



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES
ET DE L'INDUSTRIE

MINISTÈRE DU BUDGET,
DES COMPTES PUBLICS, DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT



RAPPORT D'ACTIVITÉ 2010

Direction des affaires juridiques

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

PREMIÈRE PARTIE - LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UNE DIRECTION D'EXPERTISE

- I Les missions de la direction
- II Les temps forts de l'année 2010

DEUXIÈME PARTIE - LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UN ENGAGEMENT DE QUALITÉ

- I Les ressources humaines
- II L'activité en chiffres
- III L'engagement qualité
- IV Les relations extérieures

TROISIÈME PARTIE - LA SYNTHÈSE DE NOTES SIGNIFICATIVES DE L'ANNÉE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

L'année 2010 s'est caractérisée par différents bouleversements, auxquels a dû faire face la direction des affaires juridiques.

Bouleversement économique, tout d'abord. Au cours des deux dernières années, la crise financière a redonné une place centrale à la refondation du droit de la régulation économique au service du redémarrage de la croissance.

Bouleversement juridique, ensuite. Ce fut l'irruption, au mois de mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité dans notre univers juridique : neuf mois plus tard, pas moins de 260 QPC, toutes juridictions confondues, avaient été adressées aux ministères financiers, qui eurent d'ailleurs l'honneur d'être destinataire, pour Noël, de la 100^{ème} QPC parvenue jusqu'au Conseil constitutionnel. Le défi que représentait, en termes de coordination et d'expertise contentieuse, la réception, le reroutage, la correction, voire la rédaction de mémoires entiers, dans des délais contraints, a été relevé avec efficacité.

Bouleversement politique, enfin. Novembre 2010 marque le retour, dans le périmètre de Bercy, de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, mais aussi le départ de la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle vers le ministère chargé du travail et le partage de l'autorité sur la direction de la sécurité sociale et la direction générale de l'énergie et du climat entre les ministres financiers et ceux chargés respectivement des solidarités et de l'écologie. Le périmètre des compétences de la direction, qui est aussi mise à la disposition du ministère du travail, a été brusquement élargi.

Ces changements ont pu être absorbés, grâce notamment à la réorganisation de la direction, qui était intervenue en 2009, à l'issue d'une réflexion menée avec l'ensemble des agents. Ainsi, les deux sous-directions généralistes – droit privé et droit pénal, droit public et droit européen et international – et les deux sous-directions spécialisées – commande publique, régulations économiques – étaient, en temps voulu, en ordre de bataille.

Il ne suffit pas seulement d'être performant. Il faut également diffuser expertises et bonnes pratiques au service de tous. C'est pourquoi l'année 2010 a aussi été consacrée à améliorer la visibilité de la direction des affaires juridiques, en rendant plus accessibles et réactifs ses sites internet et extranet : site de la commande publique et de l'observatoire économique de l'achat public, site des fonds de dotation, extranet de l'agent judiciaire du Trésor, nouvelle rubrique juridique d'Alizé. 2010 fut également l'année de la nouvelle *Lettre de la DAJ*.

La qualité est précisément la quête permanente de la direction des affaires juridiques. La récompense en est un taux de satisfaction, de la part de ses interlocuteurs, en hausse continue, et culminant à 93 % en 2010. La direction a lancé en 2010 une démarche qualité, qui a vocation à déboucher sur une certification.

En espérant que vous trouverez intérêt et peut-être plaisir à la lecture de ce rapport d'activité, la DAJ met à votre service ses 200 agents, et leurs compétences, pour l'année qui commence.

Catherine BERGEAL
Conseiller d'État
Directrice des affaires juridiques

PREMIÈRE PARTIE

LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UNE DIRECTION D'EXPERTISE

I. Les missions de la direction

II. Les temps forts de l'année 2010

I. LES MISSIONS DE LA DIRECTION

- 1. Assurer une réglementation simple et efficace**
- 2. Garantir une expertise opérationnelle**
- 3. Coordonner la préparation, la mise en œuvre et la défense des textes**
- 4. Défendre l'État au contentieux**
- 5. Diffuser l'information juridique**

1. Assurer une réglementation simple et efficace

Cette mission s'exerce sur les lois et tous les actes réglementaires qui concernent plusieurs directions de Bercy, mais aussi, plus spécifiquement, dans le domaine de la commande publique, dont la direction a la charge.

1.1. Participer à la modernisation de la réglementation

La proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a été votée par le Sénat le 14 décembre 2010 et examinée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale en février 2011.

➤ La proposition de loi de simplification du droit

Plusieurs articles de cette proposition de loi ont été de la seule responsabilité de la direction.

La réforme de la protection fonctionnelle des fonctionnaires

Deux modifications du régime juridique de la protection fonctionnelle reconnue aux agents publics par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ont été soumises au vote.

La première dispose que la protection est « *organisée par la collectivité publique qui emploie* [le fonctionnaire] *à la date des faits en cause* ». Cette administration paraît en effet mieux à même d'apprécier le bien fondé de cette protection que l'administration « *dont relève l'agent à la date à laquelle il est statué sur sa demande* », qui est l'état actuel du droit¹.

La seconde autorise l'administration à retirer la protection dans un délai de six mois à compter du jour où est devenue définitive une décision de justice faisant apparaître des faits constitutifs d'une faute personnelle de l'agent public auquel cette mesure a été octroyée. En effet, actuellement, l'administration ne peut retirer la protection que dans un délai de quatre mois à compter de la décision d'octroi². Ce délai, très bref, conduit souvent l'administration à préférer refuser l'octroi de la protection par crainte de ne pouvoir la retirer ultérieurement, lorsqu'une décision de justice met en évidence une faute personnelle de l'agent.

Un statut pour les groupements d'intérêt public (GIP)

Le GIP constitue un groupe hétérogène, créé par catégorie à mesure des besoins. La nécessité de clarifier le régime de ce nouvel outil juridique de coopération, plus souple que l'établissement public, est progressivement apparue.

La réflexion sur le statut des GIP est ancienne. Le Conseil d'État avait, en 1996, proposé un avant-projet de loi pour unifier un régime juridique dispersé en de nombreux textes. Cet avant-projet avait été largement repris en 2005 par le Gouvernement dans le cadre d'un projet d'ordonnance, qui n'avait pu cependant être adopté dans les délais impartis par la loi d'habilitation.

La proposition de loi reprend pour l'essentiel ces propositions au sein d'un chapitre unique de la loi.

Les principes structurants de la réforme sont la liberté de recourir à cette formule contractuelle, la souplesse de fonctionnement, le contrôle économique et financier non systématique, la possibilité d'utiliser la comptabilité privée, la faculté de recruter du personnel propre sous statut de droit public ou de droit privé, la mise en conformité progressive des GIP aux nouvelles règles.

¹ CE, *Commune du Cendre*, 5 décembre 2005, n° 261948.

² CE, *Portalis*, 14 mars 2008, n° 283943.

1.2. Adapter la réglementation de la commande publique

La production réglementaire dans le domaine de la commande publique est toujours abondante.

➤ **Le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics**

Le décret prévoit les mesures d'application de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux. Il fixe les modalités de publicité et de mise en concurrence de ces contrats et offre aux délégataires de concession de travaux un dispositif réglementaire simple et sécurisé. Le décret modifie également certaines dispositions du code des marchés publics (CMP); il permet notamment, avec l'abrogation de l'article 73 et du IV des articles 74 et 168 du CMP, de se conformer à l'arrêt du 10 décembre 2009 de la Cour de justice de l'Union européenne qui a censuré la procédure des marchés de définition.

➤ **Le décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 portant diverses dispositions relatives à la tarification des établissements de santé et aux marchés des établissements publics de santé**

La loi du 21 juillet 2009 a réformé le statut des établissements publics de santé. Les hôpitaux, jusqu'alors établissements publics locaux, sont devenus des établissements publics nationaux, ainsi que le Conseil d'État l'a souligné lors de l'examen de la loi. Cette mutation a eu des conséquences directes mais involontaires sur les règles de passation de leurs marchés car le seuil de procédure de marchés publics diffère selon que l'établissement public est national ou local. L'accord sur les marchés publics (AMP) signé dans le cadre de l'OMC et les directives européennes prévoient en effet un seuil plus bas et donc plus contraignant pour les « autorités gouvernementales centrales » (125 000€).

Pour maintenir aux hôpitaux le seuil bas applicable aux collectivités locales, perdu en devenant établissements nationaux, une disposition réglementaire expresse a donc été nécessaire.

➤ **Le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 sur les CCRA**

Le décret relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) remplace le décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001. Il constitue une nouvelle étape des actions entreprises pour promouvoir ces comités. Pris en application de l'article 127 du code des marchés publics, ce décret fixe des règles de fonctionnement plus simples et plus efficaces pour améliorer le service rendu aux acheteurs et aux entreprises. Fruit des échanges menés avec les présidents, les vice-présidents et les secrétaires des CCRA, le décret comporte plusieurs mesures de simplification : résolution des conflits de compétence entre comités, suppression des formalités préalables à leur saisine et suppression du mécanisme de rejet tacite, par l'administration, de l'avis du comité, qui s'était révélé source d'insécurité juridique (voir II-3).

➤ **L'arrêté du 15 septembre 2010 sur les formulaires DSP**

La directive 2007/66/CE sur les recours en matière de passation des marchés publics a été transposée par l'ordonnance du 7 mai 2009 et le décret du 27 novembre 2009. Ce nouveau recours a été ouvert également aux délégations de service public (DSP). Pour rendre applicables ces dispositions, des modèles obligatoires d'*avis d'intention de conclure* et d'*avis d'attribution* ont été pris pour les marchés publics, mais ces modèles n'étaient pas adaptés aux DSP. L'arrêté conjoint du ministre de l'économie et du ministre de l'intérieur du 15 septembre 2010, publié au JORF du 24 septembre 2010, crée donc des modèles adaptés aux DSP.

Un autre formulaire a été élaboré pour publier les avis de publicité de DSP. Contrairement aux marchés publics et aux concessions de travaux, les personnes publiques souhaitant déléguer un service public ne disposaient pas, jusqu'à présent, en effet, de modèle d'avis de publicité propre. Les services chargés de satisfaire aux obligations de publicité utilisaient le formulaire communautaire destiné aux marchés publics, en fait peu approprié. C'est pourquoi, sur une suggestion de la direction de l'information légale (DILA), a été établi un modèle de formulaire propre aux DSP. Il peut être publié aussi bien au BOAMP qu'au JOUE. Ce modèle n'est pas obligatoire.

2. Garantir une expertise opérationnelle

2.1. L'expertise en droit privé

➤ L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)

Après la création de l'autoentrepreneur par la loi du 4 août 2008, le projet de création du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a abouti avec la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. Elle permet aux entrepreneurs, qu'ils soient commerçants, artisans, exploitants agricoles ou exerçant une profession libérale, de protéger leur patrimoine familial des créanciers professionnels en cas de difficultés de l'entreprise. En créant une EIRL, l'entrepreneur se constitue un patrimoine professionnel distinct, dit « patrimoine affecté », lequel constituera le seul droit de gage général des créanciers professionnels. Cette mesure de protection contre l'aléa économique, qui s'adresse également aux auto-entrepreneurs, devrait encourager les créateurs d'entreprise. Elle est applicable dès 2011. Huit décrets d'application avaient été pris au 20 janvier 2011, sur un total de treize textes.

➤ La réforme des professions judiciaires et juridiques réglementées

S'inspirant des conclusions du rapport Darrois, le projet de loi a pour objet de moderniser les professions judiciaires et juridiques réglementées, de mieux satisfaire les besoins des citoyens et de permettre aux professions du droit de relever les défis de la concurrence internationale dans leurs domaines de compétence.

Ainsi, le projet assure des effets de droit au contreseing d'un acte sous-seing privé par avocat, donne compétence aux notaires pour enregistrer des PACS par acte authentique, assouplit et modernise les règles d'exercice des professions juridiques et judiciaires pour leur permettre de se constituer en réseaux et enfin met en place diverses dispositions touchant à leur statut et à leur organisation.

Ce projet, dont le ministère de la justice est le principal responsable, a fait l'objet de multiples négociations avec les différentes professions concernées. Durant l'année 2000, il a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, puis par le Sénat.

➤ Le tableau « L'Agonie du Christ »

Un tableau du XVIIIème siècle, « L'Agonie du Christ », classé au titre des monuments historiques, avait été dérobé alors qu'il était exposé dans la cathédrale d'Orléans, puis retrouvé et placé sous scellé judiciaire. L'auteur de ce vol avait été jugé sans que, cependant, il soit statué sur le devenir de cette peinture. La DAJ a pu obtenir, pour le compte du Ministère de la Culture et de la Communication, sur le fondement de l'article 41-4 du code de procédure pénale, la restitution de ce tableau, en parfait état, en mars 2010.

2.2. L'expertise en droit public

Ont fait l'objet de travaux particulièrement approfondis, les sujets suivants :

➤ La participation à la défense du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel

Plusieurs lois importantes ont fait l'objet de recours devant le Conseil constitutionnel.

Pour la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, les dispositions contestées concernaient notamment la question du transfert de La Poste au secteur privé et le régime de représentation du personnel au sein de la nouvelle entité. Le Conseil constitutionnel a déclaré la loi conforme à la Constitution dans sa décision n° 2010-601 DC du 4 février.

Les dispositions de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ont été contestées, notamment aux motifs que, dans son ensemble, la loi déférée avait été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution, qu'elle méconnaissait le principe fondamental de prohibition des jeux de hasard, qu'elle n'était pas conforme au droit de l'Union européenne, qu'elle était contraire à l'intérêt général, ainsi qu'à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et que les moyens qu'elle met en œuvre sont manifestement inappropriés aux objectifs qu'elle poursuit. Le Conseil constitutionnel a rejeté l'ensemble de ces moyens et déclaré la loi conforme à la Constitution dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) a été contestée au motif d'une prétendue irrégularité sur la procédure d'adoption de certains de ses articles. Le Conseil, dans sa décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, a déclaré la loi conforme à la Constitution. Il a cependant émis une réserve d'interprétation, afin de garantir l'information des créanciers de l'EIRL.

La loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a été contestée au motif que certains articles de cette loi auraient été élaborés selon une procédure irrégulière, d'autres articles étant contestés sur le fond. Le Conseil constitutionnel a déclaré la loi de finances conforme à la Constitution, et a censuré six « cavaliers » budgétaires (décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010).

➤ **Le projet de loi « Grand Paris »**

Bien que ce projet de loi n'ait pas relevé de la compétence de Bercy, la DAJ a été associée à l'élaboration de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris pour apporter son expertise sur les dispositions qui relevaient du droit des contrats publics, tout au long de la rédaction du projet de loi, de l'examen du texte par le Conseil d'État et de la procédure devant l'Autorité de la concurrence. La collaboration avec la « Société du Grand Paris » se poursuit, pour aider la mise en route de ce nouvel établissement public.

➤ **La loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services**

A la suite de réflexions menées dans le cadre de la révision générale des politiques publiques, la loi avait pour objet de rationaliser le réseau des chambres consulaires (chambres de commerce et d'industrie et chambres des métiers et de l'artisanat) notamment en transférant un certain nombre de compétences à l'échelon régional. La loi contient également des dispositions autorisant l'État et les chambres consulaires à recourir au bail emphytéotique administratif pour la rénovation et l'exploitation de leur domaine.

2.3. L'expertise en droit communautaire et en droit international

Comme chaque année, les questions de droit communautaire et de droit international ont été nombreuses.

➤ **La transposition de la directive 2009-81 du 13 juillet 2009 relative aux marchés de défense et de sécurité**

Les marchés de défense et de sécurité sont, en principe, soumis au droit commun de la commande publique, sauf les marchés expressément exclus du champ du traité par l'article 346 du Traité TFUE. De fait, les États européens avaient une conception très extensive des intérêts essentiels, soustrayant leurs marchés à toute concurrence, en arguant que le régime de concurrence des marchés publics était peu adapté aux particularités des marchés de défense et de sécurité. La directive 2009/81/CE adapte les obligations de transparence et de mise en concurrence à la sensibilité des marchés de défense et de sécurité : ces obligations sont plus souples, le seuil de procédure plus élevé que pour les autres marchés publics et le recours à la procédure négociée libre.

