant plus appropriée qu'il n'existe entre ces régimes que des nuances et qu'ils sont tous deux soumis au même cadre général résultant d'une directive communautaire et du code du travail.



Statistiques

Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2006, la section des travaux publics a tenu 104 séances et a participé à trois séances de sections réunies.

Pendant cette période, la section a examiné 291 textes dont 18 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1

Répartition par nature des textes examinés

	2002	2003	2004	2005	2006
Lois	9	12	18	24	17
Ordonnances	4	5	14	19	11
Lois du pays	0	0	0	0	1
Décrets article 37 et autres	146	119	136	174	226
Décrets individuels et décisions	47	44	26	29	33
Avis	5	4	1	7	3
Total	211	184	195	253	291

Tableau 2

Délais d'examen des textes législatifs en 2006

	Total des affaires examinées	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois
Projet de lois et lettres rectificatives	17	5	9	2	-
Ordonnances	11	3	2	6	1

Tableau 3

Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Lettre rectificative	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels Arrêtés et décisions	Avis	Total
Premier ministre	-	-	-	-	-	-	-	-
Agriculture	5	7	-	-	49	1	-	62
Budget	1	-	-	-	1	-	-	2
Équipement – Habitat – Aménagement – Mer	4	3	-	-	84	11	2	104
Écologie	-	-	1	-	37	10	-	48
DOM-TOM	2	-	-	1	4	-	-	7
Industrie, PTT, recherche	4	1	-	-	45	10	1	61
PME	-	-	-	-	3	-	-	3
Tourisme	-	-	-	-	3	1	-	4
Ville	-	-	-	-	-	-	-	-
Total	16	11	1	1	226	33	3	291



Tableau 4
Répartition des textes examinés par matière

Matières	2002	2003	2004	2005	2006
Agriculture – Forêts – Pêche	29	29	18	40	59
Autoroutes – Routes	18	13	7	17	24
Construction – Urbanisme – Aménagement	33	16	30	40	61
Défrichement	0	-	1	-	-
Eaux	2	5	-	10	6
Énergie (électr., hydro., therm., nucl.)	10	16	18	9	17
Écologie	20	27	32	34	27
Hydrocarbures	6	5	3	4	8
Industrie – Recherche – Télécom – Entreprises	6	8	12	13	31
Mer	1	1	3	1	-
Mines – Carrières	1	3	4	2	8
Parcs – Réserves	2	1	4	3	6
Planification – Administrations (PTT)	16 4	2 7	8 -	10 -	10 -
Rivières – Canaux	2	-	-	-	-
Sites	13	18	8	5	10
Taxes parafiscales	5	1	-	-	-
Transports terrestres	21	22	29	37	9
Transports maritimes et fluviaux	10	6	3	9	4
Transports aériens	6	3	9	12	7
Tourisme	6	1	3	7	4
Ville	0	-	3	-	-
Total	211	184	195	253	291



Activité de la section

Au cours de l'année 2006, 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. Elle a essentiellement porté sur l'examen d'un très grand nombre de projets de décret réglementaire. Cette situation s'explique pour partie par l'intense activité législative des années passées.

Mais il faut aussi penser qu'il s'agit d'une tendance de moyen terme. En effet, les statistiques sur dix ans font apparaître un très net alourdissement de la charge de travail de la section. Certes, en données brutes, certaines années ont dans le passé donné lieu à l'examen de davantage de textes que l'année courante (par exemple, 404 textes en 1996 contre 285 cette année). Mais ces données sont faussées par le très grand nombre de projets de décret individuel qui étaient alors soumis pour avis au Conseil d'État, avant que certaines procédures⁴ n'aient été réaménagées. Si l'on s'en tient aux données les plus significatives de l'activité de la section sociale, c'est-à-dire au nombre de projets de loi, d'ordonnance et de décret réglementaire examinés, il en ressort que son activité est supérieure de 43 % à celle constatée il y a cinq ans et de 77 % à celle d'il y a dix ans.

Cette année, la section sociale a été saisie de quinze projets de loi dont cinq portant ratification d'ordonnances. Parmi ces projets figurent deux projets de loi réformant en profondeur le traitement social des problèmes liés directement ou indirectement à l'enfance en difficulté, à savoir le projet de loi relatif à la protection de l'enfance et celui relatif à la prévention de la délinquance. Le projet de loi pour l'égalité des chances a porté à la fois sur la matière sociale et sur les domaines relatifs au travail et à l'emploi, tandis que le projet de loi relatif au développement de la participation et de l'actionnariat des salariés, au-delà de son intitulé, a aussi prévu de nombreuses mesures réformant le droit du travail. Il faut également signaler le projet de loi de modernisation du dialogue social, examiné en fin d'année.

4 - Concernant les naturalisations – cf. *infra*.

La section sociale a également été saisie de cinq projets d'ordonnance. Le nombre de projets d'ordonnance soumis à son examen a fortement diminué par rapport à l'année précédente. Mais l'année 2005 a été très singulièrement marquée par la mise en œuvre des très nombreuses habilitations qui avaient été données au Gouvernement par la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

Le nombre de projets de loi du pays dont la section sociale a été saisie pour avis sur le fondement de l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie s'est maintenu à un niveau soutenu. La section a ainsi examiné cinq projets de loi du pays.

Le nombre de projets de décret réglementaire examinés par la section sociale a été très élevé : c'est même le plus important qui ait été constaté depuis 1991 (sous réserve de l'année dernière, mais la différence se chiffre à une unité près). Il est ainsi supérieur de 71 % à celui observé en 1991 et de 76 % à celui constaté en 1996.

Comme il a été indiqué précédemment, cette importante activité est la conséquence, pour partie, de l'intense activité législative des années passées. Il en est ainsi de la création du régime social des indépendants regroupant les trois régimes de sécurité sociale des professions artisanales, industrielles et commerciales, prévue par l'ordonnance n° 2005-1528 du 8 décembre 2005 et qui a donné lieu en 2006 à deux projets de décret relatifs à l'organisation interne et territoriale des caisses du régime et à son organisation financière, budgétaire et comptable. De même, la composition de la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale et des tribunaux interrégionaux a été profondément refondue par voie d'ordonnance. Il appartenait au décret de préciser les procédures de désignation des membres de ces juridictions et de fixer certaines règles de procédures les concernant.

On notera que l'année 2006 a vu un nombre important de projets de décret relatifs à l'organisation des professions de santé. La formation des personnels intervenant dans le domaine de la santé a, en outre, donné lieu à l'examen de nombreux projets de décret et de texte statutaire modifiant les conditions d'évolution de la carrière des personnels des établissements de santé ou sociaux et médico-sociaux.

Quant aux projets de décret individuel relatifs au refus et retraits de nationalité, une baisse notable avait été constatée en 2005. Cette baisse était attendue, car elle traduisait 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, qui faisait de l'obligation de connaître la langue française une condition, non plus du bien-fondé de la demande de naturalisation de l'étranger ayant contracté mariage avec un ressortissant français, mais de sa recevabilité. Il revient donc désormais à l'autorité judiciaire d'examiner le respect de cette condition.

En revanche, l'année 2006 a été marquée par une augmentation sensible (de plus de 25 %) du nombre de projets de décret individuel examinés par la section sociale. Cette situation s'explique en partie par l'examen durant le second semestre de plusieurs projets de décret portant déchéance de la nationalité française en raison de l'orientation prise par le Gouvernement d'utiliser plus fréquemment cette procédure en cas de condamnation pour terrorisme.



Enfin, le Conseil d'État a répondu à deux demandes d'avis en 2006. La première était relative à la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces et avait trait à l'édiction par la Nouvelle-Calédonie de normes législatives ou réglementaires en matière de placement et d'emploi et à la possibilité pour elle de confier aux autorités provinciales le soin d'organiser un service de placement. La seconde portait sur l'attribution de bénéfices de campagne pour les services militaires accomplis durant les combats en Afrique du Nord.

Observations d'ordre général

La réflexion préalable à la transmission des textes est parfois insuffisante

La section remarque notamment de trop fréquentes saisines rectificatives. Dans un certain nombre de cas, ces saisines sont pleinement justifiées. Elles permettent de tenir compte d'un approfondissement de la réflexion gouvernementale à l'issue d'un dialogue constructif avec le Conseil d'État. Certaines sont plus contestables et traduisent une insuffisance du travail préalable à la transmission des textes par le Gouvernement au Conseil d'État.

Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler aux administrations l'intérêt de l'outil de travail, que constitue le «guide de légistique»¹, élaboré conjointement par le secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État; l'usage de cet outil par l'administration n'est pas encore assez systématique. Il a ainsi relevé que les règles relatives aux ministres rapporteurs et aux contreseings des textes, pourtant clairement et précisément décrites par le guide sont trop souvent méconnues. Dans certaines hypothèses, le rapporteur est également contraint de procéder à une refonte complète des dispositions du projet de texte, soit par trop imprécises, soit, à l'inverse, par trop disertes ou méconnaissant résolument les règles relatives aux domaines respectifs de la loi et du règlement.

En règle générale, il faut regretter qu'encore trop souvent, la section soit saisie de dossiers qui ne sont pas en état et dont elle doit différer l'examen, faute, par exemple, pour tous les ministres dont l'accord est requis d'avoir été consultés ou pour les organismes dont la consultation est obligatoire d'avoir émis leurs avis. De même, les tableaux établissant la comparaison entre le texte en vigueur et le projet du Gouvernement, qui sont très utiles et dont la section sociale demande systématiquement la remise, ne figurent pas toujours dans la transmission initiale du dossier.

Enfin, les objectifs et les implications des projets que la section examine peuvent parfois, faute d'étude d'impact ou de travaux préparatoires éclairants, rester très incertains ou obscurs, en particulier quand un texte intervient très peu

6 - Dont l'intitulé exact est « Guide de l'élaboration des textes législatifs et réglementaires » et qui est accessible sur le site internet de Légifrance.

après un texte ayant précisément traité de la même matière, ce qui est hélas de plus en plus fréquemment le cas.

Un exemple caractéristique de l'existence de travaux préparatoires insuffisants est celui de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales qui a prévu de transférer aux régions la charge du fonctionnement et de l'équipement des écoles et instituts de formation des professionnels paramédicaux, des sages-femmes et des préparateurs en pharmacie hospitalière, dont le financement incombait auparavant aux établissements publics de santé lorsque ces derniers hébergeaient en leur sein un tel organisme de formation. En raison du retard pris par le Gouvernement dans l'établissement du chiffrage des charges transférées, le décret du 29 juin 2005 prévoyait pour l'année en cours des dispositions permettant de retarder l'interdiction pour les établissements publics de santé de verser une subvention d'équilibre au compte de résultat annexe de ces écoles. Les établissements n'étant toujours pas parvenus à identifier l'ensemble de dépenses des écoles en 2006, le Gouvernement a souhaité proroger ces dispositions, dites transitoires, afin que les établissements hospitaliers persistent, pendant une année de plus, à combler le déficit des comptes de résultats de ces écoles. Mais les dispositions qui, sous prétexte de pallier l'impréparation du transfert de compétences, conduisaient à méconnaître le principe de financement intégral des compétences transférées aux collectivités territoriales prévu par l'article 72-2 de la Constitution ont été disjointes par le Conseil d'État.

La succession très rapide du projet de loi sur la protection de l'enfance et du projet relatif à la prévention de la délinquance a soulevé un problème de cohérence entre les attributions confiées par ces deux textes, respectivement au maire et au président du conseil général.

Le Conseil d'État a par ailleurs constaté, à l'occasion de l'examen de projets de décret d'application de ces textes, qu'une insuffisante attention avait été accordée, au moment de l'adoption des dispositions législatives, au niveau de norme approprié auquel il convenait de renvoyer. Trop souvent, les mesures d'application relèvent du décret en Conseil d'État au lieu du décret simple, sans que la justification de ce choix apparaisse clairement. Il y a lieu de rappeler que le renvoi à des décrets en Conseil d'État ne saurait devenir la règle ; cette remarque s'applique naturellement aux travaux conduits par l'administration mais aussi au propre examen par la section de projets de loi et d'ordonnance. Une attention particulière devra à l'avenir être portée à cette question.

À l'occasion de l'examen de projets de décret d'application de dispositions sociales qui avaient été introduites dans des lois de finances, le Conseil d'État a constaté que ces dernières ne sont pas, en raison tant des procédures de préparation des textes par l'administration que des contraintes de temps et de procédure dans lesquelles est enfermé leur examen par le Parlement, adaptées à la mise en œuvre de réformes importantes et complexes en matière de législation sociale.

Délais d'examen

L'examen des textes qui ont été soumis à la section s'est trop souvent déroulé dans des délais très contraints. À cet égard, force est de constater que les organismes consultatifs disposent en général de délais d'examen supérieurs à ceux impartis au Conseil d'État.



Les saisines en urgence, encore nombreuses cette année, ne sont pas toujours justifiées. Ainsi, la section sociale a dû examiner en urgence le projet de décret relatif aux commissions administratives paritaires nationales de la fonction publique hospitalière, en raison de la proximité des élections professionnelles, dont la date était pourtant connue d'avance. De même, les projets d'ordonnance sont transmis de façon quasi systématique en toute fin de période d'habilitation, laissant au Conseil d'État un délai utile d'examen extrêmement réduit. De telles conditions de saisine ne vont pas dans le sens de la sécurité juridique.

Quant à l'exigence de prendre les mesures d'application de la loi dans des délais raisonnables, elle est encore trop souvent méconnue. Ce n'est, par exemple, que quatre ans après que la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des systèmes de soins a offert la possibilité aux masseurs-kinésithérapeutes de prescrire un certain nombre de matériels paramédicaux, que le Gouvernement a saisi le Conseil d'État du projet de décret permettant la mise en œuvre complète de cette mesure.

Des difficultés persistent en matière de consultations obligatoires

Tout examen d'un texte soumis au Conseil d'État s'accompagne de la vérification du respect par l'administration de l'obligation qui lui incombe de procéder à certaines consultations. Ces consultations s'avèrent, à l'expérience, particulièrement nombreuses dans le domaine social. Aussi bien, la section sociale a-t-elle dû, cette année encore, différer l'examen de plusieurs textes en raison de défauts de consultation.

Une des principales difficultés à laquelle l'administration et, à sa suite, la section sont confrontées réside dans la définition du champ de la consultation requise. Dans une approche préventive, cette question devrait conduire l'administration, et d'ailleurs le Conseil d'État lui-même, à une plus grande vigilance lors de l'élaboration des textes instituant la consultation obligatoire en vue de la définition d'un champ aussi clair que possible.

Le cas du Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie est particulièrement représentatif de cette difficulté.

Aux termes de l'article L. 910-1 du code du travail, ce conseil « *donne son avis sur la législation et la réglementation applicables en matière de formation professionnelle tout au long de la vie* ». Le Conseil d'État a été amené à constater que ces dispositions imposent désormais la consultation du conseil sur les projets de loi ou de décret relatifs à la formation professionnelle tout au long de la vie des salariés des secteurs sanitaire et médico-social. Il a toutefois estimé qu'un projet de décret se bornant à prévoir le cofinancement d'actions de formation professionnelle de certains de ces salariés par un organisme du secteur, ne pouvait être regardé comme modifiant la réglementation applicable en matière de formation professionnelle tout au long de la vie. Par ailleurs, le Conseil d'État a eu l'occasion de s'interroger sur le point de savoir si les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la formation médicale continue entraient dans le champ de la consultation obligatoire du Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie. Il y a apporté une réponse négative, dès lors, notamment, que les conseils nationaux de la formation médicale continue des médecins libéraux et des médecins salariés non hospitaliers, prévus à l'article L. 4133-2 du code de la santé publique, remplissent la plupart des missions de ce conseil.



Un autre exemple topique, qui mérite d'être évoqué, est celui de la consultation de la section sociale du comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

Aux termes du dernier alinéa du I de l'article L. 312-3 du code de l'action sociale et des familles, cet organisme est consulté par le ministre chargé des Affaires sociales « *sur les problèmes généraux relatifs à l'organisation des établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, notamment sur les questions concernant leur fonctionnement administratif et financier* ». Le Conseil d'État n'a pu que constater que la notion « d'organisation » prévue à cet article était très large. Il a dès lors estimé qu'un projet de décret qui détermine le régime d'équivalence de la durée légale du travail applicable à certains salariés du secteur médico-social et social entrainé dans le champ de la consultation ainsi définie, qui revêt un caractère obligatoire.

Enfin, si on ne peut en principe exiger de l'administration qu'elle recueille l'avis d'un organisme consultatif requis par les textes lorsque cet organisme n'a pu être constitué, encore faut-il, pour que l'administration puisse s'exonérer d'une consultation imposée par la loi, que cette impossibilité matérielle ne lui soit pas imputable, notamment en raison d'un relatif manque de diligence. Dans ces conditions, le Conseil d'État n'a pu que procéder, cette année encore, à la disjonction de dispositions devant être soumises à l'avis d'organismes consultatifs pour lesquels les textes réglementaires nécessaires à la mise en place de l'institution n'avaient pas été publiés dans des délais raisonnables.

Les enjeux communautaires

Une question récurrente qui se pose au Conseil d'État et qui est directement liée à celle des consultations obligatoires, est celle de savoir si l'aide instituée par le projet de texte dont il est saisi doit être regardée comme une aide d'État au sens des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne. Cette question est certes délicate. Il n'en est que plus regrettable qu'elle n'ait pas donné lieu à un examen préalable avant la saisine du Conseil d'État.

Par ailleurs, la section sociale a eu à connaître de nombreux textes assurant la transposition de directives, souvent extrêmement techniques, que ce soit en matière de sécurité au travail ou de droit des médicaments.

Enfin, saisi d'un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament, qui comportait un article habilitant le Gouvernement à prendre des ordonnances en vue d'assurer la transposition de directives relatives à des produits de santé, pour lesquelles le délai de transposition était expiré, le Conseil d'État a été conduit à s'interroger sur la justification du recours à une telle procédure. Il l'a admis eu égard aux considérations suivantes : le caractère très technique des dispositions en cause, dont le contenu est largement contraint par le texte communautaire, la nécessité de respecter les engagements internationaux de la France, l'urgence à agir compte tenu de l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire et la préservation de la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs publics.



L'organisation des administrations

La section a été saisie d'un texte créant la direction générale du travail qui regroupe l'ensemble des services y compris l'Inspection du travail afin de donner au ministère une capacité d'impulsion plus forte sur toutes les questions relatives à la négociation collective, aux conditions de travail, à l'élaboration et au respect du droit du travail. Elle a particulièrement veillé au respect des exigences figurant à l'article 6 de la convention n° 81 de l'Organisation internationale du travail relatives à l'indépendance des personnels de l'Inspection du travail.

Principales questions relevées

La loi de financement de la sécurité sociale

C'est la deuxième fois que le Conseil d'État a été appelé à examiner le projet de loi de financement de la sécurité sociale sur le fondement de la loi organique du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale complétant et modifiant les dispositions relatives à ce nouveau type de loi créé par la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996. Si la loi de 2005 a notamment eu pour objet d'étendre le champ d'intervention des lois de financement de la sécurité sociale, elle ne permet cependant pas d'admettre des mesures qui n'ont pas par elles-mêmes d'effet sur les dépenses des régimes obligatoires de base au sens de l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale. Ont été de ce fait disjointes d'une part des dispositions relatives à la composition du personnel des laboratoires d'analyse médicales, d'autre part des dispositions permettant aux établissements sociaux et médico-sociaux de déroger au plan comptable général.

À l'occasion de cet examen, le Conseil d'État a estimé que devait recevoir application l'article L. 200-3 du code de la sécurité sociale qui prévoit expressément l'obligation de consulter les caisses de sécurité sociale avant l'adoption des lois de financement de la sécurité sociale.

Sécurité sociale

La section sociale a eu à connaître en 2005 de deux décrets relatifs à la mise en place du régime social des indépendants (RSI) précédemment créé par voie d'ordonnance en vue de regrouper les régimes d'assurance maladie et vieillesse des artisans et des industriels et commerçants ainsi que le régime maladie des professions libérales. Cette réforme, inédite par son ampleur et par le nombre de cotisants et retraités concernés, soit plus de trois millions de personnes, nécessitait l'adoption d'un mode de scrutin original ainsi que la redéfinition des compétences et du régime financier et comptable de la Caisse nationale et des caisses locales. La publication de ces dispositions a permis la tenue en temps utile des élections et la mise en vigueur du nouveau régime au cours de l'année.



Le Gouvernement poursuivant son objectif de réduction des dépenses d'assurance maladie, la section a à nouveau examiné un certain nombre de projets de texte limitant les prestations ou le montant des prestations pris en charge par les organismes d'assurance maladie et autres tiers payant. Saisi du projet de décret relatif aux règles de prise en charge de la participation des assurés bénéficiaires de la couverture médicale universelle complémentaire mentionnée à l'article L. 861-1 du code de la sécurité sociale, le Conseil d'État a admis la suppression de la prise en charge d'un certain nombre de majorations affectant le montant des consultations ou prescriptions médicales. Parallèlement, les règles présidant au calcul du ticket modérateur fixées par l'article R. 322-8 du code de la sécurité sociale ont été rendues plus contraignantes. Par ailleurs, les procédures de récupération des indus par les organismes d'assurance maladie ont été renforcées et une mission de contrôle et de sanction des erreurs ou des fraudes liées à la tarification à l'activité des établissements de santé, a été confiée à la commission exécutive de l'agence régionale de l'hospitalisation.

Enfin, le Conseil d'État, à l'occasion de l'examen du projet de décret relatif à la prorogation des mandats des membres des conseils d'administration des organismes agréés mentionnés à l'article R. 382-6 du code de la sécurité sociale, a précisé les conditions relatives à cette prorogation. La fixation de la durée du mandat doit relever de la compétence du pouvoir réglementaire ; cette prorogation doit être expresse ; elle doit intervenir avant l'expiration du mandat originel et répondre à une préoccupation d'intérêt général. À ce titre, il convient, d'une part, de vérifier le ou les motifs qui justifient la prorogation, ensuite d'examiner s'ils sont légitimes, enfin, de contrôler que les modalités arrêtées pour atteindre ces objectifs ne sont pas inappropriées ou déraisonnables.

Travail, emploi et formation professionnelle

Une partie de l'activité de la section sociale dans ce secteur a été consacrée à l'examen de textes ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre de réformes institutionnelles engagées les années précédentes.

Le Conseil d'État a eu à connaître d'un projet de décret relatif à l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail. Ce projet de texte a été pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-1087 du 1^{er} septembre 2005 relative aux établissements publics à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine, qui avait étendu la compétence de l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale (AFSSE) au domaine de la santé au travail. Les nouvelles dispositions relatives à l'agence, dénommée désormais Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET) qui figurent aux articles L. 1336-1 à L. 1336-6 du code de la santé publique, appelaient une adaptation des dispositions réglementaires relatives à l'AFSSE. Le Conseil d'État a confirmé la position qu'il avait prise lorsqu'il avait eu à connaître du projet d'ordonnance, à savoir que l'AFSSET doit être regardée comme le simple prolongement de l'AFSSE avec des compétences élargies et non comme une nouvelle agence.

Le projet de loi pour l'égalité des chances comporte des dispositions en matière de droit du travail et de l'emploi et prévoit, entre autres, une formation alternée dénommée « formation d'apprenti junior ». Le Conseil d'État a donné un avis favorable à



ce nouveau dispositif. Il a toutefois relevé, pour le regretter, que c'était la huitième fois en trois ans qu'un projet de loi traitait de l'apprentissage.

A été examiné un projet de loi relatif au développement de la participation et de l'actionnariat des salariés modifiant en profondeur les dispositifs existants, et comportant, en outre, diverses mesures relatives au droit du travail, concernant la sécurisation des parcours professionnels, le congé de reclassement, l'emploi des « seniors » ou encore la ratification – avec des modifications – de l'ordonnance du 13 avril 2006 relative à l'expérimentation du contrat de transition professionnelle. Ce nouveau contrat a pour objet de permettre à des salariés employés dans des entreprises de moins de mille salariés mais menacés par une procédure de licenciement économique d'être embauchés par une filiale de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) appelée à conduire en leur faveur diverses actions de reclassement.

Certaines mesures prévues dans le projet de loi, même si elles ne créent pas un nouveau dispositif, augmentent le périmètre existant des réductions ou exonérations de cotisations de sécurité sociale. Le Conseil d'État a donc estimé que ces réductions ou exonérations devront, conformément aux dispositions de l'article L. 131-7 du code de la sécurité sociale, donner lieu à une compensation intégrale par l'État aux régimes concernés, sauf à prévoir dans une loi de financement de la sécurité sociale, en application de l'article LO 111-3 du même code, une disposition expresse autorisant la dispense de cette compensation. En outre, ces mesures ont, qu'elles soient ou non compensées par le budget de l'État, des incidences réelles sur l'équilibre financier de la sécurité sociale et entrent dans le champ de compétence des caisses et de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale. Le Conseil d'État a dès lors considéré que leur étude exigeait en application de l'article L. 200-3 du même code, la consultation préalable du conseil ou du conseil d'administration de ces caisses et de cette agence. Ce texte a donné lieu à deux examens, la saisine initiale ayant été complétée, postérieurement à l'adoption du projet de loi par le Conseil des ministres, par une lettre rectificative qui comportait les dispositions créant un chèque-transport.

Le projet de loi en cause comportait également une disposition relative aux travaux de recodification du code du travail. Conformément à l'article 38 de la Constitution, l'article 84 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit avait habilité le Gouvernement à adapter la partie législative du code du travail. L'article 92 de cette même loi prévoyait que l'ordonnance de codification devait être prise dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la loi au *Journal officiel* du 10 décembre 2004. Ce délai n'ayant pas été suffisant, une nouvelle habilitation a été nécessaire. Elle a pour effet de rouvrir pour neuf mois le délai initialement prévu. À l'occasion de l'examen de cette disposition, le Conseil d'État a approuvé l'introduction d'une précision utile, même si elle n'est pas juridiquement nécessaire, consistant à bien marquer que l'habilitation permettait une refonte de la présentation du code du travail – mais pas du fond du droit – pour tenir compte de ce que le plan de ce code n'avait guère évolué depuis la codification de 1973.

A aussi été soumis un projet de loi de modernisation du dialogue social tendant à modifier les conditions de préparation des réformes concernant le droit du travail en organisant les rapports entre le Gouvernement et les partenaires sociaux de façon à mieux prendre en compte les exigences d'une meilleure concertation. C'est ainsi que, dans le champ des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, dès lors qu'une réforme



envisagée par le Gouvernement peut se prêter à une négociation au niveau national et interprofessionnel, il est prévu, en amont des procédures consultatives organisées par le code du travail, une information préalable des organisations syndicales et professionnelles représentatives au niveau national et interprofessionnel. Cette information est destinée à leur permettre de faire connaître leur intention d'engager des négociations. Si les organisations syndicales et professionnelles font part de leur intention d'engager des négociations, il leur appartient, alors, d'indiquer le délai qui leur paraît nécessaire. Cette démarche n'est pas mise en œuvre lorsque l'urgence justifie l'adoption rapide d'un texte. À l'issue de cette concertation, le projet de loi prévoit, en deuxième lieu, une procédure générale de consultation sur les textes élaborés par le Gouvernement, ceci dans le cadre des instances habituelles du dialogue social prévues par le code du travail que sont, selon la matière traitée, la Commission nationale de la négociation collective, le comité supérieur de l'emploi ou le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie.

À la suite de l'injonction prononcée par le Conseil d'État statuant au contentieux dans une décision du 28 avril 2006 *Dellas et autres*, annulant partiellement le décret du 31 décembre 2001 en tant qu'il ne permettait pas d'assurer le respect des seuils et plafonds communautaires prévus par la directive 2003/88/CE du parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, la section sociale a été saisie d'un projet de décret pris sur le fondement de l'article L. 212-4 du code du travail et modifiant les dispositions du décret n° 2001-1384 du 31 décembre 2001 instituant une durée équivalente à la durée légale du travail pour certains salariés des établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif, dispositions aujourd'hui codifiées aux articles R. 314-201 à R. 314-203 du code de l'action sociale et des familles.

En vue de prendre en compte les exigences relatives au travail de nuit issues de cette directive, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 3 octobre 2000, *Simap*, aff. C-303/98 ; 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01 ; 1^{er} décembre 2005, *Dellas*, C-14/04), le Conseil d'État a estimé que le projet de décret ne pouvait se limiter à prévoir un plafond au nombre d'heures, décomptées heure par heure, pouvant être effectuées durant vingt-quatre heures par un travailleur de nuit. L'application de la définition du travailleur de nuit, figurant à l'article L. 213-2 du code du travail, aux salariés soumis à un régime d'équivalence, se faisant nécessairement avec application du mécanisme de pondération qu'un tel régime d'équivalence prévoit, il lui est apparu qu'il incombait au décret en question de donner une définition du travailleur de nuit, conforme au droit communautaire en vue de déterminer le champ des personnes concernées par les dispositions édictées. La combinaison du droit communautaire et du droit du travail est, dans cette matière, la source d'une complexité importante pour les personnes bénéficiaires de ce droit ou ayant à l'appliquer.

Le Conseil d'État a eu à connaître d'un projet de décret relatif au comité supérieur de l'emploi. L'article L. 322-2 du code du travail dispose qu'en vue de mettre en œuvre la politique définie à l'article L. 322-1, c'est-à-dire la politique de l'emploi, le ministre chargé du travail « *est assisté d'un comité supérieur de l'emploi à caractère consultatif où sont représentées les administrations intéressées et les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs et des représentants des collectivités territoriales* ». D'autres articles législatifs



du code du travail, tel que l'article L. 352-2, prévoient la consultation obligatoire du « comité supérieur de l'emploi ». La loi est, en revanche, muette sur les conditions d'organisation et de fonctionnement de ce comité. Ceci n'appelle pas d'observations particulières dès lors qu'en réalité, la création d'un organisme purement consultatif relève sauf exception du domaine réglementaire.

Dans ces conditions, le Conseil d'État a estimé que le pouvoir réglementaire était en droit, dans le cadre du renvoi au décret en Conseil d'État opéré par l'article L. 322-6, de prévoir la constitution d'une formation restreinte, appelée commission permanente, chargée d'exercer, au même titre que la formation plénière du comité, les attributions qui sont confiées à ce dernier par les lois et règlements en vigueur. Il a toutefois émis deux réserves, d'une part, que la formation restreinte soit constituée au sein du comité et, d'autre part, que sa consultation offre les mêmes garanties que celle de la formation plénière au regard de l'intention du législateur. Il a alors constaté que le projet soumis à son examen satisfaisait les conditions ainsi posées.

Enfin, saisi d'un projet de décret relatif à l'allocation temporaire d'attente, le Conseil d'État a jugé nécessaire, par rapport au projet du Gouvernement, de compléter l'article R. 351-8 du code du travail, compte tenu des dispositions du II de l'article L. 351-9 du même code, dans sa rédaction issue de l'article 153 de la loi de finances pour 2006, qui confie au pouvoir réglementaire le soin de définir les catégories de « personnes en attente de réinsertion » susceptibles de bénéficier de cette allocation. Le Conseil d'État a estimé qu'il était conforme à ce qu'avait voulu le législateur en retenant cette notion d'appliquer aux catégories énumérées à cet article R. 351-8, et non aux seuls anciens détenus, l'obligation d'inscription à l'ANPE pour avoir droit à l'allocation temporaire d'attente.

Santé

Une partie de l'activité de la section sociale a été consacrée à l'examen de dispositions modifiant les codes de déontologie des professions médicales. Il convient à ce titre de signaler l'examen d'un projet de décret ayant pour objet, d'une part, d'adapter les dispositions du code de déontologie médicale pour tenir compte de la création, par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, d'un statut de collaborateur libéral applicable aux médecins et, d'autre part, de supprimer l'interdiction déontologique faite aux médecins d'employer, en qualité de salarié, un autre médecin.

À l'occasion de l'examen de deux projets de décret pris pour l'application de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dont l'un portait modification du code de déontologie des médecins en complétant l'article R. 4127-37 du code de la santé publique, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur la signification du terme « préparé » à l'article L. 4127-1 du code de la santé publique, qui énonce que le code de déontologie est « préparé » par le Conseil national de l'ordre intéressé. Conformément à la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 30 avril 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région et Brossault*, le Conseil d'État a estimé que cette disposition ne privait pas le Gouvernement de la possibilité d'apporter au projet de décret ainsi « préparé » par le Conseil de l'ordre des adjonctions ou des modifications dès lors que ces changements ne sont pas d'une nature ou d'une ampleur telles qu'elles excéderaient des limites raisonnables.



Dans le domaine de la santé, le travail de la section sociale a aussi porté sur les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux. Ceux-ci n'ont pas fait l'objet en 2006 de réforme d'organisation importante. En revanche, le Gouvernement a procédé à des modifications partielles mais nombreuses des statuts des personnels hospitaliers au sens large du terme, si l'on inclut dans ces réformes celles qui ont affecté l'organisation des carrières des praticiens hospitaliers qui ne relèvent pas de la fonction publique hospitalière.

Les personnels hospitaliers et surtout les personnels de direction des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, ont fait l'objet de nombreux projets relatifs tant à leurs statuts particuliers qu'aux conditions de nomination dans les emplois fonctionnels.

Le Conseil d'État, à cet égard, a signalé au Gouvernement que le projet de décret créant le statut d'emploi de conseiller général des établissements de santé, dont les missions de conseil, d'assistance et de contrôle sont exercées en application des dispositions de l'article L. 6147-7-2 du code de la santé publique, pour le compte, à la demande ou sous l'autorité hiérarchique directe du ministre chargé de la santé, auprès duquel ils sont placés, présentait le caractère d'une mesure d'organisation du service. Il en a déduit que le Gouvernement devait soumettre pour avis ce projet de statut au comité technique paritaire central, en application des dispositions de l'article 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires.

S'agissant de la poursuite de la réforme des budgets et de la tarification des établissements, la section a déploré une succession trop rapide de textes insuffisamment préparés.

Le nouveau mode de financement des établissements publics de santé n'est pas encore stabilisé. Plusieurs textes sont intervenus en vue d'ajuster les mécanismes de tarification à l'activité des établissements issus de l'article 33 de la loi n° 2003-119 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004. De nombreuses modifications réglementaires sont également intervenues. On avait en effet insuffisamment appréhendé les effets de cette tarification sur la procédure budgétaire applicable aux établissements et sur la trésorerie de ces derniers et des caisses d'assurance maladie. La tarification à l'activité reposant sur un système déclaratif est susceptible d'induire un nombre accru d'erreurs ou de fraudes en matière de facturation et nécessite de ce fait un renforcement du contrôle des éléments d'assiette et de liquidation des prestations facturées par les établissements de santé. La sanction de tels comportements a fait l'objet d'un projet de décret pris pour application de l'article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale issu du I de l'article 46 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie qui a modifié le I de l'article 25 de la loi du 18 décembre 2003 portant loi de financement de la sécurité sociale pour 2004. Le Conseil d'État a regretté que ce projet ne lui ait été soumis que le 4 janvier 2006, alors que le Gouvernement avait rédigé dès octobre 2004 un guide de contrôle externe qui a fait l'objet d'une diffusion auprès des établissements de santé et des organismes d'assurance maladie.



Bioéthique

Le projet de décret relatif au décès des personnes hospitalisées et à la prise en charge des enfants pouvant être déclarés sans vie à l'état civil a donné au Conseil d'État l'occasion d'une réflexion sur la difficile question du devenir en milieu hospitalier des fœtus et des corps des enfants dits « mort-nés ». Ce texte précise les obligations de l'établissement de santé à l'égard de la mère ou du père dans l'hypothèse où ceux-ci peuvent demander en application de l'article 79-1 du code civil l'établissement « d'un acte d'enfant sans vie ». Il s'inscrit dans les dispositions du code de la santé relatives à l'éthique médicale.

La section sociale a eu à connaître en 2006 de plusieurs textes pris pour l'application de la loi n° 2004-806 du 13 août 2004 relative à la politique de santé publique, tels que le projet de décret relatif au don de gamètes et à l'assistance médicale à la procréation ou celui fixant les conditions dans lesquelles les médecins assurent l'information de leurs patients âgés de seize à vingt-cinq ans sur les modalités de consentement au don d'organes à fin de greffe. Le Gouvernement n'a cependant pas encore pris, l'ensemble des décrets nécessaires à sa mise en œuvre.

Action sociale et handicap

C'est dans ce secteur que sont intervenus les principaux projets de lois soumis à l'avis de la section sociale.

Le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance a confié aux maires de nouvelles prérogatives en leur donnant notamment des compétences pour coordonner l'intervention des travailleurs sociaux agissant auprès des mineurs, travailleurs dont les missions persistent à relever du département. Ce dernier pourra toutefois confier aux communes, par voie conventionnelle, l'exercice de cette compétence. Dans sa partie sociale, ce projet comportait des dispositions qui n'auraient pas dû y figurer, car dépourvues de caractère normatif, qui ont été disjointes.

Un autre projet de loi relatif à l'égalité des chances a créé le contrat de responsabilité parentale. L'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles, introduit par l'article 48 du projet voté, prévoit ainsi qu'« *en cas d'absentéisme scolaire, tel que défini à l'article L. 131-8 du code de l'éducation, de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale, le président du conseil général, de sa propre initiative ou sur saisine de l'inspecteur d'académie, du chef d'établissement d'enseignement, du maire de la commune de résidence du mineur, du directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales ou du préfet, propose aux parents ou au représentant légal du mineur un contrat de responsabilité parentale [...]. Ce contrat rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et comporte toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation [...]* ».

Le Conseil d'État, saisi du projet de décret pris pour l'application de ces dispositions, a estimé que ce document, malgré sa dénomination, n'était pas un contrat, dès lors que ni le président du conseil général, ni les parents, ne pouvaient être



regardés comme se liant, en le signant, par des droits et obligations réciproques. Il s'est fondé, à ce titre, sur les éléments suivants. D'une part, les parents ne sauraient s'engager à assurer des obligations qui leur incombent, en tout état de cause, en vertu de la loi, et qui tiennent à l'exercice de l'autorité parentale sur leurs enfants ; ils n'assurent, en outre, aucune prestation au bénéfice du conseil général ou du service d'aide à l'enfance. D'autre part, les mesures que peut proposer le président du conseil général supposent en tout état de cause, de par la loi, la bonne volonté, voire l'accord des parents. Enfin, les engagements contenus dans le contrat de responsabilité parentale ne sauraient engager la responsabilité des parents vis-à-vis du président du conseil général et, inversement, du conseil général vis-à-vis des parents et ainsi permettre, comme cela est de droit commun en matière de contrat, l'engagement d'actions indemnitaires à raison du non-respect, par l'une ou l'autre des parties, de certaines clauses.

La loi relative à l'égalité des chances a par ailleurs créé, sous la forme d'un établissement public, l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances. Cette agence a pour mission de mettre en place directement ou d'accorder par voie contractuelle des financements aux collectivités, groupements de collectivités ou associations afin d'aider les publics qui connaissent des difficultés d'insertion. Elle contribue également au financement d'organismes qu'elle a préalablement agréés, chargés d'assurer la formation des participants au service civil qu'elle crée. Le projet de décret relatif à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances a soulevé des difficultés relatives notamment à la cohérence de la répartition des compétences des différents échelons territoriaux de cet établissement avec les compétences données par la loi aux préfets. Le Conseil d'État a incidemment relevé que la tutelle de cette agence incombait au ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement au titre de sa mission de cohésion plutôt qu'au ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de l'égalité des chances qui anime et coordonne les directions ou services centraux chargés de cette question, mais ne dispose d'aucune autorité sur ces services.

Les nouvelles technologies de l'information et la protection des données à caractère personnel

Le Conseil d'État a décliné sa compétence pour examiner un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnalisé, appelé PRENAT, ayant pour objet, d'une part, d'assurer la gestion des procédures d'acquisition ou de perte de la nationalité française et, d'autre part, de participer à la preuve de la nationalité. Ce projet ne relevait en effet pas des dispositions de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, aux termes desquelles sont autorisés par arrêté ou lorsqu'ils concernent les données mentionnées au I de l'article 8 de cette même loi, par décret en Conseil d'État, les seuls fichiers qui intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, ou ceux qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou des mesures de sûreté.

Plus généralement, le Conseil d'État a constaté que les administrations éprouvaient des difficultés à déterminer les cas dans lesquels un texte qui fonde l'existence d'un système de traitement de données à caractère personnel, d'une part,



et un texte qui crée un tel système de traitement de données (au sens de l'article 29 de la loi informatique et libertés), d'autre part, relèvent du décret en Conseil d'État ou non. Il lui est apparu qu'il serait souhaitable que cette question soit abordée dans le « guide de légistique ».

L'outre-mer

Le Conseil d'État a dû prendre parti sur les conséquences du non-respect par le Conseil d'État du délai d'un mois, au terme duquel son avis est réputé rendu, prévu par l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Il a constaté que ce délai avait été fixé afin de limiter la durée des procédures conduisant à l'examen par le Congrès des projets et propositions de loi du pays. Il en a déduit que les projets ou propositions de loi du pays pouvaient, après l'expiration de ce délai, être soumis au vote du Congrès, sans que la régularité de la procédure consultative suivie par le Gouvernement et le président du Congrès s'en trouve affectée. Il a toutefois précisé qu'il ne se trouvait pas dessaisi du seul fait de l'expiration du délai d'un mois et qu'il pouvait – et devait – examiner dans les meilleurs délais les textes qui lui ont été soumis.

La section sociale a également eu à connaître de plusieurs projets de textes portant extension et adaptation de dispositions à Mayotte. À l'occasion notamment de l'examen du projet d'ordonnance rendant applicable à Mayotte les dispositions relatives au droit du travail de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, le Conseil d'État a pu observer que la présentation de textes spécifiques à l'outre-mer n'obéissait pas toujours à la nécessité de prendre des mesures d'adaptation spécifiques aux territoires ultra-marins et aboutissait parfois à recopier sans ajustement particulier des pans entiers de législation générale. Cet état de fait résulte notamment de l'insuffisante prise en compte, lors de la conception initiale des textes, de la situation particulière de l'outre-mer.

Nationalité

En ce qui concerne le retrait du décret de naturalisation obtenue par mensonge ou par fraude, en application des dispositions de l'article 27-2 du code civil, le Conseil d'État applique la jurisprudence contentieuse admettant la légalité du retrait en cas de déclaration mensongère relative au statut matrimonial de la personne en cause. Cette circonstance est en effet regardée comme de nature à influencer l'appréciation portée par l'administration sur la condition de résidence posée par l'article 21-16 du code civil, c'est-à-dire sur la stabilité de la fixation par le demandeur du centre de ses intérêts matériels et familiaux en France. Mais si, dans une telle situation, l'administration peut légalement retirer le décret de naturalisation, il n'en demeure pas moins qu'elle ne se trouve pas en situation de compétence liée. Le Conseil d'État, qui est associé à la procédure de retrait au travers d'un avis conforme, a estimé qu'il lui appartenait, dans ce cadre, d'apprécier s'il existait des éléments de nature à s'opposer au retrait, tels, par exemple, la présence ancienne de l'intéressé en France et l'établissement désormais clair du centre de ses intérêts en France. L'appréciation portée par le Conseil d'État tient également compte de la gravité de la fraude constatée.



Saisi de plusieurs projets de décret portant déchéance de la nationalité française, le Conseil d'État a d'abord rappelé la nature particulière d'une telle mesure qui constitue une sanction administrative, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a, d'ailleurs, indiqué dans sa décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 relative à la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire. Ce faisant, le Conseil d'État, faisant application des exigences constitutionnelles issues de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle fait référence le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, a considéré qu'en l'absence de toute disposition spéciale, le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle vaut pour les mesures de déchéance, sauf à ce que la loi nouvelle s'avère plus répressive. Ainsi, alors qu'il était saisi de projets de décret portant déchéance à raison de condamnations pénales pour des délits constitutifs d'actes de terrorisme prononcées en 2005, il a estimé qu'ils devaient faire application de l'article 25 du code civil dans sa rédaction en vigueur au moment de leur édicition. De même, il y a lieu, en principe, d'appliquer la rédaction de l'article 25-1 du code civil en vigueur au moment de l'édiction de tels textes, sauf à ce qu'une des prescriptions que cette disposition prévoit ait été, dans le cadre de la rédaction antérieure, définitivement acquise au profit de la personne qu'il est envisagé de déchoir de sa nationalité française. Enfin, le Conseil d'État s'est attaché à systématiquement vérifier que la mesure de déchéance n'avait pas pour effet de rendre apatride la personne qui en est l'objet.



Statistiques

En 2006, la section sociale a tenu 85 séances ; au cours de l'année elle a examiné 285 textes dont 14 ont été soumis à l'Assemblée générale

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	2002	2003	2004	2005	2006
Lois et ordonnances	7	16 ^(a)	31 ^(b)	44 ^(c)	20
<i>Dont lois</i>				7	10
<i>Dont lois de ratification</i>				16	5
<i>Dont ordonnances</i>				21 ^(d)	5
Lois du pays	2	1	1	5	5
Décrets article 37 et autres	145	114	139	186	185
Décrets individuels, arrêtés et décisions	161	142	151	58	73
Avis	1	1	-	1	2
Total	316	274	322	294	285

^(a) Dont 4 examinés 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
20	8	5	5	2

Tableau 3
Répartition des textes examinés par ministère d'origine

Ministère d'origine	Lois et ordonnances	Décrets réglementaires	Décrets individuels	Avis	Lois du pays	Total
Premier ministre	1	-	-	-	-	1
Agriculture et pêche	2	8	-	-	-	10
Anciens combattants	-	-	-	1	-	1
Économie, finances et industrie	-	2	-	-	-	2
Éducation nationale, enseignement supérieur et recherche	-	1	-	-	-	1
Emploi, cohésion sociale et logement	8	57	73	-	-	138
Outre-mer	2	1	-	1	-	4
Santé et solidarité	7	111	-	-	-	118
Transports, équipement, tourisme et mer	-	5	-	-	-	5
Gouvernement de Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	5	5
Total	20	185	73	2	5	285



Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matières	2006
Lois, ordonnances, décrets réglementaires	205
Santé publique <i>(dont fonction publique hospitalière)</i>	77 (38)
Sécurité sociale	43
Autres affaires sociales	31
Travail, emploi et formation professionnelle	30
Juridictions : prud'hommes	-
Anciens combattants – rapatriés	1
Divers	23
Décrets individuels	73
Legs	-
Nationalité	73
Thermalisme	-
Avis et lois du pays	7
Santé	-
Sécurité sociale	2
Travail	4
Anciens combattants	1
Éducation nationale	-
Agriculture	-
Total	285



Récapitulatif des statistiques pour 2006

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	30	48	17	15	110
Ordonnances	9	5	11	5	30
Lois du pays	-	7	1	5	13
Décrets réglementaires	189	333	226	185	933
Décrets individuels, arrêtés, décisions	167	35	33	73	308
Avis	6	6	3	2	17
Total	401	434	291	285	1 411

Tableau 2

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

	2002	2003	2004	2005	2006
Lois, ordonnances et lois du pays	111	131	194	238	153
Décrets réglementaires	727	587	669	839	933
Décrets individuels, arrêtés, décisions	408	405	417	292	308
Avis	22	19	12	21	17
Total	1 268	1 142	1 292	1 390	1 411



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

En 2006, le Conseil d'État a rendu 363 avis sur les propositions d'actes émanant de l'Union européenne et transmises par le Gouvernement, contre 299 en 2005.

La proportion des textes comportant des dispositions de nature législative a atteint 61 %.

La section des finances a encore été, cette année, saisie du plus grand nombre de projets (153 textes, dont 45 saisines effectuées par le ministère des affaires étrangères au titre de la politique étrangère et de sécurité commune) devant la section des travaux publics (137 textes), la section de l'intérieur (57 textes) et la section sociale (16 textes).

Il est à noter que le nouveau délai de quinze jours (au lieu de sept jours auparavant), impartit par la circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005 au Conseil d'État pour rendre son avis sur les propositions d'acte communautaire relevant de la procédure dite de «codécision» de l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne (qui a concerné 90 textes cette année), n'a pas donné lieu à une augmentation des délais d'examen. Ceux-ci sont toujours très courts : en moyenne, les avis ont été transmis au Gouvernement en moins de cinq jours et, dans plus d'un cas sur cinq, en moins de 48 heures.

Compte tenu de leur importance, il convient de mentionner plusieurs textes examinés en 2006 :

- projet d'action commune du Conseil soutenant la Convention sur les armes biologiques (CIAB) dans le cadre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive ;
- proposition de directive du parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics ;
- proposition de directive du parlement européen et du Conseil modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté ;
- proposition de directive du parlement européen et du Conseil définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE ;
- proposition de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de la convention des Nations unies contre la corruption ;
- proposition de règlement du parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation.

Il convient de relever que le Gouvernement n'a pas usé, en 2006, de la faculté, rappelée par la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003, de solliciter l'avis du Conseil d'État sur des projets d'acte européen dont le contenu serait, notamment, susceptible d'être contraire à des principes de valeur constitutionnelle. On ne peut donc que déplorer cette situation dans la mesure où il serait souhaitable que le Conseil d'État soit sollicité plus tôt et plus souvent,

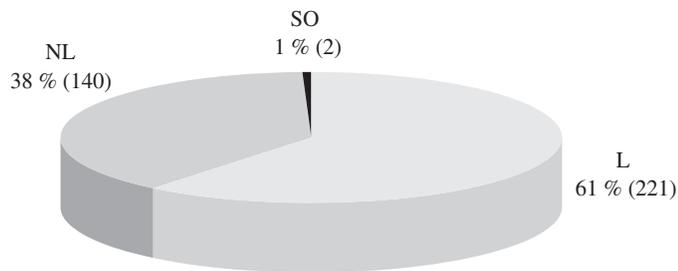


avant et en cours de négociation, afin de clarifier le plus en amont possible, grâce à ses avis, les enjeux juridiques des propositions envisagées ou examinées.

On observera enfin que le Conseil européen de Bruxelles a décidé, les 15 et 16 juin 2006, que le président de la Commission européenne adresserait directement aux parlements nationaux, à compter du 1^{er} septembre 2006, l'ensemble de ses propositions de texte afin de leur permettre de se prononcer, comme le prévoyait le projet de traité constitutionnel, sur le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il convient toutefois de souligner que cette nouvelle pratique ne remet pas en cause le nécessaire partage opéré par le Conseil d'État entre les textes relevant du domaine de la loi et ceux relevant du domaine réglementaire dans l'ordre juridique interne, partage qui détermine la compétence donnée au législateur de voter des résolutions.

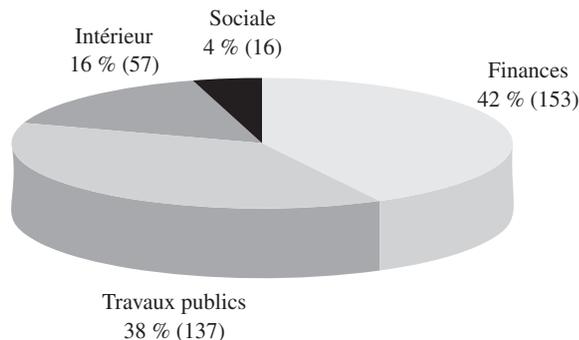
Les graphiques suivants font apparaître le bilan statistique de l'année 2006 concernant l'examen des propositions d'acte communautaire transmises pour avis au Conseil d'État :

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 2006

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. Si la section ne peut que se féliciter de la qualité des éléments d'information transmis par les juridictions, elle regrette d'avoir à constater que quelques-unes n'ont pu lui adresser d'autres éléments que quantitatifs.

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 statistiques agrégées pour 2006 font apparaître une hausse relativement sensible du nombre des saisines de l'ensemble des juridictions en vue de l'exécution de leurs décisions par rapport à l'année précédente : 1 891 affaires enregistrées en 2006, contre 1 529 en 2005 et 1 610 en 2004. Seul le Conseil d'État a vu le nombre de saisines demeurer stable. Par ailleurs, le nombre des demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études du Conseil d'État a été de 7 en 2006, soit un chiffre comparable à celui de l'année précédente qui était de 9, mais bien inférieur à celui, particulièrement élevé, enregistré en 2004, où 21 affaires avaient été enregistrées.

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, ce qui est évidemment souhaitable. Les présidents de juridiction soulignent unanimement l'utilité de cette phase qui repose, en particulier, sur la qualité des relations avec les administrations, et spécialement les collectivités locales.

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 en va notamment ainsi lorsque le juge a prononcé une annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative et particulièrement 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 ou en matière de contentieux des étrangers par exemple) mais n'exige pas, contrairement à ce qu'attend souvent le requérant, qu'elle lui délivre l'autorisation sollicitée.

Plusieurs questions apparaissent au vu des observations des chefs de juridiction comme récurrentes. La première concerne le règlement des **condamnations pécuniaires**, cité par un grand nombre d'entre eux, alors que, d'une manière générale, la décision de justice est parfaitement claire et ne soulève aucune difficulté d'application. Dans certains cas, ce sont les contraintes budgétaires qui pèsent sur certaines administrations; dans d'autres, la négligence et la mauvaise volonté des administrations sont la cause du litige, même, parfois, pour le versement des frais mis à la charge de la partie perdante en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Cette attitude doit être relevée car elle est, comme le notent plusieurs chefs de juridiction, à l'origine à la fois d'un encombrement inutile des juridictions et d'une dégradation regrettable de l'image de l'autorité publique qui semble tenter de se dérober à ses obligations. Plusieurs présidents de juridiction relèvent enfin que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1980, qui permettent 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, même par les avocats ou conseils juridiques des requérants. Ces affaires restent, toutefois, relativement simples à résoudre en règle générale.

La deuxième question est toujours celle de la part, dans l'ensemble des procédures d'exécution, des affaires touchant au **contentieux de la fonction publique** : cette part reste excessive au regard de ce que représente ce contentieux dans l'ensemble des décisions rendues par le juge administratif. La cause principale de cette situation semble être la réticence de certaines administrations à exécuter spontanément et complètement des décisions de justice qui leur sont défavorables dans une matière sensible du point de vue de la gestion de leurs services. Dans certains cas, il peut y avoir une difficulté réelle d'exécution, par exemple lorsque est nécessaire la reconstitution de carrière d'un agent ou encore sa réintégration effective après de nombreuses années de contentieux.

Plus encore que les années précédentes, le **contentieux des étrangers** a mobilisé les juridictions, du fait de l'augmentation du nombre de décisions prises par les services de l'État dans ce domaine en application des directives données par le Gouvernement. Le surcroît d'activité de ces services a eu pour conséquence,



dans certains départements, une augmentation du délai d'exécution des décisions de justice intervenues dans ce domaine.

Enfin, en matière de **procédure**, quelques présidents de tribunaux administratifs relèvent que, dans certaines affaires, le délai de classement peut excéder les six mois prévus par le code de justice administrative, afin de parvenir à un règlement amiable du dossier et d'éviter un contentieux inutile. D'autres, inversement, s'appuient sur l'existence d'une date butoir pour tenter d'obtenir des parties un accord amiable avant l'expiration du délai de six mois. Enfin, un président de cour administrative d'appel indique qu'il n'hésite pas à ouvrir une procédure juridictionnelle avant l'expiration du délai de six mois s'il ressort manifestement de l'attitude des parties que la décision ne sera pas, ou incomplètement, exécutée. Ces différences ne doivent pas surprendre, s'agissant d'une procédure dont l'utilisation doit laisser place aux circonstances et au contexte de chaque juridiction, voire de chaque affaire.

Le président du tribunal administratif de Paris relève que certains avocats utilisent simultanément la procédure d'exécution prévue à l'article L. 911-4 du code de justice administrative et le recours pour excès de pouvoir contre le refus implicite de l'administration d'exécuter la décision de justice. Si elle se confirmait, cette tendance serait naturellement préoccupante car à l'origine à la fois de risques de confusion et d'un accroissement inutile du nombre de contentieux portés devant les juridictions.

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**.

En matière de **procédure**, la section a été amenée à rappeler, à diverses reprises, les règles de compétence en matière d'astreinte, fixées en particulier par l'avis de la section du contentieux du 13 mars 1998 *M^{me} Vindevogel*. Saisie par un requérant d'une demande d'exécution sous astreinte d'une décision de justice rendue à l'encontre d'une administration, elle a relevé que, bien que la dernière décision intervenue dans ce litige émane du Conseil d'État, cette circonstance n'était pas de nature à faire de lui le juge compétent pour en assurer l'exécution, dès lors qu'il avait rejeté le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel dont il avait été saisi. Dans cette hypothèse, c'est la cour qui demeurerait compétente pour statuer sur la demande d'exécution sous astreinte.

Au nombre des questions abordées par la section, il convient de signaler certaines difficultés liées à des **affaires de fonction publique** (reconstitution de carrière sur de longues périodes; difficulté pour un conseil général à reconstituer rétroactivement les tableaux d'avancement permettant la nomination, également rétroactive, de certains personnels dans un cadre d'emploi; difficultés rencontrées par l'administration des monnaies et médailles à exécuter une décision de justice impliquant l'édiction de mesures réglementaires permettant d'accorder à certaines catégories d'agents le bénéfice d'une prime de rendement). En outre, une affaire qui a particulièrement mobilisé la section, car elle a nécessité de très nombreux échanges avec l'administration, mérite d'être signalée. Par une décision en date du 24 juin 2005 *Ministre de l'Équipement et des Transports c/ M^{me} Agnès Soulier*, n° 276321, le Conseil d'État a condamné l'État à réintégrer dans le traitement de plusieurs dizaines d'agents du Service



d'études techniques des routes et autoroutes (SETRA) du ministère de l'équipement l'indemnité de résidence qu'ils percevaient antérieurement, aux dates fixées par une succession de décrets dont les plus anciens remontaient au début des années 1970. Le Conseil d'État a jugé que les requérants avaient droit à la part de l'indemnité de résidence intégrée au salaire pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 30 juillet 1987 mais a refusé de leur reconnaître le bénéfice de la somme correspondant aux montants mensuels de l'indemnité de résidence pour la période non couverte par la prescription quadriennale. Seules les sommes correspondant aux années non prescrites devaient être versées, avec intérêts au taux légal et capitalisation des intérêts ; en outre, la décision faisait injonction au ministre de procéder, en fonction des compléments de rémunérations dus, à la régularisation de la situation des intéressés auprès de l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'État et des collectivités publiques (IRCANTEC). L'affaire était rendue plus complexe encore par le fait que, jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil d'État, les requérants étaient régis par un règlement intérieur du 30 octobre 1969 relatif aux personnels non titulaires du Service d'études techniques des routes et autoroutes (SETRA) édicté par le directeur de ce service, acte jugé illégal par la décision précitée car édicté par une autorité incompétente. Dès lors, l'exécution de la décision nécessitait de déterminer sur quel fondement la reconstitution de carrière de l'ensemble des agents concernés devait être effectuée. Il a fallu près d'un an à l'administration pour procéder à la reconstitution des rémunérations de chaque agent, en intégrant l'indemnité de résidence aux dates et taux fixés par les décrets successifs, cette intégration indiciaire se traduisant par une augmentation correspondante de la valeur du point fonction publique à chaque échéance.

Une autre affaire a posé à la section une question inédite. Par une décision juridictionnelle intervenue en matière de tarification sanitaire et sociale, le Conseil d'État avait annulé les arrêtés du préfet fixant les sommes attribuées à une association gestionnaire d'un établissement et fixé à un niveau supérieur les sommes dues ; il avait assorti sa décision d'une astreinte. Or, le jugement du tribunal n'a été notifié au préfet que trois mois après sa lecture et l'administration n'a procédé à la réévaluation de la dotation globale de financement, conformément à ce qu'avait décidé le tribunal, que trois mois plus tard encore ; en revanche, la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM), à qui il revenait d'acquitter les sommes dues, l'a fait, quant à elle, de manière très diligente. L'association ayant demandé le versement d'intérêts moratoires, majorés pour une partie du délai écoulé, du fait du retard survenu dans le versement des sommes qui lui étaient dues et ayant demandé, sous astreinte, le versement de ces sommes par le préfet, la section a eu à examiner la question de savoir à qui revenait la charge d'assumer le versement de cette somme. Elle a relevé qu'il n'était pas douteux que ces intérêts étaient directement imputables, d'une part, au retard dans la transmission du jugement du juge de la tarification aux services de la préfecture et, d'autre part, au temps mis par les services de la préfecture pour réévaluer la dotation globale de financement telle que fixée par le juge de la tarification, circonstances qui mettaient en cause la responsabilité de l'État. Toutefois, pour la part qui correspondait au taux d'intérêt légal représentatif de la simple actualisation de la dette à l'égard de l'association, elle a relevé que cette somme correspondait à l'avantage qu'avait constitué pour la caisse primaire d'assurance maladie le non-paiement de la somme due au principal à la date du prononcé du jugement. Elle a été amenée à envisager l'hypothèse dans laquelle, par excep-



tion au principe selon lequel le débiteur du principal l'est également des intérêts, l'État, en l'espèce à l'origine d'une part importante de la somme réclamée par l'association, pourrait recevoir injonction, conjointement avec la caisse pour la part qui lui incomberait, de payer les intérêts dus à l'association.

Enfin, et au-delà de l'affaire sus-évoquée, il convient de mettre l'accent sur les **difficultés croissantes rencontrées dans l'application des décisions intervenues en matière de tarification des organismes sanitaires et sociaux**. Certaines difficultés d'exécution peuvent provenir, dans une matière fort complexe, d'imprécisions dans la rédaction de certains jugements. Toutefois, l'essentiel des difficultés d'exécution résulte de l'insuffisance des crédits délégués aux services déconcentrés de l'État, compétents pour assurer l'exécution des décisions de justice prises en ce domaine. Par construction, les sommes que l'administration se trouve contrainte de verser, toujours ou presque au titre d'un exercice antérieur, s'ajoutent à celles qui leur sont déléguées au titre de l'exercice en cours. Il n'était dans le passé déjà pas rare que les délais inhérents à l'octroi, par l'administration centrale, des crédits complémentaires nécessaires ne rallongent les délais d'exécution des décisions de justice. En outre, l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances est venue compliquer cette exécution. En effet, les lignes sur lesquelles sont imputées les sommes dues en application d'une décision de justice ne sont plus, comme auparavant, des crédits évaluatifs qui peuvent être abondés en cours d'année pour faire face à des besoins imprévus, mais sont incluses dans les programmes auxquels elles se rattachent fonctionnellement qui sont, quant à eux, limitatifs. Dans ces conditions, il n'est pas rare que l'administration ne soit pas en mesure de faire face aux dépenses liées à l'exécution de décisions de justice, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant et est très mal ressenti par les requérants qui ont obtenu gain de cause et peut un jour donner lieu à des décisions défavorables à la France de la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines administrations déconcentrées se sont, dans ce contexte, crues autorisées à remettre en cause le bien-fondé même de la décision de justice, estimant que le versement des sommes dues aux organismes concernés constituerait pour eux un « enrichissement sans cause », ce qui n'est pas compatible avec les exigences d'un État de droit. La réforme des modalités de tarification intervenue au cours des dernières années, notamment par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005 et les décrets pris pour son application qui modifient de manière assez importante le calcul des dotations affectées à chaque établissement, loin d'éliminer ces difficultés risque hélas de rendre à la fois plus complexe encore le rôle du juge de la tarification, et plus difficile l'application de ses décisions. En effet, si, avant cette réforme, les sommes réintégrées par le juge de la tarification dans les comptes des organismes concernés n'avaient pas automatiquement pour effet l'augmentation des prix de journée qui leur étaient versés, elles étaient prises en compte dans les éléments servant de base au calcul de la dotation de l'année ou des années suivantes. Les nouveaux principes de calcul sont différents, mais surtout, prévoient la récupération intégrale des excédents constatés dans les comptes d'un organisme, quelle qu'en soit la cause, et leur report sur l'année suivante et, le cas échéant, les exercices suivants, sans que les sommes ainsi accordées à un organisme en application d'une décision de justice soient nécessairement prises en compte dans les éléments de calcul des futures dotations. Dès lors, on peut craindre que les conséquences pratiques des décisions du juge de la tarification n'apparaissent très limitées dans de nombreux cas.



Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2006

La section du rapport et des études a enregistré en 2006 sept demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du code de justice administrative. C'est un chiffre qui se situe un peu en dessous de 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, et notamment à la recevabilité des demandes d'éclaircissement, semblent dorénavant moins fréquentes – encore qu'il ait fallu rappeler à diverses occasions que seul le ministre ou son directeur de cabinet a compétence pour saisir le Conseil d'État d'une demande d'éclaircissement – certaines affaires méritent, sur le fond, une mention dans le présent rapport.

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

La section a été, en particulier, saisie par le garde des Sceaux, ministre de la justice, d'une demande d'éclaircissement de la décision n° 274997 du 15 février 2006, par lequel le Conseil d'État statuant au contentieux a, sur requête d'un détenu, **annulé l'article D. 320-2 du code de procédure pénale en tant qu'il limite à 1 000 € le montant du pécule de libération**, qui est l'une des trois parts entre lesquelles sont réparties les sommes perçues par les détenus au cours de leur incarcération, les deux autres étant celle destinée à l'indemnisation éventuelle des parties civiles et celle dont ils peuvent librement disposer au cours de leur détention. Par cette décision, le Conseil d'État a jugé que le plafonnement, par l'article précité, du pécule de libération à 1 000 €, quelle que soit la durée de la détention de chaque détenu, était de nature à dissuader les condamnés à de longues peines de travailler et dénaturait la portée de l'équilibre institué par l'article 728-1 du code de procédure pénale entre les trois parts inscrites au compte nominatif retraçant les avoirs des détenus.

Répondant à la première question posée par le ministre, portant sur le point de savoir si l'administration était tenue, en application de cette décision, de procéder à un examen systématique de la situation de chacun des condamnés dont le pécule de libération avait atteint 1 000 € depuis le 1^{er} novembre 2004, date d'entrée en vigueur de la réforme, y compris ceux qui ont depuis été libérés, la section a rappelé que, s'il appartient à l'autorité administrative de tirer toutes les conséquences de l'annulation d'un acte réglementaire, l'exécution de la décision d'annulation n'implique pas, par elle-même, de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte (CE, section, avis contentieux n° 190751 du 13 mars 1998, *M^{me} Vindevogel*). Il appartient donc à chaque détenu d'établir le préjudice qu'il a éventuellement subi et de saisir, s'il l'estime utile, l'administration d'une demande d'indemnisation. Afin d'éviter la multiplication des recours contentieux, la section a cependant indiqué qu'il lui semblait de



bonne administration qu'il soit statué dans un esprit ouvert sur les demandes d'indemnisation qui viendraient à être présentées par les détenus.

Répondant, ensuite, à la question de savoir comment le ministère de la justice devait reconstituer la part du pécule de libération qui a fait l'objet, à l'issue du plafonnement, d'un reversement sur l'une ou l'autre des deux autres parts du compte nominatif, la section a estimé que, pour reconstituer ce qu'aurait dû être le pécule de libération de certains détenus s'il n'avait pas été plafonné à 1 000 €, il convenait de faire application de la règle définie par l'article D. 320-2 du code de procédure pénale dans la rédaction résultant de la décision du Conseil d'État.

Enfin, s'agissant des conséquences à tirer, sur le plan réglementaire, de la décision du Conseil d'État, dernier point soulevé par le ministre, la section a constaté que cette décision avait pour seule conséquence de supprimer le deuxième alinéa de l'article D. 320-2 qui instituait le plafonnement à 1 000 € du pécule de libération, mais laissait subsister les deux autres alinéas, dont la combinaison pouvait, alors, aboutir à des solutions contraires aux principes posés par le législateur, en particulier l'équilibre à préserver entre les différentes parts du compte des détenus. Constatant, de ce fait, que l'intervention d'un nouveau texte était nécessaire pour des raisons de clarté, elle a invité le Gouvernement à choisir entre les deux options qui lui étaient ouvertes : conserver le texte tel qu'il résultait de la décision du Conseil d'État et supprimer les dispositions devenues inutiles ou, comme le Gouvernement peut naturellement le faire dans le cadre de son pouvoir réglementaire, fixer un nouveau plafond au pécule de libération, qui tienne alors nécessairement compte de la durée d'incarcération des détenus, respectant ainsi l'équilibre voulu par le législateur. Dans cette attente, l'administration, a été incitée à adopter une interprétation des dispositions restant en vigueur de l'article D. 320-2 à la lumière de la décision du Conseil d'État.

Plusieurs demandes d'éclaircissement ont porté, cette année encore, sur les conséquences à tirer, par les collectivités territoriales en règle générale, de l'**annulation de décisions d'approbation de marchés publics**. Une affaire mérite d'être relevée, car elle a permis à la section de rappeler les limites de la procédure des demandes d'éclaircissement, en particulier au regard de la compétence d'autres juges saisis du litige ou par voie de conséquence du jugement au fond, et de l'obligation de respect par l'administration de l'intégralité de la portée d'une décision défavorable. La demande émanait d'une commune de la région Ile-de-France, qui souhaitait être éclairée sur les mesures à prendre en vue de l'exécution d'un jugement du tribunal administratif de Paris, par lequel avait été annulée une délibération du conseil municipal approuvant un avenant à une convention publique d'aménagement conclue avec un aménageur, prévoyant tout à la fois la réalisation de nouvelles opérations dans le périmètre d'une zone d'aménagement concerté existante et des travaux à l'extérieur de celle-ci, et avait été enjoint à la commune, si elle ne pouvait obtenir de l'aménageur qu'il accepte la résolution de cet avenant, de saisir le juge du contrat afin qu'il en constate la nullité.

La commune demandait, tout d'abord, si elle était fondée à poursuivre, comme elle l'avait fait depuis la lecture du jugement, les opérations d'aménagement et de construction dans le périmètre initial de la zone d'aménagement concerté (ZAC) prévues à l'avenant annulé. La position favorable à cette thèse s'appuyait sur le fait que le motif principal d'annulation de l'avenant résidait dans l'extension, par l'avenant annulé, des travaux confiés à l'aménageur en dehors de ce



périmètre. La question visait donc à obtenir du Conseil d'État la validation de la méconnaissance par son auteur des conséquences du jugement. La section n'a pu que rappeler à la commune que le jugement avait annulé globalement la délibération en cause, ce qui impliquait, par suite et sous réserve de la décision du juge du contrat qui n'était pas encore intervenue, que les travaux exécutés non conformes au programme de la zone d'aménagement concerté étaient donc privés de base légale. La commune demandait ensuite à la section si elle était fondée à considérer que la délibération qu'elle avait prise à la suite du jugement du tribunal, visant à lancer la procédure de création d'une nouvelle zone d'aménagement concerté, constituait une régularisation suffisante du vice ayant entaché l'acte détachable de l'avenant annulé en tant qu'il avait étendu les missions de l'aménageur en dehors du périmètre de la zone d'aménagement concerté initiale. Là encore, la section n'a pu que constater et rappeler à la commune que cette délibération récente ne pouvait, compte tenu du fait qu'elle se rattachait à une procédure nouvelle et distincte de la précédente, avoir pour effet la régularisation du vice affectant la délibération du conseil municipal en tant qu'elle avait étendu la mission de l'aménageur au-delà du périmètre initial de la zone d'aménagement concerté. Enfin, la section a refusé de répondre à une troisième question posée par la commune qui visait, en réalité, à lui faire porter une appréciation sur des éléments qui relevaient de la compétence du juge du contrat, saisi en application du jugement du tribunal administratif.



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

	2002	2003	2004	2005	2006
Affaires enregistrées	206	183	224	171	168
Affaires réglées	245	193	208	177	159
Affaires en cours	44	34	50	51	60

Tableau 2

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

	2002	2003	2004	2005	2006
Aides à l'exécution (dont demandes d'éclaircissement)	156 (7)	129 (4)	187 (21)	142 (9)	127 (7)
Procédures d'astreinte (dont liquidations d'astreinte)	50 (24)	54 (23)	37 (16)	29 (11)	41 (9)
Total	206	183	224	171	168

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 2006	51
Affaires enregistrées au cours de l'année	168
Affaires traitées dans le cadre de l'aide à l'exécution (dont réponses à des demandes d'éclaircissement)	122 (5)
Affaires traitées dans le cadre de la procédure d'astreinte (dont liquidation d'astreinte)	37 (12)
Total des affaires traitées en 2005	159
Affaires en cours au 1^{er} janvier 2006	60

Tableau 4

Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives au cours de l'année 2006

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	168	549	1 174	1 891
Affaires réglées	159	483	879	1 521
Pourcentage d'affaires réglées en phase administrative	95 %	77 %	75 %	80 %



Tableau 5
Évolution de l'activité des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

	2002	2003	2004	2005	2006
Tribunaux administratifs					
Affaires enregistrées	824	803	898	908	1 174
Affaires réglées	738	645	793	759	879
Cours administratives d'appel					
Affaires enregistrées	500	481	488	450	549
Affaires réglées	383	377	361	406	483



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

L'activité d'étude en 2006

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État les études réalisées à la demande du Premier ministre occupent une place importante.

À travers elles, la fonction consultative du Conseil d'État se traduit par une réflexion approfondie sur des sujets variés, en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation des politiques publiques.

Les projets d'étude sont élaborés au sein de groupes de travail spécialement constitués autour de membres du Conseil d'État avec le concours de personnalités extérieures (représentants des administrations, universitaires), dont la composition garantit à la fois un haut niveau d'expertise et une confrontation suffisante de points de vue. Après leur adoption par l'assemblée générale du Conseil d'État, ces études sont publiées par La Documentation française : elles constituent une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

Deux études ont été publiées en 2006.

En premier lieu, l'étude « **Inventaire méthodique et codification du droit de la communication** » a permis au Conseil d'État de s'interroger sur l'opportunité de reprendre, après deux tentatives infructueuses, un travail de codification de ce droit en rapide évolution. À ce titre, un inventaire méthodique ayant pour fil directeur le parcours de l'information a été réalisé : il touche des domaines aussi divers que le droit des communications électroniques, le droit de la protection du secret et des informations relatives aux personnes, ainsi que le droit de l'information en tant qu'elle éclaire la décision publique. Offrant une approche inédite de ce large périmètre, l'inventaire a également constitué un préalable indispensable à la formulation de deux pistes pour une éventuelle codification : d'une part, une codification centrée sur le droit des médias, la spécificité juridique des activités de communication au public plaidant, aujourd'hui encore plus qu'hier, en faveur d'une codification commune ; d'autre part, un périmètre incluant le droit des médias et élargi au droit des communications électroniques, afin de tenir compte de l'impact des évolutions technologiques sur l'exercice de la liberté d'expression et du fait que les supports numériques accueillent désormais, outre la correspondance privée, des communications à destination



du public. Enfin, le Conseil d'État a exploré la voie d'un portail numérique susceptible d'améliorer rapidement, hors de toute codification formelle, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit.

En second lieu, l'étude « **Pour une politique juridique des activités spatiales** » a conduit le Conseil d'État, à partir du constat d'une évolution rapide de l'environnement des activités spatiales, marquée notamment par l'ouverture croissante de celles-ci aux personnes privées, à préconiser l'adoption d'une législation nationale en la matière afin de tirer toutes les conséquences des engagements internationaux de la France, d'accroître la sécurité juridique de ces activités et d'encourager leur développement. Cette démarche ouvre également, à l'échelon communautaire, la perspective pour la France, qui a joué un rôle de premier plan dans la conquête spatiale et héberge, en Guyane, le « port spatial » de l'Europe, d'être une force de proposition et d'action en vue de l'émergence d'un droit européen des activités spatiales, appelé à prendre forme dans les années à venir.

Par ailleurs, l'étude intitulée « **Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national** », adoptée par l'Assemblée générale, sera publiée au premier semestre 2007 à la Documentation française. Trois autres études portant respectivement sur le droit de préemption, les établissements publics et l'attractivité du territoire français pour l'implantation des organisations internationales sont actuellement en cours de réalisation.

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 renforcer les liens entre l'institution, les milieux académiques et les praticiens.

En 2006, le Conseil d'État a consacré deux séminaires, les 11 et 18 mai, au thème des considérations générales du rapport public 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit ».

Le premier a été pour l'essentiel consacré à la préparation des projets de loi et de leurs décrets d'application ainsi qu'à la préconisation d'études d'impact. Des membres du Conseil constitutionnel, dont la délégation était conduite par son président, Pierre Mazeaud, des hauts fonctionnaires, directeurs généraux et directeurs d'administration centrale, dont la délégation était conduite par Jean-Marc Sauvé, conseiller d'État, alors secrétaire général du Gouvernement, ainsi que des membres de cabinet des plus hautes autorités de l'État ont pris part à cette réflexion.

Le second a été plus spécifiquement consacré au rôle du Parlement dans l'édiction et le contrôle de la loi. Il a permis des échanges entre le Conseil d'État et



des parlementaires en présence de représentants du Premier ministre. Le Sénat avait délégué les membres du bureau de la Commission des lois présidée par Jean-Jacques Hyest. L'ensemble des groupes politiques de l'Assemblée nationale était représenté dans une délégation de haut niveau comprenant de nombreux anciens ministres et de jeunes parlementaires exerçant d'importantes responsabilités à l'heure actuelle.

Ces débats ont conduit à la constitution, sous l'autorité du secrétaire général du Gouvernement, d'un groupe de travail pour évaluer l'impact et la faisabilité des propositions contenues dans les considérations générales du rapport 2006 auquel le Conseil d'État a participé au côté de quelques directeurs d'administrations centrales. Le rapport de ce groupe de travail a été remis au Premier ministre le 15 septembre 2006.

Les considérations générales du rapport 2006 ont pour la première année fait l'objet d'une présentation dans les écoles d'application des élèves fonctionnaires de catégorie A. Le rapporteur général adjoint chargé de la valorisation des travaux du Conseil d'État est intervenu dans six d'entre elles, permettant ainsi à un millier de futurs cadres de la fonction publique de prendre conscience, avant d'entrer en fonction, de l'insécurité juridique qui naît de l'instabilité de la norme.

L'année 2006 a également été l'occasion de développer « les colloques du Conseil d'État » qui, lors de la publication d'études répondant à une commande du Gouvernement, sont organisés par le Conseil d'État en partenariat avec un organisme public.

Ainsi le 28 novembre 2006 s'est tenu, en partenariat avec le ministère de la culture et de la Communication, sous le titre « Convergence numérique, convergence juridique ? », un colloque qui faisait suite à l'étude précitée « Inventaire méthodique et codification du droit de la communication ». Ce colloque a notamment réuni les présidents du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de l'Autorité de régulation des télécommunications (ARCEP), ainsi que des personnes qualifiées du monde de la communication et des experts étrangers, notamment britanniques.



L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État, conduite par la cellule de coopération internationale, sous l'autorité du Vice-président et en liaison avec le secrétaire général, s'est développée, comme les années passées, selon trois grands axes :

- les échanges avec les institutions étrangères homologues ;
- la participation à des actions de coopération administrative générale conduites par des organismes dont c'est la vocation ;
- la réponse aux demandes de coopération.

Les échanges avec les institutions étrangères homologues

La part la plus marquante de l'activité internationale du Conseil d'État a consisté dans les échanges avec les institutions étrangères homologues ou en charge de missions en tout ou partie comparables.

Une délégation du Conseil d'État conduite par le Vice-président s'est ainsi rendue en Grande-Bretagne, à l'invitation des Law Lords de l'Appellate Committee de la Chambre des Lords. Cette visite s'inscrivait dans la tradition de partenariat institutionnel approfondi entre le Conseil d'État et la Chambre des Lords, marquée par l'alternance de déplacements de délégations des deux institutions dans le pays partenaire, tous les trois ou quatre ans. Les travaux ont porté sur deux thèmes, qui ont donné lieu à des rapports écrits de chacune des parties : « *Les enjeux présentés par les mesures prises pour faire face au terrorisme international* » et « *Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif* ».

Des échanges au plus haut niveau ont également eu lieu avec les hautes juridictions du Mexique. Une délégation du Conseil d'État, conduite par le Vice-Président, a, à l'occasion du déplacement de celui-ci à Monterrey pour la conférence annuelle de l'Institut international des sciences administratives (IISA), rencontré d'une part le Tribunal fédéral de justice fiscale et administrative et d'autre part la Cour suprême de justice. Quelques mois plus tard, une autre délégation du Conseil d'État s'est rendue à Mexico pour participer au 75^e anniversaire du Tribunal fédéral de justice fiscale et administrative et au colloque organisé dans ce cadre, sur le thème de la justice administrative en Amérique latine et en Europe à l'aube du XXI^e siècle.



Le Vice-président du Conseil d'État s'est également rendu, avec le président du Conseil constitutionnel et le premier président de la Cour de cassation, à Ottawa, à l'invitation du président de la Cour suprême du Canada, pour des séances de travail consacrées à quatre grands thèmes : « *Les droits des minorités et le multiculturalisme* », « *la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme* » ; « *Le droit civil au regard de la Common Law et de la Constitution française* » ; « *Le contrôle juridictionnel des actes relevant du pouvoir discrétionnaire des agents publics* ».

Ont été par ailleurs accueillis au Conseil d'État plusieurs présidents ou représentants de hautes juridictions étrangères de l'ensemble des grandes zones géographiques. Europe : le président de la Cour suprême de cassation de Bulgarie et les présidents des Cours suprêmes de Hongrie et de Pologne ; – Proche-Orient : le premier président de la Cour de cassation du Liban ; – Asie : le président de la Cour populaire suprême de Chine, accompagné d'une délégation de haut niveau ; le président du Conseil constitutionnel du Kazakhstan ; – une délégation de membres des plus hautes institutions juridictionnelles de Thaïlande (Cour constitutionnelle, Cour suprême et Conseil d'État) ; – Amérique : le juge en chef de la Cour d'appel fédérale du Canada ; – Afrique : le président du Conseil constitutionnel du Mozambique ; le président de la Cour suprême du Bénin ; le président du Conseil d'État du Sénégal.

La coopération avec les deux hautes juridictions africaines précitées doit être plus particulièrement soulignée :

- celle avec le Conseil d'État du Sénégal, dont le président a pu séjourner une semaine au Conseil d'État, pour des réunions de travail et l'assistance à des séances tant des formations de jugement que des formations administratives, dont l'Assemblée générale ;
- celle avec la Cour suprême du Bénin, en raison de l'entrée en application de l'important programme de formation des magistrats béninois, tel qu'arrêté lors d'une séance de travail réunissant au Conseil d'État, en septembre 2005, des représentants de la Cour suprême et du Conseil d'État : un membre du Conseil s'est rendu à Cotonou, en juillet 2006, pour une première session de formation sur le thème des principes de la justice administrative, et une mission de formation complémentaire a été réalisée par un membre du Conseil et un conseiller de la cour administrative d'appel de Douai, en décembre, à Porto Novo. Cette mission a été organisée en liaison avec l'Association africaine des hautes juridictions administratives francophones. Elle a porté sur quatre thèmes : « *L'expropriation pour cause d'utilité publique* » ; « *Le contrôle juridictionnel des autorités décentralisées* » ; « *Le contentieux fiscal* » et « *La gestion du contentieux des marchés publics* ».

Le Conseil d'État a par ailleurs accueilli pour des stages de formation ou d'information sur le fonctionnement de la juridiction administrative, des magistrats venus du Mali et de Thaïlande.

Au titre de ces échanges avec les institutions homologues du Conseil d'État, il y a lieu de souligner la participation du Conseil d'État à deux associations au rôle central en la matière :

- l'Association internationale des hautes juridictions administratives, dont le Conseil d'État assume le secrétariat général ; l'année 2006 a été marquée par la préparation du congrès de 2007 qui aura lieu en Thaïlande ; le Vice-Président, accompagné du secrétaire général et d'un autre membre du Conseil d'État, s'est



rendu à Ljubljana, en Slovénie, pour participer au conseil d'administration de l'association, qui a arrêté les grandes lignes du déroulement de ce congrès ;
– l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne ; trois rencontres, dont deux en Allemagne et une au Pays-Bas, ont été organisées dans le cadre de cette association en 2006 : – la première, à Leipzig, pour le 20^e colloque de l'association, à laquelle a participé le Vice-président du Conseil d'État, assisté du président de la section du contentieux et du secrétaire général ; ont été examinés à cette occasion des rapports nationaux sur l'étude d'un cas concernant la planification et le droit européen de l'environnement ; – la deuxième, à Trèves, pour la réunion des correspondants de l'association, portant sur le développement des réseaux d'information européens ; – la dernière, à La Haye, pour une séance d'échanges entre les différentes institutions exerçant une fonction consultative en matière législative, à laquelle assistait le Vice-président du Conseil d'État, accompagné du président de la section du rapport et des études.

Le responsable de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État a eu par ailleurs des échanges approfondis avec le Conseil d'État de Belgique et le Conseil d'État d'Italie, dans le cadre de l'étude portant sur une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national.

La participation aux actions de coopération administrative internationale conduites par des organismes dont c'est la vocation

Le Conseil d'État a participé très activement aux actions de coopération administrative générale conduites par des organismes dont c'est la vocation, qu'ils soient à caractère bilatéral ou à caractère multilatéral.

S'agissant des organismes à vocation bilatérale, il y a lieu de mentionner plus particulièrement :

- la Maison franco-vietnamienne du droit, dont le conseil d'administration comprend notamment un représentant du Conseil d'État. À l'occasion de la dernière réunion de ce conseil, qui s'est tenue à Paris, le Vice-président du Conseil d'État a reçu le ministre de la justice de la République démocratique du Vietnam, qui souhaitait s'entretenir avec lui sur les thèmes de la responsabilité administrative et de l'exécution des décisions de justice. Deux autres délégations de responsables vietnamiens ont été également reçues dans l'année, à l'initiative de la Maison du droit, pour traiter de l'administration électronique et de la fonction consultative du Conseil d'État. Des membres du Conseil d'État ont par ailleurs participé à deux colloques organisés en 2006 par la Maison du droit franco-vietnamienne, l'un, en Thaïlande, sur le thème du contentieux administratif et l'autre, au Laos, sur celui des techniques de rédaction administrative et de codification ;
- la Maison franco-andine du droit, qui a connu au cours des dernières années un regain d'activité, grâce à la présence à Bogotà d'un magistrat de liaison. Des



représentants du Conseil d'État ont participé à deux manifestations organisées en 2006 dans les pays andins par cette maison : un colloque international consacré au quinzième anniversaire de la Constitution colombienne de 1991, qui s'est tenu à Bogotà, en présence des plus hautes autorités politiques, juridictionnelles et administratives de Colombie et un séminaire consacré au contentieux administratif, notamment aux procédures d'urgence, qui a réuni à Quito les principales hautes juridictions de toute l'Amérique latine ;

– le Centre sino-français du notariat, créé il y a plus de dix ans, dans l'objectif d'institutionnaliser une coopération entre le notariat français ainsi que, plus largement, les professions juridiques françaises, et leurs partenaires homologues de Chine. Depuis trois ans, le Conseil d'État est associé aux travaux du centre, pour ce qui est du volet « *droit de l'expropriation* » qui intéresse beaucoup les autorités chinoises. En 2006, un représentant du Conseil d'État a participé aux actions de formation menées par le Centre dans la province du Liaoning et à Shanghai.

S'agissant des organismes internationaux de coopération générale à vocation multilatérale, auxquels le Conseil d'État participe, il y a lieu de noter en 2006 :

– l'Institut international des sciences administratives (IISA). Une délégation conduite par le Vice-président s'est rendue à Monterrey, au Mexique, pour la troisième conférence de l'IISA, qui portait sur le thème de la transparence ;

– l'Union des avocats européens, qui organise chaque année, à l'occasion de son congrès, un colloque réunissant des représentants des plus hautes juridictions d'Europe ; en 2006, le congrès de l'Union a eu lieu à Venise et le thème du colloque a été l'efficacité et l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits des personnes ; le Conseil d'État était représenté par le Vice-président et par le président de la section du rapport et des études.

En outre, le Conseil d'État a été étroitement associé à la préparation du prochain Forum de la gouvernance, organisé par l'UNDESA, qui doit se tenir à Prague en juin 2007, et dont la sous-direction de la gouvernance à la direction générale de la coopération internationale et du développement pilote un des ateliers.

Le Conseil d'État s'est par ailleurs fortement impliqué dans l'activité d'ACO-JURIS, ainsi que dans celle de l'Association de la préfiguration de fondation pour le droit continental.

La réponse à des demandes de coopération

Le Conseil d'État s'est efforcé de répondre aussi positivement que possible aux nombreuses demandes de coopération qui lui sont adressées, que ce soit par les postes diplomatiques français à l'étranger, les ambassades étrangères à Paris, les administrations françaises, en particulier le ministère des affaires étrangères et le ministère de la justice.