La transposition sera essentiellement réglementaire par l'ajout d'une troisième partie au code des marchés publics, en cours de rédaction. Néanmoins, une partie de la transposition doit être opérée par la loi. Le projet de loi introduit un dispositif de préférence communautaire pour renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE). Il a été déposé au Parlement en octobre.

Ce travail de transposition a été mené en étroite collaboration avec le ministère de la défense et le ministère de l'intérieur. La transposition devra être achevée au 11 août 2011.

➤ **Quotas de gaz à effet de serre : abondement de la réserve nouveaux entrants**

La directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établit un système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et du plan national d'allocation des quotas (PNAQ) français. Afin d'assurer que les entrants soient traités de façon comparable aux installations existantes, la France a fait le choix, pour le PNAQ II, de la réserve et celui de la gratuité de l'affectation. La réserve destinée aux nouveaux entrants s'est révélée cependant très insuffisante, ce qui a nécessité de réexaminer le régime juridique.

➤ **Quotas de gaz à effet de serre : vente des UQA (unités de quantités allouées) au titre du Protocole de Kyoto par l'État français à une entreprise étrangère**

Les émissions de gaz à effet de serre de la France ont été inférieures à l'objectif qui lui a été assigné pour la période 2008-2012. L'État français envisage de conclure, avec des entreprises étrangères, des contrats internationaux relatifs à la vente d'UQA, dont le régime a dû être défini.

➤ **La participation à la mission parlementaire sur le FIPOL, établie dans le cadre du Grenelle de la mer**

Dans le cadre de la concertation sur le Grenelle de la mer, une mission parlementaire a été confiée à M. Christophe Priou, député-maire de Guérande, pour établir le cadre juridique du préjudice écologique et identifier les conditions d'une meilleure réparation des préjudices subis par les victimes de pollutions accidentelles.

La DAJ, membre de la délégation française aux Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), a participé activement aux groupes de travail constitués dans le cadre de cette mission.

Le rapport, remis début novembre 2010 au Ministre, préconise de nombreuses améliorations des règles du fonctionnement du FIPOL, ainsi que la création d'une agence chargée de gérer un fonds d'indemnisation du préjudice écologique.

2.4. L'expertise en droit financier et en droit industriel

➤ **La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière**

Le projet de loi, piloté par la DG trésor, comportait de nombreuses dispositions sur lesquelles l'expertise de la direction a été sollicitée, et notamment celles relatives :

- au renforcement des pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers, comprenant notamment l'instauration d'une procédure de composition administrative homologuée par la commission des sanctions ;
- à l'enregistrement et la supervision des agences de notation par l'AMF et à la modification du code monétaire et financier, en vue de prévoir la responsabilité de ces établissements, tant à l'égard de leurs clients, que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements commis par elles ;

- à l'extension aux marchés alternatifs des dispositions relatives au retrait obligatoire des actionnaires minoritaires ;
- à la réorganisation du groupe Oséo (création en particulier de la Société anonyme Oséo).

➤ **Les textes anti-blanchiment**

L'année 2010 a vu l'adoption de plusieurs textes d'application de l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. La direction a contribué à la rédaction de plusieurs d'entre eux et a dû les défendre dans plusieurs contentieux : décret n°2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour l'application de l'article L. 561-15 II du code monétaire et financier, décret n°2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration, décret n°2010-69 du 18 janvier 2010 instituant le Conseil d'orientation de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Enfin, elle a aussi apporté ses conseils dans le cadre de l'évaluation de la France par le Groupe d'action financière (GAFI), organisme intergouvernemental qui a pour objet de concevoir et de promouvoir des politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme aussi bien à l'échelon national qu'international.

➤ **Le projet de réforme du régime d'assurance des catastrophes naturelles**

La réforme du régime d'assurance des catastrophes naturelles est un projet ancien. Le projet de loi, en cours d'élaboration durant l'année 2010, s'articule autour des lignes de réforme suivantes :

- accélération des procédures d'indemnisation, notamment par la création d'une procédure d'urgence ;
- simplification de la procédure ;
- possibilité de moduler, pour les collectivités locales et les entreprises, dans la limite d'une fourchette, le taux de cotisation en fonction des mesures de prévention adoptées.

➤ **Les emprunts structurés des collectivités locales**

On sait les difficultés auxquelles ont été confrontées, du fait de la crise économique, des collectivités territoriales ayant souscrit des emprunts dont les taux ont brusquement explosé. La circulaire du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités locales et à leurs établissements publics rappelle l'état du droit sur le recours aux produits financiers et aux instruments de couverture du risque financier et appelle l'attention sur les risques.

Pour les besoins de la rédaction de cette circulaire, a été étudiée l'obligation éventuelle de soumettre ces emprunts à la directive MIF du 21 avril 2004 réglementant la fourniture de services d'investissement. Les emprunts structurés incluent, en effet, un contrat d'option permettant de bonifier le taux d'intérêt dans les premières années de l'emprunt, cette bonification étant en principe financée par la vente d'une ou plusieurs options sur les marchés financiers. Ces contrats d'options permettent à l'acheteur de l'option d'acheter ou de vendre une quantité donnée d'un actif sous-jacent (titre, devise, matière première...) à un prix déterminé à une date prédéterminée, dite date d'échéance ou d'exercice, ou avant cette date.

De nombreux contentieux sont à prévoir au cours de l'année 2011, si des accords de restructuration des dettes ne peuvent être trouvés entre banques et collectivités territoriales.

3. Coordonner la préparation, la mise en œuvre et la défense des textes

Cette mission centrale de toute direction juridique est assurée à deux titres.

3.1. Coordonner la préparation et le suivi des textes

Les PTG et le suivi de la mise en œuvre des lois, directives et règlements communautaires

Le « Programme de travail gouvernemental » (PTG), qui fixe deux fois par an l'ordre du jour des projets de loi, de transposition de directive et des projets de décret, qui seront soumis au Conseil des ministres dans les six mois à venir a été, dans les délais fixés par le secrétaire général du gouvernement, soumis à validation du cabinet et transmis au Premier ministre par les deux ministres et les quatre secrétaires d'État de Bercy³. Le suivi mensuel des décrets d'application des lois, des ordonnances et de la transposition des directives, dont les ministères financiers ont la responsabilité a permis, depuis 3 ans, une amélioration significative des indicateurs de la sphère Bercy.

Au 31 décembre 2010, le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi affichait un taux d'application de 90,48 % des 231 mesures d'application des lois votées de la XIII^{ème} législature (soit près de 16 % des mesures d'application pour l'ensemble des ministères) dont il avait la charge. Le ministère du budget affichait un taux de 85,37 % pour les 164 mesures (plus de 11 % de ces mesures) dont il était chargé. Rappelons que le taux moyen de l'ensemble des ministères est de 81,08 %.

En cours d'année, la DAJ s'est adaptée pour son travail de coordination à l'évolution des compétences ministérielles : à la suite du remaniement ministériel du 14 novembre 2010, la direction générale de l'administration et de la fonction publique a été réintégrée dans le périmètre de Bercy, sous l'autorité conjointe du ministre chargé de la fonction publique et du Premier ministre, tandis que la direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle a rejoint le ministère chargé du travail. La direction de la sécurité sociale est désormais sous l'autorité partagée du ministre chargé de la cohésion sociale et du ministre chargé des comptes publics. Enfin, la direction générale de l'énergie et du climat exerce son activité au service du ministère de l'écologie et du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

3.2. Coordonner la défense des textes

➤ La centralisation des contentieux des décrets de Bercy

A été mis en place, en novembre 2009, un dispositif de centralisation des recours contentieux contre les décrets rédigés par Bercy (hors matières fiscales), afin de rationaliser leur gestion et d'offrir au SGG et au Conseil d'État un interlocuteur unique pour les ministères financiers. En un an, plus d'une cinquantaine de recours ont été ainsi pilotés, dont la moitié des mémoires a été rédigée par la direction. La durée moyenne de traitement des recours centralisés en a été significativement réduite. Elle s'établit, au 31 décembre 2010, à 80 jours.

³ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, ministre auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique, secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé du commerce extérieur, secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services, des professions libérales et de la consommation, secrétaire d'État auprès du ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, chargé de la fonction publique.

Des tableaux des contentieux signalés par les différentes directions des ministères financiers sont mis à jour chaque trimestre. Ils recensent les contentieux à enjeux politiques, juridiques, financiers portés devant les juridictions internes, la CEDH, ainsi que les précontentieux et contentieux communautaires. Deux fois par an, une note de synthèse est adressée aux cabinets sur ces dossiers sensibles. En cas d'urgence, des flashes contentieux particuliers leur sont, entre-temps, adressés.

➤ **Les questions prioritaires de constitutionnalité**

Depuis le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel peut être saisi de questions portant sur la constitutionnalité de lois en vigueur, alors qu'il ne pouvait jusqu'alors être saisi que des lois votées avant leur promulgation. Ces questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) peuvent être posées à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, à tout moment de la procédure. Elles sont transmises au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Si la disposition contestée porte atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel prononce son abrogation, à compter de la date de sa décision, ou à une date ultérieure, s'il apparaît nécessaire de laisser au législateur le temps d'adopter une nouvelle loi.

Le Secrétariat général du Gouvernement, qui représente l'administration devant le Conseil constitutionnel, a demandé aux différents ministères de mettre en place, dans la mesure du possible, un dispositif de centralisation des recours concernant les QPC et des mémoires rédigés par les services en réponse à ces recours. Pour les ministères financiers, la mise en place d'un tel dispositif a été conduit en 2010 par la DAJ, qui assure ainsi un rôle de pilotage et d'harmonisation de l'analyse constitutionnelle pour Bercy. Cette nouvelle fonction de coordination s'avère complexe à garantir, compte tenu du nombre et de la variété des interlocuteurs à solliciter et surtout de l'extrême brièveté des délais imposés par les juridictions. Tous les échanges sont faits par voie électronique, par une boîte fonctionnelle spécialement créée pour le suivi de ces procédures.

4. Défendre l'État au contentieux

Cette mission centrale de toute direction juridique est assurée à trois titres.

4.1. Au titre de la fonction d'agent judiciaire du Trésor (AJT)

La directrice des affaires juridiques exerce les fonctions d'AJT, créées en 1790.

A ce titre, elle défend les intérêts de l'État devant les tribunaux judiciaires dans l'ensemble des contentieux à l'exception des matières domaniale, fiscale, douanière, d'expropriation pour cause d'utilité publique et d'enseignement.

En 2010, près de 4 300 nouvelles affaires ont été traitées.

La défense de l'État a ainsi été assurée dans les contentieux des libertés publiques (dysfonctionnements du service public de la justice, indemnisation de la détention provisoire - 600 dossiers par an - hospitalisation d'office, dysfonctionnements des tutelles, dysfonctionnements des opérations de police judiciaire), en droit du travail et en droit de la sécurité sociale, ou en droit immobilier. Des échanges ont été initiés avec le Premier président de la Cour de cassation, pour améliorer la gestion des contentieux relatifs aux détentions indues.

Parmi les 4 300 dossiers très divers qui ont été défendus, on peut citer :

➤ **L'accident survenu dans le « Parc du château de Pourtalès à Strasbourg » (Tribunal administratif de Strasbourg)**

Le soir du 6 juillet 2001, dans le parc du château de Pourtalès à Strasbourg, un arbre s'est abattu sur la foule, faisant plus de 100 blessés et 13 morts. La direction est intervenue, dans cette instance en qualité d'État tiers payeur, aux fins de recouvrer, contre la ville de Strasbourg, le montant des prestations d'invalidité servies à un agent blessé et aux ayants-droit de deux agents de l'État décédés lors de cet accident.

Le tribunal administratif, dans un premier jugement du 6 avril 2010, a retenu la responsabilité de la commune de Strasbourg et a rejeté l'exception de la force majeure. La ville de Strasbourg a été condamnée à indemniser le mari et les enfants d'une fonctionnaire décédée à hauteur de 100 000 € et à rembourser la pension de réversion versée par l'État à son mari.

➤ **Le procès Colonna**

Outre la condamnation en première instance et en appel à la peine de réclusion criminelle à perpétuité pour l'assassinat du préfet de Corse, M. Claude Erignac, Yvan Colonna avait été condamné également pour l'attentat commis dans les locaux de la gendarmerie de Pietrosella. Lors des deux procès d'assises, la direction des affaires juridiques avait sollicité et obtenu la réparation de l'intégralité du préjudice de l'État, soit 216 341,40 euros.

La Cour de cassation a cependant prononcé le 30 juin 2010 l'annulation de ces décisions.

La haute juridiction a, en effet, considéré que la Cour d'assises, dans son arrêt statuant sur incidents du 13 février 2009, avait commis une erreur de droit en se déclarant, à tort, incompétente pour statuer sur la demande de donner acte de la violation des dispositions de l'article 332 du code de procédure pénale⁴.

L'affaire sera donc rejugée en mai 2011 devant la Cour d'assises. La direction défendra, à nouveau, les intérêts de l'État, en venant au soutien de l'action publique et en sollicitant l'indemnisation de son préjudice.

➤ **L'attentat de Karachi (évolutions en 2010)**

A la suite de l'attentat perpétré le 8 mai 2002 à Karachi (Pakistan) qui a fait vingt-trois victimes françaises, toutes travaillant pour le compte de la DCN, dépendant du Ministère de la défense, la DAJ s'était constituée partie civile en 2002, dans le cadre de l'information judiciaire ouverte au tribunal de grande instance de Paris, pour obtenir réparation des préjudices matériels de l'État. Le magistrat instructeur antiterroriste, qui a convoqué l'ensemble des parties civiles en juin 2010, avait fait savoir qu'il entendait demander au Parquet que soit ouverte une seconde information judiciaire sur le volet financier de ce dossier.

En septembre 2010, le ministère public a ouvert une nouvelle information judiciaire pour abus de biens sociaux, complicité et recel de ce délit, confiée à MM. Van Ruymbeke et Le Loir. La direction n'est pas partie civile, cependant, dans cette seconde information car le préjudice éventuellement subi n'est pas celui de l'État.

⁴ Article 322 du code de procédure pénale : « Si l'ordre est troublé par l'accusé lui-même, il lui est fait application des dispositions de l'article 321. L'accusé, lorsqu'il est expulsé de la salle d'audience, est gardé par la force publique, jusqu'à la fin des débats à la disposition de la cour ; il est, après chaque audience, procédé ainsi qu'il est dit à l'article 320, alinéa 2 ».

➤ **La décision de la Cour d'appel dans l'affaire Erika**

La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt le 30 mars 2010 dans le cadre de la procédure pénale relative au naufrage du pétrolier Erika. La Cour a confirmé la responsabilité pénale des prévenus et les peines prononcées en première instance. Elle a, par ailleurs, élargi la reconnaissance du préjudice écologique pur à toutes les collectivités territoriales et aux associations de protection de l'environnement et a reconnu à la société TOTAL SA le bénéfice des dispositions de la convention de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, l'exonérant ainsi de sa responsabilité.

Les quatre personnes condamnées, ainsi que de nombreuses parties civiles, ont déposé un pourvoi contre cet arrêt. L'État français ne s'est pas pourvu ayant été pleinement rempli de ses droits. Il interviendra, néanmoins, devant la Cour de cassation.

➤ **Le projet de circulaire relative au recours à la transaction**

Une circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 sur le développement du recours à la transaction incitait les administrations à pratiquer ce mode de règlement des litiges.

Force est de constater que quinze ans plus tard le Conseil d'État, dans son rapport public pour l'année 2008, notait que les administrations étaient toujours réticentes devant la solution transactionnelle.

Des incertitudes sur la valeur juridique de la transaction et l'étendue de la responsabilité des comptables chargés de la payer constituent des obstacles fréquents.

Pourtant, la transaction présente de nombreux avantages :

Elle facilite le règlement rapide des différends, et permet une gestion économe des deniers publics, tout en favorisant une indemnisation rapide des parties. Elle allège la charge de travail des juridictions et favorise ainsi le règlement plus rapide des contentieux qui lui sont soumis.

La transaction peut aussi contribuer à l'efficacité des procédures contentieuses, en permettant de prévenir de nombreux litiges d'une même nature et en ne renvoyant aux juridictions que les litiges qui soulèvent un problème juridique sérieux.

Il était apparu nécessaire de clarifier, dans un premier temps, les règles de la transaction dans le champ de la commande publique. Elaborée par la DAJ, la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la puissance publique et signée des deux ministres, est parue au journal officiel du 18 septembre 2009.

La Cour des Comptes, consultée à l'occasion de ce travail, avait suggéré que soit engagée une refonte plus globale de la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995.

La direction s'y est donc attachée, au cours de l'année 2010. Le projet, après concertation avec l'ensemble des directions des affaires juridiques de tous les ministères, a été transmis au secrétariat général du gouvernement pour validation et soumission à la signature du Premier ministre.

4.2. Au titre du rôle de prestataire de services

➤ **Assignment de la société de classification dans l'affaire du Prestige**

Afin d'obtenir la réparation du préjudice de l'État français résultant de la marée noire du Prestige (67,5M€), l'État a assigné devant le TGI de Bordeaux la société de classification ABS qui avait émis le certificat de classe du pétrolier lui permettant de naviguer. Le rapport d'expertise déposé dans le cadre de la procédure pénale espagnole avait, en effet, démontré que cette société avait commis des fautes à l'origine du naufrage. Elle n'a toutefois pas pu être poursuivie devant le tribunal pénal de Corcubion.

➤ **Le contentieux administratif en matière de jeux**

La nouvelle législation (loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne) a donné lieu à plusieurs contentieux relatifs aux jeux (recours contre le décret n° 85-390 du 1er avril 1985 relatif à l'organisation et au fonctionnement du loto sportif ; recours contre le décret n° 2010-614 du 7 juin 2010 relatif aux conditions de commercialisation des droits portant sur l'organisation de paris en relation avec une manifestation ou compétition sportive).

➤ **Le contentieux de masse pour blocage de carrière des agents des corps de reclassement de France Télécom et de La Poste : condamnation de l'État**

Depuis 2005, plus de 1200 requêtes ont été déposées par des agents reclassés de France Télécom et La Poste pour blocage de carrière. Le 19 juillet 2010, le Conseil d'État a condamné l'État qui avait régularisé tardivement les textes relatifs aux voies de promotion interne, à réparer les préjudices moraux reconnus pour tous les requérants, mais aussi les préjudices de carrière occasionnés à ceux qui avaient subi une perte de chances d'accéder à une promotion.

Ce contentieux de masse étant désormais bien cadré par le Conseil d'État, il a été décidé en 2010 d'en confier la gestion à deux cabinets d'avocats, sélectionnés après une mise en concurrence qui a suscité de nombreuses candidatures.

➤ **Le contentieux relatif à la quatrième licence de téléphonie mobile**

L'attribution de toutes les licences de téléphonie mobile a suscité de nombreux contentieux nationaux et communautaires et plusieurs avis du Conseil d'État.

En 2010, les trois opérateurs de téléphonie mobile en place ont contesté, devant le Conseil d'État, l'attribution à FREE mobile de la quatrième licence de téléphonie mobile. Ils estimaient notamment discriminatoire le montant de la part fixe de la redevance demandée, insuffisamment élevé selon eux par rapport à ce qu'ils avaient dû eux-mêmes payer pour leur propre licence. Par un arrêt du 12 octobre 2010, après une procédure contradictoire orale approfondie, le Conseil d'État a rejeté les requêtes. Il a jugé que le droit communautaire avait été respecté, tout en assurant un traitement non discriminatoire des opérateurs.

➤ **Le contentieux du service universel (SU) des communications électroniques : condamnation de l'État**

Une mauvaise transposition des textes communautaires est à l'origine de ces contentieux. Les opérateurs se sont plaints du défaut de base légale des versements qu'ils avaient dû effectuer au titre du service universel des communications électroniques. Le Conseil d'État et les Cours administratives d'appel de Paris et de Versailles ont retenu ce grief et condamné l'État à verser aux opérateurs des intérêts moratoires. L'État, qui ne conteste pas cette dette dans son principe, a connu cependant de grandes difficultés techniques à en estimer le montant. Les négociations avec les opérateurs sont encore en cours au 31 décembre 2010.

➤ **Le contentieux suscité par la montée en puissance de l'énergie photovoltaïque**

Le développement très important de la filière photovoltaïque a nécessité, en 2010, des adaptations du dispositif en vigueur et la baisse des tarifs d'achat qu'EDF paie aux producteurs. Six arrêtés, un décret et un amendement législatif ont tenté de « dégonfler la bulle » de projets photovoltaïques déposés par des producteurs désireux de bénéficier des tarifs attractifs de 2006. De nombreux contentieux sont encore pendants devant le tribunal de commerce de Paris et le Conseil d'État, après avoir donné lieu à une décision du tribunal des conflits (TC, n° 3 800, 13 décembre 2010, *Société Green Yellow c/ Electricité de France*) et à une QPC, que le Conseil d'État n'a pas estimée assez sérieuse pour être renvoyée au Conseil Constitutionnel (CE, n° 343389, 19 janvier 2011).

➤ Le contentieux de l'impôt restitué à EDF par l'État

Par une décision du 16 décembre 2003, la Commission européenne avait qualifié d'aide incompatible avec le marché commun l'exonération d'une partie de l'impôt sur les sociétés dû par EDF au titre de l'exercice 1997. EDF avait alors dû restituer à l'État la somme concernée, assortie des intérêts de retard. Le 15 décembre 2009, le Tribunal de l'Union européenne a cependant annulé la décision de la Commission. EDF a alors demandé à l'État de lui restituer cette somme, assortie des intérêts moratoires sur toute la période allant du versement effectué par EDF à l'État en 2004, à la date de l'annulation prononcée par la juridiction européenne en 2009. Le principal a été remboursé, soit 1 223 650 000 €. En revanche, les ministres en charge de l'économie et du budget ont décidé le 19 mars 2010, de refuser le versement des intérêts moratoires sur la période 2004 – 2009, soit 361 800 000 €, conformément à l'avis du Conseil d'État sollicité sur la question des règles applicables au calcul des intérêts. EDF a saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande d'annulation de la décision ministérielle du 19 mars. Le contentieux est en cours.

Soulignons, par ailleurs, que la Commission a fait appel de la décision du tribunal. Le contentieux est pendant devant la CJUE.

5. Diffuser l'information juridique

La diffusion de l'information juridique est une fonction importante de toute direction juridique. Informer l'administration et ses agents de l'actualité juridique contribue, en effet, à la qualité de la réglementation, à l'opérationnalité de l'expertise des services administratifs, et à l'amélioration de la défense de l'État au contentieux.

5.1. Les publications

Le *Courrier juridique des Finances et de l'Industrie* est la revue juridique trimestrielle des ministères financiers. Le CJFI a pour vocation d'apporter un éclairage sur des thèmes juridiques d'actualité relevant de Bercy, au travers d'articles de synthèse et d'analyse des jurisprudences constitutionnelle, judiciaire, administrative et européenne. Chaque année, un numéro spécial du CJFI est consacré à un thème particulier. Un numéro spécial a été consacré en 2010 aux fonds de dotation. Le CJFI est adressé aux abonnés de la *Lettre de la DAJ* et est distribué par la DILA.

La *Lettre de la DAJ* est une lettre électronique d'information juridique, qui paraît un jeudi sur deux. Elle se présente sous forme de brèves, permettant à ses lecteurs, par des liens hypertextes, d'aller directement à la source de l'information. Sa maquette a été rénovée fin avril 2010, avec le passage au format html, qui permet d'éviter les téléchargements trop lourds liés au précédent format en .pdf, et comporte la fonction « envoyer à un ami ». La présentation de la *Lettre* a également été revue, pour aérer la mise en page et la rendre plus moderne. Une enquête de lectorat a été menée au cours de l'été 2010, complétée en fin d'année avec les dernières statistiques d'abonnement : il en ressort qu'en un an, le nombre de nouveaux abonnés – près de 900 – a doublé par rapport aux années précédentes, portant le lectorat de la Lettre à près de 7 000 personnes, dont la moitié sont extérieures à l'administration.

La revue *Gestion et Finances publiques* de la Direction générale du Trésor a souhaité en 2010 une collaboration éditoriale avec le CJFI : sous réserve de réciprocité et avec l'accord, le cas échéant, des auteurs extérieurs aux deux revues, celles-ci pourront ré-utiliser les articles de l'une ou de l'autre, soit intégralement, soit sous forme d'extraits. Cette collaboration s'est d'abord concrétisée par la rédaction de deux articles par la DAJ pour la revue *Gestion et Finances publiques*, puis par la ré-utilisation, par cette dernière, de deux articles parus, l'un dans le CJFI, l'autre dans la *Lettre de la DAJ*.

5.2. La rubrique juridique d'Alizé

Le 23 septembre 2010 a été ouverte, sur l'intranet Alizé du ministère, une rubrique juridique élaborée, sous la responsabilité éditoriale de la DAJ, par un groupe de contributeurs volontaires issus de la DAJ et des grandes directions de Bercy (DGDDI, DGCIS, DB, DGAFP, DGME, Secrétariat général). La rubrique, destinée à un public de juristes généralistes, comporte six thèmes : « publications », « fiches thématiques », « textes et jurisprudence », « liens utiles », « outils ». Pour faciliter la connaissance de la rubrique juridique et procurer une méthode de rédaction des articles, un guide d'aide à l'élaboration de la rubrique a été rédigé et mis à disposition des contributeurs, qui, après une formation au logiciel « GCP » (Gestion de Contenus de Portail), pourront eux-mêmes introduire des contenus, validés avant mise en ligne par la DAJ.

Entre septembre et décembre 2010, 7 575 pages de la rubrique ont été vues par les internautes de Bercy. La page d'accueil est actualisée plusieurs fois par mois (dernières mises en ligne, agenda du juriste...), tandis que la rubrique « jurisprudence » est mise à jour sur une base mensuelle.

5.3. Les brochures et guides

La DILA a publié en 2010 deux nouvelles brochures à destination des acheteurs publics. La première, très attendue, rassemble dans un même ouvrage le code des marchés publics mis à jour au 9 mars et le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics du 29 décembre 2009. La deuxième constitue une mise à jour du recueil des textes relatifs aux contrats de partenariat édité en août 2009, enrichi d'une traduction en anglais.

Dans le cadre des travaux de l'observatoire de l'achat public (OEAP), a été rédigé le guide relatif à la dématérialisation des marchés publics. Ce guide qui n'a aucune portée réglementaire, a l'ambition d'être un outil à l'usage des acheteurs et des entreprises pour la mise en œuvre de leurs échanges dématérialisés. Son objectif est de répondre aux questions pratiques et de lever les réticences qui freinent le développement de la dématérialisation des procédures de marchés publics. Il a été mis en ligne sur le site en mai et a bénéficié des mêmes relais de la part de la presse spécialisée.

Piloté par l'atelier « clauses sociales » de l'OEAP, le guide sur la commande publique et l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées publié en 2007 a fait l'objet d'une mise à jour. Il a été mis en ligne en décembre.

L'édition 2010 du *Vade Mecum des aides d'État* a été publiée en mai. L'édition 2011 est chez l'éditeur (la DILA).

5.4. Le site des marchés publics enrichi

Le site internet est une référence pour tous les acheteurs publics. Le travail de rénovation et d'enrichissement des pages du site du ministère de l'économie dédiées aux marchés publics s'est poursuivi. L'ensemble des textes dont le *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics* précité ont été mis en ligne et aussitôt relayés par un nombre important de sites spécialisés dans l'achat public. Les fiches techniques déjà en ligne ont été revues et des nouvelles fiches ont été rédigées avec un souci pédagogique constant. Une nouvelle rubrique intitulée « Vos questions/nos réponses » a été ouverte : 27 réponses à des questions récurrentes sont désormais à la disposition des acheteurs publics, pour résoudre les difficultés les plus souvent rencontrées. Il s'agit de diffuser les réponses apportées par le bureau du conseil aux acheteurs aux questions qui lui sont posées par courriel par l'intermédiaire de la boîte fonctionnelle, accessible sur le site ministériel, aux ministères et aux établissements publics de l'État. Cette rubrique sera désormais alimentée au fil des réponses apportées et susceptibles d'intéresser l'ensemble des acheteurs publics.

Les formulaires d'aide à la passation et à l'exécution des marchés ont fait l'objet d'une refonte totale ; ils ont pu être mis en ligne avec leur notice explicative à l'issue d'une large concertation en ligne (voir II-4).

II. LES TEMPS FORTS DE L'ANNÉE 2010

- 1. Les questions prioritaires de constitutionnalité**
- 2. Les concessions de service**
- 3. Le règlement amiable des litiges en marchés publics**
- 4. La refonte des formulaires de passation des marchés publics**
- 5. Les onze recommandations du Comité stratégique des fonds de dotation**
- 6. Le devenir de l'Hôtel de la Marine**
- 7. La crise financière**
- 8. Le mémoire d'*amicus curiae* déposé par la France devant la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Morrison vs. National Australia Bank**
- 9. L'adoption d'un protocole à la convention HNS**

1. Les questions prioritaires de constitutionnalité

Les ministères financiers, avec plus de 250 QPC au total fin 2010, ont été les premiers visés par les QPC. En effet à eux seuls, ils représentaient, dès le 1^{er} septembre 2010 (six mois après l'entrée en vigueur de la procédure), 40% des QPC enregistrées devant le Conseil d'État, 17% des QPC enregistrées devant la Cour de cassation et 30% de celles parvenues au Conseil Constitutionnel.

Les lois fiscales ont, d'emblée, été l'objet de nombreuses QPC, dont certaines ont permis au Conseil constitutionnel de préciser des éléments essentiels de cette nouvelle procédure : possibilité de soulever une QPC contre des dispositions abrogées, conditions dans lesquelles peut être invoquée la violation des règles de partage des domaines de la loi et du règlement. On constate que comme dans les recours contre les lois votées, le moyen d'inconstitutionnalité le plus souvent invoqué est la violation du principe d'égalité.

Les lois émanant des ministères financiers ont été à ce jour rarement frappées d'inconstitutionnalité. On ne compte début 2011 que six déclarations d'inconstitutionnalité totale, et deux décisions d'inconstitutionnalité partielle.

La QPC n° 2010-45 sur l'attribution des noms de domaine a abrogé au 1^{er} juillet 2011 l'article L. 45 du Code des postes et télécommunication, au motif que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence, en déléguant le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine internet sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés. Une nouvelle législation a dû être, dans l'urgence, élaborée. Elle fait l'objet d'un amendement au projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques.

A été également abrogée la garde à vue douanière, au motif que les conditions de la retenue ne permettent pas de concilier l'équilibre entre le maintien de l'ordre public et la protection des libertés constitutionnellement garanties. Après l'abrogation du régime de la garde à vue judiciaire, la décision du Conseil constitutionnel était sans surprise.

Le Conseil constitutionnel a usé, à plusieurs reprises, de la pratique de l'abrogation « différée », en laissant un délai au Gouvernement pour réviser la législation.

Ont été notamment attaquées les dispositions législatives portant sur la taxe locale sur l'électricité, l'obligation des opérateurs et gestionnaires de réseaux de communiquer à l'État et aux collectivités locales des informations sur le réseau de communication électronique, la taxe sur les surfaces commerciales, la validation rétroactive des autorisations d'exploitation commerciale et l'obligation de déclaration en cas de soupçon de fraude fiscale, la validation législative du prélèvement sur les jeux, celle des arrêtés photovoltaïques, la sanction du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en matière commerciale, les pratiques restrictives de concurrence.

La DAJ a ainsi contribué à rédiger plus d'une centaine de mémoires en réponse à des QPC.

La fin du mois de décembre 2010 a été consacrée à la rédaction de la défense de la loi ayant validé, en 1996, l'attribution du contrat du grand Stade de France, 100^{ème} QPC introduite devant le Conseil constitutionnel. Cette validation a été abrogée par le Conseil constitutionnel le 11 février 2011, au motif que le législateur, en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger le contrat en cause, a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif.