Dans certains cas, ce qui est attendu du Conseil d'État est d'accueillir une personnalité ou une délégation, qui souhaite être mieux informée du rôle du Conseil dans les institutions françaises ou bénéficier de l'éclairage de celui-ci sur telle ou telle problématique touchant à l'organisation ou à l'action adminis-



trative. Dans d'autres cas, l'apport attendu du Conseil d'État est plus lourd et peut signifier une action de plus grande envergure.

Au titre de la coopération du premier type, on peut noter en particulier l'accueil :
– de plusieurs « personnalités d'avenir », invitées en France par les postes diplomatiques et ayant exprimé le souhait de connaître le Conseil d'État. Onze responsables politiques ou cadres dirigeants de l'administration ont été reçus à ce titre au Conseil d'État, venus d'Argentine, d'Inde, d'Irak, d'Israël, de Turquie, ainsi que de plusieurs pays d'Europe (Bulgarie, Estonie, Italie et Macédoine);
– de responsables administratifs de haut niveau intéressés par une question spécifique et venus de zones géographiques les plus diverses : – d'Europe : un conseiller juridique du Président de la Fédération de Russie (sur le thème de la propriété industrielle) et des experts du service fédéral de la tarification de la même Fédération (sur le thème de la tarification des services publics); les secrétaires généraux de dix-sept ministères de Bulgarie; plusieurs conseillers des ministères de l'intérieur et de la réforme de l'État de Roumanie; des représentants du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat de la législation de Serbie; – d'Amérique : la présidente de la commission du registre civil et électoral au sein du Conseil national vénézuélien; – d'Afrique : le président de la commission permanente de réforme de droit congolais, à propos du projet de remplacement de la Cour suprême du Congo par un Conseil constitutionnel, un Conseil d'État et une Cour de cassation; le directeur adjoint du cabinet du Président de la République du Burundi; – d'Afrique du Nord et du Proche-Orient : une délégation de la direction générale de la fonction publique d'Algérie conduite par le directeur général; un conseiller du ministre égyptien des finances et de la protection sociale; – d'Asie : un groupe d'universitaires et de magistrats de Corée du Sud; une délégation de parlementaires d'Indonésie; plusieurs délégations japonaises (professeurs d'université, responsables administratifs du ministère de la justice, gestionnaires des ressources humaines de diverses juridictions...).

Au titre d'une coopération appelant une implication plus lourde du Conseil d'État, il y a lieu de souligner : – l'assistance apportée par la juridiction administrative à la formation organisée par ACOJURIS (Agence de coopération juridique internationale), dans le cadre du programme Tacis, au bénéfice des juges chargés des sanctions administratives en Russie; cette assistance, étalée sur dix-huit mois, suppose l'envoi d'un formateur pour des sessions de six jours dans dix provinces ou régions de Russie; – de nombreuses missions conduites en Ukraine à l'instigation du conseiller français du ministre de la justice de ce pays, pour aider l'Ukraine à compléter sa réglementation dans plusieurs domaines du droit public et à réformer son organisation juridictionnelle; – des missions très diverses et plus ponctuelles de formation ou d'information; ainsi sur la réforme de l'État, dans le cadre d'un colloque international, en Argentine; sur le contentieux des élections locales, au Burkina Faso; sur l'arbitrage dans le domaine des contrats publics, au Caire; sur la conduite de l'action administrative, dans le cadre de la coopération entre l'Institut national d'administration de Syrie et l'École nationale d'administration, à Damas; – l'organisation de stages au Conseil d'État pour un universitaire algérien, un cadre du secrétariat général des services du Premier ministre du Cameroun, des étudiants venus de Colombie, des États-Unis, d'Irlande ou de Roumanie...



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

Le bilan d'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État, au titre de l'année 2005, relevait déjà un accroissement considérable de la charge de travail incombant à cette structure de la section du rapport et des études. Loin d'être conjoncturelle, cette tendance s'est confirmée en 2006 et paraît désormais revêtir un caractère pérenne.

En premier lieu, la cellule s'est efforcée de répondre au plus vite (72 heures au maximum) et au mieux à plus de 600 questions juridiques dont elle a été saisie, non seulement par les membres du Conseil d'État mais également par les services juridiques des délégations parlementaires pour l'Union européenne, de plusieurs ministères ou organismes exerçant une mission de service public, de cours administratives d'appel et de tribunaux administratifs. Pour la première fois, la Cellule d'exécution des décisions de justice a posé plusieurs questions de droit communautaire ou relatives à la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (CEDH). 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 leur interprétation ou à la nécessité d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), le traitement des questions posées s'avère, en effet, toujours aussi délicat :

– en raison de leur *ampleur* : problèmes de validité, d'une part, de délégations de service public au regard des normes communautaires et, d'autre part, de la réglementation nationale relative aux relations financières avec l'étranger au regard du droit communautaire ; modalités de transposition de la directive relative aux organismes génétiquement modifiés ; portée des arrêts préjudiciels de la Cour de justice au regard des questions précises qui lui sont posées ; régularité de la composition des conseils d'administration des SACI (sociétés anonymes de crédit immobilier) et SACICAP (sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accèsion à la propriété), au regard des principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux ; fiscalité des mutuelles et droit communautaire des aides d'État ; plus généralement, de nombreuses questions relatives aux aides d'État, à l'approche « compensatrice » de ces aides octroyées dans le cadre de l'accomplissement de missions de service public, à la répétition des aides indûment versées et à l'application du régime communautaire des aides *de minimis* ; aux effets juridiques des décisions arrêtées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune ; de très nombreuses questions relatives à l'application de l'article 39, § 4 du traité instituant la Communauté



européenne, ayant trait à l'ouverture de la fonction publique nationale aux ressortissants communautaires, à la notion de profession réglementée, aux critères de distinction entre « corps ouverts » et « corps fermés », au régime du détachement communautaire, à la valorisation de l'expérience professionnelle acquise, à la reconnaissance mutuelle des diplômes, à la refonte en cours de commissions d'équivalence, à l'avancement des ressortissants communautaires intégrés dans la fonction publique nationale, à l'incidence du droit communautaire sur les embargos décidés par le Conseil de sécurité des Nations unies ; nombreuses questions relatives à la protection de la confidentialité des données personnelles, dans le cadre d'échanges prévus par des conventions internationales ; plusieurs questions relatives à la directive « produits défectueux », notamment à son éventuel effet direct horizontal ; à la détermination du champ d'application du droit communautaire et à la question de savoir si sa méconnaissance constitue un moyen d'ordre public ; à l'interprétation de la notion de déchet au sens du droit communautaire. La cellule a été saisie d'une demande d'étude de droit comparé en matière d'institution, d'organisation et de fonctionnement de commissions parlementaires ayant vocation à contrôler les services chargés de la sécurité nationale. Il lui a encore été posé de nombreuses questions relatives à la distinction, au regard du droit communautaire, entre les marchés publics, les délégations de service public et les partenariats public-privé ; plusieurs questions portant sur la définition de la notion d'entreprise ou d'activité économique, au sens du droit communautaire, sur la notion de marché pertinent et sur la notion d'identité de segment concurrentiel, notamment en matière financière et dans le secteur énergétique. Plusieurs questions ont porté sur l'interprétation du titre VI du traité sur l'Union européenne relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, notamment en matière d'asile, d'immigration et de définition du territoire français ; applicabilité des aides d'État, dans le cadre EURATOM (Communauté européenne de l'énergie atomique). Enfin, de nombreuses questions ont été relatives à l'interprétation de stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels, notamment pour ce qui est des conséquences d'une déclaration d'irrecevabilité d'un recours par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'incidence des dispositions du règlement de procédure de cette Cour, des dispositions du code civil relatif au pacte civil de solidarité, de la refonte du code de justice militaire, de la définition de la notion de juridiction au sens de l'article 6-1 de la Cour européenne des droits de l'homme.

– du fait de leur *nouveauté, technicité ou complexité* : plusieurs questions nouvelles dans le cadre de l'élaboration du code général de la propriété des personnes publiques portant sur la situation du domaine public au regard du droit communautaire, sur l'insaisissabilité des biens des communes et des établissements publics ; nombreuses questions particulièrement techniques en matières d'aides d'État, comme celle relative à la fermeture des débits de tabac, celles ayant trait au régime visant à instituer des avantages aux personnes handicapées, aux fins de compensation, aux exigences linguistiques en matière d'étiquetage des produits alimentaires, celle concernant l'interprétation de l'arrêt *Casino* de la CJCE, celle relative au « bridage » des moteurs des véhicules automobiles, celle ayant trait aux conditions d'applicabilité des aides d'État outremer ; celle portant sur le calcul des numérateurs et dénominateurs des ratios prévus par le protocole n° 5 du traité sur l'Union européenne. Plusieurs questions complexes ont également été posées en matière de droit communautaire de la concurrence, notamment sur la notion de substituabilité, sur le segment



concurrentiel des jeux de hasard, loteries et paris et sur la libre circulation des produits pharmaceutiques. Traditionnellement, de nombreuses questions techniques ont été formulées dans le domaine du droit financier, notamment sur les exigences communautaires en matière de déontologie des commissaires aux comptes et des cabinets d'audit, sur les modalités de calcul des ratios prudentiels communautaires ou issus de la convention de Bâle, comme le ratio Cooke, ou encore sur les problèmes relatifs à la dé cristallisation des pensions au regard aussi bien du droit communautaire que du droit issu du Conseil de l'Europe. De nombreuses questions complexes ont également été posées en matière fiscale, pour ce qui est notamment de la «TVA sociale», des relations entre les sociétés mères et les sociétés filles, des périmètres de consolidation, des distributions de dividendes prioritaires, de la technique d'imposition des dividendes distribués, des effets juridiques en droit interne d'une décision de la Commission européenne qui se limite à autoriser une exonération fiscale. Enfin, outre de nombreuses questions en matière de marchés publics, notamment sur les prestations *in house*, des questions délicates ont porté sur la compatibilité, au regard du droit communautaire, d'une exigence de condition effective de résidence sur le territoire français, aux fins de bénéficier de certains régimes fiscaux ou de certaines prestations sociales.

Deux évolutions notables doivent être relevées au titre de l'année 2006 : d'une part, les questions ont été posées pratiquement à parts égales au titre des sections administratives et au titre de la section du contentieux et, d'autre part, le nombre des questions posées portant sur l'interprétation de la CEDH s'est substantiellement accru.

En deuxième lieu, le bulletin de la cellule de droit communautaire a été, au cours de l'année 2006, 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. Par ailleurs, le bulletin a également été diffusé, à leur demande, à des parlementaires, à des membres de la Cour de cassation et à des professeurs d'université.

En troisième lieu, la cellule de droit communautaire a continué d'exercer un rôle important dans la formation de nombreux étudiants effectuant des stages au Conseil d'État et dans l'accueil de plusieurs délégations ou personnalités.

En quatrième lieu, elle a été associée aux autres activités de la section du rapport et des études, notamment celles du rapporteur général de la section, pour l'élaboration des considérations générales du rapport annuel 2007 portant précisément sur «L'Administration française et l'Europe».

En cinquième lieu, et surtout, le responsable de la cellule de droit communautaire et ses collaborateurs ont été très fortement mobilisés pour l'élaboration de l'étude intitulée «Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national», en réponse à une demande du Premier ministre du 6 avril 2006.

En sixième lieu, le responsable de la cellule a continué de s'efforcer de participer au rayonnement du Conseil d'État en Europe en présentant des interventions dans des grandes écoles, universités ou instituts ; en présidant des colloques ; et 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 l'observatoire européen de la Cour de cassation, la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, avec le secrétariat général pour les affaires européennes, enfin et surtout, avec les délégations parlementaires pour l'Union européenne. À ce titre, notamment, le responsable de la cellule a été auditionné par le Vice-président de la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, M. Christian Philip, député, dans le cadre de l'élaboration de son rapport annuel sur la transposition des directives communautaires.

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 continu de sa charge de travail si elle n'avait bénéficié du concours précieux d'un assistant de justice, d'un collaborateur et de nombreux stagiaires qui ont été très étroitement associés à l'accomplissement de ses différentes missions.



Bilan des formations



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 22 stagiaires, le deuxième, du 1^{er} juillet au 20 décembre regroupait 12 conseillers, le troisième, à l'intention des 30 candidats reçus au concours de recrutement complémentaire, a débuté le 1^{er} octobre et se terminera à la fin du mois de mars 2007. Au total, 64 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 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, 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

Les vingt-cinq stages programmés pour l'année 2006 ont tous été réalisés. Ils ont été principalement animés par des membres du conseil d'État et des juridic-



tions administratives. Ils ont réuni au total 499 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 magistrats 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 ; pour les magistrats parisiens (19 magistrats) ils 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 (21 magistrats).

Huit stages organisés par l'École nationale de la magistrature ont été ouverts à la participation des magistrats administratifs mais seulement neuf d'entre eux ont suivi ces formations.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Les vingt-deux stages programmés ont tous été réalisés, dont deux en province. Ils ont regroupé 356 agents autour de trois thèmes principaux :

- **l'accueil des agents nouvellement nommés** : trois stages de cinq jours, regroupant 75 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 l'adaptation à certains « métiers » du greffe ;
- 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, 410 d'entre eux ont été candidats, seuls 369 ont été retenus. Ce nombre de participants est sensiblement égal à celui de l'année passée.

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 de greffe des juridictions administratives aux stages organisés par le ministère de l'intérieur et par les préfetures.

Par ailleurs, dix agents ont bénéficié 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 Centre national d'enseignement à distance (CNED). De plus, un agent a 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 2006 en fonction des observations formulées lors de la réunion annuelle du comité de pilotage et d'orientation de la formation et du dépouillement des entretiens d'évaluation. Cette année une très large part des formations a été destinée à accompagner la réforme de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001. 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 continuent ; elles concernent vingt-cinq agents.

Formation aux divers logiciels informatiques

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

Le tableau annexé retrace l'ensemble des formations dispensées.



Statistiques

Tableau 1

Formation continue des magistrats administratifs

Formations dispensées par le Conseil d'État	490 participants
<i>Thèmes des formations proposées :</i>	
Initiation à la théorie du droit	27
Sécurité juridique et complexité du droit	6
La modernisation de la fonction publique et la mise en œuvre de la LOLF	13
La justice administrative en Italie	14
Le rôle du commissaire du gouvernement	25
Les nouvelles orientations de la politique fiscale française	17
La situation des droits de l'homme dans les principaux pays d'émigration	25
La cour européenne des droits de l'homme 2006	13
L'actualité jurisprudentielle : contentieux général 2006 (1)	37
L'actualité jurisprudentielle : contentieux général 2006 (2)	16
L'actualité du contentieux fiscal 2006	32
L'actualité du droit communautaire 2006	9
L'actualité du droit des marchés publics	38
L'actualité du contentieux social	24
L'actualité du droit de l'urbanisme	24
La responsabilité médicale et hospitalière	23
Devenir Vice-président de tribunal administratif	12
Les techniques de l'appel 2006	47
Les relations avec les médias	20
Éléments de management public	6
Le contentieux fiscal : mise à jour des connaissances	7
Le contentieux fiscal : la comptabilité des entreprises – principes généraux	10
Le contentieux fiscal : le contentieux du recouvrement	26
Le contentieux fiscal : la procédure fiscale administrative et contentieuse	13
Le contentieux fiscal : les principes de la fiscalité directe et indirecte des entreprises et de la TVA	6

Formations dispensées par l'École nationale de la magistrature	9 participants
<i>Thèmes des formations proposées :</i>	
Bioéthique et droit	0
Conseil constitutionnel et protection des droits fondamentaux	2
L'adoption internationale	0
Les étrangers en France : situation, évolution et perspectives	2
La responsabilité des médecins	2
L'aide juridictionnelle	3
Familles d'origines étrangères et pratiques judiciaires	0
L'expertise judiciaire au civil	0



Tableau 2

Formation continue des agents des greffes (par thème de formation suivie)

Formations dispensées par le Conseil d'État	356 participants
<i>Thèmes des formations proposées :</i>	
Accueil des agents nouvellement nommés (1)	22
Accueil des agents nouvellement nommés (2)	25
Accueil des agents nouvellement nommés (3)	28
Les bases du droit et du contentieux administratifs	6
Le traitement d'un dossier contentieux (1)	15
Le traitement d'un dossier contentieux (2)	11
L'organisation de la justice en France	24
L'actualité du contentieux administratif	34
Le droit fiscal : initiation	27
Le droit des étrangers	41
Le droit de la fonction publique	34
L'assistant du contentieux	15
Le greffier de chambre	22
La gestion budgétaire et les marchés publics	20
L'accueil du public	16
L'enquête publique	16

Tableau 3

Formation continue des agents du Conseil d'État (par thème de formation suivie)

Formations dispensées par le Conseil d'État	77 participants
<i>Thèmes des formations proposées :</i>	
Accueil des agents nouvellement nommés	14
Les bases du droit et du contentieux administratifs	14
L'organisation de la justice en France	6
L'actualité du contentieux administratif	3
Le droit des étrangers	1
Le droit de la fonction publique	6
La gestion budgétaire et les marchés publics	8
La rédaction de textes juridiques	5
L'accueil du public	2
La rédaction d'une correspondance administrative	9
La mise en œuvre de la LOLF	9
L'animation, la direction d'une équipe	0



Tableau 4

**État des formations informatiques réalisées entre le 1^{er} décembre 2005
et le 31 octobre 2006**

Formations bureautiques	243 (237) * participants
<i>Formation des membres</i>	10
<i>Formation des magistrats</i>	58
Word	13
Word perfectionnement	17
Excel	4
Internet/Outlook	24
<i>Formation des agents du Conseil d'État</i>	79
Word	33
Excel	7
Internet/Outlook	16
Vitesse de frappe	15
<i>Formation des agents des greffes</i>	96
Word	21
Word perfectionnement	24
Excel	20
Internet/Outlook	31

Formations métier	540 (413) * participants
<i>Formation des membres</i>	10
<i>Formation des magistrats</i>	241
Poste rapporteur et Ariane	222
Skipper « recherches et états »	19
<i>Formation des agents des greffes</i>	289
Poste rapporteur	80
Introduction à Skipper	53
Skipper	68
Skipper perfectionnement	72
Skipper Enquêtes publiques	16

Formations spécialisées	48 participants
<i>Formation des correspondants informatiques (DSI)</i>	48

(*) Chiffres 2005.

Ces formations comprennent tant les formations initiales délivrées au centre des formations des Pyramides, que celles délivrées à la direction des systèmes d'information du Conseil d'État, et sur site dans les juridictions suivantes : tribunaux administratifs de Montpellier, de Toulouse, de Limoges, de Nice, de Bordeaux, de Cergy-Pontoise, et cours administratives d'appel de Bordeaux, de Nancy et de Paris.



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'arrêt 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. Ces dispositions ont eu 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 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 2006, procédé à l'inspection de cinq tribunaux administratifs (Dijon ; Bordeaux ; Orléans et Lille) et des cours administratives d'appel de Nantes et Nancy.

Comme par le passé, chaque inspection a pu être menée sur deux jours par une équipe composée de deux à quatre membres. L'inspection constitue avant tout un moment privilégié pour ses membres de s'entretenir avec tous les magistrats, les greffiers en chef et les greffiers de chambre de la juridiction, avec le souci d'examiner l'ensemble des activités de la juridiction et l'adaptation de ses moyens et méthodes de travail.

Les missions sont également l'occasion, le cas échéant, d'évaluer en cours de réalisation la mise en œuvre des contrats d'objectifs, 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 continué à être associé à l'ensemble des décisions, en participant aux réunions de coordination organisées au niveau du secrétariat général du Conseil d'État, notamment pour préparer les séances du Conseil supérieur et en assurant de nombreuses tâches de sélection (tour extérieur pour l'accès au corps, accueil en détachement, tours extérieurs d'accès au Conseil d'État réservé aux magistrats des TA et CAA). 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 chargé de proposer les modifications du code de justice administrative nécessaires à l'application des dispositions de la loi n° 2006-911 du 26 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration instituant une obligation de quitter le territoire.

Il a assuré la présidence du groupe de travail chargé de la mise à jour des outils de travail (formulaires et bibliothèques de paragraphes) mis à la disposition des magistrats et du groupe de travail chargé d'une réflexion, en cours d'achèvement, sur la déontologie des magistrats. Enfin, il a présidé la « commission d'harmonisation » des notations, instituée par l'arrêté du 1^{er} juin 2004, relative à la notation et à l'évaluation des magistrats administratifs.



Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel



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

L'année 2006 confirme la tendance de longue période à l'augmentation continue du contentieux devant la juridiction administrative. En données nettes des séries, l'accroissement du nombre de requêtes nouvelles devant les tribunaux administratifs est en effet de 6,2 %. Ce taux, bien que plus modéré que ceux de 14 % et 16 % enregistrés, respectivement, en 2003 et 2004, marque la poursuite de la croissance du contentieux administratif à un rythme soutenu. Parallèlement, si les tribunaux administratifs ont poursuivi leur effort en augmentant de 5,6 % le nombre d'affaires jugées en 2006, cette performance ne permet pas d'atteindre un complet équilibre entre le nombre d'affaires nouvelles enregistrées et le nombre d'affaires jugées. De ce fait, le nombre d'affaires en instance augmente de 1 % par rapport à 2005. L'effort de productivité permet, en revanche, de réduire le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock, qui s'établit à un an, trois mois et quatorze jours au 31 décembre 2006, soit 22 jours de moins que l'année précédente.

L'amélioration de la situation des juridictions d'appel, constatée depuis 2003, s'est poursuivie en 2006, confirmant le succès des contrats d'objectifs conclus avec ces juridictions. Si le nombre d'affaires enregistrées devant les cours a augmenté de 4,3 % en 2006, le nombre d'affaires jugées par celles-ci a progressé dans une proportion encore plus forte (+9,9 % en un an). Le rapport entre les affaires traitées et les affaires enregistrées atteint 123 %, ce qui se traduit, pour la quatrième année consécutive, par une diminution très sensible du nombre d'affaires en instance. La poursuite soutenue de l'effort entrepris a d'ores et déjà permis de réduire de façon notable le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock, qui s'établit à un an et dix-huit jours à la fin de l'année 2006 et dépasse ainsi d'ores et déjà l'objectif assigné à l'ensemble des cours administratives d'appel pour l'année 2007.

L'activité des tribunaux administratifs en 2006

Affaires enregistrées

Les tribunaux administratifs ont enregistré 172 557 affaires nouvelles en données brutes et 166 785 en données nettes, soit respectivement une augmentation



de 3,2 % par rapport à l'année 2005 en données brutes et de 6,2 % en données nettes. La situation est contrastée selon les juridictions, certains tribunaux étant confrontés à une très forte hausse de leurs entrées (Cergy-Pontoise : +26,4 %, Orléans : +21,6 % Nantes : +14,8 % et Melun : +14,5 %). Les tribunaux de Cergy-Pontoise et d'Orléans connaissent une augmentation sensible du nombre de requêtes dirigées contre des refus de titres de séjour et des arrêtés de reconduite à la frontière. La situation particulière du tribunal de Nantes s'explique essentiellement par une hausse importante du contentieux de la nationalité. Quant au tribunal de Melun, il connaît un fort accroissement des contentieux du permis de conduire, des droits des personnes handicapées et du refus de concours de la force publique.

Dans la continuité de celle observée en 2005, l'augmentation du nombre d'affaires nouvelles constatée en 2006 s'explique, en partie, par une explosion du contentieux du permis de conduire (+37,4 %), par une progression continue du contentieux des étrangers (+8,7 %) et par une augmentation significative du contentieux des droits des personnes handicapées. À l'inverse, bien que constituant l'un des contentieux les plus importants en volume, le contentieux fiscal connaît, en 2006, une baisse de 11,5 %, après une augmentation conjoncturelle en 2005.

Le nombre de requêtes en référé-suspension s'établit à 11 435, en diminution de près de 6 % par rapport à 2005. Cette évolution s'explique par la forte baisse du contentieux des pensions de retraite des fonctionnaires, qui est, toutefois, en partie compensée par une forte progression des référés en matière de contentieux des étrangers (+39 %). Les requêtes en référé-liberté, quant à elles, augmentent de près de 11 % par rapport à 2005 (1 482 affaires en 2006 contre 1 364 affaires en 2005).

Affaires réglées

Avec 164 342 dossiers réglés en données nettes, soit une augmentation de 5,6 % par rapport à l'année 2005, le nombre des affaires jugées par les tribunaux administratifs continue de progresser mais dans une proportion légèrement inférieure à celle des affaires enregistrées.

L'effort soutenu de productivité des magistrats permet néanmoins de maintenir 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 100,8 % en données brutes et à 98,5 % en données nettes.

Affaires en instance

Cette situation de quasi-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 2006 à un niveau comparable à celui atteint en 2005. Celui-ci s'établit ainsi à 228 265 affaires en données brutes, soit une diminution de 0,5 % par rapport à l'année précédente, et à 211 990 affaires en données nettes, soit une augmentation de 0,9 %.

Grâce à l'augmentation du nombre des affaires jugées, plus rapide que celle des affaires en instance, le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock se réduit pour s'établir, en données nettes, pour l'année 2006, à 1 an, 3 mois et 14 jours. En outre, la situation des tribunaux administratifs du sud de la France s'améliore de façon très nette, grâce notamment à l'installation, le 1^{er} novembre 2006, d'un nouveau tribunal à Nîmes, qui a déchargé ceux de Marseille et de Montpellier.

Toutefois, le délai prévisible moyen de jugement atteint 1 an, 9 mois et 12 jours pour les requêtes autres que les référés ou les affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers et dépasse 2 ans pour les requêtes présentées en matière fiscale.

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 pour faire face aux nouvelles réformes en cours d'élaboration, telle celle qui concerne le droit opposable au logement.

Tribunaux administratifs : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance (évolution 2006/2005)

Affaires enregistrées	Données brutes			Données nettes		
	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005
TA de métropole	161 909	167 714	+3,59 %	152 117	161 992	+6,49 %
TA d'outre-mer	5 241	4 843	-7,59 %	4 877	4 793	-1,72 %
Total	167 150	172 557	+3,23 %	156 994	166 785	+6,24 %

Affaires traitées	Données brutes			Données nettes		
	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005
TA de métropole	160 941	168 468	+4,68 %	150 267	159 378	+6,06 %
TA d'outre-mer	5 571	5 439	-2,37 %	5 295	4 964	-6,25 %
Total	166 512	173 907	+4,44 %	155 562	164 342	+5,64 %

Affaires en instance	Données brutes			Données nettes		
	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005	En 2005	En 2006	Évolution 2006/2005
TA de métropole	222 263	221 777	-0,22 %	203 490	205 620	+1,05 %
TA d'outre-mer	7 105	6 488	-8,68 %	6 553	6 370	-2,79 %
Total	229 368	228 265	-0,48 %	210 043	211 990	+0,93 %



Tribunaux administratifs : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance par juridiction (données nettes et évolution 2006/2005)

JURIDICTIONS	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005
Amiens	3 270	+1,24 %	3 511	+8,20 %	3 720	-6,06 %
Bastia	1 564	+12,20 %	1 339	-6,75 %	1 049	+27,62 %
Besançon	1 891	-2,88 %	1 997	+10,82 %	1 930	-5,11 %
Bordeaux	5 312	+4,90 %	4 595	+0,04 %	6 890	+9,19 %
Caen	2 370	+1,67 %	2 494	+19,22 %	1 850	-8,23 %
Cergy-Pontoise	14 198	+26,38 %	11 245	+42,81 %	19 577	+17,23 %
Châlons-en-Champagne	2 376	-8,58 %	2 704	+2,11 %	3 382	-8,64 %
Clermont-Ferrand	2 132	+10,87 %	2 264	+25,15 %	1 780	-7,05 %
Dijon	3 079	+7,36 %	3 123	+16,92 %	2 600	-1,44 %
Grenoble	5 866	-0,58 %	5 727	+10,22 %	9 985	+1,31 %
Lille	7 367	+9,40 %	8 123	+3,14 %	5 963	-12,02 %
Limoges	1 604	+7,43 %	1 509	+11,28 %	1 922	+2,78 %
Lyon	7 952	-5,69 %	8 767	+13,04 %	7 798	-9,11 %
Marseille	9 156	+1,60 %	11 367	+6,08 %	10 620	-26,42 %
Melun	8 586	+14,50 %	7 338	+9,52 %	10 240	+14,01 %
Montpellier	7 070	+3,91 %	8 543	+2,68 %	8 511	-29,09 %
Nancy	2 219	-0,67 %	1 969	-11,55 %	1 862	+15,87 %
Nantes	6 876	+14,81 %	5 684	+7,67 %	9 389	+13,20 %
Nice	6 834	+2,00 %	7 006	+4,50 %	12 556	-1,23 %
Nîmes	522		488		3 497	
Orléans	4 814	+21,57 %	4 038	+10,93 %	5 259	+17,31 %
Paris	19 415	-4,01 %	21 702	-10,23 %	31 377	-6,47 %
Pau	2 267	-7,66 %	2 634	+37,62 %	3 197	-9,99 %
Poitiers	3 125	+3,34 %	2 923	-1,65 %	2 470	+9,20 %
Rennes	5 103	+6,03 %	5 238	+5,90 %	7 427	-2,74 %
Rouen	3 402	+7,15 %	3 529	+8,92 %	5 252	-1,92 %
Strasbourg	6 020	+13,26 %	5 609	-6,63 %	6 137	+7,37 %
Toulouse	4 927	+11,67 %	4 623	+9,03 %	6 825	+4,25 %
Versailles	12 675	+11,67 %	9 289	+5,14 %	12 555	+36,76 %
Total métropole	161 992	+6,49 %	159 378	+6,06 %	205 620	+1,05 %
Basse-Terre	1 195	-4,93 %	1 396	+10,79 %	2 449	-7,55 %
Cayenne	449	+9,25 %	610	-3,63 %	633	-20,58 %
Fort-de-France	722	+23,42 %	694	+11,58 %	1 088	+3,32 %
Mata-Utu	57	+280,00 %	9	-55,00 %	67	+737,50 %
Nouvelle-Calédonie	408	-12,82 %	408	-15,35 %	184	+1,10 %
Polynésie française	500	+9,41 %	537	+4,07 %	280	-12,50 %
Saint-Denis et Mamoudzou	1 440	-13,36 %	1 305	-24,22 %	1 637	+7,06 %
Saint-Pierre	22	+0,00 %	5	-87,50 %	32	+113,33 %
Total outre-mer	4 793	-1,72 %	4 964	-6,25 %	6 370	-2,79 %
Total général global	166 785	+6,24 %	164 342	+5,64 %	211 990	+0,93 %

Nota : le tribunal administratif de Nîmes ayant été créé le 1^{er} novembre 2006, les taux d'évolution 2006/2005 ne sont pas pertinents et ne sont donc pas présentés dans ce tableau.



L'activité des cours administratives d'appel en 2006

Affaires enregistrées

Après le très fort accroissement du nombre d'affaires enregistrées en 2005, en raison du transfert du contentieux d'appel en matière de reconduite à la frontière, du Conseil d'État vers les cours administratives d'appel, l'année 2006 marque un très net ralentissement de cette augmentation. Ainsi, avec 21 083 nouvelles requêtes enregistrées en données nettes, le contentieux augmente devant les cours de 4,3 % par rapport à l'année 2005. Toutefois, ce nombre dépasse celui des 20 980 dossiers nouveaux prévus pour l'année 2006 lors de l'élaboration des contrats d'objectifs passés entre le Conseil d'État et les juridictions d'appel en décembre 2002. La hausse du contentieux s'explique en grande partie par celle du contentieux fiscal (+8,3 %). Moins importants en volume, les contentieux des droits des personnes handicapées et du permis de conduire progressent très fortement (respectivement +358 %, en raison du transfert récent de ce contentieux aux juridictions administratives de droit commun, et +38 %). À l'inverse, le contentieux des fonctionnaires et agents publics et celui des étrangers, importants en volume – le contentieux des étrangers représente en effet à lui seul près de 37 % de l'ensemble des entrées des juridictions d'appel –, connaissent une progression inférieure à la moyenne (respectivement 3,9 % et 3,5 %).

Affaires réglées

Pour la quatrième 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 ces juridictions 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 25 890 affaires en données nettes, soit 9,9 % de plus qu'en 2005. En données brutes, les 26 414 décisions rendues représentent une progression de 8,3 %.

Pour la quatrième 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 123 %, soit un taux supérieur de 5 points à celui initialement prévu dans les contrats d'objectifs. Seule la cour administrative d'appel de Versailles connaît un ratio très légèrement inférieur à 100 %, en raison notamment d'une augmentation importante de ses entrées, qui se situent à un niveau supérieur de 28 % à celui prévu pour l'année 2006 dans son contrat d'objectifs.



Affaires en instance

La forte progression des sorties permet de réduire cette année le stock d'affaires en instance de 14,5 % en données brutes et de 14,8 % en données nettes, avec 27 153 affaires en attente de jugement au 31 décembre 2006 contre 31 861 à la fin de l'année 2005.

L'accroissement de l'activité des juridictions d'appel se traduit également par une amélioration importante du délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock. Ramené à 1 an et 18 jours en données nettes, il diminue ainsi de 3 mois et 19 jours par rapport à celui constaté en 2005 et est d'ores et déjà inférieur à celui prévu pour l'année 2007 dans les contrats d'objectifs. Certaines cours administratives d'appel ont très largement dépassé leurs objectifs. Ainsi, la cour de Nantes connaît un délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock de 7 mois et 7 jours, celle de Douai de 8 mois et 8 jours, celle de Paris de 9 mois et 19 jours et celle de Nancy de 10 mois et 4 jours. En particulier, cette dernière juridiction, dont le délai prévisible moyen de jugement était de 3 ans, 7 mois et 8 jours en 2002, a opéré un redressement remarquable, d'ailleurs plus rapide que ne le prévoyait le contrat d'objectifs conclu alors, qui fixait pour objectif un délai prévisible moyen de jugement de 1 an et 9 mois en 2006.

* * *

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 2006, les résultats statistiques de l'année écoulée sont très satisfaisants pour les cours administratives d'appel. En effet, les objectifs définis pour cette quatrième année d'application des contrats ont à nouveau tous été atteints, voire, pour la plupart, dépassés.

Toutefois, il convient de rester prudent. En effet, dans le même temps, il est légitime d'espérer une poursuite de l'augmentation, en 2007, du nombre d'affaires jugées par les tribunaux administratifs. D'une part, l'augmentation du nombre de requêtes enregistrées contraint les tribunaux à accroître encore celui des affaires jugées pour éviter l'allongement des délais d'instance et, d'autre part, le fonctionnement, depuis le 1^{er} novembre 2006, du nouveau tribunal administratif de Nîmes entraînera une augmentation du nombre des appels devant la cour de Marseille, tandis que le nécessaire renforcement des effectifs des tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise, de Melun et de Versailles aura des incidences sur le nombre des appels devant les cours de Paris et de Versailles.



Cours administratives d'appel : affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance par juridiction (évolution 2006/2005)

Données brutes

JURIDICTIONS	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005
CAA Bordeaux	2 617	+2,83 %	3 656	+7,21 %	4 292	-19,31 %
CAA Douai	1 781	+14,31 %	1 814	-3,82 %	1 243	-1,97 %
CAA Lyon	2 609	+25,43 %	3 152	+0,90 %	4 800	-10,15 %
CAA Marseille	3 599	+6,80 %	3 888	+2,10 %	6 190	-4,42 %
CAA Nancy	1 667	+3,35 %	2 451	+20,15 %	2 135	-26,71 %
CAA Nantes	2 182	+9,65 %	2 612	-2,76 %	1 747	-18,06 %
CAA Paris	4 300	-14,39 %	6 030	+14,31 %	4 830	-26,46 %
CAA Versailles	2 847	+21,25 %	2 811	+30,38 %	2 722	+1,30 %
Total	21 602	+5,24 %	26 414	+8,32 %	27 959	-14,51 %

Données nettes

JURIDICTIONS	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en stock au 31/12	
	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005	Total	Évolution 2006/2005
CAA Bordeaux	2 578	+2,83 %	3 521	+9,59 %	4 204	-17,62 %
CAA Douai	1 769	+15,32 %	1 802	-1,85 %	1 243	-1,97 %
CAA Lyon	2 569	+26,68 %	3 096	+6,43 %	4 605	-9,83 %
CAA Marseille	3 532	+6,07 %	3 828	+4,19 %	6 112	-4,22 %
CAA Nancy	1 631	+3,75 %	2 439	+20,98 %	2 059	-28,11 %
CAA Nantes	1 951	-0,86 %	2 554	-2,11 %	1 537	-27,67 %
CAA Paris	4 211	-14,48 %	5 853	+13,52 %	4 700	-26,07 %
CAA Versailles	2 842	+21,19 %	2 797	+30,70 %	2 693	+1,39 %
Total	21 083	+4,33 %	25 890	+9,92 %	27 153	-14,78 %



Activité des juridictions spécialisées



Commission des recours des réfugiés

État statistique de l'activité de la commission pour l'année 2006

L'activité de la Commission des recours des réfugiés en 2006 s'inscrit dans un contexte général marqué par la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, dont les articles 93 et 94 font figurer au niveau de la loi le délai de recours devant la Commission qui est maintenu à un mois et supprime, à compter de décembre 2008, l'obligation de l'entrée régulière en France pour l'octroi de l'aide juridictionnelle ainsi que par la codification de la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Cette activité présente en 2006 les caractéristiques principales suivantes :

- le maintien de la tendance à la baisse et à la concentration de la demande d'asile ;
- la baisse marquée du nombre de décisions rendues reflète la baisse de la capacité de jugement de la Commission des recours des réfugiés et l'accroissement du nombre de renvois ;
- la confirmation des tendances antérieures pour les taux d'annulation et de rejet par ordonnance ;
- l'augmentation sensible des taux de recours, de réouverture et du nombre d'affaires plaidées ;
- l'augmentation globale du stock ;
- l'allongement limité des délais de traitement des recours ;
- le redressement en 2006 de l'activité du Bureau d'aide juridictionnelle.

Tels sont les points qui seront exposés ci-dessous et qui traduisent un changement d'échelle. Après les pics statistiques des années précédentes, les chiffres se rapprochent, en 2006, de ceux de 2003. En particulier par la baisse marquée du nombre d'affaires jugées qui traduit très exactement la diminution du nombre des rapporteurs, et a été accentuée en fin d'année, par une grève des avocats. S'il en est résulté un léger accroissement des affaires en instance, le redressement conduit en 2005 devrait reprendre en 2007 grâce à l'arrivée de nouveaux rapporteurs, intervenue en fin d'année 2006, à la réorganisation désormais acquise du Bureau d'aide juridictionnelle, au plein développement de la procédure des ordonnances, à la mise en œuvre des réformes préconisées par le président Henri Desclaux en ce qui concerne les relations avec les avocats ainsi qu'aux réflexions conduites à la suite du rapport rédigé par le président Anicet Le Pors sur le statut des agents de la Commission et sur les perspectives institutionnelles de la juridiction.



Le maintien de la tendance à la baisse et à la concentration de la demande d'asile

En 2006, la Commission a enregistré 30 418 recours, contre 40 339 en 2005, ce qui représente une baisse de 24,59 %, légèrement inférieure à celle constatée entre 2004 et 2005 (-25,42 %).

Cependant, si cette évolution concerne l'ensemble des demandes présentées devant la Commission, l'examen de la structure de la demande, par nationalité, pour les vingt pays qui représentent plus de 86 % de la demande, conduit à nuancer cette constatation.

En effet, la croissance se poursuit en 2006 pour ce qui concerne la demande haïtienne (+6,20 %)⁵, celle des ressortissants de la république de Serbie et Monténégro (+35,07 %), de la Russie (+11,50 %), et du Bangladesh (+10,33 %).

Les baisses les plus importantes concernent les demandes des ressortissants originaires de Bosnie (-71,41 %), de Moldavie (-68,85 %), de Chine (-61,08 %) et de Géorgie (-57,26 %).

La demande africaine est également en décroissance, notamment pour les demandeurs originaires du Congo (-33,43 %), de Mauritanie (-29,71 %), de la République démocratique du Congo (-26,37 %) et de Guinée (-22,98 %).

La demande algérienne est en baisse de -34,41 %.

La demande turque, en légère diminution, demeure la plus importante avec 3 688 requérants.

L'accroissement de la concentration de la demande déjà constatée en 2005

Les requérants qui déposent un recours devant la Commission sont, comme en 2005, concentrés sur un nombre restreint de nationalités, avec un accroissement en 2006 de la concentration de la demande.

Les dix premiers pays⁶, en nombre absolu de demandes, concernent 65,34 % de la demande totale en 2006 (contre 53 % en 2005), et le nombre de requérants pour les cinq premiers pays représente 45,80 % du total des recours entrés en 2006 à la Commission (contre 35 % en 2005).

5 - Deux missions ont été organisées en 2006 en Guadeloupe qui ont permis aux formations de jugement d'examiner plus de 800 dossiers haïtiens.

6 - Turquie, Haïti, République démocratique du Congo, Sri Lanka, République de Serbie Monténégro, Russie, Arménie, Bangladesh, Chine et Mauritanie.



La baisse marquée du nombre de décisions rendues reflète la baisse de la capacité de jugement de la Commission des recours des réfugiés et l'accroissement du nombre de renvois

En 2006, les décisions prises par la Commission des recours des réfugiés ont concerné 106 nationalités. Les 1 968 audiences publiques, dont six sections réunies, tenues par les formations de jugement ont nécessité le recours à des interprètes pour 120 langues différentes.

La Commission a rendu 28 837 décisions, contre 62 617 en 2005, soit une diminution de 53,95 %.

Cette baisse est directement liée à la diminution de la capacité d'enrôlement due à la diminution dès janvier 2006 de près de 50 % du nombre de rapporteurs en formation de jugement, passant de 152,8 agents en équivalent temps plein en novembre 2006 à 68,6 en février 2006 pour atteindre 64,1 agents en juin 2006 (soit -58 % par rapport à fin 2005).

Le pouvoir de décider un renvoi à la demande des parties a été accordé aux seuls présidents des formations de jugement par le décret du 14 août 2004. Le taux moyen annuel de dossiers ayant fait l'objet d'un renvoi est passé de 23 % fin 2005 à 24,37 % en décembre 2006, cette tendance s'étant accentuée au cours des deux derniers mois de 2006, du fait de la grève des avocats pendant cette période (le pourcentage de renvois en novembre et décembre 2006 ayant atteint respectivement 29,86 % et 30,37 %). Le recrutement de dix agents à compter d'octobre 2006 n'a pu de ce fait produire tous ses effets en 2006.

En raison de la conjonction de ces deux données, la capacité de jugement annuelle de la Commission (hors ordonnances) est passée de 52 945 dossiers fin 2005 à 26 274 dossiers fin 2006.

Les sections réunies ont rendu, comme en 2005, 6 décisions, dont 2 annulations de la décision de l'OFPRA.

La confirmation des tendances antérieures pour les taux d'annulation et de rejet par ordonnance

En 2006, la Commission des recours des réfugiés a prononcé 4 449 décisions d'annulation. Le pourcentage d'annulation des décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) (15,43 %) est similaire à celui de 2005 (15,51 %) qui était en augmentation par rapport à celui de 2004 (12,67 %). En revanche, le taux d'annulation des pays autres que les vingt plus importants devant la juridiction est en augmentation constante dans le pourcentage d'annulation. Ainsi, ces pays totalisent, en 2006, 19,37 % des annulations contre 17,27 % en 2005 et 16,08 en 2004, alors que leur part dans l'ensemble des décisions est stable.

Les annulations des décisions du directeur général de l'OFPRA aboutissant à l'octroi du statut de réfugié par la Commission représentent 14,15 % de l'ensemble des décisions. Il faut ajouter à ce pourcentage l'octroi de la protection subsidiaire, accordée aux ressortissants d'un pays ne pouvant prétendre au sta-



tut de réfugié mais menacés sans pouvoir bénéficier de l'asile interne, et qui, en augmentation, se situe à hauteur de 1,28 % (0,57 % en 2005).

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) représentent 8,26 % des décisions (2 383 ordonnances), et sont en baisse de 54,73 % par rapport à 2005 (5 264, soit 12,68 %). Cette diminution est à rapprocher de la baisse globale du nombre de recours déposés en 2006 à la Commission.

La procédure des ordonnances dites «nouvelles» mise en place fin 2004, qui fait l'objet d'une séance entre un président et un rapporteur, a connu un développement limité. Les 3 843 ordonnances prises à ce titre représentent 13,33 % des décisions prises en 2006 (4 746 ordonnances en 2005).

Au total, les ordonnances représentent 6 226 décisions en 2006 soit 21,59 % (pour 10 635 en 2005 et 17,08 %). Ainsi, si le pourcentage d'ordonnances est en augmentation du fait des ordonnances nouvelles, cette augmentation est purement mathématique et mécanique puisque les ordonnances sont une procédure qui dépend du nombre des recours entrant et non de l'activité collégiale de la Commission. L'augmentation du pourcentage n'est donc pas significative car le nombre d'ordonnances baisse, sur la même période entre 2005 et 2006, de 41,45 %.

L'augmentation sensible des taux de recours, de réouverture et du nombre d'affaires plaidées

• Le taux de recours et le taux de réouverture

La baisse du nombre des recours enregistrés est inférieure à celles des premières demandes d'asile. Cela s'explique principalement par l'augmentation du taux de recours qui est passé de 85,66 % pour l'année 2005 à 87,62 % pour 2006 et par l'augmentation du taux des recours en réouverture qui est passé de 21,82 % pour 2005 à 23,65 % pour 2006.

Le taux de constitution dans les dossiers examinés par les formations de jugement de la Commission est en augmentation, passant de 46,86 % en janvier 2006 à 58,66 % en juin 2006 et 55,42 % en novembre 2006 soit un taux moyen sur les onze premiers mois de l'année de 53,57 %, ce qui n'est pas sans influence sur les taux de renvoi, d'annulation et sur la durée des audiences. Il est à noter que 20 % des avocats qui se constituent devant la juridiction représentent 80 % des affaires plaidées.

• Le taux de renvoi

Les décisions de renvoi à la demande des parties relèvent de la compétence des présidents des formations de jugement. Le taux de renvoi est donc une variable fortement individualisée. L'année 2006, avec un taux de renvoi de 24,37 % marque une légère augmentation par rapport à l'année précédente (23 %) plus marquée par rapport à 2004 (14 %) mais la juridiction est encore éloignée du taux de 2002 qui avait atteint 30 %.



L'augmentation globale du stock

Si on retient le stock né de la différence entre les entrées et les sorties, le stock créé en 2006 à la Commission est de 1 581 dossiers.

Les dossiers sont comptabilisés par les services informatiques sous deux rubriques : selon qu'ils se trouvent en cours ou en attente de traitement. Sous la rubrique «en cours de traitement» figurent les seuls dossiers enrôlés (10 771), la rubrique «en attente de traitement» regroupant les dossiers non enrôlés et ceux qui ont été transmis au Bureau d'aide juridictionnelle ou aux rapporteurs pour suivre la procédure des ordonnances (20 389).

L'allongement limité des délais de traitement des recours

La CRR a deux façons de connaître son délai de traitement soit au travers des données fournies par l'OFPRA soit en divisant son stock par sa capacité de jugement.

a) Grâce à un outil statistique propre, l'OFPRA calcule le délai par la somme des nombres de jours écoulés entre la date de dépôt du recours et la date de décision de la CRR. Le délai de traitement moyen sur les onze premiers mois de l'année 2006 est de 10,3 mois. À ce titre, il doit être observé qu'avec cette méthode plus le dossier enrôlé est ancien, plus le délai de traitement augmente, situation qui s'est produite en 2006 où les dossiers anciens ont été traités en priorité.

b) Pour connaître son délai de traitement, la juridiction définit son stock en regard de sa capacité de jugement par une simple division. Cette méthode met en relief l'importance et le caractère fluctuant de la capacité de jugement. Elle prend également en compte d'autres variables telles que le taux d'ordonnance ou celui des renvois. Ainsi, au 8 janvier 2006, cette méthode fait apparaître un délai de traitement de 10,73 mois.

Le redressement en 2006 de l'activité du Bureau d'aide juridictionnelle

L'arrivée d'un nouveau responsable ayant pour objectifs de restructurer le service et résorber le retard de traitement des dossiers de demandes d'aide juridictionnelle a permis d'améliorer nettement la situation, réduisant le délai de traitement des demandes de 18 mois (début 2006) à moins de trois mois fin 2006, ce qui conduit pour 2007, avec une gestion assainie, à envisager un délai moyen d'un mois de traitement des demandes, dans l'hypothèse d'une informatisation intégrée de la chaîne de traitement.

En 2006, le Bureau d'aide juridictionnelle établi près la Commission des recours a enregistré 6 078 demandes d'AJ (contre 5 653 en 2005) soit une augmentation de 7,5 %, et rendu 9 476 décisions définitives (soit +30,08 % par rapport à 2005).

Le nombre d'admissions à l'aide juridictionnelle s'est établi à 3 445 contre 1 184 en 2005 (soit +190 %).



Éléments de jurisprudence

Parachevant la réforme du droit d'asile d'un point de vue textuel, l'année 2006 aura été marquée par l'entrée en vigueur de la directive dite qualification du 29 avril 2004⁷, et par l'inclusion dans la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, des dispositions du décret du 14 août 2004 relatif à l'OFPRA et à la Commission des recours des réfugiés⁸.

D'un point de vue jurisprudentiel, la Commission des recours des réfugiés, confrontée cette année à des évolutions géopolitiques majeures, a tiré les conséquences pour les réfugiés de situations de conflits, qu'il s'agisse de leur survie, de leurs développements ou de leur fin (I).

Elle a poursuivi son travail de définition des risques de traitements inhumains et dégradants ouvrant droit au bénéfice de la protection subsidiaire (II), et de l'étendue de la protection, tant celle que l'individu est en droit d'attendre dans son pays, que celle dont bénéficient le cas échéant, la personne protégée et sa famille dans le pays d'accueil (III). Enfin, elle s'est interrogée sur l'incidence des qualifications prônées par la communauté internationale de certains actes, sur l'application des dispositions de la loi relatives à l'exclusion du bénéfice d'une protection (IV).

I – Qualification et conséquences juridiques de certaines situations de conflit

Tout d'abord, les sections réunies de la Commission ont jugé que la situation prévalant en **Irak** se caractérisait par une violence généralisée résultant du conflit entre les forces de sécurité irakiennes, les forces de la Coalition et des groupes armés, menant sur certaines parties du territoire des opérations militaires continues et concertées et ont défini des groupes de personnes particulièrement exposés à des menaces graves et susceptibles de se voir accorder, à ce titre, le bénéfice de la protection subsidiaire⁹. Par là même, elles ont écarté du champ d'application conventionnel, le cas d'un comptable du cabinet de l'ancien président irakien, exerçant des fonctions de niveau intermédiaire et exposé le cas échéant à des poursuites en cas de retour, ainsi que celui d'une femme irakienne, membre de la communauté assyro-chaldéenne, vivant seule et appartenant à une famille aisée, tous deux constituant pendant des cibles potentielles des groupes armés.

Les sections réunies ont également constaté que la région du Kurdistan bénéficiait d'une autonomie reconnue par l'article 113 de la Constitution irakienne et considéré qu'un réfugié irakien retourné dans cette région devait être regardé comme étant retourné volontairement s'établir dans le pays qu'il avait quitté¹⁰.

7 - Le 10 octobre 2006.

8 - Livre VII, «Le droit d'asile», partie réglementaire, articles R. 721-1 à R. 765-1.

9 - CRR, sections réunies, 17 février 2006, *M. Alazawi* et *M^{lle} Kona*.

10 - CRR, sections réunies, 17 février 2006, *M. Omar*.



La Commission a de même caractérisé la situation prévalant en **Colombie**, la qualifiant, notamment à Cali et dans la région de Valle del Cauca, de climat de violence généralisée, se traduisant par la perpétration d'exactions, d'extorsions de fonds et de menaces visant des groupes particuliers et résultant des violents affrontements entre les forces de sécurité colombiennes et les groupes armés, dont les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC), menant des opérations militaires continues et concertées, ainsi que des stratégies de contrôle de territoires¹¹.

En **Bosnie Herzégovine**, constatant que l'accord cadre général de Dayton, posait les principes du droit de réinstallation, de libre choix d'établissement et de libre circulation des ressortissants de cet État, et que la sécurité des membres de la communauté musulmane originaires de l'entité dite Republika Srpska, y était actuellement assurée, les sections réunies de la Commission ont considéré, que les membres de cette communauté qui avaient choisi de fixer l'ensemble de leurs centres d'intérêt dans l'entité dite Fédération de Bosnie Herzégovine, n'étaient fondés à se prévaloir de l'une ou l'autre des protections prévues par la loi qu'à la condition d'établir qu'ils y étaient exposés à des persécutions ou à des menaces graves¹².

II – Définition des traitements inhumains et dégradants

S'agissant de la définition des traitements inhumains et dégradants, prévus par l'article L. 712-1b) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la Commission a confirmé à diverses reprises que, l'exposition à des **violences domestiques**, à **des risques de vengeance** ou **l'insubordination à des coutumes** en vigueur pouvait entrer dans le champ d'application de la protection subsidiaire¹³, et a étendu cette possibilité à de nouvelles situations, dont l'exposition à certains **risques professionnels**¹⁴.

Elle a reconnu que certaines **condamnations pénales** étaient constitutives de menaces graves au sens de la loi. Ainsi, pour la première fois, le risque de condamnation à mort par lapidation pour adultère en Iran est qualifié de menace grave au sens de l'article L. 712-1a) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁵. En revanche, la même qualification n'a pas été retenue pour l'application des peines prévues par le code pénal salvadorien en matière

11 - CRR, 29 septembre 2006, *M^{lle} Rincon Perez*.

12 - CRR, sections réunies, 18 janvier 2006, *Famille Selimovic*.

13 - CRR, 26 janvier 2006, *M^{lle} Aigbe* pour le refus d'un mariage imposé, dans un État qui le juge illégal et la naissance hors mariage d'un enfant; CRR, 17 février 2006, 544299, *Selmani*, s'agissant d'un requérant ayant établi être personnellement exposé sur le territoire albanais à la loi du « Kanûn », pratique fondée sur l'exécution d'une vendetta et CRR, 19 juillet 2006, 526541, *M^{me} Maher* pour des sévices graves et répétés infligés à la requérante de nationalité marocaine par son époux, se trouvant dans l'impossibilité d'engager une procédure de divorce ou de quitter le domicile conjugal.

14 - Notamment pour un chef d'entreprise péruvien, agressé et menacé : CRR, 8 février 2006, 550225, *Manyari Bonilla*.

15 - CRR, 5 janvier 2007, *M^{me} Eshraghi*; voir aussi : CRR, 9 juin 2006, *Mehrzadeh* : une condamnation à cent coups de fouet pour adultère constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article L. 712-b).



d'enrichissement illicite, dès lors que ces dernières n'étaient pas disproportionnées par rapport aux faits reprochés¹⁶.

III – Étendue de la protection

Au regard des dispositions de la loi du 10 décembre 2003, qui prévoient désormais que « *les persécutions prises en compte dans l'octroi de la qualité de réfugié et les menaces graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait des autorités de l'État, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'État ou une partie substantielle du territoire de l'État, ou d'acteurs non étatiques dans les cas où les autorités définies à l'alinéa suivant refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection* »¹⁷, la Commission a esquissé la définition du contenu et l'étendue de la protection d'un État, en déterminant notamment dans quelles circonstances une personne ne pouvait s'en prévaloir. La juridiction a ainsi reconnu la qualité de réfugié à un évangéliste, victime de persécutions pour des motifs religieux de la part de fondamentalistes musulmans et des autorités algériennes, dans la mesure où celles-ci ont promulgué une ordonnance condamnant pénalement les tentatives de conversion de musulmans à une autre religion¹⁸. De même, qu'a été accordé le bénéfice de la convention de Genève à un requérant victime des miliciens janjawids, auteurs de graves exactions notamment à l'encontre de sa famille, soutenus par les autorités soudanaises¹⁹. En revanche, des enquêtes judiciaires diligentées et menées à bien par les autorités camerounaises, à l'égard de l'auteur de violences et d'une tentative de meurtre à l'encontre de la requérante, répondent à la définition de la protection²⁰.

S'agissant de l'extension de la protection aux enfants du réfugié, les sections réunies de la Commission ont rappelé que la naturalisation du réfugié dans son pays d'accueil, qui est préconisée par l'article 34 de la convention de Genève, implique pour celui-ci une protection d'un degré supérieur à celle attachée au statut de réfugié; que dès lors, elle ne saurait le priver d'aucun des droits qui résultent du statut dont il bénéficiait antérieurement à sa naturalisation en France, dont la protection de son enfant, auquel peut être reconnue la qualité de réfugié, en application du principe de l'unité de famille²¹.

IV – Exclusion de la protection

Dans le cas d'un membre des anciennes forces armées de la République fédérale de Yougoslavie, dont les agissements ont été qualifiés de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre au sens des articles 3, 4, 5 du statut de Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la Commission a précisé pour la pre-

16 - CRR, 7 avril 2006, 511565, *Perla Parada*.

17 - Article L. 713-2 du code l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

18 - CRR, 27 avril 2006, 547961, *Menceur*.

19 - CRR, 15 mai 2006, 560434, *Lpen*.

20 - CRR, 27 avril 2006, 518648, *M^{lle} Depnou*.

21 - CRR, sections réunies, 18 juillet 2006, *M^{lle} Nazare Gomes Betuncal*.



mière fois dans sa jurisprudence, que la qualification de crimes de guerre devait s'entendre comme la violation des lois internationales relatives à la guerre ainsi que celle visée par l'article 6 b) de l'accord établissant le tribunal de Nuremberg, autrement dit les meurtres et tortures infligés à des populations civiles, à des prisonniers de guerre, l'assassinat d'otages ou la destruction de villes ou de villages sans justification militaire²². Dans cette espèce, comme dans d'autres, la Commission a, en outre, apprécié le degré de responsabilité ainsi que la contrainte éventuelle à laquelle a pu être soumis le requérant, dans la commission de tels actes.

En outre, s'agissant d'un ancien ministre rwandais ayant cautionné en 1994 les agissements du gouvernement intérimaire qui s'est rendu coupable de massacres systématiques qualifiés par la communauté internationale de génocide, la Commission a estimé qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il s'était lui-même rendu coupable, compte tenu de sa notoriété et de son parcours politique, d'un crime au sens de l'article 1^{er} F, a de la convention de Genève « *et notamment d'un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes, telles que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide qui punit, au même titre que le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide* »²³.

La Commission a aussi souligné que l'ancien Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), constituait une organisation inscrite sur la liste des personnes, groupes et entités auxquels s'applique la position commune du Conseil de l'Union européenne du 2 mai 2002 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, et que ses actions résultant de l'emploi de méthodes terroristes pour l'organisation d'attentats contre la population civile, ne sauraient justifier les fins politiques revendiquées par ce parti, et devaient être regardées comme des crimes graves de droit commun²⁴.

Enfin, les agissements d'un membre d'un réseau terroriste qui a personnellement exercé certaines responsabilités déterminantes au sein de sa cellule, et a notamment activement participé à la fourniture de faux papiers et de visas à des personnes qui se sont elles-mêmes rendues coupables d'actes terroristes d'une particulière gravité, constituent des actes contraires aux buts et principes des Nations unies, au sens de la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations unies du 28 septembre 2001, adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies, laquelle stipule dans son paragraphe 5 que « *les actes, méthodes et pratiques du terrorisme sont contraires aux buts et aux principes de l'Organisation des Nations unies et que le financement et l'organisation d'actes de terrorisme ou l'incitation à de tels actes en connaissance de cause sont également contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations unies* »²⁵.

22 - CRR, 18 mai 2006, *Kurta*.

23 - CRR, 12 octobre 2006, *Nbonampeka*.

24 - CRR, 11 mai 2006, *Ucar*.

25 - CRR, 17 octobre 2006, *Tebourski*.



Commission centrale d'aide sociale

La Commission centrale d'aide sociale a été saisie, en 2006, d'un nombre de dossiers légèrement moins important qu'en 2005 : 1 699 au lieu de 1 725, soit une diminution de 26 dossiers, essentiellement des dossiers contentieux CMU complémentaire, dont le nombre a baissé de 727 à 486 (-33,15 %).

Cette diminution n'a pas touché les autres formes d'aide sociale, pour lesquelles le nombre de dossiers enregistrés reste stable. Ce nombre a considérablement augmenté pour le RMI.

L'aide sociale aux personnes âgées dont le nombre de dossiers enregistrés est passé de 285 en 2005 à 268 en 2006 **le RMI, dont le nombre de dossiers enregistrés a bondi de 470 en 2005 à 697** (soit +48,30 %) ; l'allocation personnalisée d'autonomie : 62 dossiers arrivés en 2005 et 58 cette année.

La Commission centrale d'aide sociale a tenu **170 audiences en 2006**, le nombre d'affaires passées en audience s'élève à 2 281, ce qui représente une moyenne de 13 dossiers par audience. Pour le contentieux RMI le nombre de dossiers jugés par audience ne dépasse pas 8 à 10.

Il est à signaler que seuls deux auditeurs au Conseil d'État sont venus à la Commission centrale d'aide sociale, pour deux ans, pour exercer les fonctions de rapporteurs, ne remplaçant pas les départs des précédents auditeurs. Certaines années six auditeurs sont affectés à ces fonctions.

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

- Allocation personnalisée d'autonomie : 78 (+36,8 %)
- Allocation aux adultes handicapés : 101 (-21,8 %)
- CMU complémentaire : 880 (-46,9 %)
- Domicile de secours : 65 (-14,4 %)
- Aide sociale aux personnes âgées : 506 (+28,4 %)
- Revenu minimum d'insertion : 583 (+48,7 %)

Malgré 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 (auditeurs au Conseil d'État ou rapporteurs préparant des concours administratifs), dans la plupart des formes d'aide sociale, la progression des affaires jugées va de +28 % à +48 %

Compte tenu des efforts déployés par la juridiction et par son greffe, les résultats de l'année 2006 peuvent être considérés comme positifs, puisque le stock des dossiers en attente s'est considérablement réduit. Le nombre est descendu à 1 037 dossiers (contre plus de 1 600 en 2005, et 2 777 en 2004).



Pour la première fois de son histoire, la Commission centrale d'aide sociale, juridiction d'appel juge dans l'année les dossiers de toutes les formes d'aide, hors RMI.

Pour la CMU complémentaire, dès le mois de juin 2006 le secrétaire général, avec l'accord des présidents de sections a dû faire passer le nombre d'audiences par rapporteur d'une par mois à une tous les deux mois, afin d'éviter que l'on juge les affaires dans des délais trop brefs, laissant trop peu de temps aux communications de pièces et productions de mémoires.

La situation devrait cependant s'améliorer pour le contentieux RMI, en raison de l'affectation actuelle de douze rapporteurs (au lieu de six précédemment) dans quatre formations de jugement. Début 2008, devraient pouvoir être jugées les affaires enregistrées en 2007.

En revanche, s'agissant des problèmes, déjà soulevés par le précédent rapport annuel du Conseil d'État, relatifs au fonctionnement des commissions départementales de l'aide sociale, ils n'ont connu, en 2006, ni rémission, ni remède. L'urgence qui s'attache à leur traitement n'a donc fait que s'accroître.



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

	2005			2006		
	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	51	0	606	34	0	688 ¹
Commission centrale d'aide sociale	1 725	2 881	1 619	1 699	2 281 ²	1 037 ³
Commission supérieure des soins gratuits	10	10	0	1	1	0
Juridictions disciplinaires						
Conseil national de l'ordre des médecins						
<i>Section disciplinaire</i>	288	312	69	296	287	78
<i>Section des assurances sociales</i>	141	172	119	226	183	162
Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes						
<i>Section disciplinaire</i>	63	79	42	92	43	91
<i>Section des assurances sociales</i>	75	63	52	72	70	54
Conseil national de l'ordre des pharmaciens						
<i>Section disciplinaire</i>	105	93	54	63	65	52
<i>Section des assurances sociales</i>	21	29	12	32	25	19
Conseil national de l'ordre des sages-femmes						
<i>Section disciplinaire</i>	0	1	0	2	1	1
<i>Section des assurances sociales</i>	2	3	4	0	4	0
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	25	31	12	28	29	11
Chambre nationale de discipline des architectes	32	40	64	23	24	63
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts	11	12	4	9	10	3
Haut Conseil du Commissariat aux comptes	15	16	9	15	7	17
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables ⁴	16	17	21	21	15	27
Autres juridictions						
Commission des recours des réfugiés	38 563	62 262	21 301 ⁵	30 418	28 837	20 389
Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	108	80	73	44	115	2

1- Compte tenu de l'ajout de 48 dossiers non comptabilisés au titre de 2005.

2- Dont 51 dossiers en délibéré ou sursis à statuer ou en supplément d'instruction.

3- Hors les dossiers cités ci-dessus passés en audience mais non définitivement jugés et hors 111 (non saisis), 360 (remis aux rapporteurs pour des audiences début 2007), sortis du stock mais non jugés en 2006, 88 (en attente d'arrivée du dossier complet).

4- Période de référence : du 1^{er} juillet 2004 au 30 juin 2005.

5- Dont il convient de retrancher 2 493 dossiers relatifs à des demandes d'aide juridictionnelle.



Avis du Conseil d'État en 2006



Assurance et prévoyance

■ Assemblée générale – Avis 373.269 – 13 juillet 2006

Personnels militaires et agents civils navigants – Fonds de prévoyance – Intervention de la puissance publique auprès de la Caisse des dépôts et des consignations – Conditions.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de la défense, d'une demande d'avis relative au fonds de prévoyance militaire et au fonds de prévoyance de l'aéronautique qui pose les questions suivantes :

1° Peut-on considérer que les ressources de ces fonds constituent des ressources publiques dont le législateur financier peut disposer librement ? Ou doit-on considérer que ces fonds, financés presque exclusivement par les cotisations des militaires ou des personnels de l'aéronautique, constituent leur propriété personnelle, dont une loi de finances ne peut disposer ?

2° La règle selon laquelle ces fonds sont « *conservés, gérés et utilisés exclusivement au profit des ayants droit et de leurs ayants cause* », énoncée à l'article 12 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, autorise-t-elle, et à quelles conditions, les représentants de l'État à convenir, avec la Caisse des dépôts et consignations, de l'affectation d'une partie des excédents des fonds actuellement constatés, à des fins qui, tout en respectant les règles prudentielles, permettent de répondre aux besoins identifiés par les cotisants des fonds ?

Vu la Constitution, notamment son article 34 ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, notamment son article 12 ;

Vu le décret n° 73-934 du 25 septembre 1973 relatif au fonds de prévoyance militaire ;

Vu le décret n° 77-1148 du 27 décembre 1977 relatif au fonds de prévoyance de l'aéronautique ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I. – S'agissant de la question de savoir si les ressources des fonds de prévoyance constituent des ressources de l'État et sous quelles conditions et dans quelle mesure le législateur peut en disposer :

1° Le Conseil d'État relève que les fonds de prévoyance, adaptés aux risques auxquels sont exposés les militaires et les agents publics civils navigants de l'aéronautique ont été créés par la loi et offrent à ces personnels une garantie statutaire, renforcée récemment par les dispositions de l'article 12 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires.

Ces fonds, auxquels les personnels militaires et agents publics civils navigants sont obligatoirement affiliés, assurent à ces derniers une protection complémentaire, sous forme d'un mécanisme de prévoyance collective obligatoire, contre



les risques invalidité et décès, ce qui les rapproche, par l'objectif poursuivi, des régimes complémentaires de prévoyance prévus au chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IX du code de la sécurité sociale au bénéfice des salariés relevant de ce code.

Les ressources des fonds sont constituées pour leur quasi-totalité par des prélèvements opérés à la source sur diverses indemnités qui s'ajoutent à la solde ou au traitement des personnels affiliés à ces fonds et font partie de leur rémunération. La contribution de l'État à ces fonds est limitée et correspond simplement au règlement des cotisations des personnels affiliés qui ne perçoivent pas les indemnités ci-dessus mentionnées. Cette contribution de l'État peut cependant donner lieu, lorsque les circonstances le justifient, à un abondement exceptionnel prévu à l'article 12 de la loi susmentionnée, afin de garantir le service des prestations.

Enfin, aux termes des dispositions de l'article 7 du décret du 25 septembre 1973 et de l'article 14 du décret du 27 décembre 1977 susvisés, un mandat de gestion administrative et comptable des fonds de prévoyance est confié à la Caisse des dépôts et consignations.

2° Le Conseil d'État observe que le dispositif de prévoyance mis en place par le législateur instaure un lien direct et précis rattachant le droit aux prestations à l'obligation de cotiser, ce qui donne aux retenues opérées sur les rémunérations des affiliés aux fonds le caractère de cotisations sociales et non d'impositions de toutes natures. C'est pourquoi le législateur a pu laisser au pouvoir réglementaire le soin d'en fixer les taux et modalités de recouvrement.

3° Bien que les fonds de prévoyance soient financés essentiellement par des cotisations prélevées sur les rémunérations des affiliés, ces cotisations, obligatoires, sont retenues par l'État et affectées à des fonds qui n'ont pas le caractère de personnes morales de droit privé ni d'ailleurs de droit public. Ces fonds, qui ne sont pas dotés d'organes de direction propres ni des autres attributs de la personnalité juridique financent des prestations allouées, en application des dispositions réglementaires applicables, sur décision du ministre de la défense, sous réserve d'un droit d'opposition du ministre de l'économie et des finances.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, les réserves accumulées dans ces fonds, lesquels ont été spécialement organisés par le législateur pour financer le régime de prévoyance collective institué par lui au bénéfice des personnels en cause, réserves résultant de l'excédent des cotisations versées sur les prestations servies, ont la nature de fonds appartenant à l'État. Toutefois, les dispositions de l'article 12 de la loi du 24 mars 2005 susvisée, selon lesquelles ces fonds sont « *conservés, gérés et utilisés exclusivement au profit des ayants droit et de leurs ayants cause* », s'opposent à ce que des prélèvements sur ces fonds ne soient opérés par une simple disposition budgétaire de la loi de finances, sans modification de ces dispositions, ou dérogation exceptionnelle à l'affectation qu'elles instituent.

4° A cette fin, il serait loisible au législateur, en procédant à cette modification, de supprimer le mécanisme même de financement des prestations par l'intermédiaire des fonds, en reprenant au sein du budget de l'État, le cas échéant sous la forme d'un compte d'affectation spéciale propre à ces opérations, en recettes et en dépenses, le service du régime de prévoyance institué par la loi.



5° En revanche, si le législateur entendait conserver le principe de cantonnement de ce régime de prévoyance dans des fonds distincts du budget de l'État, les prélèvements sur les excédents de réserves des fonds ne pourraient cependant être opérés, après abrogation des règles de conservation, de gestion et d'utilisation, édictées au bénéfice des affiliés par les dispositions précitées de l'article 12 de la loi du 24 mars 2005, ou dérogation expresse à ces règles, qu'à la condition de ne pas porter atteinte au fonctionnement pérenne de ces fonds et à l'effectivité du régime de prévoyance statutaire mis en place par le législateur. Dans cette dernière hypothèse, la question de la compatibilité de ces fonds avec le principe d'universalité budgétaire énoncé à l'article 6 de la loi organique relative aux lois de finances serait posée en l'absence de la création d'une personne morale, telle qu'un établissement public, chargée de ce régime.

II. – S'agissant de la question de savoir si la règle selon laquelle ces fonds sont « *conservés, gérés et utilisés exclusivement au profit des ayants droit et de leurs ayants cause* » énoncée à l'article 12 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, autorise et à quelles conditions, les représentants de l'État à convenir avec la Caisse des dépôts et consignations, de l'affectation d'une partie des excédents des fonds actuellement constatés, à des fins, qui tout en respectant les règles prudentielles, permettent de répondre aux besoins identifiés par les cotisants des fonds :

1° Il faut d'abord relever qu'il résulte de l'article 12 de la loi du 24 mars 2005 que les prestations versées par les fonds doivent légalement avoir pour objet la couverture d'un risque inhérent à la fonction militaire. Dès lors, leur intervention ne saurait être étendue par décret, à des prestations qui auraient pour objet la couverture de besoins sociaux ne résultant pas de la réalisation d'un de ces risques.

2° L'autre question est de savoir si, en l'absence de modification de la loi, la gestion des actifs des fonds peut être orientée, par convention entre l'État et la Caisse des dépôts et consignations, organisme gestionnaire, vers des investissements présentant un intérêt particulier pour la communauté militaire.

La Caisse des dépôts et consignations, désignée comme organisme gestionnaire des fonds par les deux décrets du 25 septembre 1973 et du 27 décembre 1977 susvisés, est investie à ce titre de par l'article 12 de la loi du 24 mars 2005 d'une responsabilité fiduciaire d'avoir à gérer ces fonds dans le seul intérêt des ayants droit et de leurs ayants cause. La Caisse des dépôts et consignations investit ces fonds quasi intégralement en SICAV obligataires et en SICAV de trésorerie. Cette gestion des actifs dans le seul intérêt des affiliés aux fonds n'interdit cependant pas que, par décret ou par convention entre les représentants de l'État et la Caisse des dépôts et consignations, il puisse être décidé de certaines orientations de la politique de gestion des actifs des fonds vers des investissements présentant un intérêt particulier pour la communauté militaire. Il serait ainsi concevable, par exemple, que dans le cadre de telles orientations, les fonds puissent procéder à des investissements dans des instruments de financement émis par des sociétés du secteur de l'immobilier sélectionnés par la Caisse des dépôts et consignations, avec en contrepartie un droit de réservation au profit des militaires d'une partie des logements ayant bénéficié de ces financements

De tels investissements devraient toutefois respecter les règles prudentielles, de rigueur en la matière, de dispersion des placements entre les émetteurs et



les secteurs économiques, de liquidité des actifs investis et de qualité des opérateurs ainsi financés. Ces investissements devraient également procurer aux fonds de prévoyance un retour, en termes de rendement des sommes investies, aussi proche que possible de celui du marché pour des opérations équivalentes.

Collectivités territoriales

■ Section des travaux publics – n° 372.428 – 17 janvier 2006

Participation des collectivités territoriales dans le capital de sociétés d'économie mixte locales de distribution de gaz – Régime.

Le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :

1° Une collectivité locale d'Alsace ou de Moselle qui détient une participation majoritaire dans une société d'économie mixte locale de distribution de gaz constituée antérieurement en application de la loi locale du 6 juin 1895 peut-elle, dans le respect des dispositions de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, transférer sa participation majoritaire à une société holding dont elle détiendrait la majorité du capital, le solde du capital pouvant être détenu par des actionnaires privés ?

Une telle restructuration de la détention du capital de l'entreprise de distribution de gaz concernée aurait-elle des conséquences sur son statut ou son activité ?

2° Cette même collectivité peut-elle céder, sans que soit remis en cause son « caractère particulier » au sens de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946, tout ou partie de sa participation à une entité du secteur privé ou du secteur public, pour autant qu'à l'issue de cette cession, sa participation résiduelle, cumulée à celle détenue par Gaz de France ou d'autres entités du secteur public, assure le maintien de la société de distribution dans le secteur public ?

Une telle cession n'est-elle possible qu'au profit de Gaz de France ?

3° Comment traiter, sur les mêmes bases, le cas d'une société d'économie mixte locale de distribution de gaz dans un département autre que d'Alsace-Moselle ?

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, notamment son article 23 ;

Vu la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 ;

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

Aux termes du premier alinéa de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 : « Les sociétés de distribution à économie mixte, dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales sont maintenus dans leur situation actuelle, le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur



a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs». Il résulte de ces dispositions que les services de distribution de gaz constitués lors de la publication de la loi du 8 avril 1946 sous la forme de sociétés d'économie mixte n'ont été exclus de la nationalisation et maintenus dans leur situation antérieure que lorsque l'État ou des collectivités publiques, c'est-à-dire des collectivités territoriales et leurs groupements, détenaient plus de la moitié de leur capital.

Toute opération, notamment la constitution d'une société holding, qui aboutirait à ce que la majorité du capital d'un distributeur non nationalisé constitué sous la forme d'une société d'économie mixte ne soit plus détenu par l'État ou des « collectivités publiques » au sens de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 méconnaîtrait directement ces dispositions et n'est donc, en l'état actuel des textes, pas légalement possible. Compte tenu des changements intervenus dans le régime juridique des entreprises gazières depuis 2003, seule une loi pourrait fixer les conditions dans lesquelles une évolution de la situation de telles sociétés serait possible.

La circonstance qu'en vertu de l'article 13 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales (devenu l'article L. 2542-28 du code général des collectivités territoriales), les sociétés d'économie mixte de Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin créées en application de la loi locale du 6 juin 1895 peuvent déroger aux dispositions de la loi de 1983 (reprises aux articles L. 1522-1 et suivants du code général des collectivités territoriales) instituant l'obligation, qui n'existait pas auparavant, d'une participation majoritaire des collectivités territoriales au capital des sociétés d'économie mixte locales, est sans aucune incidence sur la réponse aux questions posées.

Communautés européennes

■ Assemblée générale – n° 373.152 – 8 juin 2006

Financement de la protection sociale – Création d'une cotisation assise sur l'ensemble de la valeur ajoutée des entreprises – Conformité au droit communautaire – Portée.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie d'une demande d'avis «sur l'élargissement de l'assiette des cotisations patronales de sécurité sociale à la valeur ajoutée des entreprises», qui pose les questions suivantes :

Dans l'hypothèse où la Cour de justice des Communautés européennes opérerait un revirement de jurisprudence en suivant toutes les conclusions prononcées le 14 mars 2006 par M^{me} Stix-Hackl, premier avocat général, dans l'affaire C-475/03, *Banca popolare di Cremona c/ Agenzia Entrate Ufficio Cremona* :

– dans quelle mesure la création d'une cotisation assise sur l'ensemble de la valeur ajoutée des entreprises serait-elle compromise ? Le fait que cette cotisation soit encadrée, le cas échéant, par un plancher et un plafond, conduirait-il à modifier cette analyse ?



- serait-il loisible aux autorités françaises, dans quelles conditions et éventuelles limites, de mettre en œuvre une cotisation assise sur une assiette proche de la valeur ajoutée ?
- dans quelles conditions et éventuelles limites cette nouvelle jurisprudence permettrait-elle la mise en œuvre d'une modulation des cotisations sociales patronales en fonction d'un ratio masse salariale/valeur ajoutée ?
- dans quelle mesure la création d'une cotisation assise sur l'ensemble de la valeur ajoutée des entreprises ou une modulation des cotisations sociales patronales en fonction d'un ratio masse salariale/valeur ajoutée pour une durée limitée resterait-elle envisageable ?

Dans l'hypothèse inverse, la jurisprudence actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment relative aux aides d'État et aux cotisations sociales, et celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que la Constitution et le bloc de constitutionnalité, font-ils obstacle à la mise en œuvre d'une application de la réforme limitée à un secteur économique déterminé, à une catégorie précise d'entreprises ou à un territoire délimité ?

Dans quelle mesure toute réforme du financement de la protection sociale doit-elle faire l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission ?

Vu la Constitution ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 87 et 88 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 14 et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel ;

Vu le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996, notamment son article 13 ;

Vu le règlement n° 659/1999/CE du Conseil des Communautés européennes du 22 mars 1999 et le règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission européenne du 21 avril 2004 ;

Vu le règlement n° 69/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de *minimis* ;

Vu la sixième directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 du Conseil des Communautés européennes, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, notamment son article 33 ;

Vu le code général des impôts ;

Vu 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 :

A. Sur la compatibilité des dispositifs envisagés avec l'article 33 de la sixième directive du 17 mai 1977.



1. Aux termes du 1. de l'article 33 de la sixième directive du Conseil du 17 mai 1977 : « Sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les dispositions de la présente directive ne font pas obstacle au maintien ou à l'introduction par un État membre de taxes sur les contrats d'assurance, sur les jeux et paris, d'accises, de droits d'enregistrement, et, plus généralement, de tous impôts, droits et taxes n'ayant pas le caractère de taxes sur le chiffre d'affaires ».

Ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, ont pour objet d'empêcher que le fonctionnement du système commun de taxe sur la valeur ajoutée soit compromis par des mesures fiscales d'un État membre grevant la circulation des biens et services et frappant les transactions commerciales d'une façon comparable à celle qui caractérise la taxe sur la valeur ajoutée.

Selon la Cour, doivent être regardés comme incompatibles avec l'article 33 précité les impôts, droits et taxes qui, sans nécessairement être en tous points semblables à la taxe sur la valeur ajoutée, en présentent les caractéristiques essentielles :

- a. l'application générale aux transactions ayant pour objet des biens ou des services ;
- b. la fixation du montant proportionnellement au prix perçu par l'assujetti en contrepartie des biens et des services qu'il fournit ;
- c. la perception à chaque stade du processus de production et de distribution, y compris celui de la vente au détail, quel que soit le nombre de transactions intervenues précédemment ;
- d. la déduction des montants acquittés lors des étapes précédentes du processus, de telle sorte que le prélèvement ne s'applique, à un stade donné, qu'à la valeur ajoutée à ce stade et que la charge finale repose en définitive sur le consommateur.

2. Dans l'affaire C-475/03, *Banca popolare di Cremona*, la Cour de justice des Communautés européennes est saisie par la juridiction fiscale provinciale de Crémone (Italie) de la question de savoir si les dispositions précitées de l'article 33 de la sixième directive doivent être interprétées comme interdisant la mise en œuvre d'une taxe du type de l'*imposta regionale sulle attività produttive* (IRAP), impôt régional sur les activités de production de biens et de services mis en place en Italie par le décret législatif n° 446 du 15 décembre 1997.

Une cotisation assise sur l'ensemble de la valeur ajoutée des entreprises ou sur une assiette proche présenterait, sur des points essentiels, des caractéristiques similaires à celles de l'IRAP, et produirait vraisemblablement des effets économiques comparables.

En effet, le champ d'application de l'IRAP, auquel sont assujetties les entreprises mais aussi les entités non commerciales privées et publiques, présente un degré de généralité comparable, quoique supérieur, à celui d'un prélèvement qui serait susceptible, sous réserve d'une application limitée à un secteur économique déterminé, à une zone géographique délimitée ou à une catégorie précise d'entreprises, de s'appliquer à l'ensemble des employeurs cotisant au régime général de la sécurité sociale. En outre, l'assiette de l'IRAP est constituée, pour les entreprises, par la valeur ajoutée nette produite sur le territoire régional, une définition dérogeant étant prévue dans certains secteurs (banques, assu-



rances...). Dans l'hypothèse où l'assiette de l'imposition envisagée par le Gouvernement serait définie selon des modalités analogues à celles applicables en matière de taxe professionnelle, cette assiette serait proche de celle de l'IRAP, même si elle était fondée sur la valeur ajoutée brute. On peut enfin relever que l'affectation de l'IRAP, dont le produit sert au financement du système de santé italien, le rapproche également des prélèvements envisagés par le Gouvernement, qui ont vocation à financer la protection sociale.

Par les conclusions qu'ils ont présentées, respectivement, le 17 mars 2005 et le 14 mars 2006, les deux avocats généraux qui se sont prononcés dans cette affaire ont proposé à la Cour de répondre à la juridiction de renvoi que l'IRAP est au nombre des impôts, droits et taxes prohibés par l'article 33 de la sixième directive. Leur raisonnement, s'il était suivi par la Cour, infléchirait l'application des critères jurisprudentiels mentionnés ci-dessus.

3. Dès lors, une réforme consistant à remplacer une fraction des cotisations employeurs de la sécurité sociale par un prélèvement assis sur la valeur ajoutée des entreprises, brute ou nette des dotations aux amortissements, ne saurait raisonnablement être engagée avant que la Cour ait statué dans cette affaire.

Un aménagement consistant à privilégier une assiette distincte de la valeur ajoutée mais économiquement proche, ou à encadrer le nouveau prélèvement par un plancher et un plafond, ne semble pas susceptible de lever les incertitudes suscitées par l'affaire en instance devant la Cour.

En revanche, même en cas d'infléchissement de la jurisprudence dans le sens des conclusions des avocats généraux, les risques d'incompatibilité avec l'article 33 de la sixième directive sont moindres s'agissant d'une modulation des cotisations employeurs en fonction de la valeur ajoutée. Un mécanisme permettant de tenir compte de la valeur ajoutée de l'entreprise, dans une mesure limitée et au seul stade de la liquidation, n'aurait pas pour effet, juridiquement ou économiquement, de conférer aux cotisations employeurs de sécurité sociale, qui resteraient assises en totalité sur les salaires, le caractère d'une taxe grevant la circulation des biens et services et frappant les transactions commerciales d'une façon comparable à celle qui caractérise la taxe sur la valeur ajoutée.

Par ailleurs, en l'état de la jurisprudence de la Cour, réaffirmée sur ce point par les avocats généraux, un dispositif dont le champ d'application serait limité à une catégorie précise d'entreprises ou à un secteur économique déterminé ne semble pas satisfaire à la condition de généralité exigée par la jurisprudence pour caractériser une taxe sur le chiffre d'affaires au sens des dispositions de l'article 33 de la sixième directive. En revanche, la position de la Cour est plus difficile à prévoir dans l'hypothèse d'un champ d'application limité à un territoire.

B. Sur le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle.

Alors même que son produit serait affecté au financement de la protection sociale, une cotisation assise sur la valeur ajoutée des entreprises ou sur une assiette proche aurait le caractère d'une imposition de toute nature au sens de l'article 34 de la Constitution et non d'une cotisation sociale, dès lors que l'assujettissement d'une entreprise à un tel prélèvement, eu égard à son assiette, n'ouvrirait, par lui-même, aucun droit individuel au versement de prestations ou avantages de sécurité sociale. En revanche, une modulation des cotisations en



fonction de la valeur ajoutée resterait sans incidence sur leur caractère de cotisations sociales, dès lors qu'elle n'affecterait pas le lien existant entre l'obligation de cotiser et les droits individuels au versement de prestations et d'avantages.

Dans leur principe, de tels dispositifs n'apparaissent pas contraires aux règles et principes de valeur constitutionnelle. Toutefois, si l'application de la réforme était limitée à un secteur économique, à une catégorie d'entreprises ou à une zone géographique précise, les différences de traitement en résultant devraient être en rapport direct avec l'objet de la réforme et justifiées par un motif d'intérêt général suffisant ou par les différences de situation existant, au regard notamment des conditions de concurrence, entre la catégorie d'entreprises ou le secteur considérés et les entreprises ou secteurs demeurant soumis au régime actuel.

Le Conseil d'État ne pourrait toutefois se prononcer sur la conformité de la réforme aux principes d'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques qu'au vu d'une description précise du dispositif retenu par le Gouvernement.

C. Sur le respect des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel peuvent être utilement invoquées pour soutenir qu'une imposition de toute nature serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables.

Le cas échéant, les différences de traitement occasionnées par la délimitation du champ d'une cotisation assise sur la valeur ajoutée ou sur une assiette proche devront donc être assorties de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire poursuivre un objectif d'utilité publique, ou être fondées sur des critères rationnels en rapport avec les buts de la réforme.

Le Conseil d'État ne pourrait toutefois se prononcer sur le respect des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'au vu d'une description précise du dispositif retenu par le Gouvernement.

D. Sur le respect des libertés fondamentales protégées par le traité instituant la Communauté européenne.

Dans leur principe, le remplacement partiel des cotisations employeurs de sécurité sociale par une imposition reposant sur la valeur ajoutée des entreprises ou sur une assiette proche, de même qu'une modulation des cotisations employeurs en fonction de la valeur ajoutée, n'apparaissent pas contraires aux libertés fondamentales protégées par le traité instituant la Communauté européenne.

Toutefois, les modalités de taxation des activités transfrontalières devront respecter les règles de droit dérivé adoptées sur le fondement des principes de liberté d'établissement et de libre circulation des travailleurs, garantis par les articles 39 et 43 de ce traité.

Notamment, la Cour de justice a jugé à plusieurs reprises que le fait pour un travailleur de supporter, pour un même revenu, des prélèvements de toute nature finançant les régimes de protection sociale de plusieurs États membres, alors qu'il ne peut revêtir la qualité d'assuré qu'au regard de la législation d'un seul



de ces États, expose ce travailleur à une double cotisation, contraire au principe d'égalité de traitement énoncé à l'article 13 du règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971.

Il en résulte que les revenus du travail grevés de tels prélèvements dans un autre État membre devront être exclus de l'assiette du prélèvement envisagé, même si celui-ci présente le caractère d'une imposition de toute nature au sens du droit national.

E. Sur le champ d'application de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne, relatif au régime des aides d'État.

1. Aux termes du 2. de l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence (...)* ».

Toutefois, la notion d'entreprise, au sens de ces stipulations, ne vise pas les organismes chargés de la gestion des régimes de sécurité sociale. Par suite, en tant que telle, l'affectation du produit des prélèvements envisagés à ces organismes ne saurait constituer une aide d'État.

2. Aux termes du 1. de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne : « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, la notion d'aide peut recouvrir non seulement des prestations positives telles que des subventions, des prêts ou des prises de participation au capital d'entreprises, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques.

Il en résulte que les taxes et les cotisations de sécurité sociale n'entrent pas dans le champ d'application des stipulations précitées de l'article 87 du traité, à moins qu'elles ne fassent partie intégrante d'une mesure d'aide dont elles constituent le mode de financement. La qualification d'aide suppose la réunion de quatre conditions, appréciées en fonction des effets réels du dispositif, et non de ses objectifs :

- a. la mesure doit tout d'abord procurer à ses bénéficiaires un avantage qui allège les charges grevant normalement leur budget. Un tel avantage peut être procuré par une réduction des charges fiscales ou sociales de l'entreprise prenant la forme, notamment, d'une exonération, d'un crédit d'impôt ou d'un droit à déduction ;
- b. l'avantage doit être octroyé par l'État ou au moyen de ressources d'État, une perte grevant les recettes de l'État ou d'un organisme de sécurité sociale équivalant sur ce plan à la consommation de ressources d'État sous la forme de dépenses fiscales ou sociales ;
- c. la mesure en cause doit également affecter la concurrence et les échanges entre États membres, critère qui suppose seulement que l'activité économique exercée par les entreprises bénéficiaires fasse l'objet d'échanges entre les États membres ;



d. la mesure doit être spécifique ou sélective, c'est-à-dire favoriser certaines entreprises ou certaines productions, cette condition n'étant toutefois pas regardée comme remplie lorsque ce caractère sélectif est inhérent à la nature ou à l'économie du système.

3. le remplacement partiel des cotisations employeurs de sécurité sociale par une imposition reposant sur la valeur ajoutée des entreprises ou sur une assiette proche, de même qu'une modulation des cotisations employeurs en fonction de la valeur ajoutée, occasionneraient des transferts de charges entre les entreprises dont il s'agit, mais ceux-ci seraient inhérents au dispositif mis en œuvre. Dès lors, de telles réformes ne constitueraient pas des aides d'État, dans la mesure où elles s'appliqueraient de façon uniforme à l'ensemble des employeurs cotisant au régime général de la sécurité sociale.

En revanche, s'ils comportaient des exonérations ou d'autres dispositions particulières susceptibles de favoriser certaines entreprises ou certaines productions en leur procurant un avantage susceptible d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres, les dispositifs envisagés entreraient dans le champ des aides d'État mentionnées à l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne.

Tel serait nécessairement le cas, en particulier, si l'application de la nouvelle cotisation ou de la modulation était limitée à un secteur déterminé ou à une catégorie précise d'entreprises. En effet, une telle réforme s'analyserait comme une dérogation sélective à des dispositions générales demeurant applicables aux autres employeurs cotisant au régime général de la sécurité sociale.

F. Sur la nécessité de notifier la réforme à la Commission européenne en application de l'article 88 du traité instituant la Communauté européenne.

Dès lors que les mesures envisagées entreraient dans le champ de l'article 87 du traité, et alors même que le Gouvernement estimerait qu'elles ne sont pas au nombre des aides prohibées par ces stipulations, il lui appartiendrait de les notifier à la Commission européenne, seule compétente pour se prononcer sur la conformité des aides en vertu des stipulations de l'article 88 du traité, selon les modalités prévues par le règlement n° 659/1999/CE du Conseil du 22 mars 1999 et le règlement n° 794/2004/CE de la Commission du 21 avril 2004.

L'entrée en vigueur du dispositif ne pourra légalement intervenir qu'après que la Commission européenne aura pris, ou sera réputée avoir pris, une décision l'autorisant. En outre, il est rappelé que le Conseil d'État ne pourra se prononcer sur le dispositif complet de la réforme sans avoir eu connaissance de cette décision.

Toutefois, il ne serait pas nécessaire de procéder à une notification si l'aide en cause ne pouvait, par construction, excéder le seuil fixé par le règlement du 12 janvier 2001 de la Commission relatif aux aides «*de minimis*» ou si elle relevait d'une autre mesure d'exemption de notification prévue expressément par la réglementation communautaire.



Fonctionnaires et agents publics

■ Section de l'intérieur – n° 373.306 – 29 août 2006

Fonctionnaires d'État détachés au sein des collectivités territoriales – Complément de rémunération au sens de l'article 109 de la loi n° 2004-809 du 31 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales – Attribution – Régime – Absence d'obligation de compensation financière.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi d'une demande d'avis sur les questions suivantes :

1° Les dispositions de l'article 111 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale font-elles obligation aux collectivités territoriales d'accorder le bénéfice des avantages ayant le caractère de complément de rémunération mentionnés au troisième alinéa de cet article aux agents provenant de la fonction publique de l'État lors de leur intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale ou de leur détachement auprès d'une collectivité territoriale en application des dispositions de l'article 109 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ?

2° Dans l'hypothèse où les collectivités territoriales seraient tenues d'accorder à leurs agents provenant de la fonction publique de l'État, après leur intégration dans la fonction publique territoriale ou leur placement en position de détachement, les avantages mentionnés au troisième alinéa de l'article 111 de la loi du 26 janvier 1984, la charge qui en résulterait pour elles devrait-elle être compensée par l'attribution par l'État, à leur profit, de ressources équivalentes ?

Vu la Constitution, notamment son article 72-2 ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1614-1 à L. 1614-7 ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, notamment ses articles 88 et 111 ;

Vu la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, notamment son article 119 ;

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

Sur la première question :

Aux termes du troisième alinéa de l'article 111 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, dans la rédaction que lui a donnée l'article 60 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 : « *Par exception à la limite résultant du premier alinéa de l'article 88, les avantages collectivement acquis ayant le caractère de complément de rémunération que les collectivités locales et leurs établissements publics ont mis en place avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont maintenus au profit de l'ensemble de leurs agents, lorsque ces avantages sont pris en compte dans le budget de la collectivité ou de l'établissement* ».



Il résulte de ces dispositions que, par dérogation à la règle définie à l'article 88 de la loi susvisée du 26 janvier 1984 selon laquelle les régimes indemnitaires applicables aux agents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont fixés dans la limite de ceux dont bénéficient les agents des différents services de l'État, le législateur a entendu laisser, à celles des collectivités et à ceux des établissements qui avaient mis en place avant l'entrée en vigueur de cette loi des avantages ayant le caractère de complément de rémunération et excédant la limite précitée, la possibilité de maintenir ces avantages à l'ensemble de leurs agents, quelle que soit la date de leur nomination. Il s'en suit qu'en l'absence de dispositions en décidant autrement, les fonctionnaires de l'État, s'ils sont nommés dans un emploi de l'une de ces collectivités ou de l'un de ces établissements à la suite du transfert à celle-ci ou celui-ci du service ou partie de service d'affectation en application des dispositions de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, seront en droit de bénéficier de ces avantages lors de leur intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale ou de leur mise en position de détachement sans limitation de durée.

L'obligation de faire bénéficier des avantages dont il s'agit les agents de l'État affectés dans un service ou partie de service transféré en application des dispositions de la loi du 13 août 2004 ne pèse sur les collectivités et établissements concernés que pour autant que leurs assemblées délibérantes maintiennent en vigueur les actes réglementaires par lesquels elles les ont institués.

Sur la seconde question :

Aux termes du quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution : «*Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice...*» et aux termes de l'article 119 de la loi du 13 août 2004 susvisée : «*I. – Sous réserve des dispositions prévues au présent article et à l'article 121, les transferts de compétences à titre définitif inscrits dans la présente loi et ayant pour conséquence d'accroître les charges des collectivités territoriales ou de leurs groupements ouvrent droit à une compensation financière dans les conditions fixées par les articles L. 1614-1 à L. 1614-7 du code général des collectivités territoriales. /Les ressources attribuées au titre de cette compensation sont équivalentes aux dépenses consacrées, à la date du transfert, par l'État, à l'exercice des compétences transférées, diminuées du montant des éventuelles réductions brutes de charges ou des augmentations de ressources entraînées par les transferts (...)*».

Dans le cas des transferts de services ou parties de services opérés en vertu des dispositions de la loi du 13 août 2004, la charge supplémentaire, supportée par celles des collectivités et ceux des établissements qui avaient mis en place, avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 1984, des avantages ayant le caractère de complément de rémunération mentionnés à l'article 111 de cette dernière loi, ne correspond à aucune dépense ayant le même objet consacrée par l'État, à la date du transfert, à l'exercice des compétences transférées. Cette charge n'est donc, en tout état de cause, pas au nombre de celles dont les dispositions précitées imposent la compensation financière par l'État.



Juridictions administratives et judiciaires

■ Assemblée générale – n° 373.359 – 13 juillet 2006

Magistrats de l'ordre judiciaire – Procédure disciplinaire – Autorité compétente – Procédure.

Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis sur la question de savoir quelles sont l'autorité compétente et la procédure applicable dans le cas où un magistrat, poursuivi pour des faits qu'il a commis en qualité de magistrat du siège, a rejoint le parquet lorsque l'instance disciplinaire est engagée ou, inversement, lorsqu'un magistrat appartient au siège mais est mis en cause du fait de ses fonctions passées au sein du parquet,

Vu la Constitution, notamment ses articles 64 et 65 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, notamment ses articles 1^{er}, 43, 48 et 66 ;

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

Aux termes de l'article 64 de la Constitution : « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. / Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. / Une loi organique porte statut des magistrats. / Les magistrats du siège sont inamovibles.* » ; aux termes de l'article 65 : « *... Le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet /... La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège... statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle est alors présidée par le premier président de la Cour de cassation. / La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet... donne son avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet. Elle est alors présidée par le procureur général près la Cour de cassation.* ».

Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée : « *... II. – Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet* » ; aux termes de l'article 43 de la même ordonnance : « *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire. / Cette faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique.* » ; aux termes de l'article 48 de la même ordonnance : « *Le pouvoir disciplinaire est exercé, à l'égard des magistrats du siège, par le Conseil supérieur de la magistrature et, à l'égard des magistrats du parquet ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice, par le garde des Sceaux, ministre de la Justice. Il est exercé à l'égard des magistrats en position de détachement ou de disponibilité ou ayant définitivement cessé leurs fonctions par la formation du Conseil supérieur compétente pour les magistrats du siège ou par le garde des Sceaux, selon que ces magistrats ont exercé leurs dernières fonctions dans le corps judiciaire au siège ou au parquet et à l'administration centrale du ministère de la justice.* » ; aux termes de l'article 66 de la même ordonnance, applicable aux magistrats du parquet :



« ... La formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature émet un avis motivé sur la sanction que les faits reprochés lui paraissent entraîner ; cet avis est transmis au garde des Sceaux, ministre de la Justice. ».

Les dispositions précitées mettent en œuvre la garantie constitutionnelle de l'indépendance du magistrat du siège, notamment à l'égard du pouvoir exécutif. L'effectivité de cette garantie implique que seule la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège a le pouvoir de prononcer une sanction disciplinaire tant à l'égard d'un magistrat qui exerçait des fonctions relevant du siège à la date des faits qui fondent les poursuites qu'à l'égard d'un magistrat qui exerce ces fonctions à la date de l'engagement des poursuites.

En conséquence, le garde des Sceaux est compétent pour prononcer une sanction disciplinaire à l'égard d'un magistrat qui était en fonction au parquet au moment des faits et qui le serait aussi à la date de l'engagement des poursuites.

Nationalisations et entreprises nationalisées

■ Assemblée générale – n° 372.040 – 11 mai 2006

Privatisation – Société Gaz de France – Qualification de monopole de fait et de service public national au sens du Préambule de la Constitution de 1946.

Le Conseil d'État saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie d'une demande d'avis « relative à l'évolution de la participation de l'État dans le capital de la société Gaz de France », qui pose les questions suivantes :

1° Gaz de France (GDF) constitue-t-elle un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ?

2° Quelle est l'exacte portée des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 relatives aux services publics nationaux, telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence, et quelles sont les conditions de leur application à Gaz de France ?

Vu la Constitution ;

Vu la directive 2003/55/CE du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 modifiée sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Vu la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie ;



Vu la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-501 DC du 5 août 2004 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 : *« 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. »*

1° S'agissant de la question de savoir si Gaz de France constitue un monopole de fait.

Dans sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, le Conseil Constitutionnel a jugé que la notion de monopole de fait prévue par le neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 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 partie de ses activités »*.

L'article 62 de la loi du 3 janvier 2003 qui a complété l'article 1^{er} de la loi du 8 avril 1946 dispose que : *« les monopoles d'importation et d'exportation du gaz sont supprimés »*. Il résulte de l'article 8 de la loi du 8 avril 1946 dans sa rédaction résultant de la loi du 2 août 1949 que les activités de production et de transport de gaz naturel sont exclues de la nationalisation et sont ouvertes à tout opérateur, dans les conditions prévues par les dispositions régissant ces activités. Il en va de même des activités de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquéfié.

Gaz de France ne dispose pas davantage d'un monopole de la distribution du gaz sur l'ensemble du territoire national. D'une part, l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 maintient l'existence de distributeurs non nationalisés. D'autre part, l'article 25-1 de la loi du 3 janvier 2003 ouvre aux communes, ou à leurs établissements publics de coopération, qui ne disposent pas d'un réseau public de distribution de gaz naturel ou dont les travaux de desserte ne sont pas en cours de réalisation au 14 juillet 2005 la possibilité de concéder la distribution publique de gaz à toute entreprise agréée à cet effet, à une régie agréée, à un établissement public existant ou à une société d'économie mixte existante.

Il résulte enfin de l'article 3 de la loi du 3 janvier 2003 que l'ensemble des utilisateurs de gaz, à l'exception des clients non éligibles, peuvent s'adresser au fournisseur de gaz de leur choix. Le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles est appelé à cesser le 1^{er} juillet 2007 au plus tard, en application de la directive communautaire du 26 juin 2003 susvisée.

En outre, la situation du marché du gaz fait apparaître que d'autres opérateurs que Gaz de France détiennent, aujourd'hui, une part de marché notable en matière de transport, de stockage et de fourniture de gaz aux clients éligibles. Si Gaz de France conserve un rôle prépondérant dans l'exploitation des installations de gaz naturel liquéfié et la distribution du gaz, ces activités sont désormais soumises à



une réglementation garantissant que cette exploitation s'exerce dans des conditions indistinctement applicables à l'ensemble des fournisseurs de gaz.

Dès lors, Gaz de France ne saurait être regardée comme exploitant un monopole de fait au sens du neuvième alinéa précité du Préambule de la Constitution de 1946.

2° S'agissant de la question de savoir si Gaz de France constitue un service public national.

Dans sa décision n° 86-207 DC précitée, le Conseil Constitutionnel a estimé que « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé ».

Il ne résulte d'aucun principe ni d'aucune règle de valeur constitutionnelle que le service public du gaz doit être érigé en service public national.

En outre, dans sa décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, le Conseil Constitutionnel, par un considérant analogue à celui figurant dans sa décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, a estimé « *qu'en maintenant aux sociétés nouvellement créées les missions de service public antérieurement dévolues aux personnes morales de droit public Électricité de France et Gaz de France dans les conditions prévues par les lois du 8 avril 1946, du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 susvisées, le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux ; qu'il a garanti, conformément au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la participation majoritaire de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public dans le capital de ces sociétés ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure* ».

Il ressort de ces décisions que la notion de service public national, au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, s'applique non seulement aux services publics dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle mais aussi aux services publics nationaux constitués comme tels par le législateur. Il en ressort également que l'essentiel des missions constituant un service public national, lequel est nécessairement rattaché à l'État, ne peut être confié qu'à une personne publique ou à un opérateur dont le capital est détenu majoritairement par l'État.

Par les lois du 8 avril 1946, du 3 janvier 2003 et du 9 août 2004 susvisées, le législateur a organisé le service public du gaz naturel. Ce service, dans la mesure où il est placé sous la responsabilité de l'État, peut être qualifié par la loi de service public national, à l'exception de l'activité de distribution du gaz naturel, qui présente, en application des dispositions combinées de l'article 36 de la loi du 8 avril 1946, des articles 1^{er} et 15 de la loi du 3 janvier 2003 et de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, le caractère d'un service public communal.

La loi du 8 avril 1946, en confiant à Gaz de France, notamment par son article 3, la responsabilité des activités dont elle prévoyait la nationalisation dans le secteur gazier, avait conféré à leur exploitation le caractère de service public



national au sens du neuvième alinéa. Toutefois, la libéralisation et l’ouverture progressive du marché du gaz, résultant notamment des lois du 3 janvier 2003 et du 9 août 2004 ainsi que l’évolution de la structure et du fonctionnement du marché du gaz ont fait perdre au service public confié à Gaz de France l’essentiel des éléments caractérisant un service public national. D’une part, l’importation et la fourniture de gaz aux consommateurs éligibles sont désormais soumises, comme il a été dit plus haut, à un régime concurrentiel : le marché éligible représente plus de 70 % de la consommation nationale de gaz depuis le 1^{er} juillet 2004. D’autre part, les missions de service public imposées aux opérateurs du secteur gazier par la loi du 3 janvier 2003 et les textes pris pour son application s’imposent indistinctement à l’ensemble des opérateurs.

Néanmoins, certaines missions confiées au seul opérateur Gaz de France sont de nature à maintenir à cette entreprise le caractère d’un service public national, ainsi que l’a relevé le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 5 août 2004 précitée. Il s’agit d’abord du monopole de la fourniture de gaz aux clients non-éligibles. Il s’agit ensuite des obligations spécifiquement imposées à Gaz de France par l’article 33 de la loi du 8 avril 1946, dans sa rédaction issue de l’article 32 de la loi du 9 août 2004, et par le dernier alinéa de l’article 1^{er} de la loi du 9 août 2004 en matière de péréquation des coûts de distribution à l’intérieur de sa zone de desserte. Toutefois, l’article 7 de la loi du 3 janvier 2003 impose aux autres distributeurs des obligations analogues en matière de péréquation des coûts de distribution.

Dès lors, si le gouvernement entend mettre fin au caractère majoritaire de la participation de l’État dans le capital de Gaz de France, il lui appartient de tirer les conséquences de la situation qui vient d’être décrite en saisissant le Parlement d’un projet de loi ayant pour objet, d’une part, de transposer la directive du 26 juin 2003 afin, comme elle le prévoit, d’ouvrir à la concurrence l’activité de fourniture de gaz aux clients non éligibles au plus tard le 1^{er} juillet 2007 et, d’autre part, de préciser les obligations de service public s’imposant à tous les opérateurs gaziers au titre de la péréquation des coûts de distribution. Ces dispositions devraient être examinées par le Parlement en même temps qu’un éventuel projet de loi supprimant l’obligation pour l’État de détenir une participation majoritaire dans le capital de Gaz de France.

Outre-mer

■ Section sociale – n° 372.594 – 7 février 2006

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Droit du travail – Règles générales d’organisation du placement – Règles relatives à la définition de la qualité de demandeur d’emploi – Répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces.

Le Conseil d’État (section sociale) saisi, en application de l’article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d’une demande d’avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;



Vu la transmission en date du 22 novembre 2005, enregistrée au Conseil d'État le 9 décembre 2005, de la demande d'avis de la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur les questions suivantes :

1° La compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière de droit du travail lui permet-elle, sans empiéter sur la compétence de droit commun des assemblées de province, d'édicter des normes législatives et réglementaires en matière de placement et d'emploi et plus précisément les règles générales d'organisation du placement et les règles relatives à la définition de la qualité de demandeur d'emploi ?

2° Dans l'hypothèse où la Nouvelle-Calédonie serait compétente en ces matières, peut-elle confier aux autorités provinciales le soin d'organiser un service public de placement ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

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

1° Sur la première question :

Les règles générales d'organisation du placement et les règles relatives à la définition de la qualité de demandeur d'emploi sont au nombre de celles que fixe le droit du travail. En application du 2° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 visée ci-dessus, c'est la Nouvelle-Calédonie qui a compétence dans cette matière.

2° Sur la seconde question :

En application de l'article 52 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 précitée, l'organisation du service de placement est de la compétence de la Nouvelle-Calédonie.

Il résulte des dispositions de l'article 206 de la loi organique précitée du 19 mars 1999 que le Conseil d'État n'est compétent pour examiner les demandes d'avis prévues par cet article que lorsqu'elles portent sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. La question de savoir si la Nouvelle-Calédonie peut confier aux autorités provinciales le soin d'organiser le service public du placement est relative aux conditions dans lesquelles cette compétence, qui relève de la Nouvelle-Calédonie, peut être mise en œuvre, et non à la répartition des compétences entre celle-ci et les provinces. Par suite, il appartient au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'y répondre au regard des dispositions de la loi organique visée ci-dessus du 19 mars 1999, et notamment de son article 47.

■ Section de l'intérieur – n° 373.484 – 26 septembre 2006

Droit applicable outre-mer – Polynésie française – Service public de transports communaux – Répartition des compétences entre la Polynésie française et les communes.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut



d'autonomie de la Polynésie française d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française par le président de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre la Polynésie française et les communes ;

Vu la transmission en date du 12 juillet 2006, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 26 juillet 2006, de la demande d'avis du président de la Polynésie française portant sur les questions suivantes :

Les dispositions de l'article 43 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ayant réservé aux communes une compétence en matière de « transports communaux », les autorités communales intéressées doivent-elles être regardées comme compétentes pour organiser les services réguliers publics de transport de personnes dans l'agglomération formée par les zones urbanisées des communes de Punaauia, Faa'a, Papeete, Pirae et Arue ? Si tel est le cas, les communes doivent-elles être regardées comme venant aux droits de la Polynésie française dans le cadre de la convention de délégation de service public conclue antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions précitées avec une entreprise de transports en vue d'assurer de tels services et, dans l'affirmative, à quelle date et selon quelles modalités ?

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 13, 14, 43, 55, 73 et 175 ;

Vu le code des communes ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la loi n° 71-1028 du 24 décembre 1971 relative à la création et à l'organisation des communes dans le territoire de la Polynésie française ;

Vu la loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977 modifiant le régime communal dans le territoire de la Polynésie française ;

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

Il convient tout d'abord de rappeler que, saisi en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française, le Conseil d'État a répondu dans un avis rendu le 12 janvier 1999 sous le n° 362 973 que, sous réserve des compétences dévolues aux communes par la loi, notamment des pouvoirs du maire en matière de police de la circulation en vertu de dispositions du code des communes applicables en Polynésie française, il résultait des dispositions de la loi organique susmentionnée alors en vigueur que les autorités de la Polynésie française étaient seules compétentes pour définir les règles d'organisation des transports en commun de voyageurs sur tout ou partie du territoire de la Polynésie française, notamment sur l'île de Tahiti. Il s'ensuit que les autorités de la Polynésie française étaient compétentes pour prendre en 2000 une délibération en vue de fixer le régime du transport routier en Polynésie française et pour conclure en 2001, en application de cette délibération, des conventions en vue d'assurer des services réguliers publics de transport routier sur l'île de Tahiti, y compris dans l'aire urbaine des cinq communes de Punaauia, Faa'a, Papeete, Pirae et Arue.



Aux termes du premier alinéa de l'article 13 de la loi organique susvisée du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française : « *Nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14, sous réserve des compétences attribuées aux communes ou exercées par elles en application de la présente loi organique* » et aux termes de l'article 43 de la même loi organique : « *I. – Dans le cadre des règles édictées par l'État et la Polynésie française, et sans préjudice des attributions qui leur sont réservées à la date d'entrée en vigueur de la présente loi organique, par les lois et règlements en vigueur, les communes de Polynésie française sont compétentes dans les matières suivantes : (...) 4° Transports communaux...* ».

Il résulte de ces dispositions que les autorités communales sont désormais seules compétentes, sans préjudice des dispositions du second alinéa de l'article 55 de la même loi organique, pour organiser des services de transport de personnes d'intérêt communal ayant pour objet la desserte de différents points de leur territoire et, le cas échéant par voie de coopération intercommunale, la desserte de différents points du territoire de communes adjacentes, notamment dans le cas d'une aire urbaine s'étendant sur les territoires de plusieurs communes, et pour prendre des mesures en vue d'assurer de tels services. Les autorités de la Polynésie française demeurent compétentes pour réglementer le transport de personnes sur le territoire de la collectivité d'outre-mer ainsi que pour organiser, notamment sur l'île de Tahiti, des services de transport de personnes autres que des transports communaux et pour prendre des mesures en vue d'assurer de tels services, notamment en concluant des conventions avec des tiers à cet effet.

Toutefois, en tant qu'elles portent sur l'organisation de services de transport de personnes ayant pour objet la desserte de différents points du territoire de plusieurs communes adjacentes, l'entrée en vigueur des dispositions précitées est subordonnée à l'intervention de mesures, prises en vertu des dispositions précitées du premier alinéa du I de l'article 43 de la loi organique selon lesquelles l'exercice des compétences réservées aux communes s'inscrit « dans le cadre des règles édictées par l'État et par la Polynésie française conformément à leurs compétences respectives », précisant leurs modalités d'application, en particulier les modalités d'établissement d'un périmètre de transports intercommunaux et les conditions dans lesquelles les autorités communales ou celles d'un établissement de coopération intercommunale seraient substituées aux autorités de la Polynésie française antérieurement compétentes dans l'ensemble des droits et obligations de la collectivité d'outre-mer résultant des conventions en cours. Tant que ces dispositions d'application n'ont pas été prises, les autorités de la Polynésie française demeurent compétentes pour organiser des services de transport de personnes, notamment sur l'île de Tahiti, qui ne s'inscrivent pas dans un périmètre comprenant exclusivement le territoire d'une seule commune et pour prendre des mesures en vue d'assurer de tels services, notamment en concluant des conventions avec des tiers à cet effet.



■ **Section de l'intérieur – n° 373.768 – 21 novembre 2006**

Droit applicable outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Conditions d'ouverture, d'exploitation et de contrôle d'établissements commerciaux – Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie.

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 portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la transmission en date du 12 septembre 2006, enregistrée au Conseil d'État le 3 octobre 2006, de la demande d'avis du président de la province sud de la Nouvelle-Calédonie, portant sur la question suivante :

Qui, de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces, est compétent pour fixer les conditions d'ouverture, d'exploitation et de contrôle des établissements commerciaux proposant la consommation de « kava », établissements dénommés « nakamals » ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code des communes de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de justice administrative ;

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

La réglementation des conditions d'ouverture et d'exploitation et le contrôle des établissements appelés « nakamals », dans lesquels est consommé le « kava », en tant qu'elle aurait pour objectif de lutter contre les pathologies liées à la consommation de celui-ci, relève de l'hygiène publique et de la santé, matières pour lesquelles la Nouvelle-Calédonie est compétente en vertu du 4° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Les modalités d'adaptation et d'application de cette réglementation peuvent, en vertu du 1° de l'article 47 de la même loi organique, être fixées par les autorités de la province, si le congrès décide de leur donner cette compétence, à la demande de l'assemblée de la province.

1° Au titre de sa compétence, la Nouvelle-Calédonie peut réglementer les conditions dans lesquelles ces établissements peuvent être ouverts et exploités, en ce qui concerne tant la capacité des exploitants que la limitation éventuelle du nombre et la répartition géographique des établissements ou l'accès de certaines catégories de consommateurs, dans le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La Nouvelle-Calédonie peut prévoir que les infractions à cette réglementation seront assorties de peines d'amendes, dans les conditions prévues à l'article 86 de la loi organique du 19 mars 1999 et de sanctions administratives.

2° Aux termes de l'article L. 131-1 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie : « *Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du haut-commissaire, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'État qui y sont relatifs* » et aux termes de l'article L. 131-2 du même code :



« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. »

Ces dispositions confèrent au maire, auquel le haut-commissaire peut se substituer en cas de carence, des pouvoirs de police générale qui lui donnent le droit de réglementer la consommation du kava dans les « nakamals », dans le respect de la réglementation spéciale édictée par la Nouvelle-Calédonie. Le maire peut ainsi, si les nécessités locales l'exigent, ajouter des prescriptions à la réglementation spéciale, notamment en ce qui concerne les horaires d'ouverture de ces établissements.

Police administrative et judiciaire

■ Assemblée générale – Avis n° 373.331 – 28 septembre 2006

Ouvrage transfrontalier situé en France ou à proximité immédiate de la frontière française – Conformité aux principes constitutionnels d'un pouvoir d'interpellation reconnu à des autorités de police étrangères – Conditions.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre des affaires étrangères de la question suivante :

« Le Gouvernement demande au Conseil d'État de bien vouloir l'éclairer sur la constitutionnalité de stipulations reconnaissant, dans la partie d'un ouvrage transfrontalier située en France ou à proximité immédiate de celle-ci, un pouvoir d'interpellation à des autorités étrangères agissant seules :

- soit en limitant cette possibilité en cas d'infractions commises dans l'ouvrage en cause, lorsque ces infractions ont été commises en territoire étranger, comme cela a déjà été fait dans l'accord franco-espagnol relatif au tunnel du Somport ;
- soit de façon plus large en acceptant que ce pouvoir s'exerce également lorsque les infractions sont survenues dans la partie française de l'ouvrage. »

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 ;

Vu les avis du Conseil d'État du 20 mai 1997 et du 25 novembre 2004 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

1° En application de principes de valeur constitutionnelle selon lesquels la défense de l'ordre public et la protection des libertés, notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, relèvent des seules autorités nationales, un acte de police, dès lors qu'il implique l'usage de la contrainte et qu'il est susceptible de conduire à une privation de liberté, ressortit à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté nationale, lequel n'appartient qu'à l'État. Un acte de police ne peut donc, en principe, être exécuté que par une autorité publique française ou sous son contrôle.



2° En application de ces principes, le pouvoir d'interpeller et de verbaliser une personne à la suite d'une infraction commise et constatée sur le territoire français ne peut être accordé à un agent relevant d'une autorité étrangère. Cette règle s'applique aux infractions commises dans un ouvrage transfrontalier dès lors qu'elles sont commises et constatées sur la partie française de l'ouvrage. Les contraintes afférant à la nature de l'ouvrage ne sauraient suffire à justifier une dérogation au principe selon lequel les compétences de police appartiennent à l'État sur l'ensemble de son territoire.

3° S'agissant d'infractions aux règles de circulation commises et constatées dans la partie de l'ouvrage transfrontalier relevant de la souveraineté de l'État limitrophe et que les agents de cet État ne peuvent verbaliser sur leur territoire national en raison des contraintes afférant à la nature de l'ouvrage, il peut être apporté des aménagements aux principes susmentionnés en raison de cette situation particulière dans la mesure où l'exercice du pouvoir d'interpeller et de verbaliser accordé à des autorités étrangères agissant seules est encadré par des conditions strictes :

- a) la délégation est accordée dans la mesure nécessaire pour garantir la continuité du contrôle dans la zone de contrôle ;
- b) le lieu de commission et de constatation de l'infraction est limité à la partie de l'ouvrage relevant de la souveraineté de l'État limitrophe et le lieu d'interception et de verbalisation situé dans une zone délimitée à proximité immédiate de la sortie du tunnel ;
- c) quelle que soit la qualification de l'infraction résultant de l'application du droit de l'État où cette dernière a été commise, les agents de cet État ne peuvent pas, à l'occasion d'une interpellation, procéder à une mesure coercitive portant une atteinte durable à la liberté d'aller et venir ou impliquant la privation de liberté.

4° Le Conseil d'État observe qu'à titre de réciprocité le pouvoir des agents français agissant dans les mêmes conditions sur un territoire étranger doit être identique à celui accordé aux agents étrangers intervenant sur le territoire français.

Radiodiffusion sonore et télévision

■ Section de l'intérieur – n° 373.035 – 23 mai 2006

Télévision numérique par voie hertzienne terrestre – Autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques – Compétence du Conseil supérieur de l'audiovisuel – Portée.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) saisi par le Premier ministre des questions suivantes :

1° Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut-il légalement modifier ou abroger en tout ou en partie une autorisation en cours d'usage de la ressource radioélectrique délivrée à un éditeur de services public ou privé en vue d'une diffusion de services par voie hertzienne terrestre afin de procéder à un réaménagement des fréquences tendant à favoriser le déploiement de la télévision numérique terrestre ?



2° Si tel n'est pas le cas, une loi pourrait-elle rendre cette modification ou cette abrogation possible ? À quelles conditions la loi devrait-elle, dans cette hypothèse, subordonner la modification ou l'abrogation des autorisations d'usage de fréquence pour assurer le respect des droits des éditeurs de services et des téléspectateurs ? Les mêmes conditions s'imposeraient-elles dans l'hypothèse où une loi aurait pour objet d'avancer la date fixée pour l'extinction totale de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne en mode analogique ?

3° Si la réponse à la première question était positive, dans quelles conditions le Conseil supérieur de l'audiovisuel pourrait-il faire usage de son pouvoir de modification ou d'abrogation ? Ce pouvoir serait-il limité quant au nombre des fréquences concernées ? L'octroi concomitant aux éditeurs de services d'un droit d'usage d'une ressource radioélectrique permettant la diffusion de leurs programmes en mode numérique serait-il suffisant ? Cette diffusion pourrait-elle être imposée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à partir de sites et sur des fréquences n'ayant pas fait l'objet d'un appel à candidatures ? Les éditeurs de services ou leurs prestataires techniques seraient-ils alors fondés à demander une compensation supplémentaire ? À quelles obligations l'État serait-il tenu vis-à-vis des particuliers pour assurer la continuité de réception des services ? Pourrait-il en particulier être tenu de mettre à leur disposition des matériels à cette fin ? Dans l'affirmative, cette obligation de mise à disposition pourrait-elle être modulée en fonction d'une condition de ressources ?

Vu la Constitution ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication ;

Vu les articles 127 et 128 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ;

Vu la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 du Conseil constitutionnel ;

Vu la décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 du Conseil constitutionnel ;

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

I. – S'il résulte des articles 21, 22 et 25 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, ainsi que des principes généraux relatifs aux occupations privatives du domaine public, que le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut par voie de décisions unilatérales modifier des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques pour assurer le développement des réseaux de télévision, cette faculté, qui doit s'exercer dans le respect du principe de sécurité juridique, ne saurait légalement lui permettre de supprimer, même dans des zones de réception limitées, des services de diffusion par voie analogique quand bien même y seraient substitués partiellement ou totalement des services de diffusion par voie numérique dont les conditions techniques et économiques ainsi que les capacités d'utilisation diffèrent.

En effet, alors que le mode de diffusion, analogique ou numérique, d'un service est un élément substantiel de ce service, si un opérateur autorisé à émettre en mode analogique ne bénéficie pas d'un droit acquis à continuer d'émettre



sur les fréquences qui lui ont été attribuées initialement, c'est à la condition qu'il reçoive en contrepartie le droit d'utiliser d'autres fréquences permettant le maintien du service de communication audiovisuelle qui est garanti tant par les principes de valeur constitutionnelle qui s'attachent à la nature du service que par les dispositions protectrices qu'a entendu prendre le législateur en assurant aux éditeurs de services le mode de diffusion auquel s'applique l'autorisation créatrice de droits qui leur a été conférée.

Or d'une part la modification de dispositions relatives au domaine public ne saurait priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté. Et il appartient au seul législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la continuité du service l'assurant avec les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle.

D'autre part le législateur s'est attaché par l'adoption de diverses dispositions à garantir au bénéfice des titulaires d'autorisations le maintien du service de communication par voie analogique.

Tout d'abord, l'article 127 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle n'a de manière générale prévu la fin de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique qu'au terme d'un délai de cinq années après le début effectif des émissions en mode numérique et sous réserve du constat par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la couverture du territoire par ce mode de diffusion, de la pertinence des choix technologiques, de l'information appropriée du public et de l'équipement des foyers pour ce mode de réception.

Par ailleurs certaines dispositions de la loi du 30 septembre 1986 sont venues garantir particulièrement les droits des éditeurs de services diffusant leurs programmes par la voie analogique terrestre hertzienne. Ainsi l'article 26 dispose que les sociétés nationales de programme et Arte sont titulaires du droit d'usage des ressources radioélectriques assignées pour la diffusion de leurs programmes par voie hertzienne terrestre et que si le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut cependant leur retirer tout ou partie de cette ressource, au cas où les contraintes techniques l'exigent, c'est à la condition de leur assigner, sans interruption du service, l'usage de la ressource radioélectrique permettant une réception de qualité équivalente. Pour sa part l'article 30-III assure aux opérateurs privés la reprise intégrale et simultanée des services de télévision autorisés par voie analogique pour une diffusion par voie numérique. Cette condition de simultanéité garantit ainsi la continuité de la diffusion par voie analogique.

Enfin s'agissant de ces services de télévision autorisés sur la base de l'article 28-1 et qui bénéficient de la garantie d'une reprise intégrale et simultanée en mode numérique, le terme de cette autorisation se trouve automatiquement prorogé de cinq années en vertu de l'article 82 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 dans sa rédaction résultant de l'article 128 de la loi précitée du 9 septembre 2004.



Il résulte donc des considérations qui précèdent que seul le législateur peut autoriser et organiser l'extinction anticipée des services de diffusion par voie analogique.

II. – Si le législateur intervenait à cette fin, il lui incomberait de prendre en compte distinctement les droits des éditeurs de services et ceux des téléspectateurs.

S'agissant des éditeurs de services, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne confère pas en lui-même au principe de sécurité juridique une valeur constitutionnelle, et en l'absence de détention de droits réels immobiliers sur le domaine public de l'État, ni les dispositions et principes à valeur constitutionnelle, ni les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne paraissent faire obstacle à ce que, dans le respect du principe d'égalité, la loi remette en cause des autorisations en cours en mettant à la charge de leurs titulaires les éventuels réaménagements des fréquences et les coûts induits résultant des relations contractuelles de ceux-ci avec les distributeurs de services. Il importe toutefois que le législateur en dispose expressément dès lors qu'il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer.

S'agissant des téléspectateurs, il revient au législateur de prendre les dispositions nécessaires au respect de la liberté de communication audiovisuelle ainsi que du principe de continuité du service public. Dans la mesure où des contraintes techniques et économiques ne permettent pas d'assurer des conditions de couverture aussi étendues par mode numérique que par mode analogique, des procédés autres de substitution devraient être garantis notamment par voie satellitaire. De manière générale, il importe que les coûts en résultant pour les destinataires de la communication audiovisuelle ne puissent être tels qu'ils les privent de la faculté d'assurer par des procédés techniques nouveaux la continuité de la réception des programmes notamment des sociétés nationales qui doit leur être constitutionnellement garantie. Cette considération peut conduire à l'édiction, dans le respect du principe d'égalité, d'un dispositif de soutien financier modulé au bénéfice des téléspectateurs dont les capacités contributives seraient insuffisantes.

Ces observations ne sont pas de nature à être affectées dans leur principe par l'intervention d'une disposition générale, à la supposer techniquement et fonctionnellement envisageable, réduisant le délai de cinq années actuellement prévu par la loi, sous réserve de diverses conditions, pour l'extinction générale de la voie de diffusion analogique.

III. – Les observations formulées au I rendent sans objet les questions posées au 3^o.



L'ADMINISTRATION
FRANÇAISE
ET L'UNION
EUROPÉENNE :
QUELLES INFLUENCES ?
QUELLES STRATÉGIES ?

Considérations générales



Les considérations générales du Conseil d'État sur «L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?» ont été rédigées par M^{me} Josseline de CLAUSADE, rapporteur général de la section du rapport et des études, avec le concours de Alexandre LALLET, Jérôme MARCHAND-ARVIER, Philippe BARBAT, Alban de NERVAUX et Florian BLAZY, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'assemblée générale du Conseil d'État le 1^{er} février 2007.

Floriane BEAUTHIER, Alice BOSSIÈRE, Tiphaine COSNIER, Laurence GONNARD, ainsi que Nabil AÏT AKKACHE, Bertrand ARNOULD et Samir HAMMAL, stagiaires au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

Sommaire

Introduction	231
Première partie	
L'Union européenne, un système institutionnel complexe et ouvert : Quelles influences ?	237
1. Le pouvoir d'initiative au sein de l'Union européenne : une étroite association des États membres.....	239
1.1. <i>Le monopole de jure de la Commission pour les compétences communautaires du premier pilier s'exerce le plus souvent sur la suggestion des gouvernements</i>	239
1.2. <i>Le partage de l'initiative entre la Commission et les États membres est de règle pour les compétences intergouvernementales</i>	248
1.3. <i>Les réformes institutionnelles ou affectant l'équilibre de l'Union reposent sur un droit d'initiative spécifique</i>	251
1.4. <i>Le rôle prééminent du Conseil européen a conféré aux chefs d'État ou de gouvernement les choix stratégiques</i>	252
1.5. <i>L'exercice par la Commission de son monopole d'initiative est précédé de larges consultations</i>	253
2. La procédure de codécision et l'extension du champ d'application de la décision à la majorité qualifiée : vers une stratégie d'influence.....	259
2.1. <i>Le parlement européen, colégislateur, appelle des stratégies d'influence</i>	259
2.2. <i>L'extension au sein du Conseil des décisions prises à la majorité qualifiée impose des constructions d'alliances</i>	267
2.3. <i>Le Conseil européen est devenu l'instance des ultimes compromis</i>	274
3. L'exécution : une compétence partagée	274
3.1. <i>La Commission est responsable de la bonne exécution des règles adoptées</i>	275
3.2. <i>Une trentaine d'agences européennes bénéficient de délégations</i>	279
3.3. <i>Environ 250 comités composés de fonctionnaires des États membres assistent la Commission dans ses compétences d'exécution</i>	281
3.4. <i>La Cour de justice des communautés européennes exerce avec vigilance sa mission quant au respect des traités</i>	283
4. La place des acteurs économiques et sociaux devient majeure dans une stratégie d'influence	287
4.1. <i>Ils participent à l'initiative et sont parfois à son origine</i>	288
4.2. <i>Ils influencent la décision à tous les stades de la négociation</i>	291
4.3. <i>Ils veillent à l'application du droit communautaire</i>	292



Deuxième partie	
L'administration française, un acteur important des processus de l'Union européenne : Quelles stratégies ?	293
5. Anticiper : proposer et réagir au tout début du processus	297
5.1. <i>L'exigence de veille</i>	297
5.2. <i>Des choix politiques en temps et au niveau utiles</i>	304
6. Négocier : s'appuyer sur les alliances diplomatiques, les autorités administratives indépendantes et la société civile	317
6.1. <i>Les alliances entre les États membres, préalable indispensable</i>	317
6.2. <i>L'appui sur la société civile</i>	318
6.3. <i>La part des autorités administratives indépendantes</i>	319
7. Être exemplaire : transposer et appliquer le droit communautaire	321
7.1. <i>La transposition dans les délais des directives et des décisions-cadres</i>	321
7.2. <i>L'application vigilante du droit communautaire</i>	329
8. Développer des réflexes européens	334
8.1. <i>Réflexe européen dans l'activité normative, dans les interventions devant la Cour et dans l'information juridique</i>	334
8.2. <i>Réflexe européen dans la gestion des fonctions publiques</i>	339
Conclusion	347



Introduction

L'Union européenne constitue aujourd'hui une puissance économique, commerciale et politique sans précédent dans l'histoire, sans équivalent dans le monde.

D'abord limitée à six pays, elle compte, depuis le 1^{er} janvier 2007, vingt-sept États membres et rassemble 492 millions d'habitants. Elle représente, malgré ses difficultés et ses faiblesses, une forme d'intégration politique et économique, observée et parfois enviée depuis plusieurs autres continents, ainsi qu'en témoignent les débats actuels au sujet du « Mercosur », du « Pacte andin » et de l'« ASEAN ».

L'Union européenne est la première zone économique du monde. Son PIB, de 10 850 milliards d'euros en 2005, dépasse aujourd'hui celui des États-Unis qui atteint 10 010 milliards d'euros (contre 1 800 milliards d'euros pour la Chine).

Toujours en 2005, la part des exportations de l'Union européenne dans les exportations mondiales, hors commerce intra-communautaire, est de 18,1 % contre 12 % pour les États-Unis (et 10,1 % pour la Chine). La part des importations de l'Union européenne en provenance du reste du monde représente 18,9 % des importations mondiales, contre 21,8 % pour les États-Unis (et 7,5 % pour la Chine).¹

En termes d'échanges commerciaux, l'Union européenne et les États-Unis sont chacun le premier partenaire de l'autre et représentent la relation bilatérale la plus importante au monde en termes de flux. La caractéristique la plus notable de ces échanges au cours de ces dernières années a été la croissance continue de l'excédent de l'Union européenne, passé d'un peu plus de 20 milliards d'euros en 1999 à 88,4 milliards en 2005. L'Union européenne et les États-Unis constituent aussi, l'un pour l'autre, la plus importante source d'investissements directs à l'étranger (IDE). Les flux d'investissement européens vers les États-Unis sont passés de 7,2 milliards d'euros en 2004 à 26,1 milliards d'euros en 2005 et le flux des investissements américains vers l'Europe de 15,3 milliards d'euros en 2004 à 17,5 milliards d'euros en 2005².

Les élargissements successifs et les réformes institutionnelles consécutives, l'attraction exercée sur les jeunes démocraties de l'Est comme du Sud confirment, s'il en était besoin, l'intuition prophétique exprimée par Robert Schuman, alors ministre des affaires étrangères français, le 9 mai 1950 : *« L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait »*³.

1 - Source : Eurostat

2 - Source : Eurostat.

3 - Robert Schuman, déclaration du 9 mai 1950.

La France a eu sa part d'idées, de propositions et de suggestions dans la construction européenne. Elle y a apporté sa capacité visionnaire, ses compétences et ses talents.

Dès le XVII^e siècle, le duc de Sully suggérait, dans ses mémoires, un grand dessein visant à organiser une Confédération européenne de quinze États dotés d'un Conseil ayant compétence pour prendre des décisions exécutoires⁴. Deux siècles plus tard, c'est Victor Hugo qui appelle à la création des « États-Unis d'Europe » lors de son discours d'ouverture du troisième Congrès international de la Paix, à Paris, le 21 août 1849⁵. Entre deux guerres mondiales particulièrement meurtrières pour les peuples européens, Aristide Briand, alors ministre des affaires étrangères, propose à la Société des Nations, en septembre 1929, « une sorte de lien fédéral » entre les peuples européens⁶.

C'est à Paris qu'est signé le 18 avril 1951 le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), fruit de l'ambition partagée de Jean Monnet, Robert Schuman et d'autres dirigeants européens. La signature de ce texte marque, au lendemain de la seconde guerre mondiale, le début de la construction européenne. Elle se poursuit par la signature, le 25 mars 1957, du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, devenue Communauté européenne avec le traité signé à Maastricht le 7 février 1992. Ce dernier traité organise l'Union européenne en trois piliers : la Communauté européenne, la politique étrangère et de sécurité commune et la coopération judiciaire et policière⁷.

La Commission européenne a été présidée à deux reprises par un Français⁸. Le premier secrétaire général de la Commission de 1958 à 1987⁹, soit durant 29 ans, fut français. Six présidences de l'Assemblée des Communautés européennes puis du parlement européen revinrent aux Français¹⁰. Le président de la Banque centrale européenne est français¹¹.

4 - Sully, *Économies royales*, 1638.

5 - « Actes et paroles », in Victor Hugo, *Œuvres complètes*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », Paris, 1985, vol. « Politique ».

6 - Discours cité par Georges Suarez, *Briand*, tome 6 (1923-1932), Paris, Plon, 1952.

7 - Les termes « droit communautaire » recouvrent le droit de la Communauté européenne, soit le premier pilier, régi par le traité instituant la Communauté européenne (TCE).

L'expression « droit européen » recouvre aujourd'hui les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), dite deuxième pilier, et le droit applicable à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, baptisée troisième pilier, regroupés dans le traité sur l'Union européenne (TUE).

8 - François-Xavier Ortoli de 1973 à 1977, puis Jacques Delors de 1985 à 1995. Le premier président de la Haute Autorité de la CECA fut Jean Monnet. Robert Marjolin fut, de 1958 à 1967, vice-président de la Commission en charge des Affaires économiques et financières.

9 - Émile Noël.

10 - Robert Schuman de 1958 à 1960, Alain Poher entre 1966 et 1969, Georges Spénale de 1975 à 1977, Simone Veil pour la période 1979-1982, Pierre Pflimlin de 1984 à 1987 et enfin Nicole Fontaine de 1999 à 2002.

11 - Jean-Claude Trichet.



La France contribue financièrement de façon importante au fonctionnement de la Communauté ; elle bénéficie aussi largement des retombées économiques de la construction européenne.

En 2005, elle a financé 16,6 % du budget communautaire, soit 17,3 milliards d'euros. Elle est le deuxième État membre contributeur, derrière l'Allemagne, avec une quote-part de 21,1 %. Elle reste le deuxième pays bénéficiaire des politiques communautaires en volume puisqu'elle perçoit 13,7 milliards d'euros, soit 14,2 % de l'ensemble des versements de l'Union européenne aux États membres, derrière l'Espagne qui perçoit 14,8 milliards d'euros, soit 15,3 % du total des dépenses opérationnelles réparties, et devant l'Allemagne (12,7 % des dépenses) et l'Italie (11,1 %). La grande majorité des paiements reçus résulte de la politique agricole commune avec 10,1 milliards d'euros, contre 2,6 milliards d'euros pour les fonds structurels.

Le montant des contributions reçues ne reflète qu'une partie des bénéfices tirés de la construction européenne : il n'inclut pas les retombées, pour les entreprises françaises, en termes de commandes, d'exportations et d'investissements, des fonds structurels ou des réalisations communes telles que les grands réseaux, l'industrie aéronautique ou les satellites d'observation.

Étrangement, la France peine aujourd'hui à maîtriser l'ensemble des stratégies qui permettraient la poursuite, dans des conditions harmonieuses et conformes aux intérêts nationaux, de la construction de l'Europe. Celle-ci passe en effet par l'élaboration d'un ensemble de règles dégagées au fil des négociations, telles que celles figurant dans les accords internationaux qui relient l'Union européenne au reste du monde, mais aussi, dans le cadre des dispositifs institutionnels mis en place par les traités, le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes¹².

Ainsi que le rappelaient les considérations générales du rapport public du Conseil d'État en 1992, « *L'Europe est une construction juridique. C'est sans doute un projet politique, sûrement un "grand marché", mais d'abord un ensemble de règles complexes... La Communauté s'est bâtie autour du droit, elle s'est faite par le droit. Un droit original à plus d'un titre ; il est davantage l'œuvre des diplomates et des juges que celle des parlements ; quoique négocié dans les conditions du droit international, il s'intègre au droit interne ; au gré des nécessités, il emprunte ses concepts à telle ou telle tradition nationale sans en privilégier aucune* »¹³.

12 - Selon l'article de Jean Maïa, à l'époque conseiller juridique du secrétariat général des affaires européennes, « La contrainte européenne sur la loi », revue *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005 : « *le droit dérivé des traités en vigueur représente 17 000 actes, dont l'essentiel est constitué des directives, règlements et décisions du pilier communautaire de l'Union européenne. S'y ajoutent environ 3 000 accords internationaux conclus, d'une part, entre la Communauté ou l'Union européenne voire les États membres et, d'autre part, les États tiers* ». Nombre des 17 000 actes sont des règlements ou décisions d'exécution des politiques communes. Selon les chiffres de la Commission au 31 décembre 2006, étaient en vigueur 180 règlements adoptés en codécision par le Conseil et le parlement européen, 1 876 règlements adoptés par le Conseil seul, 5 293 règlements adoptés par la Commission. Étaient également en vigueur 341 directives adoptées en codécision par le Conseil et le parlement européen, 878 directives adoptées par le Conseil seulement et 711 directives adoptées par la Commission.

13 - Conseil d'État, Rapport public 1992, extrait des « Considérations générales », *Sur le droit communautaire*, La Documentation française, 1993.



Depuis 1992, les procédures de décision et de gouvernance de l'Union européenne se sont profondément modifiées en raison notamment des réformes institutionnelles intervenues depuis lors, notamment les traités d'Amsterdam et de Nice. Elles sont également définies par un accord interinstitutionnel intitulé « Mieux légiférer », conclu par le parlement européen, le Conseil et la Commission le 16 décembre 2003¹⁴. Elles résultent enfin de décisions adoptées par le Conseil, notamment celles créant la trentaine d'agences européennes et celles, dites décisions « *comitologie* », instituant les comités d'exécution.

La « *gouvernance européenne* » se caractérise par la place éminente accordée à la Commission, promoteur et gardien de l'intérêt général communautaire, mais aussi par la très large association des gouvernements, des parlements et des administrations des États membres, de leurs collectivités territoriales, des agences nationales de régulation, des experts et des divers acteurs de la société civile, depuis la conception de l'idée jusqu'à l'adoption finale du texte. L'habitude y est de poursuivre la discussion jusqu'au compromis.

La « *gouvernance européenne* » est à ce titre culturellement et sociologiquement plus proche des méthodes anglo-saxonnes de gouvernement que de celles issues des traditions juridiques marquées par le droit romain¹⁵. L'administration française se doit, dès lors, d'adapter son organisation et ses procédures à cette nouvelle réalité.

Un pas en ce sens a été accompli avec la décentralisation et le transfert de nombreuses responsabilités aux collectivités territoriales – communes, départements et régions –, avec le recours aussi à de nouveaux modes d'organisation administrative – autorités indépendantes notamment –. Néanmoins, la France omet encore souvent de s'appuyer autant qu'il serait nécessaire sur les acteurs économiques et sociaux.

Elle s'abstient, dans de nombreuses hypothèses, de rechercher auprès d'autres États membres, porteurs de traditions juridiques différentes des siennes et d'intérêts autres que ceux dont elle a la charge, les alliances qu'il ne serait pas moins possible de contracter avec eux. Or la négociation à vingt-sept appelle *une construction permanente d'alliances*, tant avec d'autres États membres qu'avec les acteurs les plus divers, ceci aussi bien à Bruxelles qu'en France même et dans d'autres États.

C'est là une orientation qui doit être infléchie au terme d'un diagnostic sur les marges de manœuvre existantes dès la conception d'une réforme au niveau communautaire. La longue recherche du consensus qui précède la définition de l'intérêt général communautaire et gouverne l'émergence des propositions

14 - Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003, *Journal officiel* C321 du 31 décembre 2003, p. 1.

15 - Florence Chaltiel, *Le processus de décision dans l'Union européenne*, La Documentation française, août 2006 : « Les traités mettent en place un système original fondé à la fois sur des institutions représentant les États et sur des institutions représentant les citoyens et incarnant l'intérêt général européen. L'originalité se double d'une progressivité dans la définition du système. En effet, non seulement l'équilibre institutionnel se dessine progressivement mais en plus, de nouveaux acteurs non institutionnels apparaissent et interviennent dans la prise de décision. Ces nouveaux acteurs, qui agissent de façon croissante, ne sont pas toujours bien acceptés par les États ».



destinées à être soumises à l'examen du Conseil et du parlement européen doit, dès l'origine, à tout le moins, être mise à profit pour dégager, autant que cela est possible, des positions communes de la sphère politico-administrative et des milieux intéressés.

Un véritable travail diplomatique doit également être poursuivi auprès des partenaires étrangers, étatiques ou non étatiques, dont les positions pourraient être partagées, ou qui seraient susceptibles de faire leurs les points de vue que la France entend faire prévaloir ou ses réserves sur certaines des orientations envisagées.

Au total, l'administration française doit mieux prendre conscience du fait que l'Union européenne est **un système complexe, mais aussi un système ouvert** au stade de l'**initiative**, de la **négociation** et de l'**exécution**, et s'efforcer de mettre en place un jeu permanent d'alliances et d'influences en vue de tirer parti de cette situation.

On rappellera d'abord, dans cette perspective, les conditions dans lesquelles *les institutions européennes sont appelées à fonctionner et se révèlent perméables à ces influences*.

On examinera ensuite en quoi cette configuration originale appelle *de nouvelles stratégies pour notre administration* : anticipation politique et meilleure intégration des enjeux prioritaires, coordination des voix françaises émanant des autorités publiques et des acteurs économiques et sociaux, exemplarité dans la transposition et l'application du droit communautaire, développement enfin du réflexe européen dans l'activité normative, l'information juridique, les interventions devant la Cour de justice et la gestion des fonctions publiques.



Première partie

L'Union européenne, un système institutionnel complexe et ouvert : Quelles influences ?

L'originalité de la construction communautaire repose sur l'existence de quatre pouvoirs, chacun porteur d'une légitimité : la Commission est le vecteur de l'intérêt général européen, le Conseil et le Conseil européen expriment les approches des États membres, le parlement européen incarne la légitimité des peuples, enfin la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect du droit pour l'application des traités.

La création de la Commission, institution indépendante des États membres, organe permanent et vecteur de la dynamique communautaire, constitue l'une des principales originalités de la construction européenne au regard des organisations internationales classiques. Elle fut d'ailleurs à l'origine du refus initialement opposé par le Royaume-Uni, hostile à cette institution, de participer à la construction communautaire.

Le Conseil désigne la réunion des ministres des États membres en formations distinctes selon les domaines abordés. Aux termes de l'article 203 du traité instituant la Communauté européenne (TCE), *le Conseil, entité politique*, « est formé par un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le Gouvernement de cet État membre. La présidence est exercée à tour de rôle par chaque État membre du Conseil pour une durée de six mois selon un ordre fixé par le Conseil, statuant à l'unanimité »¹⁶.

Le « Conseil européen » pour sa part est né de la décision prise par les chefs d'État ou de gouvernement lors du sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974, à l'initiative de Valéry Giscard d'Estaing, alors Président de la République française, et d'Helmut Schmidt, alors Chancelier de la République fédérale d'Allemagne, de se réunir régulièrement.

16 - La liste des futures présidences jusqu'en 2020 est fixée par une décision du Conseil du 1^{er} janvier 2007, publiée au *Journal officiel* L 1 du 4 janvier 2007, p. 11. Il existe, depuis le Conseil européen de Séville, neuf formations distinctes du Conseil qui seront détaillées ultérieurement.



Au Conseil européen de Stuttgart du 19 juin 1983, les dix chefs d'État ou de gouvernement signèrent une « *déclaration solennelle sur l'Union européenne* »¹⁷, confirmant que « *lorsque le Conseil européen agit dans les matières communautaires, il le fait en tant que Conseil au sens des traités* ».

Bien que consacré par l'Acte unique européen en février 1986, le Conseil européen n'était pas considéré comme une institution communautaire au même titre que les autres, même si le traité de Maastricht dispose en son article 4 que « *Le Conseil européen donne à l'Union européenne les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales* ».

Les ministres des affaires étrangères assistent au Conseil européen aux côtés des chefs d'État ou de gouvernement, ainsi que les ministres de l'économie et des finances, sur invitation du Président du Conseil européen, lorsque ce dernier examine les questions relatives à l'Union économique et monétaire. Le Président de la Commission y participe également, assisté en général, et selon l'ordre du jour, d'un ou deux commissaires européens. Le Président du parlement européen présente une communication au début, mais n'assiste pas à la suite des travaux.

Le traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, et qui n'a pas été ratifié par la France¹⁸, consacre le Conseil européen en tant qu'institution de l'Union et prévoit, en son article I-22 § 1, que « *Le Conseil européen élit son président à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demi, renouvelable une fois. En cas d'empêchement ou de faute grave, le Conseil européen peut mettre fin à son mandat selon la même procédure* ».

Si l'interaction des quatre pouvoirs ci-dessus dénommés est essentielle dans la dynamique européenne, les États membres, et par conséquent leurs administrations respectives, sont appelés à intervenir dans le fonctionnement de chacun : dans la promotion des initiatives d'abord, dans l'examen des textes, des positions et des actions communes ensuite, dans la défense des conceptions juridiques nationales devant la Cour de justice des Communautés européennes enfin.

C'est à chacune de ces étapes qu'il incombe à la France d'agir de façon suffisamment dynamique pour être entendue, mais aussi pour éventuellement rapprocher ses positions de celles de certains partenaires afin de construire des majorités qualifiées tout en préservant les intérêts considérés comme essentiels au terme d'arbitrages politiques rendus suffisamment tôt.

17 - « Déclaration solennelle sur l'Union européenne (Stuttgart, 19 juin 1983) », in *Bulletin des Communautés européennes*, juin 1983, n° 6, p. 26-31.

18 - Au 1^{er} janvier 2007, il est définitivement ratifié par 20 États de l'Union sur 27. Les ratifications à venir concernent sept États : le Royaume-Uni, l'Irlande, la Suède, le Danemark, le Portugal, la République tchèque, et la Pologne.



1. Le pouvoir d'initiative au sein de l'Union européenne : une étroite association des États membres

L'exercice du droit d'initiative au sein des institutions communautaires révèle au fil de l'histoire les tensions qui traversent la construction de l'Union entre l'ambition de la supranationalité et le maintien des méthodes intergouvernementales.

1.1. Le monopole *de jure* de la Commission pour les compétences communautaires du premier pilier s'exerce le plus souvent sur la suggestion des gouvernements

Issu du traité de Rome et prenant en compte les diverses modifications institutionnelles intervenues depuis lors – notamment l'Acte unique européen¹⁹, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, le traité de Maastricht²⁰, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, le traité d'Amsterdam²¹, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 et le traité de Nice, entré en vigueur le 1^{er} février 2003²² –, le traité instituant la Communauté européenne (TCE) confère le monopole de l'initiative à la Commission. Celle-ci est censée, aux termes de la doctrine, représenter l'intérêt général communautaire.

L'article 211 du traité instituant la Communauté européenne dispose à cet égard que : « *En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission :*

- *veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci,*
- *formule des recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire,*
- *dispose d'un pouvoir de décision propre et participe à la formation des actes du Conseil et du parlement européen dans les conditions prévues au présent traité,*
- *exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit ».*

L'exercice exclusif de l'initiative par la Commission est expressément mentionné dans les différents articles du traité instituant la Communauté européenne susceptibles de fonder les compétences communautaires, dénommés « bases juridiques », chaque fois que figure l'expression « *sur proposition de la Commission* ».

19 - Signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986, *Journal officiel* n° L 169 du 29 juin 1987, et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

20 - Signé à Maastricht le 7 février 1992, *Journal officiel* n° C 191 du 29 juillet 1992, et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

21 - Signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, *Journal officiel* n° C 340 du 10 novembre 1997, et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

22 - Signé à Nice le 26 février 2001, *Journal officiel* n° C 80 du 10 mars 2001, et entré en vigueur le 1^{er} février 2003.

Ce droit exclusif s'applique à la quasi-totalité du domaine communautaire et couvre aussi bien les compétences internes qu'externes conformément aux dispositions de l'article 300 § 1 du même traité²³ sur la conclusion des accords internationaux. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, l'existence d'une compétence interne entraîne nécessairement la compétence externe.

Le monopole d'initiative de la Commission est, en outre, plus particulièrement mis en exergue aux articles 250 et suivants du traité instituant la Communauté européenne relatifs aux différentes procédures d'adoption des textes communautaires. Il s'applique également à la procédure budgétaire en application de l'article 272 § 2 et 3 dudit traité²⁴ et à l'élaboration des perspectives financières. Le Conseil élabore ainsi le projet de budget sur la base de l'avant-projet que lui soumet la Commission.

Les *rare exceptions* au monopole d'initiative de la Commission sur les compétences du premier pilier ont essentiellement trait au fonctionnement de *l'Union économique et monétaire et à certaines réformes de la Cour de justice*.

La fixation des grandes orientations des politiques économiques est une compétence du Conseil qui s'exerce sur simple *recommandation* de la Commission. Il en va de même pour les décisions du Conseil relatives aux déficits publics excessifs²⁵. L'admission de nouveaux États dans l'Union économique et monétaire²⁶ et la détermination des États bénéficiant d'une dérogation dans le cadre

23 - Article 300 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : « Dans les cas où les dispositions du présent traité prévoient la conclusion d'accords entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales, la Commission présente des recommandations au Conseil, qui l'autorise à ouvrir les négociations nécessaires. Ces négociations sont conduites par la Commission, en consultation avec des comités spéciaux désignés par le Conseil pour l'assister dans cette tâche et dans le cadre des directives que le Conseil peut lui adresser. [...] ».

24 - Article 272 du traité instituant la Communauté européenne : « [...] 2. Chacune des institutions de la Communauté dresse, avant le 1^{er} juillet, un état prévisionnel de ses dépenses. La Commission groupe ces états dans un avant-projet de budget. Elle y joint un avis qui peut comporter des prévisions divergentes. Cet avant-projet comprend une prévision des recettes et une prévision des dépenses.

3. Le Conseil doit être saisi par la Commission de l'avant-projet de budget au plus tard le 1^{er} septembre de l'année qui précède celle de l'exécution du budget ».

25 - Article 104 du traité instituant la Communauté européenne : « [...] 6. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, et compte tenu des observations éventuelles de l'État membre concerné, décide, après une évaluation globale, s'il y a ou non un déficit excessif. [...] 13. Lorsque le Conseil prend ses décisions visées aux paragraphes 7 à 9 et aux paragraphes 11 et 12, le Conseil statue sur recommandation de la Commission à une majorité des deux tiers des voix de ses membres [...], les voix du représentant de l'État membre concerné étant exclues ».

26 - Article 121 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « Sur la base de ces rapports, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, évalue : – pour chaque État membre, s'il remplit les conditions nécessaires pour l'adoption d'une monnaie unique... et transmet, sous forme de recommandations, ses conclusions au Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement. Le parlement européen est consulté et transmet son avis au Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement. »



de l'Union économique et monétaire²⁷ sont également décidées par le Conseil sur simple *recommandation* de la Commission.

La modification des statuts du Système européen de banques centrales (SEBC)²⁸, qui regroupe la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales, se décide sur l'initiative de cette institution européenne elle-même. Les décisions prévues par ces statuts²⁹, ainsi que celles portant sur le taux de change de l'euro³⁰, sont prises sur initiative de la Commission *ou* de la Banque centrale européenne.

Les mêmes règles s'appliquent aux accords externes relatifs au régime monétaire ou au change, pour lesquels la Commission formule *des recommanda-*

27 - Article 122 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : « ... Le Conseil, sur la base de ses recommandations visées à l'article 121, paragraphe 2, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, décide si des États membres font l'objet d'une dérogation telle que définie au paragraphe 3 du présent article et, dans l'affirmative, lesquels. Ces États membres sont ci-après dénommés «États membres faisant l'objet d'une dérogation».

Si le Conseil a confirmé, sur la base de l'article 121, paragraphe 4, quels sont les États membres qui remplissent les conditions nécessaires pour l'adoption d'une monnaie unique, les États membres qui ne remplissent pas ces conditions font l'objet d'une dérogation telle que définie au paragraphe 3 du présent article. Ces États membres sont ci-après dénommés "États membres faisant l'objet d'une dérogation" ».

28 - Article 107 § 5 du traité instituant la Communauté européenne : « Les articles 5.1, 5.2 [...] des statuts du SEBC peuvent être modifiés par le Conseil, statuant soit à la majorité qualifiée sur recommandation de la BCE et après consultation de la Commission, soit à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de la BCE. Dans les deux cas, l'avis conforme du parlement européen est requis ».

29 - Article 107 § 6 du traité instituant la Communauté européenne : « Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée soit sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen et de la BCE, soit sur recommandation de la BCE et après consultation du parlement européen et de la Commission, arrête les dispositions visées aux articles 4, 5.4 [...] des statuts du SEBC ».

30 - Article 111 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. Par dérogation à l'article 300, le Conseil, statuant à l'unanimité sur recommandation de la BCE ou de la Commission, [...] peut conclure des accords formels portant sur un système de taux de change pour l'ÉCU, vis-à-vis des monnaies non communautaires. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la BCE ou de la Commission et après consultation de la BCE en vue de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix, peut adopter, modifier ou abandonner les cours centraux de l'ÉCU dans le système des taux de change. [...] 2. En l'absence d'un système de taux de change vis-à-vis d'une ou de plusieurs monnaies non communautaires au sens du paragraphe 1, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée soit sur recommandation de la Commission et après consultation de la BCE, soit sur recommandation de la BCE, peut formuler les orientations générales de politique de change vis-à-vis de ces monnaies. [...] 3. Par dérogation à l'article 300, au cas où des accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change doivent faire l'objet de négociations entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission et après consultation de la BCE, décide des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords. Ces arrangements doivent assurer que la Communauté exprime une position unique. La Commission est pleinement associée aux négociations. [...] 4. Sous réserve du paragraphe 1, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation de la BCE, décide de la position qu'occupe la Communauté au niveau international en ce qui concerne des questions qui revêtent un intérêt particulier pour l'Union économique et monétaire et de sa représentation [...] ».



tions³¹. Enfin, pour la modification de certaines dispositions du statut de la Banque européenne d'investissement, *le droit d'initiative est partagé* entre cette dernière et la Commission³².

De même, en application de l'article 245 du traité instituant la Communauté européenne³³, la Commission partage avec la Cour de justice des Communautés européennes l'initiative pour proposer au Conseil la création de chambres juridictionnelles, en vertu de l'article 225 A du même traité³⁴ et la modification des statuts de la Cour, à l'exception du titre I relatif au statut des juges et avocats généraux.

La Commission se compose à la fois d'une *administration*, constituée aujourd'hui de 36 directions générales, coordonnées par un secrétaire général, et d'une *instance plus politique*³⁵, le collège des commissaires composée, depuis le 1^{er} janvier 2007, de vingt-sept commissaires, soit un par État membre.

31 - Article 111 § 3 du traité instituant la Communauté européenne : « *Par dérogation à l'article 300, au cas où des accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change doivent faire l'objet de négociations entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission et après consultation de la BCE, décide des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords. Ces arrangements doivent assurer que la Communauté exprime une position unique. La Commission est pleinement associée aux négociations* ».

32 - Article 266 du traité instituant la Communauté européenne : « [...] *Les statuts de la Banque européenne d'investissement font l'objet d'un protocole annexé au présent traité. Le Conseil, statuant à l'unanimité, à la demande de la Banque européenne d'investissement et après consultation du parlement européen et de la Commission, ou à la demande de la Commission et après consultation du parlement européen et de la Banque européenne d'investissement, peut modifier les articles 4, 11 et 12 et l'article 18, paragraphe 5, des statuts de la Banque* ».

33 - Article 245 du traité instituant la Communauté européenne : « [...] *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur demande de la Cour de justice et après consultation du parlement européen et de la Commission, ou sur demande de la Commission et après consultation du parlement européen et de la Cour de justice, peut modifier les dispositions du statut, à l'exception de son titre I* ».

34 - Article 225 A du traité instituant la Communauté européenne : « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen et de la Cour de justice, ou sur demande de la Cour de justice et après consultation du parlement européen et de la Commission, peut créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques. [...]* ».

35 - Article 213 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « *Les membres de la Commission exercent leurs fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté. Dans l'accomplissement de leurs devoirs, ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement, ni d'aucun organisme. Ils s'abstiennent de tout acte incompatible avec l'exercice de leurs fonctions. Chaque État membre s'engage à respecter ce caractère et à ne pas chercher à influencer les membres de la Commission dans l'exécution de leurs tâches.*

Les membres de la Commission ne peuvent durant l'exercice de leurs fonctions, exercer aucune autre activité professionnelle, rémunérée ou non. Ils prennent, lors de leur installation, l'engagement solennel de respecter, pendant la durée de leurs fonctions et après la cessation de celles-ci, les obligations découlant de leurs charges, notamment les devoirs d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, après cette cessation, de certaines fonctions ou de certains avantages. En cas de violation de ces obligations, la Cour de justice, saisie par le Conseil ou par la Commission, peut, selon les cas, prononcer la démission d'office dans les conditions de l'article 216 ou la déchéance du droit à pension de l'intéressé ou d'autres avantages en tenant lieu. »

Article 216 du traité instituant la Communauté européenne : « *Tout membre de la Commission, s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions, ou s'il a commis une faute grave, peut être déclaré démissionnaire par la Cour de justice, à la requête du Conseil ou de la Commission* ».



La composition du collège des commissaires sera revue lors du prochain renouvellement de la Commission en novembre 2009 : en application du protocole sur l'élargissement annexé au traité de Nice, *le nombre de commissaires sera inférieur au nombre d'États membres* et il sera fixé par une décision à l'unanimité du Conseil européen³⁶.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice, le 1^{er} février 2003, le président de la Commission est désigné par le Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement, statuant à la majorité qualifiée³⁷. Les autres membres de la Commission sont choisis, selon les mêmes règles de décision, par le Conseil. Ils ont, pour la plupart d'entre eux, exercé des fonctions ministérielles dans leur pays d'origine. Le traité de Maastricht a porté leur mandat de quatre à cinq ans afin d'instaurer un parallélisme avec celui des parlementaires européens, élus pour cinq ans.

Le parlement européen approuve, dans un premier temps, la désignation du président de la Commission. Dans un second temps, il agréé le collège des commissaires et peut, lors de cette procédure d'investiture, demander que sa composition soit revue. Ainsi l'a-t-il fait en novembre 2004 pour la Commission proposée par M. Barroso ou, plus récemment, pour la désignation du commissaire roumain. Il peut également renverser la Commission par une motion de censure dont les modalités de dépôt et de vote sont organisées par l'article 201 du traité instituant la Communauté européenne³⁸. Enfin, il contrôle étroitement l'activité de la Commission par le jeu *des questions écrites et orales*.

Le secrétaire général de la Commission exerce une fonction à la fois politique et administrative particulièrement importante. La Commission n'en a connu que six depuis 1958³⁹.

36 - Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, limite le nombre de commissaires aux deux tiers du nombre d'États membres à compter de 2014, sauf décision contraire du Conseil européen à l'unanimité.

37 - Article 214 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement et statuant à la majorité qualifiée, désigne la personnalité qu'il envisage de nommer président de la Commission; cette désignation est approuvée par le parlement européen. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée et d'un commun accord avec le président désigné, adopte la liste des autres personnalités qu'il envisage de nommer membres de la Commission, établie conformément aux propositions faites par chaque État membre. Le président et les autres membres de la Commission ainsi désignés sont soumis en tant que collège, à un vote d'approbation du parlement européen. Après l'approbation du parlement européen, le président et les autres membres de la Commission sont nommés par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée.* »

38 - Article 201 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le parlement européen, saisi d'une motion de censure sur la gestion de la Commission, ne peut se prononcer sur cette motion que trois jours au moins après son dépôt et par un scrutin public. Si la motion de censure est adoptée à la majorité des deux tiers des voix exprimées et à la majorité des membres qui composent le parlement européen, les membres de la Commission doivent abandonner collectivement leurs fonctions. Ils continuent à expédier les affaires courantes jusqu'à leur remplacement conformément à l'article 214. Dans ce cas, le mandat des membres de la Commission nommés pour les remplacer expire à la date à laquelle aurait dû expirer le mandat des membres de la Commission obligés d'abandonner collectivement leurs fonctions.* »

39 - Un Français, Émile Noël, pendant 29 ans de 1958 à 1987, un Britannique, David Williamson, un Néerlandais, Carlos Trojan, puis successivement deux Irlandais, David O'Sullivan et, depuis novembre 2005, Catherine Day, actuelle titulaire du poste. Le secrétaire général adjoint de la Commission est, à l'heure actuelle, Français.



Chaque commissaire est assisté d'un cabinet, limité à neuf membres de catégorie A pour le président et à six pour les autres. Aux termes du code de bonne conduite adopté par la Commission présidée par M. Prodi⁴⁰, ces cabinets comprennent des ressortissants de trois nationalités différentes au minimum⁴¹.

Le collège des commissaires se réunit tous les mercredis matin. Sa réunion est préparée par celle des chefs de cabinet de commissaires (équivalents des directeurs de cabinet de ministres) présidée par le secrétaire général, le lundi après-midi. Ces derniers définissent les premiers compromis sur les points qui n'ont pu faire l'objet d'un accord par la procédure écrite, et délibèrent de sorte que ne soient soumises aux commissaires que les questions les plus politiques ou les plus délicates. Les accords déjà dégagés par la procédure écrite ou au cours de la réunion des chefs de cabinet sont, en principe, confirmés sans débat par le collège des commissaires. Le secrétaire général de la Commission, le secrétaire général adjoint, le directeur général du service juridique⁴², le chef de cabinet du président, le porte-parole et le greffier assistent aux réunions du collège des commissaires dont les débats sont confidentiels. Le collège des commissaires décide à la majorité simple.

Le service juridique de la Commission est un rouage essentiel de celle-ci. Il assiste les directions générales et le collège des commissaires à la fois comme « conseiller juridique » et au contentieux comme « cabinet d'avocats ». Il rassemble 180 juristes, 80 juristes linguistes et il émet environ 15 000 avis par an. Il intervient en outre dans près de 1 000 contentieux principalement devant la Cour de justice et devant le Tribunal de première instance de Luxembourg mais également devant les panels et devant l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce.

Dans le cadre de ses attributions consultatives, il peut contraindre les directions générales (et donc les commissaires dont elles relèvent) à défendre leurs propositions devant le collège des commissaires puisque l'avis favorable du service juridique est requis pour suivre la procédure écrite ou la procédure simplifiée des « points A » (adoption d'un acte sans débat).

Au contentieux, il produit systématiquement des observations devant la Cour dans toutes les affaires préjudicielles, soit environ 300 affaires chaque année. Ce faisant, il développe le point de vue du droit en fonction de sa doctrine ; il est d'usage que la Cour attache une importance particulière à ses observations.

Enfin, le directeur général du service juridique est le seul fonctionnaire, avec le secrétaire général, à relever directement de l'autorité du président de la Commission qu'il conseille à titre personnel dans les dossiers juridiques sensibles.

40 - Le « code de bonne conduite pour le personnel de la Commission européenne dans ses relations avec le public » est annexé au règlement intérieur C (2000) 3614 de la Commission, adopté le 29 novembre 2000, JOUE L 308 du 8 décembre 2000, p. 26-34.

41 - Le chef adjoint du cabinet du président de la Commission est français. Il y a un membre français dans 18 cabinets sur 25 au 30 novembre 2006.

42 - Comme le secrétaire général adjoint, le directeur général des services juridiques est actuellement de nationalité française.



Aux «*propositions*» de la Commission s'attachent une autorité et des effets juridiques dont sont dépourvues les simples «*recommandations*», puisque :

- Le Conseil est incompétent pour adopter une proposition de directive ou de règlement, ou encore pour prendre une décision sans proposition de la Commission lorsque celle-ci est requise : un recours direct en annulation devant la Cour de Justice est alors possible et il est susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte ainsi adopté selon une procédure irrégulière.
- Sous réserve d'un recours en carence⁴³ ouvert par l'article 232 du traité instituant la Communauté européenne⁴⁴, la Commission est en principe libre de proposer un texte ou de s'en abstenir. Elle dispose par conséquent d'un pouvoir d'impulsion, mais aussi de blocage.
- La discussion au sein du Conseil et du parlement européen s'engage sur le projet élaboré par la Commission. Ses représentants suivent l'évolution des propositions à tous les stades de la procédure législative et expriment la position de la Commission sur les amendements proposés.
- La Commission conserve la faculté de modifier son projet «*tant que le Conseil n'a pas statué*»⁴⁵ et le Conseil ne peut amender la proposition de la Commission contre l'avis de cette dernière qu'à l'unanimité⁴⁶. La jurisprudence lui reconnaît également la possibilité de retirer son texte⁴⁷.

43 - À titre d'exemple, le parlement européen avait saisi la Cour de justice d'un recours en carence contre le Conseil à propos des retards pris dans la définition d'une politique commune des transports pourtant prévue par le traité. La Cour a fait droit aux arguments du parlement européen et a condamné le Conseil en carence par une décision du 22 mai 1985, *Parlement c/ Conseil*, Affaire 13/83, rec. p. 1513, voir également CJCE, 12 juillet 1988, *Parlement c/ Conseil*, affaire 377/87, p. 4017. Ces recours visaient le Conseil mais ils auraient pu, tout aussi bien, viser la Commission.

44 - Article 232 du traité instituant la Communauté européenne : «*Dans le cas où, en violation du présent traité, le parlement européen, le Conseil ou la Commission s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de justice en vue de faire constater cette violation. Ce recours n'est recevable que si l'institution en cause a été préalablement invitée à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois. Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de justice dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis. La Cour de justice est compétente, dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par la BCE dans les domaines relevant de ses compétences ou intentés contre elle*».

45 - Article 250 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : «*Tant que le Conseil n'a pas statué, la Commission peut modifier sa proposition tout au long des procédures conduisant à l'adoption d'un acte communautaire*.»

46 - Article 250 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : «*Lorsque, en vertu du présent traité, un acte du Conseil est pris sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut prendre un acte constituant amendement de la proposition de la Commission que statuant à l'unanimité sous réserve de l'article 251, paragraphes 4 et 5*.»

47 - CJCE, affaire 191/82, 4 octobre 1983, *FEDIOL c/ Commission*, rec. p. 2913.



- Enfin, la Commission conserve une influence sur le devenir de sa proposition dès lors que *le Conseil ne peut approuver qu'à l'unanimité les amendements du parlement européen pour lesquels la Commission aurait donné un avis négatif*⁴⁸.

Le monopole de l'initiative s'exprime également à travers différents documents, tels que les mémorandums, les communications, les questionnaires, les Livres verts, puis les Livres blancs, qui ouvrent en général les consultations formelles et informelles sur un projet de réforme ou de texte.

Toutefois, la multiplication des contraintes et des prescriptions a pour effet de limiter les cas où la Commission exerce son pouvoir de proposition de façon autonome et spontanée. Nombreux sont les règlements et directives qui invitent la Commission à présenter une proposition dans un délai déterminé, notamment dans les domaines des transports, de l'énergie et de l'environnement.

En outre, si le monopole de l'initiative constitue pour la Commission une importante prérogative, celle-ci est également soumise à l'obligation de concertation et d'évaluation préalable et au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité désormais contrôlé par les parlements nationaux⁴⁹.

Le monopole d'initiative n'exclut pas la possibilité pour les autres institutions, notamment le Conseil et le parlement européen, de disposer de « l'initiative de l'initiative » et de demander à la Commission de leur soumettre toute proposition appropriée sur tel ou tel sujet. **De nature plus politique, ce pouvoir d'influence stratégique sur l'initiative de la Commission a été formellement consacré par les traités.**

En bénéficient notamment :

- **Le Conseil**, composé des ministres des États membres qui, en application de l'article 208 du traité instituant la Communauté européenne, « *peut demander à la Commission de procéder à toutes études qu'il juge opportunes pour la réalisation des objectifs communs et de lui soumettre toutes propositions appropriées* ».
- **Le parlement européen** qui peut, en vertu de l'article 192 § 2 du même traité, « *à la majorité de ses membres, demander à la Commission de soumettre toute*

48 - Article 251 § 3 du traité instituant la Communauté européenne : « *Si, dans un délai de trois mois après réception des amendements du parlement européen, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, approuve tous ces amendements, l'acte concerné est réputé arrêté sous la forme de la position commune ainsi amendée ; toutefois, le Conseil statue à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission. Si le Conseil n'approuve pas tous les amendements, le président du Conseil, en accord avec le président du parlement européen, convoque le comité de conciliation dans un délai de six semaines* ».

Article 252 d) du traité instituant la Communauté européenne : « *La Commission réexamine, dans un délai d'un mois, la proposition sur la base de laquelle le Conseil a arrêté sa position commune à partir des amendements proposés par le parlement européen. La Commission transmet au Conseil, en même temps que sa proposition réexaminée, les amendements du parlement européen qu'elle n'a pas repris, en exprimant son avis à leur sujet. Le Conseil peut adopter ces amendements à l'unanimité* ».

49 - Depuis le 1^{er} septembre 2006, en application d'une décision du Conseil européen des 15 et 16 juin 2006.



proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte communautaire pour la mise en œuvre du présent traité ».

• **Les États membres** qui peuvent également suggérer, lors des contacts informels auprès des services de la Commission, les projets de réforme qui leur paraissent particulièrement opportuns. Cette faculté générale, susceptible de s'exercer dans tous les domaines de compétence communautaire, est parfois formalisée dans les traités, par exemple à l'article 67 § 2, premier tiret⁵⁰, à l'article 115⁵¹ pour l'Union économique et monétaire, ou à l'article 11⁵² relatif aux coopérations renforcées.

Un droit de pétition permettant à un million de citoyens européens d'inviter la Commission à présenter au Conseil et au parlement européen une proposition sur un sujet d'intérêt général⁵³ est également prévu par le traité constitutionnel qui n'a pas été ratifié par la France.

La Commission n'est en principe pas tenue de déférer aux suggestions, mais cette possibilité reste, pour des raisons politiques évidentes, largement théorique. Les textes prévoient parfois expressément que la Commission informe l'institution ou l'État qui l'a saisie des suites données à sa demande.

L'autorité des propositions de la Commission reste enfin étroitement dépendante du contexte politique. Si elle lui permet en général d'orienter la discussion, il peut arriver que la logique qui préside à un texte soit totalement inversée au cours de la procédure législative, ainsi que l'a encore montré récemment le rejet par le parlement européen du « principe du pays d'origine » pour déterminer la législation applicable au prestataire de service dans la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur⁵⁴.

50 - Article 67 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « *Après cette période de cinq ans :*

– le Conseil statue sur des propositions de la Commission ; la Commission examine toute demande d'un État membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil (...). »

51 - Article 115 du traité instituant la Communauté européenne : « *Pour les questions relevant du champ d'application de l'article 99, paragraphe 4, de l'article 104 à l'exception du paragraphe 14, des articles 111, 121, 122 et de l'article 123, paragraphes 4 et 5, le Conseil ou un État membre peut demander à la Commission de formuler, selon le cas, une recommandation ou une proposition. La Commission examine cette demande et présente ses conclusions au Conseil sans délai.* »

52 - Article 11 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : « *Les États membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée dans l'un des domaines visés par le présent traité adressent une demande à la Commission, qui peut soumettre au Conseil une proposition en ce sens. Si elle ne soumet pas de proposition, la Commission en communique les raisons aux États membres concernés.* »

53 - Article I-47 du traité constitutionnel non ratifié par la France : « *4. Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application de la Constitution [...].* »

54 - Proposition de directive du parlement européen et du Conseil, du 13 janvier 2004, relative aux services dans le marché intérieur, COM (2004) 2 final.



Au total, on estime entre 5 et 10% la proportion d'actes pour lesquels la Commission a exercé son droit d'initiative de manière exclusive⁵⁵. Il s'en déduit que les 9/10^{èmes} des textes proposés par la Commission répondent à des demandes des gouvernements des États membres et du parlement européen.

1.2. Le partage de l'initiative entre la Commission et les États membres est de règle pour les compétences intergouvernementales

Le partage, « *en droit* », de l'initiative entre les États membres et la Commission s'applique aux compétences relevant de procédures intergouvernementales :

- la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), ou deuxième pilier ;
- la coopération policière et judiciaire en matière pénale, ou troisième pilier.

1.2.1. La politique étrangère et de sécurité commune se caractérise par la prééminence des États membres et du Conseil dans l'exercice de l'initiative

Elle repose sur des instruments juridiques spécifiques, en raison de la sensibilité qui s'attache à l'exercice en commun des compétences situées au cœur des fonctions régaliennes des États membres⁵⁶. Les initiatives peuvent être présentées aussi bien par les États membres que par la Commission, en application de l'article 22 § 1 du traité sur l'Union européenne⁵⁷.

Si les grandes orientations et les « stratégies communes » sont arrêtées par le Conseil européen, les décisions d'application sont prises par le « *conseil affaires générales et relations extérieures* » composé des ministres des affaires étrangères des États membres. Il est élargi aux ministres de la défense lorsque sont traitées des questions relevant de leur compétence. Il se réunit environ une fois par mois, davantage si l'actualité l'exige. En complément, les ministres des affaires étrangères se retrouvent une fois par présidence de façon informelle. Ce Conseil informel est baptisé « *Gymnich* », du nom du château allemand où la première réunion de ce type a eu lieu en 1974.

55 - Chiffres de 1998, contribution de MM. Barnier et Vittorino à la Convention européenne, 3 septembre 2002, CONV (230/02).

56 - Article 12 du traité sur l'Union européenne : « *l'Union poursuit les objectifs énoncés à l'article 11 :*

- *en définissant les principes et les orientations générales de la politique étrangère et de sécurité commune,*
- *en décidant des stratégies communes,*
- *en adoptant des actions communes,*
- *en adoptant des positions communes,*
- *et en renforçant la coopération systématique entre les États membres pour la conduite de leur politique ».*

57 - Article 22 § 1 du traité sur l'Union européenne : « *Chaque État membre ou la Commission peut saisir le Conseil de toute question relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et soumettre des propositions au Conseil* ».