2. Les concessions de service

Les directives « marchés publics » ne régissent pas les concessions de service que sont, en droit national, les délégations de service public (DSP). A l'automne 2009, la Commission européenne a relancé le débat sur la nécessité de réglementer ces contrats. Cette initiative s'est traduite par l'envoi à un échantillon d'États membres, dont la France, d'un questionnaire. En concertation avec le SGAE, un travail interministériel de réflexion et de concertation a été conduit dès janvier. Instruite par les difficultés des précédentes négociations interrompues sur ce sujet en 2007, la DAJ a mené, tout au long de l'année, une action d'échange et de concertation avec les représentants des collectivités territoriales et les opérateurs économiques délégataires de service public. Ce travail s'est concrétisé par une réserve française, cohérente et forte, qui a permis de peser efficacement dans le débat avec la Commission européenne, afin d'éviter une extension aux concessions des procédures de passation des marchés publics.

3. Le règlement amiable des litiges en marchés publics

Les comités de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public. Le comité national et les sept comités locaux recherchent les éléments de fait et de droit, en vue d'une solution amiable et équitable. Ces comités ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage. Ils émettent des avis, que l'administration est libre de suivre ou non. Les comités contribuent à prévenir les contentieux, développer la conciliation et, ainsi, accélérer les procédures de paiement des marchés. Ils sont mal connus et sous-utilisés. C'est pourquoi, la DAJ a initié, dès 2009, une réflexion pour les promouvoir en améliorant leur visibilité et leur efficacité.

Une action de communication a été menée auprès des différents comités et des acheteurs publics et entreprises. Une rubrique consacrée aux CCRA a été créée sur le site « marchés publics » du ministère, très consulté, pour faire connaître ces comités et donner toutes les clés pour les saisir. Les relations entre les comités ont été renforcées pour améliorer les échanges d'information et renforcer leur coordination (diffusion des avis, recensement des activités). Pour le comité national, dont la DAJ assure le secrétariat, une remise à niveau a été opérée et a permis d'améliorer significativement les délais de traitement des dossiers.

La publication du décret du 8 décembre 2010 (voir I – 1.2), améliorant leur fonctionnement, est une étape importante de ce travail de promotion des CCRA.

4. La refonte des formulaires de passation des marchés publics

La refonte des formulaires d'aide à la passation des marchés a été achevée, après presque une année de travail. Ce sont les formulaires que les entreprises joignent habituellement à leur dossier de candidature à un marché public. Bien que leur utilisation soit facultative, ces modèles sont très utilisés. L'objectif poursuivi était de moderniser, simplifier et sécuriser les procédures de passation et d'exécution de marchés publics. Une large concertation en ligne a eu lieu : 140 contributions ont été reçues, 55 ont été intégralement retenues. Les 24 nouveaux formulaires, renumérotés en fonction de leur utilisation dans la chronologie de la passation des marchés, remplacent les 18 anciens ; ils sont, comme les précédents, disponibles en ligne : 4 formulaires DC (« Déclaration des candidats »), 11 formulaires OUV (« Ouverture des plis ») et 9 formulaires NOTI (« Notification des marchés »). Il s'agit de modèles opérationnels et simplifiés, qui peuvent être adaptés par leur utilisateur.

5. Les onze recommandations du Comité stratégique des fonds de dotation

Trente mois après la création des fonds de dotation par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, plus de 500 fonds de dotation se sont constitués dans tous les secteurs du mécénat.

L'ensemble du dispositif réglementaire a été mis en place dans les six mois de la promulgation du texte, ce qui a contribué au développement rapide de ce nouvel outil juridique, dont se sont rapidement emparés l'ensemble des acteurs du mécénat et de la philanthropie.

Pour compléter les prescriptions légales et réglementaires, tout en respectant l'espace de liberté voulu par le législateur dans la création des fonds de dotation, le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a mis en place le Comité stratégique des fonds de dotation, avec pour mission de proposer des recommandations de bonnes pratiques.

Après un débat public qui s'est achevé par un colloque le 14 septembre 2010 à Bercy, la ministre a approuvé les 11 recommandations proposées par le comité stratégique.

Bien que non obligatoires, ces recommandations concernant les relations donateurs-fonds, la gouvernance et la gestion des placements du fonds de dotation, constituent pour les créateurs des guides pour la rédaction des statuts des fonds de dotation ; pour l'autorité administrative, chargée du contrôle a posteriori de l'activité des fonds, elles représentent une série d'indicateurs de vigilance.

Ces recommandations sont accessibles sur le site du ministère de l'économie : <http://www.economie.gouv.fr/> (rechercher le mot-clé « fonds de dotation »).

Elles ont été diffusées à l'ensemble des préfetures et font l'objet d'une publication sur le site internet « circulaires.gouv.fr » ainsi que dans le numéro spécial du CJFI consacré aux fonds de dotation.

6. Le devenir de l'Hôtel de la Marine

De nombreuses réflexions ont été conduites par le ministère de la défense, le ministère de la culture et le service France Domaine, sur le devenir de l'Hôtel de la Marine, situé Place de la Concorde. Ce célèbre monument historique du 18^{ème} siècle est actuellement occupé par les services de l'état major de la marine qui déménageront à la fin de 2014 pour rejoindre le futur « Pentagone français » à la Porte Balard. Après leur départ, l'État, qui souhaite conserver la propriété de ce bâtiment, a envisagé de conclure un bail de longue durée avec un preneur qui l'exploitera et en assurera la restauration et la mise en valeur. Une disposition législative adoptée en juillet 2010 (article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques) permet à l'État d'accorder des baux emphytéotiques administratifs sur son domaine public ou privé, en exerçant un contrôle étroit sur l'usage des locaux. Un avis d'appel à la concurrence a été lancé en novembre 2010 sur ce fondement. L'utilisation future de l'Hôtel de la Marine fait, cependant, toujours l'objet de débats passionnés.

7. La crise financière

Pour lutter contre la crise financière qui a frappé la zone euro, des mécanismes de soutien ont été créés. En mai 2010, un prêt a été accordé par les 15 États membres de la zone euro en faveur de la Grèce. Par la suite, un fonds de stabilisation européen a été institué, chargé d'octroyer des prêts aux États membres de la zone euro en difficulté financière. Les titres émis par le fonds de stabilisation bénéficient de la garantie des États membres de la zone euro.

Ces mécanismes de stabilité (contrat de prêt à la Grèce, accord cadre conclu entre les États membres de la zone euro, etc.) ont fait l'objet d'une ingénierie juridique particulièrement innovante, qui pourrait initier de nouvelles modifications du traité de Lisbonne.

8. Le mémoire d'*amicus curiae* déposé par la France devant la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Morrison vs. National Australia Bank

La Cour suprême des États-Unis a statué au cours de l'année 2010 sur le sort des « foreign cubed securities class actions », actions introduites devant les juridictions américaines pour violation de la législation boursière américaine, par des plaignants étrangers, à l'encontre de défendeurs étrangers, dans le cadre de transactions réalisées à l'étranger. La France, hostile à une application extraterritoriale de la loi américaine, a produit devant la Cour un mémoire en *amicus curiae*. Cette intervention, réservée aux personnes qui ne sont pas parties à un litige, ne connaissait, pour l'État français, qu'un seul précédent.

Le mémoire déposé s'est révélé porteur.

Dans sa décision du 24 juin 2010, la Cour n'a pas admis l'application extraterritoriale de la législation boursière américaine, au motif que la loi ne l'autorisait pas expressément.

Le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, entré en vigueur le 21 juillet 2010, a toutefois immédiatement limité la portée de cette décision, en accordant aux juridictions américaines une compétence extraterritoriale pour les seules actions intentées par la SEC (équivalent de l'AMF) et le ministère de la justice. Un rapport sur l'extension éventuelle de cette compétence aux cas des actions privées devra être remis prochainement au Congrès par la SEC. Celle-ci a lancé un appel à commentaires, auquel les autorités françaises ont répondu en février 2011.

L'enjeu est important. Il s'agit d'éviter que soient ouvertes, sur le territoire américain, des « class actions » (actions de groupe) particulièrement coûteuses, pour contourner l'impossibilité, en droit français, d'agir pour autrui, sans son consentement.

9. L'adoption d'un protocole à la convention HNS

Un protocole à la convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (HNS) a été adopté lors d'une Conférence diplomatique qui s'est tenue à Londres du 26 au 30 avril 2010. Ce protocole va désormais permettre la mise en œuvre effective d'un système d'indemnisation des dommages liés au transport par mer des substances HNS sur le modèle du système FIPOL. La DAJ, qui avait participé aux négociations préalables à l'adoption du Protocole, était membre de la délégation française.

DEUXIÈME PARTIE

LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UN ENGAGEMENT DE QUALITÉ

I. Les ressources humaines

II. L'activité en chiffres

III. L'engagement qualité

IV. Les relations extérieures

I. LES RESSOURCES HUMAINES

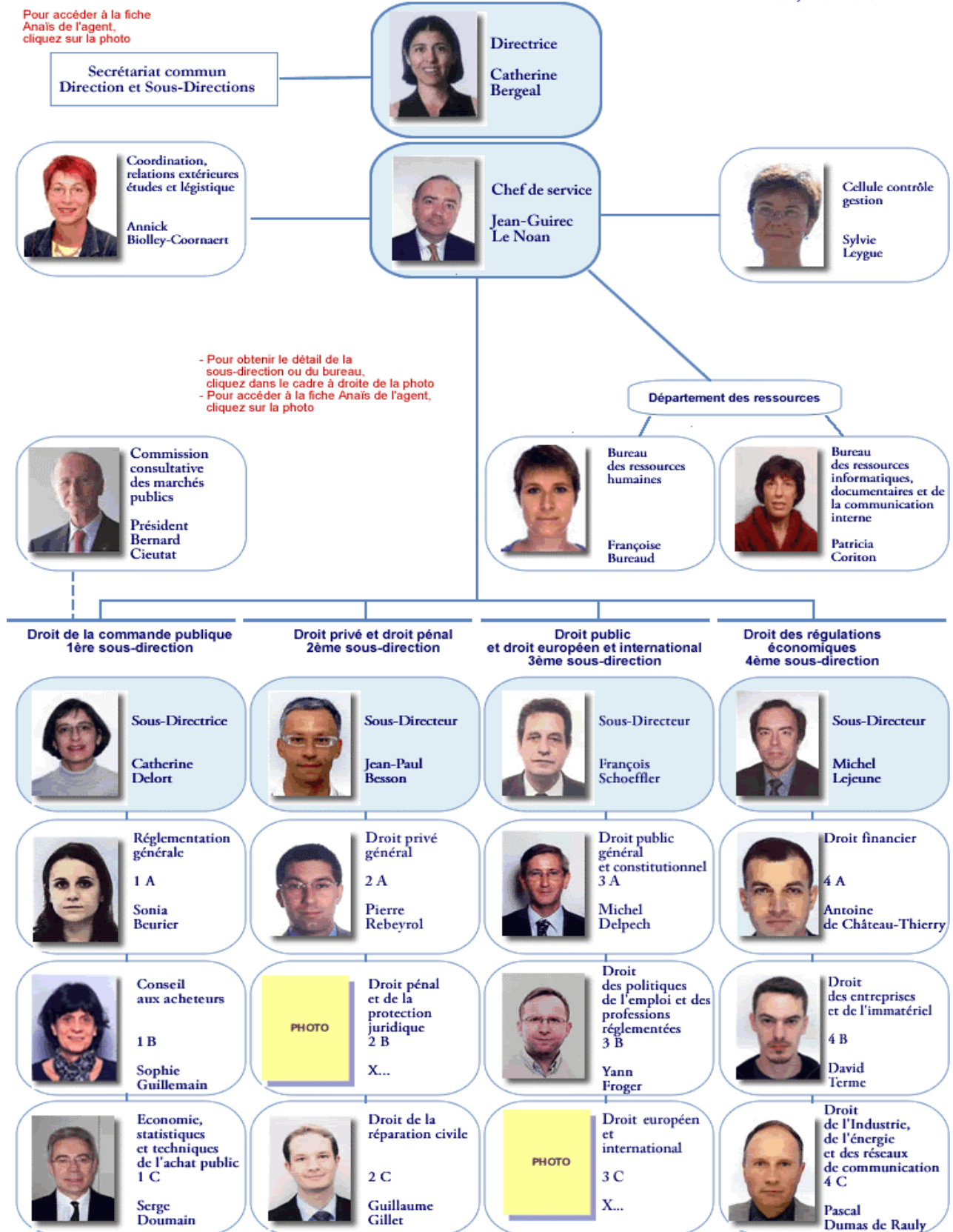
1. L'organigramme

2. Les effectifs

3. La formation professionnelle

1. L'organigramme issu de la réforme opérée par l'arrêté du 21 avril 2009

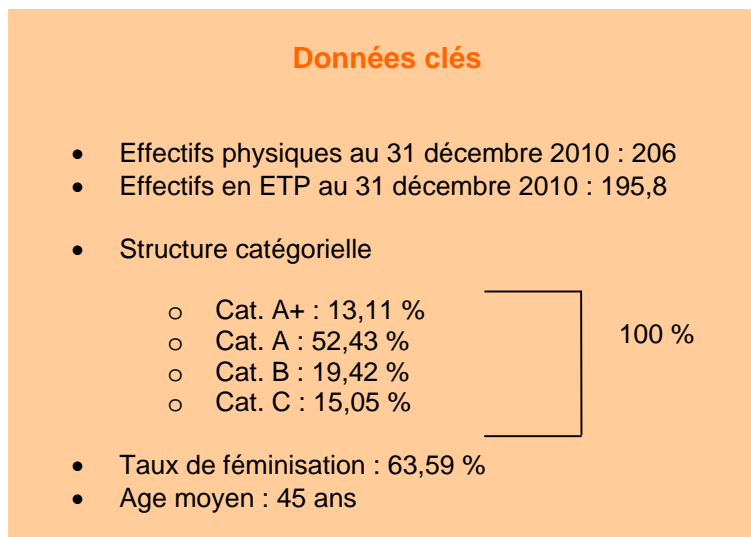
Mise à jour le 14 février 2011



2. Les effectifs

La direction des affaires juridiques comptait 206 agents au 31 décembre 2010, correspondant à 195,8 ETP (équivalent temps plein).

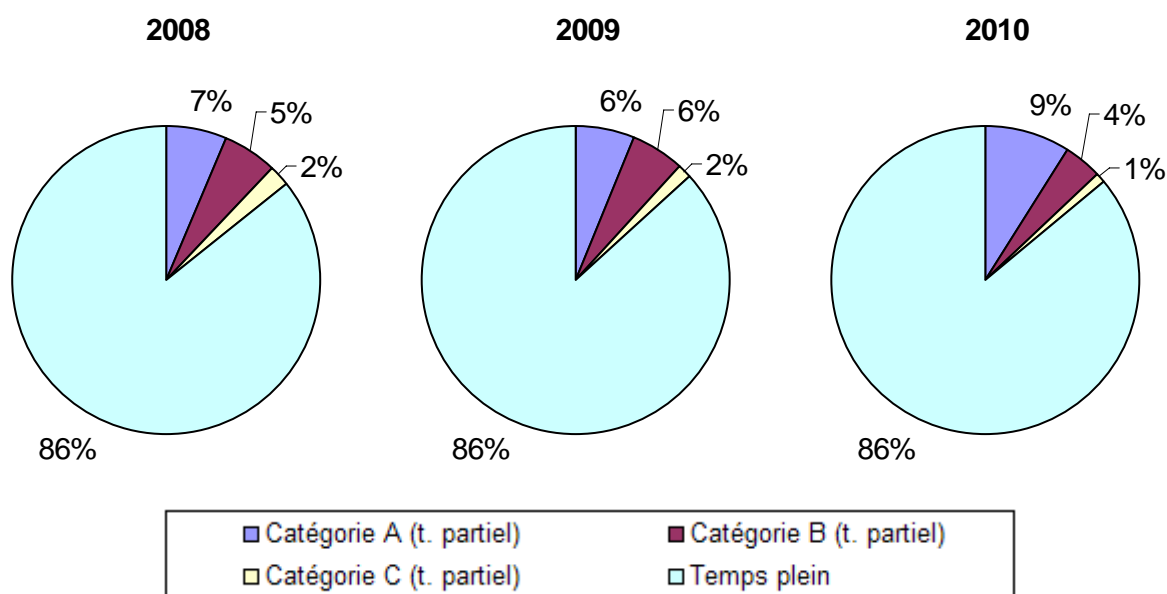
Depuis trois ans, les effectifs se sont réduits : 213 agents en 2008 (204,6 ETP), 210 en 2009 (201,8 ETP), conformément aux directives données par le gouvernement.



➤ Les effectifs et le temps de travail

En 2010, 28 agents sont à temps partiel. Tous sont des femmes. Elles représentent 14% des effectifs globaux. 18 agents à temps partiel appartiennent à la catégorie A. L'importance de cette catégorie dans le temps partiel augmente sur trois ans.

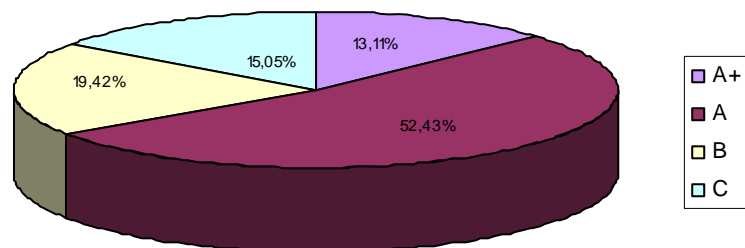
Répartition par catégorie des agents à temps partiel
(en % des effectifs globaux)



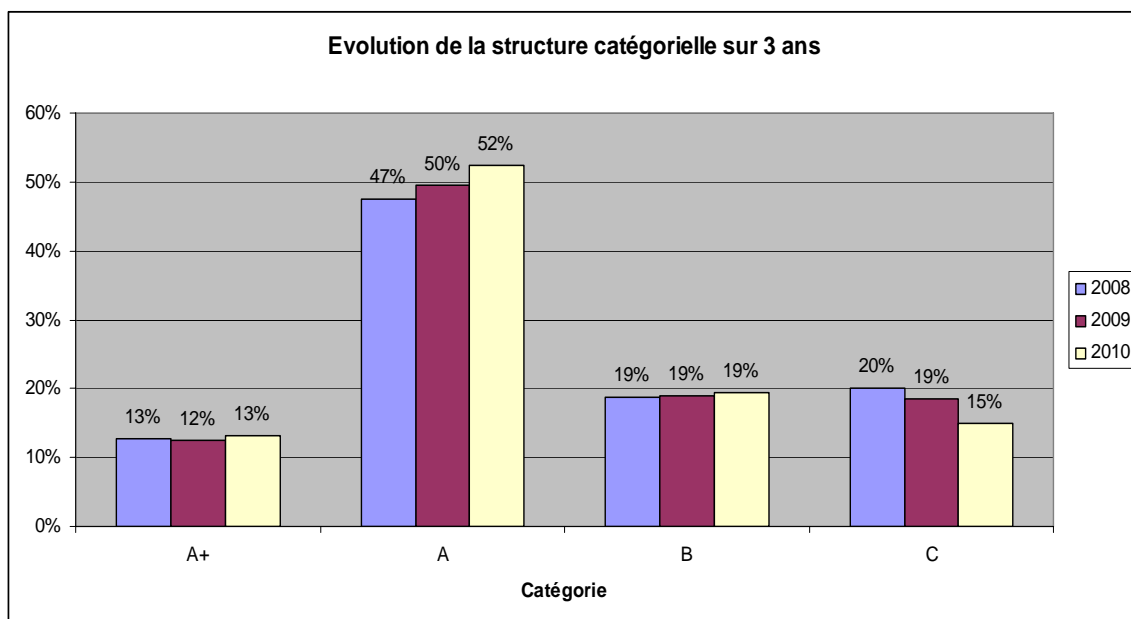
➤ **Les effectifs par catégorie**

La plus forte proportion des effectifs se concentre sur la catégorie A, soit 52,43 %. Les catégories A et A+ totalisent ensemble 65,54 % des effectifs.

Répartition des effectifs par catégorie



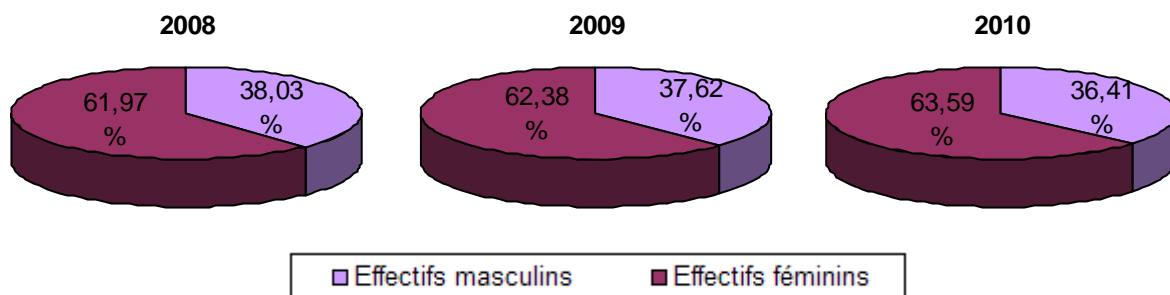
Cette répartition est stable sur les 3 dernières années pour les catégories A+ et B, en légère augmentation pour les A et en diminution constante pour les C.



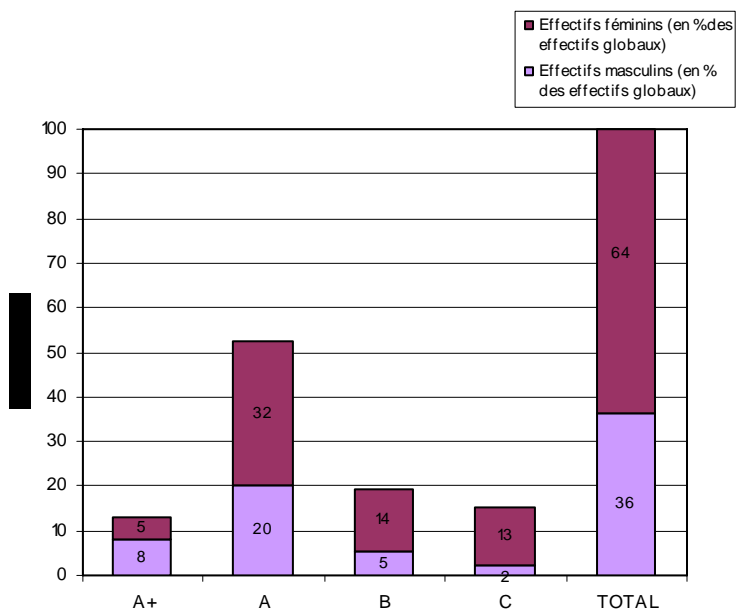
➤ **Les effectifs par catégorie et par sexe**

Au 31 décembre 2010, 131 agents de la direction sont des femmes.

Répartition des effectifs par sexe



Structure catégorielle des effectifs, par sexe

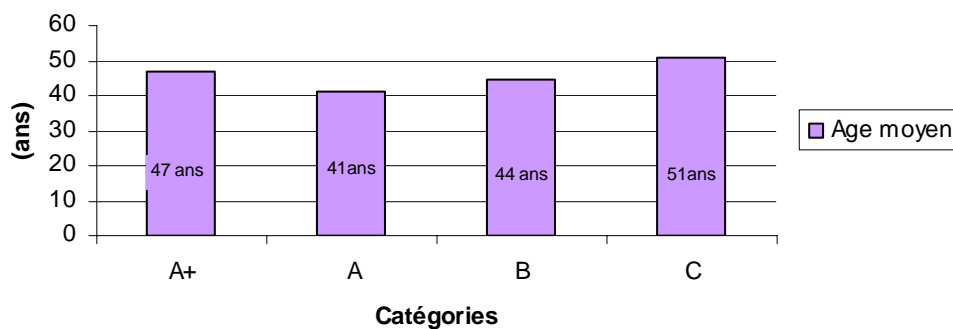


Les femmes sont plus nombreuses que les hommes dans toutes les catégories, sauf en A+ où leur nombre (10) est inférieur à celui des hommes (17).

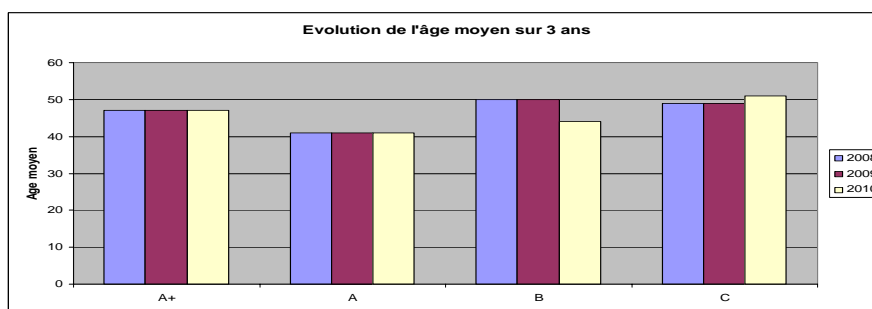
➤ **Les effectifs par catégorie et par âge**

L'âge moyen des agents de la direction s'établit à 45 ans. Les agents de catégorie A sont les plus jeunes, avec une moyenne d'âge de 41 ans. Les trois autres catégories ont un âge moyen situé entre 44 et 51 ans.

Age moyen des effectifs, par catégorie



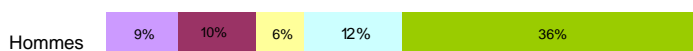
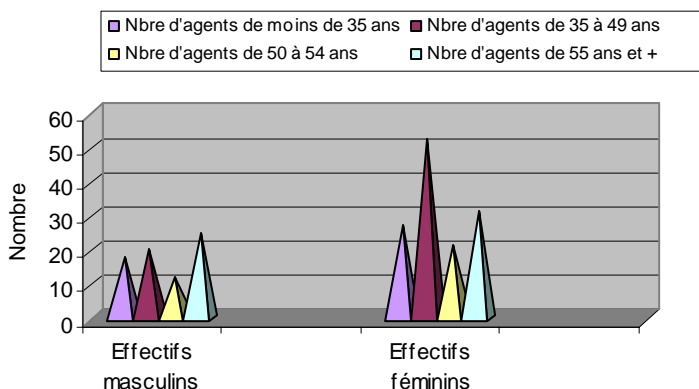
Cette répartition est stable sur les 3 dernières années. L'âge moyen n'évolue pas en catégorie A+ et A. Il a légèrement diminué en catégorie B et augmenté en C en 2010.



➤ **Les effectifs par âge et par sexe**

L'analyse des âges fait apparaître que l'écart le plus important entre hommes et femmes en nombre d'agents se situe dans la tranche 35 à 49 ans (20 agents masculins contre 52 agents féminins).

Nombre d'agents, par âge et par sexe



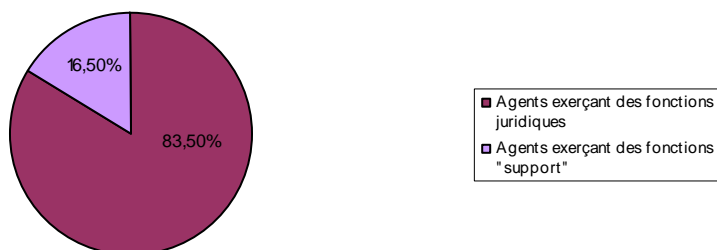
■ -de 35 ans ■ 35-49 ans ■ 50-54 ans ■ 55 ans et + ■ TOTAL

L'analyse sur les 3 dernières années montre que l'écart entre hommes et femmes est toujours le plus important sur la tranche d'âge 35-49 ans et que cet écart se creuse. En 2008, cette tranche d'âge comptait 21 agents masculins contre 47 agents féminins ; en 2009, elle regroupait 22 hommes pour 49 femmes.

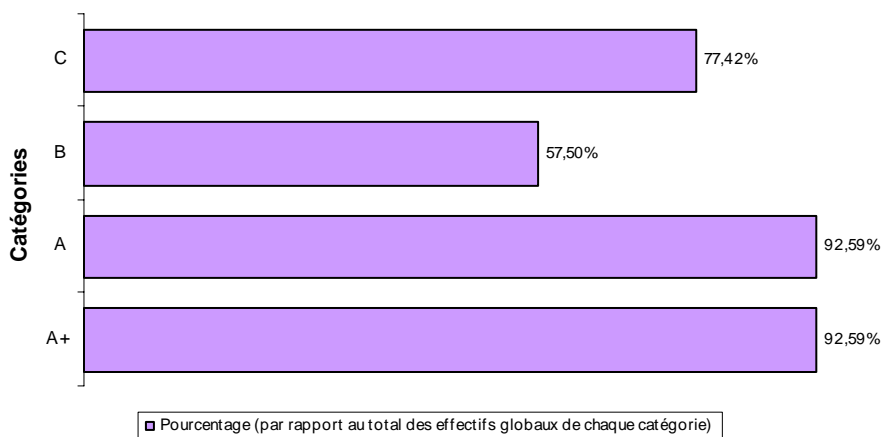
➤ **Les effectifs par métier**

En 2010, 83 % des effectifs de la direction sont affectés aux métiers juridiques (consultations et contentieux). La proportion des agents exerçant des fonctions support représente 17% des effectifs. Cette répartition est stable sur les 3 dernières années.

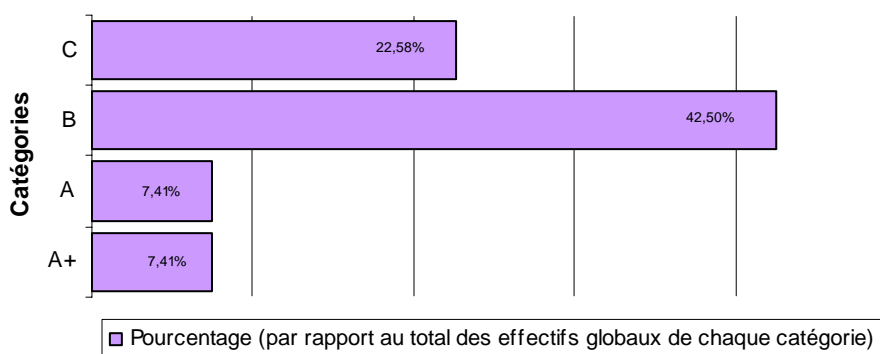
Répartition des agents, entre fonctions juridiques et fonctions support



Pourcentage d'agents exerçant des fonctions juridiques (par catégorie)

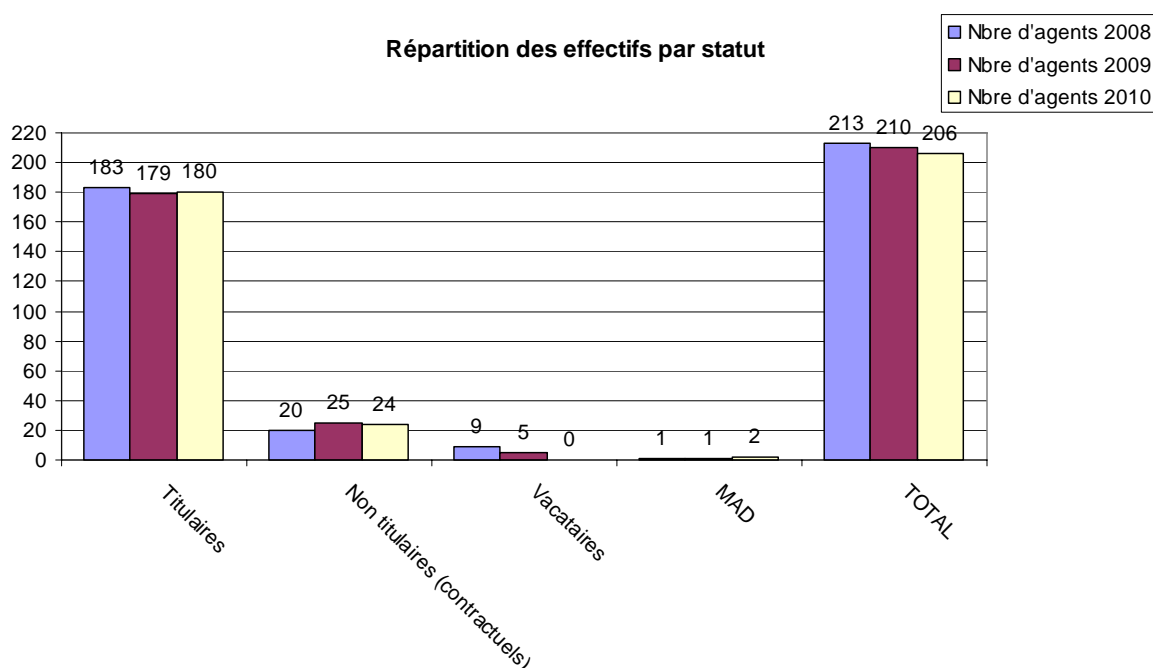


Pourcentage d'agents exerçant des fonctions support (par catégorie)



➤ Les effectifs par statut

En 2010, 180 personnes (87 % de l'effectif) sont des agents titulaires. 24 agents (11 % de l'effectif) sont contractuels, le solde étant constitué d'agents mis à disposition (deux agents).