Les ministres de la défense ont adopté pour leur part la même pratique. Le Conseil peut également demander à la Commission de lui présenter toute proposition appropriée relative à la politique étrangère et de sécurité commune pour assurer la mise en œuvre d'une action commune, en application de l'article 14 § 4 du traité sur l'Union européenne⁵⁸.

*Seuls les États membres ont la faculté de proposer une coopération renforcée dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. La Commission émet alors un simple avis consultatif*⁵⁹.

1.2.2. La coopération policière et judiciaire en matière pénale se développe sur le fondement d'un partage des initiatives entre les États membres et la Commission

Tout État membre ou la Commission peut présenter une proposition ainsi que le prévoit l'article 34-2 du traité sur l'Union européenne⁶⁰. Dans la pratique, la plupart des initiatives émanent de la Commission même si elles font suite parfois à des suggestions des États membres. Le traité constitutionnel non ratifié par la France prévoyait que les initiatives devront être présentées par quatre États membres au moins afin de mieux répondre à un intérêt général commun.

Aux termes de l'article 42, dit « *article-passerelle* », le transfert d'actions ou de compétences du titre VI au titre IV, c'est-à-dire du troisième au premier pilier, se décide *soit sur proposition de la Commission, soit sur celle d'un État membre*.

58 - Article 14 § 4 du traité sur l'Union européenne : « *Le Conseil peut demander à la Commission de lui présenter toute proposition appropriée relative à la politique étrangère et de sécurité commune pour assurer la mise en œuvre d'une action commune* ».

59 - Article 27 C du traité sur l'Union européenne : « *Les États membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée en vertu de l'article 27 B adressent une demande en ce sens au Conseil. La demande est transmise à la Commission et, pour information, au parlement européen. La Commission donne son avis notamment sur la cohérence de la coopération renforcée envisagée avec les politiques de l'Union. L'autorisation est accordée par le Conseil statuant conformément à l'article 23, paragraphe 2, deuxième et troisième alinéas, dans le respect des articles 43 à 45* ».

60 - Article 34-2 du traité sur l'Union européenne : « *2. Le Conseil, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. À cet effet, il peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission :*

a) *arrêter des positions communes définissant l'approche de l'Union sur une question déterminée;*
b) *arrêter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Les décisions-cadres lient les États quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct;*
c) *arrêter des décisions à toute autre fin conforme aux objectifs du présent titre, à l'exclusion de tout rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Ces décisions sont obligatoires et ne peuvent entraîner d'effet direct; le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, arrête les mesures nécessaires pour mettre en œuvre ces décisions au niveau de l'Union;*
d) *établir des conventions dont il recommande l'adoption par les États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives. Les États membres engagent les procédures applicables dans le délai fixé par le Conseil. Sauf dispositions contraires y figurant, ces conventions, une fois qu'elles ont été adoptées par la moitié au moins des États membres, entrent en vigueur dans les États membres qui les ont adoptées. Les mêmes mesures d'application de ces conventions sont adoptées au sein du Conseil à la majorité des deux tiers des parties contractantes* ».



L'instauration d'une « *coopération renforcée* » est subordonnée à une proposition de la Commission, saisie en ce sens par les États membres concernés. Toutefois, en cas de refus de la Commission de faire usage de son pouvoir de proposition, les États concernés peuvent saisir directement le Conseil en application de l'article 40 A du même traité⁶¹.

Le conseil « *justice et affaires intérieures* », compétent sur la libre circulation des personnes, l'asile et l'immigration, la coopération judiciaire civile mais aussi sur l'ensemble des questions du troisième pilier, réunit les ministres de la Justice et les ministres de l'intérieur environ une fois tous les deux mois. De plus, une réunion ministérielle informelle se tient généralement à chaque présidence.

Le Conseil dispose, pour la mise en œuvre du troisième pilier, d'instruments juridiques spécifiques, énoncés à l'article 34 du traité sur l'Union européenne. Il s'agit essentiellement des *positions communes*, des *décisions-cadres* aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres, des *décisions* à toute autre fin que ce rapprochement, enfin des *conventions*.

À la différence des règles relatives à l'exercice des compétences communautaires et aux négociations commerciales extérieures pour lesquelles la Commission agit au nom de la Communauté *c'est, en matière de politique étrangère et de sécurité commune, comme pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la présidence de l'Union qui représente l'Union européenne*⁶². Elle est assistée par le secrétaire général du Conseil qui exerce les fonctions de haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune⁶³.

Ce partage de l'initiative pour les deuxième et troisième piliers se traduit donc institutionnellement par une prééminence de la présidence de l'Union, assistée par le secrétariat général du Conseil, responsable du suivi des dossiers de politique étrangère, de sécurité commune et de défense, ainsi que d'une direction générale « *justice, liberté et sécurité* ». Le rôle du secrétariat général est essentiel pour assurer une certaine continuité compte-tenu de la rotation tous les six mois de la présidence de l'Union⁶⁴.

61 - Article 40 A du traité sur l'Union européenne : « 1. Les États membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée en vertu de l'article 40 adressent une demande à la Commission, qui peut soumettre au Conseil une proposition dans ce sens. Si elle ne soumet pas de proposition, la Commission en communique les raisons aux États membres concernés. Ceux-ci peuvent alors soumettre au Conseil une initiative visant à obtenir l'autorisation pour la coopération renforcée en question. 2. L'autorisation visée au paragraphe 1 est accordée, dans le respect des articles 43 à 45, par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'au moins huit États membres et après consultation du parlement européen. Les voix des membres du Conseil sont affectées de la pondération prévue à l'article 205, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne. Un membre du Conseil peut demander que le Conseil européen soit saisi. Après cette évocation, le Conseil peut statuer conformément au premier alinéa du présent paragraphe ».

62 - Ainsi, lors de la prochaine présidence française, l'Union sera représentée par le Président de la République française et par son ministre des affaires étrangères.

63 - Cette fonction est exercée depuis 1998 par M. Solana.

64 - Système supprimé par le traité constitutionnel qui n'a pas été ratifié par la France.



1.3. Les réformes institutionnelles ou affectant l'équilibre de l'Union reposent sur un droit d'initiative spécifique

Le droit d'initiative de la Commission pour les réformes institutionnelles ou les dispositions quasi constitutionnelles est limité. Il s'agit notamment :

- De la **révision des traités** : chaque État membre *et* la Commission peuvent soumettre des projets de révision des traités, en application de l'article 48 du traité sur l'Union européenne⁶⁵.
- De la **procédure d'adhésion** : le Conseil se prononce sur la demande de l'État candidat, après *simple consultation* de la Commission et avis conforme du parlement européen en vertu de l'article 49 du traité sur l'Union européenne⁶⁶.
- De l'**organisation et du fonctionnement du parlement européen** : le parlement européen dispose seul de l'initiative pour élaborer « *un projet en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ou conformément à des principes communs à tous les États membres* »⁶⁷ ; en outre, il fixe le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions des parlementaires européens après un simple avis de la Commission et l'approbation du Conseil⁶⁸.
- Des **mesures à l'égard d'un État membre violant ou risquant de violer les principes fondamentaux** : pour la reconnaissance par le Conseil d'un risque d'atteinte aux principes fondamentaux énumérés à l'article 6 du traité sur l'Union européenne⁶⁹, l'initiative est partagée entre la Commission, le parlement européen et un tiers des États membres⁷⁰ ; la reconnaissance de l'existence d'une violation suppose *une proposition de la Commission ou d'un tiers des États membres* et un avis conforme du parlement européen.

65 - Article 48 du traité sur l'Union européenne : « *Le Gouvernement de tout État membre, ou la Commission, peut soumettre au Conseil des projets tendant à la révision des traités sur lesquels est fondée l'Union* ».

66 - Article 49 du traité sur l'Union européenne : « *Tout État européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, peut demander à devenir membre de l'Union. Il adresse sa demande au Conseil, lequel se prononce à l'unanimité après avoir consulté la Commission et après avis conforme du parlement européen qui se prononce à la majorité absolue des membres qui le composent. [...]* ».

67 - Article 190 § 4 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le parlement européen élabore un projet en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ou conformément à des principes communs à tous les États membres [...]* ».

68 - Article 190 § 5 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le parlement européen fixe le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions de ses membres, après avis de la Commission et avec l'approbation du Conseil statuant à l'unanimité* ».

69 - Article 6 du traité sur l'Union européenne : « *1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. [...]* ».

70 - Article 7 du traité sur l'Union européenne : « *1. Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement et statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission et après avis conforme du parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, après avoir invité le Gouvernement de cet État membre à présenter toute observation en la matière. [...]* ».



1.4. Le rôle prééminent du Conseil européen a conféré aux chefs d'État ou de gouvernement les choix stratégiques

Le Conseil européen s'est vu, à partir de la création des trois piliers par le traité de Maastricht, conférer un droit d'initiative étendu dans tous les domaines de compétence de l'Union européenne.

Le Conseil européen décide des orientations générales pour les compétences communautaires relevant du premier pilier, notamment en matière économique⁷¹ et sociale⁷² puisque, sur la base du rapport du Conseil réuni en formation « *Affaires économiques et financières* », il débat des grandes orientations de la politique économique de l'Union et examine, chaque année, la situation de l'emploi dans la Communauté à partir d'un rapport annuel conjoint du Conseil, réuni en formation « *Emploi, politique sociale, société et consommateurs* » et de la Commission.

Le Conseil européen arrête les stratégies communes et les orientations de la politique étrangère et de sécurité commune puisque, d'après l'article 13⁷³, complété par l'article 17 § 1⁷⁴ du traité sur l'Union européenne, « *le Conseil européen définit les principes et les orientations générales de la politique étrangère et de sécurité commune, y compris pour les questions ayant des implications en matière de défense.* » En outre, tout État membre peut saisir le Conseil européen en vue d'une décision si, pour d'importantes raisons de politique nationale, il a l'intention de s'opposer à l'adoption d'une mesure devant être prise à la majorité qualifiée dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune.

71 - Article 99 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, élabore un projet pour les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté et en fait rapport au Conseil européen. Le Conseil européen, sur la base du rapport du Conseil, débat d'une conclusion sur les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté. Sur la base de cette conclusion, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, adopte une recommandation fixant ces grandes orientations. Le Conseil informe le Parlement de sa recommandation.* ».

72 - Article 128 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le Conseil européen examine, chaque année, la situation de l'emploi dans la Communauté et adopte des conclusions à ce sujet, sur la base d'un rapport annuel conjoint du Conseil et de la Commission.* ».

73 - Article 13 du traité sur l'Union européenne : « *1. Le Conseil européen définit les principes et les orientations générales de la politique étrangère et de sécurité commune, y compris pour les questions ayant des implications en matière de défense.*

2. Le Conseil européen décide des stratégies communes qui seront mises en œuvre par l'Union dans des domaines où les États membres ont des intérêts communs importants. Les stratégies communes précisent leurs objectifs, leur durée et les moyens que devront fournir l'Union et les États membres. ».

74 - Article 17 § 1 du traité sur l'Union européenne : « *La politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune, si le Conseil européen en décide ainsi. Il recommande, dans ce cas, aux États membres d'adopter une décision dans ce sens conformément à leurs exigences constitutionnelles respectives.* ».



Enfin, le Conseil européen joue un rôle d'impulsion et d'orientation sur les coopérations relatives aux questions sensibles relevant du troisième pilier.

Ainsi le Conseil européen de Tampere en Finlande, des 15 et 16 octobre 1999, a-t-il arrêté un plan stratégique pour les Affaires intérieures et de justice pour les cinq années à venir. Les jalons ainsi posés visaient quatre objectifs : une politique européenne commune en matière d'asile et d'immigration, un espace européen de justice, la lutte contre la criminalité organisée à l'échelle de l'Union, enfin une action extérieure plus forte. Les conclusions de ce Conseil ont été notamment réaffirmées lors du Conseil européen de Séville en juin 2002, et lors de celui de Bruxelles en juin 2003.

Le Conseil européen a de nouveau adopté un programme de travail à La Haye, les 4 et 5 novembre 2004, « *pour un espace de sécurité, de liberté et de justice* », et il a donné mandat à la Commission de présenter des propositions à cet effet. Lors des Conseils européens des 15 et 16 juin 2006, puis des 14 et 15 décembre 2006, les chefs d'État ou de gouvernement ont insisté sur les efforts à poursuivre sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale en s'appuyant notamment sur *Europol*⁷⁵ et sur *Eurojust*⁷⁶.

Depuis le traité d'Amsterdam, le Conseil européen peut constater l'existence d'une violation grave des droits fondamentaux par un État membre, ainsi que le prévoit l'article 7 § 1 du traité sur l'Union européenne⁷⁷. Il n'a pas encore, à ce jour, eu l'occasion de le faire.

1.5. L'exercice par la Commission de son monopole d'initiative est précédé de larges consultations

1.5.1. Les premières consultations s'ouvrent sur les plans stratégiques et les programmes de travail annuels de la Commission

Tous les cinq ans, la Commission présente un « *plan d'action stratégique* », précédé et suivi de consultations. Ainsi a-t-elle publié le 26 janvier 2005 ses priorités pour la période 2005-2009 sous l'intitulé « *Objectifs stratégiques 2005-2009 – Europe 2010 : un partenariat pour le renouveau européen – Prospérité, solidarité et sécurité* »⁷⁸.

75 - Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), *Journal officiel* n° C 316 du 27 novembre 1995, p. 1.

76 - Décision 2002/187/JAI du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée, *Journal officiel* n° L 063 du 6 mars 2002.

77 - Article 7 § 1 du traité sur l'Union européenne : « *Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du parlement européen ou de la Commission, le Conseil [...] peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, et lui adresser des recommandations appropriées [...]* ».

78 - Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen sur les « Objectifs stratégiques 2005-2009 – Europe 2010 : un partenariat pour le renouveau européen – Prospérité, solidarité et sécurité », COM (2005) 12 final.



Le processus se poursuit à propos du « *programme de travail annuel* », arrêté en concertation avec le Conseil et le parlement européen. Ce document comporte la liste des initiatives envisagées au cours de l'année à venir et des propositions de texte susceptibles d'être soumises à l'examen du Conseil et du parlement européen. La révision à mi-parcours permet de retirer certains projets à la suite d'une modification du contexte institutionnel, d'une étude d'impact défavorable ou d'une modification du calendrier. Elle récapitule également la liste des textes soumis à l'adoption. Enfin elle ajoute parfois de nouvelles priorités en fonction à la fois des demandes exprimées et des besoins constatés. Ainsi, pour l'année 2006, la Commission vient de retirer 21 initiatives et d'en ajouter 11, en partie liées au dernier élargissement de l'Union européenne à la Roumanie et à la Bulgarie entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

La Commission a publié le 14 mars 2006 la communication présentant au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sa « *stratégie politique annuelle* » pour 2007⁷⁹, document soumis au parlement européen et au Conseil avant d'être formalisé comme programme de travail pour l'année 2007.

1.5.2. La concertation se poursuit sur des projets plus précis à propos des Livres verts, des Livres blancs et des communications

Les Livres verts sont des documents de réflexion, assortis d'interrogations, qui sont présentés par la Commission sur les réformes qu'elle envisage. Documents purement consultatifs, ils sont diffusés avant toute proposition formelle. Ils se contentent de retracer la situation dans un secteur donné, d'en recenser les problématiques et d'analyser les solutions susceptibles d'être envisagées. Ils sont parfois établis à partir des réponses aux questionnaires qui ont été, préalablement à leur établissement, adressés aux acteurs d'un secteur et aux administrations des États membres.

Les Livres verts constituent des documents destinés à ouvrir le débat entre les parties intéressées avant même de commencer à rédiger une proposition. Ils permettent à la Commission de recueillir toutes sortes d'avis venant des gouvernements, des parlements nationaux et des parlementaires européens, des collectivités territoriales, des agences de régulation, des organisations professionnelles ou syndicales, des groupes d'intérêt particuliers, des associations et des experts. Les avis formulés spontanément ou en réponse à des questions précises doivent en général être déposés avant une date limite.

L'élaboration d'un Livre vert débute en général par la rédaction d'un avant-projet de Livre vert communiqué par la direction générale compétente de la Commission aux autres services concernés au sein de l'institution. Le projet est ensuite modifié et précisé en fonction des observations émises au sein même de la Commission, puis est soumis à la réunion des chefs de cabinet des commissaires. Enfin, il fait l'objet d'une *adoption formelle par le collège des commissaires*. Il est en général traduit et publié dans les langues de l'Union européenne,

79 - Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : « Stratégie politique annuelle pour 2007 – Renforcer la confiance par l'action », COM (2006) final du 14 mars 2006.



discuté par les ministres des États membres au sein du Conseil, par le parlement européen, puis très largement diffusé et souvent mis en ligne sur internet.

Les nombreux «*think tanks*» ou cercles de réflexion qui gravitent autour des institutions communautaires en réunissant des responsables politiques, des universitaires et des praticiens sont en général associés à cette maturation du projet. De façon informelle, la Commission les consulte dans le cadre d'auditions, de colloques ou de tables rondes⁸⁰.

En 2003, la Commission a publié 5 Livres verts, puis 6 en 2004. Au cours de l'année 2005, elle a présenté *14 Livres verts présentant des réflexions dans des domaines variés* :

- la coopération judiciaire civile : «*le droit applicable et la compétence en matière de divorce*», «*les successions et testaments*» ;
- la coopération judiciaire pénale : «*les conflits de compétence et le principe non bis in idem dans le cadre des procédures pénales*» ;
- la libre circulation des personnes : «*une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*», «*l'avenir du réseau européen des migrations*» ;
- le droit financier : «*le crédit hypothécaire dans l'Union européenne*», «*l'amélioration du cadre régissant les fonds d'investissement dans l'Union européenne*», «*la politique des services financiers*» ;
- le droit de la concurrence : «*les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*» ;
- l'énergie : «*l'efficacité énergétique ou comment consommer mieux avec moins*» ;
- la santé : «*promouvoir une alimentation saine et l'activité physique : vers une stratégie européenne pour la prévention des surcharges pondérales, de l'obésité et des maladies chroniques*», «*améliorer la santé mentale de la population : vers une stratégie sur la santé mentale pour l'Union européenne*», «*programme européen de protection des infrastructures critiques*» ;
- ou encore les actions de solidarité : «*face aux changements démographiques, une nouvelle solidarité entre les générations*».

Au cours de l'année 2006, la Commission a publié 8 Livres verts sur :

- le droit financier : «*l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires*»⁸¹ ;
- la sécurité : «*les technologies de détection dans le travail des services répressifs, des douanes et d'autres services de sécurité*»⁸² ;
- la coopération judiciaire civile : «*le règlement des conflits en matière de régime matrimonial*»⁸³ ;

80 - De plus, les propositions du programme de travail de la Commission font l'objet d'une étude d'impact proportionnée, en application de l'accord institutionnel «*Mieux légiférer*» du 16 décembre 2003. Cet accord reprend les propositions du rapport rédigé en 2001 par un groupe de travail présidé par D. Mandelkern.

81 - COM (2006) 618, octobre 2006.

82 - COM (2006) 474, septembre 2006.

83 - COM (2006) 400, juillet 2006.



- le rôle de la société civile : « *le rôle de la société civile en matière de drogue dans l'Union européenne* »⁸⁴ et « *l'initiative européenne en matière de transparence* »⁸⁵;
- la politique maritime de l'Union européenne : « *une vision européenne des océans et des mers* »⁸⁶;
- la coopération judiciaire pénale : « *la présomption d'innocence* »⁸⁷;
- l'énergie : « *une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable* »⁸⁸. Ce dernier Livre vert répond à une demande du Conseil européen et présente plus de vingt propositions d'actions concrètes destinées à fonder une politique énergétique de l'Union. Il intègre d'ores et déjà certaines des observations formulées par les opérateurs français et par le Gouvernement en réponse au questionnaire préalable à ce Livre vert.

Rédigés au terme de la consultation, **les Livres blancs** ne suivent pas automatiquement la publication du Livre vert car la Commission peut finalement renoncer à agir ou à légiférer, ou décider de différer son action ou ses propositions.

La Commission décrit sur son site internet les « Livres blancs » comme « *des documents qui contiennent des propositions d'action communautaire dans un domaine spécifique. Ils font parfois suite à un Livre vert publié en vue d'engager un processus de consultation au niveau européen. Tandis que les Livres verts exposent un éventail d'idées à des fins de débat public, les Livres blancs contiennent un ensemble officiel de propositions dans des domaines politiques spécifiques et constituent l'instrument de leur mise au point* ».

Au cours de l'année 2006, la Commission a adopté un Livre blanc sur « *une politique de communication européenne* » et, en 2005, les principaux sujets abordés furent « *la politique des services financiers 2005-2010* » ou « *l'échange d'informations sur les condamnations pénales et l'effet de celles-ci dans l'Union européenne* ».

Les Livres blancs comportent donc des réponses et propositions précises, tel « *le Livre blanc sur les services d'intérêt général* »⁸⁹ adopté le 12 mai 2004, faisant suite à un Livre vert⁹⁰, présenté le 21 mai 2003, et débouchant sur la proposition de la directive sur les services dans le marché intérieur.

84 - COM (2006) 316, juin 2006.

85 - COM (2006) 194, mai 2006.

86 - COM (2006) 275, juin 2006.

87 - COM (2006) 174, avril 2006.

88 - Livre vert « une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable », E3101 – COM (2006) 105 final du 8 mars 2006.

89 - Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 12 mai 2004, intitulée « Livre blanc sur les services d'intérêt général » COM (2004) 374 final.

90 - Livre vert de la Commission du 21 mai 2003 sur les services d'intérêt général, COM (2003) 270, *Journal officiel* C 76 du 25 mars 2004.



Au cours de ces trois dernières années, la Commission a en outre soumis à la consultation 142 communications en 2003, 159 en 2004, 187 en 2005. Elle a, de plus, procédé à 60 consultations sur internet en 2003, 95 en 2004 et 106 en 2005⁹¹.

Cette phase de la préparation des réformes fait l'objet d'une attention toute particulière de certains États membres qui mobilisent l'ensemble de leurs réseaux au sein de la Commission pour intervenir *dès cette étape* avant même que la proposition ne soit formalisée, et ce faisant rigidifiée, dans une proposition de texte finalement adoptée par le collège des commissaires.

Les consultations diverses, désormais rendues obligatoires par l'accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003, composantes des études d'impact préalables imposées, sont en effet ensuite suivies d'une série d'étapes internes à la Commission, notamment de débats entre les différentes directions générales concernées, de l'arbitrage du secrétaire général et de l'avis obligatoire de la direction des services juridiques. Ces phases successives donnent lieu à des stratégies d'influence menées non seulement par les groupes de pression les plus divers, mais également par les fonctionnaires et les décideurs politiques des pays les plus actifs.

1.5.3. La Commission est également tenue de procéder à la consultation des institutions représentant les partenaires économiques et sociaux et les collectivités territoriales de l'Union européenne

– **Le Comité économique et social**, dont l'organisation et les compétences sont fixées par les articles 257 et suivants du traité instituant la Communauté européenne, est « composé de représentants des différentes composantes à caractère économique et social de la société civile organisée, notamment des producteurs, des agriculteurs, des transporteurs, des travailleurs, des négociants et artisans, des professions libérales, des consommateurs ». Outre les employeurs et les salariés, il comporte un troisième groupe « activités diverses », où sont notamment représentés les agriculteurs, les professions libérales et les consommateurs. Ses membres sont nommés pour quatre ans, par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, à partir d'une liste de candidats adressée par chaque État membre⁹². Il compte aujourd'hui 344 conseillers, dont 24 pour chacun des plus grands États membres : la France, l'Allemagne, l'Italie et le Royaume-Uni⁹³. Siégeant à Bruxelles, il est obligatoirement consulté sur les décisions relatives aux principales politiques communes de l'Union.

91 - Source : Rapport annuel de la Commission « Mieux légiférer », 2003, 2004, 2005, cité par l'ouvrage « Élargissement : Comment l'Europe s'adapte », sous la direction de Renaud Dehousse, Florence Deloche-Gaudez et Olivier Duhamel, Sciences-po, Les Presses, coll. « Évaluer l'Europe », décembre 2006.

92 - Lors de la session constitutive des 24, 25 et 26 octobre 2006, M. Dimitris Dimitriadis a été élu président du Comité économique et social européen pour un mandat de deux ans.

93 - Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni : 24 ; Espagne et Pologne : 21 ; Roumanie : 15 ; Belgique, Grèce, Pays-Bas, Portugal, Autriche, Suède, République tchèque, Hongrie, Bulgarie : 12 ; Danemark, Irlande, Finlande, Lituanie, Slovaquie : 9 ; Estonie, Lettonie, Slovénie : 7 ; Luxembourg et Chypre : 6 ; Malte : 5.



– **Le Comité des régions**, prévu par les articles 263 à 265 du traité instituant la Communauté européenne, comporte le même nombre de membres, désignés selon la même répartition par État que le Conseil économique et social⁹⁴. La répartition entre les différentes catégories de collectivités territoriales a été laissée à l'appréciation de chaque État membre. En France, les départements et les communes disposent respectivement de six sièges et les régions de douze sièges. Il est obligatoirement saisi par la Commission et le Conseil dans tous les cas prévus par le traité et lorsque les projets envisagés ont trait à la coopération transfrontalière. Lui sont obligatoirement soumises les propositions de la Commission portant sur l'éducation, la culture, la santé publique, les réseaux transeuropéens, la cohésion économique et sociale, le fonds de cohésion, le fonds social, les missions des fonds structurels, les questions sociales, l'emploi, la formation professionnelle, l'environnement et la politique des transports.

En 2005, la Commission a conclu avec ces institutions *deux protocoles de coopération* qui remplacent les protocoles de 2001 destinés à renforcer leur fonction d'intermédiaires entre les institutions européennes et « *la société civile organisée* » ou les collectivités territoriales.

– **Les partenaires sociaux** – Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE) et Confédération européenne des syndicats (CES) – doivent également être consultés pour tout projet de réforme dans le domaine de la politique sociale, en application de l'article 138 du traité instituant la Communauté européenne⁹⁵. Cette consultation doit porter à la fois sur l'orientation possible d'une action communautaire dans le domaine social puis, si celle-ci est jugée souhaitable, sur son contenu. Cette procédure s'applique à toutes *les normes relatives à l'emploi, au droit du travail et aux conditions de travail ainsi qu'aux droits des syndicats et aux négociations collectives. Les partenaires sociaux peuvent alors marquer leur préférence pour la voie contractuelle. Ils disposent de neuf mois renouvelables pour conclure un accord*⁹⁶.

94 - En février 2006, M. Michel Delebarre a été élu président du Comité des régions pour un mandat de deux ans.

95 - Article 138 traité instituant la Communauté européenne : « 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. 2. À cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire. 3. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation. 4. À l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 139. La durée de la procédure ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission ».

96 - En revanche, les partenaires sociaux ne sont pas formellement associés aux groupes de travail qui conduisent à l'élaboration de la « soft law ». Ils ne participent pas davantage aux méthodes ouvertes de coordination mises en place par la Commission sur les politiques sociales, notamment sur les retraites ou sur les politiques de l'emploi. La consultation préalable des partenaires sociaux sur ces méthodes de coordination est menée en France au sein du comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDESI), créé en 1998, dont il est fait mention ultérieurement dans la partie 5 du rapport. La Confédération européenne des syndicats et le Conseil économique et social européen sont en revanche destinataires de l'ensemble des initiatives prises en ce domaine.



2. La procédure de codécision et l'extension du champ d'application de la décision à la majorité qualifiée : vers une stratégie d'influence

Les règles de décision, comme les modes d'association du parlement européen, sont déterminées par les articles du traité retenus par la Commission pour fonder la compétence communautaire exercée. Ils en constituent la « *base juridique* » et sont visés au début de la proposition de texte.

Lorsque plusieurs articles sont susceptibles de servir de support juridique à une même proposition de directive ou de règlement, ce qui est souvent le cas, il est fréquent que s'engage d'emblée, et avant examen des dispositions de fond, une négociation entre les États membres, la Commission et le Conseil, *sur le choix de la base juridique jugée pertinente*. La discussion peut éventuellement se poursuivre devant la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁷, en cas de recours d'une institution européenne ou d'un État membre.

Les réformes institutionnelles successives ont fait du parlement européen un colégislateur sur la plupart des textes. Elles ont en outre étendu, s'agissant du Conseil, le champ d'application de la décision à la majorité qualifiée, seul mode de décision réaliste dans une Union européenne composée de vingt-sept États membres.

2.1. Le parlement européen, colégislateur, appelle des stratégies d'influence

Le parlement européen est devenu, pour la plupart des compétences normatives, un véritable colégislateur dont les pouvoirs sont plus importants que ceux de nombre de parlements nationaux, notamment pour les décisions budgétaires.

2.1.1. De la consultation à la codécision : l'élargissement des pouvoirs du parlement européen

Les traités du 22 avril 1970⁹⁸ et du 22 juillet 1975⁹⁹ ont doté l'Assemblée des Communautés européennes, devenue parlement européen lors de l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, le 1^{er} juillet 1987, de compétences budgétaires importantes. Le parlement européen dispose désormais du dernier mot sur les dépenses non obligatoires, à savoir les dépenses autres que celles relatives à la politique agricole commune, incluant donc les fonds structurels, et qui représentent aujourd'hui plus de la moitié du budget communautaire.

97 - Voir par exemple le conflit entre le parlement européen et le Conseil sur les mesures de protection de la forêt alors que les bases juridiques étaient susceptibles de se rattacher soit aux dispositions du traité instituant la Communauté européenne sur la santé, soit de celles relatives à la protection de l'environnement : CJCE, affaires 164/97 et 165/97, 25 février 1999, *Parlement c/ Conseil*, rec. PI-1139.

98 - Traité portant modification de certaines dispositions budgétaires (Luxembourg, 22 avril 1970).

99 - Traité portant modification de certaines dispositions financières (22 juillet 1975).



L'«*Acte unique européen*» a créé, en 1986, les *avis conformes* du parlement européen pour les adhésions à la Communauté et les accords d'association conclus avec des États tiers. Il a institué la procédure de «coopération» qui fut essentielle dans la construction du marché intérieur, même si elle est aujourd'hui peu utilisée et si sa suppression est prévue par le traité constitutionnel non ratifié par la France.

Le traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, a étendu l'avis conforme du parlement européen aux accords internationaux les plus importants, aux règles concernant le droit de séjour et de circulation des citoyens de l'Union, aux règles de base concernant les fonds structurels et le fonds de cohésion, ou encore à la procédure uniforme pour les élections européennes. Il a en outre créé la *procédure de codécision*, aujourd'hui la plus utilisée, qui repose sur un principe de parité entre le Conseil et le parlement européen. Il a enfin renforcé les modalités du contrôle exercé sur la Commission en instituant l'investiture du président de la Commission et la possibilité de constituer des commissions d'enquête.

Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a encore étendu le champ d'application de la procédure de codécision. Il est en outre venu renforcer les mécanismes de contrôle sur la Commission par la double investiture de son président d'abord, et du collège des commissaires, ensuite.

Le traité de Nice, entré en vigueur le 1^{er} février 2003, a élargi de nouveau le champ d'application de la procédure de codécision¹⁰⁰. Il a, de plus, permis au parlement européen de saisir la Cour de justice d'un recours en carence contre une autre institution européenne ou d'un recours en annulation des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, sans limiter, comme auparavant, la recevabilité de cette saisine aux seuls cas dans lesquels ses propres compétences étaient lésées. Il s'est également vu conférer le droit de saisir la Cour de justice pour avis sur la compatibilité d'un accord envisagé par la Communauté avec les dispositions du traité instituant la Communauté européenne, en application de son article 300 paragraphe 6¹⁰¹.

En l'état actuel du droit, il existe donc quatre modes différents d'association du parlement européen :

- ***La procédure de consultation*** qui était, à l'origine, le seul mode d'association du parlement européen au processus de décision, s'applique encore aujourd'hui à des domaines jugés «sensibles», relevant souvent de l'unanimité au sein du Conseil, notamment les *questions fiscales, la politique industrielle, la politique agricole et celle de la concurrence*, et les décisions

100 - Enfin, le traité constitutionnel, non ratifié par la France, consacre la procédure de codécision qui devient la procédure législative ordinaire.

101 - Article 300 § 6 du traité instituant la Communauté européenne : «*Le parlement européen, le Conseil, la Commission ou un État membre peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les dispositions du présent traité. L'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées à l'article 48 du traité sur l'Union européenne*».



relatives à l'aménagement du territoire. Les principaux aspects et les choix fondamentaux de la *politique étrangère et de sécurité commune*, et les *décisions sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale* relèvent également de cette procédure.

Cette procédure ne permet pas au parlement européen d'empêcher l'adoption par le Conseil de la législation envisagée, ni même d'imposer des modifications. Néanmoins, le Conseil est tenu de prendre connaissance de l'avis du parlement européen avant de statuer définitivement. À défaut, la proposition de texte est réputée adoptée selon une procédure irrégulière, et par conséquent illégale. Le texte est donc susceptible d'être annulé par la Cour de justice en cas de recours exercé par une autre institution communautaire ou par un État membre. L'efficacité de la consultation obligatoire a, d'ailleurs, été renforcée par la Cour de justice qui a rappelé *que le Conseil doit non seulement demander l'avis du parlement mais attendre qu'il soit rendu*¹⁰². Elle a en outre imposé au Conseil de consulter à nouveau le Parlement¹⁰³ si la proposition est substantiellement modifiée.

- **La procédure d'avis conforme**, ouverte par l'article 192 du traité instituant la Communauté européenne¹⁰⁴ soumet la décision du Conseil à l'approbation du parlement européen. Cette procédure est aujourd'hui de droit pour la *conclusion d'accords internationaux*, les *élargissements* de l'Union, la *loi électorale unifiée prévue pour l'élection des membres du parlement européen*¹⁰⁵, les règlements concernant les *fonds structurels* et le *fonds de cohésion*. L'avis conforme du parlement européen est également requis pour la constatation de la *violation par un État membre des droits fondamentaux* reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. Elle place donc les deux institutions en position d'égalité. Toutefois, le Parlement ne peut amender la proposition qui lui est soumise et n'en est pas le co-auteur.

- **La procédure de coopération**, instaurée par l'Acte unique européen et décrite à l'article 252 du traité instituant la Communauté européenne, n'est presque plus utilisée. Elle se limite désormais à quelques domaines relevant de l'Union économique et monétaire.

Son originalité réside dans le système de double lecture qui *permet au Parlement d'influencer directement la nature des actes adoptés sans remettre en cause le dernier mot du Conseil et le rôle moteur de la Commission*. En *première lecture*, le Parlement émet un avis sur la proposition de la Commission. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, arrête une position commune qui est transmise au Parlement. En *deuxième lecture*, le Parlement dispose d'un

102 - CJCE, affaire 139/79, 29 octobre 1980, *Maizena GmbH c/ Conseil des Communautés européennes*, rec. p. 339.

103 - CJCE, affaire 65/90, 16 juillet 1992, *parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, rec. PI-4593. Admission de transporteurs non-résidents aux transports nationaux de marchandises par route.

104 - Article 192 du traité instituant la Communauté européenne : « Dans la mesure où le présent traité le prévoit, le parlement européen participe au processus conduisant à l'adoption des actes communautaires, en exerçant ses attributions dans le cadre des procédures définies aux articles 251 et 252, ainsi qu'en rendant des avis conformes ou en donnant des avis consultatifs ».

105 - Mais non encore adoptée à ce jour.



délai de trois mois pour statuer : il peut adopter, rejeter ou amender la position commune. S'il rejette la position, le Conseil ne peut statuer qu'à l'unanimité. La Commission réexamine alors, dans un délai d'un mois, la proposition sur la base de laquelle le Conseil a arrêté sa position commune et transmet au Conseil une nouvelle proposition qui inclut ou exclut les amendements proposés par le Parlement. Dans un délai de trois mois, le Conseil peut adopter (à la majorité qualifiée), amender ou rejeter (à l'unanimité) la proposition examinée.

• **La procédure de codécision** prévue par l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne¹⁰⁶ s'applique à la majorité des compétences intéressant *le marché intérieur, la protection des consommateurs, les programmes-cadres en matière de recherche, d'environnement et les réseaux transeuropéens.*

Elle concerne aujourd'hui 43 domaines de compétence relevant du premier pilier et fait donc figure de *quasi-procédure de droit commun*, avec cependant

106 - Article 251 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. Lorsque, dans le présent traité, il est fait référence au présent article pour l'adoption d'un acte, la procédure suivante est applicable.

2. La Commission présente une proposition au parlement européen et au Conseil.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après avis du parlement européen :

– s'il approuve tous les amendements figurant dans l'avis du parlement européen, peut arrêter l'acte proposé ainsi amendé,

– si le parlement européen ne propose aucun amendement, peut arrêter l'acte proposé,

– dans les autres cas, arrête une position commune et la transmet au parlement européen. Le Conseil informe pleinement le parlement européen des raisons qui l'ont conduit à arrêter sa position commune. La Commission informe pleinement le parlement européen de sa position.

Si, dans un délai de trois mois après cette transmission, le parlement européen :

a) approuve la position commune ou ne s'est pas prononcé, l'acte concerné est réputé arrêté conformément à cette position commune ;

b) rejette, à la majorité absolue des membres qui le composent, la position commune, l'acte proposé est réputé non adopté ;

c) propose, à la majorité absolue des membres qui le composent, des amendements à la position commune, le texte ainsi amendé est transmis au Conseil et à la Commission, qui émet un avis sur ces amendements.

3. Si, dans un délai de trois mois après réception des amendements du parlement européen, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, approuve tous ces amendements, l'acte concerné est réputé arrêté sous la forme de la position commune ainsi amendée ; toutefois, le Conseil statue à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission. Si le Conseil n'approuve pas tous les amendements, le président du Conseil, en accord avec le président du parlement européen, convoque le comité de conciliation dans un délai de six semaines.

4. Le comité de conciliation, qui réunit les membres du Conseil ou leurs représentants et autant de représentants du parlement européen, a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun à la majorité qualifiée des membres du Conseil ou de leurs représentants et à la majorité des représentants du parlement européen. La Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toutes les initiatives nécessaires en vue de promouvoir un rapprochement des positions du parlement européen et du Conseil. Pour s'acquitter de sa mission, le comité de conciliation examine la position commune sur la base des amendements proposés par le parlement européen.

5. Si, dans un délai de six semaines après sa convocation, le comité de conciliation approuve un projet commun, le parlement européen et le Conseil disposent chacun d'un délai de six semaines à compter de cette approbation pour arrêter l'acte concerné conformément au projet commun, à la majorité absolue des suffrages exprimés lorsqu'il s'agit du parlement européen et à la majorité qualifiée lorsqu'il s'agit du Conseil. En l'absence d'approbation par l'une ou l'autre des deux institutions dans le délai visé, l'acte proposé est réputé non adopté.

6. Lorsque le comité de conciliation n'approuve pas de projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté.

7. Les délais de trois mois et de six semaines visés au présent article sont prolongés respectivement d'un mois et de deux semaines au maximum à l'initiative du parlement européen ou du Conseil ».



les quelques exceptions notables précitées : la politique agricole commune, la concurrence, ou encore la fiscalité directe. Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, inclut vingt-sept compétences d'action supplémentaires de l'Union dans le champ de la codécision¹⁰⁷ et prévoit une « *clause passerelle* »¹⁰⁸ permettant de passer d'une procédure législative spéciale à la procédure de codécision, procédure législative ordinaire.

La procédure de codécision repose sur un principe de parité entre le Conseil et le parlement européen : aucun texte ne peut être adopté sans l'accord des deux institutions.

Son déroulement s'inspire très largement de la procédure de coopération, mais aux deux lectures par le Conseil et par le parlement européen s'ajoutent deux éléments essentiels : la phase du comité de conciliation, et *l'impossibilité pour le Conseil d'imposer son point de vue au parlement européen, même à l'unanimité.*

Le comité de conciliation est convoqué dans un délai de six semaines en cas de désaccord persistant entre le Conseil et le parlement européen à l'issue des deux lectures. Composé à parité de membres du Conseil et du Parlement et assisté par la Commission, le comité de conciliation dispose alors de six semaines pour élaborer un projet commun. Si le comité de conciliation n'approuve pas de projet commun, l'acte est réputé non adopté. S'il l'approuve, celui-ci est soumis au Parlement et au Conseil qui disposent de six semaines pour l'approuver, à la majorité qualifiée au Conseil, à la majorité absolue des membres au Parlement.

Afin d'éviter le recours aux conciliations, des réunions informelles tripartites sont souvent organisées, avec des représentants du parlement européen (en général, le rapporteur du projet), du Conseil (le président du groupe de travail et/ou du comité des représentants permanents ou COREPER) et de la Commission (le service en charge du dossier et le secrétariat général).

107 - *Marché intérieur* : exclusion de certaines activités de l'application des dispositions relatives à la liberté d'établissement, extension du bénéfice des dispositions relatives aux prestations de services aux ressortissants d'un pays tiers établis dans la Communauté, libéralisation des services, adoption d'autres mesures relatives aux mouvements des capitaux à destination ou en provenance de pays tiers.

Gouvernance économique – Union économique monétaire : procédure de surveillance multilatérale, application des grandes orientations de politique économique, modification du protocole sur les statuts du Système européen des banques centrales et de la Banque centrale européenne.

Justice et Affaires intérieures : contrôle des personnes aux frontières (exemple : création d'une agence de coopération des polices européennes), asile (exemple : dispositions régissant l'accueil et le traitement des demandeurs d'asile), immigration (exemple : lutte contre l'immigration clandestine), coopération judiciaire pénale et coopération policière.

Cour de justice : création de tribunaux spécialisés, modalité de recours de la Cour de justice en matière de propriété intellectuelle, modification du statut de la Cour de justice.

Budget : adoption du règlement financier à partir de 2007, fonds structurels et fonds de cohésion à partir de 2007.

Accords commerciaux : politique commerciale.

Agriculture : application des règles de concurrence à la Politique agricole commune (PAC), législation en matière de PAC.

Autres domaines : modalités de contrôle des compétences d'exécution (comitologie), coopération économique, financière et technique avec des pays tiers (exemple : programmes CARDS, TACIS, MEDA), établissement du statut de fonctionnaire de la Communauté européenne et du régime applicable aux autres agents de l'Union.

108 - Cette « révision simplifiée » se fait par une décision du Conseil européen statuant à l'unanimité après approbation du parlement européen, avec un *veto* des parlements nationaux (article IV-444).



Si, à l'expiration du délai, l'approbation de l'une des deux institutions fait défaut, l'acte est réputé non adopté.

Dans les faits, *les cas de rejet définitif d'un texte* sont rares. Le 20 novembre 2003, à l'issue de trois années de discussions, le Parlement a rejeté une proposition de directive libéralisant les services portuaires¹⁰⁹. En juillet 2001, le Parlement a voté contre la proposition de directive libéralisant les offres publiques d'achat¹¹⁰.

Selon les chiffres de la Commission au 27 juin 2006, depuis le 1^{er} mai 1999, date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam :

- 34 % des accords (soit 140) sont intervenus en première lecture ;
- 46 % (soit 192) en deuxième lecture ;
- et seulement 20 % après comité de conciliation, dont 9 % sans débat en raison de l'accord préalable obtenu en réunion informelle.

Seulement 11% des dossiers ont donc été conclus à la suite d'un débat en comité de conciliation soit 48 au total. En moyenne, il faut compter 12 mois pour l'adoption d'un texte en première lecture, 22 mois en deuxième lecture et 29 mois au total pour son adoption après passage en comité de conciliation.

2.1.2. Le rapporteur, la commission parlementaire, la séance plénière : les trois étapes de l'examen par le parlement européen

Le parlement européen compte, depuis le 1^{er} janvier 2007, date de l'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie, 786 députés. Cette solution provisoire, liée à l'arrivée de 17 députés bulgares et de 33 députés roumains, sera revue pour la législature 2009-2014. Le nombre de députés sera ramené à 736, dont 99 pour l'Allemagne et 72 pour la France, pour le Royaume-Uni et pour l'Italie¹¹¹, contre 78 aujourd'hui.

109 - Proposition de directive du parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 2004, concernant l'accès au marché des services portuaires, COM (2004) 654 final, *Journal officiel* C 24 du 29 janvier 2005, rejetée par le parlement européen le 20 novembre 2003.

110 - Proposition de directive du parlement européen et du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'acquisition portant modification à la proposition de la Commission, conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE/COM/2001/0077 final - COD 95/0341. Après le rejet par le parlement européen réuni en session plénière le 4 juillet 2001 de la proposition de directive concernant les offres publiques d'acquisition, une nouvelle proposition présentée en octobre 2002 a conduit à l'adoption de la directive 2004/25/CE du parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition, *Journal officiel* L 142 du 30 avril 2004, p. 12-23.

111 - Le nombre de représentants élus au parlement européen se répartit entre les États membres de la façon suivante :

- l'Allemagne dispose de 99 députés européens ;
- la France, le Royaume-Uni et l'Italie de 72 représentants ;
- la Pologne et l'Espagne de 50 représentants ;
- la Roumanie de 33 représentants ;
- les Pays-Bas de 25 représentants ;
- la Belgique, la Grèce, le Portugal, la Hongrie, la République tchèque de 22 représentants ;
- la Suède de 18 représentants ;
- l'Autriche et la Bulgarie de 17 représentants ;
- la Slovaquie, le Danemark et la Finlande de 13 représentants ;
- l'Irlande et la Lituanie de 12 représentants ;
- la Lettonie en compte 8 ;
- la Slovénie 7 ;
- l'Estonie, Chypre et le Luxembourg en ont 6 ;
- enfin Malte en a 5.



L'examen d'une proposition de texte y comporte trois étapes : le travail du rapporteur, les amendements apportés par la commission parlementaire compétente, le vote en séance plénière.

L'organisation des travaux est décidée par la Conférence des présidents qui réunit, autour du président du parlement européen, les présidents des groupes politiques. Elle décide de la composition, des attributions et des compétences des différentes commissions, de l'ordre du jour des sessions plénières¹¹², ainsi que de la programmation législative. L'influence des présidents du Parti populaire européen et du Parti socialiste européen y est largement prépondérante, en raison de la prédominance numérique de ces deux groupes politiques¹¹³ qui se partagent, en fait, la présidence du parlement européen à raison de deux ans et demi chacun¹¹⁴.

– **La première étape est constituée par le travail du rapporteur au sein de la commission compétente. La désignation du rapporteur est donc un enjeu essentiel.** Cette désignation dépend largement de l'appartenance à l'un des deux groupes politiques majoritaires. Les parlementaires européens élus en France se sont davantage regroupés au sein des deux groupes politiques majeurs¹¹⁵, ce qui leur a permis d'obtenir davantage de présidences de commissions (4 sur 22 depuis le 1^{er} janvier 2007¹¹⁶) et de rapports (1,44 dossier chacun, contre 1,26 par député allemand et 0,92 par député britannique¹¹⁷).

– **La deuxième étape est celle des amendements au sein de la commission.** Au nombre de vingt-deux¹¹⁸ et d'effectifs variables, les commissions permanentes

112 - Douze sessions plénières à Strasbourg, six sessions supplémentaires possibles à Bruxelles.

113 - Pour constituer un groupe politique au sein du parlement européen, il est nécessaire de réunir au moins 19 députés représentant cinq États membres différents. Le Parti populaire européen-Démocrates européens et le Parti socialiste européen représentent plus de la moitié des parlementaires européens (sur 732 députés européens au 1^{er} décembre 2006, le PPE-DE compte 264 députés et le PSE 201). Les parlementaires européens élus en France se répartissent ainsi : 17 au PPE-DE, 31 au PSE, 11 au Groupe Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe, 6 au Groupe de Verts/Alliance libre européenne, 3 au Groupe confédéral de la Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique, 3 au Groupe Indépendant/Démocratie, 7 non inscrits.

114 - Le président du groupe Parti populaire européen-Démocrates européens, Hans Gert Pöttering, parlementaire européen élu en Allemagne, a succédé le 1^{er} janvier 2007 au président du Parti socialiste européen, Josep Borell, parlementaire européen élu en Espagne.

115 - Selon la Fondation Robert Schuman, deux députés français sur trois au parlement européen appartiennent à l'un des groupes politiques les plus influents. Thierry Chopin et Cédric Musso, « Un an après les élections européennes : audit de l'influence française au sein du parlement européen », supplément de la lettre 218 de la Fondation Robert Schuman, 27 juin 2005.

116 - « Affaires économiques et monétaires », présidée par Pervenche Bérès (parti socialiste européen); « Pêche », présidée par Philippe Morillon (alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe); « Droits de l'homme », présidée par Hélène Flautre (verts); « Libertés civiles, justice et affaires antérieures », présidée par Jean-Marie Cavada (alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe).

117 - Source : Clément Beaune, Thierry Chopin, « À mi-parcours de la législature : audit de l'influence française au sein du parlement européen », *Questions d'Europe*, n° 44, 6 novembre 2006.

118 - « Affaires étrangères », « Développement », « Commerce international », « Budgets », « Contrôle budgétaire », « Affaires économiques et monétaires », « Emploi et affaires sociales », « Environnement », « Santé publique et sécurité alimentaire », « Industrie », « Recherche et énergie », « Marché intérieur et protection des consommateurs », « Transports et tourisme », « Développement régional », « Agriculture et développement rural », « Pêche », « Culture et éducation », « Affaires juridiques », « Libertés civiles, justice et affaires intérieures », « Affaires constitutionnelles », « Droits de la femme et égalité des genres », « Pétitions », « Droits de l'homme », « Sécurité et défense ».



reflètent, dans leur composition politique, celle de la formation plénière. Elles se réunissent¹¹⁹ une ou deux fois par mois à Bruxelles au cours de séances publiques.

Elles procèdent, sur proposition du rapporteur, aux amendements des textes soumis à la procédure de coopération ou de codécision avant que ces documents soient transmis à la session plénière. La Commission européenne assiste aux réunions de la commission et annonce d'emblée ceux des amendements qu'elle ne reprendra pas. Elle joue tout au long de la procédure parlementaire un rôle d'interface avec le Conseil qui est très important. Les amendements non repris par la Commission doivent, pour être retenus, être adoptés par le Conseil à l'unanimité. Leur probabilité d'adoption est donc plus faible.

La commission parlementaire peut interroger la Commission comme le Conseil et procéder à des auditions d'experts.

– *La troisième étape est celle de l'examen en séance plénière.* Les sessions plénières se déroulent à Strasbourg douze fois par an. Lors du vote en séance plénière, le Parlement se prononce à la fois sur les amendements proposés par la commission parlementaire, sur les amendements présentés en séance plénière, sur la proposition de la commission parlementaire, puis sur les amendements au projet de résolution législative, puis enfin sur le projet de résolution législative. La présence française dans l'hémicycle s'est considérablement améliorée pour atteindre un taux d'environ 83 %, voire 100 % pour huit parlementaires élus en France.

Le parlement européen vote en général les textes à la majorité simple. Le rejet définitif d'une proposition se décide à la majorité absolue des membres qui le composent¹²⁰, tandis que l'adoption est votée à la majorité des suffrages exprimés¹²¹.

Plusieurs États membres sont très actifs au sein du parlement européen, notamment l'Espagne, l'Allemagne et le Royaume-Uni. Non seulement leurs représentants au parlement européen font un usage intensif des questions écrites et orales adressées à la Commission, mais leurs ministres se rendent fréquemment à Strasbourg ou à Bruxelles pour exposer leurs conceptions et participer à des débats devant les principaux groupes politiques, notamment le Parti populaire européen et le Parti socialiste européen.

119 - Les commissions se réunissent à Bruxelles. Les groupes politiques également.

120 - Article 251 § 2 du traité instituant la Communauté européenne et art. 34 -40 et 38 -53 du règlement interne du PE (RI).

Article 251 § 2 du traité instituant la Communauté européenne : « Si, dans un délai de trois mois après cette transmission, le parlement européen :

[...] b) rejette, à la majorité absolue des membres qui le composent, la position commune, l'acte proposé est réputé non adopté [...] ».

Voir aussi l'article 61 § 1 du Règlement du parlement européen, 16^e édition, octobre 2006 : « La commission compétente, un groupe politique ou trente-sept députés au moins peuvent déposer, par écrit et dans un délai fixe par le président, une proposition de rejet de la position commune du Conseil. Pour être adoptée, une telle proposition doit recueillir les voix de la majorité des membres qui composent le Parlement. [...] ».

121 - Article 198 § 1 du traité instituant la Communauté européenne : « Sauf dispositions contraires du présent traité, le parlement européen statue à la majorité absolue des suffrages exprimés ». Voir aussi l'article 51 du RI.



De plus, les gouvernements et les parlements de ces États ont développé d'étroites relations de travail avec leurs députés au parlement européen, qui sont fréquemment invités à des réunions d'information ou à des débats dans leurs capitales respectives. Cette capacité d'influence s'est notamment traduite dans l'attribution des présidences des commissions les plus stratégiques et dans le partage de la présidence et du parlement européen.

Enfin l'élection des parlementaires européens britanniques au suffrage uninominal par circonscription les conduit à rendre régulièrement compte à leurs électeurs des travaux du parlement européen.

2.2. L'extension au sein du Conseil des décisions prises à la majorité qualifiée impose des constructions d'alliances

Dans le langage courant, le terme « Conseil » recouvre à la fois l'institution Conseil en tant qu'entité politique et juridique, et l'administration qui l'assiste appelée secrétariat général du Conseil.

Bien qu'il se réunisse en neuf formations, le Conseil reste unique et toute formation du Conseil peut adopter un acte juridique dans tout domaine relevant des compétences communautaires ou de l'Union. Cette unicité du Conseil se manifeste par le système des « points A » de l'ordre du jour par lequel les points qui ne nécessitent pas de débats au Conseil peuvent être adoptés par n'importe quelle formation du Conseil, quel que soit son domaine d'action – par exemple, un point relatif à une question d'environnement peut être adopté comme « point A » par la formation « Justice et Affaires intérieures » du Conseil.

Le secrétariat général du Conseil est *une administration*, plus légère que celle de la Commission, dirigée par un secrétaire général (qui est aussi le haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune) assisté d'un secrétaire général adjoint¹²². Ils participent aux sessions de la formation « Affaires générales et Relations extérieures » du Conseil, et sont assis à la table lors des réunions du Conseil européen. Le secrétariat général a pour mission d'assister le Conseil et ses instances préparatoires et, ce faisant, d'aider la présidence semestrielle du Conseil. Il a aussi pour fonction de mettre en œuvre les actions décidées dans les domaines de compétence intergouvernementale, notamment la politique étrangère et de sécurité commune et la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Le service juridique du Conseil, qui fait fonctionnellement partie du secrétariat général, mais est indépendant dans les avis juridiques qu'il donne, veille au respect de la légalité tout au long de la procédure d'examen d'une proposition d'acte dont le Conseil est saisi pour adoption. Les membres du service juridique assistent à toutes les réunions du Conseil et de ses instances préparatoires. Ils répondent aux questions juridiques et institutionnelles qui leur sont posées,

122 - Le poste est actuellement occupé par un Français, Pierre de Boissieu. Il est secrétaire général adjoint depuis l'automne 1999 et son mandat actuel court jusqu'à l'automne 2009. Il fut auparavant le Représentant permanent de la France auprès de l'Union européenne et le directeur de la coopération européenne au ministère des affaires étrangères.



attirent l'attention de leur propre initiative, par des avis écrits ou oraux, sur des problèmes juridiques et proposent des solutions.

Son rôle est particulièrement important dans les domaines où la compétence de la Cour de justice est quasi-absente ou limitée (tels que les deuxième et troisième piliers). Les membres du service juridique représentent le Conseil dans les affaires où celui-ci est partie devant les instances judiciaires communautaires à Luxembourg. L'une des sept directions du service juridique, composée de juristes linguistes, est chargée d'assurer la qualité rédactionnelle et la concordance juridique entre les 23 versions linguistiques des actes adoptés par le Conseil. Le juriconsulte du Conseil, directeur général du service juridique, est également le juriconsulte des conférences intergouvernementales qui modifient les traités et assiste à toutes les réunions du Conseil européen.

Les réunions ministérielles sont préparées par des groupes de travail, puis par le comité des représentants permanents (COREPER) qui font partie de l'entité Conseil dont ils constituent les premiers échelons d'examen de la proposition de texte.

2.2.1. De l'unanimité à la majorité qualifiée

Chaque réforme institutionnelle depuis l'Acte unique européen est venue étendre le champ d'application de la procédure de décision à la majorité qualifiée afin que les élargissements successifs ne contribuent pas à entraîner la paralysie du processus décisionnel.

- **Le vote à l'unanimité** a donc vu son champ d'application réservé à des domaines précis. Ainsi en va-t-il de la *fiscalité* et la *sécurité sociale*, à la demande du Royaume-Uni notamment, de la *culture*, ainsi que de certaines mesures intéressant la cohésion économique et sociale et l'environnement. La règle de l'unanimité continue également de prévaloir pour la révision des traités, l'adhésion des nouveaux États membres, les ressources propres du budget communautaire et le recours à l'article 308 du traité instituant la Communauté européenne¹²³. En vertu de l'article 205 du même traité : «*Les abstentions des membres présents ne font pas obstacle à l'adoption des délibérations qui requièrent l'unanimité.*»¹²⁴

- **La décision à la majorité simple** est pour l'essentiel cantonnée à des questions de procédure, telle l'adoption du règlement intérieur du Conseil. Elle est donc subsidiaire.

123 - Article 308 du traité instituant la Communauté européenne : «*Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen, prend les dispositions appropriées.*».

124 - Indépendamment des sérieux débats juridiques dont elle est l'objet, l'hypothèse extrême de l'invocation du compromis de Luxembourg ne permettrait pas de revenir de manière générale sur cette règle.



• **La décision à la majorité qualifiée** est, de très loin, la plus utilisée. Elle s'applique notamment à la plupart des directives intéressant le marché intérieur, à la coordination des politiques économiques, à la politique monétaire, à la politique sociale, à la protection des consommateurs, aux réseaux transeuropéens, à l'environnement et à la politique des visas. Le traité d'Amsterdam a ouvert la possibilité d'adopter à la majorité qualifiée les mesures d'application des « *stratégies communes* » décidées à l'unanimité.

Le traité de Nice a transféré 29 bases juridiques dans le champ de la procédure de décision à la majorité qualifiée, notamment pour des mesures susceptibles d'être prises par le Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement : la nomination du président et des membres de la Commission, celle du secrétaire général du Conseil et de son adjoint, celle des représentants spéciaux de la politique étrangère et de sécurité commune, les questions intéressant le droit des citoyens de circuler et de séjourner, le contrôle des frontières extérieures, le droit d'asile et des réfugiés (après définition des règles communes à l'unanimité), l'immigration, la coopération judiciaire civile, le commerce des services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, enfin les mesures de cohésion économique et sociale.

Le traité constitutionnel non ratifié par la France élargit encore le champ d'application de la majorité qualifiée à une vingtaine de bases juridiques existantes¹²⁵. La majorité qualifiée devient également la règle de décision de droit commun pour les nouvelles compétences conférées à l'Union¹²⁶. Il en modifie également

125 - Liberté d'établissement, politique économique et monétaire, transports, espace de liberté de sécurité et de justice : coopération administrative ; visas et contrôle de la circulation des étrangers, système commun d'asile, politique commune d'immigration, coopération judiciaire en matière civile, à l'exception du droit de la famille, définition des conditions d'exercice des missions d'Eurojust et d'Europol, culture, politique commerciale commune (article III-315 § 4 majorité qualifiée généralisée sauf pour le commerce des services culturels et audiovisuels, le commerce des services sociaux, d'éducation et de santé lorsque ces accords risquent de porter atteinte à l'organisation de ces services au niveau national), dispositions institutionnelles : contrôle des compétences d'exécution de la Commission ; création des tribunaux spécialisés, juridiction de la Cour en matière de propriété industrielle, modification du statut de la Cour de justice à l'exception de son titre 1 et de son régime linguistique ; nomination des membres du directoire de la Banque centrale européenne, nomination du président du vice-président et des autres membres du directoire, mesure d'exécution des ressources propres et de mise à disposition des ressources propres.

126 - Propriété intellectuelle, espace, énergie, sport, protection civile, mesures facilitant la protection diplomatique et consulaire, modalités de l'évaluation des systèmes judiciaires nationaux, article III-272 : mesures d'appui dans la prévention du crime, organisation du service européen pour l'action diplomatique, statut de l'Agence européenne de défense, assistance urgente aux pays tiers, liste des formations du Conseil, modalité de mise en œuvre de la clause de solidarité, coopération structurée permanente, nomination du ministre des affaires étrangères de l'Union, révision de la composition des organes consultatifs droit d'initiative citoyenne, accord de retrait d'un État membre, adhésion de l'Union à la Cour européenne des droits de l'homme.



le mode de calcul¹²⁷. Enfin, la « *clause passerelle* » prévue à l'article IV-444¹²⁸ ouvre une possibilité d'étendre le champ d'application de la majorité qualifiée sans la subordonner à une révision des traités.

*Le traité de Nice a été l'occasion de redéfinir la majorité qualifiée. Le nombre de voix attribuées à chaque État membre a fait l'objet d'une nouvelle pondération à l'issue d'âpres négociations. La nouvelle répartition des voix au sein du Conseil confère, depuis le 1^{er} janvier 2007, à la France, à l'Allemagne, à l'Italie et au Royaume-Uni, 29 voix chacun*¹²⁹.

En application de l'article 205 du traité instituant la Communauté européenne : « *les délibérations à la majorité qualifiée sont acquises dès lors qu'un nombre de voix pondéré est atteint* ». Aux termes de l'article 10 de la dernière adaptation du traité, réalisée en vue de l'entrée de la Roumanie et de la Bulgarie dans l'Union européenne¹³⁰, les délibérations du Conseil sont acquises si elles ont recueilli au moins 255 voix sur ce total de 345 voix, exprimant le vote favorable d'au moins 14 États membres, lorsqu'elles doivent être prises sur proposition de la Commission, et 18 sinon.

En outre, tout État membre peut demander que, lors de la prise de décision par le Conseil, il soit vérifié que la majorité qualifiée réunie sur la proposition de

127 - Il augmente considérablement le poids des grands pays puisque la référence à la population sera encore plus importante : la majorité qualifiée devra réunir un nombre d'États représentant au moins 65 % de la population de l'Union, et au moins 55 % des membres du Conseil avec au minimum 15 d'entre eux.

128 - Dans certains domaines, ce passage connaît cependant quelques aménagements. Ainsi, en matière de **coopération judiciaire pénale**, le passage à la majorité qualifiée est assorti d'une « *clause de frein* » (art. III-270 § 3 et 271 § 3) en vertu de laquelle un État membre qui estime que son système pénal est menacé par une proposition peut renvoyer la question devant le Conseil européen qui soumet le projet au Conseil ou demande un nouveau projet. En contrepartie, il existe une clause « *d'accélérateur* » (art. III-270 § 4) qui assouplit les conditions de recours aux coopérations renforcées pour mettre en œuvre la proposition ainsi rejetée. En matière fiscale, l'unanimité est requise en matière d'harmonisation des législations relatives à la TVA, aux droits d'accises et autres impôts indirects. En matière de sécurité sociale, les mesures intéressant les travailleurs migrants peuvent être soumises à une clause d'appel (art. III-136) au Conseil européen pour tout État qui estimerait qu'un projet de loi ou de loi-cadre porte atteinte à son système de sécurité sociale. Cependant, cette clause d'appel n'est pas assortie d'une clause d'accélération. Enfin, l'adoption du cadre financier pluriannuel pourrait passer à la majorité qualifiée si le Conseil en décide à l'unanimité.

129 - La Pologne et l'Espagne de 27 voix, la Roumanie de 14 voix, les Pays-Bas de 13 voix, – la Belgique, la Grèce, la République tchèque, la Hongrie et le Portugal de 12 voix, – la Bulgarie, l'Autriche et la Suède de 10 voix, – le Danemark, l'Irlande, la Lituanie, la Slovaquie et la Finlande de 7 voix, – le Luxembourg, la Slovaquie, Chypre, l'Estonie et la Lettonie de 4 voix, enfin Malte dispose de 3 voix.

130 - Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JOUE 21 juin 2005, L 157/207.



texte représente au moins 62 % de la population totale de l'Union ¹³¹. La décision n'est pas adoptée si cette condition n'est pas remplie.

S'il s'agit d'une décision qui n'est pas prise sur proposition de la Commission (compétences intergouvernementales des deuxième et troisième piliers), la décision ne peut être adoptée que si la majorité qualifiée représente les deux tiers des États.

Le chiffre pertinent auquel se réfèrent les négociateurs est celui qui définit la « minorité de blocage », soit 91 voix. Il importe donc pour un pays opposé à une proposition d'acte communautaire, ou à certaines de ses dispositions, de réunir une minorité de blocage en ralliant à ses positions trois ou quatre États. L'exercice n'est pas hors de portée pour un pays qui dispose de 29 voix sur les 91 nécessaires pour bloquer un vote, à condition que puisse se faire jour une convergence d'intérêts entre plusieurs États membres.

2.2.2. L'examen par le Conseil, la réduction progressive des différends en trois étapes : le groupe de travail, le comité des représentants permanents et le Conseil des ministres

La négociation d'une proposition de texte communautaire ou européen au sein du Conseil se caractérise par la *réduction progressive des différends entre les trois niveaux de négociation* que sont les groupes de travail, le comité des représentants permanents (COREPER) et le Conseil.

– ***Les groupes de travail dégagent les premiers accords.*** Chaque jour, plusieurs dizaines de groupes de travail réunissent les délégations des États membres de l'Union européenne, composées de conseillers des Représentations permanentes ou de représentants des ministères venus des capitales, sur des ordres du jour arrêtés par le pays exerçant la présidence de l'Union européenne.

Ces groupes, au nombre de 200 environ, sont présidés par un représentant de la présidence, en général un conseiller de la Représentation permanente, assisté par le secrétariat général du Conseil qui l'aide dans la recherche de compromis et de solution et qui établit notamment le relevé des positions prises par les uns et les autres à l'issue de chaque réunion. Le groupe est aussi assisté d'un membre du service juridique du Conseil. La direction générale compétente de la Commission est également présente et participe activement à la recherche des compromis.

131 - La part de la population nationale sur la population totale de l'Union européenne se répartit aujourd'hui de la manière suivante :

– pour les États les plus peuplés, la population de l'Allemagne représente 16,73 % de la population totale de l'Union européenne, la population de la France, 12,76 %, près du Royaume-Uni (12,26 %) et de l'Italie (11,92 %) ; la population de l'Espagne et de la Pologne représentent respectivement 8,88 % et 7,74 % de la population totale de l'Union, suivies par la Roumanie (4,38 %) et les Pays-Bas (3,31 %) ;

– viennent ensuite les parts des populations de la Grèce (2,26 %), du Portugal (2,14 %), de la Belgique (2,13 %), de la République tchèque (2,08 %) et de la Hongrie (2,04 %) au sein de la population totale de l'Union. Suivent ensuite les parts des populations de Suède (1,84 %), d'Autriche (1,68 %), de Bulgarie (1,57 %), du Danemark (1,10 %), de Slovaquie (1,09 %) et de Finlande (1,07 %) ;

– enfin, les populations les moins élevées de l'Union représentent respectivement 0,85 % (Irlande), 0,69 % (Lituanie), 0,47 % (Lettonie), 0,41 % (Slovénie), 0,27 % (Estonie), 0,16 % (Chypre), 0,09 % (Luxembourg) et 0,08 % (Malte) de la population totale de l'Union européenne.



Les positions de négociation défendues par l'administration française au sein de ces groupes de travail sont arrêtées par le secrétariat général des affaires européennes (SGAE) après que l'ensemble des ministères intéressés se sont prononcés et que leurs éventuels désaccords ont été arbitrés, soit au sein du secrétariat général des affaires européennes soit, lorsqu'ils sont de nature plus politique, par le Premier ministre ou par son cabinet.

Les instructions de négociation sont adressées à la Représentation permanente française et au ministère porte-parole, et diffusées à l'ensemble des ministères impliqués. Le compte-rendu de la réunion de négociation, établi ensuite par la Représentation permanente ou par le porte-parole de la délégation française, permet à la fois de contrôler le respect des instructions interministérielles et de dégager les enseignements qui s'imposent quant à la stratégie de la négociation.

Ce mode d'arbitrage constitue l'une des originalités de l'organisation française : en effet, au Royaume-Uni, en Suède, au Danemark, en Espagne et chez la plupart de nos partenaires européens, la coordination interministérielle administrative est assurée par le ministère « chef de file » et les instructions de négociation sont adressées à Bruxelles, *via* le conseiller du Premier ministre en charge des affaires européennes. *L'arbitrage du secrétariat général des affaires européennes, sous l'autorité du Premier ministre, est considéré en France comme essentiel compte tenu de la difficulté des ministères à faire circuler l'information et de leur faible aptitude à rechercher le consensus interministériel.*

Régulièrement, et souvent sous l'impulsion des présidences successives, les points qui ne peuvent faire l'objet d'un accord au niveau du groupe de travail sont renvoyés au comité des représentants permanents (COREPER). Celui-ci est, en tout état de cause, saisi avant que le texte ne soit inscrit à l'ordre du jour du Conseil des ministres compétent pour adoption.

– ***Le comité des représentants permanents (COREPER) constitue l'instance essentielle des compromis.*** Il exerce un rôle capital dans le rapprochement des points de vue des États membres. Les représentants permanents et les représentants permanents adjoints, ainsi que les conseillers qui les assistent, consacrent leur énergie à convaincre les autres délégations de la pertinence des positions de leur pays, mais aussi à faire évoluer leurs capitales respectives, au regard des compromis susceptibles d'être dégagés et de l'équilibre des négociations.

Les représentants permanents et représentants permanents adjoints sont, en général, des fonctionnaires très expérimentés, tant en ce qui concerne le droit communautaire que la négociation européenne. Ils ont souvent occupé plusieurs postes à Bruxelles, soit au sein des institutions européennes, notamment à la Commission, soit au sein des représentations permanentes elles-mêmes.

Le comité des représentants permanents, qui existe depuis l'origine de la construction européenne, comportait initialement un ordre du jour en deux parties : la première partie évoquait les sujets les plus techniques, et les représentants permanents adjoints exprimaient la position de leur pays ; la seconde partie était consacrée à la préparation des Conseils les plus importants, notamment le Conseil réuni en formation « *affaires générales* » composé des ministres des affaires étrangères des États membres, et les représentants permanents eux-mêmes y conduisaient la négociation.



Du fait de l'augmentation du nombre de Conseils et des matières traitées, le comité des représentants permanents a été par la suite scindé en deux formations bien distinctes qui reprennent, en fait, le partage initial des tâches :

– **le COREPER I**, composé des représentants permanents adjoints, prépare les Conseils dans ses formations les plus techniques¹³²;

– **le COREPER II** réunit les représentants permanents. Il examine plus particulièrement les dossiers du Conseil réuni en formation « *affaires générales et relations extérieures* » en charge notamment de la préparation des Conseils européens. Il est également compétent pour le Conseil en formation « *affaires économiques et financières* » et pour le Conseil réuni dans la formation « *justice et affaires intérieures* ».

Il existe pour l'agriculture **un comité spécial agricole** qui se réunit pratiquement toutes les semaines. Les questions agricoles ne sont donc qu'exceptionnellement évoquées au COREPER.

Tous les points qui ont fait l'objet d'un accord en COREPER ne sont en principe plus évoqués par les ministres lors de la réunion du Conseil, sauf demande expresse formulée par le représentant de l'État membre lors du COREPER de préparation. Les points sans débats sont inscrits en « *points A* », de l'ordre du jour par opposition aux « *points B* », soumis à la discussion des ministres.

Les COREPER I et II se réunissent toutes les semaines, en général le mercredi et le jeudi. Le représentant permanent siège ensuite aux côtés du ministre lors du Conseil et si le ministre est absent, il est seul habilité à s'exprimer en son nom. La Représentation permanente française auprès de l'Union européenne constitue aujourd'hui l'une des plus importantes ambassades à l'étranger¹³³.

– **Enfin, le Conseil, composé des ministres de l'Union européenne, réserve ses ordres du jour aux désaccords.**

Cette procédure de négociation par réduction progressive des différends en trois étapes est particulièrement efficace. Elle constitue l'un des atouts majeurs de l'Union européenne au regard des autres organisations internationales. Elle demande une grande dextérité politique et administrative aux pays qui exercent la présidence.

En effet, la durée de présidence (six mois) représente un délai très court au regard des trois étapes de la négociation. Il en résulte que les initiatives nouvelles prioritaires pour une présidence doivent être introduites dans le circuit de négociation au moins deux ans avant le début de sa présidence. Par exemple, si la France souhaite aboutir sur de nouvelles initiatives à la fin de sa présidence en octobre ou en novembre 2008, elle doit les évoquer avec la Commission deux à

132 - « *Compétitivité (marché intérieur, industrie, recherche)* », « *Transfert télécommunication et énergie* », « *Environnement* », « *Éducation, jeunesse et culture* », « *Emploi, politique sociale, société et consommateurs* ».

133 - Au 1^{er} décembre 2006, la Représentation permanente française auprès de l'Union européenne comptait 83 cadres A, dont 26 du ministère des affaires étrangères, et 57 pour l'ensemble des autres ministères (soient deux tiers des effectifs d'encadrement). Pour l'exercice de la présidence française de l'Union européenne, il est prévu de renforcer ces effectifs par 25 agents du ministère des affaires étrangères et 18 des autres ministères (tous grades confondus).



trois ans avant, et en discuter avec les trois ou quatre présidences précédentes : Allemagne et Portugal en 2007, Slovénie au premier semestre 2008.

La dynamique de décision résultant de la majorité qualifiée appelle une recherche constante des alliances qui implique un souci inlassable et une capacité permanente d'écouter ou de convaincre, à tout le moins une grande assiduité, y compris lors des réunions ministérielles.

Si, sur un dossier important et en dépit de plusieurs tentatives, le Conseil ne parvient pas à un compromis en raison des difficultés majeures éprouvées par certains pour se rallier à la position dégagée, la question peut être évoquée au niveau des chefs d'État ou de gouvernement *au Conseil européen suivant*.

2.3. Le Conseil européen est devenu l'instance des ultimes compromis

Les questions les plus délicates sur lesquelles un compromis n'a pu être dégagé à un niveau plus modeste sont finalement traitées par le Conseil européen.

La tradition veut que les conclusions du Conseil européen, arrêtées sous la responsabilité de la présidence, ne soient pas, en raison de leur impact politique, contestées. *Elles constituent des documents de référence, tant pour la Commission que pour le Conseil.* Dès lors, le Conseil européen apparaît aujourd'hui comme l'instance des ultimes compromis, même si les décisions de mise en œuvre de ces compromis sont formellement prises ensuite par le Conseil réuni au niveau des ministres. Les suites du Conseil européen constituent en principe le premier point à l'ordre du jour du Conseil « affaires générales et relations extérieures » suivant la réunion des chefs d'État ou de gouvernement.

C'est, par exemple, au Conseil européen de Fontainebleau des 25 et 26 juin 1984 que fut dégagé le compromis sur le problème de la contribution britannique au budget des Communautés. C'est au Conseil européen de Nice, les 7 et 9 décembre 2000, que fut conclu l'accord visant à modifier les institutions en prévision de l'élargissement de l'Union. Le 18 juin 2004, à Bruxelles, le Conseil européen arrêta le texte du projet du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Et le 17 décembre 2005, c'est encore le Conseil européen qui élaborera les derniers compromis sur les perspectives financières 2007-2013.

L'évolution du volume des conclusions des Conseils européens témoigne d'ailleurs de leur portée croissante : d'une dizaine de pages à l'origine, elles dépassent aujourd'hui la cinquantaine de pages.

3. L'exécution : une compétence partagée

La surveillance de l'exécution des obligations communautaires revient, en application de l'article 211 du traité instituant la Communauté européenne, à la Commission. Elle publie chaque année un rapport sur l'application du droit communautaire établissant la liste des manquements à leurs obligations imputa-



bles aux États membres tenus de lui notifier, aujourd'hui par voie électronique, les textes pris pour la transposition en droit interne des directives.

De plus, les États membres doivent lui notifier au préalable les mesures envisagées dans certains domaines, notamment le versement d'aides aux entreprises ou l'édiction de nouvelles normes techniques. La Commission dispose en outre de pouvoirs d'investigation, par exemple dans le secteur de la concurrence.

L'article 202 du traité précité¹³⁴ prévoit que le Conseil « *confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités.* »

La variété des sujets traités, et parfois leur technicité, ont conduit la Commission à partager ses compétences d'exécution avec des *agences européennes*, avec des *comités composés de fonctionnaires des États membres* et présidés par la Commission dans le cadre des procédures prévues par les décisions « **comitologie** »¹³⁵ du 28 juin 1999 et du 17 juillet 2006¹³⁶, prises en application de l'article 202 précédemment mentionné, ou encore avec *des groupes ad hoc composés de régulateurs ou d'opérateurs*.

3.1. La Commission est responsable de la bonne exécution des règles adoptées

La Commission adopte la plupart des directives ou règlements d'application des textes adoptés par le Conseil. C'est notamment le cas *pour la politique agricole commune* dont pratiquement tous les règlements de gestion sont adoptés chaque année en collège des commissaires.

Au 31 décembre 2006 sont en vigueur 5 293 règlements et 711 directives adoptés par la Commission.

De plus, en tant que gardienne des traités, la Commission garantit et contrôle l'application uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de l'Union. Elle peut à cet effet engager à l'encontre des États membres des procédures pré-contentieuses.

134 - Article 202 du traité instituant la Communauté européenne : « *En vue d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité et dans les conditions prévues par celui-ci, le Conseil : – assure la coordination des politiques économiques générales des États membres, – dispose d'un pouvoir de décision, – confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution. Les modalités visées ci-dessus doivent répondre aux principes et règles que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après avis du parlement européen, aura préalablement établis.* »

135 - Décision 1999/468/CE du Conseil fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, 28 juin 1999, *Journal officiel* C184 du 17 juillet 1999, p. 23

136 - Décision 2006/512/CE du Conseil du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *Journal officiel* n° L 200 du 27 juillet 2006, p. 11.



– Elle exerce ce contrôle parfois de sa propre initiative¹³⁷ *mais, le plus souvent, sur la base d'une plainte présentée de façon informelle par un État membre ou par particulier*. La Commission européenne procède alors à une première instruction du dossier¹³⁸, le plus souvent en adressant à l'État membre concerné une **demande d'information**. La direction générale compétente de la Commission est responsable de l'instruction du dossier. Les échanges d'informations ont lieu par écrit et à l'occasion de rencontres plus ou moins formalisées¹³⁹. En cas de désaccord persistant entre la Commission et l'État membre s'ouvre la phase pré-contentieuse.

– Elle commence par l'envoi d'une **mise en demeure** visant à obtenir de l'État membre ses observations, en fait et en droit, sur l'objet du litige. *Elle constitue la première étape officielle de la procédure en manquement*. L'envoi de la lettre de mise en demeure entraîne l'inscription au registre des « *infractions constatées* », tenu par le secrétariat général de la Commission. Si l'État démontre dans sa réponse que les griefs ne sont pas fondés en droit ou manquent en fait, ou s'il met fin au manquement invoqué, l'affaire est classée et la procédure s'arrête à ce stade. Dans le cas contraire, la Commission émet un avis motivé. **L'avis motivé** enjoint à l'État membre de mettre fin à l'infraction. Il comporte une identification du manquement et l'exposé des motifs de fait et de droit sur lesquels il se fonde¹⁴⁰. Il précise souvent les actions de nature à régulariser la situation au regard du droit communautaire, ainsi que le délai imparti à l'État membre pour se conformer à ses obligations. L'avis motivé définit les contours du litige, et par conséquent la recevabilité des moyens qui seront ultérieurement invoqués par la Commission devant la Cour de justice.

– En cas de refus ou d'inertie de l'État membre, la Commission peut *saisir la Cour de justice d'un recours en manquement*¹⁴¹. À la suite du recours en manquement, exercé en application de l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne¹⁴², et si la Cour estime que l'État a commis une violation du droit communautaire, elle prononce un arrêt en constatation de manquement qui revêt un caractère *purement déclaratoire*. Il revient alors à l'État membre de se mettre en conformité. En cas d'inertie, la Commission peut, depuis l'entrée en vigueur du

137 - « *Les recours en manquement à l'initiative de la Commission européenne* », Communication de M. Hubert Haënel, Réunion de la délégation pour l'Union européenne, mercredi 28 juin 2006.

138 - CJCE, affaire 7/71, 14 décembre 1971, *Commission c/ France*, rec. p. 1017.

139 - Jusqu'à une date récente, la Commission adressait généralement à l'État concerné, via la Représentation permanente, une lettre dite « lettre pré-226 » afin de lui demander des explications. Elle accordait, selon le cas, un délai de 10 à 60 jours pour sa réponse. Il s'agissait d'une phase importante, car elle permettait d'éviter la poursuite de la procédure vers la saisine de la Cour. Elle semble toutefois avoir disparu de la pratique récente de la Commission européenne (cf. *Communication de M. Hubert Haënel* précitée).

140 - CJCE, affaire 274/83, 28 mars 1985, *Commission c/ Italie*, rec. p. 1077.

141 - Jean-Pierre Puissochet, ancien juge français à la Cour de justice des Communautés européennes : « L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ? », *Mélanges Rodriguez Iglesias*, 2003, p. 569-580.

142 - 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* ».



traité de Maastricht, saisir la Cour d'une demande tendant à la condamnation à une astreinte ou une amende¹⁴³, ainsi que le prévoit l'article 228 du même traité¹⁴⁴. C'est la procédure dite de « *manquement sur manquement* ».

La Commission dispose de compétences particulières dans le domaine de la concurrence. Elles s'exercent en application du titre VI du traité instituant la Communauté européenne dont les articles 81 à 86 prohibent les accords entre entreprises susceptibles de créer des ententes ou des abus de position dominante. Les articles 87 à 93 limitent les possibilités de subventions aux entreprises. Enfin, le contrôle des concentrations a été institué par le règlement 4064/89 du 21 décembre 1989¹⁴⁵, modifié par le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004¹⁴⁶.

Dans les trois cas, ententes, aides d'État et concentrations, le contrôle du respect des règles est assuré par la Commission, mais selon des modalités fixées par des règlements adoptés par le Conseil des ministres de l'Union statuant à la majorité qualifiée.

– *Les ententes présumées ou les abus de position dominante* susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sont contraires au droit communautaire. La Commission instruit sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités ou agences nationales compétentes qui lui prêtent leur assistance, les infractions présumées aux principes posés par les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Ce contrôle s'exerce aujourd'hui dans le cadre d'un réseau européen des autorités de la concurrence (REC), illustration d'un système d'intégration fonctionnelle, appuyé sur une base de donnée cryptée à laquelle sont reliées la direction générale compétente de la Commission et les vingt-sept autorités nationales. Une seconde étape, encore non mise en œuvre, prévoit que les juridictions qui appliquent le droit de la concurrence communautaire – à savoir la Cour de justice d'une part, et les juridictions nationales d'autre part – seront intégrées à ce réseau. La nouvelle organisation confère aux agences nationales la compétence de droit commun et réserve l'intervention de la Commission aux opérations d'envergure européenne les plus importantes.

143 - La Cour de justice des Communautés européennes a interprété l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne dans un sens extensif en permettant le cumul de l'amende et de l'astreinte : CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France* ; CJCE, 14 mars 2006, *Commission c/ France*, position diversement appréciée par la doctrine : cf. H. Gaudin, RDP 2006, p. 1455 ; J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, 5^e édition, LGDJ, 2006, p. 999.

144 - 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 adaptée 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 ».

145 - Règlement CEE n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *Journal officiel* L 395 du 30 décembre 1989.

146 - Règlement CEE n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* L 024 du 29 janvier 2004.



– *Les aides accordées par les États* ou par les autres personnes morales de droit public, notamment les collectivités territoriales, sont en principe incompatibles avec le marché commun, à l'exception de dérogations limitativement prévues par le traité ou par décisions du Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission. *Sous réserve de ces dérogations, tout projet tendant à instituer ou à modifier des aides d'État doit être préalablement notifié à la Commission en application de l'article 88 § 3 du traité instituant la Communauté européenne*¹⁴⁷. Si la Commission estime que ce projet n'est pas compatible avec le traité, elle ouvre sans délai une procédure d'examen. En tout état de cause, l'État intéressé ne peut verser une aide d'État tant que la Commission ne l'y a pas autorisé formellement. La Commission peut demander le reversement des aides illégalement accordées et réclamer des sommes forfaitaires à titre de sanction des fautes commises par les autorités gestionnaires de ces aides.

S'agissant des régimes d'aide existant, la Commission a le pouvoir de décider qu'ils doivent être supprimés ou modifiés pour le futur. Sont autorisées, sous certaines conditions, les aides destinées à favoriser le développement économique des régions dont le niveau est anormalement bas, les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen, les aides versées aux petites et moyennes entreprises, ou encore les aides à la recherche et au développement¹⁴⁸, à la protection de l'environnement, enfin les aides à l'emploi et à la formation. Dans divers documents informels (lignes directrices, communications), la Commission précise les conditions dans lesquelles la compatibilité des aides avec le marché commun peut être admise. Le plafond des aides *de minimis* est fixé, depuis le 1^{er} janvier 2007, à 200 000 euros sur une période de trois ans pour la même entreprise. Les chefs d'État ou de gouvernement se sont engagés, lors des Conseils européens de Stockholm les 23 et 24 mars 2001 et de Barcelone les 15 et 16 mars 2002, à réduire leurs aides en pourcentage du produit intérieur brut.

– *Le contrôle des concentrations* impose aux entreprises de notifier préalablement à la Commission les opérations de concentration de dimension communautaire afin de mesurer leurs effets sur la concurrence dans le marché intérieur. L'un des cas les plus récents de ce contrôle préalable porte sur la fusion de Suez et de Gaz de France.

Si le contrôle des concentrations et des abus de position dominante met en relation la Commission et les entreprises concernées, sous le contrôle du Tribunal de première instance adjoint à la Cour de justice, la problématique des aides aux entreprises intéresse principalement les États, interlocuteurs directs de la Commission dans le cadre de la procédure d'instruction menée par celle-ci suite à une notification préalable ou, le cas échéant, ouverte de sa propre initiative lorsqu'elle a connaissance d'une aide illégalement versée. Dans ce domaine, les

147 - Article 88 § 3 du traité instituant la Communauté européenne : « *La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. [...] L'État membre ne peut mettre à exécution les mesures projetées avant que cette procédure ait abouti à une décision finale* ».

148 - La Commission a publié, le 22 novembre 2006, une communication intitulée : « *Vers une utilisation plus efficace des incitations fiscales en faveur de la recherche et du développement* », COM (2006) 728.



États peuvent ainsi se trouver mis en cause devant les juridictions communautaires, y compris lorsque l'aide illégale a été versée par une collectivité territoriale, ainsi que le rappelait l'étude du Conseil d'État, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, publiée en avril 2004¹⁴⁹.

3.2. Une trentaine d'agences européennes bénéficient de délégations

Dans une Europe élargie, il devient difficile pour la Commission d'assurer la régulation quotidienne voulue par certains secteurs. Plusieurs raisons l'expliquent :

- la coexistence de *vingt-sept systèmes juridiques et administratifs nationaux*, plus ou moins harmonisés ;
- *les risques d'hétérogénéité* dans l'application de la législation communautaire ;
- la *fragmentation des connaissances* disponibles ;
- l'*expertise technique* requise dans certains domaines d'intervention de l'Union ;
- le besoin de *visibilité* de l'action communautaire par les citoyens ;
- la nécessité d'une *régulation en liaison avec les professionnels* concernés.

Ces facteurs ont progressivement conduit à la création d'agences européennes, selon un rythme qui est allé en s'accéléralant au cours des trois dernières décennies.

Selon les règles fixées par le Livre blanc sur la gouvernance, présenté le 25 juillet 2001¹⁵⁰, les agences sont créées par un règlement du Conseil adopté selon les modalités fixées par la base juridique retenue. Par exemple, les règlements instituant les agences maritime, aérienne et de sécurité alimentaire ont été adoptés par le Conseil, en codécision avec le parlement européen, conformément aux articles 84 et 95 du traité instituant la Communauté européenne.

Leur taille, leur secteur d'activité, leur fonctionnement, leurs relations avec les institutions européennes et avec les agences nationales, ainsi que leurs pouvoirs sont, aujourd'hui, extrêmement variables.

3.2.1. Un développement accéléré

Si les premières agences ont été instituées au cours des années 1970, les « vagues successives » de création d'agences ont ensuite continuellement gagné en ampleur : pour deux créations d'agences au milieu des années 1970, on en dénombre huit dans la première moitié des années 1990 et dix-sept depuis 2001. Il existe aujourd'hui une trentaine d'agences européennes.