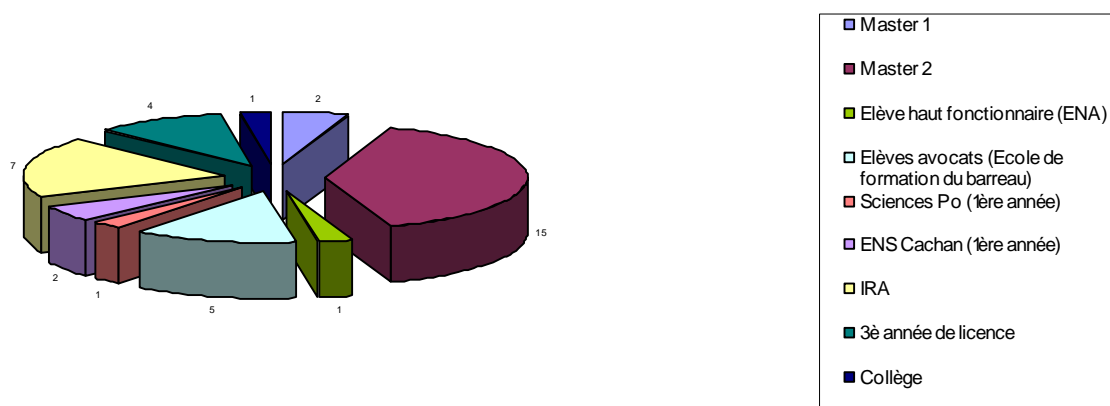


➤ L'accueil des stagiaires

38 stagiaires ont été accueillis en 2010 à la direction des affaires juridiques, dont 7 élèves en cours de scolarité dans les instituts régionaux d'administration. Le volume de stagiaires est stable depuis deux ans, après une baisse significative (48 stagiaires en 2008). En revanche, la durée moyenne des stages est en augmentation depuis 3 ans.

Ils se répartissent de la façon suivante, en fonction de leur provenance, ou de leur niveau d'études.

Répartition des 38 stagiaires



3. La formation professionnelle

La formation continue des agents, notamment la mise à jour des connaissances juridiques, constitue une priorité pour la direction.

Au titre de 2010, les agents de la DAJ ont suivi un total de 618 journées de formation, soit une moyenne de 3 jours par agent, contre 763 jours en 2008 (3,5 jours par agent) et 381 jours en 2009 (1,8 jour par agents).

Les formations mises en place de façon spécifique pour les agents de la direction ont couvert 287 jours, soit près de la moitié du temps de formation total.

➤ Formation à la légistique

Chaque année, depuis 2008, des formations à la légistique, dispensées par des membres du Conseil d'État, sont organisées avec la collaboration de l'IGPDE.

En 2008, la formation de niveau initiation a été dispensée à 150 agents.

En 2009, 54 agents ont bénéficié d'une formation de perfectionnement.

En 2010, un nouveau cycle, comprenant un niveau d'initiation et un niveau de perfectionnement a permis de former près de 70 agents de catégorie A. Il s'est déroulé sur 3 séances d'une demi-journée pour le niveau initiation, et sur 2 séances d'une demi-journée pour le niveau perfectionnement.

➤ Formation au management

Dans le prolongement de la formation menée en 2009, tous les chefs de bureau et adjoints de la direction ont bénéficié, sur plusieurs jours, d'une formation au management, spécifiquement organisée pour les besoins de la direction, par l'IGPDE.

Cette session a tout particulièrement traité des entretiens de recrutement et d'évaluation, en alternant apport théorique et exercices pratiques.

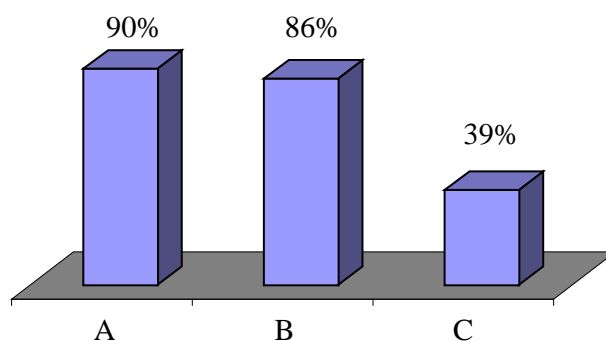
➤ Formation à la démarche de certification Qualité ISO 9001

La certification ISO 9001 de la fonction d'Agent Judiciaire du Trésor (AJT) est l'un des objectifs prioritaires de la DAJ pour 2010-2012.

A ce titre, une formation « certification qualité ISO 9001 » a été dispensée à 25 agents.

L'objectif est d'optimiser les procédures de travail, afin d'atteindre une meilleure qualité du service rendu.

Pourcentage d'agents ayant suivi une formation en 2010, par catégorie



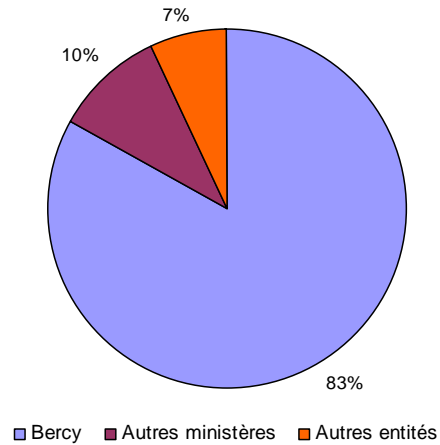
II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES

- 1. Les « clients » de la DAJ**
- 2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques**
- 3. Le conseil aux acheteurs publics**
- 4. La défense de l'État devant les juridictions**

1. Les clients de la DAJ

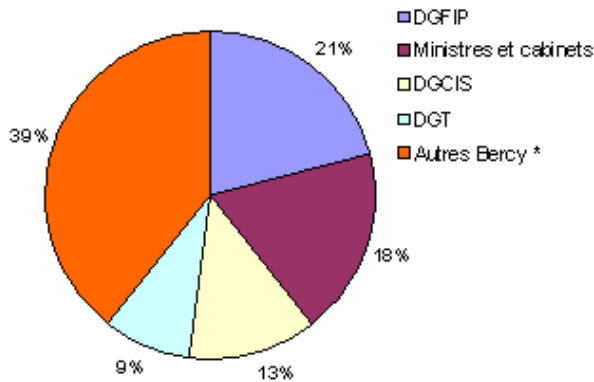
➤ L'origine des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients

Plus de quatre consultations écrites sur cinq sont destinées aux administrations centrales des ministères financiers.



Les « clients » de Bercy

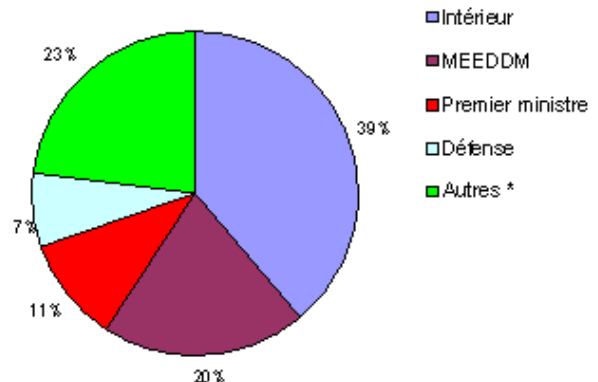
A Bercy, 4 destinataires se répartissent près des deux-tiers (61%) des consultations : DGFIP, ministres et cabinets, DGCIS et DGTrésor.



* dont direction du Budget (9%), DGCCRF (5%), DGDDI (4%).

Les « clients » des autres ministères

A l'extérieur de Bercy, près des deux-tiers (61%) des consultations sont concentrées sur 4 ministères : l'Intérieur, l'Écologie, les services du Premier ministre et la Défense.

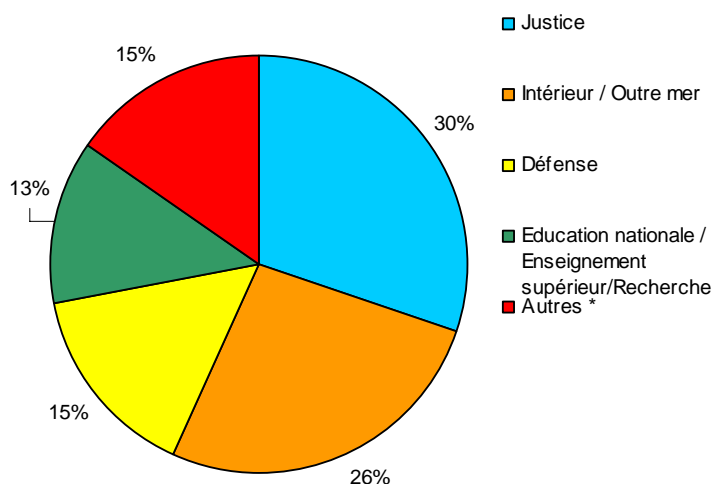


* dont Justice (4%), Agriculture, Éducation nationale, Affaires étrangères, Santé et Sports (3% chacun)

➤ Les clients de l'Agent Judiciaire du Trésor en 2010

Dossiers en cours au 31 décembre 2010

4 ministères représentent 83% des dossiers : la Justice, l'Intérieur, la Défense et l'Éducation nationale.



* dont ministères financiers (7%), MEEDDM (4%), services du Premier ministre (3%).

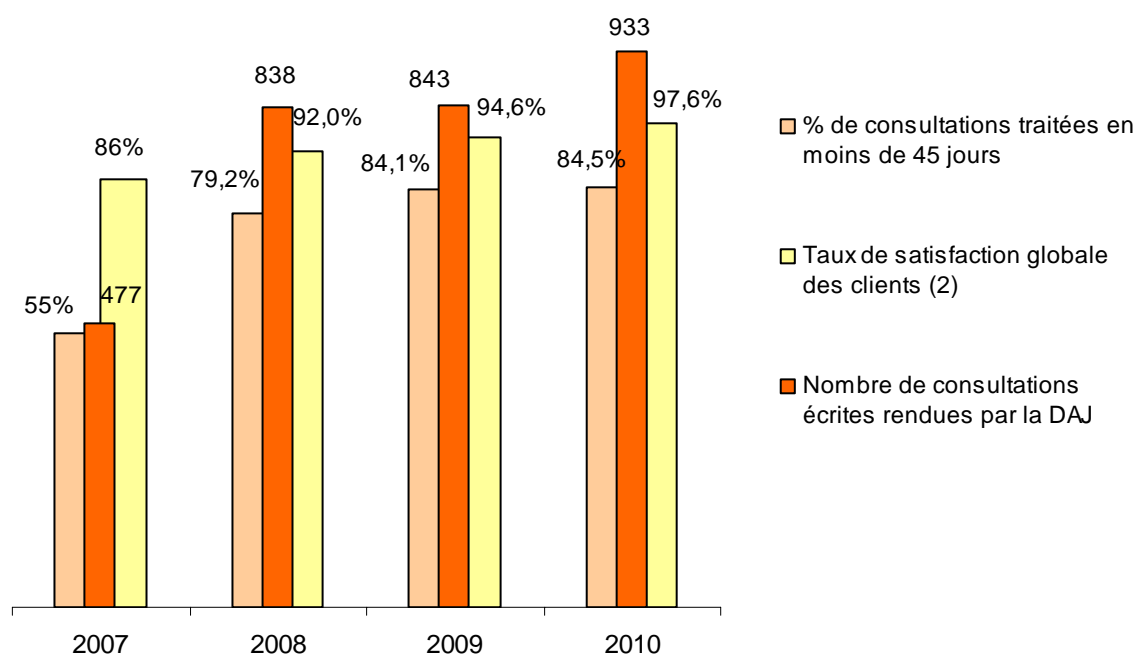
2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques

On été rédigés, en 2010, 933 consultations juridiques formalisées (hors courriels), dans tous les domaines du droit, transmises par les administrations centrales de l'État et ses établissements, relevant tant des ministères financiers que des autres ministères.

En outre, près de 400 consultations, autres que celles relatives au conseil aux acheteurs publics (voir point 3, infra) ont été effectuées par courriel.

Plus de 84% des consultations hors courriel ont été traitées en moins de 45 jours, et 80% ont respecté l'échéance négociée avec le commanditaire. Le taux de satisfaction globale atteint 98%.

Performance de l'activité "consultations juridiques" ⁽¹⁾



(1) Consultations par notes formalisées, à l'exclusion des prestations par courriel.

(2) Indicateur du projet annuel de performance (PAP), sur la base des questionnaires d'évaluation retournés par les bénéficiaires des consultations.

3. Le conseil aux acheteurs publics

2 400 prestations de conseil juridique ont été rendues par courriel aux acheteurs publics.

Le délai moyen de réponse, de 9 jours calendaires en 2008, est passé à 4,5 jours calendaires en 2010. 94% des réponses sont envoyées dans un délai inférieur à 8 jours.

4. La défense de l'État devant les juridictions

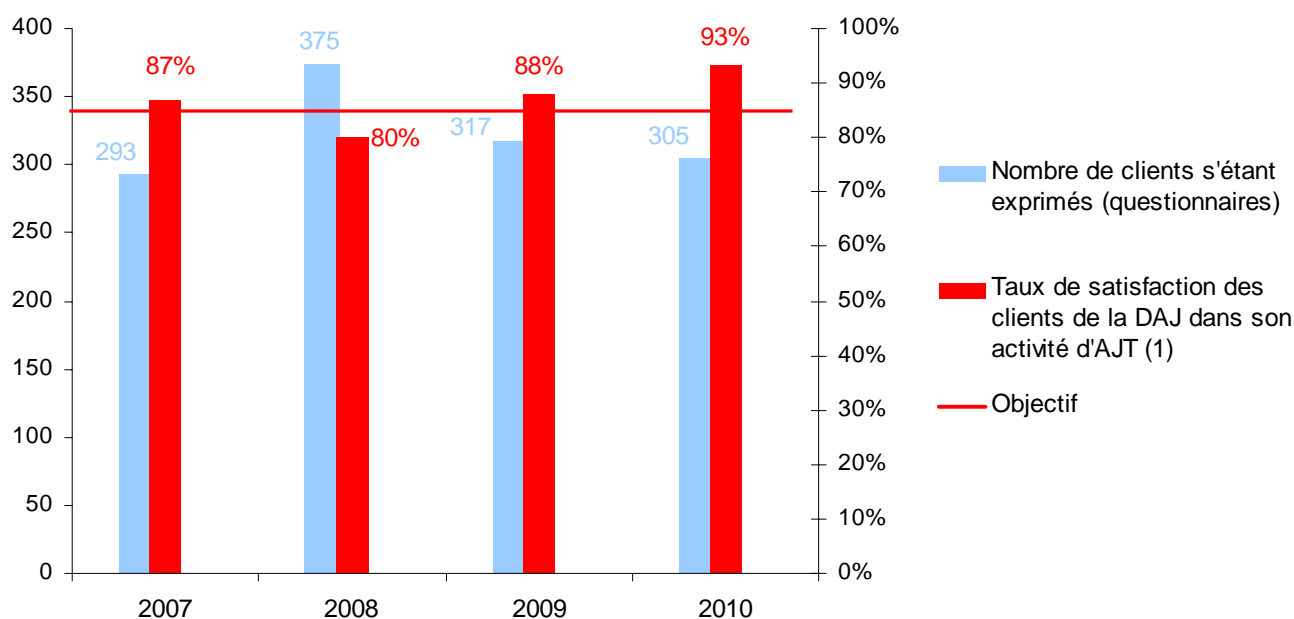
➤ Le contentieux judiciaire

La directrice des affaires juridiques est agent judiciaire du Trésor (AJT) : elle dispose à ce titre, en application de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, d'un mandat exclusif de représentation de toutes les administrations devant les tribunaux judiciaires, dès lors qu'une créance ou une dette, étrangère à l'impôt et au domaine, fait l'objet d'un contentieux.