Certaines d'entre elles interviennent *dans le domaine de la sécurité* ; notamment l'Agence européenne de la sécurité maritime (EMSA), l'Agence européenne pour la sécurité aérienne (EASA), l'Agence ferroviaire européenne (ERA), l'Agence européenne pour l'environnement (EEA), l'Agence européenne pour

149 - Étude du Conseil d'État, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La Documentation française, 2004.

150 - Livre blanc sur la gouvernance européenne du 25 juillet 2001, COM (2001) 428.



la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres (FRONTEX), ou encore l'Agence chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA).

Les impératifs de *sécurité sanitaire* ont conduit à la création de plusieurs agences au cours des années 1990 : l'Agence européenne des médicaments (EMEA) et l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies (EMCDDA) créés en 1993, l'Agence sur la sécurité des aliments (EFSA) en 2002, et le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) en 2004.

Une troisième catégorie se rattache au *droit du travail et de la formation professionnelle*. Elle se compose aujourd'hui du Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP), de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail (EUROFOUND), de la Fondation européenne pour la formation (ETF), de l'Agence sur la sécurité et la santé au travail (OSHA).

Enfin, *des agences spécifiques* correspondant à des missions particulières de l'Union ont vu le jour, telles que le Centre de traduction des organes de l'Union européenne (CDT), l'Office de l'harmonisation du marché intérieur (OHIM) compétent pour la protection des marques, dessins et modèles, l'Agence européenne pour la reconstruction (EAR), notamment en Serbie et Monténégro et dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine, ou encore l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC), créé en 1997.

Quatre nouvelles agences viennent d'entrer en fonction : l'Agence communautaire de contrôle des pêches (CFCA), l'Agence européenne des droits fondamentaux (EFRA), l'Agence européenne des produits chimiques (ECA) et l'Agence européenne de surveillance GNSS-Galileo (EGSA)¹⁵¹.

3.2.2. *Un statut diversifié*

Les agences européennes jouissent d'une grande autonomie organisationnelle et financière et de moyens parfois considérables. Elles peuvent émettre des avis comme l'Agence européenne des médicaments ou prendre des décisions individuelles créatrices d'effets juridiques comme l'Office de l'harmonisation du marché intérieur, l'Office des variétés végétales ou l'Agence européenne de sécurité aérienne.

Si la principale mission des agences européennes est de délivrer une expertise scientifique ou technique, *certaines exercent une fonction de régulation*. La Cour de justice¹⁵² interdit en principe au législateur communautaire de créer des organismes habilités à arrêter des actes revêtant un caractère normatif, mais cette jurisprudence ne fait pas obstacle à ce que la Commission puisse déléguer à des entités tierces une partie de ses compétences, si elle limite cette délégation à des pouvoirs d'exécution exactement définis et susceptibles d'un contrôle rigoureux.

151 - Florence Chaltiel, *Le processus de décision dans l'Union européenne*, La Documentation française, coll. « Réflexes Europe », août 2006.

152 - CJCE, affaire 9/56, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, rec. p. 11. ; CJCE, affaire 98/80, 14 mai 1981, *Romano*, rec. p. 124.



Les agences européennes dites de «régulation», par opposition aux agences «d'exécution», sont aujourd'hui au nombre de sept¹⁵³ et jouent un rôle croissant pour des secteurs aussi stratégiques que l'harmonisation du marché intérieur ou la sécurité alimentaire.

Dotées en général de la personnalité juridique, les agences européennes sont considérées au sein des institutions communautaires comme des «organismes de droit public européen». Si ces agences permettent d'associer les professionnels et de bénéficier d'expertises extérieures, *leur nombre et leur hétérogénéité appellent vraisemblablement un statut susceptible de garantir la transparence et la lisibilité de leur action, ainsi que des règles communes d'organisation et de fonctionnement au nombre desquelles un pouvoir d'évocation de la Commission et du Conseil.*

Des réflexions nationales¹⁵⁴ et des propositions au niveau européen¹⁵⁵ ont été formulées en ce sens.

3.3. Environ 250 comités composés de fonctionnaires des États membres assistent la Commission dans ses compétences d'exécution

Aux termes de l'article 202 du traité instituant la Communauté européenne, «le Conseil peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution». Celles-ci s'exercent alors selon des modalités fixées par le Conseil, à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après avis du parlement européen. Les premiers comités d'exécution, et donc les débuts de la «comitologie», remontent à 1962, pour les décisions d'exécution relatives à la mise en œuvre de la politique agricole commune.

Chaque comité est présidé par un membre ou un fonctionnaire de la Commission, et composé de représentants des États membres qui sont les fonctionnaires des ministères responsables. Il rend un avis officiel sur les mesures d'exécution que lui soumet la Commission. En cas de désaccord, le Conseil peut être saisi.

La Commission publie chaque année un rapport sur l'activité de ces comités. Elle en recense 250 pour l'année 2005¹⁵⁶, dont un nombre important consacrés à la gestion de la politique agricole commune (148 mesures d'exécution en 2005), à la santé et la protection des consommateurs (303 mesures d'exécution

153 - Agence européenne des médicaments, Office d'harmonisation du marché intérieur, Office communautaire des variétés végétales, Agence européenne de sécurité des aliments, Agence européenne de sécurité maritime, Agence européenne de sécurité aérienne, Agence européenne de sécurité ferroviaire.

154 - Marie-Thérèse Hermange, «Les agences européennes : l'expert et la politique», Sénat, Rapport d'information n° 58, 27 octobre 2005.

155 - Projet d'accord institutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation du 25 février 2005, COM (2005) 59 final.

156 - 133 des 250 comités recensés en 2005 concernent les transports et l'énergie (38), les entreprises (32), l'environnement (32) et l'agriculture (31).



en 2005), à *la recherche* (202 mesures d'exécution en 2005) et à *la société de l'information* dont les mesures d'exécution sont passées de 45 en 2004 à 85 en 2005. Ils ont émis 2 582 avis au cours de l'année 2005 et 2 777 en 2004 ; le nombre de mesures d'exécution adoptées selon ces modalités de consultation par la Commission s'élève à 2 654 en 2005 contre 2 625 en 2004.

Ils interviennent, outre la procédure de sauvegarde qui reste exceptionnelle, selon les trois procédures organisées par la décision du 28 juin 1999, et selon la procédure de réglementation avec contrôle instituée par la dernière décision du 17 juillet 2006¹⁵⁷. Cette dernière procédure implique davantage le parlement européen, notamment pour toutes les compétences relevant de la codécision :

- **La procédure de consultation** permet au comité de rendre un avis sur les mesures d'exécution que compte prendre la Commission. Celui-ci ne lie par la Commission.
- **La procédure de gestion**, plus couramment utilisée dans *le domaine agricole*¹⁵⁸, oblige la Commission à transmettre au Conseil les mesures d'exécution qu'elle souhaite prendre si elles ne sont pas conformes à l'avis du comité pris à la majorité qualifiée. Le Conseil dispose alors de trois mois pour statuer. À défaut, la Commission retrouve sa liberté.
- **La procédure de réglementation** conditionne les mesures d'exécution de portée générale à l'avis favorable du comité émis à la majorité qualifiée. À défaut, le Conseil et le parlement européen sont saisis, le parlement européen se prononce et la Commission ne peut prendre les mesures d'exécution initialement envisagées que si le Conseil ne s'y oppose pas à la majorité qualifiée. Elle est surtout appliquée dans les secteurs des *transports*, de *l'énergie* et de *l'environnement*.
- Enfin, **la procédure de réglementation avec contrôle** prévoit que, même si l'avis du comité émis à la majorité qualifiée est favorable, la Commission soumet son projet au Conseil et au parlement européen pour contrôle. Ils peuvent s'opposer – pour le parlement européen à la majorité des membres qui le composent et pour le Conseil à la majorité qualifiée – aux mesures jugées incompatibles ou excédant les compétences d'exécution prévues dans l'acte de base, ou encore à un projet ne respectant pas les principes de subsidiarité ou de proportionnalité. Si l'avis du comité est défavorable ou en l'absence d'avis, « *la Commission soumet sans tarder une proposition relative aux mesures à prendre au Conseil et la transmet en même temps au parlement européen* ». **Le parlement européen a alors, au même titre que le Conseil, un droit de veto pour les mesures d'exécution de portée générale. Cette nouvelle procédure tire en fait les conclusions de la codécision avec le parlement européen.**

157 - Décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *JOCE* n° L 184 du 17 juillet 1999, p. 23 ; décision 2006/512/CE du Conseil du 17 juillet 2006, *JOCE* n° L 200 du 22 juillet 2006, p. 11

158 - Ainsi que pour la pêche et la gestion des politiques communes. En 2003, la gestion des différents marchés agricoles a donné lieu à 322 réunions ; 113 réunions de comités ont concerné l'union douanière, et la santé et la protection des consommateurs a donné lieu à 101 réunions.



Ces procédures n'ont donné lieu qu'à deux saisines du Conseil en 2005 contre quatorze en 2004, ce qui atteste que la quasi-totalité des différends sont réglés par les discussions poursuivies, au sein des divers comités, entre la Commission et les fonctionnaires des ministères des États membres.

3.4. La Cour de justice des communautés européennes exerce avec vigilance sa mission quant au respect des traités

Depuis sa création par le traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la Cour de justice est une institution communautaire qui a prononcé quelques milliers d'arrêts. Désormais, l'institution communautaire « Cour de justice » au sens du traité instituant la Communauté européenne se compose en réalité de trois juridictions : la *Cour de justice* proprement dite, le *Tribunal de première instance* qui a vocation à traiter en première instance de nombreux recours, et le *Tribunal de la fonction publique* qui intervient en première instance sur les contentieux intéressant la fonction publique européenne. Ces trois juridictions siègent à Luxembourg. La Cour de justice est composée d'un juge par État membre, soit 27 depuis le 1^{er} janvier 2007, et de 8 avocats généraux, tous désignés pour un mandat de six ans. Le Tribunal de première instance compte 27 juges et le Tribunal de la fonction publique est composé de 7 juges

La jurisprudence de la Cour de justice s'est construite à l'occasion des recours en annulation¹⁵⁹, des recours en manquement, des recours en carence, des pourvois contre les arrêts du Tribunal¹⁶⁰, des demandes d'avis¹⁶¹, ***mais aussi et surtout en réponse aux nombreuses questions préjudicielles adressées par les***

159 - Article 230 du traité instituant la Communauté européenne : « *La Cour de justice contrôle la légalité des actes adoptés conjointement par le parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le parlement européen, le Conseil ou la Commission. [...]. Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement. Les recours prévus au présent article doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance* ».

160 - Article 225.1 du traité instituant la Communauté européenne : « *Les décisions rendues par le Tribunal de première instance en vertu du présent paragraphe peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice, limité aux questions de droit, dans les conditions et limites prévues par le statut* ».

161 - Article 300.6 du traité instituant la Communauté européenne : « *Le parlement européen, le Conseil, la Commission ou un État membre peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les dispositions du présent traité. L'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées à l'article 48 du traité sur l'Union européenne* ».



juridictions nationales¹⁶² sur l'interprétation ou sur la validité des dispositions communautaires invoquées devant elles.

Les questions préjudicielles représentent, au cours de l'année 2006, 251 affaires sur les 537 examinées par la Cour de justice, soit 46,7 %, dont 24 ont été adressées par les juridictions françaises¹⁶³. Entre 1996 et 2006, sur les 2 622 questions préjudicielles posées à la Cour de justice par les juridictions nationales, 173 émanent de juridictions françaises, dont 14 de Conseil d'État, 20 de Cour de cassation et 139 des juridictions de première instance et d'appel.

Les arrêts de la Cour ont ainsi conduit à une jurisprudence qui donne aux traités leur pleine portée. Les grands principes fondateurs du droit communautaire tels que la primauté du droit communautaire sur le droit national, son effet direct y compris, dans certaines conditions, pour les directives¹⁶⁴ et la responsabilité des États de ce chef¹⁶⁵ ont été posés de façon constructive et prétorienne par une jurisprudence à la fois cohérente et novatrice.

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*¹⁶⁶. La Cour y souligne qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions. »

Elle consacre ainsi le principe de primauté : « issu d'une source autonome, le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. » L'unité de l'ordre juridique communautaire implique la primauté du droit originaire comme du droit dérivé.

162 - 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 ».

163 - Depuis 1963, la Cour admet que la question préjudicielle ne soit posée qu'en cas de doute. Elle a fait sienne la théorie de l'acte clair, qui dispense les juridictions nationales de la question préjudicielle notamment lorsqu'elle s'est déjà prononcée sur la validité ou sur l'interprétation des dispositions litigieuses.

164 - CJCE, 17 décembre 1970, *Société SACE*, rec. p. 1213.

165 - CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Mme Bonifaci*, AJ 1992 p. 143.

166 - CJCE, affaire 6/64, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, rec. p. 1141.



Confirmant cette approche dans son arrêt *Simmenthal*¹⁶⁷ de 1978, la Cour de justice en précise les conséquences à l'égard des juges nationaux : « *il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire* ».

Le principe de l'effet direct a été formulé dans l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963¹⁶⁸ : une norme est dotée d'effet direct lorsqu'elle crée directement des droits et des obligations dans le chef des particuliers.

La Cour a déduit des traités que, si les règlements sont directement applicables et par conséquent susceptibles de produire des effets directs, « *il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 [devenu article 249] reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par les personnes concernées ; particulièrement, dans le cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; l'article 177, [devenu l'article 234], qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes des institutions, sans distinctions, implique d'ailleurs que ces actes puissent être invoqués devant lesdites juridictions ; il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, les termes et l'économie de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs entre les États membres et les particuliers*¹⁶⁹. »

À condition qu'elle soit suffisamment claire, que les dispositions l'édicte soient précises et que l'application soit inconditionnelle¹⁷⁰ et ne requiert aucune mesure complémentaire à l'égard de laquelle l'État membre disposerait d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, la norme édictée par une directive, même non transposée, peut être invoquée par un particulier à l'encontre de l'État membre dont il relève.

Un État défailant dans la transposition d'une directive est tenu de réparer les dommages découlant pour les particuliers de sa non-transposition¹⁷¹.

Le principe plus général de la responsabilité des États pour violation du droit communautaire a été consacré et explicité dans l'arrêt du 5 mars 1996 rendu dans les affaires *Brasserie du pêcheur et Factortame*¹⁷², encore récemment

167 - CJCE, affaire 106/77, 9 mars 1978, *Simmenthal*, rec. p. 64.

168 - CJCE, affaire 26/63, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, rec. p. 3.

169 - CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, rec. 1337.

170 - Cf. une application récente de ces critères dans l'arrêt CJCE, affaire 430/04, 8 juin 2006, *Finanzamt Eisleben c/ Feuerbestattungsverein Halle eV*.

171 - CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et M^{me} Bonifaci* précité.

172 - CJCE, affaires 46 et 48/93, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, rec. I, p. 1029.



confirmé¹⁷³. La Cour a jugé qu'« *une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsqu'un État membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs.* »¹⁷⁴

Dans son approche, la Cour veille donc à conférer aux dispositions des traités tout leur effet utile.

Deux illustrations récentes, portant sur des textes adoptés en application des règles du traité sur l'Union européenne relatives à la coopération policière et judiciaire pénale, sont à cet égard intéressantes.

La Cour de justice s'est estimée compétente, dans une décision du 16 juin 2005, *Maria Pupino*¹⁷⁵, pour interpréter, sur renvoi préjudiciel d'un tribunal italien, les dispositions d'une décision-cadre, malgré l'exception d'irrecevabilité soulevée par plusieurs États membres, dont la France, qui invoquaient l'article 34 du traité sur l'Union européenne.

Lors d'une décision du 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*¹⁷⁶, relative à un conflit de compétence entre premier et troisième piliers, la Cour a de nouveau appliqué sa jurisprudence selon laquelle l'objectif d'un texte communautaire prévaut, pour la détermination de la base juridique, sur les mesures concrètes qu'il édicte. Elle en a déduit, dans le cas d'espèce, que la protection de l'environnement constituait un objectif de caractère fondamental et transversal de la Communauté, prévalant sur l'absence de bases juridiques au sein du traité instituant la Communauté européenne pour édicter des sanctions pénales. Elle a donc procédé à l'annulation de l'ensemble d'une décision-cadre, fondée sur des dispositions du troisième pilier, instaurant des sanctions pénales pour violation de règles communautaires protectrices de l'environnement.

La Cour de justice est constamment venue conforter les efforts de la Commission en faveur d'une application effective et uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de l'Union.

Elle a également, à travers le dialogue qui s'est ainsi instauré, participé à la mission des juges nationaux qui sont de fait les juges de droit commun de l'application du droit communautaire.

À l'occasion des questions préjudicielles, tout État membre est invité à produire ses observations et à faire valoir son approche juridique, même si la question

173 - CJCE, affaire 470/04, 7 septembre 2006, *N. c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost / kantoort Almelo*.

174 - « *Pour déterminer si une infraction au droit communautaire constitue une violation suffisamment caractérisée, le juge national, saisi d'une demande en réparation, doit tenir compte [...] notamment du degré de clarté et de précision de la règle violée, du caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, du caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, de la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire.* »

175 - CJCE, affaire C 105/03, 16 juin 2005, *Maria Pupino*.

176 - CJCE, affaire C 176/03, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*.



préjudicielle a été posée par une juridiction d'un autre État. Les grands arrêts précités ont pratiquement tous été rendus sur question préjudicielle.

L'intervention devant la Cour de justice à l'occasion des questions préjudicielles, même si elles ont été posées par des juridictions d'autres États membres, constitue donc un enjeu juridique et politique important : c'est, pour un État, un moyen clé de son influence dans l'interprétation du droit communautaire originaire ou dérivé.

4. La place des acteurs économiques et sociaux devient majeure dans une stratégie d'influence

Ainsi que le rappelle un rapport parlementaire récent, « *les institutions européennes ne fonctionnent pas comme les institutions françaises. L'accès à l'information est la clé de l'influence dans un univers où les décideurs sont multiples et les compromis sont la règle. Le lobbying est ainsi le point de rencontre de tous ceux qui font l'Europe au quotidien* »¹⁷⁷.

Le souci d'une meilleure association de la société civile aux procédures d'élaboration du droit communautaire a conduit au développement de pratiques de consultations élargies et de modes de régulation alternatifs consacrés par le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*¹⁷⁸ et par l'*accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003*.

Bruxelles est aujourd'hui, avant Washington, la ville au monde qui compte le plus de groupes de pression, de représentants d'organisations non gouvernementales et de cabinets de *lobbying*. Elle compte aussi le plus de journalistes accrédités : plus de 1 300 étaient recensés en 2006, dont seulement 85 journalistes français (parmi lesquels seule une quarantaine est véritablement active), au 4^e rang derrière l'Allemagne qui en compte plus du double soit 150, et derrière le Royaume-Uni qui en a 120.

Les journalistes français sont à peu près au même nombre que les journalistes néerlandais, alors que la France est environ six fois plus peuplée que les Pays-Bas. Il faut noter, de plus, que les chaînes de télévision sont peu représentées à Bruxelles : on compte un correspondant pour France 3, un correspondant pour France 24 et un correspondant pour France 2, mais la chaîne TF1 n'est pas présente, même si LCI vient d'ouvrir un bureau à Bruxelles. Or il est illusoire de penser qu'on peut, depuis Paris, assurer une information pertinente sur les affaires européennes.

177 - Jacques Floch, *Rapport sur la présence et l'influence française dans les institutions européennes*, Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, n° 1594 du 12 mai 2004, précité.

178 - Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428, et Florence Chaltiel, précité : « *Le Livre blanc sur la gouvernance adopté en 2001 met l'accent sur les questions de transparence, d'efficacité et de responsabilité des institutions européennes. Il insiste sur la participation croissante des acteurs de la société civile à la vie publique européenne et sur le nécessaire recentrage des actions communautaires, conformément au principe de subsidiarité* ».



On recense plus de 15 000 lobbyistes pour 25 000 fonctionnaires. Les fédérations commerciales européennes représenteraient un tiers des quelques 3 000 groupes d'intérêt enregistrés, les bureaux de consultants un cinquième, les entreprises, organisations non gouvernementales et syndicats chacun environ 10 %, les représentations régionales et les organisations internationales 5 % chacune, et enfin les «*think tanks*» (cercles de réflexion) 1 %.

Les acteurs de la société civile s'efforcent d'exercer une influence, soit sur l'élaboration de la législation communautaire, dès sa préparation au sein des services de la Commission, soit pour obtenir des subventions, notamment des fonds structurels, soit en vue de répondre aux appels d'offre dans le cadre de la gestion des programmes communautaires.

La participation des acteurs de la société civile au processus normatif s'exerce donc au stade de l'initiative, de la décision et de l'exécution.

4.1. Ils participent à l'initiative et sont parfois à son origine

Les partenaires économiques et sociaux sont d'abord consultés, à propos des initiatives de texte, au sein du Comité économique et social européen, précédemment évoqué, qui peut être saisi par la Commission et le Conseil, mais également par le parlement européen. Les traités de Maastricht et d'Amsterdam ont élargi le champ d'application de la consultation obligatoire de cette instance : marché intérieur, politique sociale, travail, formation, cohésion économique et sociale, environnement, santé, protection des consommateurs, recherche, politique industrielle, transports, rapport sur la citoyenneté de l'Union européenne et fiscalité.

En outre, l'engagement de procédures de consultation sur les initiatives envisagées fait partie des missions qui incombent à la Commission en vertu, notamment, du **Protocole n° 7 sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité d'Amsterdam**¹⁷⁹.

Les concertations, qui aident la Commission, comme les autres institutions, à arbitrer entre des revendications et des priorités concurrentes, peuvent se dérouler selon des procédures formelles, au sein de comités consultatifs ou de groupes d'experts nationaux ou, de façon informelle, selon des procédés *ad hoc*. Très souvent, les deux modalités sont utilisées.

Les groupes de pression et les associations, notamment celles qui militent pour **la protection de l'environnement ou les droits des consommateurs**, s'avèrent particulièrement efficaces dans leur action de *lobbying* auprès des services de la Commission pour suggérer des initiatives. Celles-ci sont parfois, et même souvent, couronnées de succès, ainsi qu'en témoignent les nombreuses directives adoptées au cours des quinze dernières années sur la protection de l'environnement ou sur celle des consommateurs.

À titre d'exemple, **la réglementation REACH** («*Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals*») relative à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des produits chimiques, adoptée par le parlement européen en seconde

179 - Aux termes de ce Protocole : «*La Commission devrait, excepté dans des cas d'urgence ou de confidentialité, procéder à de larges consultations avant de proposer des textes législatifs et publier, dans chaque cas approprié, des documents relatifs à ces consultations*».



lecture le 13 décembre 2006¹⁸⁰ et par le Conseil, également en seconde lecture, le 18 décembre 2006, a fait l'objet d'un intense *lobbying* de la part des associations et des organisations non gouvernementales de protection des consommateurs et de défense de l'environnement, d'une part, et de l'industrie chimique, d'autre part, tout au long des trois ans de négociation.

Le 13 décembre 2000, la Commission a adopté **un code de bonne conduite administrative de son personnel** régissant les relations avec l'ensemble des groupes de pression et des associations. Elle a publié par la suite, le 5 juin 2002, **une communication** intitulée « *Vers une culture renforcée de consultations et de dialogue – proposition relative aux principes généraux et aux normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées* »¹⁸¹, qui énonce des principes visant à renforcer la transparence des procédures de consultation qu'elle s'engage à recenser. La Commission publie chaque année à l'intention du parlement européen un compte-rendu de l'ensemble des consultations opérées – qui est par ailleurs mis en ligne sur son site internet.

Enfin, le 3 mai 2006, la Commission a, ainsi qu'il a déjà été indiqué, publié un **Livre vert**¹⁸² *sur l'initiative européenne en matière de transparence*, entendant ainsi gagner en efficacité, mais aussi en légitimité. Ce Livre vert a lancé un débat public sur les mesures à prendre pour renforcer les règles d'éthique des décideurs européens et des 15 000 *lobbyistes*, organisations non gouvernementales et groupes de pression qui cherchent à exercer une influence sur la législation européenne. Il propose un système facultatif d'enregistrement, géré par la Commission; un code de déontologie commun à l'ensemble des *lobbyistes*, élaboré par le corps des *lobbyistes* lui-même; enfin, un système de suivi et de sanctions, « *en cas d'enregistrement incorrect et/ou de violation du code de déontologie* ».

180 - Le paquet REACH (enregistrement, évaluation et autorisation des produits chimiques) se compose d'une directive et d'un règlement :

– La directive du parlement européen et du Conseil modifiant la directive 67/548/CEE du Conseil afin de l'adapter au règlement (CE) du parlement européen et du Conseil *concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des produits chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances* a été approuvée par le parlement européen en deuxième lecture le 13 décembre 2006.

– Le règlement du parlement européen et du Conseil *concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances* (REACH), instituant une Agence européenne des produits chimiques et modifiant la directive 1999/45/CE et le règlement (CE) sur les polluants organiques persistants, a également été approuvé par le parlement européen en deuxième lecture le 13 décembre 2006.

Ce règlement remplace près de 40 textes législatifs en vigueur.

Près de 3 000 substances présentes dans les produits de consommation courante soupçonnées d'être dangereuses pour la santé humaine et l'environnement seront soumises à une procédure d'autorisation stricte. Le texte prévoit également la substitution obligatoire des substances les plus dangereuses lorsque des alternatives existent, la reconnaissance d'un « devoir de vigilance » des producteurs et la promotion de méthodes alternatives à l'expérimentation animale. Enfin, il institue une Agence européenne des produits chimiques qui devrait être opérationnelle à partir du 1^{er} juin 2008.

181 - Bruxelles, 5 juin 2002, COM (2002) 277 final.

182 - Livre vert de la Commission, « Initiative européenne en matière de transparence », 3 mai 2006, COM (2006) 194 final.



En application de cette communication, la Commission a institué une base de données baptisée « CONECCS »¹⁸³ (consultation, commission européenne et société civile), recensant l'ensemble des procédures de consultation formelles et structurées auxquelles participent les représentants de la société civile, s'élevant à 700 en 2006. Ce chiffre correspond au nombre de groupes relativement permanents, qui se réunissent au moins une fois par an, et au sein desquels la Commission consulte les organisations de la société civile, telles que recensées par le Comité économique et social européen en 1999. Il n'inclut ni les consultations ouvertes sur internet, ni les contacts bilatéraux, ni les consultations *ad hoc*, ni les groupes d'experts nationaux, ni les comités scientifiques, ni les conférences auxquelles la Commission participe en tant qu'observateur.

Le recensement CONECCS ne recouvre pas davantage les consultations menées à partir des documents préalables transmis par la Commission au Conseil, au Parlement, au Comité économique et social européen, au Comité des régions, aux gouvernements des États membres, aux parlements nationaux, et la plupart du temps mis en ligne sur internet.

Si les organisations syndicales et patronales françaises sont bien représentées à Bruxelles, des efforts restent à fournir en ce qui concerne la présence et la participation des collectivités territoriales, dont la représentation est encore trop dispersée et peu visible, et des petites et moyennes entreprises, comme le souligne un récent rapport de la chambre de commerce et d'industrie de Paris en date du 3 novembre 2005¹⁸⁴.

De même, les « *think tanks* » français, définis comme des groupements présents à Bruxelles qui se consacrent à la recherche indépendante et à la formulation de propositions publiques innovantes, sont encore en nombre insuffisant en comparaison de ceux mis en place par d'autres pays.

Une étude récente¹⁸⁵ recense 149 institutions se consacrant en tout ou partie aux questions européennes indépendamment des lobbies ou des institutions académiques. Pour sept « *think tanks* » français, elle en dénombre huit en Grèce, seize au Royaume-Uni et vingt-trois en Allemagne¹⁸⁶. Or leur rôle et leur influence dans l'émergence des réformes et des projets politiques futurs sont incontestables¹⁸⁷. La Commission participe d'ailleurs à nombre d'entre eux comme observateur.

183 - Cette base de données a été créée à la suite du Livre blanc sur la réforme de la Commission (COM (2000) 200 final 2 du 1^{er} mars 2000) et de la recommandation du Livre blanc sur la gouvernance européenne (COM (2001) 428 du 25 juillet 2001).

184 - Chambre de commerce et d'industrie de Paris, rapport de Jean-Claude Karpeles, *Le lobbying des entreprises françaises à Bruxelles – Quels progrès depuis 2002 ?*, 3 novembre 2005.

185 - Études et recherches n° 35, sous la direction de Stephen Boucher « L'Europe et *think tanks* : un potentiel inaccompli, une analyse des *think tanks* spécialistes de l'Europe au sein de l'Union européenne élargie », *Notre Europe*, octobre 2004.

186 - Étude réalisée par la fondation « Notre Europe », longtemps présidée par Jacques Delors, en 2004.

187 - Stephan Boucher et Martine Royo, « *Les think tanks, cerveaux de la guerre des idées* », Éditions *Le Felin Kiron*, juin 2006.



4.2. Ils influencent la décision à tous les stades de la négociation

Nombres d'acteurs peuvent poursuivre leurs activités de *lobbying* auprès des délégations du Conseil, des directions générales de la Commission ou des parlementaires européens pendant l'examen de la proposition de texte communautaire.

Aujourd'hui plus de 5 000 groupes d'intérêt sont accrédités auprès du parlement européen¹⁸⁸. Ils interviennent activement auprès du rapporteur, des parlementaires de la commission compétente et en marge de la session plénière. Ils fournissent à la fois des argumentaires et des projets d'amendements. Ces groupes doivent désormais respecter le code de conduite annexé au règlement intérieur du parlement européen dont il a déjà été fait mention.

Par-delà ce mode d'action, la société civile peut, dans certaines hypothèses, *participer* à l'élaboration de la norme. C'est notamment le cas lorsque des accords sont signés par *les partenaires sociaux*, ou dans les hypothèses d'*autorégulation* ou de *corégulation*.

– **Le « dialogue social européen »**, lancé par Jacques Delors, fonctionne depuis 1985. Appelé « processus de Val Duchesse » du nom du lieu des premières réunions entre partenaires sociaux à Bruxelles, il a conduit à la conclusion de plusieurs dizaines d'accords entre l'UNICE (Union des confédérations des industries et employeurs d'Europe) et la CES (Confédération européenne des syndicats¹⁸⁹) en application des articles 138 et 139 du traité instituant la Communauté européenne¹⁹⁰. L'UNICE existe depuis 1958, et fut complétée en 1962 par le CEEP (Centre européen des entreprises publiques), et en 1983 par « *l'European round table of industrialists* », particulièrement active dans la réalisation du marché intérieur. La Confédération européenne des syndicats, constituée en 1973, a été rejointe par cinq organisations syndicales françaises : la CGT, la CFDT, FO, la CFTC et l'UNSA.

– **La corégulation** associe le législateur européen et les opérateurs concernés par les mesures envisagées. Cette corégulation se voit alors « encadrée » par des actes non contraignants, généralement présentés par la Commission et intitulés « *recommandations* », « *lignes directrices* » ou « *codes de conduite* ».

– **L'autorégulation** confère aux acteurs socio-économiques publics et privés le soin d'adopter leurs propres codes de conduite ou lignes directrices, au-delà des obligations fixées par le droit communautaire lui-même. L'accord institu-

188 - Le Parlement a, dès 1984, sélectionné, mais de façon très large, un certain nombre de groupes de pression qu'il reconnaît comme interlocuteurs privilégiés et qu'il accrédite. Ceux-ci disposent donc d'accès préférentiel à l'information, de laissez-passer qui leur facilitent l'exercice de leurs missions. La liste des organismes accrédités, consultable sur internet, est régulièrement remise à jour.

189 - Il est à noter que les gouvernements des États membres ne sont pas nécessairement consultés préalablement à la conclusion de ces accords qui peuvent, par la suite, être mis en œuvre au niveau communautaire par décision du Conseil sur proposition de la Commission. Cela a notamment été le cas pour les accords sur l'emploi précaire et pour l'accord sur les contrats de travail à durée déterminée.

190 - Les articles 138 et 139 du traité instituant la Communauté européenne attribuent au dialogue social européen une mission spécifique dans le processus de la construction européenne : Article 139 : « 1. *Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords.* 2. *La mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit [...], à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.* ».



tionnel « Mieux légiférer » de décembre 2003 définit l'autorégulation comme « la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes ».

L'autorégulation fonctionne particulièrement bien dans le domaine de la publicité. En effet, le 25 juin 2004, des représentants de ce secteur se sont réunis pour signer la Charte de l'autorégulation, qui concrétise l'engagement de la communauté de la publicité pour le développement d'une autorégulation dans ce domaine en Europe. Elle fonctionne selon des modalités assez proches du Bureau de vérification de la publicité (BVP) en France. L'autorité en la matière s'appelle l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité¹⁹¹.

4.3. Ils veillent à l'application du droit communautaire

Nombre d'acteurs, notamment les opérateurs économiques, sont associés à l'évaluation de la norme communautaire, en particulier dans les secteurs de la banque, de l'assurance et des services financiers.

Ils en contrôlent la bonne application : les associations et les groupes de pression, mais également les représentants des entreprises, ont l'habitude de signaler aux services de la Commission les difficultés rencontrées du fait de comportements fautifs au regard du droit communautaire, notamment des règles de concurrence, des modes de passation des marchés publics ou des normes environnementales. C'est en partant de ces données, souvent délivrées de façon informelle, que la Commission décide d'adresser à l'État membre une demande d'information.

Le prétoire de la Cour de justice n'est en principe pas ouvert directement aux particuliers, sauf pour les décisions dont ils sont les destinataires directs et pour les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement.

En revanche, *ceux-ci peuvent saisir leurs juridictions nationales* de toute violation du droit communautaire par des actes réglementaires fondant les décisions individuelles les concernant. Ils peuvent notamment invoquer l'illégalité d'une réglementation ou l'incompatibilité d'une législation nationale avec les objectifs d'une directive dont la date limite de transposition est passée et mettre en jeu la responsabilité de l'État. Ils peuvent enfin revendiquer, tant auprès de leurs autorités publiques que de leurs juges, l'application de tous les règlements communautaires adoptés par le Conseil et le parlement européen, ainsi que des règlements d'exécution de la Commission, qui sont d'effet direct.

191 - Le site internet PRISM inclut, depuis 2006, une nouvelle base de données proposant un guichet unique sur les initiatives de corégulation et d'autorégulation dans l'Union européenne. Il fournit de nombreuses informations en la matière. Voir : http://eesc.europa.eu/smo/prism/presentation/index_fr.asp (PRISM : « Progress Report on Initiatives in the Single Market », Rapport sur le progrès des initiatives liées au marché unique).

« Mis en place pour établir un lien permanent entre les acteurs du terrain et les institutions européennes, l'Observatoire du Marché unique du Comité économique et social européen s'est fixé pour priorité de faire connaître les initiatives d'autorégulation, pour les appuyer, faciliter leur diffusion, créer des synergies, promouvoir des complémentarités. Tel est l'objet du site internet PRISM qui permet dorénavant à chacun d'avoir accès à cette information, sur des bases certes illustratives mais déjà opérationnelles », selon les termes de Bryan Cassidy, président dudit observatoire.



Deuxième partie

L'administration française, un acteur important des processus de l'Union européenne : Quelles stratégies ?

Une meilleure connaissance du mode de gouvernance européen est de nature à favoriser la mise à profit des opportunités qu'il offre en vue d'influencer la prise de décisions dans l'Union européenne.

D'autres pays ont, par l'efficacité de leurs interventions et sous des formes diverses, montré des pistes intéressantes.

Le Royaume-Uni réalise *des études d'impact* sur toutes les propositions d'acte communautaire. Elles sont très largement diffusées. Les juristes et les fonctionnaires qui auront en charge la transposition sont impliqués dès le début des évaluations qui portent notamment sur l'insertion des mesures envisagées dans le droit national.

Un *mémorandum explicatif*, établi par le ministère pilote et comportant à la fois une analyse du contenu de la proposition, de son impact financier et juridique et l'énoncé des principales questions soulevées est adressé, dans les dix jours qui suivent la transmission du projet de texte communautaire, à la commission de contrôle de la législation européenne (*European scrutiny committee*) de la Chambre des communes, qui peut recommander la tenue d'un débat devant l'une des trois commissions permanentes spécialisées (*European standing committees*)¹⁹². Cette commission de contrôle publie un rapport sur environ 600 des 1 300 documents examinés chaque année.

Ce mémorandum est également envoyé à la commission de contrôle des affaires de l'Union européenne de la Chambre des Lords qui dispose de sept sous-commissions au sein desquelles siègent en outre 52 pairs – soit au total 70 pairs impliqués dans les questions européennes. La Chambre des Lords intervient le plus en amont possible, avant que la proposition ne soit formellement adoptée par la Commission européenne. Le Gouvernement s'appuie très largement sur ses expertises et reprend nombre de ses suggestions.

192 - La première est compétente en matière d'environnement, d'agriculture, de transport ; la seconde en matière financière, douanière, et pour les retraites ; la troisième en matière de culture et de santé.

La commission de modernisation de la Chambre des communes vient de préconiser, dans un rapport publié en mars 2005, la création d'une commission européenne mixte (*Joint European Grand Committee*), commune aux deux chambres, avec une présidence partagée, afin de renforcer les modalités de contrôle du parlement sur les affaires européennes.

La réserve d'examen parlementaire a été consacrée par deux résolutions adoptées par la Chambre des communes les 24 et 30 octobre 1990. Elle a été élargie en 1998¹⁹³ aux recommandations, aux programmes de législation communautaire, aux accords politiques donnés concernant les questions relevant du troisième pilier et aux délibérations du comité de conciliation en cas de codécision. La réserve d'examen parlementaire a également été prescrite par une résolution de la Chambre des Lords du 6 décembre 1999.

La *coordination interministérielle* est assurée par le ministère principalement responsable et commence dès les premières consultations ouvertes sur les Livres verts et les Livres blancs. Il est procédé, dès ce moment, à de très larges consultations de l'ensemble des acteurs intéressés en vue de dégager les premiers éléments de la position britannique. Le secrétariat européen du Cabinet Office, qui compte une cinquantaine de personnes, intervient au début de la négociation, pour en fixer les lignes directrices, puis après quelques réunions du groupe de travail, enfin lors de la préparation du Conseil.

Le Danemark procède également à de très larges consultations au sein d'une trentaine de comités spéciaux associant les fonctionnaires et les partenaires privés concernés par la proposition de texte. Ces comités *ad hoc* sont coordonnés par un comité pour l'Europe dont la fonction est d'assurer la cohérence de l'ensemble de la position danoise au sein des institutions européennes.

Le parlement danois, le *Folketing*, est, depuis l'origine, consulté dès le début de la négociation et informé en temps réel de son évolution. Le gouvernement danois est tenu d'émettre une réserve d'examen parlementaire tant que le *Folketing* n'a pas statué¹⁹⁴.

Il est intéressant de noter que le Danemark est à la fois le pays qui procède au plus de concertations formalisées en amont, et celui qui transpose les directives communautaires le plus rapidement en aval.

En Finlande, la Grande commission¹⁹⁵, qui est l'organe parlementaire principalement chargé des questions européennes, à l'exception de celles relatives à la politique étrangère et de sécurité commune qui sont soumises à la commission des affaires étrangères, intervient *dans les propositions relevant du régime législatif finlandais* avant même que la Commission européenne n'ait adopté un projet de texte.

193 - Résolution du 17 novembre 1998, annexée au règlement de la Chambre des communes.

194 - M. Jacques Delors, alors Président de la Commission européenne, mentionnait régulièrement que le *Folketing* danois était le 13^e membre de la Communauté européenne.

195 - La Grande commission compte 25 membres, contre 17 ou 11 au minimum pour les autres commissions.

Elle est systématiquement saisie de tous les projets ou propositions de loi pour lesquels le texte proposé par la commission spécialisée a été amendé au cours de la séance plénière en première lecture, ce qui n'arrive que sur quelques projets de loi. Elle a pour principale mission de définir la position du parlement finlandais sur les affaires européennes, et son avis est contraignant pour les textes qui relèvent des compétences législatives.



Le gouvernement finlandais ne peut émettre un avis lors de l'examen du Conseil tant qu'il ne dispose pas de la position du parlement, émis au sein de la Grande commission, et qui le lie pour tous les textes de compétence législative. La commission spécialisée compétente doit transmettre au préalable son avis à la Grande commission.

Les réunions du vendredi sont consacrées à la préparation des Conseils prévus la semaine suivante. Les ministres se rendent devant la Grande commission tant avant qu'après les sessions du Conseil. Cette commission exprime également ses avis lors de la préparation de chaque Conseil européen, notamment pour toute modification des traités constitutifs de l'Union européenne.

Elle peut connaître, en outre, de toutes les autres propositions d'acte communautaire, qui sont en fait plus nombreuses, mais sans disposer des mêmes pouvoirs. Elle émet alors un simple avis consultatif si elle le souhaite.

En Irlande, le gouvernement réunit tous les mois un « *Cabinet committee* » sur les affaires européennes : présidé par le Premier ministre, il réunit les ministres des finances, des affaires étrangères, de la justice, des affaires européennes ainsi que tout autre ministre intéressé par l'ordre du jour.

Il est assisté d'un « *senior official group* », composé de hauts fonctionnaires, en charge de la préparation des réunions de ce comité et de l'examen des rapports établis par les ministères sur les négociations en cours dans leurs domaines de compétences respectifs.

Les réunions des fonctionnaires, comme les réunions ministérielles, portent à la fois sur les positions de négociation et sur les questions relatives à la transposition. Les tableaux de bord de la transposition y sont examinés tous les mois.

Le secrétaire d'État aux affaires européennes est rattaché à la fois au ministre des affaires étrangères et au Premier ministre.

En Espagne, le secrétaire d'État aux affaires européennes est rattaché au ministre des affaires étrangères qui compte deux autres secrétaires d'État : l'un est en charge de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), l'autre est responsable de la coopération au développement. Les secrétaires d'État ne participent pas au Conseil des ministres. Le secrétaire d'État aux affaires européennes est assisté d'un secrétaire général sur les affaires européennes qui a le rang d'un sous-secrétaire d'État.

Il n'existe pas de structure de coordination interministérielle sous l'autorité du Premier ministre, mais deux commissions interministérielles, réunies sous la présidence respective des deux vice-premiers ministres. L'une est plus particulièrement responsable des affaires économiques et financières, l'autre examine les questions générales. Le secrétaire d'État aux affaires européennes est associé aux deux.

Il existe en outre une commission interministérielle pour les affaires européennes associant les collectivités territoriales.

Les travaux européens sont suivis, au sein des *Cortes* espagnoles, par une Commission mixte pour l'Union européenne, qui est régulièrement informée des positions de négociation.



En Pologne, le président de la Diète exerce un contrôle sur tous les projets de loi déposés : il vérifie leur conformité au droit communautaire. Chaque projet de loi transmis par le gouvernement est ainsi assorti d'une déclaration de conformité au droit communautaire, en général préparée par le service gouvernemental en charge des affaires européennes.

À la Diète, les avis émis par la commission permanente des affaires européennes doivent en principe être respectés lors de la négociation au sein du Conseil.

En Italie, les pouvoirs du parlement sont proches de ceux du parlement français. Le règlement des deux assemblées prévoit en outre que tout arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes est adressé à la fois à la commission compétente et à la commission des politiques de l'Union européenne. Il est alors analysé en présence d'un représentant du gouvernement, et cette analyse donne lieu à un avis concernant les initiatives et orientations recommandées aux autorités nationales.

En Allemagne, la coordination interministérielle doit respecter les compétences des *Länder*, l'équilibre des coalitions politiques au sein de certains gouvernements et la spécificité des pouvoirs du Chancelier. En raison de l'organisation fédérale, l'avis du *Bundesrat* lie la position allemande pour les textes qui interfèrent avec les compétences des *Länder*. Ces derniers font alors partie de la délégation allemande au sein du Conseil.

Les contraintes ainsi évoquées sont compensées par **une présence politique régulière et soutenue** lors des réunions des différentes formations du Conseil auxquelles les ministres allemands participent systématiquement. Elle se manifeste également au parlement européen par une présence massive des députés européens élus en Allemagne à l'intérieur des groupes politiques les plus influents, notamment celui du parti populaire européen, et par de fréquents échanges des ministres allemands avec les parlementaires européens.

Plusieurs enseignements se dégagent de ces pratiques :

- le temps consacré à l'évaluation préalable des propositions d'acte communautaire et à la consultation des acteurs intéressés et des parlementaires, français et européens élus dans le pays, **favorise la définition de positions de négociation largement acceptées et considérées comme le compromis le plus cohérent avec un intérêt général national, défini à la suite d'un débat et politiquement arbitré très en amont de la négociation** ;
- la mise à plat, très tôt, des divergences d'intérêt et la définition d'un compromis politiquement assumé garantissent bien souvent, une convergence des positions exprimées par la suite à Bruxelles tant par les autorités publiques que par les partenaires économiques et sociaux. **La procédure de concertation préalable devient alors une composante de la stratégie d'influence déployée par la suite et reposant à la fois sur la construction d'alliances ad hoc entre États membres et sur le lobbying des acteurs privés** ;
- les instruments de navigation élaborés au soutien de ces consultations – mémorandums explicatifs, tableaux de concordance, études d'impact et évaluations préalables – **favorisent ultérieurement une transposition rapide des directives adoptées et la bonne application du droit communautaire** ;
- **la présence politique régulière au sein des différentes formations du Conseil**, même lorsqu'il existe par ailleurs une enceinte plus restreinte telle que



l'Eurogroupe¹⁹⁶ ou le groupe des sept, l'écoute des positions de l'ensemble des États membres et *les visites régulières de ministres au parlement européen* constituent des éléments essentiels d'une stratégie d'influence.

Peut-être la prééminence, dans la vie politique et quelquefois dans la gestion publique françaises, des préoccupations de court terme est-elle difficilement conciliable avec *le temps long*, caractéristique des processus de décision européens. *Mais ni les conflits sociaux, ni la division de l'opinion, ni la tendance, sous l'effet de la médiatisation de la vie politique et de la pesée des échéances électorales, à privilégier le temps court par rapport au temps long ne sont des caractéristiques propres à la société française.*

Aussi bien n'est-il pas hors de portée des autorités et de l'administration de consentir un effort plus marqué d'anticipation, de recherche d'alliances et d'exemplarité. La place éminente qu'occupe l'Europe dans les choix gouvernant l'avenir de notre pays et dans l'élaboration du corpus normatif qui contribuera à modeler cet avenir, appelle également le développement, dans l'ensemble des processus de décision, d'un véritable réflexe européen.

5. Anticiper : proposer et réagir au tout début du processus

Les nombreuses procédures de consultations préalables, précédemment décrites, autorisent, mais aussi requièrent, une mobilisation le plus en amont possible des autorités responsables et des acteurs de la société, en vue de définir, puis de faire prévaloir, *de façon d'abord concertée, ensuite politiquement arbitrée*, une position française.

5.1. L'exigence de veille

L'alerte sur les réformes en cours d'élaboration à la Commission relève en principe de la Représentation permanente française auprès de l'Union européenne.

5.1.1. La représentation permanente au cœur de l'interface entre l'Union européenne et l'administration française

Point de contact entre les autorités françaises et les institutions européennes, longtemps centrée sur la négociation au sein du Conseil et l'expression des positions officielles de la France, la représentation permanente française auprès de l'Union européenne voit son action de plus en plus centrée sur la phase préalable d'élaboration des initiatives au sein de la Commission.

196 - L'Eurogroupe réunit les ministres de l'économie et des finances des États membres qui participent à l'Union économique et monétaire.



Grâce à son réseau de contacts, notamment au sein des institutions européennes, mais aussi dans les autres représentations permanentes, il lui revient d'alerter, d'une part, le secrétariat général des affaires européennes, d'autre part, les interlocuteurs qui sont régulièrement en contact avec elle.

Plusieurs structures sont d'ores et déjà utilisées à cet effet. À titre d'exemple, le *Cercle des délégués permanents français* (CDPF), créé au début des années 1990 à l'initiative du Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et de l'Association des chambres françaises de commerce et d'industrie réunit environ 180 représentants issus d'entreprises, d'organismes de recherche, de collectivités territoriales, de cabinets d'avocats ou de consultants. Les entreprises représentent un peu plus du tiers des membres du Cercle des délégués permanents français.

La représentation permanente organise régulièrement des réunions d'information à leur intention. Elle a constitué une douzaine de groupes de travail thématiques, auxquels participent ces délégués permanents, et dont les thèmes d'étude varient en fonction de l'actualité : les partenariats public-privé, les services, la propriété intellectuelle, la société de l'information et des télécommunications, l'audiovisuel, l'environnement, les aides d'État, la formation et la culture ou encore la recherche.

Les conseillers du commerce extérieur de la France présents à Bruxelles ont créé une section « Union européenne », qui comprend une trentaine de membres, également en liaison avec la représentation permanente. Il en va de même du Club des représentants des grandes entreprises françaises qui compte une quinzaine de membres¹⁹⁷. La représentation permanente est en outre régulièrement en contact avec la cinquantaine d'organisations professionnelles et consulaires françaises présentes à Bruxelles.

Les nombreux « *think tanks* »¹⁹⁸ européens sont suivis par les conseillers de la représentation permanente. Il est à cet égard intéressant que figurent d'ores et déjà sur le site internet de la représentation permanente la liste des « *think tanks* » et leur agenda. La désignation, au sein même de l'organigramme de la représentation, d'un correspondant pour ces cercles de réflexion constitue également une initiative pertinente.

Le site internet de la représentation permanente pourrait utilement faire figurer les initiatives majeures en cours au sein des services de la Commission, ainsi

197 - En font partie : Areva, Aventis, EADS, France Télécom, GDF, Groupe Lagardère, La Poste, Michelin, Péchiney, PSA, Renault, Total, Veolia environnement, ainsi que le représentant du MEDEF à Bruxelles.

198 - La Représentation permanente française auprès de l'Union européenne donne une définition des « *think tanks* » : les « *think tanks* », concept que l'on pourrait traduire par « réservoir de pensée » ou « cercles de réflexion », sont historiquement d'inspiration anglo-saxonne puisqu'ils apparurent aux États-Unis au début du siècle dernier. En France, pour des raisons essentiellement culturelles, les premiers « *think tanks* » se sont créés plus tard, dans les années 1980. Il n'existe pas de définition précise et réalisant l'unanimité du terme « *think tank* », dont la frontière avec un groupe d'intérêt ou de pression (*lobby*), un mouvement politique ou un cabinet de consultant reste floue. Lieux de recherche et d'analyse, forums ou observatoires pluridisciplinaires, les « *think tanks* » regroupent, dans des structures non lucratives et indépendantes, des chefs d'entreprises, des universitaires, des chercheurs, des politiciens ou des journalistes se donnant pour mission de nourrir le débat public et d'influencer les décisions ou les textes adoptés. La Commission européenne participe souvent aux débats organisés par les cercles.



que les procédures de consultation afférentes. Organisée par grands secteurs, cette information pourrait être reliée aux bases de données communautaires sur lesquelles figurent les documents pertinents tels que les Livres verts, les communications préalables ou les plans d'action. Les indications ainsi fournies pourraient également être reliées à l'organigramme de la représentation permanente qui présente d'ores et déjà le grand avantage de donner les noms et les coordonnées de chaque conseiller.

Tout doit être entrepris pour favoriser la mise en réseau de l'information.

Les associations de collectivités territoriales, comme les autorités administratives indépendantes, doivent être associées à cette veille et être régulièrement informées lorsque les initiatives envisagées par la Commission sont susceptibles d'interférer avec leurs compétences et leurs activités. S'il est éminemment utile que la représentation permanente compte en son sein un représentant pour chacune des deux assemblées du parlement français, il paraît également souhaitable de mettre sur pied des procédures susceptibles d'assurer la même fluidité de l'information en direction des *collectivités territoriales* et des *autorités administratives indépendantes*.

5.1.2. Le secrétariat général des affaires européennes : l'impulsion et la coordination

Il appartient au secrétariat général des affaires européennes de provoquer, le plus en amont possible de la procédure de préparation des initiatives, la mobilisation des ministères intéressés, afin qu'ils prennent part et invitent leurs partenaires habituels à répondre aux consultations lancées par la Commission européenne, que ce soit ou non sur le fondement de questionnaires.

Le site internet du secrétariat général des affaires européennes pourrait à cet égard comporter davantage d'informations sur les initiatives en cours, sur les concertations et les consultations s'y rapportant, en les reliant aux coordonnées des chefs de secteurs et des trois secrétaires généraux adjoints plus particulièrement en charge de la coordination.

L'administration française, les partenaires sociaux et les acteurs de la société civile devraient débattre, dès ce stade, des réponses susceptibles d'être apportées car elles alimenteront la réflexion de la Commission sur les textes à venir.

À titre d'exemple, la Commission a mis en ligne le 22 novembre 2006 un Livre vert intitulé « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XX^e siècle* ». Celui-ci comporte quatorze questions. Il est ouvert à la consultation jusqu'au 31 mars 2007 et les réponses à ces questions seront utilisées par la Commission pour la rédaction d'une communication sur la « flexisécurité » destinée à être présentée en juin 2007. La direction générale du travail a consulté les organisations syndicales et professionnelles pour élaborer les réponses à ce Livre vert et le comité du dialogue social européen et international du ministère du travail y a consacré une réunion. Les réponses adressées par le Gouvernement français seront arbitrées en réunion interministérielle et les partenaires sociaux ont prévu de faire part directement à la Commission de leurs observations.



Il aurait été possible que l'administration française, comme les professions intéressées, expriment dès la publication des Livres blancs et verts ayant débouché sur la proposition de « *directive services* » leur opposition ou leurs réserves à l'égard de la « *règle du pays d'origine* ».

La circonstance que les questionnaires de la Commission sont majoritairement rédigés en langue anglaise ne devrait pas à cet égard constituer un obstacle. Autant une action doit être menée auprès des institutions européennes en vue d'éviter la marginalisation de la langue française¹⁹⁹, autant le recours à une autre langue de travail doit être, en attendant que cette action ait porté ses fruits ou dans les cas où le recours à cette langue se révèle plus efficace pour convaincre ses interlocuteurs, considéré comme une exigence liée à la défense des intérêts nationaux.

Au ministère chef de file revient la responsabilité d'engager les actions d'information à l'égard des acteurs concernés, de conduire les premières évaluations sur les initiatives proposées et de rédiger les mémorandums explicatifs.

Il lui appartient aussi de proposer très tôt les instruments d'orientation que sont les études d'impact, les mémorandums explicatifs et les tableaux de concordance entre droit communautaire et droit national.

5.1.3. Les instruments de navigation : études d'impact, tableaux de concordance et mémorandums explicatifs

S'il est difficile de procéder à une étude d'impact détaillée avant même qu'une proposition de texte soit adoptée par le collège des commissaires, il est néanmoins possible d'analyser au plus tôt *si la réforme proposée respecte les principes de proportionnalité et de subsidiarité* qui doivent gouverner l'activité normative de l'Union, et si elle serait ou non *de nature à s'insérer, sans créer de désordres majeurs, dans l'environnement juridique, économique et social national.*

199 - S'il faut poursuivre les efforts de formation aux langues étrangères (dont, mais pas seulement, l'anglais) des cadres administratifs français, il faut simultanément veiller à maintenir la place importante de la langue française dans la construction européenne. Les représentants français au sein de l'Union européenne doivent à cet égard notamment s'attacher à maintenir l'usage effectif de leur langue dans les réunions et documents de l'Union.

Mais défendre la « francophonie », ce n'est pas seulement défendre le statut de la langue française en tant que langue de communication internationale, c'est en même temps défendre et promouvoir les concepts juridiques et les valeurs qu'elle véhicule, le cas échéant dans une autre langue, en pourvoyant à la traduction et à la diffusion dans d'autres langues que le français du corpus juridique, de la jurisprudence, de la doctrine et de la philosophie du droit français.

Il importe donc que les pouvoirs publics, d'une part, renforcent les actions qu'ils ont récemment lancées avec la Communauté française de Belgique, le Luxembourg et l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) pour former au français les représentants des nouveaux pays membres de l'Union européenne, et d'autre part, multiplient les initiatives tendant à la diffusion, dans la langue du pays destinataire, de la pensée juridique française.

Sur les 27 membres de l'Union européenne, 14 appartiennent à l'Organisation internationale de la francophonie. Le dernier sommet des chefs d'État ou de gouvernement francophones s'est tenu à Bucarest au mois d'octobre 2006.



C'est d'ailleurs ce que prescrit, mais avec un succès encore mitigé, la circulaire du 27 septembre 2004 *relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes*.

Elle précise notamment que « *l'impact de l'acte en préparation sur le droit interne doit être apprécié le plus en amont possible pour permettre à la fois d'arrêter les positions de la France en connaissance de cause et de préparer la transposition. Tout projet d'acte des institutions européennes doit donner lieu à une analyse préalable de ses impacts juridiques, budgétaires, techniques et administratifs, y compris le cas échéant pour les collectivités territoriales, ainsi que de ses conséquences sur le secteur d'activité concerné. À cet effet le ministre chef de file doit fournir sur l'invitation du SGCI [devenu secrétariat général des affaires européennes (SGAE)], et dans les trois semaines qui suivent la transmission aux assemblées d'une proposition d'acte européen dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution, une fiche d'étude d'impact simplifiée relative à cet acte.* »

Si le taux de retour des ministères vers le secrétariat général des affaires européennes a été de 85 % pour l'année 2006, ce qui constitue une évolution favorable par rapport aux années passées où moins du tiers des demandes de fiches d'étude d'impact simplifiées était honoré, **cette progression ne saurait dispenser de la réalisation, pendant l'examen de la proposition par le Conseil et par le parlement européen, d'études d'impact plus approfondies permettant de prendre la mesure des effets économiques, sociaux et environnementaux de textes en cours de négociation.** Cette étude ne peut en effet être réalisée dans le délai de trois semaines imparti pour l'établissement de la fiche d'impact simplifiée.

Mais les ministères éprouvent encore quelques difficultés à réaliser des évaluations préalables complètes, *a fortiori* à remonter le moment de leur réalisation avant l'adoption d'une proposition formelle par le collège des commissaires. ***Or c'est précisément durant cette phase que les marges d'influence sont les plus grandes.***

Il importe aussi d'identifier très tôt les collectivités territoriales et les autorités administratives indépendantes susceptibles d'être intéressées, afin de les impliquer tant dans la réflexion que dans la préparation des positions de négociation.

Il pourrait être complété par un *mémoire explicatif*, comme au Royaume-Uni. Destiné aux parlementaires nationaux et européens, mais aussi aux partenaires intéressés à la négociation, ce document retracerait *les premiers éléments de la position française* et comporterait *une série de questions soumises à la consultation*.

• ***Destiné à devenir l'interlocuteur privilégié, voire le partenaire du secrétariat général des affaires européennes pour les transpositions, le secrétariat général du Gouvernement (SGG) devrait donc, dès le départ, être associé à la réalisation des études d'impact*** afin que les conséquences, sur le droit national et sur les pratiques administratives, des réformes envisagées par la Commission soient analysées au moment des premières consultations et évaluations.



Dès que la proposition de texte est adressée au Conseil et au parlement européen, le secrétariat général des affaires européennes doit se rapprocher du secrétariat général du Gouvernement afin *d'établir un tableau de concordance entre les dispositions de la directive proposée et les textes nationaux* susceptibles d'être modifiés par voie de conséquence.

Le groupe à haut niveau sur l'adaptation au droit communautaire²⁰⁰ qui réunit, depuis septembre 2004, les deux correspondants de la transposition désignés au sein de chaque ministère, sous l'autorité conjointe du secrétaire général du Gouvernement et du secrétaire général des affaires européennes, en liaison avec les ministères chargés des relations avec le Parlement et des affaires européennes, pourrait être associé à la réalisation de ces évaluations *ex ante*.

Ainsi, les difficultés prévisibles d'articulation avec le droit national existant ou avec des réformes en projet pourraient être identifiées plus en amont et, si elles sont de nature politique, soumises, dès ce stade, à l'arbitrage du Premier ministre.

Le dialogue entre le secrétariat général des affaires européennes et le secrétariat général du Gouvernement pourrait également faciliter la juste appréciation, dès le départ, des délais nécessaires pour la transposition des directives afin d'insister, lors des contacts informels préalables avec les institutions communautaires, puis lors de la négociation officielle, pour obtenir des dates limites plus réalistes.

Pour être effective, la coordination envisagée appelle un renforcement sensible des moyens du secrétariat général du Gouvernement afin qu'il y ait une correspondance aisée entre les compétences des chefs de secteur du secrétariat général des affaires européennes et celles des chargés de mission du secrétariat général du Gouvernement²⁰¹.

Outre les divers aspects liés à la transposition des directives et à l'application du droit communautaire et européen, des réunions régulières et communes du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat général des affaires européennes avec les directeurs d'administration centrale par grands secteurs de compétence permettraient d'assurer une « veille stratégique et prospective » sur les projets envisagés, mais également sur les réformes à suggérer à la Commission.

• Pour les textes les plus importants, il pourrait être intéressant d'expérimenter la constitution de « groupes ad hoc » interministériels ouverts aux différents acteurs impliqués à l'exemple des comités danois ou des pratiques administratives britanniques.

200 - Créé par la circulaire précitée du Premier ministre du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres adoptées par les institutions de l'Union européenne. « *Un effort de programmation doit prolonger le travail ainsi accompli en amont de l'adoption de l'acte par les institutions européennes, de manière à prévenir les retards ou difficultés, de nature administrative notamment, traditionnellement observés dans la transposition. [...] La constitution d'un réseau interministériel de correspondants de la transposition est nécessaire pour faciliter cette programmation et veiller à sa mise en œuvre effective.* »

201 - Le SGAE comporte seize chefs de secteur « opérationnels », et le SGG, huit chargés de mission.



L'évaluation doit en effet s'appuyer sur les concertations les plus ouvertes possibles, ainsi d'ailleurs que le prescrit *la circulaire du 19 décembre 2005 relative à l'association du Parlement, des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et de la société civile aux processus de décision européens*.

Cette circulaire identifie quelques structures de concertation susceptibles d'être, d'ores et déjà, utilisées à cette fin :

- le comité consultatif de la législation et de la réglementation financière²⁰² ;
- le Conseil de la concurrence pour le ministère de l'économie et des finances ;
- la réunion régulière des 51 associations dans le cadre de la « *coalition française pour la diversité culturelle* » pour le ministère de la culture ;
- ou encore, le Conseil national pour la jeunesse et les 26 comités régionaux pour la jeunesse.

Le comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales (CDSEI)²⁰³, présidé par le ministre en charge du travail et de la formation professionnelle, constitue également une enceinte pertinente de consultation. Il se prononce depuis 1998 sur les projets européens de réforme dans le domaine du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et des affaires sociales.

Selon le principe retenu par nombre de nos partenaires, ces groupes *ad hoc* devraient réunir des fonctionnaires en charge de la négociation, de la transposition et de l'application et s'ouvrir aux partenaires économiques et sociaux concernés par la proposition de texte. Ils pourraient utilement être consultés tout au long de la procédure. Ainsi serait conservée la mémoire de ces différentes phases et assurée la nécessaire permanence des contacts entre les autorités publiques et les milieux privés intéressés par le projet.

202 - Le comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF) remplace le comité de la réglementation bancaire et financière et la commission de la réglementation du Conseil national des assurances. Il est, aux termes de l'article L. 614-2 du code monétaire et financier, « *saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie de tout projet de loi ou d'ordonnance et de toute proposition de règlement ou de directive communautaires avant son examen par le Conseil des Communautés européennes, traitant de questions relatives au secteur de l'assurance, au secteur bancaire et aux entreprises d'investissement, à l'exception des textes portant sur l'autorité des marchés financiers, ou entrant dans les compétences de celle-ci.* » Il est constitué, d'une part, de personnes issues de l'administration, et, d'autre part de représentants des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des sociétés d'assurance, de représentants des clientèles et d'un représentant des organisations syndicales de ces secteurs.

203 - Le « *comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales* », créé par le décret n° 98-1080 du 30 novembre 1998, est composé de huit membres représentant les patrons et de huit membres représentant les salariés dont deux CGC, deux CFDT, et deux FO. Il est institué auprès du ministre chargé du travail et de l'emploi et il a pour mission :

- a. *l'information et la consultation des partenaires sociaux sur les travaux en cours dans les domaines du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et des affaires sociales, au sein de la Communauté européenne et des autres organisations et instances internationales concernées, [...]*
- b. *l'association des partenaires sociaux à toutes les étapes de la procédure de coordination des politiques de l'emploi instituée par le Conseil européen de Luxembourg du 21 novembre 1997 ; les partenaires sociaux apporteront dans ce cadre leur contribution à la mise en œuvre des « lignes directrices » pour l'emploi ;*
- c. *la consultation des partenaires sociaux sur le projet de « grandes orientations de politique économique » adoptées en vertu de l'article 103 du traité instituant la Communauté européenne.*



À titre d'exemple, la constitution d'un tel groupe, dès la sortie en mai 2003 du *Livre vert sur les services*, aurait probablement permis *d'identifier plus tôt* les difficultés posées par l'application du principe du « pays d'origine », et par conséquent aurait conduit à exprimer de sérieuses réserves lors de la phase de consultation ainsi que précédemment mentionné. Une étude d'impact, dès ce stade, aurait également attiré l'attention des ministres et du Premier ministre sur les difficultés à prévoir. Elle les aurait vraisemblablement conduit à soulever cette question avant même que la proposition de directive soit adoptée par le collège des commissaires.

Une association plus étroite des collectivités territoriales et des associations de défense de l'environnement aurait également amené le Gouvernement à *identifier dès le départ*, et avant même que ne commence l'examen par le Conseil et par le parlement européen, *les difficultés qu'étaient susceptibles de soulever les directives relatives à la protection de l'environnement et prescrivant la réalisation d'équipements coûteux*. À tout le moins, les collectivités territoriales auraient-elles été informées et mises à même de programmer leurs investissements et leurs financements. Ceci aurait épargné certaines des procédures pré-contentieuses et des contentieux actuellement en cours, sur le fondement de l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne, et dont les coûts en termes d'amende et d'astreinte risquent de s'avérer particulièrement élevés (de l'ordre de plusieurs centaines de millions d'euros).

5.2. Des choix politiques en temps et au niveau utiles

Aucune position ne peut être pleinement défendue par l'administration sans une validation politique. Il convient donc de soumettre les arbitrages le plus tôt possible aux ministres et aux Premier ministre.

5.2.1. L'Europe au cœur de la vie gouvernementale

Le Président de la République est seul à intervenir, même s'il arrive que le ministre des affaires étrangères prenne la parole, lors des Conseils européens dont le rôle est, ainsi qu'il a été vu, désormais déterminant, tant dans le choix des priorités et de l'agenda, que dans la recherche des ultimes compromis sur les principaux dossiers.

Les ministres s'expriment au sein des différentes formations du Conseil lors de la négociation des propositions de directive et de règlement. Ils sont également les interlocuteurs politiques du parlement européen.

• ***Un « Conseil stratégique sur l'Europe » sous l'autorité du Président de la République.***

La nécessité d'une réflexion stratégique au plus haut niveau concernant les affaires européennes a été soulignée à de nombreuses reprises, notamment par



le Commissariat au Plan²⁰⁴ devenu Centre d'analyse stratégique. Elle découle de la prééminence prise par le Conseil européen dans la détermination des impulsions politiques et dans la définition des ultimes compromis concernant les dossiers majeurs de l'Union européenne.

Un « Conseil stratégique sur l'Europe », se réunissant selon une périodicité régulière, pourrait compléter les réunions d'ores et déjà organisées autour du Président de la République en vue de préparer les échéances immédiates résultant de l'agenda du Conseil européen à venir.

Réunissant autour du Président de la République, le Premier ministre, le ministre des affaires étrangères, le ministre de l'économie et des finances, le ministre en charge des affaires européennes et tout autre ministre intéressé par l'ordre du jour, ainsi que le secrétaire général des affaires européennes et le représentant permanent de la France auprès de l'Union européenne, ce Conseil stratégique sur l'Europe *aurait pour mission d'examiner les principaux sujets européens prévisibles à moyen terme et relevant in fine de la compétence du Conseil européen, de mandater l'administration afin de procéder à leur analyse et d'arrêter ensuite les priorités politiques essentielles.*

Son secrétariat pourrait être assuré par le secrétaire général des affaires européennes dans la continuité du comité interministériel pour l'Europe, présidé par le Premier ministre, et plus particulièrement en charge de la préparation des réunions du Conseil en ses diverses formations ministérielles.

Le Conseil stratégique sur l'Europe pourrait d'ailleurs voir son ordre du jour préparé par le comité interministériel sur l'Europe, présidé par le Premier ministre et se réunissant à un rythme mensuel, selon une procédure coordonnée par le secrétaire général des affaires européennes et par le secrétaire général du Gouvernement.

Les réunions préparatoires organisées sous l'autorité du Premier ministre auraient alors pour objectif *l'identification préalable* des secteurs sur lesquels la France devrait proposer des initiatives au regard des indications, observations ou suggestions recueillies par les ministères auprès des milieux concernés, mais aussi auprès des collectivités territoriales ou des autorités administratives indépendantes.

Il pourrait ainsi délibérer des grandes échéances prévisibles à cinq ans : la réouverture du dossier de la politique agricole commune prévue en 2009, l'examen à mi-parcours des perspectives financières 2007-2013, la réforme institutionnelle à la suite des référendums négatifs en France et aux Pays-Bas, ou encore les priorités de la présidence française de l'Union qui va s'exercer du 1^{er} juillet au 31 décembre 2008.

204 - Proposition inscrite dans le rapport établi par le Commissariat général au plan, au sein d'un groupe présidé par l'amiral Lanxade, La Documentation française, 4^e trimestre 2002. Il y était notamment souligné que : « *L'un des défauts les plus alarmants concerne la difficulté dans la définition et la mise en œuvre d'une stratégie européenne [...] Il existe dès lors un retard dans la réflexion gouvernementale par rapport au Royaume-Uni et à l'Allemagne [...] La nécessité d'une coordination politique au plus haut niveau est apparue indispensable à la majorité des responsables politiques et administratifs [...]* ».



Il aurait également compétence pour déterminer, de façon prospective, les initiatives, les impulsions ou les propositions susceptibles d'être promues par la France auprès de ses principaux partenaires à propos des grands dossiers transversaux jugés prioritaires, tels que la préservation des services publics au regard de la politique de concurrence, l'élaboration d'une politique sociale européenne plus protectrice ou les mesures à envisager en vue d'assurer la protection du milieu rural. À ce niveau seraient sélectionnées les contributions susceptibles d'être déposées par la France à l'exemple des récentes démarches suivies pour le dépôt des mémorandums français relatifs à une politique européenne de l'énergie²⁰⁵, à une nouvelle stratégie pour le marché intérieur²⁰⁶ ou aux étapes vers l'Europe numérique²⁰⁷.

Il devrait également évoquer les principales négociations en cours et trancher les points les plus délicats, ainsi que l'état des transpositions des directives, des contentieux et des précontentieux les plus importants.

Les réunions de ce Conseil stratégique sur l'Europe pourraient également être consacrées à la définition de la stratégie et des alliances bilatérales ou multilatérales nécessaires à leur aboutissement, ainsi qu'à la préparation des sommets bilatéraux régulièrement réunis. Elles permettraient enfin d'impliquer plus tôt, et au plus haut niveau, les responsables politiques eux-mêmes sur les projets de réforme envisagés par la Commission.

• *Une coordination interministérielle renforcée*

Les sujets abordés au Conseil européen intéressent désormais les compétences de l'ensemble des ministères. Même les stratégies et actions communes décidées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune peuvent concerner, outre le ministère des affaires étrangères, le ministère en charge de la défense et le ministère de l'économie et des finances lorsque des dépenses à la charge du budget communautaire sont susceptibles d'en résulter.

Il en va également ainsi lorsque sont abordées les questions relatives au fonctionnement de l'Union économique et monétaire, à l'intégration de nouveaux États membres au sein de cette Union ou encore à la réalisation d'un espace de sécurité, de liberté et de justice. Les ambitions de la politique européenne de l'énergie, l'évolution des perspectives financières – comme la répartition des dépenses entre dépenses obligatoires, notamment la politique agricole commune, et dépenses non obligatoires, telles que les fonds structurels –, ou encore les réformes institutionnelles sont, par essence, des enjeux de nature interministérielle.

205 - « Mémorandum de la France pour une relance de la politique énergétique européenne dans une perspective de développement durable », 20 janvier 2006.

206 - « Vers une nouvelle stratégie pour le marché intérieur », septembre 2006.

207 - « Contribution pour une Europe numérique », présentée officiellement par la France au Conseil télécommunications du 8 juin 2006.



Il en résulte que la coordination assurée par le secrétariat général des affaires européennes doit se poursuivre de façon continue à toutes les étapes du processus de décision européen, y compris lorsque les dossiers relèvent de l'arbitrage du Président de la République en vue des Conseils européens à venir. Il en découle une nécessaire adaptation des missions et de l'organisation de la coordination interministérielle sur les affaires européennes.

S'il ne fait aucun doute que le secrétariat général des affaires européennes, en tant qu'administration de mission, doit continuer d'être rattaché au Premier ministre et d'assurer le secrétariat du comité interministériel sur l'Europe, comme le prévoit le décret n° 2005-1283 du 17 octobre 2005, *il pourrait être opportun que le secrétaire général lui-même cumule cette fonction avec celle de conseiller européen du Président de la République pour les affaires européennes.* Le secrétaire général serait ainsi plus particulièrement responsable de la préparation des *Conseils stratégiques sur l'Europe*, des sommets bilatéraux entre États membres et de l'instruction de l'ordre du jour du Conseil européen. Ce mode d'organisation a d'ailleurs prévalu à plusieurs reprises notamment de 1985 à 1990²⁰⁸.

Une telle organisation ne remet pas en cause l'autorité du Premier ministre sur les arbitrages nécessaires à la préparation des Conseils et relatifs à tous les dossiers relevant de la compétence gouvernementale, mais elle préserve la continuité de la coordination à tous les stades de la décision, y compris lors de la recherche des derniers compromis au Conseil européen. Elle garantit, en outre, une étroite coordination préalable sur l'ensemble des initiatives proposées par la France au Conseil européen.

La continuité ainsi préservée de la concertation interministérielle ne fait *que prendre acte de l'évolution du rôle et des compétences du Conseil européen voulue par les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice.* Elle en adapte les conséquences à la dyarchie exécutive propre à l'organisation constitutionnelle française afin de prévenir les discontinuités de coordination susceptibles d'en résulter, afin aussi d'en faciliter la compréhension par les principaux partenaires européens.

Les pays de l'Union européenne ne connaissent pas notre dyarchie et ils sont dirigés par un chef de Gouvernement qui est assisté d'un conseiller pour les affaires européennes. Ce conseiller européen prépare les arbitrages essentiels du chef de Gouvernement après avoir été systématiquement destinataire des instructions de négociation préparées par les différents ministères. Il participe en outre aux sommets et visites bilatérales et accompagne le chef du Gouvernement au Conseil européen. Il travaille en coordination permanente avec le représentant permanent auprès de l'Union européenne.

208 - Elisabeth Guigou était alors secrétaire général du SGCI (secrétariat général du comité interministériel pour les affaires européennes).



Trois avantages principaux seraient donc susceptibles de résulter du maintien de la coordination interministérielle à toutes les étapes du processus de négociation européenne :

– les contacts avec les autres États membres seraient simplifiés par cette harmonisation avec leur propre organisation. Leur serait ainsi épargnée la multiplicité des interlocuteurs français sur un même dossier, ainsi que la coupure, souvent dénoncée par les parlementaires, entre les réflexions administratives et les choix politiques ;

– l'autorité des arbitrages du secrétariat général des affaires européennes en sortirait renforcée, tant vis-à-vis des conseillers des chefs d'État ou de gouvernement des autres États membres, que pour les instructions de négociation ;

– la continuité des positions françaises au sein des institutions communautaires, jusqu'au Conseil européen, serait mieux assurée, et la tâche du ministre délégué aux affaires européennes en serait facilitée d'autant.

• *Une cellule européenne au sein des ministères*

Il semble aujourd'hui que, dans la majorité des cas, un service des affaires européennes au sein de chaque ministère ne soit plus aussi nécessaire qu'au début des années 1990, à l'époque où se négociaient les 300 directives nécessaires à la réalisation du marché intérieur. Les affaires européennes sont désormais traitées par les directions et les bureaux compétents et gérées comme les affaires intérieures. Elles n'en constituent d'ailleurs qu'une dimension.

Néanmoins il serait utile de maintenir au sein de chaque ministère *une cellule légère en charge des affaires européennes qui aurait un rôle d'impulsion, de coordination et d'expertise juridique sur les dossiers européens.*

À ce titre, elle serait chargée de préparer la négociation en veillant notamment à la réalisation d'évaluations préalables, de suivre la transposition des directives en faisant respecter les agendas, et de prévenir les difficultés d'application.

Elle pourrait s'assurer de la bonne information du Parlement, comme des parlementaires européens, à propos des principaux enjeux européens concernant le ministère : textes en cours de préparation, propositions examinées par le Conseil ou par le parlement européen, difficultés de transposition et d'application rencontrées par les services du ministère, contentieux en cours devant la Cour de justice. Elle pourrait dans ce cadre développer notamment une information sur les questions préjudicielles entrant dans le champ des préoccupations et des compétences du ministère.

Elle pourrait apporter son concours pour que les projets de lois et de décrets soient précédés, comme le propose le rapport, d'une analyse préalable du droit communautaire applicable à la matière traitée ainsi que des législations de nos principaux partenaires régissant les mêmes sujets. Elle pourrait veiller à l'alimentation du site internet du ministère en informations pertinentes sur les affaires européennes en cours dans le champ de compétence du ministère.

La cellule en charge des affaires européennes pourrait enfin veiller à la formation en droit communautaire des fonctionnaires du ministère, organiser et suivre les parcours professionnels européens, notamment l'envoi des experts nationaux détachés.



5.2.2. L'information précoce du Parlement et l'appui sur celui-ci

Jusqu'en 1979, le parlement français était réputé associé à la construction européenne par l'intermédiaire de ceux de ses membres qu'il désignait à l'Assemblée des Communautés européennes. L'élection du parlement européen au suffrage universel direct a conduit à la création d'une délégation parlementaire pour les Communautés européennes dans chaque assemblée²⁰⁹. À la suite de l'Acte unique européen, les délégations ont été adaptées²¹⁰ pour se rapprocher des commissions parlementaires dans leurs modalités de fonctionnement. Consécutivement au traité de Maastricht, leur compétence a été étendue aux affaires intérieures et de justice et à la politique étrangère et de sécurité commune.

L'article 88-4 de la Constitution²¹¹ prévoit que le Gouvernement soumet au Parlement les propositions de texte comportant des dispositions de nature législative et qu'il peut lui adresser tout autre projet, proposition d'acte ou document. Sur décision du secrétariat général des affaires européennes, les documents préparatoires de la Commission (communications, Livres verts, Livres blancs) jugés intéressants lui sont communiqués.

Le Conseil européen de Bruxelles a décidé, les 15 et 16 juin 2006, que le Président de la Commission européenne adresserait directement aux parlements nationaux, à compter du 1^{er} septembre 2006, l'ensemble de ses propositions afin de leur permettre de se prononcer, par anticipation sur le traité constitutionnel, sur le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Entre le 1^{er} septembre et le 24 octobre 2006, la délégation pour l'Union européenne du Sénat a ainsi été saisie de 137 propositions, et a émis des réserves auprès du Président de la Commission sur 7 d'entre elles²¹².

Le Parlement reçoit en outre la communication des ordres du jour prévisionnels des Conseils. En outre, un débat public sans vote a lieu avant chaque Conseil européen, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. Les ministres ont reçu mission de présenter régulièrement aux commissions parlementaires compétentes les enjeux et les résultats de chaque réunion du Conseil des ministres de l'Union

209 - Loi n° 79-563 du 6 juillet 1979 relative à l'indemnité des représentants français à l'Assemblée des Communautés européennes.

210 - Elles sont passées de 18 à 36 membres.

211 - Article 88-4 de la Constitution : « 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.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions peuvent être votées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets, propositions ou documents mentionnés à l'alinéa précédent ».

Les délégations aux affaires européennes de l'Assemblée nationale et du Sénat tirent leur existence d'une loi qui n'est pas inconstitutionnelle : CC, Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, sur la loi portant réforme de la planification.

212 - Examen des textes adressés par la Commission européenne aux parlements nationaux depuis le 1^{er} septembre 2006. Communication de M. Hubert Haënel du 9 novembre 2006 et comptes-rendus de la délégation du Sénat pour l'Union européenne.



européenne auxquelles ils participent²¹³. Au préalable, ils sont invités à soulever systématiquement une réserve d'examen au Conseil si, après avoir exprimé son intention de prendre une résolution sur une proposition qui lui est soumise en application de l'article 88-4, le Parlement ne s'est pas encore prononcé.

Les délégations pour l'Union européenne des deux assemblées parlementaires sont destinataires des comptes-rendus de négociation établis par la Représentation permanente française auprès de l'Union européenne. Il leur est donc possible de suivre l'évolution du texte ainsi que les positions exprimées par la France et par ses partenaires, et les contacts bilatéraux engagés.

Enfin, les textes définitivement adoptés par les institutions de l'Union européenne sont transmis aux assemblées avec les éléments leur permettant d'être informées de la manière dont leurs résolutions ont été prises en compte dans la négociation.

Plusieurs améliorations peuvent être suggérées afin que le pouvoir exécutif puisse davantage s'appuyer sur l'action du Parlement à propos des négociations en cours, notamment lors des rencontres régulières de l'ensemble des parlements au sein de la Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires des parlements de l'Union européenne (COSAC)²¹⁴ et lors des contacts réguliers noués entre les commissions en charge des affaires européennes.

- Sur les modèles britannique et nordique, il serait intéressant *d'adresser très tôt aux parlementaires nationaux et aux députés européens élus en France un mémorandum explicatif leur présentant une analyse du texte envisagé par la Commission, un tableau de concordance et la première appréciation du Gouvernement, assorti éventuellement d'un questionnaire.*

- Par la suite, il serait pertinent que les délégations pour l'Union européenne, mais aussi les commissions parlementaires compétentes, reçoivent *les évaluations préalables* sur le modèle de la commission de contrôle de la législation européenne de la Chambre des communes. Afin d'assurer la meilleure information sur l'évolution du texte au cours de la négociation, il serait utile que le Gouvernement adresse régulièrement aux assemblées *une notice d'information retraçant les évolutions du texte et indiquant dans quelle mesure il a été tenu compte de leurs positions. Ils seraient ainsi en mesure de relayer les arguments essentiels lors des contacts entre les parlements de l'Union.*

- Pourraient être désignés, sur chaque texte important, *deux députés et deux sénateurs*, appartenant à la majorité et à l'opposition, qui deviendraient les correspondants réguliers du Gouvernement et du groupe *ad hoc* mis en place afin de procéder à des échanges réguliers d'information sur l'évolution des positions au sein de la société française, du Conseil et du parlement européen, mais également sur les débats en cours dans les différentes capitales européennes.

- Enfin, *les ministres pourraient avoir un débat avec les délégations pour l'Union européenne «avant» et «après» chaque Conseil.* Pour être pertinents, ces échanges préalables devraient se dérouler pendant les quelques jours

213 - Circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution.

214 - J. Rideau – 5^e édition – p. 397, fait remonter le début de cette conférence à novembre 1989 lors de la réunion des parlements nationaux à propos de l'Acte unique européen.



qui séparent la réunion du comité des représentants permanents (COREPER) de celle du Conseil. Ainsi la Commission consultative pour l'Union européenne du *Riksdag* suédois, comme la Grande commission finlandaise, sont-elles consultées tous les vendredis par les ministres qui participent à un Conseil la semaine suivante. Pour la Suède, les rencontres sont préparées, le vendredi matin, au cabinet du Premier ministre, en présence du représentant permanent de la Suède auprès de l'Union européenne. Les parlementaires sont ainsi informés des derniers compromis obtenus au comité des représentants permanents (COREPER) réuni la veille, et des points restant en discussion au Conseil. Il arrive parfois que le gouvernement suédois modifie sa position en fonction des observations émises par les parlementaires. Enfin, le Premier ministre suédois consulte cette commission avant chaque Conseil européen.

- *Un sort particulier devrait être fait aux textes interférant avec les compétences des collectivités territoriales* : les collectivités territoriales françaises ne sont pas comparables aux *Länder* et un rôle équivalent à celui conféré en Allemagne au *Bundesrat*, lorsque sont en cause les compétences de ces derniers, *ne paraît pas pouvoir l'être au Sénat*. Néanmoins, une procédure spécifique pourrait être envisagée afin de permettre une meilleure prise en compte des intérêts et des positions des collectivités territoriales.
- Saisi en application de l'article 88-4 de la Constitution, au tout début de la procédure d'examen des textes par le Conseil et le parlement européen, en vue de déterminer la nature législative ou réglementaire de ces textes, *le Conseil d'État peut d'ores et déjà attirer l'attention du Gouvernement sur ceux d'entre eux qui posent de particulières difficultés juridiques, ainsi d'ailleurs qu'il l'a fait s'agissant de la proposition sur la protection des données nominatives*²¹⁵.

En complément, le Gouvernement pourrait solliciter plus souvent l'avis du Conseil d'État, avant et en cours de négociation, ainsi que le suggère la circulaire du Premier ministre en date du 30 janvier 2003.

Déjà utilisée notamment à propos de la directive sur les services dans le marché intérieur²¹⁶ ou du mandat d'arrêt européen²¹⁷, *cette saisine gagnerait à être davantage pratiquée par le Gouvernement*. Le recours à cette consultation préalable permet, en effet, de clarifier, à l'intention des décideurs politiques, les enjeux juridiques des propositions envisagées ou examinées, ainsi que les modalités de leur insertion dans le droit national.

Le Conseil d'État avait ainsi, par exemple, été amené à attirer l'attention du Gouvernement sur la réforme de la Constitution qui s'avérait nécessaire en cas d'adoption de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen alors en cours de négociation. Une révision constitutionnelle a alors été engagée.

215 - Directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil, 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 de ces données, *Journal officiel* L 281 du 23 novembre 1995, p. 31-50.

216 - Avis n° 368 282 en date du 26 septembre 2002.

217 - Avis n° 371 000 en date du 18 novembre 2004.



Pourraient participer à l'ensemble de ces échanges sur les dossiers communautaires, et en recevoir le compte-rendu :

– les parlementaires européens élus en France, ainsi que le pratique par exemple l'Espagne ;

– les membres de la commission parlementaire qui aura à connaître des projets de loi de transposition des directives et décisions-cadres en cours de négociation.

5.2.3. L'appui sur le parlement européen

Dès l'émergence d'une réforme, il importe d'agir auprès du parlement européen, d'une part, en associant, ainsi qu'il vient d'être suggéré les parlementaires européens élus en France, aux débats et discussions préalables à la définition des éléments de la position française et d'autre part, en rencontrant le rapporteur, son adjoint²¹⁸, les membres de la commission compétente, et les éventuels alliés afin de leur présenter les arguments et interrogations soulevés par la proposition en cours d'examen.

Cette action auprès du parlement européen revêt en effet un caractère essentiel : les derniers grands textes adoptés, notamment la directive REACH²¹⁹ et la directive sur les services dans le marché intérieur, ont fait l'objet d'un compromis d'abord au parlement européen, pour être ensuite, pour l'essentiel, entérinés par le Conseil²²⁰.

Lors de la phase d'évaluation, les parlementaires européens élus en France devraient être régulièrement invités aux débats entre les ministres et les délégations pour l'Union européenne, notamment lors de la préparation des réponses aux premiers questionnaires, Livres verts ou Livres blancs, à l'exemple des Cortes en Espagne. Ils devraient, eux aussi, être destinataires des mémorandums explicatifs, des évaluations préalables et des tableaux de concordance établis dès le début.

Il serait intéressant qu'ils participent, une fois la proposition de texte adoptée par le collège des commissaires et notifiée au Parlement par le Président de la Commission, à la réflexion sur le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité sur lequel les assemblées parlementaires s'apprentent à répondre en application des décisions prises par le Conseil européen à Bruxelles en juin 2006. Ils pourraient également être invités aux réunions préparatoires ou informés de leurs principales conclusions.

Il reviendrait au ministère chef de file et au secrétariat général des affaires européennes de veiller, dès ce stade, à la transmission des informations et analyses.

218 - Le « shadow » rapporteur appartient toujours à un mouvement politique différent. Il peut donc être un relais essentiel dans le dispositif.

219 - Cf. *supra* 4.1.

220 - La France a pu faire valoir ses arguments sur la directive services, et obtenir le retrait de la règle du pays d'origine au parlement européen, alors même qu'elle fut longtemps isolée au Conseil.



Lors de l'examen simultané par le Conseil et par le parlement européen, et notamment si la procédure de codécision est suivie, il revient au ministre en charge des affaires européennes et à la représentation permanente de présenter aux parlementaires européens, notamment les groupes politiques, les rapporteurs et les membres de la commission compétente, les positions de la France et les argumentaires établis en soutien.

Il s'agit alors d'exercer un travail d'influence, dans toute la mesure du possible avec le relais des parlementaires européens élus en France. Un tel effort doit être poursuivi jusqu'à l'adoption en session plénière à Strasbourg. À cet égard, il est dommage que les conseillers de la représentation permanente ne disposent pas des mêmes moyens que leurs homologues²²¹.

5.2.4. *L'implication des collectivités territoriales*

L'étude du Conseil d'État publiée en avril 2004²²², *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, identifiait les nombreux sujets communautaires intéressant directement les collectivités territoriales, parmi lesquels les règles applicables à la fonction publique territoriale, à la protection de l'environnement, aux marchés publics et aux délégations de service public ou encore les dispositions du traité instituant la Communauté européenne concernant les aides aux entreprises.

L'environnement est le secteur qui concentre aujourd'hui le plus grand nombre de procédures d'infraction et de recours en manquement²²³. Plusieurs d'entre eux reposent sur une mauvaise application des directives adoptées dans ce domaine, les collectivités territoriales n'ayant pas encore réalisé les équipements jugés indispensables. Il en va ainsi notamment de la directive relative au traitement des eaux résiduaires urbaines²²⁴ et de celle relative à la qualité des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire²²⁵. Il en va de

221 - Les défraiements qui leur sont accordés ne couvrent pas, et loin de là, le prix d'une nuitée. Ils ne disposent en outre d'aucun frais de représentation.

222 - Conseil d'État, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La Documentation française, avril 2004.

223 - Voir sur ce point «*Les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement*», Rapport d'information du Sénat n° 342 (2005-2006) de M^{me} Fabienne Keller.

224 - La procédure dont la France a fait l'objet pour non-respect de la directive 91/271/CEE du Conseil, *Journal officiel* L 135 du 30 mai 1991, p. 40-52, relative **au traitement des eaux urbaines résiduaires** a fait l'objet d'une décision de classement de la Commission le 4 avril 2006 après notification des mesures prises pour appliquer l'arrêt de manquement prononcé par la Cour de justice le 23 septembre 2004 (décret n° 2006-503 du 2 mai 2006 et circulaire du 8 décembre 2006).

225 - La France a fait l'objet d'un premier avis motivé le 3 avril 2003 pour non-exécution de l'arrêt de la Cour de la justice en date du 8 mars 2001, complété par un avis motivé complémentaire en date du 13 juillet 2005. La Cour avait en 2001 condamné la France pour non-respect de la directive du 16 juin 1975 (Directive 75/440/CEE du Conseil, *Journal officiel* L 194 du 25 juillet 1975, p. 26-31) **concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les États membres**. En 2006, le ministère de la santé et des solidarités estimait que le risque était fort de se voir infliger une sanction pécuniaire, sachant que la somme forfaitaire maximale est fixée à 239 millions d'euros.



même pour les directives relatives au traitement des déchets²²⁶ ou à l'information du public en matière environnementale²²⁷.

Les passations de marchés publics de travaux, de fournitures ou de prestations de services ainsi que l'octroi de délégations de service public constituent également un secteur sensible de réglementation communautaire intéressant les collectivités territoriales ainsi que les organismes privés auxquels elles confient une mission de service public. Les uns comme les autres sont en effet des « *pouvoirs adjudicateurs* » au sens des directives communautaires relatives aux marchés publics et aux délégations de service public²²⁸. Ils sont donc soumis à des obligations de publicité préalable au *Journal officiel de la Communauté européenne* et, au-delà d'un certain seuil, à une obligation de mise en concurrence.

Les aides publiques versées aux entreprises doivent être préalablement notifiées à la Commission dans les mêmes conditions que les aides d'État. Lorsque l'aide a été accordée par une collectivité territoriale, c'est à cette dernière qu'incombe la responsabilité de la récupération de l'aide, conformément à l'article L. 1511-1 du code général des collectivités territoriales²²⁹.

Une circulaire du Premier ministre en date du 26 janvier 2006²³⁰ vient utilement rappeler les définitions essentielles et les procédures afin que soit mieux assurée l'application, au plan local, des règles communautaires de concurrence. Il y est notamment précisé que la notion d'aide d'État recouvre « *l'ensemble des avantages, directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises, notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux, quelles que soient leurs formes, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prises de participations en capital, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations, de*

226 - Directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux *déchets*, *Journal officiel* L 194 du 25 juillet 1975, p. 39-41.

Directive 91/689/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 relative aux *déchets dangereux*, *Journal officiel* L 377 du 31 décembre 1991, p. 20-27.

227 - Directive 2003/4/CE du parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant *l'accès du public à l'information en matière d'environnement* et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *Journal officiel* L 41 du 14 février 2003, p. 26-32. Le précontentieux relatif à l'application de cette directive a fait l'objet d'une décision de classement de la commission le 28 juin 2006.

228 - Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant *coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* (*JOCE* L 185, p. 5) telle que modifiée par la directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 (*JOCE* L 120, p. 1), ainsi que la directive 93/37/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 portant coordination de passation des marchés publics de travaux (*JOCE* L 199, p. 54).

229 - Article L. 1511-1 al. 2 du CGCT : « *Toute collectivité territoriale, tout groupement de collectivités territoriales ayant accordé une aide à une entreprise est tenu de procéder sans délai à sa récupération si une décision de la Commission européenne ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes l'enjoint, à titre provisoire ou définitif. À défaut, après une mise en demeure restée sans effet dans un délai d'un mois à compter de sa notification, le représentant de l'État territorialement compétent y procède d'office par tout moyen* ».

230 - Circulaire du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques des entreprises, *Journal officiel* n° 26 du 31 janvier 2006, p. 1602.



prêts ou de mises à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de locations ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés ».

La gestion des fonds structurels met également en relation les collectivités territoriales avec le droit communautaire pour tous les programmes dont elles sont bénéficiaires.

Enfin, *les règles spécifiques applicables à l'outre-mer* peuvent ouvrir des contentieux ainsi que l'a montré la longue procédure sur l'octroi de mer, considéré par la Cour de justice comme une mesure d'effet équivalent à un droit de douane²³¹, ou encore la question sensible de la libre prestation de services dans les pays et territoires d'outre-mer.

Plusieurs initiatives prises par le Gouvernement visent à mieux informer les collectivités territoriales des propositions de texte communautaire susceptibles de les concerner.

La circulaire du Premier ministre en date du 19 décembre 2005²³² prévoit « *une réorganisation de la fonction de veille du secrétariat général des affaires européennes et de la représentation permanente pour que l'interface entre les autorités européennes et les collectivités territoriales sur les questions européennes soit mieux assurée* ».

Le comité interministériel sur l'Europe a décidé, qu'à compter du 1^{er} janvier 2007, les propositions de la Commission européenne intéressant les collectivités territoriales sont transmises aux associations d'élus locaux. Des rencontres semestrielles avec ces mêmes associations sur les questions européennes sont mises en place par le ministre délégué aux collectivités territoriales et par le ministre délégué aux affaires européennes. Enfin des séminaires d'information sur les principaux dossiers de l'actualité européenne sont proposés dans chaque département, sous l'autorité des préfets.

D'autres améliorations permettraient de détecter et donc de prévenir d'éventuelles difficultés d'application.

Pour cela, il conviendrait de :

- ***Mieux associer les collectivités territoriales.***

Celles-ci doivent participer à la réflexion stratégique, aux études d'impact et à la définition des positions françaises pour les projets de texte communautaire les concernant.

Ainsi que le soulignait le Conseil d'État dans son étude de 2004, « *ce travail d'évaluation devra être réalisé le plus en amont possible, dès que la Commission informe et consulte les autorités françaises sur un avant-projet de texte communautaire, même non encore finalisé. Ainsi la position française prendrait en compte l'impact du projet de texte sur les collectivités territoriales et les autorités françaises pourraient, le cas échéant, suggérer des amendements afin d'éviter d'éventuelles difficultés* ».

231 - CJCE, affaire C-163/90, 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c/ Legros*, rec. p. I 4625.

232 - Circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2005 relative à l'association du Parlement, des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et de la société civile aux processus de décision européens.



Les associations représentant les collectivités territoriales concernées gagneraient à être intégrées au sein des groupes *ad hoc* constitués dès l'émergence d'un projet européen les concernant et se réunissent tout au long de leur procédure d'examen.

Avant d'envisager, comme le suggérait le ministre de l'écologie et du développement durable lors du comité interministériel sur l'Europe du 6 février 2006, d'inscrire d'office au budget des collectivités territoriales les amendes ou astreintes prononcées par la Cour de justice en application de l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne, il conviendrait en tout état de cause de mieux les associer à la définition des positions de négociation.

De même, les collectivités territoriales directement intéressées ou mises en cause, pourraient-elles utilement participer aux réunions organisées avec la Commission au cours des procédures pré-contentieuses pour non-application ou mauvaise application du droit communautaire. Des échanges directs faciliteraient l'émergence de compromis plus rapidement que la procédure actuelle qui consiste à retransmettre les informations du secrétariat général des affaires européennes *via* le ministère de l'intérieur et le secrétariat général pour les affaires régionales (SGAR), et réciproquement. Le recrutement récent par le secrétariat général des affaires européennes d'un correspondant des collectivités territoriales devrait faciliter la démarche.

Le partage de l'information entre les associations, le Gouvernement, le secrétariat général des affaires européennes, la représentation permanente et la délégation française du comité des régions, permettrait de renforcer l'influence des arguments proposés.

L'État et les collectivités territoriales doivent se comporter comme des alliés et s'efforcer de défendre les mêmes points de vue. À défaut, la position de la France risque de se trouver affaiblie et les divergences dans les positions exprimées de bénéficier aux tenants de thèses opposées ou différentes.

• ***Organiser et rationaliser l'action des collectivités territoriales à Bruxelles.***

Le dialogue qui s'est développé entre la représentation permanente et les représentants des collectivités territoriales, à la faveur notamment du recrutement d'un fonctionnaire chargé des questions régionales, mérite d'être poursuivi.

Il serait probablement souhaitable de prolonger le regroupement amorcé des représentations des collectivités territoriales françaises à Bruxelles sous l'égide de la maison européenne des pouvoirs locaux. Celle-ci résulte d'une convention signée en décembre 2005 entre les présidents d'associations représentatives des collectivités territoriales²³³, à l'exception de l'association des régions de France, afin d'acquérir une meilleure visibilité dans le travail d'information et de *lobbying* vis-à-vis de l'ensemble des institutions européennes.

233 - La Maison européenne des pouvoirs locaux à Bruxelles regroupe d'ores et déjà l'Association des maires de France, l'Association des maires des grandes villes, l'Association des petites villes de France et la Fédération des villes moyennes, ainsi que l'Association des départements de France. Certains souhaiteraient qu'elle soit rejointe par l'Association des régions de France.



La maison européenne des pouvoirs locaux est à l'origine d'un site internet présentant notamment les initiatives et débats intéressant les collectivités territoriales. Elle réalise des notes de synthèse sur l'actualité européenne, elle soutient les élus présents à Bruxelles, elle suit notamment l'activité du Comité des régions, elle participe aux débats européens relatifs notamment à la politique régionale, aux services publics, aux marchés publics, aux partenariats public-privé et aux concessions, à la politique européenne de l'environnement, à la politique de communication des institutions européennes et à la coopération décentralisée.

Elle a pour ambition de développer les relations entre les services européens des cinq grandes associations qu'elle regroupe, de renforcer la participation des élus locaux aux débats européens et de devenir une force de proposition.

6. Négociateur : s'appuyer sur les alliances diplomatiques, les autorités administratives indépendantes et la société civile

L'influence repose aussi sur la convergence des actions et des positions avec certains de nos partenaires, avec les milieux concernés et avec les autorités administratives indépendantes compétentes.

6.1. Les alliances entre les États membres, préalable indispensable

L'examen par le Conseil et par le parlement européen se caractérise par une mobilité de la négociation qui appelle, lorsque vingt-sept États membres et les intérêts les plus variés sont en cause, une construction permanente d'alliances, en vue de dégager les compromis et positions communes qui ne soient pas trop contraires aux objectifs et intérêts préalablement définis et politiquement arbitrés.

Il importe, dès le début de l'examen de la proposition de texte par le Conseil et par le parlement européen, et en s'appuyant sur le réseau des ambassades bilatérales, comme sur les contacts de la représentation permanente avec ses homologues, de disposer d'une analyse précise des intérêts divers en présence, des positions des uns et des autres et des enjeux qui les fondent.

L'écoute attentive et la compréhension des positions exprimées par les autres États membres, y compris les nouveaux entrants et ceux dont la taille est plus modeste, doit nécessairement précéder la définition d'une position nationale qu'elle peut d'ailleurs contribuer à amender ou à améliorer. *La construction des alliances et le ralliement des alliés potentiels pour, selon les cas, réunir une majorité qualifiée en faveur d'un compromis ou être en mesure de constituer une minorité de blocage sur les initiatives qui se heurtent à de sérieuses objections, repose sur ce préalable indispensable de l'ouverture aux arguments respectifs des uns et des autres.* Le procès de l'arrogance française ne repose-t-il pas souvent sur ce déficit d'écoute préalable et de dialogue constructif ?



Or seule une connaissance approfondie des enjeux permet la *réalisation d'argumentaires* susceptibles de dégager des positions communes, ce qui reste l'ambition fondamentale de l'examen par le Conseil. Pour être pertinents, les exposés des motifs élaborés au soutien des positions communes doivent donc répondre aux préoccupations et objections des partenaires de la négociation et être adaptés à leur situation politique, juridique, économique et sociale afin d'être en mesure de dégager les compromis acceptables par les uns et par les autres ou encore de convaincre de la validité des positions défendues au regard de leurs propres préoccupations.

L'exercice est d'ailleurs pratiqué avec efficacité par l'administration française, mais souvent dans l'urgence et dans les quelques semaines qui précèdent la réunion d'un Conseil. Il mériterait donc d'être conduit plus tôt afin de construire ces alliances au moment où les marges de négociation sont les plus importantes.

6.2. L'appui sur la société civile

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, les partenaires économiques et sociaux sont des acteurs influents du processus de décision européen.

Ils interviennent très largement au cours des procédures de consultation lancées par la Commission, dès la préparation des réformes. Il pourrait donc être intéressant de s'inspirer des pratiques anglo-saxonnes ou nordiques pour les impliquer dans la définition des premières positions prises lors des réponses adressées aux questionnaires de la Commission, puis lors de la négociation.

Les avantages d'une telle méthode sont multiples :

- elle donne l'occasion, aux uns et aux autres, *d'exprimer leurs points de vue avant que les positions officielles ne soient définitivement arrêtées*, permettant ainsi d'écarter le sentiment de dessaisissement et d'impuissance encore tout récemment exprimé ;
- elle donne la possibilité de *mettre à plat, très tôt, les conflits pouvant opposer les intérêts en présence* et ainsi de faciliter leur règlement avant que la France ne prenne de position lors de ses contacts informels avec la Commission ou lors de l'examen au Conseil ;
- elle facilite l'évaluation de l'impact du projet de texte et autorise *une définition des positions françaises au plus près des intérêts nationaux* ;
- elle est de nature à favoriser *l'identification des actions* devant être conduites auprès d'autres États ou de groupes sociaux étrangers ;
- elle dispose l'ensemble des parties intéressées à *une meilleure acceptation des législations communautaires* puisqu'elles participent à leur conception et à leur élaboration ;
- elle facilite enfin *l'adoption ultérieure des mesures de transposition*.

Les procédures de consultation élargie permettant de s'appuyer sur les milieux intéressés devraient être organisées par chaque ministère, comme c'est déjà le cas pour certains d'entre eux, notamment pour le ministère de l'agriculture et celui de l'économie et des finances.

Une telle démarche permettrait à l'administration de veiller, autant que possible, à la cohérence des positions exprimées à Bruxelles par les autorités publiques, d'une part, et les partenaires économiques et sociaux, d'autre part. Les positions officielles en seraient, dès leurs premières expressions, renforcées.



6.3. La part des autorités administratives indépendantes

Comme le faisait apparaître le rapport public du Conseil d'État²³⁴ consacré en 2001 aux autorités administratives indépendantes, la relation entre celles-ci et le droit communautaire est à double sens.

S'il leur revient d'appliquer le droit communautaire, il n'en reste pas moins que « *les exigences communautaires d'ouverture à la concurrence des secteurs des services publics en réseaux, notamment des secteurs des télécommunications, de l'énergie ou, maintenant de la poste, ont souvent été à l'origine de leur création. [...] Au nombre des obligations définies par les directives communautaires prévoyant l'ouverture de ces marchés dans lesquels un opérateur public, que l'on qualifie d'historique, dispose généralement d'une situation de monopole.* »

La quarantaine d'autorités administratives indépendantes participe donc à l'élaboration du droit communautaire et à son application²³⁵. Elles sont directement impliquées par certaines négociations et ont, pour la plupart, organisé leurs services de façon à être en mesure de répondre aux enjeux européens.

Elles fonctionnent déjà en réseau, plus ou moins intégré, avec leurs homologues européennes, parfois autour d'une direction générale de la Commission, parfois autour d'une agence européenne, parfois au cours de réunions communes auxquelles participent la Commission ou le Conseil. Le constat généralement fait est celui d'une bonne coordination permettant de définir une position française cohérente tenant compte de leurs préoccupations.

Toutefois, la participation efficace des autorités administratives indépendantes à la définition de la position nationale se heurte à quatre difficultés structurelles :

- les sujets européens ne sont pas assez anticipés et l'autorité administrative indépendante est parfois prévenue trop tard d'une négociation sur laquelle il lui faut exprimer une position rapidement ;
- lors de la phase finale de la négociation, les réunions, instructions et modifications de position sont quotidiennes, ce qui est parfois incompatible avec leur rythme de travail, en raison par exemple de la réunion hebdomadaire de leur collège. Il leur faut alors anticiper ou se concentrer sur quelques points essentiels ;
- l'information est parfois défaillante, à la fois très en amont et dans l'instant de la négociation. Il conviendrait donc d'assurer une circulation optimale de l'information au niveau national, entre la représentation permanente, le secréta-

234 - Conseil d'État, Rapport public 2001, extrait des considérations générales, « *Les autorités administratives indépendantes* », La Documentation française, 2001.

235 - La procédure dite « Lamfalussy », du nom du président du comité des sages ayant rédigé un rapport sur la prise de décision concernant les valeurs mobilières en 2001, constitue une illustration d'association des régulateurs nationaux (pour la France, l'Autorité des marchés financiers) à l'élaboration, à l'exécution et à l'évaluation des mesures communautaires prises à propos des marchés financiers. Lors de la *conception*, la Commission consulte le comité européen des valeurs mobilières (CEVM), lors de l'*adoption des mesures d'exécution* elle prend l'avis du CEVM et du CESR (comité européen des régulateurs des valeurs mobilières) et l'*évaluation des réformes est réalisée* par le CESR qui élabore en complément des recommandations interprétatives communes et des standards communs. Très appréciée des professionnels, cette procédure a été étendue en 2003 aux secteurs de l'assurance, des banques, et aux organismes de placement collectif en valeur mobilière (OPCVM).



riat général des affaires européennes, les administrations et les autorités administratives indépendantes ;

– quand la position française est peu offensive, pour des raisons politiques ou tactiques, la position de l'autorité administrative indépendante peut être inexistante ou à l'inverse jugée trop isolée, si elle s'empare du sujet.

Ces difficultés pourraient être surmontées grâce à la définition d'une *stratégie commune* en amont de la négociation communautaire *stricto sensu* et par la participation des autorités administratives indépendantes intéressées à l'élaboration des études d'impact, des tableaux de concordance et des mémorandums explicatifs.

Pendant la négociation, une participation des autorités administratives indépendantes – qui est d'ailleurs parfois d'ores et déjà assurée – aux réunions de coordination au secrétariat général des affaires européennes ou au sein du ministère chef de file, serait de nature à permettre une meilleure prise en compte de leurs préoccupations lors de la définition des instructions de négociation.

L'association des autorités administratives indépendantes à la définition des positions et à l'élaboration d'une stratégie d'influence ne doit naturellement pas porter préjudice à leur indépendance. Il semble cependant aujourd'hui que l'impératif de cohérence des positions nationales exprimées à Bruxelles doive l'emporter sur la logique des réseaux créés entre les agences des différents pays, sous réserve que leur mise en réseau ne soit pas expressément prévue par le droit communautaire.

Il est, en tout cas, opportun de maintenir, autant que possible, un équilibre car, bien souvent, les réseaux de régulateurs livrent à la Commission des expertises techniques dont elle s'inspire par la suite pour présenter sa position sous forme de lignes directrices²³⁶.

Or le rôle, au sein de ces réseaux, des autorités administratives indépendantes françaises est, la plupart du temps, important²³⁷. Il est donc essentiel de leur conférer les moyens de conserver cette influence, et notamment les outils juridiques au soutien de la coopération européenne²³⁸.

236 - Par exemple, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) suggère des textes en matière de régulation de l'accès aux réseaux de l'électricité et du gaz, notamment dans le domaine des échanges transfrontaliers.

237 - La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) exerce également une influence reconnue au sein du groupe dit de l'article 29, qui réunit ses homologues européens. Elle a pris l'initiative de lancer un réseau européen d'experts en matière de technologies de l'information. Il en va de même de nombreuses autres autorités administratives indépendantes parmi lesquelles l'Autorité des marchés financiers (AMF), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou encore la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

238 - Le renforcement du cadre juridique de la coopération a connu une évolution substantielle avec la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. La capacité des autorités administratives indépendantes à conclure des conventions organisant leurs relations avec les autorités d'autres États, exerçant des compétences analogues a été reconnue. Cette compétence a d'abord concerné la Commission des opérations boursières (COB), et a ensuite été étendue à la Commission bancaire et à la Commission de contrôle des assurances en vertu de la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, et en dernier lieu au Conseil de la concurrence avec l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 et à l'autorité des marchés financiers et à la CCAMIP (Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des instituts de prévoyance [devenue l'ACAM : Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles]) en vertu de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003.



7. Être exemplaire : transposer et appliquer le droit communautaire

La crédibilité de positions exprimées par la France dépend en partie de la diligence avec laquelle les textes communautaires et européens sont transposés et appliqués. Il est donc impératif d'amplifier les efforts afin de devenir exemplaires, tant pour la transposition des directives que pour l'application du droit communautaire.

Or la France se place au 23^e rang avec 95 procédures d'infraction ouvertes contre elle, devant l'Espagne et l'Italie qui comptent respectivement 109 et 161 procédures d'infraction en cours. Il est donc important de redresser la situation alors même que les recours «en manquement sur manquement» exercés en application de l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne sont appelés à déboucher sur des condamnations financières très lourdes.

La Commission a adopté, le 13 décembre 2005, une communication sur la mise en œuvre de l'article 228²³⁹ exprimant une sévérité plus marquée : *elle sollicitera de la Cour la condamnation au cumul de l'amende et de l'astreinte ; elle annonce une amende minimale fixée pour chaque État membre en fonction de sa capacité de paiement qui s'élève, pour la France, à 10,9 millions d'euros ; elle ne se désistara plus en cas de régularisation en cours d'instance ; enfin, elle adaptera le montant des sanctions demandées à la gravité de l'infraction, à sa durée et à la nécessité d'assurer leur effet dissuasif.*

Le traité constitutionnel non ratifié par la France permet à la Commission de saisir directement la Cour de justice sur le fondement de l'article 228 après une demande d'information et sans recourir préalablement à la procédure de l'avis motivé. De plus, le recours en manquement exercé par la Commission contre un État membre qui n'a pas transposé dans les délais une directive communautaire peut être accompagné de conclusions tendant à la condamnation au paiement de sanctions financières.

7.1. La transposition dans les délais des directives et des décisions-cadres

En deuxième place des États membres pour la transposition des directives au début des années 1990, la France se situait en 2001 parmi les derniers. En mai 2004, elle connaissait un déficit de transposition égal à 4,1 %²⁴⁰. Elle a cependant, au prix d'un effort important, redressé la situation pour passer à 3,2 % en novembre 2004, 3 % en mars 2005, 1,9 % en juin 2006 et 1,3 % en février 2007²⁴¹. Cependant la France se situe au 22^e rang suivie par l'Espagne, la Belgique et la République tchèque.

239 - Communication de la Commission du 14 décembre 2005, « Mise en œuvre de l'article 228 du traité CE », SEC (2005) 1658 final.

240 - Les pourcentages cités correspondent au ratio des directives « marché intérieur » non transposées et dont la date limite de transposition est dépassée sur le nombre total de directives marché intérieur.

241 - Commission européenne, *Tableau d'affichage du marché intérieur*, 1^{er} février 2007 ; http://ec.europa.eu/internal_market/score/index_fr.htm.

L'objectif communautaire, atteint par dix-neuf États membres, est fixé à 1,5 %. Il n'y a donc plus, en février 2007, date de publication du tout dernier classement, que 22 directives en attente de transposition contre 31 six mois auparavant.

La Commission a décidé le 12 décembre 2006 de saisir à nouveau la Cour de justice d'un recours « *en manquement sur manquement* » contre la France pour non-exécution de l'arrêt C-419/03 du 15 juillet 2004 constatant l'absence de transposition de la directive 2001/18/CE relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Dans ce recours, elle s'apprête à demander la condamnation de la France au paiement d'une amende de 38 millions d'euros et au versement d'une astreinte d'un montant de près de 366 000 euros par jour.

Outre le retard de transposition, les transpositions incorrectes engagent la responsabilité des États membres : **la France à ainsi été condamnée le 14 mars 2006²⁴² à verser une astreinte de 31 650 euros par jour de retard pour non-exécution de l'arrêt du 25 avril 2002²⁴³** constatant la transposition insuffisante de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la « *responsabilité civile du fait des produits défectueux* ».

7.1.1. Une exigence politique et une obligation juridique

La transposition des directives constitue **une exigence politique**, régulièrement et solennellement réaffirmée lors des Conseils européens. Ainsi, le Conseil européen réuni les 23 et 24 mars 2001 à Stockholm, puis les 15 et 16 mars 2002 à Barcelone, a insisté auprès des États membres pour « *qu'ils transposent dans leur droit interne en priorité les directives relatives au marché intérieur.* »

L'obligation juridique résulte des termes même de l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne : « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre* ». Il en va de même pour les décisions-cadres du troisième pilier en vertu de l'article 34 du traité sur l'Union européenne.

Les normes nationales édictées pour la transposition doivent être claires et intelligibles pour le citoyen²⁴⁴, afin de lui permettre de se prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales des droits créés à son profit²⁴⁵. La direction générale compétente de la Commission, puis éventuellement la Cour de justice, veillent au respect de cette obligation. Le contrôle relève en revanche du Conseil pour les décisions-cadres adoptées dans le cadre du troisième pilier.

Le Conseil d'État a, dans un premier temps, considéré qu'il résultait des termes mêmes du traité que les autorités nationales restaient seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire des effets en droit interne. Il en a déduit que, quelles que soient les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directi-

242 - CJCE, affaire C-177/04, 14 mars 2006, *Commission c/ France*, rec. 2006, p. I-2461.

243 - CJCE, affaire C-52/00 du 25 avril 2002, *Commission c/ France*, rec. 2002, p. I-3827.

244 - Voir par exemple CJCE, affaire 143/83, 30 janvier 1985, *Commission c/ Danemark*, rec. p. 427.

245 - CJCE, affaire 29/84, 23 mai 1985, *Commission c/ RFA*, rec. p. 1661 ou encore CJCE, affaire C144/99, 10 mai 2001, *Commission c/ Pays-Bas*, rec. p. I. 3541.



ves ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel. C'est l'arrêt d'Assemblée du 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*²⁴⁶, dont les termes s'éloignent de l'interprétation de la Cour de justice conférant un effet direct aux directives, non dans les relations entre les particuliers, mais dans leurs relations avec les États, en les autorisant à en invoquer les dispositions à l'appui de leurs recours²⁴⁷.

Sans revenir sur ce principe²⁴⁸, le Conseil d'État a veillé à ce que ne soient pas adoptés des actes réglementaires qui seraient contraires aux objectifs d'une directive, même si celle-ci n'a pas fait l'objet d'une transposition en droit interne²⁴⁹. Toute personne intéressée peut inviter le Gouvernement à prendre les actes réglementaires nécessaires à la transposition d'une directive en droit interne et à rectifier ceux qui ne sont pas compatibles avec les objectifs de la directive, en application de la jurisprudence *Despujol*²⁵⁰.

Le Conseil d'État a en outre affirmé l'obligation pour les autorités nationales d'adopter les mesures nécessaires à la réalisation des objectifs d'une directive communautaire²⁵¹ et d'abroger les mesures nationales contraires aux objectifs de la directive, qu'elles soient antérieures ou postérieures à celles-ci²⁵². Il a expressément rappelé dans l'arrêt d'Assemblée *Compagnie Alitalia* que les autorités nationales « ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions des directives qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs ».

Tout justiciable peut exciper de l'illégalité d'un acte réglementaire contraire aux objectifs d'une directive²⁵³ ou, dans le délai de recours contentieux, en demander l'annulation. Il peut invoquer devant le juge national les dispositions d'une directive non transposée dans les délais à l'encontre d'une déci-

246 - Rec. p. 524; GAJA, 15^e édition, p. 636.

247 - CJCE, 17 décembre 1970, *Société SACE*, rec. p. 213.

248 - CE, section, 23 juin 1995, *SA Lilly France*, rec. p. 25; AJ 1995, 496, *RFDA* 1995, 1037, concl. Maugüe.

249 - CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, rec. p. 410; *RFDA*, 1985 303, concl. Dutheillet de Lamothe, 9 juillet 1993, *Association Force Ouvrière consommateurs*, rec. p. 212; Assemblée, 11 mars 1994, *Union des transporteurs en commun des voyageurs des Bouches du Rhône*, rec. p. 116.

250 - CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, rec. p. 30, GAJA n° 44, 14^e édition, 2003.

251 - CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature Environnement*, rec. p. 379.

252 - CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, rec. p. 44, concl. Chahid Nourai.

253 - CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, rec. p. 30; Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Barr*, rec. p. 202.



sion prise en conformité avec des normes nationales, écrites ou non écrites, si ces dernières ne sont pas compatibles avec les objectifs de la directive²⁵⁴.

Le Conseil d'État applique désormais, depuis l'arrêt d'assemblée du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*²⁵⁵, des modalités particulières de contrôle des actes réglementaires transposant des directives en cas de moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle : il recherche alors « *s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* ». Si tel est le cas, il recherche si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire et, en l'absence de difficulté sérieuse, il écarte le moyen invoqué. Dans le cas contraire, il saisit la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle. S'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la conformité aux principes constitutionnels propres à la France des dispositions réglementaires contestées.

La responsabilité de l'État peut être engagée en raison de l'illégalité des actes réglementaires pris sur le fondement d'une loi inapplicable pour méconnaissance des objectifs d'une directive, ainsi qu'il a été jugé par l'arrêt d'assemblée du 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*²⁵⁶.

La responsabilité de l'État peut également, depuis un récent arrêt d'Assemblée, en date du 8 février 2007, *M. Gardelieu*²⁵⁷, être invoquée lorsque des dispositions législatives sont incompatibles avec les engagements internationaux de la France.

Traditionnellement, cette responsabilité de l'État du fait des lois ne pouvait être engagée que dans le cas où une loi avait rompu l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Mais cette voie de droit a vocation à demeurer exceptionnelle : l'indemnisation des personnes qui ont subi un préjudice est en effet subordonnée à ce que, d'une part, la loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation, d'autre part, le préjudice en cause revête un caractère grave et spécial, c'est-à-dire affecte certaines personnes dans des conditions telles que soit manifestement rompue l'égalité des citoyens devant les charges qu'ils doivent normalement supporter dans l'intérêt général.

254 - Ainsi, la décision d'Assemblée du 6 février 1998 précitée, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, annule une délibération de la Communauté urbaine de Lyon décidant la réalisation du périphérique Nord et la 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, modifiée par la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui n'était pas transposée en droit interne, alors même que cette délibération avait été prise conformément au code des marchés publics.

255 - Requête n° 287 110.

256 - Rec. p 78 ; AJ. 1992210, concl. Laroque.

257 - Affaire n° 279 522.



En revanche, jusqu'à présent, s'il était clair qu'un acte administratif méconnaissant une convention internationale ou le droit communautaire et européen, était illégal et, par suite, constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État, il n'avait jamais été jugé que, dans le cas où une loi méconnaissait une convention internationale, l'État était, de ce seul fait, tenu de réparer les préjudices nés de cette méconnaissance.

Le recours de M. Gardedieu a donné au Conseil d'État l'occasion d'affirmer que, compte tenu des obligations qui sont celles de l'État pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, il est tenu de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France et, notamment, du droit européen.

Depuis la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004²⁵⁸, la transposition du droit communautaire en droit interne est qualifiée d'*exigence constitutionnelle* par le Conseil constitutionnel, en raison des termes du premier alinéa de l'article 88-1 selon lequel « *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 institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». Le Conseil constitutionnel a rappelé lors de la décision relative au traité établissant une constitution pour l'Europe, non ratifié par la France, que le Constituant avait ainsi « *consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »²⁵⁹.

Désormais, la violation des objectifs d'une directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil constitutionnel censure depuis peu les dispositions d'une loi manifestement incompatibles avec les objectifs de la directive qu'elle

258 - Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 7 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : "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 institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences" ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ».

Également décision 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 portant sur la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, cons. 18 ; Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 sur la loi relative à la bioéthique, cons. 4 ; Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 portant sur la loi 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, cons. 7 et 8 ; Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances, cons. 28.

259 - Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, rec. p. 173, traité établissant une Constitution pour l'Europe, cons. 11.



transpose, ainsi qu'il vient de le faire dans sa décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 sur la loi relative au secteur de l'énergie²⁶⁰.

7.1.2. Une plus grande rigueur administrative et une plus forte implication politique

L'étude réalisée en 2007 par le Conseil d'État sur la transposition des directives²⁶¹ fait apparaître que, malgré les progrès réalisés au cours des trois dernières années, le délai de transposition reste un des plus longs de toute l'Union européenne : il est en moyenne de 15 mois à comparer aux 4 mois constatés pour la Finlande ou le Danemark. De plus, il est rare, voire exceptionnel, que la transposition soit effectuée dans les délais sur lesquels, pourtant, la France s'est engagée lors de l'adoption de la directive. Enfin, le nombre de directives dont le retard de transposition est supérieur à deux ans reste anormalement élevé : il se porte encore, en février 2007, à 4 directives.

Les nombreuses circulaires du Premier ministre en la matière²⁶² attestent de la difficulté de l'exercice au regard de l'organisation administrative et des mœurs politiques françaises.

Toute amélioration durable appelle, en premier lieu, ***une plus grande rigueur des ministères responsables*** :

- Elle commence par l'établissement, dès la réception de la directive, ***d'un calendrier de transposition, avec « un compte à rebours »*** établi à partir de la date limite de transposition. Cet agenda de la transposition, décidé sous l'autorité conjointe du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat général des affaires européennes, doit être validé en comité interministériel sur l'Eu-

260 - Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Journal officiel* du 8 décembre 2006, p. 18544.

261 - À paraître à La Documentation française.

262 - La première remonte au **22 septembre 1988** et invite les administrations à veiller à « *la transposition adéquate en droit interne des directives communautaires dans les délais imposés* ».

La seconde, en date du **21 mars 1994** « relative aux relations entre les administrations » recommande « *la vigilance sur la qualité juridique des textes européens, notamment lorsque ces textes nécessitent une transposition en droit français. À cette fin, les objectifs de négociation au niveau communautaire doivent intégrer les préoccupations de clarté, de lisibilité et de rigueur juridique* ».

La troisième, en date du **9 novembre 1998** « relative à la procédure de transposition des directives communautaires en droit interne », insiste sur l'importance du respect des délais prévus dans la directive et souligne que « *la transposition préparée dès ce stade de la négociation, doit être entreprise aussitôt que la directive a été adoptée* ».

Enfin, plus récemment, la circulaire du Premier ministre du **27 septembre 2004** « relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes » insiste encore davantage sur l'enclenchement très en amont de la démarche intégrée suggérée précédemment : « *de la qualité de la transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes dépend à la fois la sécurité des situations juridiques et le crédit de la France auprès de ses partenaires européens. Les obligations de transposition pesant sur l'État découlent tant de la Constitution du 4 octobre 1958 que des traités européens. Un manquement à ces obligations n'affecte pas seulement notre crédit au sein de l'Union. Il expose la France à des sanctions contentieuses, y compris pécuniaires [...]. Le travail de la transposition ne peut être mené efficacement que s'il repose sur une démarche intégrée dès la négociation de l'acte* ».



rope. Chaque fois que les mesures de transposition sont législatives, le ministre en charge des relations avec le Parlement doit être associé.

- Elle se poursuit par **le principe du cantonnement du texte aux mesures strictement nécessaires à la transposition**. Nombre de retards de transposition constatés par le passé sont liés à des ambitions administratives et politiques allant au-delà des dispositions strictement voulues par la directive. Peut être citée la transposition de la directive en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Elle a été adoptée en 1985²⁶³ et la France se voit condamnée en 2006 pour insuffisance de transposition. Est également illustrative la transposition de la directive de 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données²⁶⁴, pourtant directement inspirée de la loi de 1978, et qui a demandé plus de neuf ans²⁶⁵.
- Elle implique également que les administrations en charge de la transposition soient davantage soutenues lorsque celle-ci s'avère délicate. Trois solutions pourraient être envisagées à cet égard :

– **la constitution d'une mémoire de la négociation** : la référence aux comptes-rendus de négociation pourrait faciliter la tâche des fonctionnaires en charge de la transposition, notamment lorsqu'ils n'ont pas été associés à la négociation. Il serait utile, à cet effet, de leur ouvrir, selon un mode crypté, la base de données du secrétariat général des affaires européennes en y ayant au préalable systématiquement intégré les comptes-rendus de négociations établis par la Représentation permanente ou par la délégation française, même s'ils figurent sur des télégrammes diplomatiques. Il serait ainsi possible, à partir de la référence du texte, d'accéder aux comptes-rendus des groupes de travail, du comité des représentants permanents (COREPER) et du Conseil, ainsi qu'aux instructions de négociation adressées par le secrétariat général des affaires européennes. Cette base de données pourrait en outre comprendre les fiches d'études d'impact simplifiées et les conclusions des évaluations préalables réalisées au cours de la négociation ;

– **la réunion de groupes de travail** entre les experts des États membres et la Commission, destinés à fixer les lignes directrices de la transposition, pourrait être sollicitée pour les directives les plus difficiles. Ces rencontres sont organisées par la Commission européenne, mais trop tard pour permettre la transposition dans les délais. Elle devraient, en tout état de cause, être sollicitées dès l'ouverture d'une procédure d'infraction ;

263 - Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *Journal officiel* L 210 du 7 août 1985, p. 29-33.

264 - Directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil, 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 de ces données, *Journal officiel* L 281 du 23 novembre 1995, p. 31-50.

265 - 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.



– *la désignation de pré-rapporteurs* du Conseil d'État pour les directives transversales les plus difficiles, telles que la directive relative aux services dans le marché intérieur²⁶⁶, serait de nature à faciliter la tâche des ministères.

L'implication politique est déterminante pour surmonter les inerties naturelles trop souvent constatées.

- Le « choix politique » de ne pas accepter un texte ou une disposition ne saurait être effectué au moment de la transposition alors même que la France s'est expressément engagée, tant vis-à-vis de ses partenaires européens que vis-à-vis des institutions européennes et de son opinion publique, à respecter les termes de la directive et à la transposer.

Les difficultés doivent donc être appréhendées au moment des procédures préalables de consultation par la Commission, puis lors de l'examen par le Conseil et par le parlement européen, afin d'obtenir toutes les modifications souhaitables.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que les États membres qui transposent le plus rapidement (Finlande, Danemark, Royaume-Uni) sont ceux qui pratiquent les consultations les plus élargies dès le début du processus et qui ont formalisé des évaluations préalables rigoureuses. L'adoption de la proposition de directive constitue un engagement politique à la transposer dans les meilleurs délais et, en tout état de cause, avant la date limite figurant en général aux articles finaux.

- Cette orientation suppose que le secrétariat général des affaires européennes soit associé à l'élaboration du programme de travail gouvernemental, sous la présidence du secrétariat général du Gouvernement et du cabinet du Premier ministre, afin que soient d'emblée intégrées les contraintes de la transposition.

- Elle implique que chaque ministre présente régulièrement une communication au Conseil des ministres sur l'état des transpositions dans son domaine de compétence, assortie de l'échéancier des transpositions à venir au regard des dates limites imposées pour chaque texte. Ces communications viendraient ainsi compléter le récapitulatif dressé tous les six mois par le ministre en charge des affaires européennes.

- Elle entraîne que le ministère qui ne fait pas diligence s'expose au paiement des amendes et astreintes prononcées par la Cour de justice, ainsi d'ailleurs que cela a été décidé pour le paiement des condamnations prononcées le 12 juillet 2005²⁶⁷. Malheureusement, cette condamnation intervient des années plus tard, ce qui atténue considérablement la responsabilité du ou des ministres à l'origine des retards de transposition.

- Elle conduit enfin à la recherche d'une « procédure législative simplifiée » à laquelle il puisse être facilement recouru pour les textes de transposition ne

266 - Directive du parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, adoptée par le parlement européen en deuxième lecture le 15 novembre 2006 et par le Conseil le 11 décembre 2006.

267 - CJCE, affaire C-304/02, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, rec. p. I-6263.



comportant pas ou très peu de marges de modification. Or tel n'est pas le cas de la procédure simplifiée existante.

Le groupe à haut niveau de l'adaptation au droit communautaire pourrait utilement voir ses compétences élargies à l'ensemble des procédures d'infraction lancées par la Commission et assurer à cet égard une information régulière du comité ministériel sur l'Europe. En effet les procédures relatives à la mauvaise application du droit communautaire sont aujourd'hui les plus nombreuses et risquent de s'avérer demain les plus coûteuses.

7.2. L'application vigilante du droit communautaire

La France connaît, au 31 décembre 2006, 8 affaires en manquement pendantes devant la Cour de justice, contre 38 pour l'Italie, 26 pour la Grèce, 21 pour l'Espagne, 20 pour l'Allemagne, 6 pour la Suède et 4 pour le Danemark²⁶⁸. La diminution des recours en manquement s'explique en partie par les efforts précédemment évoqués et accomplis au cours des trois dernières années pour améliorer la situation relative à la transposition des directives, y compris les transpositions tardives ou insuffisantes.

*Toutefois, de lourdes difficultés subsistent en ce qui concerne l'application effective du droit communautaire*²⁶⁹ et la Commission vient de décider, le 12 décembre 2006, d'introduire devant la Cour de justice 14 recours en manquement contre la France, fondés sur l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne, et un recours en « manquement sur manquement », en application de l'article 228 pour absence de transposition de la directive relative aux organismes génétiquement modifiés précédemment évoquée.

La France n'est donc pas encore, malgré les quelques progrès constatés, dans la meilleure des positions. Elle fut ainsi le premier État membre à être condamné, par un arrêt du 12 juillet 2005, au paiement d'une amende de 20 millions d'euros pour méconnaissance prolongée du droit communautaire²⁷⁰, et au cumul de cette amende avec une astreinte de 57,5 millions d'euros. Seules la Grèce, en 2000²⁷¹ et l'Espagne, en 2003²⁷² avaient au préalable été condamnées au paiement d'astreintes.

268 - Source : Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) : nombre d'affaires en manquement en instance devant la CJCE au 31 décembre 2006 : Italie : 38, Grèce : 26, Espagne : 21, Allemagne : 20, Irlande : 12, Autriche : 11, Portugal : 11, Belgique : 10, **France : 8**, Pays-Bas : 7, Finlande : 7, Royaume-Uni : 7, Suède : 6 ; Luxembourg : 5, Danemark : 4.

269 - Une circulaire du Premier ministre relative à la gestion des procédures d'infraction et à la prévention du contentieux lié à l'application du droit communautaire est en cours de préparation. Elle recommanderait aux ministères de désigner pour le suivi des procédures d'infraction les correspondants déjà choisis pour participer aux travaux de transposition des directives.

270 - CJCE, affaire C-304/02, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, rec. 2005, p. I-6263 : amende de 20 millions d'euros et astreinte de 57,7 millions d'euros par semestre de retard.

271 - CJCE, affaire C-387/97, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, rec. p. I-5047.

272 - CJCE, affaire C-278/01, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, rec. 2003, p. I-14141.



La France figure en tête des États membres pour les procédures de « manquement sur manquement » ouvertes en application de l'article 228 du traité instituant la Communauté européenne.

À titre d'exemple, deux types de difficultés, parmi d'autres, peuvent être mis en exergue car ils perdurent : il s'agit d'une part de l'omission de notification préalable et, d'autre part, de l'application tardive de certains dispositifs communautaires.

7.2.1. Le respect des obligations de notification préalable à la Commission

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, les aides versées aux entreprises sont en principe interdites par le traité en raison des distorsions de concurrence qu'elles sont censées provoquer. Sous réserve de la règle *de minimis*, elles doivent donc faire l'objet d'une notification préalable à la Commission en vertu de l'article 88 § 3 du traité instituant la Communauté européenne.

La « *stratégie de Lisbonne* », définie en mars 2000 par le Conseil européen, fixe en effet un objectif de réduction des aides d'État, à quelques exceptions près relatives au financement de la recherche et de l'innovation. Le Conseil européen appelle donc à un « *ciblage* » des aides et à leur réduction progressive.

En 2005, la Commission a reçu au total 663 notifications préalables donnant lieu à 646 décisions dont 89 % autorisaient les aides envisagées. Les deux tiers des décisions finales adoptées entre 2003 et 2005 (70 % exactement) sont concentrées sur cinq États membres : l'Italie (24 % du total), l'Allemagne (16 %), la France (11 %), l'Espagne (10 %) et le Royaume-Uni (9 %) ²⁷³.

Sur les 84 cas recensés par la Commission comme n'ayant pas fait l'objet d'une notification préalable, 15 concernaient le Royaume-Uni, 10 l'Allemagne, 9 l'Italie et **8 la France**.

Au 31 décembre 2005, 75 décisions ordonnant la récupération des aides étaient pendantes : l'Allemagne est le pays destinataire du plus grand nombre de procédures (35 %), tandis que l'Italie, l'Espagne et la France regroupent 53 % de la totalité des affaires de récupération pendantes. Il n'y a aucune procédure dans 14 États membres ²⁷⁴.

La France a consacré, en 2004, 9 milliards d'euros aux aides d'État, soit moins que l'Allemagne (17 milliards d'euros) mais plus que l'Italie (7 milliards d'euros) ²⁷⁵. Toutefois ces aides ne représentent que 0,5 % du PIB, contre 3,1 % pour Malte ou 1,7 % pour la Finlande.

Alors que le droit des aides figure dans le traité depuis 1958, la France a encore été condamnée le 5 octobre 2006 pour absence de récupération d'une aide illégalement versée ²⁷⁶ et la Commission vient de saisir de nouveau la Cour de jus-

273 - Source : Commission européenne, *Rapport général sur l'activité de l'Union européenne*, 2005, p. 62.

274 - *Tableau de bord des aides d'État* publié par la Commission européenne le 27 mars 2006, p. 32.

275 - *Tableau de bord des aides d'État* publié par la Commission européenne le 9 décembre 2005.

276 - CJCE, affaire C-232/05, 5 octobre 2006, *Commission c/ France*.



tice d'un recours en manquement portant sur la récupération des aides versées à France Télécom.

En outre, *de nombreux textes relatifs à la réalisation du marché intérieur instaurent des obligations de notification préalable à la Commission*, notamment pour l'édiction de nouvelles normes techniques. Il s'agit notamment des directives n° 98/34 du parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques²⁷⁷ et de la directive n° 98/48 du parlement européen et du Conseil, en date du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques²⁷⁸.

7.2.2. L'application rapide des dispositifs communautaires

L'administration française manque parfois des réflexes européens essentiels lorsqu'il s'agit de respecter des dispositifs prévus par le traité ou organisés par les textes de droit dérivé. De telles difficultés portent préjudice *in fine* aux objectifs poursuivis.

Deux exemples peuvent être cités à cet égard : la *gestion des fonds structurels*, d'une part, et la *réalisation des équipements rendus nécessaires par les objectifs fixés par les diverses directives relatives à la protection de l'environnement*, d'autre part.

– La gestion des fonds structurels

Les fonds consacrés à la politique de cohésion constituent le premier poste budgétaire de l'Union européenne et s'élèvent à 308 milliards d'euros dans les perspectives financières 2007-2013 arrêtées au Conseil européen de décembre 2005. Ils dépassent désormais les montants consacrés à la politique agricole commune.

Les trois objectifs prioritaires définis par les chefs d'État ou de gouvernement sont :

- « *la convergence* » qui mobilise 80 % des crédits, soit 251 milliards d'euros pour la période. Cet objectif bénéficie aux régions dont le produit intérieur brut par habitant est inférieur à 75 % de la moyenne communautaire soit, pour la France, les quatre départements d'outre-mer ; cet objectif est financé par les ressources du Fonds social européen (FSE), du Fonds européen de développement régional (FEDER), et du Fonds de cohésion ;
- « *la compétitivité régionale et l'emploi* » qui totalise 15 % des crédits, soit 49 milliards d'euros pour la période. La France en sera le premier bénéficiaire. Cet objectif mobilise le Fonds européen de développement régional et le Fonds social européen ;
- enfin « *la coopération territoriale européenne* » qui se voit attribuer les 5 % restant, soit 7,75 milliards d'euros en faveur des coopérations transfrontalières, transnationales et interrégionales.

277 - Publiée au JO L 204 du 21 juillet 1998, p. 37-48.

278 - Publiée au JO L 217 du 5 août 1998, p. 18-26.



La gestion détaillée des programmes cofinancés par les fonds structurels relève des États. Ils désignent pour chaque programme *une autorité de gestion* responsable de l'efficacité, de la régularité et de la mise en œuvre des opérations financées par les fonds structurels. À ce titre, cette autorité procède à l'évaluation des opérations envisagées, elle présente le rapport annuel d'exécution à la Commission et elle met en œuvre des mesures de contrôle interne. *L'autorité de paiement* certifie, quant à elle, les états de dépenses réalisées par les maîtres d'ouvrage qui doivent être adressés à la Commission. Elle perçoit les crédits communautaires et, si l'autorité de gestion le décide, procède au versement des subventions après contrôle du service fait.

La France a fait le choix d'une *gestion déconcentrée* des fonds structurels européens, en confiant *aux préfets de région* la double fonction d'autorité de gestion²⁷⁹ et d'autorité de paiement²⁸⁰. Malheureusement, cette gestion se caractérise notamment par *l'écoulement d'un délai de deux ans* en moyenne entre le moment où la Commission décide de l'octroi des fonds structurels et le moment où les collectivités territoriales françaises les perçoivent.

Il importe donc, quel que soit le mode de gestion retenu, déconcentré ou décentralisé, de poursuivre les efforts engagés en vue d'une consommation *accélérée* des crédits *qui doivent transiter rapidement par l'État*, alors même qu'ils ont pour vocation de financer des investissements réalisés par les collectivités territoriales. Tel est le cas chez nos partenaires qui se prévalent d'un délai moyen de six mois.

À défaut, des projets risquent de ne pas être financés, alors même que des lignes budgétaires avaient été ouvertes au niveau communautaire. La position de la France s'en trouve affaiblie lors des négociations ultérieures, les autorités communautaires ayant alors tendance à opposer la faible consommation de l'enveloppe des aides.

Plusieurs mesures de simplification ont déjà été mises en œuvre par le Gouvernement qui a décidé d'expérimenter le transfert de la gestion d'un programme, mais pour la seule région Alsace. Le conseil régional est ainsi devenu responsable de la gestion des crédits communautaires provenant du Fonds européen de développement régional (FEDER), du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) et du Fonds social européen (FSE).

Le bilan positif de l'expérience alsacienne a ouvert la voie à de nouveaux transferts de compétences qui restent cependant d'une ampleur très limitée au regard des montants concernés.

Plusieurs projets du programme INTERREG III (coopération entre régions transfrontalières) sont désormais gérés directement par des conseils régionaux (Aquitaine, Alsace, Bas-Rhin, Haute-Normandie, Poitou-Charentes, Nord-Pas-de-Calais, Guadeloupe, Réunion) ou par des groupements d'intérêt public (Lorraine-Alsace). Le programme URBAN (territoires urbains en difficulté) voit

279 - Cette fonction de gestion est concrètement assumée par les secrétaires généraux pour les affaires régionales (SGAR).

280 - C'est la loi du 6 février 1992 (article 5) qui leur donne la compétence de gestion des politiques nationales et communautaires en matière d'aménagement du territoire et de développement économique.



plusieurs de ses actions gérées directement par un groupement d'intérêt public (Grigny-Vitry), des communautés urbaines (Strasbourg, Bordeaux), ou même par des communes (Bastia, Le Havre).

Le Gouvernement a décidé, lors du comité interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires du 6 mars 2006, de poursuivre cette expérimentation pour l'ensemble des programmes de coopération territoriale européenne financés par les fonds structurels²⁸¹.

– Les directives relatives à la protection de l'environnement

L'application des directives relatives à la protection de l'environnement continue de soulever des difficultés, alors même qu'un récent rapport parlementaire²⁸² évalue à 85 % la part du droit de l'environnement qui est d'origine communautaire. Il dénombre 49 directives et 116 règlements ayant trait à la protection de l'environnement. Il y est rappelé que la mise en œuvre du programme *Natura 2000* mobilise en 2006 40 millions d'euros en autorisations d'engagement et 25 millions d'euros en crédits de paiement. La mise en place des directives communautaires relatives à la qualité des eaux (directive relative aux eaux résiduaires urbaines, directive relative aux nitrates, directive-cadre sur l'eau) mobilise près de 40 % des moyens d'engagement des agences de l'eau pour la période 2003-2006 (3,2 milliards d'euros).

Le droit communautaire fixe en général des objectifs en termes de qualité. Pour les atteindre, des équipements coûteux doivent être réalisés, souvent par les collectivités territoriales comme pour la directive relative aux eaux résiduaires urbaines.

Mais il faut aussi parfois modifier fondamentalement des comportements de production ou de consommation, ainsi que le rappelle le contentieux engagé à l'encontre de la France à propos de l'insuffisante application de la directive relative aux nitrates en Bretagne. Les taux encore élevés constatés en Bretagne sont en effet directement liés aux habitudes de production agricole et notamment à l'utilisation intensive de certains engrais.

L'application des directives relatives à la protection de l'environnement est d'autant plus délicate qu'elle appelle une approche transversale et une étroite coordination des différents intervenants en matière de police de l'environnement : ministères de l'agriculture, de l'équipement, de l'industrie, de la santé, agences de l'eau, collectivités territoriales, etc.

De meilleurs comportements en ce domaine supposent, ainsi qu'il a précédemment été relevé à propos des collectivités territoriales, une association, dès la définition des positions de négociation, de l'ensemble des acteurs qui auront par la suite à financer les équipements rendus nécessaires ou à assurer la police administrative des disciplines prévues par le droit communautaire.

281 - L'assemblée générale du Conseil d'État a examiné le 5 octobre 2006 le projet de loi prolongeant l'expérimentation Alsace.

282 - Rapport du Sénat, Fabienne Keller.



8. Développer des réflexes européens

L'administration française devrait enfin développer plus systématiquement un réflexe européen, que ce soit lors de l'élaboration de nouvelles normes ou lors de la notification des questions préjudicielles adressées par les juridictions des autres États membres de l'Union européenne. Ces réflexes seraient incontestablement facilités par une meilleure accessibilité du droit communautaire.

8.1. Réflexe européen dans l'activité normative, dans les interventions devant la Cour et dans l'information juridique

Lors de l'examen des projets de loi, plusieurs parlements, notamment la Diète polonaise, procèdent à l'analyse du droit communautaire applicable à la matière traitée, afin notamment de prévenir tout risque de contradiction de normes ou de contentieux ultérieur avec la Commission ou devant la Cour de justice.

8.1.1. Dans l'activité normative

L'ordre juridique communautaire fait de chaque fonctionnaire français un fonctionnaire européen, responsable de l'application des règles définies à Bruxelles au même titre que celles qui sont adoptées à Paris. Il lui appartient de prendre en considération cette dimension tant lors de l'élaboration des textes que lors de la mise en œuvre de certaines politiques afin d'assurer la compatibilité des normes en vigueur.

Lors de l'élaboration des textes nationaux, il serait opportun de se référer plus systématiquement au contexte juridique européen. Deux pratiques, déjà mises en œuvre par certains ministères, devraient être étendues :

- *la première consiste à faire figurer, en annexe de tout projet de loi ou d'ordonnance, le ou les textes de droit communautaire régissant la matière traitée, en même temps que l'analyse des législations de nos principaux partenaires européens sur le sujet ;*
- *la seconde est le rappel, dans une seconde annexe, des procédures de concertation ou de notification systématique à la Commission qui régissent éventuellement la matière traitée (aides d'État, normes techniques, etc.).*

Ainsi serait-il possible de vérifier, avant l'adoption formelle du projet de texte, sa bonne articulation avec le droit communautaire. Une telle pratique permettrait également de réfléchir aux rapprochements avec les législations et réglementations des autres États membres, avantage essentiel dans un marché ouvert caractérisé par une assez grande volatilité des activités et des capitaux.

Enfin seraient évitées les omissions de notification malheureusement encore constatées, notamment pour certaines exonérations fiscales ciblées, analysées par la doctrine de la Commission et par la jurisprudence de la Cour de justice, comme des aides d'État, ou encore pour les normes techniques applicables dans certains secteurs.



8.1.2. Dans la réaction aux questions préjudicielles adressées à la Cour de justice

Les grands principes du droit communautaire dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice l'ont souvent été à propos des questions préjudicielles posées par les juridictions des États membres. Elles ont représenté au cours de l'année 2006 environ 46 % des affaires enregistrées par la Cour.

À l'occasion de ces questions préjudicielles, tout État membre reçoit la notification du jugement de renvoi et a la possibilité d'intervenir dans la procédure pour présenter ses observations et faire valoir ses réflexions sur les questions d'interprétation et de validité qui sont en cause, quand bien même celles-ci émanent d'une juridiction d'un autre État membre. Il doit le faire dans un délai de dix mois et dix jours.

Ces questions préjudicielles sont adressées par la Cour de justice à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et au secrétariat général des affaires européennes. Ce dernier les diffuse à l'ensemble des ministères intéressés qui ***gagneraient à procéder plus systématiquement à l'analyse de leurs enjeux.***

Du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2006, la France est intervenue 109 fois à propos de questions préjudicielles posées par des juridictions d'autres États membres, contre 129 interventions pour Royaume Uni, 143 pour l'Italie, 113 pour l'Allemagne et 120 pour les Pays-Bas. Pour la seule année 2006, elle a présenté 18 interventions à propos de questions préjudicielles posées par des juridictions d'autres États membres contre 30 pour le Royaume-Uni, 30 pour l'Allemagne, 29 pour les Pays-Bas et 61 pour l'Italie.

Il est essentiel d'intervenir chaque fois que la question posée représente un enjeu juridique important : c'est l'une des clés du maintien de notre influence dans l'interprétation du droit communautaire originaire ou dérivé.

Mais il faudrait pour cela poursuivre et renforcer les efforts engagés, à Paris comme à Bruxelles, pour rendre le droit communautaire, comme les législations des autres États membres, plus accessibles.

8.1.3. Dans l'information juridique

Le droit communautaire reste encore difficilement accessible, tant pour les fonctionnaires chargés de le faire appliquer, que pour les justiciables. La prochaine présidence française de l'Union européenne qui se tiendra du 1^{er} juillet au 31 décembre 2008 pourrait utilement retenir l'accessibilité du droit communautaire parmi ses priorités.

• ***Au niveau national : harmoniser les codes, renforcer les liens dans les bases de données nationales, enrichir les sites internet des ministères***

Les règlements communautaires, directement applicables, ne sont intégrés au sein de la soixantaine de codes français qu'en fonction des choix de l'éditeur. Les codes ne retracent donc que de façon inégale le droit en vigueur. De même, ils ne font pas systématiquement référence aux directives transposées et ne comportent que très rarement des analyses de la jurisprudence de la Cour de justice, à l'instar de ce qui se pratique pour la jurisprudence nationale.



La base de données juridiques très complète que constitue *Legifrance*, comprenant à la fois les traités internationaux, les codes, les lois et règlements et les jurisprudences, pourrait à cet égard utilement être complétée par le texte consolidé des directives et règlements communautaires et européens en vigueur et par les principaux arrêts de la jurisprudence de la Cour de justice.

Certes, *Legifrance* comporte, d'ores et déjà, des liens vers les principaux sites communautaires. Mais ces derniers restent d'une utilisation délicate et l'information est souvent dispersée entre les bases de données de la Commission, du Conseil et du parlement européen.

Enfin, les sites internet des différents ministères pourraient faire apparaître la législation européenne en vigueur dans leur domaine de compétence ainsi que des informations sur les textes en cours de préparation ou de négociation. Il serait particulièrement intéressant à cet égard de faire mention des consultations pratiquées sur l'internet par la Commission européenne, ainsi que des communications, Livres verts ou blancs en cours d'élaboration ou d'examen.

Pourraient également être mentionnés, sauf impératif de confidentialité, les argumentaires et mémorandums explicatifs adressés à la Commission européenne, au Conseil ou au Parlement, par le Gouvernement français, ainsi que les documents envoyés aux principaux partenaires européens, aux parlementaires nationaux et aux députés européens.

Dans le fonctionnement ouvert et transparent qui caractérise aujourd'hui l'Union européenne, la diffusion la plus rapide et la plus large possible de l'information et des argumentaires constitue l'une des clés de l'influence.

• *Au niveau communautaire : un projet fort pour la prochaine présidence française de l'Union européenne en 2008 ?*

Au fil des années s'est accumulé un volume important de droit primaire : 17 traités comprenant environ 2 800 pages. Il en va de même pour le droit dérivé qui représente 14 500 actes normatifs et quelque 97 000 pages de *Journal officiel de l'Union européenne*²⁸³. À l'acquis communautaire, il faut ajouter la jurisprudence des juridictions européennes dont les arrêts exercent une incidence forte sur diverses branches du droit, y compris, aujourd'hui, le droit des personnes et de la famille, des contrats ou encore de la propriété.

Dans la continuité des initiatives lancées par la présidence britannique sous le programme intitulé « Mieux légiférer », et comportant notamment la réalisation systématique d'études d'impact, la France pourrait ériger l'accessibilité du droit communautaire et européen en projet de sa présidence en 2008 et proposer le regroupement des informations au sein d'une base de données juridiques unique.

Il faut en effet relever que la dispersion de l'information entre les nombreux sites des institutions européennes ne favorise guère l'accessibilité qui constitue pourtant une des conditions de la sécurité juridique et de la bonne application du droit communautaire.

283 - Selon les chiffres de la Commission.



– Les *bases de données généralistes* des institutions européennes sont accessibles par le site « *Europa* » de la Commission. La principale d'entre elles, dénommée « *Scadplus* », présente une synthèse de la législation européenne selon un classement thématique. Le site « *Europarl* » du parlement européen propose également des fiches thématiques sur les politiques communautaires.

– La principale *base de données juridique* « *EUR-LEX* », dont une nouvelle version a été mise en service en 2005, offre des possibilités de recherche étendues sur l'ensemble des sources. La nouvelle version est cependant jugée encore incomplète : certaines informations, telles que celles portant sur les transpositions nationales, ont disparu²⁸⁴, cependant que des documents publiés au *Journal officiel de l'Union européenne*, ne sont pas accessibles. Les textes non publiés ne sont disponibles que sur demande. La seconde base de données juridiques est celle de la Cour de justice « *Curia* » qui comporte désormais une table analytique.

– Il existe en outre *deux sites comportant des informations concernant les procédures de décision en cours* : la base « *Prelex* » de la Commission permet le suivi des procédures interinstitutionnelles et présente, pour chaque proposition, une fiche législative contenant des liens vers les documents des différentes institutions sur le texte en question ; elle est complétée par l'observatoire législatif du parlement européen, dénommé base « *Æil* ».

– Enfin, *un site d'accès aux législations nationales* a été ouvert en avril 2004. Intitulé « *Nat-Lex* », il pourrait devenir un instrument de travail précieux pour l'analyse des législations étrangères par l'administration française.

– Actuellement géré par le Conseil, le projet *Eulegis* a été lancé en 1998. Il prévoit la création d'une base de données européenne à plusieurs entrées : relations entre institutions, acteurs, informations légales, textes en cours de négociation.

La France pourrait donc, lors de sa présidence, donner une nouvelle impulsion politique aux efforts engagés en vue de la création d'une base de données européenne unique dont le besoin est manifestement ressenti.

Cette base de données devrait comporter :

- *le droit originaire*, constitué des traités au demeurant souvent réformés ;
- *les accords internationaux* conclus par l'Union européenne ;
- *le droit dérivé* avec une actualisation en temps réel ;
- *les propositions* de texte communautaire avec l'indication de leur agenda ;
- *les calendriers de consultation*, et leur évolution, ainsi que les travaux préparatoires disponibles ;
- *les documents servant de supports aux consultations menées* : communications, Livres verts et Livres blancs ;
- *la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* ;
- *la législation des pays membres de l'Union*, en tout cas dans un premier temps, *les textes de transposition des directives* d'ores et déjà adressés par voie électronique à la Commission.

284 - À titre d'exemple, du fait du passage à l'électronique du système de notification des mesures nationales d'exécution et de différents problèmes, la Commission n'a rien livré en la matière à l'office de juillet 2004 à mars 2005.



En complément, il pourrait être suggéré de donner un nouvel élan au processus de refonte des textes de la Communauté européenne par grands domaines politiques : environnement, santé ou concurrence et de renforcer ainsi l'unité juridique de l'Union européenne. L'accessibilité du droit communautaire implique, en effet, que soit relancé et sensiblement accéléré le processus de rationalisation de l'acquis communautaire mené par la Commission et le Conseil.

Les premiers efforts de codification du droit communautaire datent de la fin années 1980²⁸⁵. En 1992, le Conseil européen d'Edimbourg appelait à une simplification du droit dérivé, à la codification et à la consolidation de la législation communautaire. Les institutions ont alors signé un accord interinstitutionnel, le 20 décembre 1994, adoptant une méthode de codification accélérée²⁸⁶. Cependant, la méthode n'a pas fourni les résultats escomptés : entre 1995 et 2004 seuls trente actes ont été codifiés. À ce stade, elle a conduit à l'élaboration de seulement trois codes : le *code des douanes*, le *code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires* et le *code communautaire relatif aux médicaments à usage humain*.

Un nouvel accord interinstitutionnel, signé le 28 novembre 2001, a mis en place une nouvelle méthode dite de « *refonte* »²⁸⁷ qui est en réalité une consolidation²⁸⁸. À ce jour, neuf propositions d'actes de refonte ont été adoptées par la Commission, une seule par le Conseil²⁸⁹.

Pourtant, les résultats obtenus à la suite des travaux de la Convention et de la Conférence intergouvernementale, associant des représentants des gouvernements et des parlements des États membres, mais aussi de la société civile, sont venus apporter la preuve que la simplification est possible, dès lors que la priorité politique est clairement affirmée et soutenue.

Le traité constitutionnel non ratifié par la France ramène, en effet, de dix-sept à un les traités applicables et il réduit le nombre de pages de 2 800 à 800. Sa partie III intitulée « Les politiques et le fonctionnement de l'Union » opère une véritable consolidation de l'acquis du droit originaire.

285 - En 1987, la Commission demandait à ses services de proposer une codification des actes au plus tard lors de leur dixième modification. Les résultats de cet exercice furent toutefois minces : seuls 17 actes de codification officielle furent adoptés en huit ans.

286 - Accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994 sur une méthode de travail accélérée en vue d'une codification officielle des textes législatifs, *Journal officiel C 239/95* du 8 novembre 1995, p. 2.

287 - Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001, « Pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques », *Journal officiel C 77* du 28 mars 2002.

288 - La « refonte » comporte trois interventions : l'apport de modifications de fonds (qui constituent l'objet substantiel de la proposition de la Commission et doivent apparaître nettement) ; la codification proprement dite des dispositions inchangées quant au fond ; l'abrogation de l'ancien acte et son remplacement par le nouveau. Cette méthode a l'avantage de respecter le pouvoir d'initiative de la Commission et le fonctionnement des institutions communautaires. En effet la refonte vise à l'adoption d'un nouvel acte juridique dans le respect intégral du processus législatif normal de la Communauté. Elle nécessite donc une certaine confiance entre les institutions. Il faut noter la participation de groupes consultatifs composés des services juridiques des institutions européennes qui contrôlent le fait que la proposition ne comporte pas d'autres modifications de fond que celles qui ont été mentionnées comme telles.

289 - La refonte du « règlement concentration ».



8.2. Réflexe européen dans la gestion des fonctions publiques

*L'évolution du droit et de la jurisprudence communautaires a aujourd'hui des conséquences importantes sur l'organisation des trois fonctions publiques françaises – étatique, territoriale et hospitalière – examinées dans le rapport public du Conseil d'État de 2003 (Perspectives pour la fonction publique)*²⁹⁰.

8.2.1. L'ouverture et les échanges

Depuis l'article 5 bis, introduit dans le statut général des fonctionnaires par la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991, « *les ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général aux corps, cadres d'emploi et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.* »²⁹¹

En 2004, l'enquête réalisée auprès des directions du personnel de la fonction publique d'État faisait apparaître que 269 ressortissants de l'Union européenne avaient réussi un concours de la fonction publique, soit 0,3 % des recrutements par concours. Plus de huit sur dix ont rejoint les effectifs du ministère de l'éducation nationale comme enseignants du secondaire ou ingénieurs d'études et de recherche.

En outre, le ministère de l'éducation recensait, en mai 2005, 4 049 enseignants ressortissants de l'Union européenne, dont 1 854 titulaires ou stagiaires, soit environ 2 % des maîtres de conférence et des professeurs. Les autres ont le statut d'enseignants non permanents associés, lecteurs ou invités. Mais les activités d'enseignement ne comportent pas d'activités fermées aux ressortissants non français en application de l'article 5 bis modifié de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique pose désormais le principe de l'ouverture de tous les corps de la fonction publique aux ressortissants communautaires et un examen emploi par emploi, prenant acte de la logique fonctionnelle, et non plus statutaire, retenue par la jurisprudence de la Cour de justice²⁹². Continuent en effet de faire exception les fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté ou comportant une participation directe à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques. Ainsi est levée la première difficulté évoquée dans le rapport du Conseil d'État en 2003 et relative à la méthode retenue pour l'accès à la fonction publique, par corps.

290 - Publié à La Documentation française, 1^{er} trimestre 2003, p. 277 à 292.

291 - Par application de la jurisprudence de la CJCE relative à l'interprétation de l'article 39 du traité instituant la Communauté européenne : CJCE, 17 décembre 1980 et 26 mai 1982, *Commission c/ Belgique*, 149/79, rec. 1980 p. 3881 et rec. 1982, p. 1845, faisant suite à un premier arrêt de principe, *Sotgiu*, 12 février 1974, C 152/73, interprétant strictement les dispositions du 4^e paragraphe de l'article 39.

292 - CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg, Belgique et Grèce*, C-473/93, rec. p. I-3207, C. 173/94, rec. p. I-3265, et C 290/94 rec. p. I-3285.



La seconde difficulté, évoquée par le rapport de 2003, relative à l'impact potentiel sur le principe de promotion interne au sein de la fonction publique et les risques de discrimination à rebours subsistant pour les ressortissants nationaux exerçant les mêmes métiers, sous un régime de droit privé, n'est pas encore réglée.

La troisième difficulté, recensée en 2003, concernant l'accès, en cours de carrière, de ressortissants européens ayant démontré dans leur pays leur aptitude à exercer les fonctions auxquelles ils souhaitent accéder en France, a connu de nouveaux développements jurisprudentiels.

L'arrêt *Isabel Burbaud c/ Ministre de l'emploi et de la solidarité*, rendu par la Cour de justice en formation plénière le 9 septembre 2003²⁹³, assimile en effet la formation dans une école de fonctionnaires, en l'occurrence l'École nationale de la santé publique à Rennes, à un diplôme. Il en déduit que les directives relatives aux professions réglementées²⁹⁴ s'appliquent au recrutement des fonctionnaires. Le ressortissant communautaire ayant exercé de telles fonctions dans son pays d'origine ne peut donc être soumis ni à la formation dispensée au sein de l'école de fonctionnaires, ni à l'examen de fin de scolarité. L'intégration immédiate de l'intéressé reste soumise à l'existence d'une vacance d'emploi et à un examen d'aptitude ou un stage d'adaptation²⁹⁵, conformément aux principes reconnus par la directive sur la reconnaissance mutuelle des diplômes²⁹⁶.

L'accès à un corps de fonctionnaire par le seul concours d'entrée dans une école d'application est ainsi remis en cause, en tout cas pour les ressortissants des autres États membres dont les qualifications et expériences professionnelles doivent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle. Elle soulève la question évoquée plus haut du risque de discrimination à rebours à l'égard des ressortissants nationaux exerçant les mêmes métiers sous un régime de droit privé.

8.2.2. Les formations initiales et continues

Agir sur le contenu des formations en cours de carrière et ouvrir celles-ci aux ressortissants des autres États membres sont des actions d'effet immédiat et la

293 - CJCE, affaire C-285-01, 9 septembre 2003, *Isabel Burbaud c/ Ministre de l'emploi et de la solidarité*, rec. 2003, p. I-8219.

294 - La «profession réglementée», au regard des directives relatives à la reconnaissance mutuelle de diplômes, est une activité professionnelle dont l'accès ou l'exercice est subordonné juridiquement à la détention d'un diplôme ou d'un titre spécifique. Au nom du principe de reconnaissance mutuelle, un État membre ne peut imposer aux ressortissants communautaires de détenir le titre national conditionnant l'exercice de cette profession. Il est tenu d'ouvrir l'accès à ceux qui détiennent le titre équivalent, prescrit dans un autre État membre, pour exercer la même profession, lorsqu'elle est réglementée dans l'État d'origine. Lorsque tel n'est pas le cas, il suffit, pour y accéder dans l'État membre d'accueil, d'avoir exercé cette profession dans l'État membre d'origine pendant deux ans après avoir suivi la formation correspondante. Dans tous les cas, l'État membre d'accueil peut exiger en outre une expérience professionnelle, dont la durée est strictement encadrée, et la soumission à un stage d'adaptation ou à une épreuve d'aptitude.

295 - CE, 16 mars 2005, *Ministre de la santé et de la protection sociale et ministre de la fonction publique et de la réforme de l'État c/ Mme Burbaud*, Recueil Lebon, p. 109.

296 - Directive n° 89/48 du 21 décembre 1988 relative au système de reconnaissance générale des diplômes de l'enseignement supérieur. Cette directive sera abrogée et remplacée, le 20 octobre 2007, par la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005, *Journal officiel* L 255/22 du 30 septembre 2005.



poursuite de l'effort en ce domaine est prioritaire. Elles ne sauraient cependant suffire, à terme, si l'ensemble des formations initiales des fonctionnaires qui, jusqu'à ce jour n'intègrent pas suffisamment le droit et la dimension communautaire, ne sont pas complétées.

Le rapport du Conseil d'État, consacré au droit communautaire en 1992, se montrait critique à l'égard de la formation permanente des fonctionnaires, relevant que « *malgré quelques initiatives de qualité, la formation permanente de nos fonctionnaires aux problèmes européens n'est pas, non plus, assurée actuellement dans des conditions très satisfaisantes [...] Assez peu d'agents peuvent bénéficier de sessions de recyclage en droit communautaire* »²⁹⁷.

L'état des lieux²⁹⁸ en 2005 fait apparaître que les ministères ont tous intégré la dimension européenne dans les formations proposées à leurs agents²⁹⁹. Cependant les formations continues ainsi proposées reposent pour la plupart sur le

297 - Michel Herbillon, rapport précité, p. 62.

298 - Michel Herbillon, rapport précité, p. 149.

299 - « Existe-t-il au sein de votre ministère des programmes de formation continue sur les affaires européennes à destination des fonctionnaires ? », *Questionnaire sur l'information européenne des ministères et leur stratégie de communication sur l'Europe*, (rapport Herbillon). Réponse du Minefi (extraits) :

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) : en premier lieu, une sensibilisation au droit communautaire de la concurrence est intégrée au programme de formation continue dans ce domaine. En second lieu, ont commencé à se développer des échanges de fonctionnaires entre la DGCCRF et la DG concurrence de la Commission. Ces derniers ont débuté en 2004. Ils concernent au maximum trois fonctionnaires par an, pour une période d'un mois, et représentent un coût budgétaire d'environ 2500 euros par cycle de 15 jours.

La Direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI) organise une fois par an des journées de formation à l'intention des rédacteurs de la direction générale sur les questions européennes : processus décisionnel, négociation en matière communautaire, examen des principaux dossiers communautaires en cours...

L'Institut de gestion publique et du développement économique (IGPDE), opérateur de formation du Minefi, développe plusieurs activités liées aux thèmes européens.

Dans son offre « catalogue 2005 », il propose une palette importante de stages (14), autour des thématiques européennes, allant de l'histoire institutionnelle aux aspects économiques et juridiques de la construction de l'Union européenne. Elle a récemment mis en place une série d'« Ateliers Europe » ; s'adressant à des fonctionnaires affectés à des postes « européens » dans l'ensemble des ministères, ce cycle de quatre séminaires a pour objectif de faire comprendre le fonctionnement des institutions communautaires, les logiques de négociations et l'organisation des différents partenaires.

Le « Chede », cycle de séminaires s'adressant à des dirigeants d'entreprises, d'organismes socio-professionnels ou d'administrations et visant à analyser les processus de la décision publique dans le domaine économique tient un de ses huit séminaires annuels à Bruxelles où sont organisés rencontres et débats avec des personnalités du monde politique et administratif européen.

On mentionnera enfin l'existence de deux séminaires bilatéraux de jeunes hauts fonctionnaires des Finances qui sont souvent l'occasion de traiter de questions européennes : le séminaire franco-allemand qui fonctionne depuis 2000, à la satisfaction générale ; le séminaire franco-britannique créé l'an dernier sur le même modèle.

La Direction générale des impôts (DGI) : la formation aux questions européennes (composition et fonctionnement des institutions de l'Union européenne) est abordée dans un stage d'initiation au droit de 4,5 jours à destination de l'ensemble des agents de catégories A, B, et C ne disposant d'aucune connaissance juridique. Comme pour la formation initiale, différents stages à caractère technique intègrent un volet relatif à l'Union européenne (à titre d'exemple, plusieurs stages du catalogue de formation des agents de la DGI sont consacrés aux règles de la TVA intracommunautaire et à son contrôle).



volontariat : leur succès dépend donc de la disponibilité des agents intéressés³⁰⁰. Elles ne profitent en fait qu'à un public limité.

• En prenant l'exemple des réformes entreprises, en ce domaine, par l'École nationale d'administration qui a institué des cycles de durées différentes, ouverts à des fonctionnaires européens³⁰¹, ***il conviendrait de développer les actions de formation continue associant fonctionnaires nationaux et ressortissants européens. Le suivi de telles formations pourrait ensuite conditionner l'accès à certaines responsabilités.***

La création, lors du comité interministériel sur l'Europe du 19 décembre 2005, d'un cycle des hautes études européennes, ouvert en 2007, afin de « *créer une filière d'excellence sur les questions européennes pour des personnalités à fort potentiel de carrière dans leur domaine* », accessible aux ressortissants des États membres de l'Union européenne, et dont les sessions de formation auront lieu à Strasbourg, Paris, Bruxelles, Luxembourg ainsi que dans d'autres capitales européennes, à raison de deux jours par mois pendant dix mois, constitue une initiative intéressante, même si l'on peut regretter que ses effectifs soient limités, dans un premier temps, à une trentaine de participants.

Dans le sillage de l'École nationale d'administration, d'autres écoles de fonctionnaires gagneraient à instituer des programmes européens. Ainsi les instituts régionaux d'administration (IRA) et les autres écoles et instituts propres à chaque ministère comme l'École nationale de la magistrature, l'École nationale des impôts ou l'École nationale du trésor public pourraient, au-delà des pratiques actuelles d'échanges et d'accueil de stagiaires européens, développer dans leur domaine propre des formations ouvertes aux ressortissants communautaires.

Certaines se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie. L'École nationale de la santé publique, prochainement École des hautes études en santé publique³⁰² a ainsi participé à la création d'un mastère européen en santé publique, en collaboration avec le Danemark, l'Espagne, la Pologne et le Royaume-Uni. Ce mastère bénéficie du label « *Erasmus-Mundus* » créé par la Commission européenne.

Sur ce modèle, il serait intéressant de transformer les écoles de fonctionnaires en centres de formation à vocation européenne, ouverts aux ressortissants communautaires et offrant des cycles de haut niveau dans des domaines spécialisés. De telles formations pourraient d'ailleurs être cofinancées par l'Union européenne.

Une telle ouverture appelle une reconnaissance des diplômes délivrés au terme de ces formations et des droits en découlant. La « *mastérisation* » des formations initiales des écoles de service public ne saurait remettre en cause le système des concours. On pourrait néanmoins envisager, au sein de chaque centre

300 - Michel Herbillon, rapport précité, p. 152.

301 - Ainsi le cycle international long regroupe pour 18 mois des élèves français de l'ENA et une quarantaine d'élèves étrangers dont la moitié européens. L'ENA a par ailleurs ouvert en octobre 2005 un mastère européen de gouvernance et d'administration avec les universités de Postdam et de Berlin, qui accueille chaque année une trentaine de hauts fonctionnaires allemands, français, et ressortissants d'autres États membres.

302 - Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *Journal officiel* n° 185 du 11 août 2004, p. 14277.



de formation, de créer un *double cursus*, avec d'une part la formation post-universitaire des futurs fonctionnaires accessible par concours et, d'autre part, des filières de formation, inscrites dans le système européen « licence-mastère-doctorat » (LMD)³⁰³, ouvertes à ceux qui ne visent pas une intégration dans la fonction publique française.

La création de pôles de formation de dimension internationale auxquels serait intégré le réseau des écoles de service public représente, aujourd'hui, un enjeu stratégique en termes de connaissance et d'influence.

Un tel effort s'impose si l'on souhaite renforcer l'influence de la France au sein de l'Union européenne et promouvoir le droit français, notamment auprès des ressortissants des nouveaux États membres. Il est rendu nécessaire par le contexte de concurrence accrue entre les différents systèmes universitaires en compétition à l'échelle mondiale et dont témoigne, par exemple, l'activisme des universités américaines pour être parties prenantes à la constitution de tels pôles au sein de l'Union européenne.

• La deuxième réforme vise à ***introduire dans la plupart des concours administratifs une épreuve obligatoire, portant sur les institutions et le droit communautaire.***

Le programme de cette épreuve devrait comporter, au minimum, la connaissance des traités, notamment des différentes procédures de décision applicables au sein de l'Union européenne, des grands principes de l'ordre juridique communautaire, des principaux arrêts de la Cour de justice, enfin un aperçu sur les différentes politiques communautaires.

Elle permettrait la connaissance, dès le concours, des principes essentiels du droit et des institutions communautaires ce qui autoriserait ensuite des formations approfondies concernant le droit matériel communautaire, encore trop mal connu de ceux qui, au cours de leur carrière, seront amenés à le pratiquer et à l'appliquer quotidiennement.

Aujourd'hui, seuls les concours d'entrée de l'École nationale d'administration, de l'Institut national des études territoriales et de l'École des douanes prévoient une épreuve spécifiquement consacrée aux questions communautaires³⁰⁴.

Les instituts régionaux d'administration ne comportent qu'une épreuve écrite obligatoire prenant la forme d'un questionnaire sur les connaissances générales³⁰⁵. Le droit communautaire figure certes au programme du concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature, mais ne fait pas l'objet d'une épreuve distincte. Les écoles nationales d'application des cadres territoriaux, pour leur part, font totalement abstraction de ces questions.

303 - Licence, mastère, doctorat.

304 - Ralph Dassa, *La formation aux enjeux européens des fonctionnaires et agents publics*, mars 2006, p. 27 à 37. Il précise que le ministère des affaires étrangères prévoit pour sa part, depuis plusieurs années, pour ses concours propres une épreuve de questions européennes obligatoires, à l'écrit ou à l'oral. Il s'agit des concours de secrétaires des affaires étrangères du cadre général ou du cadre Orient et du concours de conseillers des affaires étrangères du cadre Orient.

305 - Michel Herbillon, rapport précité, p. 145.



- La troisième réforme prioritaire réside dans le *développement des stages au sein des institutions européennes et dans les administrations des autres États membres* au cours des formations délivrées aux futurs fonctionnaires. Outre la meilleure connaissance des personnes et des procédures, une telle politique *permettrait de renforcer le niveau linguistique* dont l'insuffisance nous handicape encore trop souvent lors des négociations, tant pour la compréhension des positions de nos partenaires que pour la présentation et l'explication des positions françaises.

Cette politique de stage doit être accompagnée de modules de formation plus complets, portant sur les politiques communes, les procédures de négociation, les systèmes juridiques, administratifs et politiques des principaux partenaires européens, élément essentiel pour la construction des argumentaires de négociation et pour l'évaluation des réformes nationales envisagées.

À titre d'exemple, l'École nationale d'administration consacre un module optionnel de vingt-huit semaines consacré aux questions européennes incluant un stage obligatoire de dix-sept semaines dans les institutions européennes ou dans des structures nationales ou étrangères compétentes en matière d'affaires européennes. De même, l'École nationale de la santé publique de Rennes a donné une réelle dimension européenne à sa formation, avec un module d'une trentaine d'heures consacré à l'Europe sanitaire et sociale et plusieurs projets montés en partenariat avec de grands établissements d'enseignement européens³⁰⁶.

Enfin, les inspecteurs en formation à l'École nationale des douanes de Tourcoing suivent un séminaire européen organisé par le Centre des études européennes de Strasbourg, intégré à l'École nationale d'administration depuis 2005, ainsi que des enseignements portant sur la politique agricole commune et sur la politique commerciale.

8.2.3. Des parcours professionnels européens

Les experts nationaux détachés sont mis à disposition des institutions de l'Union (en grande majorité à la Commission) par leurs ministères d'origine pour une durée maximum de quatre ans. Les administrations nationales continuent de verser leur traitement, tandis que l'indemnité de résidence est prise en charge par l'institution européenne bénéficiaire.

La France dispose, au 31 décembre 2006, de 209 experts nationaux détachés au sein des institutions de l'Union, ce qui la situe au premier rang des pays européens. Ils contribuent à la qualité et à l'efficacité du dialogue entre les administrations nationales et communautaires³⁰⁷.

Malheureusement, l'investissement ainsi financé par les ministères d'origine, les compétences acquises et les réseaux de connaissances constitués lors du passage dans les institutions communautaires sont insuffisamment valorisés, à

306 - Mastère européen en santé publique par exemple.

307 - Cependant, Jacques Floch note dans son rapport d'information sur la présence et l'influence de la France dans les institutions européennes que « *les END sont des vecteurs d'influence souvent peu valorisés. Or, contrairement à leurs collègues qui ont le statut de fonctionnaires communautaires, ils ont vocation à conserver un contact régulier avec leur administration d'origine qui continue d'ailleurs à les rémunérer. C'est pourquoi il est essentiel de bien préparer leur départ, mais aussi de bien gérer leur retour* ».



l'exception de quelques ministères tels que ceux de l'agriculture ou de l'économie et des finances.

La gestion de la carrière des agents au retour de leur détachement reste le point faible du dispositif : les fonctionnaires se voient rarement proposer des responsabilités faisant appel aux compétences communautaires acquises et leur passage à Bruxelles ne leur accorde aucun avantage en terme de carrière. La mobilité vers les institutions européennes n'étant pas valorisée, voire parfois pénalisante pour la suite, les réticences – réelles – des agents pour passer par le système européen sont parfois fondées.

Il serait donc essentiel de valoriser les parcours européens en instaurant des mécanismes incitatifs.

Plusieurs solutions pourraient être explorées : avancement automatique d'échelon ou réduction de l'ancienneté requise, abaissement du nombre d'annuités pour le départ à la retraite des fonctionnaires ayant exercé une mobilité internationale, accès privilégié à certains postes³⁰⁸.