Au cours de l'année 2010, près de 4 300 nouveaux dossiers ont été ouverts, incluant les dossiers amiables. Au 31 décembre 2010, 6 700 dossiers étaient en cours. Plus de 20 millions d'euros de réparations civiles pour l'État ont été obtenus depuis 2007.

En 2010, plus de 93% des services bénéficiaires des prestations de l'AJT se sont déclarés satisfaits (88% en 2008). L'objectif de 85% fixé sur cet indicateur de BOP est donc largement satisfait.

Performance de la DAJ dans son activité d'Agent judiciaire du Trésor



(1) Réponses aux questionnaires envoyés, avec la notification des décisions de justice, aux administrations pour lesquelles la DAJ a travaillé.

➤ Le contentieux administratif

La DAJ assure, directement ou en soutien des directions concernées, la défense des deux ministères financiers devant les juridictions administratives françaises et les juridictions européennes pour les affaires relevant du droit économique et financier, du droit des postes et communications électroniques et du droit des marchés publics, ainsi que pour les affaires relevant de la compétence partagée avec le ministère de l'écologie ou de la compétence propre de ce ministère (secteur énergie : électricité, gaz, énergies fossiles, énergies renouvelables ; secteur sécurité industrielle : appareils à pression, contrôle des véhicules, canalisations ; secteur nucléaire et radioprotection).

Une convention a été signée le 6 octobre 2009 entre les directeurs des affaires juridiques des deux ministères, afin de déterminer les modalités de cette collaboration. Son renouvellement prendra en compte la nouvelle répartition des tâches entre les ministères, établie par les décrets de répartition n° 2010-1443 et 2010-1447 du 25 novembre 2010.

Au 31 décembre 2010, le contentieux administratif représentait un stock de 580 dossiers en attente de jugement, dont 510 avaient fait l'objet d'une réponse devant la juridiction. En 2010, 300 nouvelles instances ont été prises en charges et plus de 330 mémoires, rédigés.

III. L'ENGAGEMENT QUALITÉ

La DAJ a lancé le 4 juin 2010 une démarche qualité, pour l'obtention de la certification ISO 9001 des activités de l'Agent judiciaire du Trésor (AJT).

Cette démarche se situe dans la continuité de la réflexion « mieux travailler ensemble », menée au cours de l'année 2008, qui a permis un débat au sein de la DAJ sur l'adaptation à son environnement, l'initiation d'une démarche sur la qualité et les procédures, et qui s'est achevée par la réorganisation de la direction en 2009.

L'engagement qualité pour la mission AJT permettra d'optimiser les procédures de travail, pour une meilleure qualité de service rendu aux bénéficiaires, grâce à un fonctionnement interne amélioré et à des relations mieux organisées avec les partenaires et fournisseurs (avocats, services support ministériels).

Le champ de la certification couvrira l'ensemble des processus, depuis la réception de l'acte de saisine, jusqu'à la notification au service client de la décision de justice définitive, l'explication de la décision de justice rendue, voire l'exécution matérielle de cette décision et la récupération d'objets placés sous scellé ; elle couvrira également l'intervention des avocats et avoués, ainsi que les fonctions support (comptabilité, gestion administrative des avocats et avoués, informatique, ressources humaines).

Un comité de pilotage, qui décide des grandes orientations et un comité de projet, qui définit et réalise le plan d'actions, conduisent la démarche.

Elle sera appuyée au cours de l'année 2011 par un prestataire choisi à l'issue d'une procédure de marché à la fin de l'année.

IV. LES RELATIONS EXTÉRIEURES

1. Les relations avec la CIJAP

2. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients

3. Le colloque sur les fonds de dotation du 14 septembre 2010

4. L'extranet AJT

5. La réception de délégations étrangères

1. Les relations avec la CIJAP

La CIJAP est la « cellule d'informations juridiques aux acheteurs publics », basée à la Trésorerie générale de Lyon. Composée d'agents de la DGFIP, elle assure une part importante de la mission de conseil aux acheteurs dévolue à la DAJ. La CIJAP répond aux questions sur la passation et l'exécution des marchés publics formulées par les acheteurs locaux : collectivités territoriales, établissements publics locaux et services déconcentrés de l'État. En 2010, la CIJAP a répondu, avec une équipe de douze personnes à plus de 30 000 questions, dont 26 000 posées par téléphone. Le nombre total de questions est en baisse sensible par rapport à 2008 (34 000) et à 2009 (32 500), ce qui peut s'expliquer par la stabilisation, depuis 2006, du cadre réglementaire applicable aux marchés publics. 88% des questions sont issues du secteur public local. 98 % ont reçu des réponses immédiates et une centaine ont été transmises à la DAJ pour attribution. La DAJ travaille en étroite collaboration avec ce service performant, avec lequel elle a signé une convention de service.

2. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients

Poursuivant une politique initiée deux ans auparavant, la DAJ a signé le 2 juin 2010 avec la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), puis le 30 juin avec la direction de la sécurité sociale (DSS) et le 15 juillet 2010 avec la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), trois conventions précisant les modalités de son intervention au profit de chacune de ces trois directions.

➤ La convention entre la DAJ et la DGEFP

Lorsque la DGEFP a été rattachée en 2007 aux ministères financiers, cette direction et la DAJ ont établi des relations régulières. Cette coopération s'est développée à travers les expertises menées par la DAJ pour le compte de la DGEFP. C'est pourquoi, le 2 juin 2010, a été signée avec Bernard MARTINOT, délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle, une convention de service qui précise les modalités d'intervention de la DAJ au bénéfice de la DGEFP. Depuis novembre 2010, la DGEFP ne se trouve plus dans le périmètre de Bercy, mais est placée sous l'autorité du ministre chargé du travail. Cette situation ne remet pas en cause cependant la coopération engagée au cours des trois dernières années. D'ailleurs, le ministre chargé du travail « dispose (...) en tant que de besoin »⁵ de la DAJ.

➤ La convention entre la DAJ et la DSS

Rattachée à Bercy, comme la DGEFP, en 2007, la DSS a depuis fréquemment travaillé avec la DAJ, dans le cadre de consultations juridiques ou pour le traitement des contentieux. Le 30 juin 2010, la directrice des affaires juridiques a donc signé, avec Dominique LIBAULT, directeur de la sécurité sociale, une convention organisant les relations de travail entre les deux directions. La DSS est placée, depuis novembre 2010, sous l'autorité conjointe du ministre chargé des comptes publics et du ministre chargé des solidarités. La création d'une future DAJ conduira à redéfinir, en 2011, ces relations.

➤ La convention entre la DAJ et la DGAFP

C'est également en 2007 que la DGAFP a été rattachée à Bercy. Une convention de services a été signée entre la directrice des affaires juridiques et Jean-François VERDIER, directeur général de l'administration et de la fonction publique, le 15 juillet 2010. La DGAFP, tout en demeurant une direction des ministères économique et financier, était alors mise à la disposition du ministre chargé du travail, dans le cadre de la préparation du projet de loi sur les retraites. Son objectif est cependant le même que celui des autres conventions que la DAJ signe avec les directions de Bercy : définir les modalités de la collaboration entre les deux services, qu'il s'agisse du traitement des questions juridiques ou de celui des contentieux. La coopération entre les deux directions se déroule aujourd'hui

⁵ Décret n° 2010-1449 du 25 novembre 2010 relatif aux attributions du ministre du travail, de l'emploi et de la santé.

à nouveau dans le périmètre de Bercy, puisque le ministre chargé de la fonction publique a « conjointement avec le Premier ministre, (...) autorité sur la direction générale de l'administration et de la fonction publique »⁶.

3. Le colloque sur les fonds de dotation du 14 septembre 2010

Les fonds de dotation ont été créés par l'article 140 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) et son décret d'application du 11 février 2009.

Depuis le mois de février 2009, plus de 550 fonds de dotation se sont créés dans tous les secteurs du mécénat. Ce nouvel outil juridique et financier, qualifié par la presse de « pépite » nichée au cœur de la LME, rencontre un vif succès : il s'en crée en moyenne 15 à 20 par mois sur l'ensemble du territoire national.

Pour accompagner cet essor, Christine Lagarde avait mis en place un comité stratégique pour observer l'évolution des fonds de dotation et proposer aux créateurs de fonds des bonnes pratiques de gouvernance et de gestion financière.

Le comité stratégique a rédigé, en 2010, onze recommandations de bonnes pratiques et les a soumises à consultation publique sur internet. Afin de présenter au public le résultat de cette consultation, un colloque consacré aux fonds de dotation s'est tenu à notre initiative le 14 septembre 2010.

Près de 300 personnes, représentatives de la grande diversité du mécénat (fonds de dotation, fondations, associations, banques, institutions publiques, notaires, avocats et experts comptables) ont assisté au débat qui portait sur ces recommandations. Les membres du comité stratégique les ont présenté et ont répondu aux questions posées par les internautes et les participants au colloque.

4. L'extranet AJT

En 2007, a été mis en place un site extranet consacré aux fonctions d'agent judiciaire du Trésor (AJT).

Consultable uniquement par ses correspondants ministériels et les avocats et avoués de l'AJT, il donne accès à des études juridiques et des fiches pratiques et à l'état le plus récent de la jurisprudence sur le contentieux judiciaire indemnitaire de l'État, grâce à des mises à jour régulières.

En avril 2010, ce site a fait l'objet de profondes modifications : sa présentation a été rendue plus claire ; de nouvelles rubriques et de nouvelles informations y figurent. Enfin, compte tenu des éléments confidentiels qui y sont présents, les conditions d'accès ont été renforcées.

Ce site rénové a pour objectif de devenir un outil moderne d'information pour tous les correspondants ministériels et avocats, afin de les aider dans le traitement quotidien des 7000 dossiers contentieux.

⁶ Décret n° 2010-1451 du 25 novembre 2010 relatif aux attributions du ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État.

5. La réception de délégations étrangères

Du 21 au 23 septembre 2010, la DAJ a reçu une délégation de l'agence judiciaire du Trésor du Gabon, composée de son directeur, M Mathurin BOUGOU, et de ses deux chefs de service, Mme Roselyne MENDOUME et M. Edmond RENOMBO.

Cet échange de bonnes pratique s'inscrit dans une tradition ancienne d'excellentes relations entretenues avec notre homologue gabonais. En 1998 la direction était déjà intervenue, à l'invitation de l'AJT du Gabon, pour présenter, à l'occasion d'un colloque à Libreville, le rôle et les missions de l'AJT français.

Au cours du mois d'avril 2011, nos services sont à nouveau conviés au Gabon afin d'expertiser certaines améliorations que souhaite mettre en place notre homologue gabonais.

Cette proximité intellectuelle et technique s'explique par le fait que le texte portant création de l'agence judiciaire du Trésor du Gabon en 1976 est directement inspiré du décret royal d'août 1790 instituant l'AJT en France.

De même, l'agence judiciaire du royaume du Maroc a fait part à la fin de l'année 2010 de son souhait de venir échanger avec nous sur nos pratiques en matière de traitement judiciaire des contentieux.

TROISIÈME PARTIE

LA SYNTHÈSE DE NOTES SIGNIFICATIVES DE L'ANNÉE⁷

La dernière partie de ce rapport rassemble la synthèse de quelques consultations significatives parmi les 933 traitées tout au long de l'année 2010, mises à jour des dernières actualités, le cas échéant. A travers cette synthèse, on peut avoir un aperçu de la diversité des sujets abordés par la direction.

⁷ Hors notes de nature confidentielle

ACCIDENTS ET RÉPARATIONS CIVILES

ACCIDENTS DE LA CIRCULATION

En l'absence d'un contrat d'assurance, l'administration doit entièrement indemniser la victime d'un accident de circulation causé par un véhicule administratif. Une action récursoire de l'administration contre l'agent est possible, s'il a commis une faute personnelle. Le recouvrement de la créance devra s'opérer par l'émission d'un titre exécutoire, sous le contrôle du juge administratif.

Un agent public a provoqué un accident de la circulation occasionnant des dommages matériels à un tiers, alors que cet agent utilisait un véhicule administratif, sans autorisation, pour aller se restaurer. L'administration de cet agent envisage de lui demander le remboursement des sommes versées par l'État au tiers en réparation de son préjudice.

En application de l'article 1er de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 et de l'article L. 211-1 du Code des assurances, l'administration doit, dans un premier temps, prendre en charge la totalité de l'indemnisation du préjudice subi par la victime de l'accident provoqué par le véhicule administratif. Depuis l'arrêt Laruelle du Conseil d'État (CE ass., 28 juillet 1951), l'administration dispose, dans un deuxième temps, d'une action récursoire contre son agent lorsqu'une faute personnelle peut lui être reprochée (le véhicule ayant été emprunté sans autorisation, dans un but purement privé).

Le recouvrement de cette créance devra donc se faire par l'émission d'un titre exécutoire, le juge administratif considérant que l'administration ne peut renoncer aux prérogatives de puissance publique qu'elle détient.

En cas de litige entre l'administration et son agent au sujet de la demande de remboursement, le juge administratif est compétent (Tribunal des conflits, 26 mai 1954, Moritz, Lebon p. 408).

(4^{ème} trimestre 2010)

ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE

L'État a été condamné à réparer (à hauteur de 55 000 euros) les dommages occasionnés par les membres d'un syndicat, lors d'un conflit social, à une société commerciale. Plusieurs fondements juridiques permettraient à l'État d'engager une action en responsabilité civile à l'encontre de ce syndicat : l'action récursoire, la subrogation et la responsabilité pour faute, instituée par l'art. 1382 du code civil.

Les articles L. 2216-3 du code des communes et L. 133-1 du code des communes de la Nouvelle Calédonie, désignent l'État comme civilement responsable des dégâts et dommages résultant des délits commis par des attroupements ou rassemblements. Leur second alinéa prévoit une action récursoire de l'État contre la commune, mais pas à l'encontre des auteurs de troubles eux-mêmes.

Bien que la jurisprudence n'ait jamais appliqué cette disposition pour un cas similaire, l'État a la possibilité d'engager devant les juridictions de l'ordre judiciaire, à l'encontre d'un syndicat, une action en responsabilité par le mécanisme de la subrogation. Sur le fondement de l'art. 1382 du code civil, il pourrait rechercher la responsabilité civile du syndicat, en prouvant que celui-ci a donné des instructions pour causer les dommages. En revanche, la responsabilité sans faute du fait des personnes dont il doit répondre, (article 1384, alinéa 1er, du même code) ne pourrait être invoquée, car un syndicat n'a, selon la Cour de cassation « *ni pour objet ni pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses adhérents au cours de mouvements.* »

La responsabilité personnelle du président du syndicat ou de ses adhérents ne serait engagée qu'à la condition qu'ils aient commis une faute détachable de leurs fonctions et que le tribunal soit en état d'apprécier les actes fautifs commis individuellement. La charge de la preuve de ces fautes reviendrait à l'État.

(2^{ème} trimestre 2010)

INDEMNISATION DES ACCIDENTS DE SERVICE

La recherche de la responsabilité pénale d'agents publics ne permet pas d'obtenir le remboursement du préjudice subi par l'État. Les fautes qui pourraient être reprochées aux agents chargés de l'entretien de l'ouvrage public sont des fautes de service. Cet accident résultant d'un défaut d'entretien normal d'ouvrage public par une collectivité territoriale, la responsabilité administrative de celle-ci peut être recherchée devant le juge administratif.

Dans le cadre de ses fonctions, un agent a été victime d'un accident sur le site de l'aéroport de Périgueux-Bassillac. Lors d'une tentative d'ouverture, un portail d'accès est tombé, lui causant une fracture du col du fémur. En qualité d'organisme social, l'État a versé des débours à son agent, dont il est en droit de réclamer le montant auprès du tiers responsable. Pour obtenir le remboursement de ces sommes, des actions en responsabilité pénale ou administrative contre la ville de Périgueux gestionnaire de l'aéroport étaient envisagées.

Même si une la responsabilité pénale devait être reconnue en l'espèce, les juridictions pénales sont incompétentes pour statuer sur les demandes indemnitaires présentées par la victime ou par l'État-tiers-payeur. En effet, la faute reprochée aux agents de la ville de Périgueux est une faute de service qui engage la seule responsabilité de la personne publique.