De plus, il serait éminemment utile de passer d'une gestion individuelle ou artisanale à la constitution, tant dans les ministères qu'au niveau interministériel, ***d'un répertoire des compétences européennes disponibles***. On pourrait envisager la création d'une base de données informatique unique et d'un vivier de compétences sur les affaires européennes. Une telle entreprise serait facilitée par la mobilisation du conseiller de la représentation permanente spécialement affecté au placement et au suivi des Français au sein des institutions européennes, lequel dispose d'un correspondant dédié au secrétariat général des affaires européennes.

Il importe parallèlement de déterminer, au regard de ces compétences, les postes de l'administration française nécessitant des connaissances du droit et des réseaux communautaires, sous forme d'une base de données comportant une cartographie des emplois, présentant la fonctionnalité du poste et le profil des compétences attendues, ainsi que le pratiquent certains États.

À terme, il s'agirait de créer ***une stratégie de gestion prévisionnelle à moyen et long terme des carrières***, sur le modèle britannique où le recrutement et le renouvellement des volontaires sur les affaires européennes sont encouragés par le développement d'une stratégie ascendante : les hauts fonctionnaires sont recrutés jeunes, par le biais du dispositif intitulé « *European fast stream*³⁰⁹ » qui sélectionne au moyen de tests un nombre limité de candidats et leur propose une formation de haut niveau aux questions européennes. Dès leur affectation comme experts nationaux détachés, ils connaissent le poste qui leur sera confié à leur retour. Au sein des institutions communautaires, ils maintiennent une étroite relation de travail avec leur représentation permanente et avec leur administration d'origine, à la différence de leurs homologues français.

308 - Michel Herbillon, rapport précité.

309 - L'*European Fast Stream*, créé en 1991, a permis non seulement de renforcer le nombre de fonctionnaires britanniques présents dans les institutions communautaires, mais aussi d'améliorer la connaissance de l'Union européenne au sein même des ministères. 10 à 15 « *Fast Streamers* » sont sélectionnés chaque année, pour occuper des postes orientés vers l'Europe. Ils constituent un réseau d'influence solide.



Une circulaire du Premier ministre, en date du 26 septembre 2006³¹⁰, est venue insister sur l'importance d'une gestion stratégique des experts nationaux détachés. Selon cette circulaire, chaque ministère doit maintenir ou développer « *une politique active de mise à disposition d'experts nationaux détachés au sein des institutions européennes dans les secteurs qui influencent directement son activité mais aussi accueillir des fonctionnaires des institutions européennes dans ses services* ».

Par ailleurs, « *cette politique doit s'inscrire dans le cadre d'une programmation annuelle des mouvements établie en collaboration avec le secrétariat général des affaires européennes ainsi qu'avec notre représentation permanente auprès de l'Union européenne [...] et prévoir un dispositif de suivi de l'activité de ces agents ainsi qu'une valorisation de leur expérience tant dans leur propre intérêt que dans celui de leurs services d'origine* ».

Afin de faciliter les échanges de fonctionnaires entre États membres, le décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 relatif à l'accueil en détachement des fonctionnaires d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen³¹¹, étendu ensuite aux deux autres fonctions publiques, définit les conditions d'accès des fonctionnaires d'un autre État de l'Union européenne à la fonction publique française par voie de détachement ; il crée en sens inverse un nouveau cas de détachement des fonctionnaires français vers l'administration d'un autre État membre.

Par ailleurs, la France accueille des fonctionnaires de certains États membres en application de programmes d'échange. Ainsi accueille-t-elle 51 fonctionnaires allemands en 2005. De même, quelques anciens élèves du cycle international long de l'École nationale d'administration ont souhaité exercer, pendant un temps, des fonctions dans l'administration française³¹².

Il convient de mettre en place des mesures incitatives au développement de ces échanges compte tenu de leur apport à une meilleure connaissance des organisations, législations et procédures administratives respectives. Les séjours au sein d'administrations étrangères pourraient donc utilement être davantage valorisés en termes de carrière. Les pistes précédemment évoquées – avancement automatique d'échelon ou réduction de l'ancienneté requise, abaissement du nombre d'annuités pour le départ à la retraite des fonctionnaires ayant exercé une mobilité internationale, accès privilégié à certains postes de responsabilité³¹³ – pourraient être explorées.

310 - Circulaire du Premier ministre du 26 septembre 2006 relative à la mise à disposition d'experts auprès des institutions européennes et échanges de fonctionnaires, *Journal officiel* n° 226 du 29 septembre 2006, p. 14290.

311 - Décret n° 2002-759 du 2 mai 2002 relatif à l'accueil en détachement de fonctionnaires d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autre que la France dans la fonction publique de l'État, et modifiant le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'État et à certaines modalités de cessation définitive de fonctions.

312 - Douze ressortissants communautaires en 2006, quatre en 2005, trois en 2004.

313 - Michel Herbillon, *La fracture européenne – Après le référendum du 29 mai 2005 : 40 propositions concrètes pour mieux informer les Français sur l'Europe*, rapport au Premier ministre, 2005.



Conclusion

« Nous n'avons le choix qu'entre les changements dans lesquels nous sommes entraînés et ceux que nous aurons su vouloir et accomplir. »³¹⁴

L'avertissement de Jean Monnet reste d'actualité. Si la France n'alimente pas le système européen de décision de ses ambitions et propositions, elle sera inéluctablement acculée à des positions purement défensives, face à d'autres conceptions dont elle éprouvera le plus grand mal à éviter qu'elles ne triomphent.

Aussi bien le système de gouvernance européenne, « *processus décisionnel polycentrique à dominante juridique* »³¹⁵, qui se situe très souvent dans le *temps long*, appelle-t-il un changement de la culture administrative et politique française, qui privilégie le *temps court*.

Il faut également prendre conscience de ce que la frontière entre questions européennes et affaires intérieures est de plus en plus poreuse, qu'elle tend même à s'estomper, et en tirer les conséquences.

Cela signifie qu'il faut poursuivre et accentuer les efforts récemment entrepris autour de *quelques axes essentiels* :

• **Consolider l'organisation institutionnelle :**

- instituer auprès du Président de la République un « *Conseil stratégique sur l'Europe* » ;
- **renforcer l'autorité du secrétaire général des affaires européennes** en lui confiant le secrétariat du Conseil stratégique sur l'Europe et la fonction de conseiller du Président de la République pour les affaires européennes ;
- **établir une correspondance entre l'organisation du secrétariat général du Gouvernement et celle du secrétariat général des affaires européennes ;**
- **étendre les compétences du groupe à haut niveau sur l'adaptation au droit communautaire et du comité interministériel sur l'Europe à l'ensemble des procédures d'infraction ;**
- créer ou maintenir au sein des ministères **des cellules en charge des affaires européennes** chargées de l'impulsion, de la coordination et de l'expertise juridique pour préparer la négociation, assurer le respect des calendriers de transposition, créer des parcours européens pour les fonctionnaires, développer les formations sur les questions européennes.

314 - Discours de Jean Monnet, Strasbourg, 12 mai 1954.

315 - Jean-Luc Sauron, *L'administration française et l'Union européenne*, La Documentation française, juin 2000.



• **Anticiper l'évaluation de l'impact et des intérêts en présence :**

- créer sur les principales propositions et perspectives de propositions de texte communautaire des **groupes de travail ad hoc**, à l'image des comités danois ou des pratiques britanniques, associant représentants de l'administration, parlementaires et partenaires privés concernés, appelés à se réunir tout au long de la négociation et de la transposition, sous la responsabilité conjointe du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat général des affaires européennes ;
- élaborer, dès les premières consultations de la Commission, **les instruments de navigation** que sont **les études d'impact, les tableaux de concordance et les mémorandums explicatifs** en vue de les diffuser le plus largement, aux décideurs politiques, aux collectivités territoriales, aux autorités administratives indépendantes et aux acteurs de la société civile concernés ;
- associer les partenaires économiques et sociaux **afin de diagnostiquer très tôt les arbitrages politiques à venir entre les divers intérêts en présence au terme d'une information et d'une concertation la plus large et la plus ouverte possible** ;
- saisir plus souvent le Conseil d'État de demandes d'avis lors de l'élaboration ou de l'examen des propositions de texte communautaire ou européen.

• **Renforcer l'ancrage politique des positions exprimées :**

- **provoquer très tôt les arbitrages politiques sur les propositions susceptibles d'être suggérées par la France et sur celles qui sont en cours de préparation** au sein de la Commission ;
- **s'appuyer sur le réseau des parlements nationaux** à tous les stades de l'examen des propositions et lors de leur application ;
- **agir auprès du parlement européen** en assurant une présence administrative et politique régulière et soutenue ;
- **mobiliser les collectivités territoriales et les associer aux évaluations préalables, à la définition de positions de négociation et à la solution des précontentieux les impliquant** ;
- **construire des alliances avec les autres États membres** après l'écoute attentive de leurs difficultés et de leurs propositions.

• **Développer des réflexes européens :**

- prendre systématiquement la mesure, **à l'occasion de toute réforme nationale, du droit communautaire applicable à la matière traitée**, ainsi que des normes applicables dans les principaux États membres ;
- **favoriser l'accessibilité du droit communautaire** au sein des bases juridiques informatiques nationales et communautaires, en accélérant préalablement les travaux de refonte des directives, et **ériger cet impératif en projet fort de la présidence française à venir de l'Union européenne**.

• **Former et instaurer des parcours européens :**

- **créer des cycles de formation aux questions européennes**, ouverts aux ressortissants communautaires, sur le modèle du **cycle de hautes études sur les questions européennes** créé au sein de l'École nationale d'administration depuis le 1^{er} janvier 2007, dans les écoles de fonctionnaires ;



– développer *la place de l'Europe dans les concours, dans les formations initiales et continues des fonctionnaires*, et mettre en place, à leur intention, *des parcours professionnels européens*.

Peut-être la France n'est-elle pas, face à l'Europe, en position toujours favorable dans la mesure où la société française est, sur de nombreux sujets traités par l'Union européenne, elle-même plus ou moins profondément divisée. Mais ce n'est pas pour autant une caractéristique qui lui est propre. La plupart des États membres arbitrent ces divisions avant l'expression des positions de négociation.

Ce n'est pas, en effet, en occultant les désaccords qui partagent la société française, ni en revendiquant le monopole de la définition de l'intérêt général, que l'État parviendra à faire triompher les points de vue et les stratégies qui paraissent les plus conformes aux intérêts généraux de la France.

Le risque, en pareille hypothèse, est de s'en remettre à l'Union pour trancher, en même temps que des enjeux européens, des débats nationaux français, et d'aliéner une partie de l'opinion à la cause européenne, sans pour autant préserver le crédit des institutions nationales.



Contributions



L'émergence d'une décision européenne

Renforcer la présence européenne de la France

Florence Chaltiel

Professeuse de droit public, IEP Grenoble

La France, État membre de l'Union européenne, participe, à l'instar des autres États membres, à la prise de décision européenne. Les mécanismes de décision européenne sont multiples et évolutifs. Leur originalité tient dans la rencontre de plusieurs traditions juridiques et dans l'émergence d'un intérêt général européen, donnant lieu à l'expression d'une volonté générale européenne. La France, à la tradition de droit écrit, de loi votée par les représentants de la Nation, rencontre d'autres États, aux traditions plus diverses, de coutume et d'association plus forte de la société civile à la décision. Le droit applicable dans les États s'europanise. C'est un lieu commun de le dire. Pour autant, la prise en compte de la donne européenne et la capacité d'influence sur la décision méritent encore d'être renforcées.

Pour ce faire, plusieurs questions méritent d'être posées, ou de nouveau posées et précisées. Comment la décision européenne parvient-elle à maturité? À l'heure du Jubilé du traité de Rome, l'engagement français est-il suffisamment européen? L'effort d'acculturation¹ demandé il y a presque vingt ans a-t-il été réalisé, et si oui, est-il suffisant? C'est à ces questions que tentent de répondre les pages qui suivent.

Le système juridique européen se construit à partir de plusieurs systèmes juridiques préexistants. De six États membres, l'Union européenne est passée à quinze États membres en 1995, et, moins de dix ans plus tard, à vingt-cinq en 2004, et vingt-sept en 2007. La rencontre des traditions juridiques nationales ne donne pas seulement lieu à une juxtaposition de systèmes mais donne naissance à un objet politique original, empruntant nécessairement aux entités créatrices, tout en ayant finalement sa marque propre. Le modèle se façonne au gré des négociations, des élargissements et des prises de décision multiples.

1 - J. de Clausade, *L'adaptation de l'administration française à l'Europe*, Rapport au ministre de la Fonction publique et des Réformes administratives et au ministre des affaires européennes, La Documentation française, 1991.



Les traités dotent les institutions européennes de pouvoirs de décision. La Commission, incarnant l'intérêt général européen, a pour mission de mettre en œuvre et de garantir les traités. Les commissaires, nationaux, mais n'étant pas des représentants de leurs États, portent et doivent promouvoir l'intérêt supranational européen. Les députés européens, élus par l'ensemble des citoyens de l'Union et organisés par affinités politiques et non par nationalité, délibèrent sur les propositions émises par la Commission ou indirectement par eux-mêmes ou le Conseil. Ce dernier incarne la légitimité interétatique, par sa composition, tout en étant le vecteur de la construction d'un intérêt européen en raison des mécanismes de vote intégré. Les votes à la majorité qualifiés empêchent en effet de ne voir dans le Conseil qu'un organe intergouvernemental. Il dispose du pouvoir de décision partagé avec le Parlement², ce qui l'éloigne encore davantage de l'idée intergouvernementale. La préparation des décisions en amont par le comité des représentants permanents³ a créé des habitudes de travail et des lieux de négociations combinant la nécessaire prise en compte des intérêts nationaux et la tout aussi évidente émergence d'intérêts communs.

Les principes de primauté et d'effet direct font de la norme européenne la norme de droit commun de nos sociétés européennes. Les juges nationaux en ont tiré l'essentiel des conséquences nonobstant quelques interrogations persistantes autour notamment de la réserve de constitutionnalité⁴, de l'effet direct des directives⁵, de l'usage de l'argument du droit communautaire en référé⁶, ou

2 - F. Chaltiel, *La prise de décision européenne*, La Documentation française, 2006.

3 - Selon l'article 207-1 du traité Communauté européenne, « Un comité composé des représentants permanents des États membres a pour tâche de préparer les travaux du Conseil et d'exécuter les mandats qui lui sont confiés par celui-ci. Le comité peut adopter des décisions de procédure dans les cas prévus par le règlement intérieur du Conseil. » Version consolidée, Journal officiel de l'Union européenne, 29 décembre 2006, C 321/ E1.

4 - V. sur ce point les variations de vocabulaires employé par le Conseil constitutionnel. En 2004, il pose le principe selon lequel la transposition d'une directive est une exigence constitutionnelle, sauf disposition constitutionnelle contraire (notamment décision du 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, loi sur la confiance dans l'économie numérique). En 2006, il reprend la même exigence constitutionnelle, l'exception s'exprimant désormais ainsi « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* » (décision n° 2006-540 DC loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information).

5 - La jurisprudence *Cohn-Bendit* de 1978 (CE, 22 décembre 1978, Lebon, p. 524) refusant de reconnaître l'effet direct des directives est maintenue. Cependant, la possibilité de mettre en cause la non-conformité d'un règlement national ou d'une jurisprudence nationale aux objectifs d'une directive européenne permet au justiciable de faire valoir ses droits tirés d'une directive.

6 - Le juge des référés semble refuser l'argument tiré de la violation du droit communautaire, CE, 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, Lebon, p. 438 : « *eu égard à l'office du juge des référés, un moyen pris de la contrariété de la loi à des engagements internationaux, n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité des actes administratifs dont la suspension est demandée ; qu'au demeurant, il doit être établi que le traité dont la méconnaissance est alléguée produit un effet direct dans l'ordre juridique interne* ».



encore de la responsabilité du fait des lois⁷. Les États participent à la prise de décision européenne. Traditionnellement, la France, État membre a influé largement sur le modèle normatif européen, comme sur son modèle contentieux. Cependant plusieurs paramètres, notamment les élargissements successifs et le rejet de la Constitution européenne, ont amoindri cette présence, nous incitant à une relance du rôle de la France dans l'Union européenne.

La tradition légicentriste française a dû évoluer au regard de la décision européenne. Plusieurs différences existent entre le modèle français de production du droit et le modèle européen qui, même inachevé, existe désormais à part entière. La loi, expression de la volonté générale, émane, à plus de quatre-vingt pour cent, sous la V^e République, du Gouvernement. La discussion législative au Parlement ne met que rarement le Gouvernement en difficulté sur ses projets de lois. Au surplus, l'article 49-3⁸ a permis plusieurs fois de montrer son efficacité redoutable. Sa contrepartie est une marginalisation dommageable du Parlement. La place de la société civile est traditionnellement limitée dans le processus normatif⁹ en France. La crainte de voir des intérêts particuliers orienter le droit a peut-être été, un temps, poussée à l'excès.

Or le monde change, nos modes d'élaboration du droit s'adaptent. La confection normative européenne fait une place plus grande aux acteurs de la vie économique et sociale de l'Union. Dès les débuts de la construction européenne, les acteurs économiques ont d'ailleurs rapidement perçu l'enjeu d'une présence auprès des institutions. Le champ économique, compétence de l'Europe communautaire, s'est progressivement élargi à des domaines de plus en plus larges et nombreux dans le cadre de l'Union européenne. La société civile s'est donc organisée de sorte de s'informer et d'influer sur la prise de décision européenne. Qu'il s'agisse des collectivités publiques ou de groupes d'intérêt, chacun doit observer la préparation comme la discussion des textes européens. Les groupes d'intérêt se sont, comme déjà évoqué plus haut, très tôt organisés dans l'Europe communautaire. Le site internet « CONECCS »¹⁰ recense les groupes présents auprès des institutions. Le Parlement européen a d'ailleurs adopté un code de bonne conduite en la matière¹¹, la Commission ayant opté pour des mesures de vigilance non formalisées.

Les groupes d'intérêt peuvent intervenir en divers stades et de diverses manières. Au stade de l'initiative, ils peuvent soit susciter l'idée d'un texte, soit être vigilants sur des textes et faire pression pour les modifier en cas de désaccord.

7 - Le régime français de responsabilité du fait des lois, sur un fondement non fautif et sous conditions difficiles à réunir pourrait évoluer. CE, 14 janvier 1938, *Société La Fleurette*, Lebon, p. 25. Récemment, CE, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en Région Centre et autres*, n° 215957.

8 - Permettant au Premier ministre d'engager la responsabilité de son Gouvernement sur un texte de loi, cette procédure est un élément central de la rationalisation du parlementarisme sous la V^e République.

9 - L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, 1992.

10 - http://ec.europa.eu/civil_society/coneccs/index_fr.htm.

11 - Dernière version, Règlement du Parlement européen, janvier 2007, annexe 9 relative aux groupes d'intérêt auprès du Parlement européen, <http://www.europarl.europa.eu/omk/sipade3?PROG=RULES-EP&L=FR&REF=ANN-09>.



Au stade de la discussion, le caractère technique des textes amène un besoin d'expertise que ces groupes d'intérêt maîtrisent souvent.

L'ensemble des acteurs présents près des institutions européennes est recensé par le site internet «*CONECCS*» précité. Son observation montre à quel point tous les champs de la vie économique et sociale sont présents et invite par conséquent à saisir cette information et cette façon d'élaborer et de penser le droit. Ainsi, aux diverses étapes de la procédure qui mène de l'idée de la décision à l'adoption de la décision, les influences, variées, nombreuses, multifformes, s'exercent.

La gestation d'une initiative européenne

Du foisonnement d'idées à la formulation de l'initiative

Le système juridique européen est organisé à partir du droit originaire, les traités et du droit dérivé, les normes juridiques adoptées sur le fondement des traités. Ces dernières sont intimement liées les unes aux autres. Un texte de droit dérivé appelle souvent pour son exécution d'autres mesures de droit dérivé ainsi que des mesures nationales d'exécution. Il faut donc distinguer les initiatives nouvelles de celles qui sont conditionnées par des mesures européennes préexistantes. Empruntant au vocabulaire administratif français, il est possible de différencier les initiatives fondées sur une compétence liée de celle fondée sur un pouvoir discrétionnaire.

Ainsi l'idée d'un nouveau texte peut apparaître de plusieurs façons. Il peut s'agir d'une initiative nouvelle, sur l'idée d'un membre de la Commission, ou indirectement de parlementaires ou de ministres nationaux. Depuis le traité de Maastricht, la notion d'initiative de l'initiative, coutumière jusqu'alors, est officiellement reconnue¹². La Commission n'est juridiquement pas tenue de suivre une proposition émise par le Parlement ou le Conseil, mais elle a tendance à suivre ces propositions.

Il s'agira plus souvent d'une initiative dictée plus ou moins directement et explicitement par un texte de droit dérivé préexistant. Les approches réformatrices sont désormais moins nombreuses, compte tenu de la densité du droit communautaire aujourd'hui. En conséquence, il importe d'avoir à l'esprit que la visibilité est forte sur les textes à venir. Ce qui doit inciter les instances compétentes, tels le secrétariat général pour les affaires européennes (SGAE) à alerter très en amont les ministères concernés.

12 - En vertu de l'article 192 du traité instituant la Communauté européenne concernant le Parlement européen, et en vertu de l'article 208 du traité CE concernant le Conseil.



Par ailleurs, toutes sortes d'idées peuvent être émises par les parlementaires européens, par des membres de *Think tanks*, qui contribuent ainsi à la réalisation d'un mini-espace public européen. Il se peut enfin que les circonstances exigent des réformes, telles des négociations internationales à venir, ou encore les besoins de financement de la politique agricole commune créés par les élargissements successifs.

En somme, la Commission porte un intérêt général européen, qui doit tenir grand compte des intérêts nationaux. Par exemple, les propositions de la Commission sur la restructuration du budget européen en 2004 avaient été préparées par le rapport Sapir en 2003¹³, et finalement formalisées en s'appuyant sur les propositions faites par le couple franco-allemand en 2002.

Les Livres verts et les Livres blancs constituent le point de départ visible d'une initiative. La définition donnée du Livre vert par la Commission est la suivante : « *des documents de réflexion publiés par la Commission sur un domaine politique spécifique. Ce sont avant tout des documents destinés aux parties concernées – organismes et particuliers – qui sont invitées à participer au processus de consultation et de débat. Dans certains cas, ils sont à l'origine de développements législatifs ultérieurs* ». Il va de soi que la plus grande attention de la part des acteurs de la vie économique et sociale s'impose. C'est en effet une forme de programme dans un domaine considéré qui est contenu dans le Livre vert. L'action est alors non seulement possible mais souhaitable en vue de faire entendre sa position.

Un Livre vert avait par exemple été adopté en 1997 avant la mise en place de nouveaux textes en matière de télécommunication. Ils peuvent porter sur tous les domaines de compétences de la Communauté. En 2005, un Livre vert est adopté « sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce¹⁴ » préfigurant alors de nouveaux textes en matière de droit de la famille. Parmi les Livres verts les plus récents, il convient de citer le Livre vert sur l'énergie publié par la Commission du 23 mars 2006¹⁵. Elle invite alors les acteurs intéressés à se prononcer. Ceux-ci avaient jusqu'au 24 décembre 2006 pour répondre au questionnaire en ligne. Depuis lors la Commission, examine ces positions. L'intérêt de suivre et de réagir à ces documents est donc essentiel.

Les Livres verts posent un certain nombre de questions auxquelles le Livre blanc répond, après consultation. Ainsi le Livre vert sur les services d'intérêt général¹⁶ devait « *susciter... un large débat sur le rôle que peut jouer l'Union européenne dans la promotion de services publics de grande qualité* ». Après sa publication a été lancée une consultation publique. Puis le Rapport sur cette consultation publique a identifié « *les principales tendances, opinions et préoccupations* ».

13 - http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/experts_groups/ps2/high_level_study_group_index_fr.htm.

14 - COM (2005) 82, mars 2005.

15 - Livre vert, *Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable*, COM (2006) 105 final.

16 - COM (2003) 270, mai 2003.



*cupations contenues dans les contributions reçues*¹⁷ ». À l'issue de ces procédures a été publié le Livre blanc.

La définition du Livre blanc donnée par la Commission est la suivante : « *des documents qui contiennent des propositions d'action communautaire dans un domaine spécifique. Ils font parfois suite à un Livre vert publié en vue d'engager un processus de consultation au niveau européen. Tandis que les Livres verts exposent un éventail d'idées à des fins de débat public, les Livres blancs contiennent un ensemble officiel de propositions dans des domaines politiques spécifiques et constituent l'instrument de leur mise au point.* »

Parmi les Livres blancs, certains ont été de véritables plans d'action pour la Commission. Il en est ainsi de Livre blanc sur la gouvernance, souvent cité depuis son adoption en 2001, ou encore du Livre blanc sur les services d'intérêt général¹⁸, qui a prélué à la directive services ou encore dans un domaine technique, le Livre blanc : « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix »¹⁹.

Ces textes, Livres blancs et Livres verts, sont donc des mesures préparatoires qui, de plus en plus, invitent à la réaction des acteurs concernés. En tout état de cause, ce sont des textes de préparation d'initiatives futures. En conséquence, les administrations nationales doivent à ce moment précis développer le réflexe européen, en tant qu'elles doivent se tenir prêtes à formuler des recommandations et à adapter le droit national.

Depuis la mise en place de la Commission Barroso²⁰, l'étude d'impact est systématique. Si l'on peut y voir une rationalisation de la conduite des politiques publiques à l'échelle européenne, le temps législatif s'en trouve ralenti. Il faudra en moyenne un an entre la formulation d'une initiative, l'étude d'impact et la formalisation effective de la proposition. En outre, l'étude d'impact à propos de textes juridiques généraux est sans doute difficile à conduire de façon efficace. Sur ce registre, la mise en place des études d'impacts est un gage de bonne gouvernance et de recherche d'efficacité de l'action publique européenne. Mais on peut se demander si une rapide étude d'impact de l'utilité de l'étude d'impact ne serait pas propre à éviter des travaux superflus dans certains cas.

17 - http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/index_fr.htm.

18 - COM (2004) 374, mai 2004.

19 - COM (2001) 370, septembre 2001.

20 - Plus de 160 études d'impact intégrées, examinant les répercussions sociales, environnementales et économiques potentielles d'initiatives de la Commission, avant leur adoption, ont été menées à bien depuis 2003.



Le cheminement de l'initiative à la Commission

Juridiquement, la Commission est en principe l'auteur des initiatives de textes de droit dérivé européen. Avant que l'idée ne devienne officiellement initiative, un cheminement se fait dans les services de la Commission. Le service auteur de l'initiative transmet le texte aux directions générales concernées. Chaque texte intéresse nécessairement un certain nombre de champs d'action communautaire et se trouve à l'intersection de compétences de plusieurs commissaires. Cette transmission est suivie d'une communication inter-services. Le passage du texte par le Service juridique et le Secrétariat général est un passage obligé. La vérification de toutes les consultations nécessaires ainsi que la précision juridique en sont les raisons majeures. La procédure est écrite, sauf en cas de refus, elle devient orale, comme le montrent les lignes qui suivent.

Une fois que le texte a été examiné par le Service juridique et le Secrétariat général, toutes les directions générales concernées doivent alors émettre un avis. Elles peuvent être d'accord ou rendre un avis suspendu, qui conditionne l'accord à des modifications, ou un avis négatif, qui demande un nouvel examen du texte. Entre l'avis suspendu et l'avis négatif, la différence est minime. Il s'agit souvent de stratégies de négociations pour éviter que les réserves émises sur un accord ne disparaissent par cela seul que l'accord est donné.

En cas de refus, le texte repasse devant les directions générales concernées. L'absence d'accord à ce nouveau stade fait passer le texte de la procédure écrite à la procédure orale.

À ce moment s'organise une réunion avec tous les chefs de cabinet concernés par la décision, pour reprendre le texte. Vingt-cinq responsables – désormais vingt-sept – mènent la discussion dans laquelle interviennent de multiples intérêts, des intérêts de portefeuille, des intérêts nationaux. Il faut souligner cependant que le membre du cabinet ne suit pas nécessairement la position de son État. Tout dépend des dossiers. Il faut ajouter encore que le clivage gauche/droite ne se retrouve que faiblement au niveau européen. En somme les intérêts fluctuent, évoluent, exigeant un fin suivi des étapes de la préparation de l'initiative formelle. Cette réunion peut durer de quelques heures à deux jours, ce qui explique qu'elle se situe le mercredi, le jeudi ou le vendredi.

C'est alors que la proposition *d'un commissaire* devient la proposition de *la Commission*. Il s'agit à ce moment-là d'un point dit A, adopté sans discussion lors de la réunion hebdomadaire des chefs de cabinet. Si des réserves se maintiennent sur le texte, il s'agit d'un point B et la discussion se poursuit lors de la dite réunion. Les points d'accord sont examinés le lundi précédant la réunion du collège des commissaires. C'est alors la dernière chance de trouver un accord, sans quoi l'initiative est abandonnée.

La présentation de ces multiples étapes et risques d'échecs ne doit pas masquer la réalité quotidienne de la préparation des décisions. La culture du consensus est en effet très présente dans ce travail collégial. Ce qui explique que les trois quarts des textes sont adoptés en procédure écrite, c'est-à-dire sans discussion. Sur les vingt-cinq pour cent des cas restants, et passant en procédure orale, quatre-vingt-dix pour cent sont adoptés en point A. En somme le collège ne discute



que sur les grandes orientations et les questions sensibles. Ainsi, une grande quantité de textes est adoptée sans longue procédure, mais les questions les plus sensibles ont souvent à être examinées aux différents stades présentés plus haut. Or la nature de ces questions exige de nouveau une vigilance des entités concernées, État, collectivités territoriales ou groupe d'intérêt. Deux grands types de postures sont généralement adoptés, une d'influence et une de défense. Si les deux sont nécessaires, celle de l'influence doit être accrue.

La logique de l'influence doit l'emporter sur la logique défensive

Depuis le Non français, la place de la France est à redéfinir. Cette situation inédite d'un rejet par le peuple français d'un texte européen, accompagné du poids relatif mécaniquement minoré du fait des élargissements, appellent à repenser la stratégie européenne de la France. Elle est certes sur une position défensive, mais elle demeure incontournable sur les grands sujets tels la politique étrangère et de sécurité commune et l'ensemble des questions de défense, ou encore sur l'euro. Elle demeure présente à tous les stades de la prise de décision, malgré une perte d'influence liée au refus de la Constitution et à l'absence de propositions de relance.

Elle s'exprime en effet sur tous sujets en discussion, ce qui est une force à conserver. La France conserve ainsi un poids indéniable, lié à la qualité et à l'organisation de son administration. La France dispose d'un bureau dans chaque État membre, ce qui n'est pas le cas de tous les États. On compte en moyenne trois cents visites par an de membres de la Commission en France. Sur les grands dossiers cependant, des stratégies d'alliance doivent de plus en plus être pensées. Le couple franco-allemand ne peut plus peser autant dans l'Europe des vingt-cinq, vingt-sept ou davantage que dans l'Europe des douze ou des quinze. Ce poids est donc toujours vrai mais amoindri, en raison notamment du manque de lisibilité de la politique européenne de la France ces dernières années et d'une stratégie qui apparaît souvent défensive.

Il faut donc maintenant quitter la logique défensive pour revenir à une logique d'influence. L'absence de recette miracle n'empêche pas d'émettre des propositions. La présence à Bruxelles mérite d'être renforcée à plusieurs niveaux. De la présence des ministres aux Conseils, mais aussi, en passant par des stratégies plus fortes au moment de la désignation des responsables à la Commission, la France peut renforcer son influence. Elle le peut de manière quotidienne aussi, en étant davantage vigilante sur le respect des textes européens et en évitant la transposition par ordonnance et au dernier moment. Une relation plus approfondie avec nos partenaires, notamment allemands s'inscrit indubitablement dans la logique d'influence. Le fait de « penser européen » davantage peut résumer cette exigence. Cela signifie suivre de près les Livres blancs et Livres verts qui sont produits. Cela signifie aussi une présence plus forte de nos entreprises.



En 2004, le député Jacques Floch avait rendu public un rapport sur la présence et l'influence française dans les institutions européennes²¹. Il montrait à quel point, à tous les niveaux de la prise de décision, l'influence française avait décliné. Or depuis 2004, la situation ne s'est pas améliorée, surtout en raison du référendum négatif.

La France se trouve souvent condamnée devant la Cour de justice des Communautés européennes. Elle est condamnée dans divers domaines du droit communautaire. Il en est ainsi en matière d'aides d'États jugées illégales²², alors même que la Commission avait donné un délai supplémentaire pour la récupération des aides, en matière de reconnaissance des qualifications professionnelles²³ et en matière de libre prestation de services²⁴. Plusieurs procédures sont en cours. Par exemple, la Commission a introduit un recours le 20 septembre 2006, concernant une directive qui devait être transposée au 31 décembre 2003²⁵. On constate que la France attend parfois le dernier moment pour mettre le droit en conformité avec les normes européennes. Ainsi, il arrive que la Commission se désiste, mais dans ce cas, c'est la France qui est condamnée aux dépens²⁶. En 2006, on constate que la France est condamnée pour non-exécution d'un arrêt datant de 2002, à propos des règles de responsabilité en matière de produits défectueux. La condamnation est de 31 650 euros par jour de retard jusqu'à l'exécution complète de l'arrêt²⁷. À la fin 2006, la France fait notamment l'objet de mesures de poursuite de la part de la Commission en raison de la non-transposition d'une directive décisive en matière de lutte contre la contrefaçon²⁸.

21 - Rapport d'information du 12 mai 2004 déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la présence et l'influence de la France dans les institutions européennes, présenté par Jacques Floch, n° 1594.

22 - CJCE, 5 octobre 2006, aff. C 232/05, *Commission des Communautés européennes contre République française*.

23 - CJCE, 8 juin 2006, aff. C 164/05,

24 - CJCE, 15 juin 2006, aff. C 155/04.

25 - Aff. C 388/06, à propos de la directive 2003/96/CE du Conseil, du 27 octobre 2003, restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, JO L 283 du 31 octobre 2003, p. 51.

26 - Par exemple ordonnance du président de la Cour du 2 octobre 2006, aff. C 101/06, «le recours et le désistement consécutif de la Commission ont été le résultat de l'attitude de la République française, celle-ci n'ayant pris qu'après l'introduction du recours les mesures pour se conformer à ses obligations.» Aux termes de l'article 69, paragraphe 5, premier alinéa, du règlement de procédure, la partie qui se désiste est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens par l'autre partie dans ses observations sur le désistement. Toutefois, à la demande de la partie qui se désiste, les dépens sont supportés par l'autre partie, si cela apparaît justifié par l'attitude de cette dernière. Il en a été de même dans une ordonnance du 15 septembre 2006, aff. C 19/06, dans une affaire du 8 août 2006, aff. C 18/06.

27 - CJCE, 14 mars 2006, aff. C 177/04, *Commission des Communautés européennes contre République française*.

28 - Communiqué de presse du 12 octobre 2006. La Commission a décidé d'inviter officiellement douze États membres à mettre en œuvre la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Les demandes de la Commission prennent la forme d'avis motivés à adresser à la Belgique, à l'Allemagne, à la Grèce, à la France, à la Lettonie, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, à la Pologne, au Portugal, à la Slovaquie et à la Suède.



En novembre 2006, le communiqué suivant a été rendu public par la Commission européenne : « *la Commission mènera une action dynamique précoce auprès des États membres pour faciliter la transposition correcte de directives essentielles, et s'attachera à obtenir des États membres qu'ils s'engagent à fournir des tableaux de corrélation permettant plus aisément de faire le point sur la transposition, d'assurer la transparence et le contrôle juridictionnel*²⁹ ». Cette position confirme la nécessité de préciser et renforcer les moyens d'actions de la France dans l'Union européenne.

De quelques propositions

En somme quelques propositions peuvent être suggérées en vue de quitter la logique défensive et revenir à la logique d'influence. Elles se situent à plusieurs niveaux et stades de responsabilité, outre la nécessité pour la France de faire des propositions de sortie de crise de l'Union consécutive au rejet de la Constitution.

En premier lieu, la conception des affaires européennes dans les institutions doit être repensée. La place du ministère des affaires européennes, c'est désormais devenu un lieu commun de le dire, doit être modifiée. Son rattachement au ministère des affaires étrangères apparaît comme un archaïsme quant à la conception de l'Europe qu'il porte. L'Europe relève bien davantage des Affaires intérieures que des Affaires extérieures. Chaque administration devrait disposer d'un service Europe bien identifié, ce que ne révèle pas aujourd'hui l'observation des organigrammes des ministères. La systématique des études d'impacts menées au sein de la Commission doit attirer l'attention de chaque cellule Europe, et conduire à des propositions coordonnées en interministériel. La fusion du secrétariat général du Gouvernement et du secrétariat général pour les affaires européennes rendrait d'ailleurs mieux compte de la réalité du travail administratif, de plus en plus européanisé. Le lien entre les services interministériels de suivi des affaires européennes et les parlementaires européens mérite d'être renforcé, comme l'indique Jacques Floch dans son rapport³⁰, sans doute par la mise en place de commissions mixtes.

Au Parlement, la création d'une Commission pour les affaires européennes aurait une double vertu. Premièrement, elle assurerait une meilleure association formelle du Parlement français à la décision européenne. Deuxièmement, elle permettrait une instruction plus systématique des textes français d'application des normes européennes. La France est isolée au regard de ses partenaires européens en ne disposant pas de Commission parlementaire spécialisée sur l'Eu-

29 - Communiqué de presse du 14 novembre 2006, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1562&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

30 - Rapport précité du 12 mai 2004.



rope. Certes, les délégations pour l'Union européenne au sein de l'Assemblée nationale et du Sénat font un travail remarquable de suivi des textes européens, mais la création d'une Commission serait d'une autre ampleur. L'ensemble des États membres de l'Union dispose d'une Commission au sein des parlements nationaux. En Finlande³¹, par exemple, une Commission des affaires européennes au Parlement centralise et coordonne les réflexions et propositions sur les projets de textes européens. En France, la dernière circulaire, du 22 novembre 2005³² sur ce sujet demande effectivement une transmission encore plus large des textes européens au Parlement. Mais franchir le pas de la création d'une Commission pour les affaires européennes est aujourd'hui nécessaire. À titre d'exemple encore, il est possible de citer la Commission pour les affaires européennes très active au sein du Parlement danois. Sa vigilance et son influence conduisent parfois les ministres à demander la réouverture de discussions au Conseil, comme ce fut le cas par exemple en mars 2005 à propos des brevets logiciels.

En troisième lieu, une réflexion s'impose sur la société civile vis-à-vis de l'Europe. Un financement public renforcé et une visibilité accrue des *Think tanks* français permettraient sans doute de renforcer la présence française dans les discussions. Plusieurs études ont été conduites ces dernières années en la matière. L'association « Notre Europe », elle-même considérée comme un *Think tank*, a publié une étude en 2004. Cette dernière montrait le faible nombre de *Think tank* en France en rapport avec nos voisins européens et américains. En 2006, une étude menée par un membre de la direction de Notre Europe s'intitule « Les *Think Tanks*, cerveaux de la guerre des idées³³ ». Cette étude montre de nouveau l'intérêt de ces groupes au nom difficile à traduire en français, mais qui représentent de nécessaires boîtes à idées pour la prise de décision. De nouveau, le retard de la France en la matière est pointé du doigt. À l'heure où la définition de l'Union est incertaine et la politique européenne de la France peu lisible, peut-être faut-il donner une visibilité plus grande à ces groupes, en susciter la médiatisation et la multiplication, en fixant un certain nombre de critères scientifiques et déontologiques.

Quant aux groupes d'intérêt, leur action mériterait d'être rationalisée et renforcée. Le rapport rendu public par la chambre de commerce et d'industrie de Paris en novembre 2005³⁴ le demande. La culture française d'élaboration et d'application des décisions est traditionnellement peu encline à accueillir la notion d'intérêts privés. La synthèse européenne des traditions nationales conduit à un système original qui n'exclut pas l'écoute et la prise en compte de groupes d'intérêt. La Commission, en formalisant l'initiative, porte l'intérêt général européen, lui-même discuté et affiné lors des échanges entre

31 - <http://www.finland.eu/doc/fr/fineu/>

32 - Circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution, *JO* du 25 novembre 2005, n° 274.

33 - S. Boucher, M. Royo, préface P. Lamy, Ed. Félin. S. Boucher est codirecteur de la fondation « Notre Europe ».

34 - J. C Karpeles, *Le lobbying des entreprises françaises à Bruxelles – Quel progrès depuis 2002 ?* <http://www.etudes.cci.fr/archrap/rap05/kar0511.htm>



le Parlement et le Conseil, sous le contrôle, en dernière analyse et le cas échéant du juge européen.

En somme, la culture juridique européenne n'est pas encore suffisamment assimilée par la culture juridique française. Pourtant la seconde a largement contribué à façonner la première. L'influence française est toujours présente, mais des défis s'ouvrent à elle au risque de s'atténuer voire se ternir. Quelques évolutions juridiques ciblées, nécessairement portées par une volonté politique européenne, peuvent être rapidement conduites. Elles seraient le gage d'une France qui, tout en préservant son identité, deviendrait davantage actrice et promotrice de l'intérêt générale européen.

Tableau récapitulatif du cheminement d'une décision européenne, de l'idée à l'initiative formelle

Phase	Procédure	Acteurs officiels	Acteurs non officiels
Réflexions	Livres blancs Livres verts	Commission	Groupes d'intérêt <i>Think tanks</i>
Pré-initiative	Non formalisée	Commission Parlement Conseil	Groupes d'intérêt
Cheminement à la Commission	Écrite en cas d'accord Orale si désaccords	Cabinets des commissaires	Groupes d'intérêt
Initiative nouvelle ou liée à un texte préexistant	Traité CE	Commission	Groupes d'intérêt



L'avenir de l'Union européenne après le référendum du 29 mai 2005 sur le traité constitutionnel

*Jean-Claude Piris*¹

*Conseiller d'État honoraire, directeur général du Service juridique
et juriconsulte du Conseil de l'Union européenne*

Malgré son titre ambigu, le « *traité établissant une Constitution pour l'Europe* », signé à Rome le 29 octobre 2004, était bien, juridiquement, un traité international à conclure entre États. Le fait qu'il ait été qualifié de « *constitutionnel* » n'y change rien : il n'aurait pu entrer en vigueur, ni le cas échéant être modifié, que par le commun accord de tous les États membres de l'Union européenne (UE).

Après avoir rappelé brièvement les grandes lignes du contenu de ce traité, puis montré que son entrée en vigueur n'aurait pas été dans le sens d'une transformation de l'UE en un État fédéral, on s'interrogera sur les perspectives pour l'avenir de l'UE après les résultats négatifs des référendums de ratification du 29 mai 2005 en France et du 1^{er} juin 2005 aux Pays-Bas².

* * *

1 - Jean-Claude Piris, conseiller d'État honoraire, est directeur général du Service juridique du Conseil de l'Union européenne et juriconsulte de ce Conseil. Il a été le juriconsulte des conférences intergouvernementales ayant négocié et approuvé les traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1997), de Nice (2001) et le traité constitutionnel (2004). Le texte de cet article est fondé sur les conclusions de son livre : *Le traité constitutionnel pour l'Europe : une analyse juridique*, qui vient de paraître en français aux Éditions Bruylant (Bruxelles), en espagnol aux Éditions Marcial Pons (Madrid – Barcelone) et en anglais aux Éditions Cambridge University Press. L'auteur s'exprime à titre exclusivement personnel.

2 - Le traité constitutionnel avait été ratifié avant ces dates par neuf États membres (l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lituanie, la Slovaquie et la Slovénie) ; il l'a été depuis ces dates par sept autres États (la Belgique, Chypre, l'Estonie, la Finlande, la Lettonie, le Grand-Duché de Luxembourg et Malte), ainsi que par la Bulgarie et la Roumanie, soit dix-huit États membres sur les vingt-sept que compte l'Union européenne depuis le 1^{er} janvier 2007.



Brève description du contenu du traité constitutionnel

D'entrée de jeu, le traité constitutionnel affiche l'Union, d'une part, comme une union d'États et de citoyens et non pas comme une organisation internationale classique entre États (article 1) et, d'autre part, comme une union fondée sur des valeurs (article 2). Le traité accroît les droits des citoyens. Il codifie et simplifie les traités existants et en rationalise les structures et les procédures. Il vise à renforcer la légitimité démocratique de l'Union et à rendre plus efficace son processus décisionnel. À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (CPJ), le traité constitutionnel apporte cependant peu de modifications aux pouvoirs de l'Union, les États membres ne lui transférant guère de nouvelles compétences.

En bref, en dehors de la symbolique qui y était attachée, le traité constitutionnel, tant d'un point de vue politique que d'un point de vue juridique, était loin d'être révolutionnaire, et son entrée en vigueur n'aurait bouleversé ni la nature de l'Union ni celle de ses relations avec ses États membres.

Des traités, des instruments et des procédures juridiques plus simples

L'un des objectifs poursuivis par les dirigeants européens qui ont négocié et approuvé le traité constitutionnel était de « *simplifier les traités afin qu'ils soient plus clairs et mieux compris, sans en changer le sens* ». Cet objectif est partiellement atteint par le traité constitutionnel. « L'honnête homme » peut, à la lecture des soixante premiers articles de la première partie de ce traité (soit environ 30 pages), se faire une idée claire de l'Union, de ce qu'elle est, de ce qu'elle fait, de quelle façon elle le fait, de ce que sont ses valeurs et ses objectifs. En outre, le lecteur intéressé peut trouver toutes les règles fondamentales concernant l'Union rassemblées en deux documents (avec le traité Euratom), au lieu d'avoir à consulter les 2800 pages des dix-sept traités actuellement en vigueur.

Ceci dit, bien que le traité constitutionnel soit charpenté et rédigé d'une manière plus cohérente et lisible que les traités actuels, il n'en demeure pas moins un texte long et complexe (448 articles, 36 protocoles et deux annexes), qui n'est pas d'une lecture aisée pour les non-spécialistes. Cette complexité est, en large partie, inévitable, en raison des caractéristiques de l'Union et du souhait des États membres d'être précis quant aux limites des compétences qu'ils confèrent à l'Union. Il reste que le texte aurait pu être plus bref, notamment en n'abrogeant pas la totalité des traités actuels.

Malgré cela, la simplification des structures, des instruments et des procédures est certainement l'une des réussites des négociations. La complexité engendrée actuellement par la coexistence de deux personnalités juridiques (la Communauté européenne (CE) et l'UE), de trois « *piliers* » (CE, PESC, CPJ) et de quinze types d'instruments juridiques disparaît. Le nombre des différents types



d'instruments juridiques est réduit de quinze à six, comportant une hiérarchie claire : deux instruments législatifs (la loi et la loi-cadre), deux instruments non législatifs (le règlement et la décision) et deux instruments non contraignants (la recommandation et l'avis). Le traité distingue entre les procédures législatives et non législatives, et les simplifie.

Les compétences de l'Union sont clarifiées, ordonnées et classifiées en trois groupes : les compétences « *exclusives* », peu nombreuses, les compétences « *partagées* » avec les États membres, et les compétences « *d'appui* », qui interdisent à l'Union de légiférer pour harmoniser les législations et réglementations des États membres.

Des progrès vers une meilleure légitimité démocratique

Le traité fait de la procédure de « *codécision* » du Conseil avec le Parlement européen la procédure normale d'adoption des actes législatifs. Il augmente d'une quarantaine le nombre de cas dans lesquels le Conseil ne votera plus à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée. Il modifie la méthode de calcul des votes pondérés des représentants des États membres au Conseil pour la rendre plus démocratique, en tenant mieux compte de la population respective de chaque État membre, et oblige le Conseil à délibérer en public sur les actes législatifs.

Le Parlement européen se voit accorder plus de pouvoirs de contrôle sur le fonctionnement de l'Union, et notamment sur les activités de la Commission.

Pour la première fois, les parlements nationaux obtiennent un rôle direct dans le processus législatif de l'Union, grâce à la possibilité d'émettre des avis sur la conformité des propositions de loi au principe de subsidiarité, ainsi qu'à la possibilité, par l'intermédiaire de leur gouvernement, d'introduire un recours devant la Cour de justice pour violation de ce principe.

Les citoyens se voient conférer un rôle nouveau, grâce à la possibilité offerte à un million d'entre eux de présenter une « *initiative citoyenne* » invitant la Commission à soumettre une proposition législative. Par ailleurs, ils pourront saisir la Cour de justice pour faire respecter leurs droits, notamment dans les domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de la Charte des droits fondamentaux.

Tout en reconnaissant que ces améliorations n'apporteraient pas encore une solution idéale au difficile problème de la démocratisation ou, en tout cas, d'une meilleure légitimité des activités des institutions de l'Union, il reste qu'elles sont incontestables et substantielles.

Des institutions plus efficaces

D'une part, les simplifications déjà mentionnées conduiraient à un fonctionnement plus clair, mieux compréhensible, du processus décisionnel de l'Union. D'autre part, les nouvelles fonctions de président du Conseil européen et de président du Conseil « *affaires étrangères* » (le ministre des affaires étrangères de l'Union), exerçant leurs fonctions à plein temps et d'une manière stable pour



quelques années, en lieu et place de la présidence par rotation semestrielle de premiers ministres et de ministres des États membres continuant à exercer en parallèle leurs fonctions au niveau national, apporteraient sans nul doute plus de « *leadership* », de cohérence et de visibilité.

Le nombre accru de cas de décisions à prendre à la majorité qualifiée facilitera la prise de décision, de même que la possibilité donnée à un tiers des États membres, à défaut de l'unanimité des vingt-sept, d'agir dans le cadre des institutions de l'Union en utilisant le mécanisme de la « *coopération renforcée* ».

Enfin, tout en respectant le principe d'unanimité, le traité prévoit qu'il pourra être révisé par des procédures moins lourdes que cela n'est le cas aujourd'hui, notamment pour que les décisions dans certains domaines puissent être prises en codécision avec le Parlement européen et à la majorité qualifiée au Conseil.

Peu de modifications dans le domaine matériel

L'entrée en vigueur du traité n'aurait pas apporté de changement majeur aux possibilités d'action de l'UE dans les domaines économique et social. Le traité constitutionnel n'est ni plus « libéral », ni plus « social » que les traités actuels. Dans les domaines économique et social, il reproduit les dispositions de ces traités, sans grandement modifier l'équilibre existant entre les dispositions qui sont « favorables au marché » et celles qui sont « favorables aux travailleurs ». Si tant est qu'elle en ait une, l'orientation politique de l'Union existe depuis les années 1950 et n'aurait pas été modifiée, dans un sens ou dans un autre. Il convient cependant de noter que, à la demande de la France, le législateur européen devra tenir compte des exigences sociales dans la définition et la mise en œuvre de toutes ses politiques (article 117, disposition dont le respect est justiciable devant la Cour de justice).

En tout état de cause, les traités qui fondent l'Union ne fixent pas la politique à suivre mais constituent un cadre. Ils attribuent à l'Union certaines compétences, qui peuvent être exercées par ses institutions pour réaliser les politiques choisies par leurs membres. Du reste, la compétence essentielle dans ces domaines continue à relever des États membres. En effet, quelle que soit l'orientation (de gauche, de droite ou du centre) de leur gouvernement, les États membres n'ont pas souhaité étendre les pouvoirs de l'Union dans ces domaines, où ils entendent préserver leur compétence nationale. Cependant, la France a obtenu la création d'une base juridique nouvelle qui autorisera l'Union à légiférer (en codécision et à la majorité qualifiée) pour permettre aux services d'intérêt économique général (les services publics) de fonctionner « *dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions* » (article 122). On peut citer également la base juridique nouvelle qui pourra permettre au Conseil, statuant à la majorité qualifiée, de mettre en place une politique européenne de l'énergie (article 256).

Les avancées sont plus importantes dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ex-« *troisième pilier* ») : toutes les dispositions relatives à l'asile, à l'immigration et aux contrôles aux frontières extérieures (articles 265 à 268), ainsi que celles relatives à la coopération judiciaire en matière pénale (article 270) et à l'établissement de règles minimales dans le domaine de la cri-



minalité particulièrement grave (article 271)³ prévoient une prise de décision à la majorité qualifiée et en codécision. L'unanimité est cependant préservée dans les domaines les plus sensibles, comme le droit de la famille⁴ et l'institution éventuelle d'un parquet européen pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (article 274). Les parlements nationaux se voient conférer un rôle spécifique en matière de coopération policière et judiciaire pénale et pour contrôler les activités d'Eurojust et d'Europol. Le traité soumet l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la compétence de la Cour de justice⁵.

Largement à l'initiative de la France, le traité constitutionnel prévoit également des modifications importantes des dispositions relatives à la défense. Ce secteur, tabou pendant les cinquante premières années d'intégration européenne, a fait des pas de géant au cours des six dernières années. Les innovations du traité constitutionnel offriraient au Conseil et aux États membres des options souples permettant à l'UE de conduire des opérations civiles et militaires et d'améliorer la valeur ajoutée spécifique de l'Union en matière de gestion de crises à l'extérieur de l'Union. Le traité prévoit notamment la possibilité de conférer une mission de gestion de crise à un groupe d'États membres (article 310). Il prévoit aussi une « *coopération structurée* » permanente entre ceux des États membres qui remplissent des critères élevés en termes de capacités militaires (article 312). Il édicte enfin une obligation d'aide en faveur d'un État membre qui serait l'objet d'une agression armée (article 41 § 7).

Pour ce qui concerne la gouvernance de la « zone euro », le traité fixe les cas où seuls les États dont la monnaie est l'euro auront le droit de vote (articles 194 à 196) et renforce leur contrôle sur l'entrée d'un nouvel État dans la zone.

Une meilleure protection des droits fondamentaux

La Charte des droits fondamentaux adoptée à Nice en 2000 est insérée dans le traité constitutionnel. Elle se verra ainsi conférer une valeur juridiquement contraignante à l'égard des institutions de l'Union, ainsi qu'à l'égard des États membres, mais « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (article 111, paragraphe 1). La situation juridique actuelle n'en sera pas fondamentalement modifiée. La Cour de justice a déjà jugé, depuis 1969, que « *les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux*

3 - Il est important de noter que ces deux basculements n'auraient pas pu aboutir à obliger un État membre à modifier sa législation pénale. Le traité prévoit en effet, que, si un État membre estime qu'un projet législatif « *porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale* », il peut saisir le Conseil européen, suspendant ainsi la procédure pendant quatre mois. Le Conseil européen statue par consensus. À l'issue de cette période, en cas d'échec ou d'inaction, le projet législatif peut être adopté en coopération renforcée par ceux des États membres qui le souhaitent, pour ce qui les concerne.

4 - La coopération judiciaire en matière civile est déjà, depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice le 1^{er} février 2003, soumise à la majorité qualifiée et à la codécision, à l'exception du droit de la famille.

5 - Sauf les questions d'ordre public et de sécurité intérieure dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale (article 377).



du droit communautaire, dont la Cour assure le respect»⁶ et que «*le respect des droits fondamentaux (...) constitue une condition de la légalité des actes communautaires*»⁷. Néanmoins, d'une part, le contenu de la Charte est plus vaste que le droit positif actuel et, d'autre part, le fait de l'insérer dans le traité constitutionnel est un symbole fort, qui fera apparaître de façon marquante aux yeux des citoyens que l'Union européenne est une «*Union de droit*» et qu'elle respectera leurs droits, sous le contrôle des tribunaux nationaux et de la Cour de justice. Toutefois, le revers de la médaille est que certains auront peut-être l'illusion que la Charte pourra être invoquée vis-à-vis de leurs autorités nationales dans tous les cas, même lorsque celles-ci ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union. Par ailleurs, la soumission de l'Union à deux types de dispositions qui ne sont pas toujours formulées de la même façon, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Charte, pourrait entraîner des difficultés, auxquelles seule l'adhésion de l'Union à la CEDH pourrait mettre fin, adhésion qui est d'ailleurs prévue par l'article 9, paragraphe 2, du traité.

Le traité constitutionnel n'allait pas dans le sens d'une transformation de l'Union en un État fédéral

L'Union européenne est aujourd'hui une «*Union partiellement fédérale*». Elle le restera dans l'avenir : l'Union n'est pas un État fédéral et elle ne le deviendra pas, en tout cas dans sa composition actuelle. Il est parfaitement clair qu'une entrée en vigueur du traité constitutionnel n'aurait pas modifié la nature de l'Union. Celle-ci n'aurait pas obtenu le droit de déterminer elle-même les limites de ses compétences, cette faculté continuant d'appartenir aux «*maîtres des traités*» que sont les États membres⁸. La nature des relations entre l'Union et les États membres n'en aurait pas été modifiée.

À l'heure actuelle, on constate que l'Union, à l'évidence, n'est pas un État

• Juridiquement, l'Union ne répond pas à la définition d'un État

Les éléments constitutifs d'un État sont un peuple, un territoire, un gouvernement organisé, une souveraineté pleine et entière, le droit et les moyens de contrôler les personnes à l'intérieur de ses frontières, la capacité de faire la guerre et la

6 - Arrêt du 12 novembre 1969, aff. 29/69, *Stauder*, rec., p. 419, point 7.

7 - Avis 2/94 du 28 mars 1996. *Adhésion à la CEDH*, rec., p. I-1759.

8 - Selon l'expression de la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt sur le traité de Maastricht, 12 octobre 1993, *Brunner et autres*, BVerfGE 89, 155.



paix et d'entretenir des relations internationales avec d'autres États dans tous les domaines. L'Union ne possède pleinement aucun de ces éléments.

En particulier, l'Union n'est pas souveraine : elle n'a pas la « compétence de sa compétence », à savoir le droit de définir ses propres pouvoirs. Ce droit appartient aux États membres. L'Union ne tire pas son autorité directement de ses citoyens, mais de ses États membres. Elle a été créée par une décision prise par eux et elle n'a d'autres pouvoirs que ceux qu'ils veulent bien, d'un commun accord, lui conférer.

De la même manière, la citoyenneté de l'Union est dépendante de la citoyenneté nationale et s'ajoute à cette dernière, le territoire de l'Union est dépendant des décisions des États membres (voir la « sortie » du Groenland décidée par le Danemark ou le partage décidé par la France entre les DOM et les TOM), etc.

Enfin, l'Union est dépourvue d'une pleine identité extérieure, ainsi que des pouvoirs attachés à une telle identité. Elle n'a pas de compétence exclusive dans les domaines qui sont les symboles d'un État souverain : la politique étrangère, la sécurité et la défense. La maîtrise, dans ces domaines, reste entre les mains des États membres. Il est vrai que les États membres sont en principe tenus de coopérer, de se coordonner et de respecter les décisions du Conseil en matière de PESC, mais cela dépend en fait du bon vouloir des gouvernements. Si certains d'entre eux décident de ne pas coopérer ou de ne pas coordonner leurs positions au sein du Conseil, personne ne peut juridiquement les contraindre à le faire. La Commission ne peut pas intenter un recours contre eux devant la Cour de justice, car cette dernière n'est pas compétente en la matière. En ce qui concerne le Haut représentant pour la PESC, la création de cette fonction en 1999 constitua un pas important. Une représentativité et un pouvoir d'initiative ont été conférés à un organe doté d'une certaine autonomie vis-à-vis des gouvernements des États membres, tout en étant lié au Conseil, l'institution de l'Union où ils sont directement représentés. Toutefois, s'il n'y a pas de politique agréée de l'Union sur un sujet déterminé, il est difficile pour Javier Solana d'exprimer une position au nom de l'Union.

• **Dans la pratique, l'Union ne dispose ni des ressources, ni des capacités, ni des moyens dont dispose un État**

L'Union ne dispose pas de ressources budgétaires comparables à celles d'un État, ni du droit d'établir et de percevoir des impôts. Elle n'est pas autorisée à décider quelles doivent être ses ressources budgétaires ; celles-ci sont arrêtées par une décision unanime du Conseil qui doit, pour entrer en vigueur, être ratifiée par les États membres⁹. Le budget de l'Union représente un tout petit pourcentage du revenu national brut de l'ensemble des États membres

9 - L'article 54, paragraphe 3 du traité constitutionnel n'aurait pas changé cette situation.



(environ 1 %) ¹⁰. En outre, la majeure partie des dépenses prévues par ce budget (autour de 85 %) est gérée par les administrations des États membres ¹¹. La part des dépenses administratives de l'UE est inférieure à 6 % de ses dépenses totales.

L'Union n'est pas dotée des capacités administratives et techniques correspondant à celles d'un État. Les ressources humaines dont elle dispose (autour de 30 000 personnes) ne représentent qu'une fraction du personnel municipal d'une ville comme Paris, alors que la population de l'UE est de près de 500 millions d'habitants. Elle ne dispose ni de moyens administratifs, ni de moyens coercitifs comparables à ceux d'un État. Elle ne dispose pas d'une administration fiscale, douanière ou vétérinaire, pas plus que de tribunaux de droit pénal ou de services chargés de l'application quotidienne du droit de l'Union. Elle n'a ni force publique, ni prisons. En fait, elle repose entièrement sur les moyens des États membres pour faire appliquer la législation qu'elle édicte ¹².

À l'avenir, il est improbable que l'Union se transforme en un État fédéral

Premièrement, l'Union n'a pas de « *demos* ». L'Union est faite de plusieurs « peuples », de plusieurs « *demoi* ». Il n'existe pas **un** peuple européen, peuple qui vivrait une vie politique commune et partagerait une identité culturelle commune. Un « *demos* » est davantage qu'un simple agrégat d'individus. Il implique le sentiment d'être une communauté, un « sentiment d'appartenance », pour que la démocratie ait un sens. Or, toutes les enquêtes d'opinion montrent que les citoyens de l'Union éprouvent ce sentiment principalement à l'égard de leur État, parfois de leur région, rarement et faiblement à l'égard de l'Europe ¹³. L'Union ne regroupe pas un ensemble de personnes dont la majorité se sentiraient suffisamment liées entre elles pour être prêtes à s'engager ensemble dans un jeu politique commun et dans un processus décisionnel les engageant pour l'ensemble de leurs problèmes.

10 - Le budget de l'Union pour 2007 est de 115,5 milliards, soit 0,64 euro par jour et par habitant ou 0,99 % du revenu national brut (RNB) total des États membres. La limite maximale fixée par les États membres pour le budget de l'UE est de 1,24 % du RNB. Cette limite n'a jamais été atteinte, même après l'élargissement de l'UE de 15 à 25 États en 2004, puis à 27 en 2007, alors que la plupart des nouveaux États sont relativement pauvres et nécessitent donc un volume plus important de fonds structurels : le pourcentage du RNB, qui était de 1,11 % en 2000, a au contraire été ramené à 1,004 % en 2005, puis à 0,99 % en 2007.

11 - Cour des comptes, *Rapport annuel relatif à l'exercice 2001* (JO C 295 du 28 novembre 2002, p. 1), paragraphe 0.12.

12 - Il convient par ailleurs de souligner que, quantitativement, la législation européenne reste modeste comparée à la législation nationale. Ainsi, d'après le Conseil d'État (« Études et Documents », 2005, p. 239), les directives en vigueur étaient au nombre de 1 244 et les règlements de 5 191 alors que les lois françaises en vigueur étaient au nombre 10 500 et les décrets réglementaires de 120 080. Une étude du même type aboutit à des résultats comparables pour l'Allemagne (*Bulletin Quotidien Europe*, n° 9225, 5 juillet 2006, p. 7).

13 - On pourrait citer Tocqueville, parlant des États-Unis d'Amérique au début du XIX^e siècle : « Les intérêts, les habitudes, les sentiments se réunissent pour concentrer la véritable vie politique dans l'État, et non dans l'Union », Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique (1835-1840)*, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986, vol. 1, p. 535.



Deuxièmement, la plupart des États membres (gouvernements, Parlements et peuples) sont opposés à ce que l'Union devienne une entité fédérale, alors qu'une telle mutation dépendrait à l'évidence de leur volonté politique unanime.

Troisièmement, l'élargissement de l'Union paraît bien avoir mis un point final à l'ambition fédérale. L'ambition de créer un État fédéral européen était envisageable pour une Communauté de six États membres, encore que, comme le montrent les mémoires de Maurice Couve de Murville, ministre des affaires étrangères du général de Gaulle de 1958 à 1968¹⁴, les difficultés étaient déjà grandes. Ces difficultés tenaient, entre autres, au fait que, d'une part, certains des États en cause sont anciens et dotés d'une culture nationale forte et que, d'autre part, la nature des relations à établir avec les États-Unis n'est pas conçue de la même manière par tous. L'ambition fédérale est devenue plus improbable lorsque la Communauté s'est élargie à neuf États membres en 1973, et notamment au Royaume-Uni et au Danemark. Avec ces adhésions, les deux difficultés mentionnées ci-dessus devenaient alors presque insurmontables. La Communauté a ensuite continué de s'élargir, y compris à des États, comme la Suède en 1995, pour lesquels il ne paraît guère concevable de donner au projet européen une finalité fédérale. Avec les élargissements de 2004 et de 2007 à douze nouveaux membres, qui ont fortement accru la diversité économique et sociale de l'Union, un point final pourrait bien avoir été mis aux ambitions fédéralistes, d'autant que l'élargissement va se poursuivre, à moyen ou à long terme, aux pays des Balkans occidentaux, augmentant encore cette hétérogénéité.

Désormais, rares sont ceux qui imaginent que l'Union, dans sa composition actuelle, puisse évoluer vers la création d'un État fédéral. Les fédéralistes européens, à l'instar du Premier ministre belge Guy Verhofstadt¹⁵, pensent que l'éventuel État fédéral européen n'aurait pas les limites géographiques de l'Union, mais réunirait seulement certains de ses membres.

Le traité constitutionnel aurait eu pour effet de clarifier que la voie d'une transformation de l'Union en un État fédéral était écartée

Ainsi, l'article 5 du traité constitutionnel aurait obligé l'Union à respecter « [l'] *identité nationale* [des États membres], *inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* » (cet article va bien au-delà de l'actuel article 6, paragraphe 3, du traité UE). Le même article aurait également obligé l'Union à respecter « *les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* » (cet article va bien au-delà de l'actuel article 33 du traité UE). Innovation marquante, l'article 60 aurait donné le droit à tout État membre de se retirer de l'Union, un droit qui est refusé aux entités fédérées dans les États fédéraux.

14 - Maurice Couve de Murville, *Une politique étrangère (1958-1969)*, Plon 1971.

15 - Guy Verhofstadt, *Les États-Unis d'Europe*, Bruxelles, Ed. Luc Pire, 2006.



Perspectives pour l'avenir : le cheminement vers une révision des traités constitutifs de l'Union européenne

Il résulte de ce qui précède que le cheminement actuellement engagé en Europe n'a pas pour ambition de tenter de construire, ni un nouvel État-nation¹⁶, ni un État fédéral. Même si le processus d'intégration européenne est loin d'être parachevé, l'objectif de l'Union continuera d'être, à l'avenir, la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le respect des identités nationales de ses États membres, de leurs cultures, de leurs traditions, de leur diversité et, d'autre part, la nécessité de développer un processus décisionnel central efficace, démocratique et transparent, ainsi que d'assurer l'application uniforme du droit ainsi adopté. C'est ce dont l'Europe a besoin afin d'être capable de répondre aux défis économiques, sociaux, environnementaux et sécuritaires de ce siècle. La mondialisation, qui érode la notion même d'État et de « souveraineté », a pour conséquence qu'aucun État européen n'est capable de faire face seul aux défis à venir¹⁷, tels que le terrorisme international. Aucun d'entre eux ne peut, seul, prendre des mesures significatives pour préserver l'environnement de la planète, ni même celui de son propre territoire. Aucun d'entre eux n'est assez fort pour négocier, seul, avec les États-Unis d'Amérique ou avec la Chine, ou encore au sein de l'Organisation mondiale du commerce. Aucun d'entre eux n'est assez influent ou puissant pour assurer la stabilité et la paix dans les États qui entourent l'Union européenne. Les États membres en ont pris conscience : en agissant de concert ou en transférant certaines de leurs compétences à l'Union, en se pliant aux disciplines de meilleure gouvernance de l'Union, ils sont plus forts et mieux équipés pour défendre les intérêts de leurs entreprises et de leurs citoyens et pour contribuer à la paix et la prospérité dans le monde.

De ce fait, malgré l'échec de la ratification du traité constitutionnel, l'Union continuera probablement à progresser sur le chemin d'une intégration plus étroite, notamment dans les domaines de la sécurité intérieure et extérieure. Ce sont des domaines où les États membres ont un besoin vital d'harmoniser certaines de leurs politiques et de mettre en commun leurs moyens pour être à même d'offrir plus de sécurité à leurs peuples. Ce faisant, l'Europe ne se fera pas « contre » les États, mais « pour » les États : l'Union continuera à être caractérisée par le fait que les États membres garderont leur identité. Leur participation au processus décisionnel et à la mise en œuvre du droit de l'Union continuera d'être bien plus décisive que celle des entités de n'importe quel État fédéral.

16 - Comme l'a écrit un grand Européen, Salvador de Madriaga : « *L'Europe n'est pas et ne sera jamais une nation. L'Europe est une grappe de nations. (...) L'Europe est sui generis. Elle doit se donner des institutions originales* » (in *De l'Angoisse à la Liberté*, 1954, Ed. Calmann-Lévy).

17 - Selon l'ancien ministre britannique conservateur Kenneth Clarke, « *la plus importante leçon politique de ces dernières années est qu'aucun pays ne peut exercer une souveraineté totale sur l'ensemble de ses propres affaires. Rejeter l'Union signifierait une perte de pouvoir souverain dans la pratique* », « *The Tories must stop being afraid of Europe* », *The Independent*, 6 octobre 2003 (traduction de l'auteur).



Il reste que les traités en vigueur sont insuffisants pour permettre à l'UE de répondre à ces défis. En outre, le choc psychologique du « non » français a des répercussions qui se prolongent et s'accroissent, s'ajoutant à l'effet de l'élargissement. L'Union fonctionne au ralenti. Elle a besoin d'un geste fort pour sortir de cette torpeur. Dans le même temps, nombreux sont ceux qui regardent les institutions de l'Union comme insuffisamment démocratiques, ou, en tout cas, comme difficiles à comprendre et fonctionnant d'une manière opaque et, donc, non aisément contrôlable. Ces institutions ont besoin d'une réforme importante de leurs structures et de leurs procédures.

Dans l'idéal, il serait souhaitable qu'un traité révisé, qui reprendrait l'essentiel des équilibres délicats trouvés dans le traité constitutionnel, et qui ne sont pas contestés, soit approuvé et ratifié aussi tôt que possible. Un tel traité révisé fournirait le tremplin nécessaire à la relance du projet européen. Comme la situation actuelle de l'UE ne peut perdurer sans risque sérieux de perte de légitimité et de déclin, il serait opportun d'envisager un cheminement rapide vers une telle révision des traités. Cependant, sans exclure cette hypothèse, on doit constater que les difficultés sont grandes et que les avis divergent, tant sur le calendrier à suivre que sur le contenu d'un éventuel futur traité.

Déjà pour ce qui est du **calendrier** à suivre, les thèses en présence sont divergentes.

- Un certain nombre d'États membres estiment qu'il y a urgence politique. Ils souhaitent qu'une révision des traités puisse entrer en vigueur d'ici aux élections du Parlement européen de juin 2009. Selon eux, attendre au-delà comporterait des risques :

- cela compliquerait la négociation sur la composition de la Commission à mettre en place à la fin de 2009 puisque, faute de modification du traité de Nice, celui-ci impose une réforme avant cette date ;

- cela rendrait la négociation plus difficile, car elle serait concomitante à la révision du budget pluriannuel de l'UE (« Perspectives financières 2007-2013 ») prévue pour 2009 ;

- cela ferait perdurer les difficultés décisionnelles et le climat morose actuel de l'UE, rendant peu vraisemblable une relance du projet européen grâce à l'adoption de projets concrets (« *L'Europe des résultats* », « *L'Europe par la preuve* »).

- D'autres États membres estiment qu'il est douteux que l'on parvienne, dans une période aussi brève (2007-2009) à régler la situation ayant résulté des référendums négatifs en France et aux Pays-Bas. Selon eux, il convient d'attendre la période postérieure aux élections européennes de juin 2009 avant de songer à initier une réflexion sur la procédure à suivre pour la mise au point d'une future révision des traités.

- D'autres enfin, ont proposé, à titre de compromis, de procéder en deux étapes, l'une aboutissant à l'adoption d'urgence d'un accord intérimaire de nature essentiellement institutionnelle, qui entrerait en vigueur avant juin 2009, la deuxième consistant à convoquer une assemblée politique chargée de préparer un traité de plus large portée qui pourrait être approuvé dans les années 2010.

Peu d'États membres, à ce stade, s'expriment ouvertement sur le **contenu** du futur traité mais, là encore, les divergences sont importantes.



Pour l'instant, la position d'un premier camp (le plus nombreux) consiste à récuser l'idée d'un « *mini-traité* » et à réclamer la reprise de l'intégralité des innovations du traité constitutionnel signé en 2004. Beaucoup d'entre eux seraient cependant prêts à admettre que la dénomination du traité pourrait être modifiée et que la répétition des articles du traité de Rome de 1957 pourrait être évitée en ne procédant pas à l'abrogation de ce dernier.

Selon d'autres, il serait opportun, non seulement de modifier le titre du traité, sa forme et sa longueur, mais également de prévoir d'autres modifications, parmi lesquelles la suppression des symboles (« drapeau », « hymne », etc.) qui, selon eux, prêtent à confusion sur la véritable nature de l'UE. Mais, pour eux, il est essentiel de préserver l'essentiel de l'équilibre des dispositions les plus importantes du traité constitutionnel. Certains souhaitent également compléter ce dernier par des dispositions ou des déclarations dans le domaine social, de l'énergie ou de l'environnement.

Dans un troisième camp, certains souhaiteraient aller plus loin, pour remettre par exemple en cause la « *communautarisation* » du troisième pilier ou encore le fait de rendre la Charte des droits fondamentaux juridiquement obligatoire pour les institutions de l'Union.

D'autres encore voudraient limiter la réforme aux seules dispositions institutionnelles, tout en réduisant l'accroissement du nombre de cas de votes à prendre à la majorité qualifiée.

D'autres enfin, même s'ils sont fort rares, critiquent même certaines des réformes institutionnelles prévues par le traité constitutionnel.

Ceci dit, personne ne semble plaider en faveur du statu quo : selon une constatation quasi unanime, les institutions et procédures actuelles de l'UE ne permettent, ni de faire fonctionner correctement une Union de 27 membres¹⁸, ni de faire admettre aux citoyens qu'elle fonctionne sous leur contrôle démocratique.

C'est dire combien la situation est difficile. Les propositions que fera au mois de juin l'Allemagne, qui assure la présidence du Conseil de l'Union au premier semestre de 2007, et la position que prendra la France, après l'élection présidentielle d'avril-mai 2007, seront déterminantes.

* * *

18 - Voir par exemple le discours de Tony Blair, Premier ministre du Royaume-Uni : « I accept that we will need to return to the issues around the European Constitution. A European Union of 25 cannot function properly with today's rules of governance », discours prononcé à Oxford à l'occasion de la commémoration du jour du souvenir de l'Holocauste [<http://www.number10.gov.uk/output/page9003.asp>]. Voir aussi le discours de Catherine Colonna, ministre déléguée aux affaires européennes, devant le Sénat le 20 juin 2006 : « tous les États membres se sont accordés pour reconnaître expressément qu'il n'était pas possible d'en rester au traité de Nice, texte jugé insuffisant pour permettre à l'Europe de fonctionner correctement ». [<http://www.senat.fr/europe/r20062006.html>]. De même, le projet du Parti socialiste français pour l'élection présidentielle de 2007 reconnaît que « L'Europe élargie ne pourra demain décider de façon efficace et peser dans le monde qu'avec d'autres institutions que celles du traité de Nice » [<http://projet.parti-socialiste.fr/tag/projet-socialiste/>].



L'évaluation générale des cinquante années d'intégration européenne est positive. L'Union a contribué à détruire le «rideau de fer» et à mettre un terme à la division du continent. Les vingt-sept États membres de l'Union sont en paix durable. La démocratie y est enracinée. La gouvernance économique s'y est améliorée. Le progrès économique et social y est mieux assuré. L'État de droit est en progrès. Tout en incitant les États membres à améliorer leur gouvernance et à moderniser leurs économies au sein du plus grand marché intérieur du monde, l'Union a contribué à faire du principe d'égalité entre hommes et femmes une réalité, à améliorer la protection des consommateurs, à relever le niveau de protection de l'environnement et à renforcer le respect des droits de l'homme. Les droits politiques, économiques et sociaux des peuples européens se sont multipliés et le contrôle de leur respect est devenu effectif.

L'Europe, exportatrice de guerre pendant des siècles, est devenue exportatrice de paix, c'est-à-dire d'aide au développement¹⁹ et d'aide au maintien ou au rétablissement de la paix dans le monde²⁰. L'Union tend à devenir un acteur global et actif dans le monde. Elle aide à maintenir la paix au-delà de ses frontières. Le monde extérieur est en demande de «plus d'Europe».

L'échec de la ratification du traité constitutionnel en mai et juin 2005 en France et aux Pays-Bas, bien qu'ayant ouvert la crise la plus grave à laquelle l'Union ait jamais été confrontée, ne change rien à ce «besoin d'Europe». On peut espérer qu'il ne changera pas durablement le cours de l'Histoire.

19 - L'Union (la Communauté et ses États membres) est de très loin le principal pourvoyeur d'aide au développement dans le monde : en 2004, l'Union a donné plus de 43 milliards de dollars (113 dollars par an et par habitant), contre moins de 20 milliards pour les États-Unis (67 dollars par an et par habitant) et moins de 9 milliards pour le Japon (70 dollars par an et par habitant). Source : *EU Donor Atlas 2006*, février 2006, Commission et OCDE [www.dev-strategies.com].

20 - D'une part, grâce à l'organisation d'opérations propres de l'Union européenne (en Bosnie-Herzégovine, à Aceh, en République démocratique du Congo, etc.) et, d'autre part, grâce à la participation des armées des États membres de l'Union européenne aux opérations de maintien de la paix de l'ONU (casques bleus).



Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel

Jean-Eric Schoettl

Conseiller d'État, secrétaire général au Conseil constitutionnel

La question de la primauté du droit communautaire a été rencontrée sous deux angles par le Conseil constitutionnel :

- à propos de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe ;
- à propos du contrôle des lois de transposition.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe¹

L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe proclamait en ces termes la primauté du droit de l'Union sur celui des États membres : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres* ».

C'était la première fois qu'un traité européen énonçait expressément cette règle.

La conférence intergouvernementale des 17 et 18 juin 2004 « constate », dans la première déclaration annexée à son acte final, que cet article « reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance ». Cette déclaration, si elle n'avait pas la valeur juridique du traité, n'en éclairait pas moins la portée.

Pour sa part, le traité d'Amsterdam ne faisait qu'une référence indirecte à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) sur la primauté du droit communautaire dans le protocole sur la subsidiarité, et

1 - Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.



seulement pour dire que le principe de subsidiarité ne modifiait pas les rapports dégagés par la Cour entre droit communautaire et droit interne.

Le principe de primauté du droit communautaire n'en a pas moins été énoncé et appliqué de longue date par la jurisprudence de la Cour de justice. L'article I-6 tendait à consacrer cette jurisprudence, en tenant compte du fait qu'à l'avenir l'Union européenne se substituerait aux Communautés européennes.

Cette jurisprudence paraissait se heurter à la Constitution française, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel. Le traité appelait-il pour autant sur ce point une révision constitutionnelle ? La réponse apportée à cette question par le Conseil constitutionnel rejoint la position d'autres cours constitutionnelles européennes sur les conflits possibles entre droit constitutionnel et droit communautaire.

La jurisprudence de la CJCE sur le principe de primauté

Selon la Cour de justice, un État membre ne peut exciper, pour se soustraire à ses obligations d'application ou de transposition du droit communautaire dans les délais prescrits par les actes communautaires, ni de ses règles législatives et réglementaires, ni même de son droit constitutionnel. Les principales étapes de cette jurisprudence (1965, 1970, 1978, 1996, 1980 et 2000) sont connues.

Dès 1965, dans une ordonnance du 22 juin², la Cour de justice refuse d'accorder un sursis à statuer dans l'attente d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne : « *Toute décision de sursis à statuer équivaldrait à vider la Communauté de toute substance en permettant de voir dans l'acte de ratification soit l'acceptation seulement partielle du traité, soit le moyen de lui faire porter des effets juridiques différents selon les États membres, soit l'occasion de permettre à certains ressortissants de se soustraire à ses règles* ».

En 1970, dans son arrêt du 17 décembre³, la Cour écarte la possibilité d'opposer au droit communautaire les droits fondamentaux garantis par une constitution nationale, en jugeant que :

« *le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État.* »

En 1978, dans son arrêt *Simmenthal*⁴, la Cour juge que :

« *le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir*

2 - *Acieries San Michele*, aff. 9/65 et 58/65, rec. 67, p. 35.

3 - *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, rec. 1970, p. 1135.

4 - 9 mars 1978, aff. 106/77, rec., p. 64.



législatif de la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté; (point 18).

Il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » (point 20).

À nouveau, en avril 1978, la Cour considère qu'un État membre défendeur « *ne saurait exciper de difficultés internes ou des dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires* »⁵.

En 1996, dans un arrêt du 2 juillet⁶, en réponse à une invocation par le Luxembourg des dispositions de sa Constitution pour écarter l'application d'une disposition du droit de l'Union, la Cour énonce que :

« le grand-duché de Luxembourg invoque l'article 11, deuxième alinéa, de sa Constitution, aux termes duquel seuls les Luxembourgeois sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. Cette disposition, en tant que norme suprême de droit interne, ferait obstacle à la constatation du manquement allégué par la Commission.

À cet égard, il suffit de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le recours à des dispositions d'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour conséquence de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis ».

En 1980, la Cour juge encore qu'un État membre « *ne saurait exciper de difficultés internes ou des dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires* »⁷.

En 2000, enfin, dans son arrêt *Kreil*⁸, la Cour tranche la question de savoir si le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes imposé par une directive du Conseil s'oppose à l'application des dispositions **constitutionnelles** et législatives du droit allemand excluant les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes.

La Cour conclut que « *la directive s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.* »

5 - *Commission c/ Italie* du 11 avril 1978.

6 - Aff. C-473/93, rec., p. I-3258.

7 - *Commission c/ Belgique* du 6 mai 1980.

8 - 11 janvier 2000, aff. C-285/98, rec., p. I-95.



La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur les relations entre droit constitutionnel et droit communautaire dérivé

Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans les décisions rendues le 10 juin et les 1^{er} et 29 juillet 2004, sont opposables à la transposition d'une directive communautaire les dispositions de la Constitution française propres à cette dernière. Les autres règles constitutionnelles doivent « céder le pas » à l'application ou à la transposition du droit communautaire.

Cette jurisprudence a été dégagée à propos :

- de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁹;
- de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle¹⁰;
- de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique¹¹;
- 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 personnel¹².

Pour le Conseil constitutionnel, la primauté du droit communautaire (entraînant l'incompétence du juge de la loi pour en connaître) joue bien en droit français, et dispose même d'un fondement constitutionnel (art. 88-1), sauf dispositions spéciales contraires dans la Constitution.

L'importance de l'article 88-1, introduit par voie d'amendement dans la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, n'a pas été immédiatement perçue. Il a fallu attendre la décision « *confiance dans l'économie numérique* », soit douze ans, pour en mesurer pleinement la portée.

L'article 88-1 de la Constitution n'est ni une banale déclaration générale, ni une simple annonce de plan. Pour les parlementaires qui sont intervenus dans le débat en séance publique, il exprime la reconnaissance par le Constituant tant de l'acquis communautaire que de la valeur désormais constitutionnelle de la participation de la France à la construction européenne.

Ainsi, l'un des rédacteurs de l'amendement à l'origine de l'article 88-1, M. Lamassoure, exposait-il que « *cet amendement vise à indiquer que la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne et à définir en même temps en quoi consiste la construction européenne à laquelle la France s'associe* ».

De son côté, le rapporteur du projet de révision devant le Sénat saluait une « *initiative qui insère dans la Constitution même des principes essentiels qui fondent l'adhésion de la France aux institutions communautaires* » et soulignait qu'en dépit de l'ancienneté de l'engagement européen de notre pays, « *aucune dispo-*

9 - Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 5 à 9.

10 - Décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 18 et 19.

11 - Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4 à 7.

12 - Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 et 8.



sition constitutionnelle spécifique ne permettait d'établir la nécessaire distinction juridique entre les Communautés européennes et les autres organisations internationales dont la France est membre ».

En dépit de sa formulation concise, le considérant de principe utilisé dans la jurisprudence « *confiance dans l'économie numérique* » n'introduit une « *réserve de constitutionnalité* » à l'égard du fond des dispositions législatives nationales tirant les conséquences nécessaires d'une directive communautaire que si celle-ci contredit des dispositions particulières spécifiques à la Constitution française.

C'est ce que juge implicitement mais nécessairement la décision « bioéthique ».

Les dispositions critiquées de la loi « bioéthique » se bornaient à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 5 d'une directive de 1998¹³.

Conformément à la jurisprudence dégagée par la décision du 10 juin 2004, confirmée le 1^{er} juillet 2004, les moyens dirigés contre l'article 17 ont été jugés inopérants.

Or les requérants estimaient qu'une disposition expresse, figurant dans un texte de rang constitutionnel, s'opposait à la transposition de la directive de 1998 : l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Toutefois, comme le relève la décision « *bioéthique* », le droit protégé par l'article 11 de la Déclaration de 1789 n'est pas propre à la Constitution française. Il figure également au catalogue communautaire des droits fondamentaux, et plus particulièrement dans l'article 10 (relatif à la liberté d'expression) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle régit le droit de l'Union en vertu de l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Il n'appartient donc qu'à la CJCE de vérifier la conformité de l'article 5 de la directive avec la liberté d'expression, droit fondamental protégé par l'article 10 de la CEDH, ainsi qu'avec l'ensemble des principes et droits que la France et l'Union ont en partage (respect de la dignité de la personne humaine etc.), ce qu'elle avait d'ailleurs fait en l'espèce¹⁴.

C'est dire que les seules normes constitutionnelles opposables à la transposition d'une directive communautaire sont les dispositions propres à l'ordre constitutionnel français, ou encore, pour reprendre la dernière formulation en date¹⁵, « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ».

13 - Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

14 - 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, C-377/98. Cet arrêt, qui érige la dignité de la personne humaine en principe général du droit communautaire, est mentionné dans les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexées au projet de traité constitutionnel.

15 - Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 19.



L'article I-6 du traité était-il contraire à la Constitution ?

L'obligation d'écarter toute règle constitutionnelle faisant obstacle à la réception du droit de l'Union se heurte *a priori* à la Constitution. Elle consiste en effet à admettre que, même dans l'ordre juridique interne, tout conflit entre norme constitutionnelle et norme communautaire doit se résoudre au profit de la seconde. Comment cet effacement systématique de la Constitution pourrait-il être conforme à la Constitution ?

a) Eu égard à sa portée considérable (faire prévaloir une loi ou une loi-cadre européenne sur toute disposition constitutionnelle contraire, si précise soit-elle), l'article I-6, pris isolément, posait un problème constitutionnel.

Une chose est qu'il existe une jurisprudence extensive de la CJCE en faveur de la suprématie, de l'immédiateté et de l'uniformité du droit communautaire : après tout, c'est bien le rôle de la Cour de justice que d'assurer leur pleine efficacité aux traités européens et au droit dérivé.

Si, comme on l'a dit justement, la Communauté européenne s'est construite par le droit, la rapidité avec laquelle ce « ciment juridique » a pu prendre doit beaucoup à la conception « téléologique » que la CJCE s'est faite du droit communautaire et au caractère parfois très prétorien de sa jurisprudence.

Qui plus est, la Cour ne peut traiter distinctement les dispositions nationales contraires au droit communautaire selon que ces dispositions trouvent leur siège dans une Constitution, dans une législation, dans une réglementation ou dans une simple pratique nationale. Comme la répartition des matières entre catégories de normes change d'un pays à l'autre, de telles distinctions conduiraient en effet à briser l'unité du droit communautaire (en laissant par exemple subsister des distorsions de concurrence).

Cette jurisprudence audacieuse a été comprise en raison de la finalité de l'action de la CJCE. Elle n'a pas été pour autant suivie, tant s'en faut, par toutes les cours suprêmes et constitutionnelles nationales. En France même, le Conseil d'État¹⁶ et la Cour de cassation font prévaloir les dispositions précises de la Constitution sur le droit européen communautaire ou conventionnel.

Tout autre chose est d'inscrire pour la première fois le principe de la primauté du droit de l'Union, avec la portée sans réserve que lui confère la jurisprudence de la CJCE, dans un traité qui se veut la Constitution de l'Europe.

L'article I-6 du traité, isolé de son contexte, obligerait en effet toute autorité administrative ou juridictionnelle nationale, y compris une Cour constitutionnelle, à écarter immédiatement et spontanément toute règle de droit nationale, y compris constitutionnelle, s'opposant à la réception du droit communautaire.

16 - Par exemple *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, 3 décembre 2001. Le Conseil d'État y juge par un *obiter dictum* que le principe de primauté de l'ordre communautaire « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution » (note Anne-Laure Valembais, AJDA, 18 novembre 2002, p. 1219).



La question ainsi soulevée était beaucoup trop importante pour être passée sous silence dans la décision du Conseil constitutionnel.

L'obligation de reconnaître un caractère absolu au principe de primauté ne pouvait être déjouée par une jurisprudence du Conseil constitutionnel postérieure à l'entrée en vigueur du traité. Le Conseil doit en effet tirer toutes les conséquences du traité, non seulement en vertu de l'adage « *pacta sunt servanda* », mais encore parce que l'article I-6, coupé de son contexte, règle de façon nette et univoque une question constitutionnelle (résolution des conflits de normes entre droit de l'Union et droit constitutionnel national).

De plus, admettre la constitutionnalité de l'article I-6, indépendamment de son contexte, plaçait le Conseil constitutionnel en contradiction avec ses décisions de l'été 2004.

Comme le relevait une doctrine sur ce point unanime, la question du maintien de la jurisprudence « *confiance dans l'économie numérique* » aurait été sérieusement posée par l'entrée en vigueur du traité¹⁷.

En effet, à s'en tenir à l'article I-6 et à la jurisprudence de la CJCE à laquelle il se réfère (voir ci-dessus), aucune disposition constitutionnelle, même expresse et particulière à la France, ne pouvait plus faire obstacle à la transposition d'une « *loi-cadre* » (expression qui se substituait à celle de directive en vertu du traité constitutionnel).

La France ne pouvait s'affranchir d'une telle subordination qu'en violant ses engagements européens, ce qui équivalait à la dénonciation du traité et eût conduit en bonne logique à sa sortie de l'Union.

Cette vulnérabilité nouvelle des dispositions spécifiques de la Constitution française (principe de laïcité par exemple) était déterminante pour l'examen de conformité du traité constitutionnel.

En effet, si le Conseil a considéré, dans ses décisions de l'été 2004, que le Constituant avait consenti à ne pas s'opposer à l'application ou à la transposition du droit communautaire, c'est en réservant les dispositions particulières à la Constitution française.

Si peu fréquentes que soient les hypothèses dans lesquelles elle pourrait jouer, cette réserve n'en était pas moins, dans l'interprétation de la Constitution faite par le Conseil, une exception au consentement donné par le Constituant à la transposition du droit de l'Union.

Elle peut être justifiée par l'application au texte de la Constitution de la règle d'interprétation « *specialia generalibus derogant* » :

– de façon générale, l'article 88-1 écarte les obstacles constitutionnels se dressant contre le droit communautaire ;

17 - La jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique* n'exacerbait pourtant pas le problème posé par l'impact de l'article I-6 en droit français, puisque, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, elle présentait comme en grande partie acquise la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union.



– font exception les dispositions propres à notre « bloc de constitutionnalité » qui seraient contraires à l'acte communautaire en cause.

Or, la jurisprudence de la CJCE (à laquelle se référait l'interprétation de l'article I-6 du traité figurant dans l'explication annexée à celui-ci) est que les autorités nationales, y compris juridictionnelles, doivent écarter, au moment où elles se prononcent, toute règle de droit interne, même constitutionnelle, s'opposant à l'application ou à la transposition d'un acte communautaire. Selon cette jurisprudence, les juridictions nationales ne doivent pas attendre, pour « inhiber » une norme interne contraire, que celle-ci soit abrogée ou modifiée selon les procédures constitutionnelles nationales.

La contradiction paraissait donc à première vue irréductible entre :

- l'article I-6 du traité, qui obligeait à écarter immédiatement toute règle constitutionnelle contraire au droit communautaire ;
- et la Constitution française, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions de l'été 2004, qui oppose au droit communautaire ses règles spécifiques contraires.

Si, conformément à la jurisprudence de l'été 2004, la « porte constitutionnelle » a été aux neuf dixièmes ouverte par l'article 88-1 à la réception immédiate du droit communautaire dans l'ordre juridique interne, l'article I-6, pris au pied de la lettre, obligeait à l'ouvrir toute grande.

Sauf à ce que le Conseil constitutionnel modifie son interprétation de la Constitution à quelques mois d'intervalle, seul le Constituant pouvait ouvrir cette porte à deux battants.

En conséquence, donner ses pleins effets apparents à l'article I-6 du traité exigeait que le Constituant élargisse son consentement, ce qui appelait une révision constitutionnelle.

b) Ce n'était toutefois raisonner qu'au regard de l'article I-6 et des explications dont il était assorti.

Cependant, on ne pouvait lire l'article I-6 que conformément à l'intention des parties (qui avaient voulu que l'Union fonctionne sur le mode communautaire et non sur le mode fédéral¹⁸) et, comme il sied pour une convention, en le combinant avec les autres dispositions du traité.

Or celles-ci faisaient une large part aux traditions juridiques nationales.

Il résultait en effet de l'ensemble des stipulations du traité, en particulier de son article I-5 (sur les rapports entre l'Union et les États membres), des explications du *praesidium* qui y étaient annexées, ainsi que de la commune intention des parties, reflétée par les travaux préparatoires à sa signature, que ce traité ne modifiait pas la nature de l'Union européenne.

Celle-ci restait constituée d'États ayant choisi librement d'exercer en commun des compétences élargies sur le mode communautaire et non sur le mode *fédéral*. Elle respectait, selon les termes de l'article I-5, l'identité des États membres « inhérentes à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

18 - Ainsi qu'il ressort clairement des travaux de la Convention relatifs à la dernière phrase du § 1 de l'article I-1.



Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'impliquait en effet :

- ni que la Constitution française cesse, dans l'ordre juridique interne, de se situer au sommet de la hiérarchie des normes ;
- ni que les normes énoncées par le traité accèdent à un rang supra-constitutionnel en droit français.

De telles conséquences ne résultaient évidemment pas du seul intitulé du traité, intitulé qui, de l'aveu même de ses auteurs « conventionnels », revêtait avant tout un caractère symbolique.

L'économie générale du traité ne conduisait pas non plus à lui conférer une valeur supra-constitutionnelle en droit français.

En effet, comme le relevait le service des affaires européennes du Sénat dans une note de présentation des principaux aspects du traité¹⁹, ce dernier maintenait la spécificité d'une construction européenne marquée, depuis sa création, par des caractéristiques originales la rapprochant d'une confédération, mais la distinguant sans conteste d'une fédération :

- en premier lieu, la « Constitution pour l'Europe » restait un traité. L'Union n'avait toujours qu'une compétence d'attribution et ses compétences lui étaient conférées par un consentement unanime et révocable des États membres. Elle ne pouvait être établie et révisée que par accord entre les seuls États membres. La dimension confédérale de l'Union était au demeurant attestée par la mention explicite d'un droit de retrait volontaire de tout État membre (art. I-60) ;
- en deuxième lieu, les États membres continuaient à prendre, par des actes soumis à ratification nationale, les décisions fondatrices de l'Union (fixation de ses compétences et de ses règles de fonctionnement, définition de ses moyens financiers, adhésions) ;
- en troisième lieu, les décisions cruciales concernant les affaires étrangères et la défense relevaient comme antérieurement d'une logique intergouvernementale ;
- enfin, le traité n'assignait pas à la Commission européenne la place qu'occupe un gouvernement dans une démocratie parlementaire. La nomination de son président ne pouvait se faire sans l'accord du Conseil européen, lequel était composé des représentants des gouvernements des États membres. Le pouvoir de chaque État de proposer un candidat et l'égalité entre États membres régissaient la composition du collège des commissaires. L'équilibre du « triangle institutionnel » (Conseil, Commission, Parlement européen) était par ailleurs maintenu.

Plus fondamentalement, l'Union n'est pas un État, et ne le devenait pas par l'effet du traité constitutionnel, ne serait-ce que parce qu'elle n'a pas « la compétence de sa compétence ». Comme l'écrit le professeur Monjal : « *L'Union n'est que l'instrument d'une action communautarisée souverainement décidée par des États* »²⁰.

19 - Voir, sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/europe/cig_2003/resume_constitution_2004.html.

20 - *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004 (3), p. 443 et suiv. Réfutant l'usage du terme de « Constitution » pour qualifier le traité fondateur de l'Union, cet auteur poursuit : « *L'Union est un phénomène étatique, certes, mais dont l'essence reste la volonté indépassable des États, exprimée conventionnellement* ».



La révision de la Constitution française ne pouvait à elle seule parvenir à conférer valeur supra-constitutionnelle à la « Constitution pour l'Europe » établie par le traité, car le constituant national, si respectueux soit-il de la règle « *pacta sunt servanda* » et si soucieux soit-il d'assurer la réception du droit international dans la tradition la plus purement moniste, ne peut hisser aucun droit au-dessus de celui qu'il proclame²¹.

Il faudrait pour cela, non plus une simple révision constitutionnelle nationale, mais l'établissement d'un État fédéral européen.

Seule la Constitution (au plein sens du terme) d'un État fédéral européen pourrait placer la norme européenne au-dessus des normes constitutionnelles nationales en assignant des domaines de compétence aux États membres, quitte à renvoyer libéralement à leurs constitutions respectives la définition de l'organisation juridico-politique nationale et les modalités d'exercice des pouvoirs qui leur demeuraient attribués.

On n'en est pas là, loin s'en faut.

En revanche, il n'est nullement impossible à la Constitution de la V^e République, comme cela est déjà le cas, d'agréer des transferts et des partages de compétences au profit d'une organisation supranationale dotée d'institutions et de prérogatives propres, fût-ce dans des matières inhérentes à la souveraineté.

Il n'est pas non plus impossible à la Constitution française, comme le fait déjà son article 88-1, d'écarter une partie des règles constitutionnelles nationales pour les besoins de l'application et de la transposition du droit de l'Union européenne.

Celui-ci n'en acquiert pas pour autant rang supra-constitutionnel dans l'ordre juridique interne, puisque la règle européenne ne prévaut, en cas de conflit de normes, que par la volonté du constituant national et que celui-ci peut à tout moment retirer son consentement aux dérogations qu'il a accordées.

Le principe de primauté du droit de l'Union, réaffirmé par l'article I-6 du traité, s'entendait par conséquent dans ces limites.

Au demeurant, ainsi qu'il résultait d'une déclaration annexée au traité, le principe de primauté n'acquerrait pas une portée supérieure à celle qui était antérieurement la sienne.

En conclusion, la primauté du droit de l'Union restait inopposable, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions spécifiques de la Constitution française, c'est-à-dire celles « *inhérentes à ses structures constitutionnelles et politiques fondamentales* » pour reprendre les termes du traité (art. I-5).

Ainsi compris, le principe de primauté du droit de l'Union était déjà consacré par la Constitution française à son article 88-1. Il en résultait, comme certains

21 - Voir D. Alland, « Consécration d'un paradoxe, la primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, 1094, et l'arrêt *Sarran* (CE, Assemblée, 30 octobre 1998).



auteurs l'avaient soutenu dès avant la décision du 19 novembre 2004²², qu'une révision n'était pas nécessaire pour lui faire produire ses effets.

Pour dire les choses de façon imagée, on pourrait emprunter à la génétique la métaphore suivante pour décrire la solution à laquelle aboutit la décision n° 2004-505 DC :

- primauté du droit de l'Union pour tout l'ensemble (prédominant) des normes constitutionnelles françaises qui font partie du « génome démocratique européen » ;
- maintien de la prévalence des règles constitutionnelles françaises qui constituent la petite séquence de l'« ADN démocratique » qui « code spécifiquement » pour la République française.

Si cette courte séquence était remise en cause, alors, oui, l'existence de la Constitution française serait en cause et l'Union deviendrait fédération. Un tel séisme n'a pas été voulu par les parties au traité.

Comme l'exposait le Président Mazeaud lors de son discours de vœux au Président de la République, en janvier 2005 :

« Non, l'Union européenne n'est pas le produit ordinaire des relations internationales.

Oui, la construction européenne nous engage non seulement conventionnellement, mais encore constitutionnellement.

Oui, nous devons faire confiance aux institutions européennes, y compris aux juridictions supranationales créées par les traités pour tout ce que nous avons décidé de gérer en commun et pour assurer la protection de l'ensemble des principes que nous avons inscrits dans notre catalogue commun de valeurs.

Non, ceci ne nous est pas imposé de l'extérieur : ceci résulte d'un consentement constitutionnel national et révocable.

Oui, en raison du consentement constitutionnel et populaire dont il a bénéficié, le droit communautaire est d'effet direct et prévaut, en cas de conflit, sur nos normes nationales, y compris, dans la généralité des cas, sur nos règles constitutionnelles.

Mais non, le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre.

Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif.

Autrement dit : l'essentiel de la République ».

Les inconvénients pratiques d'une telle lecture pour la cohérence de la construction européenne sont négligeables, car la réserve de constitutionnalité qu'elle laisse subsister, conforme à la décision « bioéthique », ne touche qu'un petit nombre de matières (laïcité, égalité d'accès aux emplois publics...) sur lesquelles il est douteux que l'Union entende interférer.

Le Conseil constitutionnel aura donc, dès l'été et l'automne 2004, trouvé dans l'article 88-1 de la Constitution la clé de résolution du conflit entre les normes constitutionnelles nationales et les normes communautaires :

22 - Voir notamment les propos de Bertrand Mathieu cités par *Le Figaro* du 29 octobre 2004 (p. 7) et la tribune de Paul Cassia à l'AJDA du 22 novembre 2004.



- confirmant les jurisprudences *Sarran* et *Fraisse* des deux Cours suprêmes nationales²³, il aura rappelé (selon le mot de M. Puissochet²⁴) le « présumé existentiel » des cours constitutionnelles en faveur de la suprématie de la Constitution en droit interne ;
- mais il aura également reconnu l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international²⁵ et accepté dans une large mesure la primauté du droit de l'Union.

Cette position du Conseil constitutionnel sur la primauté du droit communautaire rejoint la position adoptée par les cours constitutionnelles espagnole, italienne et allemande

Dans sa déclaration du 13 décembre 2004 (DTC 1/2004), statuant sur la conformité à la Constitution espagnole du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Tribunal constitutionnel espagnol a en effet estimé que les articles I -5 et II -113 du traité établissant une Constitution pour l'Europe « *viennent consacrer la garantie de l'existence des États et de leurs structures de base, ainsi que de leurs valeurs, de leurs principes et de leurs droits fondamentaux, lesquels ne pourraient en aucun cas se trouver méconnaissables du fait de la cession à l'organisation supranationale de l'exercice de la compétence* »²⁶.

Fondant la primauté du droit communautaire sur l'article 93 de la Constitution espagnole²⁷, qui est l'équivalent de l'article 88-1 de la Constitution française, le Tribunal constitutionnel précise que « *Le transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles – qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle, mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même – se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'État, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre (art. 10, § 1 de la Constitution)* ».

23 - CE, Assemblée, 30 octobre 1998, *Sarran* et Cour de cassation, Assemblée plénière, 2 juin 2000, *Fraisse*.

24 - Conférence des cours ayant compétence constitutionnelle des États membres de l'Union européenne organisée au Conseil constitutionnel les 25 et 26 septembre 1997, Conclusions du président du Conseil constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4.

25 - D. Simon, *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire*, Rapport général au colloque de la SFDI, Bordeaux, 1999, Paris, Pedone, 2000, p. 207 à 249.

26 - « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA*, 2005, p. 47.

27 - L'article 93 dispose : « Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités par lesquels est attribué à une organisation ou institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution ».

« Il appartient aux Cortes générales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences. »



Citant l'article I-5 du projet de traité constitutionnel, le Tribunal ajoute : « *Les limites auxquelles se réfèrent les réserves des juridictions constitutionnelles apparaissent désormais proclamées de manière non équivoque par le traité lui-même soumis à notre examen, qui a fini par adapter ses dispositions aux exigences des Constitutions des États membres* ».

De même, la Cour constitutionnelle italienne, tout en reconnaissant la primauté du droit communautaire, s'est réservée la possibilité d'assurer la sauvegarde « *des principes suprêmes de l'ordre juridique italien* ».

La motivation de l'arrêt *Fragd*²⁸ est particulièrement topique à cet égard : « *Il est vrai que l'ordre juridique communautaire prévoit un système de protection juridictionnelle large et efficace des droits et des intérêts des particuliers... Et il n'est pas moins vrai que les droits fondamentaux susceptibles d'être tirés des principes communs aux ordres juridiques des États membres font, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, partie intégrante et constituent un élément essentiel de l'ordre juridique communautaire. Mais cela ne signifie pas que la Cour de céans puisse être privée de sa compétence pour vérifier par le contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution si une quelconque disposition du traité, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les institutions et les organes communautaires, n'est pas contraire aux principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel (...). Ce qui est extrêmement improbable n'en reste pas moins possible (...). Il y a lieu de tenir compte du fait qu'au moins d'un point de vue théorique et général, on ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel se retrouvent parmi les principes communs aux ordres juridiques des États membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire* ».

La *Verfassungsgericht* avait ouvert cette voie. Au terme d'une évolution par étapes de sa jurisprudence, elle a admis qu'aussi longtemps que la jurisprudence de la Cour de justice permettrait l'exercice d'un contrôle du respect des droits fondamentaux à l'échelon communautaire, il n'y aurait pas lieu pour elle de rechercher si un acte de droit dérivé méconnaît les droits garantis par la Constitution allemande²⁹.

En dépit de leurs nuances, ces positions des cours constitutionnelles française, espagnole, italienne et allemande reflètent, sur le plan du droit substantiel, une préoccupation commune : si, pour l'essentiel, les États membres et l'Union européenne ont en partage les mêmes principes et valeurs fondamentaux et si leur protection est donc désormais efficacement assurée à l'échelon communautaire, chaque État doit se réserver la possibilité, au moins au plan théorique, de défendre ses valeurs et ses principes propres.

28 - Arrêt n° 232 du 13 avril 1989, *société Fragd*, RUDH., p. 258.

29 - 29 mai 1974, *Solange I*, RTDE, 1975 332, note Fromont; *Cah. Dr. Eur.*, 1975 149, note Cohen-Jonathan; *RMC*, 1975.10, note Ehlermann; 22 octobre 1986, *Solange II*, RTDE, 1987 537, note Constantinesco; *AIJC*, 1987 419, note Autexier; 7 juin 2000, *Solange III*, RTDE. Janvier-mars 2001, note C. Grewe.



Ainsi le processus d'intégration communautaire débouche, selon l'expression de M^{me} Delmas-Marty, sur « *un pluralisme ordonné* » : pluralisme des ordres juridiques nationaux intégrés dans l'ordre juridique communautaire. Les valeurs nationales propres à chaque État membre marquent la limite de cette intégration.

La primauté du droit communautaire vue au travers du prisme du contrôle des lois de transposition des directives

L'examen des lois de transposition par le Conseil constitutionnel peut conduire celui-ci à confronter le droit interne au droit communautaire, mais aussi le droit communautaire au droit interne.

Le droit interne à l'épreuve du droit communautaire devant le juge constitutionnel

Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de connaître, de façon générale, de la conformité des lois au droit international.

La jurisprudence est constante.

Dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales³⁰.

Il appartient en particulier aux juridictions ordinaires, en vertu de l'article 55 de la Constitution, de faire prévaloir les stipulations d'un traité régulièrement ratifié par la France sur les dispositions contraires de la loi³¹.

En revanche, s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi n'écarte pas expressément – ou par une formule délibérée et générale – les stipulations contraires des traités internationaux, il ne lui appartient pas d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international³².

L'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la conformité de la loi avec les stipulations

30 - Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 25 et 28.

31 - Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, cons. 3 à 7.

32 - Décisions n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, cons. 3 à 7 ; n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, cons. 6 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 79 et 85 ; n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, cons. 5 ; n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, cons. 21 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998, cons. 11 ; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, cons. 15 et 34.



d'un traité ou d'une convention internationale, mais résulte de la confrontation de la loi avec les seules exigences de caractère constitutionnel³³.

On ne reviendra pas ici sur les fondements théoriques et pratiques de cette jurisprudence, qui ne sont pas minces³⁴.

Notons seulement qu'en faisant de la méconnaissance de tout traité par la loi une cause d'inconstitutionnalité de celle-ci, le Conseil constitutionnel s'obligerait à interpréter l'ensemble des traités ratifiés par la France en concurrence avec les juridictions nationales (Cour de cassation et Conseil d'État) et avec les instances internationales (juridictionnelles ou non) compétentes.

Or son interprétation, réalisée dans le temps très court que lui impartit l'article 61 de la Constitution, pourrait contrarier la leur ou être contredite par elles. Voulues ou fortuites, les divergences qui pourraient en résulter contribueraient au désordre juridique, voire à la « guerre des juges ».

Un infléchissement pouvait-il être apporté à cette jurisprudence dans le cas particulier de la transposition du droit communautaire dérivé, compte tenu des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en 2004 en matière de transposition des directives communautaires³⁵ ?

Une loi ayant pour vocation de transposer une directive et contredisant cette dernière viole-t-elle *ipso facto* l'article 88-1 de la Constitution ?

En principe oui, répond la jurisprudence de l'année 2006.

Tout d'abord, juge-t-il le 30 mars, « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne* »³⁶.

L'*a contrario* est évident.

Quatre mois plus tard, ce n'est qu'au prix d'une série de réserves d'interprétation que le Conseil constitutionnel conclut que la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ne méconnaît pas manifestement la directive communautaire qu'elle a pour objet de transposer³⁷.

Cette évolution jurisprudentielle trouve son aboutissement dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 (loi relative au secteur de l'énergie), par laquelle le Conseil constitutionnel censure, comme manifestement incompatibles avec les objectifs d'ouverture à la concurrence fixés par les directives

33 - Décisions n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, cons. 6 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 16.

34 - Sur la question de savoir si le Conseil devrait déclarer inconstitutionnelle la loi contraire au traité, voir le dossier figurant aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7, notamment la contribution du président Genevois.

35 - Décisions déjà citées : n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 ; 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 18 ; 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4 ; 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 et 8.

36 - Décisions n° 2006-535 DC du 30 mars, cons. 28.

37 - Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 16 à 31.



communautaires «énergie», dont la loi déferée a pour objet d'assurer la transposition, celles des dispositions de son article 17 qui, pour l'électricité comme pour le gaz, faisaient peser sur les opérateurs historiques une obligation de fourniture à un tarif réglementé non limitée à la poursuite des contrats en cours et non justifiée par des motifs de service public précis.

Le Conseil constitutionnel vérifie donc désormais que le législateur français ne s'est pas soustrait à son devoir de transposition d'une directive communautaire.

Il n'en subordonne pas moins une censure à l'incompatibilité manifeste de la loi de transposition avec la directive à transposer.

Rappelons le fondement de cette solution.

La transposition du droit communautaire en droit interne a été qualifiée d'exigence constitutionnelle par le Conseil en raison des termes mêmes du premier alinéa de l'article 88-1 («*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 institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences*»), le constituant ayant ainsi «*consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international*»³⁸.

La violation des objectifs de la directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, notion dont la jurisprudence de l'été 2004 rendait compte par l'expression «*dispositions expresses de la Constitution*» et que l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe formulait dans les termes suivants : «*l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles*».

Il en résulte qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller à ce que le législateur se soumette à l'exigence constitutionnelle définie ci-dessus.

Toutefois, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel quant au respect de cette exigence par le législateur rencontre nécessairement trois limites.

a) En premier lieu, sauf à ce que le constituant y ait consenti, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. On vient de s'en expliquer.

b) En deuxième lieu, s'il y avait doute sur la portée d'une directive, le Conseil constitutionnel, devant statuer avant la promulgation de la loi et dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, ne pourrait saisir la Cour de justice des

38 - N° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 11.



Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne³⁹.

Il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement contraire à la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Arrêtons-nous un moment sur cette question de l'article 234 du traité du point de vue de la procédure constitutionnelle contentieuse française.

Aux termes du troisième alinéa de cet article :

« 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 Banque centrale européenne ;

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 ».

Ces dispositions n'opposent pas d'obstacle dirimant à ce que le Conseil constitutionnel censure une loi comme incompatible avec l'acte de droit communautaire qu'elle a vocation à transposer.

Certes, pour la CJCE, les cours statuant en dernier ressort et appelées à se prononcer sur l'interprétation du traité ou d'actes communautaires sont tenues de la saisir lorsqu'elles ont à trancher une question d'interprétation.

L'obligation de renvoi préjudiciel doit assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres. Elle traduit le devoir de coopération entre les juridictions nationales (en tant qu'elles sont chargées de l'application du droit communautaire) et la Cour de justice⁴⁰. Elle a pour but d'éviter que ne s'établisse une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire⁴¹.

Cette règle ne semble avoir été appliquée, jusqu'ici, que par deux cours constitutionnelles des pays membres (l'Autriche et la Belgique).

39 - Il a été soutenu en doctrine qu'il s'agirait précisément là d'une règle inhérente à notre ordre constitutionnel (le contrôle de constitutionnalité *a priori* est une singularité française), sur laquelle le traité ne saurait prévaloir.

40 - Voir, notamment, l'arrêt du 6 octobre 1982, *Cilfit*, 283/81, rec., p. 3415, point 7.

41 - Voir, notamment, les arrêts du 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, 107/76, rec., p. 957, point 5, et du 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, 35/82 et 36/82, rec., p. 3723, point 8.



Pour des motifs tant de principe que pratiques, le Conseil constitutionnel français ne saurait toutefois être soumis à une telle obligation :

– comme l’a jugé, pour ce qui la concerne, la Cour constitutionnelle italienne⁴², le Conseil constitutionnel n’est pas une « *juridiction nationale* » au sens de l’article 234 du traité. Ses compétences, son mode de saisine, son caractère de « pouvoir public constitutionnel » s’opposent à une telle assimilation ;

– l’article 61 de la Constitution oblige le Conseil à se prononcer sur la constitutionnalité d’une loi dans le délai d’un mois (huit jours si l’urgence est demandée par le Gouvernement). Or ce délai serait nécessairement dépassé par un renvoi préjudiciel à Luxembourg. Cette impossibilité pratique de renvoi interdit au Conseil constitutionnel, par loyauté communautaire, de trancher des questions d’interprétation du droit communautaire non évidentes.

c) Enfin, la décision du Conseil concluant à l’absence d’« erreur manifeste de transposition » est rendue sans préjudice de la position des juridictions nationales et de celle de la CJCE quant à la conformité de la loi examinée au droit communautaire originaire et dérivé.

Contrairement à ce qu’a pu écrire un commentateur⁴³, l’autorité que confère aux décisions du Conseil constitutionnel l’article 62 de la Constitution n’est nullement battue en brèche par cette reconnaissance d’une possibilité d’incompatibilité avec le droit communautaire qui n’est pas assez patente pour que le Conseil constitutionnel la relève lui-même, mais que les juridictions peuvent retenir après avoir posé une question préjudicielle.

L’article 62, aux termes duquel : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* », conserve toute sa portée, mais interdit en l’espèce une seule chose : qu’une juridiction ordinaire, trouvant claire une question d’application du droit communautaire que le Conseil constitutionnel n’a pas trouvée telle, écarte une disposition législative jugée contraire à une directive sans saisir la CJCE de l’interprétation de celle-ci.

Le droit communautaire à l’épreuve du droit constitutionnel

La question de l’articulation entre droit constitutionnel et droit communautaire peut se poser en sens inverse devant le juge constitutionnel : ce n’est plus la loi nationale qui est confrontée à la norme communautaire, mais cette dernière qui se trouve confrontée à la norme constitutionnelle.

Le cas le plus patent est celui du contrôle de constitutionnalité des traités communautaires : saisi au titre de l’article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel fera évidemment prévaloir la norme constitutionnelle.

Mais l’hypothèse la plus intéressante pour la question qui nous occupe – existence et limites, en droit constitutionnel, de la primauté du droit issu des traités européens – se présente, là encore, avec les lois de transposition.

42 - Sentenza n° 13 de 1960, sentenza n° 168 de 1991.

43 - Paul Cassia, « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, octobre 2006, p. 31.



Lorsque les dispositions déferées d'une loi de transposition se bornent à reproduire en droit interne des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, c'est, au travers (et au prétexte) de l'examen de la loi de transposition, la directive elle-même qui se trouve déferée au Conseil constitutionnel.

* * *

En résumé, le test auquel le Conseil constitutionnel se pliera désormais lorsqu'il sera confronté à une loi de transposition comporte les étapes suivantes :

- la disposition examinée a-t-elle pour objet la transposition d'une directive ? Si ce n'est pas le cas, le grief tiré de la violation de l'exigence constitutionnelle de transposition découlant de l'article 88-1 de la Constitution est inopérant (fin du test) ;
- les dispositions de la directive à transposer sont-elles contraires à l'identité constitutionnelle de la France ? Si tel est le cas, le législateur est délié, au plan constitutionnel interne, de toute obligation de transposition (fin du test) ;
- les dispositions examinées tirent-elles les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnées de la directive ? Si oui, les griefs tirés de constitutionnalité interne sont inopérants (fin du test) ;
- les dispositions examinées sont-elles manifestement incompatibles avec la directive à transposer ? Si oui, elles doivent être déclarées contraires à l'article 88-1 de la Constitution (fin du test) ;
- si le test n'est pas achevé à cette étape, la loi de transposition relève d'un contrôle de constitutionnalité classique.



Annexe

L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives ⁴⁴

Pierre Mazeaud

Président du Conseil constitutionnel

1. Si l'article 55 de la Constitution française dispose que les traités régulièrement ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois, le Conseil constitutionnel a jugé, depuis 1975, qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il est saisi d'un recours tendant à apprécier la constitutionnalité d'une loi, « *d'examiner la conformité de cette loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* » (décision n° 74 -54 DC du 15 janvier 1975). Cette jurisprudence, qui est toujours en vigueur, s'appliquait à l'origine tant aux traités internationaux qu'au droit communautaire, y compris dans l'hypothèse d'une loi de transposition d'une directive.

2. La révision constitutionnelle de 1992, qui a permis la ratification du traité de Maastricht, a donné un fondement constitutionnel spécifique à la construction européenne. Aux termes du nouvel article 88-I de la Constitution : « *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.* »

Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

3. Le Conseil constitutionnel en a déduit dans une décision du 10 juin 2004 que, dès lors, « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* » (décision n° 2004 -496 DC).

Il en découle deux conséquences, l'une négative, l'autre positive :

- d'une part, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître de la conformité à la Constitution de dispositions législatives « *qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » – c'est-à-dire d'effet direct – d'une directive communautaire. En effet, il n'appartient qu'au juge communautaire de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par le traité que des droits fondamentaux garantis par l'article six du traité sur l'Union européenne ;
- d'autre part, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence constitutionnelle. Dans la mesure où la Constitu-

44 - Session plénière de la Commission de Venise, 16 décembre 2006.



tion lui fait obligation de statuer dans le délai d'un mois, ce qui lui interdit de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, le Conseil ne saurait déclarer contraire à l'article 88-I « *qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* ».

Le Conseil a, par ailleurs, réservé l'hypothèse – que j'ose espérer purement théorique – où les dispositions communautaires en cause seraient contraires à une règle ou à un principe « *inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* », par exemple, le principe de laïcité. Cette réserve des principes constitutionnels fondamentaux propres à la France rejoint l'inspiration de la jurisprudence Solange (« tant que ») de la Cour constitutionnelle allemande et de l'arrêt *Fragd* de la Cour constitutionnelle italienne.

4. Le Conseil constitutionnel a fait application de cette nouvelle jurisprudence dans deux affaires récentes :

- dans une décision du 27 juillet 2006, il a formulé un certain nombre de réserves d'interprétation de la loi ayant pour objet de transposer la directive du 22 mai 2001 sur les droits d'auteur pour que cette loi ne méconnaisse pas manifestement l'objectif poursuivi par la directive (décision n° 2006 -540 DC du 27 juillet 2006) ;
- dans une décision du 30 novembre 2006, il a censuré certaines dispositions relatives aux tarifs réglementés de la loi transposant les directives gaz et électricité de 2003, comme manifestement incompatibles avec l'objectif d'ouverture à la concurrence fixé par ces directives (décision n° 2006 -543 DC du 30 novembre 2006).

Ce contrôle est nouveau. Il n'est pas toujours facile à exercer. Mais il s'inscrit bien dans la logique du « contrôle de constitutionnalité à la française », qui est un contrôle *a priori*. En la matière, il permet d'éviter l'entrée en vigueur d'une loi de transposition d'une directive qui lui serait manifestement contraire.



A

Abus de position dominante : situation dans laquelle une entreprise qui domine un marché donné tend à profiter de cette position pour imposer des conditions de vente déloyales (prix abusifs, accords de vente exclusifs...). L'article 82 du traité instituant la Communauté européenne ne sanctionne pas les positions dominantes en tant que telles mais seulement leurs abus.

Acte clair : théorie par laquelle le Conseil d'État a considéré qu'en présence d'une norme communautaire claire, il n'était pas tenu de renvoyer à la Cour de justice des Communautés européennes la question de l'interprétation. La Cour en a admis le principe dans l'arrêt *CILFIT* de 1982.

Acte unique européen : accord communautaire signé le 17 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, qui prévoit la transformation, à compter du 1^{er} janvier 1993, du Marché commun issu du traité de Rome en un marché unique sans frontières intérieures. Il organise l'élargissement des compétences communautaires, la réforme institutionnelle par l'extension du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil, le renforcement des pouvoirs du parlement européen, la création du Tribunal de première instance et le renforcement de la coopération politique européenne.

Acquis communautaire : ensemble du droit communautaire transposé en droit interne. Les coopérations renforcées et les nouvelles adhésions d'États membres ne peuvent intervenir que dans le respect de cet acquis.

Agences européennes : organismes de droit public européen aux domaines d'intervention, dimensions et pouvoirs très variés, créés selon les modalités qui régissent le domaine de leurs interventions au terme des dispositions des traités. Il existe à ce jour une trentaine d'agences européennes.

Aides de minimis : aides d'importance mineure accordées par un État membre à une entreprise. En conséquence, elles sont exemptées de l'application des règles de concurrence, notamment l'obligation de leur notification préalable à la Commission. Le montant total des aides *de minimis* ne peut pas dépasser, depuis le 1^{er} janvier 2007, 200 000 euros sur une période de trois ans pour la même entreprise.

Aides d'État : l'ensemble des avantages, directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises,



notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux, quelles que soient leurs formes, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prises de participations en capital, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations, de prêts ou de mises à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de locations ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés. Les articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne posent le principe de l'interdiction de ces aides, à l'exception de dérogations prévues par des règlements du Conseil en faveur notamment de la recherche et de l'innovation.

Autorégulation : d'après l'Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » de décembre 2003, il s'agit de la « possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non-gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes ». L'autorégulation se transforme en co-régulation lorsqu'elle est concertée avec les pouvoirs publics.

Avis conforme : procédure créée par l'Acte unique, régie par l'article 192 du traité instituant la Communauté européenne, qui soumet la décision du Conseil à l'approbation du parlement européen. Sans l'avis conforme de ce dernier, la décision du Conseil ne peut entrer en application. Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, étend cet avis du parlement européen aux ressources propres du budget et d'un certain nombre d'accords internationaux.

B

Banque centrale européenne (BCE) : institution communautaire basée à Francfort, chargée de conduire la politique monétaire de la zone euro. Depuis le 1^{er} janvier 1999, elle a pour tâche de maintenir la stabilité des prix dans cette zone et de mettre en œuvre la politique monétaire européenne définie par le Système européen de banques centrales. Elle autorise l'émission de billets de banque et le volume de l'émission des pièces de monnaie émises par les États membres de la zone euro. Dotée de la personnalité morale de droit public, elle agit en totale indépendance. Les différents organes de direction de la Banque centrale européenne sont le directoire, le conseil des gouverneurs et le conseil général (qui sera dissous lorsque tous les États membres de l'Union auront introduit la monnaie unique).

Banque européenne d'investissement (BEI) : institution financière de l'Union dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière qui a pour mission de contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale à travers un développement équilibré du territoire communautaire. Ses actionnaires sont les 27 États membres de l'Union. Elle finance à long terme la réalisation de projets concrets dont la viabilité économique, technique, environnementale notamment est garantie. Elle soutient également les stratégies de pré-adhésion des pays candidats et des Balkans occidentaux, et met en œuvre le volet financier des accords conclus dans le cadre des politiques européennes d'aide au développement.



Base juridique : article du traité choisi par la Commission européenne pour fonder une proposition. Ce choix détermine la règle de vote au Conseil et les modalités d'association du parlement européen. Le choix de ou des articles servant de base juridique à une proposition de texte fait souvent l'objet d'un débat contradictoire entre la Commission, le Conseil et les États membres. Il peut être contesté devant la Cour de justice des Communautés européennes

C

Citoyenneté européenne : créée par le traité de Maastricht, elle s'applique à tout citoyen ayant la nationalité de l'un des États membres de l'Union. Elle lui confère le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes, ainsi que des droits de libre circulation. Elle lui donne en outre un droit de protection diplomatique et consulaire dans les États tiers où son État d'appartenance ne serait pas représenté.

Confédération européenne des syndicats (CES) : créée en 1973, elle regroupe aujourd'hui 81 organisations membres de 36 pays européens, ainsi que 12 fédérations syndicales européennes, soit plus de 60 millions de membres, ainsi que des organisations ayant un statut d'observateur en Macédoine et en Serbie. Elle est reconnue par l'Union européenne, le Conseil de l'Europe et l'Association européenne de libre-échange en tant qu'unique organisation syndicale interprofessionnelle représentative au niveau européen.

Clause d'*opting in* : clause adoptée à l'unanimité par les treize États membres de l'Espace Schengen, permettant au Royaume-Uni et à l'Irlande de bénéficier d'un statut particulier en ne participant qu'à une partie des dispositions Schengen. Les deux États conservent ainsi le droit de contrôler les personnes à leurs frontières et de ne pas intégrer dès leur adoption les mesures concernant les visas, l'asile et l'immigration.

Codécision (procédure de) : cette procédure législative, décrite à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, repose sur un principe de parité entre le parlement européen et le Conseil tel qu'aucun ne peut adopter de législation sans l'assentiment de l'autre. Introduite par le traité de Maastricht, étendue et renforcée par le traité d'Amsterdam, elle concerne, depuis le traité de Nice, 43 domaines du premier pilier. Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, la consacre comme procédure législative de droit commun.

Comité des régions : organe de consultation et de représentation des collectivités locales et régionales de l'Union européenne, institué par le traité de Maastricht et installé le 9 mars 1994. Il est le porte-parole des intérêts de ces entités auprès de la Commission et du Conseil, auxquels il adresse des avis. Il est obligatoirement saisi par la Commission et le Conseil dans tous les cas prévus par le traité instituant la Communauté européenne et lorsque les projets envisagés ont trait à la coopération transfrontalière.

Comité économique et social : institution composée de représentants des différentes composantes à caractère économique et social de la société civile organisée. Il est obligatoirement consulté sur les propositions de texte relatives aux principales politiques communes de l'Union.



Comité interministériel pour l'Europe : créé par le décret du 17 octobre 2005, ce comité réunit tous les mois, sous la présidence du Premier ministre, le ministre des affaires étrangères, le ministre délégué aux affaires européennes, le ministre de l'économie et des finances et les ministres concernés par l'ordre du jour. Le secrétariat général du comité interministériel est assuré par le secrétariat général aux affaires européennes. Le secrétaire général du Gouvernement y assiste.

Comitologie : lorsque, par exception au principe de droit commun selon lequel ce sont les États membres qui sont chargés d'exécuter le droit communautaire, le législateur communautaire (le Conseil seul ou le Conseil et le parlement européen) décide de confier ce pouvoir à la Commission, cette dernière doit prendre les décisions correspondantes en consultant des comités composés des experts des États membres sur le sujet donné.

Ces comités, au nombre de 250 au total, sont présidés par la Commission qu'ils sont chargés d'assister.

Les décisions «comitologie» du 28 juin 1999 et du 17 juillet 2006 fixent le cadre général de cette procédure en prévoyant 4 types de comités, entre lesquels le législateur communautaire doit choisir lorsqu'il attribue la compétence d'exécution à la Commission :

- *les comités consultatifs* : la Commission n'est pas tenue de suivre leur avis
- *les comités de gestion* : si le comité rend un avis négatif à la majorité qualifiée, la décision est renvoyée au niveau du Conseil,
- *les comités de réglementation* : la Commission ne peut adopter la mesure que si elle conforme à l'avis du comité, sinon la décision est renvoyée au Conseil,
- *les comités de réglementation avec contrôle* : institués en 2006, ils sont compétents lorsqu'une mesure d'exécution a une portée générale et peut modifier ou compléter l'acte législatif initial adopté en codécision ; quel que soit leur avis, la décision remonte au Conseil et au parlement européen qui peuvent, chacun, bloquer l'adoption de la décision par un vote respectivement à la majorité qualifiée ou à la majorité absolue.

Commission européenne : institution communautaire majeure (avec le Conseil, le parlement européen et la Cour de Justice), ayant son siège à Bruxelles.

La Commission veille à l'application du droit communautaire (elle est la « gardienne des traités ») et dispose du monopole d'initiative (sauf dans les domaines de la coopération policière et judiciaire pénale, où elle partage le droit d'initiative avec les États membres, et dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, où ce droit appartient essentiellement aux États membres). Elle dispose, en vertu du traité instituant la Communauté européenne, d'un pouvoir propre de décision dans certains domaines (concurrence, aides d'État) et peut se voir confier des pouvoirs d'exécution par le législateur communautaire (voir comitologie).

La Commission est composée actuellement de 27 membres (1 par État membre), formant le « Collège », instance collégiale qui se réunit toutes les semaines sous la présidence du président de la Commission et adopte ses décisions à la majorité simple.

Le Collège est assisté d'une administration d'environ 20 000 personnes, réparties en 36 directions générales (coordonnées par un secrétariat général).

Les membres de la Commission doivent être indépendants, notamment de leur État d'origine. Ils sont nommés pour un mandat de 5 ans selon une procédure complexe qui implique l'accord successif des États membres et du parlement



européen, lequel peut, pendant le mandat de la Commission, renverser cette dernière en adoptant une motion de censure à la majorité absolue de ses membres représentant au moins les 2/3 des votants.

Compétences : il existe, en pratique, trois types de compétences au sein de l'Union européenne :

- les compétences *exclusives* : politique commerciale commune, politique agricole commune, politique de la pêche ;
- les compétences *partagées* pour lesquelles la Communauté et les États agissent dans le respect du principe de primauté du droit communautaire valable pour l'essentiel des compétences : propriété intellectuelle, sécurité sanitaire, environnement par exemple ;
- les compétences *subsidiaries* caractérisées par un pouvoir limité de la Communauté, la compétence de principe relevant des États : éducation, santé publique par exemple.

Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, définissait expressément ces 3 niveaux de compétence et répartissait entre ces 3 niveaux les différents domaines dans lesquels les institutions ont une compétence pour agir.

Compromis de Luxembourg : compromis politique passé le 30 janvier 1966 entre la France et ses 5 partenaires de l'époque pour mettre fin à la politique dite de la « *chaise vide* » observée par la France en opposition à l'évolution prévue par les traités de Rome, visant à remplacer progressivement le vote à l'unanimité par le vote à la majorité à la fin de la période de transition fixée au 1^{er} janvier 1966. Ce compromis mit fin à la crise, en prévoyant que « *lorsque, dans les cas de décisions susceptibles d'être prises à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts très importants d'un ou plusieurs partenaires sont en jeu, les membres du Conseil s'efforceront, dans un délai raisonnable, d'arriver à des solutions qui pourront être adoptées par tous les membres du Conseil, dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté.* » Il s'agit d'un engagement de nature politique et non juridique.

Concentration : opération économique réalisée lorsque plusieurs entreprises fusionnent pour donner naissance à une nouvelle firme (fusion) ou lorsqu'une entreprise rachète une autre (acquisition). Elle n'est pas interdite en soi par le droit communautaire, sauf si elle crée ou renforce une position dominante susceptible de déboucher sur des abus. Le contrôle des concentrations opéré par la Commission (qui intervient uniquement si les rapprochements envisagés ont une dimension communautaire) a été formellement institué par des règlements du 21 décembre 1989 puis du 20 janvier 2004.

CONNEX : base de données (Consultation, Commission européenne et société civile) créée à la suite de Livres blancs de 2000 et 2001, recensant l'ensemble des procédures de consultation formelles et structurées auxquelles participent les représentants d'acteurs économiques et sociaux (700 en 2006).

Conseil de l'Union européenne : appelé aussi « Conseil des ministres » ou « Conseil », le Conseil de l'Union européenne est, avec le parlement européen, l'une des deux principales instances décisionnelles communautaires et l'une des institutions majeures (avec la Commission, le parlement européen et la Cour de Justice). Il se réunit de façon générale à Bruxelles, sauf en avril, juin et octobre où il se réunit à Luxembourg. Il siège en neuf formations ministérielles différentes, dont les délibérations sont généralement préparées par des groupes de travail, réunis-



sant les experts des États membres sur les sujets en discussion, et de manière systématique par le comité des représentants permanents (institué par l'article 207 du traité et appelé «COREPER»), qui se réunit plusieurs fois par semaine en deux formations distinctes.

Le Conseil exerce, le plus souvent avec le parlement européen, les fonctions législatives et budgétaires. Il dispose également de compétences exécutives qu'il peut, dans certains domaines, déléguer à la Commission (voir comitologie).

La présidence du Conseil est exercée par rotation tous les six mois entre les États membres. La France exercera la présidence de l'Union européenne du 1^{er} juillet au 31 décembre 2008.

Conseil «ECOFIN» : formation du Conseil regroupant les ministres de l'économie et des finances des États membres. Il se réunit environ une fois par mois et doit être distingué de l'*Eurogroupe* qui ne réunit que les ministres de l'économie et des finances des États membres ayant intégré l'Union économique et monétaire.

Conseil européen : mis en place en décembre 1974, il désigne les réunions régulières des chefs d'État ou de Gouvernement des États membres de l'Union européenne, ainsi que le président de la Commission.

Il donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et définit les orientations politiques générales.

Il se réunit, dans la pratique, deux fois par présidence, soit quatre fois par an, en principe à Bruxelles.

Le Conseil européen ne prend pas de décisions mais approuve seulement, par consensus, des «conclusions» (qui, formellement, sont des conclusions de sa présidence, qui est assumée par le chef de l'État ou du Gouvernement de l'État membre qui exerce la présidence semestrielle du Conseil).

L'Acte unique européen consacre juridiquement son existence et le traité de Maastricht, ses fonctions.

Consultation : instituée par le traité de Rome, elle ne donne qu'un pouvoir consultatif au Parlement. Procédure de base jusqu'au traité de Maastricht, son champ d'application est désormais plus réduit du fait de l'extension considérable de la procédure de codécision.

Coopération : procédure régie par l'article 252 du traité instituant la communauté européenne, elle repose sur un système de double lecture permettant au Parlement d'influencer directement la nature des actes adoptés, sans remettre en cause le dernier mot du Conseil et le rôle moteur de la Commission. Elle est aujourd'hui peu utilisée et limitée à quelques domaines relevant de l'Union économique et monétaire. Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, prévoit de la supprimer.

Coopération policière et judiciaire en matière pénale : troisième pilier communautaire, anciennement dénommé «*Justice et affaires intérieures*». Au sein de l'«*espace de liberté de sécurité et de justice*», il a connu de réelles avancées avec la création d'Eurojust, institution de coopération judiciaire, composée de magistrats et destinée à coordonner les enquêtes et les poursuites menées au sein des États membres de l'Union européenne, le renforcement d'Europol en matière de coopération policière et l'instauration d'un mandat d'arrêt européen.



Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, prévoit le rapprochement des législations pénales, l'extension de la liste des crimes graves revêtant une dimension transfrontalière, et la création d'un parquet européen.

Coopération renforcée : procédure concernant les trois piliers, et permettant à un nombre limité d'États membres de poursuivre l'approfondissement de la construction européenne dans le respect du cadre institutionnel de l'Union. Si ses modalités ont été assouplies par le traité de Nice, aucune procédure de coopération renforcée n'a à ce jour été mise en œuvre.

Co-régulation : association du législateur européen et des opérateurs concernés pour définir les mesures envisagées, par le biais d'actes non contraignants tels que des recommandations, des lignes directrices ou encore des codes de conduite.

COREPER : le *comité des représentants permanents*, régi par l'article 207 du traité instituant la Communauté européenne, réunit toutes les semaines les représentants permanents des États membres auprès de l'Union européenne. Chargé de préparer les travaux de chaque formation ministérielle du Conseil, et de dégager l'essentiel des compromis préalables, il se dédouble en deux instances :

- le *COREPER I*, composé des représentants permanents adjoints, compétent pour la préparation de certains Conseils¹ ;
- le *COREPER II*, composé des représentants permanents, responsable de la préparation des *Conseils européens*, du Conseil « *Affaires générales et relations extérieures* », du Conseil « *Economie et finances* », du Conseil « *Justice et Affaires intérieures* ».

Cour de Justice des Communautés européennes : la Cour de Justice est l'une des institutions majeures, avec la Commission, le Conseil et le parlement européen. Désormais, l'institution communautaire « *Cour de justice* » au sens du traité instituant la Communauté européenne se compose en réalité de trois juridictions :

- la *Cour de justice* proprement dite,
- le *Tribunal de première instance* (TPI) qui a vocation à traiter en première instance de nombreux recours,
- et le *Tribunal de la fonction publique* (TFP), institué en 2005 par le Conseil sur le fondement de l'article 225 A du traité instituant la communauté européenne, qui intervient en première instance sur les contentieux intéressant la fonction publique européenne.

Ces trois juridictions siègent à Luxembourg.

La *Cour de Justice* elle-même est composée d'un juge par État membre, soit 27 depuis le 1^{er} janvier 2007, et de 8 avocats généraux, tous désignés d'un commun accord par les États membres pour un mandat de six ans renouvelable. Les juges élisent leur président, qui est M. Vassilios Skouris depuis octobre 2003.

1 - « *Compétitivité (marché intérieur, industrie, recherche)* », « *Transfert télécommunication et énergie* », « *Environnement* », « *Education, jeunesse et culture* », « *Emploi, politique sociale, société et consommateurs* ».



Le *Tribunal de première instance* est composé d'au moins un juge par État membre (actuellement, 27 juges), nommés d'un commun accord par les États membres pour un mandat de 6 ans renouvelable.

Le *Tribunal de la fonction publique* est composé de 7 juges, nommés pour un mandat de 6 ans renouvelable par le Conseil, statuant à l'unanimité, après avis d'un « comité de sages ».

D

Décision : acte de droit dérivé obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'il désigne aux termes de l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne.

Décision-cadre : prévue par l'article 34 du traité sur l'Union européenne pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la décision cadre se rapproche de la directive en ce qu'elle lie les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elle ne peut, comme le prévoit expressément l'article 34 précité, entraîner d'effet direct. À la différence de la directive, le contrôle de sa transposition ou de ses difficultés d'application relève de la compétence du Conseil « *Justice et Affaires intérieures* ».

Dépenses obligatoires : dépenses budgétaires communautaires qui correspondent dans la pratique à une grande partie des dépenses agricoles et vétérinaires, au financement d'accords internationaux et aux pensions du personnel. C'est le Conseil qui a le dernier mot sur les dépenses obligatoires et le Parlement sur les dépenses non obligatoires.

Directive : acte du droit dérivé liant tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens (article 249 du traité instituant la Communauté européenne).

Droit communautaire : droit régi par le traité instituant la Communauté européenne (TCE), qui s'applique au « premier pilier » regroupant les compétences communautaires classiques.

Droit dérivé : droit adopté sur la base des traités communautaires et du traité sur l'Union européenne.

Droit européen : ensemble des mesures adoptées selon les règles de la coopération intergouvernementale, relatives essentiellement aux deuxième et troisième piliers, à savoir la politique étrangère et de sécurité commune et la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Droit de pétition : possibilité pour un million de citoyens européens d'inviter la Commission à présenter au Conseil et au Parlement une proposition sur un sujet d'intérêt général. Ce droit de pétition est institué par le traité constitutionnel non ratifié par la France.

Droit originaire : droit constitué par l'ensemble des traités, notamment le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité instituant la communauté européenne (TCE), tels que modifiés par les révisions successives.



E

Effet direct : principe mis en évidence par la Cour de justice des Communautés européennes en 1963 dans son arrêt *Van Gend En Loos*, selon lequel le droit communautaire s'applique directement dans les États, même en l'absence de mesures nationales d'application. Les États et les individus peuvent ainsi s'en prévaloir directement devant leurs juridictions nationales.

Élargissement : processus d'intégration de nouveaux États au sein de l'Union européenne. Le 1^{er} janvier 2007 a clôturé le cinquième élargissement de l'Union, avec l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie. De six États fondateurs (France, Allemagne, Italie, Belgique, Pays Bas et Luxembourg), l'Union est passée à vingt-sept États membres regroupant 492 millions d'habitants.

Entente : comportement économique d'entreprises qui a pour conséquence de fausser le marché, au détriment des consommateurs et des autres producteurs victimes de ces pratiques (partage de marché, fixation de quota de production, accord sur les prix entre entreprises pour les maintenir artificiellement élevés). Les ententes sont interdites par l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne. Un régime d'exemption peut cependant autoriser un certain type de coopération améliorant la distribution de produits ou permettant le progrès technique, dans un secteur d'activité donné.

Étude d'impact : document élaboré par la Commission avant de proposer un texte de manière formelle, et qui dresse un bilan coût-bénéfices de la réforme envisagée au regard de différents aspects : effets sur l'environnement, coût économique, conséquences sociales, etc.

Eurogroupe : créé lors du Conseil européen de décembre 1997, il s'agit d'une instance informelle qui regroupe les États ayant adopté la monnaie unique (13 États aujourd'hui, cf. « zone euro »).

Il répond au besoin accru de coordination des politiques budgétaires.

Ses missions sont essentiellement la concertation entre les États membres de la zone euro sur les politiques économiques envisagées, le dialogue avec la Banque centrale européenne et la préparation des positions de la « zone euro » sur la scène extérieure.

Elles ont été élargies en 2000 à l'emploi et aux questions structurelles.

L'existence de l'Eurogroupe est inscrite à l'article III-195 du traité constitutionnel, non ratifié par la France.

Par anticipation de l'application du traité constitutionnel, Jean-Claude Juncker, Premier ministre et ministre des Finances du Luxembourg, a été désigné par ses pairs comme président de l'Eurogroupe en 2004.

F

« **Flexicurité** » : désigne un système social conjuguant une grande facilité de licenciement pour les entreprises (flexibilité) à des indemnités longues et importantes pour les salariés licenciés (sécurité). Les systèmes de garanties adoptés par les pays nordiques de l'Union européenne, notamment le Danemark, en constituent un exemple.



Fonds structurels : instruments financiers de la politique régionale de l'Union européenne visant à réduire les écarts de développement entre les régions et les États membres. Il existe quatre fonds structurels : le Fonds européen de développement régional (FEDER), le Fonds social européen (FSE), le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) et l'Instrument financier d'orientation de la pêche (IFOP).

G

Grandes orientations de politique économique (GOPE) : adoptées chaque année par le Conseil ECOFIN sur proposition de la Commission européenne, ces orientations définissent un cadre pour l'ensemble de l'Union ainsi que pour chaque État membre. Elles précisent les réformes structurelles nécessaires, à moyen et à long terme, pour renforcer la compétitivité des États membres et de l'Union.

Groupes de travail : réunions de délégations des États membres de l'Union européenne composées de conseillers des représentations permanentes ou de représentants des ministères venus des capitales, sur des ordres du jour arrêtés par le pays exerçant la présidence de l'Union européenne.

Il existe environ 300 groupes de travail au sein du Conseil. Les groupes de travail constituent le premier échelon d'examen des propositions de texte communautaire au sein du Conseil. Les questions faisant difficulté remontent ensuite à l'examen du comité des représentants permanents (COREPER), puis à celui des ministres au sein du Conseil.

Les positions défendues par l'administration française au sein de ces groupes sont arrêtées par le secrétariat général aux affaires européennes après arbitrage du Premier ministre chaque fois que nécessaire.

I

Initiative communautaire : le pouvoir d'initiative pour les propositions de texte communautaire appartient, sauf exception, à la Commission européenne.

Les propositions de directive et de règlement sont, après les consultations préalables et les échanges entre les différentes directions générales intéressées (consultations «inter-services»), adoptées par le collège des commissaires à la majorité simple.

Elles sont ensuite adressées au Conseil, au parlement européen et aux États membres pour examen et éventuelle adoption.

Toutefois, dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (deuxième pilier), l'initiative revient essentiellement au Conseil européen et aux États membres. Pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale (troisième pilier), ce pouvoir d'initiative est partagé entre les États membres et la Commission, dans le cadre des grandes orientations définies par le Conseil européen.

Instrument de navigation : ils sont constitués des études d'impact, des tableaux de concordance et des évaluations préalables que les ministères doivent préparer afin d'évaluer les conséquences des textes envisagés et assurer une bonne information des décideurs politiques – Premier ministre, ministres, parlementaires européens élus en France, parlementaires français –, et des partenaires économiques



et sociaux – associations de protection de l’environnement et des consommateurs, organisations syndicales et patronales, groupes de pression, etc –.

Outre le facilitation des arbitrages politiques, ces instruments permettent d’apprécier l’insertion des nouvelles normes communautaires envisagées dans l’environnement juridique, économique, social national.

J

Justice et affaires intérieures (JAI) : intitulé initial du troisième pilier créé par le traité de Maastricht, aujourd’hui dénommé « coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Le traité d’Amsterdam a transféré la libre circulation des personnes vers le premier pilier ainsi que la coopération judiciaire civile. Cependant le Conseil des ministres de l’Intérieur et de la Justice continue de se dénommer Conseil « *Affaires intérieures et justice* ». Il traite à la fois de questions relevant du troisième pilier et de compétences désormais transférées du troisième au premier pilier.

L

Livres blancs : documents de la Commission qui contiennent des propositions précises d’action communautaire dans un domaine spécifique. Ils font parfois suite à un Livre vert publié en vue d’engager un processus de consultation au niveau européen.

Livres verts : documents purement consultatifs, diffusés par la Commission avant toute proposition formelle, censés retracer la situation dans un secteur donné, en recenser les problématiques et analyser les solutions envisageables, afin d’ouvrir le débat entre les parties intéressées.

M

Marché intérieur : objectif de l’Union qui consiste en « *l’abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux* » et en l’élimination de toutes les barrières à la libre circulation des marchandises.

Marché unique : but du marché intérieur, c’est-à-dire la situation dans laquelle il n’y aura plus de différence entre le marché européen et un marché national. Le marché unique se caractérise donc par la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

Marché public : défini par l’article 1^{er} du code des marchés publics français comme un « *contrat conclu à titre onéreux entre [des] pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Les marchés publics qui dépassent un certain seuil sont soumis à des règles et procédures communautaires, pour garantir un traitement équitable des opérateurs économiques et une transparence dans le traitement des appels d’offres.



Majorité simple : règle de vote au Conseil des ministres, aujourd'hui cantonnée, en droit communautaire, à des questions de procédure telle que l'adoption du règlement intérieur du Conseil.

Majorité qualifiée : en application de l'article 205 du traité instituant la Communauté européenne, « *les délibérations à la majorité qualifiée sont acquises dès lors qu'un nombre de voix pondéré est atteint* ».

Aux termes de l'article 10 de la dernière adaptation du traité, réalisée en vue de l'entrée de la Roumanie et de la Bulgarie dans l'Union européenne, les délibérations du Conseil sont adoptées si elles ont recueilli au moins 255 voix sur ce total de 345 voix², exprimant le vote favorable d'au moins 14 États membres, lorsqu'elles doivent être prises sur proposition de la Commission, et 18 sinon. En outre, tout État membre peut demander que lors de la prise de décision par le Conseil, il soit vérifié que la majorité qualifiée réunie sur la proposition de texte représente au moins 62 % de la population totale de l'Union³. La décision n'est pas adoptée si cette condition n'est pas remplie.

S'il s'agit d'une décision qui n'est pas prise sur proposition de la Commission (compétences intergouvernementales des deuxième et troisième piliers), la décision ne peut être adoptée que si la majorité qualifiée représente les 2/3 des États.

Le traité constitutionnel non ratifié par la France prévoit 45 nouveaux cas de vote à la majorité qualifiée, notamment pour les nouvelles compétences conférées à l'Union.

Minorité de blocage : chiffre pertinent auquel se réfèrent les négociateurs, c'est celui qui empêche l'adoption d'un texte ou d'une disposition.

La *minorité de blocage* est aujourd'hui de 91 voix.

Il importe donc pour un pays opposé à une proposition d'acte communautaire, ou à certaines de ses dispositions, de réunir une minorité de blocage en ralliant à ses positions un nombre suffisant d'États.

Pour un pays qui, comme la France, dispose de 29 voix sur les 91 nécessaires pour bloquer un vote, cela implique de rallier au moins deux autres « grands » États membres ainsi qu'un État « petit » ou « moyen », ou un « grand », deux ou

2 - Les voix sont réparties ainsi entre les États membres : 29 voix pour l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et l'Italie ; 27 pour l'Espagne et la Pologne ; 14 pour la Roumanie et 13 pour les Pays-Bas ; 12 pour la Grèce, le Portugal, la Belgique, la Hongrie, la République tchèque ; 10 pour la Suède, l'Autriche et la Bulgarie ; 7 pour le Danemark, la Slovaquie, la Finlande, l'Irlande et la Lituanie ; 4 pour la Lettonie, la Slovénie, l'Estonie, Chypre et Luxembourg ; 3 pour Malte.

3 - La part de la population nationale sur la population totale de l'Union européenne se répartit aujourd'hui de la manière suivante :

– Pour les États les plus peuplés, la population de l'Allemagne représente 16,73 % de la population totale de l'Union européenne, la population de la France, 12,76 %, près du Royaume-Uni (12,26 %) et de l'Italie (11,92 %) ; la population de l'Espagne et de la Pologne représentent respectivement 8,88 % et 7,74 % de la population totale de l'Union, suivies par la Roumanie (4,38 %) et les Pays-Bas (3,31 %).

– Viennent ensuite les parts des populations de la Grèce (2,26 %), du Portugal (2,14 %), de la Belgique (2,13 %), de la République tchèque (2,08 %) et de la Hongrie (2,04 %) au sein de la population totale de l'Union. Suivent ensuite les parts des populations de Suède (1,84 %), d'Autriche (1,68 %), de Bulgarie (1,57 %), du Danemark (1,10 %), de Slovaquie (1,09 %) et de Finlande (1,07 %).

– Enfin, les populations les moins élevées de l'Union représentent respectivement 0,85 % (Irlande), 0,69 % (Lituanie), 0,47 % (Lettonie), 0,41 % (Slovénie), 0,27 % (Estonie), 0,16 % (Chypre), 0,09 % (Luxembourg) et 0,08 % (Malte) de la population totale de l'Union européenne.



trois « moyens » et quelques « petits », ce qui suppose que puisse se faire jour une convergence d'intérêts suffisante entre ces différents États.

N

Notification : formalité par laquelle un acte ou un jugement est porté à la connaissance des personnes intéressées ; par exemple, les États membres sont tenus de notifier à la Commission tout projet d'aide d'État ou de norme technique. Tous les jugements des États membres posant une question préjudicielle à la Cour de justice sont notifiés à l'ensemble des États membres.

P

Parlement européen : une des institutions majeures avec la Commission, le Conseil et la Cour de Justice.

Seule institution européenne élue directement par les citoyens des 27 États membres, il est composé de députés qui exercent trois pouvoirs : législatif, budgétaire et de contrôle politique des autres institutions européennes.

Il est devenu grâce à la procédure de codécision un véritable co-législateur.

Il s'est imposé comme un acteur politique majeur à l'occasion de la chute de la Commission présidée par Jacques Santer, en 1999, puis lors de la difficile investiture de la Commission présidée par Jose Manuel Barroso en 2004.

Au cours des toutes dernières années, il s'est également imposé comme une instance de compromis décisive sur les grandes initiatives communautaires telles que la directive « services » ou la directive et le règlement REACH (relatifs à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des produits chimiques). Dans ces deux cas, le Conseil a, pour l'essentiel, aligné sa position sur celle du parlement européen.

Le parlement européen compte, depuis le 1^{er} janvier 2007, date de l'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie, 786 députés. Cette solution provisoire, liée à l'arrivée de 17 députés bulgares et de 33 députés roumains, sera revue pour la législature 2009-2014. Le nombre de députés sera ramené à 736, dont 99 pour l'Allemagne et 72 pour la France, pour le Royaume-Uni et pour l'Italie⁴, contre 78 aujourd'hui.

PESC : la « *Politique étrangère et de sécurité commune* » constitue le deuxième pilier communautaire.

4 - Le nombre de représentants élus au parlement européen se répartit entre les États membres de la façon suivante : l'Allemagne dispose de 99 députés européens ; la France, le Royaume-Uni et l'Italie de 72 représentants ; la Pologne et l'Espagne de 50 représentants ; la Roumanie de 33 représentants ; les Pays-Bas de 25 représentants ; la Belgique, la Grèce, le Portugal, la Hongrie, la République tchèque de 22 représentants ; la Suède de 18 représentants ; l'Autriche et la Bulgarie de 17 représentants ; la Slovaquie, le Danemark et la Finlande de 13 représentants ; l'Irlande et la Lituanie de 12 représentants ; la Lettonie compte 8 représentants ; la Slovaquie 7 ; l'Estonie, Chypre et le Luxembourg en ont 6 ; enfin Malte dispose de 5 représentants.

Née avec le traité de Maastricht, elle se traduit notamment par l'adoption de stratégies communes, de positions ou d'actions communes sur la plupart des sujets internationaux.

L'Union européenne est représentée à l'étranger par la présidence du Conseil, assistée par le secrétaire général du Conseil, qui exerce les fonctions de Haut Représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune (actuellement, M. Javier Solana).

Perspectives financières : cadre pluriannuel dans lequel s'inscrit le budget de l'Union européenne et définissant, pour la période concernée, en général cinq ans, des plafonds contraignants pour chaque grande catégorie de dépenses, obligatoires et non obligatoires, notamment la politique agricole commune et les fonds structurels, et un plafond pour l'ensemble des recettes.

Piliers : architecture du droit communautaire organisée par le traité de Maastricht selon trois « piliers ».

- le *premier pilier* correspond aux trois communautés (CE, EURATOM et ancienne CECA),
- le *deuxième pilier*, à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC),
- et le *troisième*, à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (ex-JAI).

Ces trois piliers fonctionnent selon des procédures décisionnelles différentes : procédure communautaire pour le premier pilier et procédure intergouvernementale pour les deux autres.

Le traité constitutionnel non ratifié par la France prévoit de fusionner les trois piliers, tout en conservant des procédures particulières dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, y compris la politique de défense.

Pouvoir adjudicateur : qualité d'une entité (État, collectivités territoriales, organismes de droit public, associations formées par une ou plusieurs collectivité (s) territoriale (s) ou organisme (s) de droit public ressortissants d'un État membre de l'Union et institutions communautaires) qui souhaite entreprendre des travaux publics, recourir à une prestation de services ou qui envisage de faire un achat de fournitures.

Primauté : principe traditionnel du droit international, il a été dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Costa c/ Enel* de 1964 et signifie que le droit communautaire l'emporte sur le droit national des États membres.

Programme de travail pluriannuel : proposé par la Commission européenne, arrêté en concertation avec le Conseil et le parlement européen, il comporte la liste des initiatives envisagées au cours de l'année à venir et des propositions de texte susceptibles d'être soumises à la négociation. Il est décliné ensuite, selon les mêmes modalités, en programmes annuels.

Procédure « Lamfalussy » : approche législative visant à favoriser l'harmonisation européenne du cadre réglementaire des marchés financiers. Quatre niveaux ont été identifiés : les règles de base ; les mesures d'exécution, en coopération étroite avec les professionnels ; les recommandations du CESR (*Committee of European Securities Regulators*) ; la vérification de l'application des textes communautaires par les États membres.



Processus de «Val Duchesse» : processus de dialogue bipartite entamé en 1985 au niveau interprofessionnel et au niveau sectoriel, entre les organisations syndicales – regroupées au sein de la Confédération européenne des syndicats (CES) – et patronales – regroupées au sein de l’Union des confédérations des industries et employeurs d’Europe (UNICE).

Les réunions du comité du dialogue social ont conduit à la conclusion d’accords ensuite étendus par des textes communautaires et à un certain nombre de déclarations communes sur l’emploi, l’éducation et la formation notamment. Le rôle de la Commission y est celui d’un médiateur. Le Conseil n’y est pas représenté.

Proportionnalité : prévu à l’article 5 du traité instituant la communauté européenne, ce principe veut que «*la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité*». Le respect de ce principe est désormais contrôlé, en application anticipée du traité constitutionnel, par les parlements nationaux qui reçoivent, depuis le 1^{er} septembre 2006, l’ensemble des propositions de texte adoptés par le collège des commissaires avant examen par le Conseil et par le parlement européen.

Protocole : texte ajouté au traité et ayant la même valeur juridique mais portant sur des questions particulières. Par exemple, un protocole annexé au traité d’Amsterdam porte sur le droit d’asile pour les ressortissants des États membres de l’Union européenne.

Q

Question préjudicielle : prévue par l’article 234 du traité instituant la communauté européenne (TCE), c’est une question de droit posée par les juridictions nationales à la Cour de justice sur l’interprétation ou sur la validité des dispositions communautaires invoquées devant elles. Les questions préjudicielles peuvent porter à la fois sur le droit originaire et sur le droit dérivé.

R

Recommandation : texte adopté par orientation proposée par la Commission ou par d’autres institutions communautaires. Elle est dépourvue d’effet contraignant.

Recours en annulation : organisé par l’article 230 du traité instituant la Communauté européenne, ce recours juridictionnel a pour objet de faire annuler un acte des institutions communautaires. Il peut être formé, dans un délai de deux mois à compter de la publication ou de la notification, par les États membres, les institutions communautaires et les personnes physiques et morales, mais pour ces dernières seulement pour les actes dont elles sont les destinataires directs ou pour les actes qui, sous l’apparence d’un règlement ou d’une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement.



Recours en carence : prévu par l'article 232 du traité instituant la Communauté européenne, ce recours juridictionnel vise à faire sanctionner le défaut d'action d'une institution. Il peut être formé par les institutions, les États membres et les personnes physiques ou morales dans les mêmes conditions que pour les recours en annulation.

Recours en manquement : institué par l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne, ce recours juridictionnel est exercé à l'encontre d'un État membre qui aurait violé le droit communautaire, le plus souvent par la Commission, rarement, pour des raisons diplomatiques évidentes, par les États membres; en cas de manquement constaté, l'arrêt s'impose à l'État membre concerné et, s'il ne s'y conforme pas, la Cour peut lui infliger des sanctions pécuniaires à la demande de la Commission, en application de l'article 228 du traité instituant la communauté européenne à l'issue d'un recours « en manquement sur manquement ».

Règlement : acte de droit dérivé ayant une portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre (article 249 du traité instituant la Communauté européenne).

Représentation permanente française auprès de l'Union européenne (RP) : représentation diplomatique, dont la composition est largement interministérielle, auprès de l'Union européenne. Elle a pour vocation d'exprimer les positions françaises à Bruxelles, notamment au sein des groupes de travail du Conseil et au sein du comité des représentants permanents, et de rechercher les compromis possibles. Elle joue un rôle éminent d'interface entre le Gouvernement et les institutions européennes, tant lors de la conduite des négociations au sein des instances du Conseil que dans les relations avec les autres institutions, en particulier le Parlement et la Commission européenne.

S

Schengen (Espace) : espace de libre circulation des personnes entre les États signataires de l'accord du 14 juin 1985 et de sa convention d'application du 19 juillet 1990 (entrée en vigueur le 26 mars 1995). L'Espace Schengen regroupe *13 États membres de l'Union* (Allemagne, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Espagne, Portugal, Grèce, Autriche, Danemark, Finlande et Suède) et *trois États associés* (Islande, Norvège et Suisse). Inclus dans le traité d'Amsterdam, les accords de Schengen font partie intégrante du droit communautaire.

Le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficient d'un statut particulier dans la mesure où ils ne participent qu'à une partie des dispositions Schengen (clause d'*opting in*).

L'intégration des 10 pays entrés dans l'Union en 2004 et de la Roumanie et de la Bulgarie entrées en 2007 se fera à partir du 31 décembre 2007 en ce qui concerne les frontières maritimes et terrestres et dès le 29 mars 2008 pour les aéroports.

Secrétariat général du Gouvernement (SGG) : organisme administratif charnière entre le Gouvernement et l'administration, il a été créé en 1935. Il est



placé auprès du Premier ministre et travaille en étroite association avec le cabinet de celui-ci pour la préparation de l'ensemble des arbitrages interministériels et pour celle du Conseil des ministres en liaison avec le Président de la République. Le secrétaire général du Gouvernement assiste au Conseil de ministres.

Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE) : administration de mission placée sous l'autorité directe du Premier ministre, il a succédé au SGCI en octobre 2005. Le secrétariat général aux affaires européennes assure la coordination interministérielle sur l'ensemble des dossiers européens, adresse les instructions de négociation à la Représentation permanente et aux ministères. Il assure en outre le Secrétariat du comité interministériel sur l'Europe qui se réunit une fois par mois.

Shadow-rapporteurs : députés du parlement européen qui suivent un dossier pour d'autres groupes politiques que celui du rapporteur.

Société civile : d'après le Livre blanc sur la gouvernance dans l'Union européenne, elle regroupe notamment « *les organisations syndicales et patronales, les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et communautés religieuses* ».

Subsidiarité : d'après l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où l'objectif de l'action envisagée ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres. Le respect de ce principe est contrôlé par les parlements nationaux dans les mêmes conditions que pour le principe de proportionnalité.

Système européen de banques centrales (SEBC) : organisation monétaire regroupant la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres de l'Union européenne. Le Système européen de banque centrale met en œuvre la politique monétaire (en modifiant ses taux directeurs) et gère les réserves officielles de change.

T

Think tanks : institutions privées non partisans sans but lucratif, indépendantes des administrations, des universités et des intérêts économiques, dont l'objectif est de nourrir les débats publics et de promouvoir le développement économique et social d'un État ou de l'Union européenne, en réalisant et en diffusant des études auprès du grand public, des médias, des dirigeants d'entreprise et des responsables politiques.

Traité d'Amsterdam : signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, il prévoit l'application de la procédure de codécision à de nouvelles matières et l'augmentation des cas dans lesquels le Conseil peut décider à la majorité qualifiée. Il communautarise une partie du 3^{ème} pilier : politique des visas, octroi du droit d'asile, questions relatives à la libre circulation.



Traité de Nice : signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1^{er} février 2003, il s'inscrit essentiellement dans l'optique d'une réforme institutionnelle orientée autour de trois axes principaux : la composition et le fonctionnement des institutions européennes; la procédure décisionnelle au sein du Conseil; les coopérations renforcées.

Traités de Rome : signés le 25 mars 1957, par l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, ils créent l'un la Communauté économique européenne (le TCE), le second la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom). Ces deux traités sont entrés en vigueur le 14 janvier 1958.

Traité sur l'Union européenne (ou traité de Maastricht) : signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, il dépasse l'objectif économique initial de la Communauté (réaliser un marché commun) et lui donne une vocation politique. Il marque une nouvelle étape dans le processus «*d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe*».

Transposition : procédé juridique consistant à incorporer en droit national les directives et les décisions-cadres, en les reproduisant et en amendant ou en abrogeant les dispositions nationales qui seraient incompatibles avec elles.

Tribunal de première instance : tribunal chargé de statuer sur le contentieux de première instance relatif à l'ensemble du droit communautaire. Il décharge donc la Cour de justice des Communautés européennes de cette fonction, depuis 1988 (articles 224 et 225 du traité instituant la Communauté européenne).

U

Unanimité : règle de votation au Conseil qui s'impose pour toute action de la Communauté pour laquelle il n'existe pas de base juridique. Elle correspond à l'obligation d'atteindre un consensus. Depuis l'Acte unique européen, l'unanimité cède le pas à la majorité qualifiée, qui constitue désormais la règle dans le cadre du premier pilier. Les deuxième et troisième piliers sont en revanche encore largement caractérisés par le recours au vote à l'unanimité, notamment en matière de fiscalité, de sécurité sociale et de culture.

Le traité constitutionnel, non ratifié par la France, maintient le vote à l'unanimité dans plus d'une soixantaine de domaines. Une disposition dite «*de passerelle*» (article IV-444) ouvre la possibilité de passer de l'unanimité à la majorité qualifiée dans certains cas.

Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE) : née en mars 1958, elle a pour objectifs de réunir les fédérations industrielles centrales pour favoriser une solidarité entre elles, encourager une politique industrielle compétitive au niveau européen, et être un porte-parole envers les institutions européennes. En 2006, elle comptait 39 membres issus de 33 pays, dont les pays de l'Union européenne, ceux de l'Espace économique européen et ceux d'Europe centrale et orientale.

Union économique et monétaire (UEM) : lancée par le traité de Maastricht en 1991, l'UEM a été mise en place en trois étapes : renforcement de la coopé-



ration monétaire (1991-1994); création de l'Institut monétaire européen (1994-1999); puis, à compter de 1999, fixation irrévocable des parités des monnaies des États participant à l'euro, création de l'euro et mise en œuvre de la politique monétaire unique par le Système européen de banques centrales.

V

Veto : possibilité pour un État de s'opposer à l'adoption d'une décision, soit dans le cadre du vote à l'unanimité, soit dans le cadre du compromis de Luxembourg.

Z

Zone euro : zone économique constituée par treize États membres de l'Union (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et, depuis le 1^{er} janvier 2007, Slovénie) ayant adopté l'euro comme monnaie nationale.

Sources :

Sites internet : www.ec.europa.eu; www.touteurope.fr; www.vie-publique.fr; www.etuc.org; www.senat.fr.

- Yves Doutriaux, Christian Lequesne, *Les institutions de l'Union européenne*, La Documentation française, collection «*Réflexe Europe*», 5^e édition, 2005.
- Florence Chaltiel, *Le processus de décision dans l'Union européenne*, La Documentation française, collection «*Réflexe Europe*», 2006.



Table des matières

Éditorial

Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle.....	17
Section du contentieux	19
Activité de la section.....	19
Jurisprudence	26
Actes.....	26
Assurances.....	27
Commerce et industrie.....	28
Communauté européenne.....	29
Comptabilité publique.....	29
Contributions et taxes.....	30
Élections.....	30
Étrangers.....	31
Fonction publique.....	32
Justice.....	33
Libertés publiques.....	33
Marchés et contrats.....	35
Nature et environnement.....	35
Outre-mer.....	37
Police.....	38
Procédure contentieuse (hors référé).....	39
Radiodiffusion sonore et télévision.....	42
Responsabilité.....	42
Travail.....	42
Voirie.....	43
Bureau d'aide juridictionnelle	45
Statistiques.....	46
Activité consultative.....	47
Assemblée générale	49
Éléments d'analyse.....	50
Statistiques.....	56
Section de l'intérieur	57
Principes constitutionnels, libertés publiques, régime des personnes.....	58
Indépendance de l'autorité judiciaire.....	58
Liberté d'association.....	59



Régime des personnes	59
Police judiciaire.....	60
Traitements automatisés et protection des personnes.....	60
Droit de réponse	62
Collectivités territoriales	63
Transfert de compétences et de services	63
Fonction publique territoriale.....	63
Pouvoirs publics	64
Autorités administratives indépendantes.....	64
Établissements publics	65
Codification	65
Outre-mer.....	66
Établissements d'utilité publique.....	66
Compétence.....	67
Compétence législative.....	67
Compétence réglementaire.....	68
Compétence consultative.....	68
Statistiques.....	69
Section des finances.....	71
Actes.....	71
Actes à caractère de décision.....	71
Codification	71
Transposition d'une directive communautaire	72
Impôts, taxes et redevances	72
Prélèvement exceptionnel.....	72
Extension de la valeur ajoutée de l'assiette des cotisations	73
Règles d'assiette, de taux et de recouvrement.....	73
Redevances pour rémunération de services rendus	73
Dispositions budgétaires et comptables	74
Décrets d'application de la loi organique relative aux lois de finances.....	74
Unité et universalité budgétaires	75
Comptes spéciaux.....	76
Budgets annexes.....	76
Éléments indissociables d'un dispositif financier d'ensemble.....	76
Décrets d'avance	77
Dispositions économiques et financières	78
Consommation	78
Secteur public.....	79
Banque et institutions financières.....	79
Assurances.....	79
Pôles de compétitivité	80
Aides d'État.....	80
Conventions internationales	81
Accords susceptibles de porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale	81
Accords intervenant dans une matière législative	81
Accords prévoyant le transfert de données personnelles.....	82
Défense	82
Organisation et gestion des administrations.....	83
Marchés publics.....	83
Propriété des personnes publiques	83



Organisation des administrations	84
Délégation de signature	84
Commissions administratives.....	85
Fonctionnaires et agents publics	85
Statut des magistrats.....	85
Emplois supérieurs	86
Tour extérieur	86
Contractuels.....	86
Dispositions statutaires.....	86
Déontologie	87
Création de nouveaux comités techniques paritaires	87
Détermination des instances paritaires compétentes.....	88
Obligation de consultation des comités techniques paritaires.....	90
Statistiques.....	91
Section des travaux publics	93
Élaboration et qualité des textes.....	93
Organisation administrative et fonctionnement des services publics	98
Protection de l'environnement et sites classés.....	101
Urbanisme et logement.....	101
Énergie, communications, mines et transport.....	103
Propriété et domaine publics, travaux publics, utilité publique, sécurité routière	104
Agriculture, pêche et chasse.....	106
Statistiques.....	107
Section sociale.....	109
Activité de la section.....	109
Observations d'ordre général.....	111
La réflexion préalable à la transmission des textes est parfois insuffisante.....	111
Délais d'examen	112
Des difficultés persistent en matière de consultations obligatoires	113
Les enjeux communautaires	114
L'organisation des administrations.....	115
Principales questions relevées	115
La loi de financement de la sécurité sociale	115
Sécurité sociale.....	115
Travail, emploi et formation professionnelle	116
Santé.....	119
Bioéthique	121
Action sociale et handicap.....	121
Les nouvelles technologies de l'information et la protection des données à caractère personnel	122
L'outre-mer.....	123
Nationalité	123
Statistiques.....	125
Récapitulatif des statistiques pour 2006	127
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution.....	129



Activité de la section du rapport et des études.....	131
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2006	133
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution	133
Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études en 2006	138
Statistiques.....	141
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	143
L'activité d'étude en 2006	143
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative.....	144
L'action internationale du Conseil d'État	147
Les échanges avec les institutions étrangères homologues	147
La participation aux actions de coopération administrative internationale conduites par des organismes dont c'est la vocation.....	149
La réponse à des demandes de coopération	150
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	153
Bilan des formations	157
Bilan des formations	159
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel.....	159
Formation continue des magistrats des juridictions administratives.....	159
Formation des agents de greffe des juridictions administratives	160
Formation des agents du Conseil d'État.....	161
Formation aux divers logiciels informatiques.....	161
Statistiques.....	162
Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	165
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	167
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	169
L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	171
L'activité des tribunaux administratifs en 2006	171
Affaires enregistrées.....	171
Affaires réglées.....	172
Affaires en instance	172
L'activité des cours administratives d'appel en 2006	175
Affaires enregistrées.....	175
Affaires réglées.....	175
Affaires en instance	176



Activité des juridictions spécialisées.....	179
Commission des recours des réfugiés.....	181
État statistique de l'activité de la commission pour l'année 2006	181
Le maintien de la tendance à la baisse et à la concentration de la demande d'asile	182
L'accroissement de la concentration de la demande déjà constatée en 2005	182
La baisse marquée du nombre de décisions rendues reflète la baisse de la capacité de jugement de la Commission des recours des réfugiés et l'accroissement du nombre de renvois	183
La confirmation des tendances antérieures pour les taux d'annulation et de rejet par ordonnance	183
L'augmentation sensible des taux de recours, de réouverture et du nombre d'affaires plaidées.....	184
L'augmentation globale du stock.....	185
L'allongement limité des délais de traitement des recours.....	185
Le redressement en 2006 de l'activité du Bureau d'aide juridictionnelle.....	185
Éléments de jurisprudence.....	186
I – Qualification et conséquences juridiques de certaines situations de conflit.....	186
II – Définition des traitements inhumains et dégradants	187
III – Étendue de la protection.....	188
IV – Exclusion de la protection.....	188
Commission centrale d'aide sociale.....	191
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées.....	193
Avis du Conseil d'État en 2006.....	195
Assurance et prévoyance.....	197
Collectivités territoriales	200
Communautés européennes.....	201
Fonctionnaires et agents publics	208
Juridictions administratives et judiciaires.....	210
Nationalisations et entreprises nationalisées.....	211
Outre-mer.....	214
Police administrative et judiciaire.....	219
Radiodiffusion sonore et télévision.....	220

II. L'administration française et l'Union européenne

● Considérations générales

Introduction.....	231
Première partie	
L'Union européenne, un système institutionnel complexe et ouvert : Quelles influences ?	237
1. Le pouvoir d'initiative au sein de l'Union européenne : une étroite association des États membres.....	239



1.1. Le monopole de jure de la Commission pour les compétences communautaires du premier pilier s'exerce le plus souvent sur la suggestion des gouvernements	239
1.2. Le partage de l'initiative entre la Commission et les États membres est de règle pour les compétences intergouvernementales	248
1.3. Les réformes institutionnelles ou affectant l'équilibre de l'Union reposent sur un droit d'initiative spécifique	251
1.4. Le rôle prééminent du Conseil européen a conféré aux chefs d'État ou de gouvernement les choix stratégiques	252
1.5. L'exercice par la Commission de son monopole d'initiative est précédé de larges consultations	253
2. La procédure de codécision et l'extension du champ d'application de la décision à la majorité qualifiée : vers une stratégie d'influence.....	259
2.1. Le parlement européen, colégislateur, appelle des stratégies d'influence	259
2.2. L'extension au sein du Conseil des décisions prises à la majorité qualifiée impose des constructions d'alliances	267
2.3. Le Conseil européen est devenu l'instance des ultimes compromis	274
3. L'exécution : une compétence partagée.....	274
3.1. La Commission est responsable de la bonne exécution des règles adoptées.....	275
3.2. Une trentaine d'agences européennes bénéficient de délégations.....	279
3.3. Environ 250 comités composés de fonctionnaires des États membres assistent la Commission dans ses compétences d'exécution	281
3.4. La Cour de justice des communautés européennes exerce avec vigilance sa mission quant au respect des traités	283
4. La place des acteurs économiques et sociaux devient majeure dans une stratégie d'influence.....	287
4.1. Ils participent à l'initiative et sont parfois à son origine	288
4.2. Ils influencent la décision à tous les stades de la négociation.....	291
4.3. Ils veillent à l'application du droit communautaire	292
 Deuxième partie	
L'administration française, un acteur important des processus de l'Union européenne : Quelles stratégies ?	293
5. Anticiper : proposer et réagir au tout début du processus	297
5.1. L'exigence de veille.....	297
5.2. Des choix politiques en temps et au niveau utiles	304
6. Négocier : s'appuyer sur les alliances diplomatiques, les autorités administratives indépendantes et la société civile.....	317
6.1. Les alliances entre les États membres, préalable indispensable	317
6.2. L'appui sur la société civile.....	318
6.3. La part des autorités administratives indépendantes	319
7. Être exemplaire : transposer et appliquer le droit communautaire	321
7.1. La transposition dans les délais des directives et des décisions-cadres	321
7.2. L'application vigilante du droit communautaire	329
8. Développer des réflexes européens	334
8.1. Réflexe européen dans l'activité normative, dans les interventions devant la Cour et dans l'information juridique	334
8.2. Réflexe européen dans la gestion des fonctions publiques	339
Conclusion	347



● **Contributions**

**L'émergence d'une décision européenne
Renforcer la présence européenne de la France**..... 353

Florence Chaltiel

**L'avenir de l'Union européenne après le référendum du 29 mai 2005
sur le traité constitutionnel** 365

Jean-Claude Piris

**Primauté du droit communautaire :
l'approche du Conseil constitutionnel** 379

Jean-Eric Schoettl

● **Glossaire**..... 401