Dès lors, ce sont les règles du droit administratif qui doivent s'appliquer. La responsabilité administrative de la commune peut être recherchée pour défaut d'entretien d'un ouvrage public.

En effet, l'absence d'entretien normal de l'ouvrage qui était à la charge de la commune est caractérisée en l'espèce. Il appartient donc à cette commune de procéder à l'indemnisation des préjudices subis par la victime et par l'État.

(2^{ème} trimestre 2010)

RÉSILIATION D'UN BAIL

L'État a résilié unilatéralement un bail civil, au motif que les locaux loués n'étaient plus alimentés en eau. Si la perte partielle de la chose louée, caractérisée par le problème d'alimentation en eau, constitue bien un motif pour demander la résiliation d'un bail, cette résiliation a été opérée unilatéralement « aux risques et périls » de l'État. Une décision judiciaire devra déterminer si cette résiliation unilatérale est abusive.

L'État a résilié unilatéralement un bail civil, au motif que les locaux loués n'étaient plus alimentés en eau à la suite d'un incendie dans les combles de l'immeuble. La perte partielle de la chose louée justifie que l'État, preneur, puisse résilier le contrat de bail. En effet, en cas de perte partielle de la chose louée, la loi permet au preneur de demander soit une diminution du prix du bail, soit la résiliation du contrat (art. 1722 du code civil). La perte partielle de la chose peut être caractérisée par l'arrêt de la fourniture en eau du bâtiment loué, consécutif à un incendie dans les combles de l'immeuble (Cass. 3^{ème} Civ., 17 juin 1980).

Il n'appartient pas, cependant, au preneur de résilier de manière unilatérale le contrat de bail. Le preneur doit porter à la connaissance de son bailleur son souhait de ne pas poursuivre le contrat de bail du fait de la survenance de la condition résolutoire légalement prévue. Mais en cas de désaccord du bailleur, le preneur doit saisir le juge, afin que soit prononcé la résiliation judiciaire du contrat. Cependant, la jurisprudence récente autorise une partie à un contrat à le résilier unilatéralement « à ses risques et périls », c'est-à-dire sous réserve du contrôle a posteriori du juge, lorsque la gravité du comportement du cocontractant le justifie. Si tel n'est pas le cas, le preneur pourrait être condamné à des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de bail.

Enfin, si l'article 1722 du Code civil dispose que « *dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* », la jurisprudence précise que cette prohibition des indemnités en cas de perte totale ou partielle de la chose ne fait pas obstacle à ce que le preneur puisse obtenir le remboursement des loyers déjà versés.

(2^{ème} trimestre 2010)

L'INHES ne peut pas résilier son contrat de bail de manière unilatérale avant le terme prévu sans engager sa responsabilité contractuelle, le contrat ayant été signé pour une durée déterminée et ferme de douze années. Le contrat peut cependant prendre fin avant son terme d'un commun accord entre les parties.

Les services de l'INHES ayant déménagé à Paris, l'Institut souhaitait résilier leur contrat de bail avant le terme contractuellement prévu. D'après le contrat de bail, celui-ci a été signé pour une durée déterminée et ferme de douze années consécutives, à partir du jour de la livraison des locaux. Celle-ci a eu lieu courant 2004, le bail court donc jusqu'en 2016, date anniversaire de cette livraison. L'INHES est tenu de respecter son engagement, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du bailleur (Cass. 3^{ème} civ., 9 oct.1996, n° 94-20821).

L'INHES ne dispose d'aucune possibilité de résiliation anticipée du contrat de bail, car la clause résolutoire dans le contrat ne prévoyait pas cette possibilité. Le Code civil ne prévoit, par ailleurs, aucune faculté légale de résiliation anticipée avant le terme contractuellement prévu, pour les baux de droit commun. L'INHES ne peut donc résilier de manière unilatérale le contrat de bail. Celui-ci ne peut prendre fin, aux termes de l'article 1134 du Code civil, que par commun accord des parties de mettre fin à leurs engagements mutuels.

(3^{ème} trimestre 2010)

AIDES D'ÉTAT

CONCURRENCE, AIDES D'ÉTAT

La loi 2009-1437 du 24 novembre 2009 confie de nouvelles missions aux organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), acteurs essentiels de la formation professionnelle. Ces nouvelles missions constituent des activités économiques au sens du droit communautaire et leur exercice représente un risque d'atteinte aux règles du marché intérieur que seule la subdélégation permettrait d'écartier. Enfin, les entreprises bénéficiaires des services fournis par les OPCA, en termes de conseil, bénéficient d'aides d'État.

Les OPCA ont désormais pour mission d'informer, de sensibiliser et d'accompagner les entreprises dans l'analyse et la définition de leurs besoins en matière de formation professionnelle. Ces nouvelles missions sont des activités économiques au sens du droit communautaire. L'activité de services de proximité et d'encadrement exercée par l'OPCA constitue une offre de services sur le marché des conseils, sur lequel peuvent agir des entreprises privées spécialisées en la matière.

L'exercice de ces activités par les OPCA sur un secteur très concurrentiel et dans des conditions très privilégiées, puisqu'ils bénéficient d'un financement par le biais des contributions perçues sur l'ensemble des entreprises, et d'une présence privilégiée auprès des entreprises, pourrait être constitutif d'une entrave à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement.

Ce risque pourrait être écarté en cas de subdélégation. L'externalisation par les OPCA de leurs missions d'encadrement et des services de proximité, prendrait la forme de marchés, au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, et devrait être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, conformément aux dispositions du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Enfin, la qualification d'aides d'État des nouvelles activités de conseil et d'encadrement exercées par les OPCA pourrait être évitée en application de la règle de *minimis* (les aides inférieures à 200 000 euros accordées sur une période de trois ans n'ont pas à être notifiées).

(1^{er} trimestre 2010)

COMMANDE PUBLIQUE

CLAUSE D'EMPLOI LOCAL

L'appel d'offres pour l'implantation de champs éoliens maritimes en France prévoit le recours à une procédure d'appel d'offre particulière. L'utilisation, dans le cadre de cette procédure, de critères sociaux ne peut être admise qu'à condition de respecter les principes communautaires de non discrimination, d'égalité de traitement et de transparence.

Le ministre chargé de l'énergie peut décider, lorsque les capacités de production électrique ne répondent pas aux objectifs fixés par la programmation pluriannuelle des investissements, de recourir à une procédure spécifique, dite de l'appel d'offres « Electricité », régi par les dispositions de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 et de son décret d'application du 4 décembre 2002.

Fixer dans le cadre de cette procédure une clause protégeant l'emploi local n'est possible qu'à condition de respecter les principes communautaires de non discrimination et d'égalité de traitement. En effet, il résulte de la jurisprudence de la CJCE, qu'une clause d'emploi local, en tant que condition de sélection de l'appel d'offres éolien en mer, serait interdite si elle était adossée à une clause de nationalité (CJCE Bosman, aff.C-415/93). Par ailleurs, la promotion de l'emploi local, si elle constitue une raison d'intérêt général, doit être proportionnée à l'objectif poursuivi. En l'absence d'une telle proportionnalité, une clause d'emploi local serait privée de justification (CJCE, Arblade, 23 novembre 1999, C-369/96).

Cette jurisprudence a trouvé une traduction, dans les directives « marchés publics » du 31 mars 2004 qui ont reconnu ce critère pour autant qu'il soit lié à l'objet du marché et en droit interne dans le code des marchés publics. Le code autorise aussi l'introduction dans un marché de clauses d'exécution comportant des exigences à caractère social si celles-ci n'ont pas de caractère discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et sont portées à la connaissance du public.

L'insertion de clause d'emploi peut donc être admise, mais avec réserves et sous conditions.

(1^{er} trimestre 2010)

CESSION DE MARCHÉ

La novation de titulaire dans un marché public est chose courante. Le transfert d'un marché de la personne publique à un autre bénéficiaire est plus rare. Les incidences à prendre en compte sont d'autant plus importantes lorsque la personne à qui il est envisagé de transmettre le contrat passé selon les règles nationales applicables, n'est pas soumise au même corpus juridique.

Dès lors que la personne à laquelle il est envisagé de transférer le marché dispose de la capacité juridique suffisante, aucun principe de droit ne s'oppose à cette opération. Le TFUE a consacré la capacité contractuelle de l'Union européenne. Il n'y a dès lors pas d'obstacle de principe au transfert d'un marché des autorités françaises à l'Union européenne. L'avenant de transfert est l'instrument naturel d'une telle opération. Cependant, un tel avenant ne doit pas avoir pour effet de bouleverser l'économie du marché ou d'entraîner une violation des obligations contractuelles. Dans la mesure où l'Union européenne peut décider de conclure un contrat de droit administratif français, que les clauses financières du marché ne sont pas incompatibles avec le règlement financier de l'Union européenne et que les clauses relatives à la propriété intellectuelle autorisent un tel transfert, aucun obstacle juridique n'existe à la conclusion de cet avenant, avant le terme du marché. Si le terme du marché était atteint avant la signature de l'avenant, la conclusion d'une convention entre le titulaire du marché, les autorités françaises et le nouveau bénéficiaire des prestations contractuelles pourrait préciser les modalités nécessaires pour procéder au contrôle, à la réception et au paiement des prestations restant à exécuter.

(3^{ème} trimestre 2010)

CONTRAT DE RECHERCHE

Les études réalisées par des chercheurs en comptabilité constituent des services de recherche et de développement. Elles sont, en conséquence, exclues du champ d'application du code des marchés publics en vertu de l'article 3-6° du Code des marchés.

L'autorité des normes comptable (ANC) souhaite passer des contrats d'étude avec des chercheurs en comptabilité. Ces études constituent de la recherche fondamentale, et répondent à la notion de « recherche-développement », telle que définie par l'OCDE.

Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement sont exclus du champ d'application du code s'ils remplissent l'une de ces deux conditions : le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ; le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

En l'espèce, le coût des études en comptabilité est pris en charge par un fonds de concours alimenté par des entreprises cotées, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables. De plus, le résultat des recherches de ces chercheurs n'a pas vocation à devenir la propriété exclusive de l'ANC, mais au contraire à être présenté et discuté.

En conséquence, les conditions nécessaires à l'exclusion de tels contrats du champ d'application du code des marchés publics sont réunies. L'ANC n'est pas tenue de respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence fixées par le code des marchés publics, lorsqu'elle conclut des contrats de recherche en comptabilité.

(2^{ème} trimestre 2010)

CONVENTION DE MECENAT

Les conventions de mécénat ne sont pas soumises aux règles de la commande publique, ni aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique. Le mécénat de compétence portant sur la réalisation de travaux publics constitue une offre de concours, contrat administratif unilatéral, par lequel une personne privée apporte gratuitement son concours à une personne publique.

Les conventions de mécénat sont des contrats par lesquels une personne privée apporte gratuitement son concours à une personne publique pour la réalisation d'une opération. Il peut s'agir d'un soutien financier ou, lorsque le mécène met à disposition de la collectivité ses compétences techniques, d'un mécénat de compétence. Lorsque cette opération porte sur la réalisation de travaux publics, la convention de mécénat constitue une offre de concours, contrat unilatéral dont le régime a été défini par le Conseil d'État depuis le XIX^{ème} siècle.

Si le mécène tire de son intervention un bénéfice en termes d'image, ce bénéfice n'appelle, de la part de la personne publique, aucune contrepartie. En l'absence d'une telle contrepartie, le contrat de mécénat est dépourvu de caractère onéreux et ne peut, par conséquent, être qualifié de marché public. Le mécène n'est pas rémunéré par l'exploitation d'un service confié par la personne publique ou par l'ouvrage qu'il s'est engagé à édifier. Par conséquent, les conventions de mécénat ne sont pas non plus des concessions de services ou de travaux, ni des délégations de service public.

Les contrats que le mécène conclut pour la réalisation des travaux le sont en son nom et pour son compte, pour se procurer les moyens d'honorer son offre de concours. Les travaux sont payés par le mécène et non par la collectivité et l'intervention du mécène n'est pas rémunérée. Ces contrats constituent, ainsi, des contrats de droit privé, exclus du champ d'application du code des marchés publics.

DÉLIT DE FAVORITISME

La violation, dans un marché public, de certaines dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) n'est pas constitutive du délit de favoritisme. Par ailleurs, le code des marchés publics laisse la personne publique définir librement, en fonction des circonstances de l'achat, les modalités de mise en œuvre de la procédure adaptée, notamment le délai de remise des offres.

Deux marchés de maîtrise d'œuvre ont été passés par une commune pour la réalisation d'une opération d'aménagement. Deux irrégularités ont été relevées dans ces marchés au regard de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) à divers titres. En premier lieu, la commune n'avait pas défini de programme lors de l'attribution du premier marché de maîtrise d'œuvre, laissant le titulaire de ce marché définir l'opération, en méconnaissance des dispositions de l'art. 2 de la loi MOP. En second lieu, ces contrats ne respectaient pas les dispositions du décret du 29 novembre 1993, qui impose d'indiquer l'étendue de la mission, son degré de complexité, et son coût prévisionnel. Ce décret précise également le contenu de la mission que le maître d'ouvrage doit confier au maître d'œuvre. Ces dispositions législative et réglementaire n'ont cependant pas pour objet de garantir la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats. Leur violation ne peut donc constituer le délit de favoritisme.

Lorsque le marché peut être passé en procédure adaptée, le délit de favoritisme n'est pas non plus constitué pour le seul motif d'un délai insuffisant de remise des offres. Le code laisse en effet à l'acheteur le soin de fixer, en fonction de l'objet, du montant et des circonstances de l'achat, les modalités de mise en œuvre de la procédure adaptée. La commune a publié un avis d'appel public à la concurrence (AAPC) dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans lequel elle octroyait aux candidats un délai de 16 jours pour remettre leur offre. D'après la jurisprudence administrative en matière de procédure adaptée, ce délai peut être suffisant.

MARCHÉS DE FOURNITURES

Un contrat conclu entre une collectivité et une société privée pour répondre à ses besoins en matière de travaux de fournitures et de services, dès lors qu'il revêt un caractère onéreux, constitue un marché public de fournitures. A ce titre, il doit respecter les règles encadrant les marchés publics et notamment, celles relatives à la cession de marché et au principe de continuité du service public et de protection du secret professionnel.

Une commune envisage de conclure avec une société un contrat de mise à disposition gratuite d'un véhicule, pour livrer des repas au domicile de personnes dépendantes, moyennant l'apposition d'encarts publicitaires sur le véhicule et de la liste des opérateurs économiques contribuables et fournisseurs de la commune.

Ce contrat constitue un marché public qui doit être attribué après publicité et mise en concurrence préalables. Il combine les deux éléments déterminants qui permettent de qualifier un marché public : il répond aux besoins de la commune dans le cadre de l'organisation de sa politique sociale et le prestataire se rémunère par des recettes commerciales.

Il comporte trois clauses irrégulières : celle relative à sa cession fait obstacle à l'exercice par le pouvoir adjudicateur de ses prérogatives à accepter le cessionnaire après examen de ses capacités techniques, professionnelles et financières ; celle permettant à l'entreprise d'interrompre son exécution ne respecte pas le principe de continuité du service public ; celle relative à la diffusion de la liste des contribuables méconnaît le principe du secret qui s'applique en matière fiscale.

En revanche, la communication de la liste des fournisseurs de la commune est légale. Cette liste est communicable de plein droit, sous réserve d'occulter les mentions pouvant porter atteinte au secret en matière industrielle et commerciale.

(2^{ème} trimestre 2010)

OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Notre droit positif comporte moins de restrictions à l'ouverture des marchés publics français que le droit communautaire, dont la portée est elle-même limitée. Les instruments juridiques existants sont insuffisants pour assurer la réciprocité de l'ouverture des marchés étrangers. Il convient donc d'adapter la législation, de préférence au niveau communautaire.

L'ouverture des marchés publics européens avait pour objectif, par le jeu de la réciprocité, de permettre aux pays européens d'accéder corrélativement aux marchés étrangers. Cependant, notre droit positif, proscrivant toute discrimination fondée sur la nationalité d'un candidat à un marché public, n'incite pas à la réciprocité : nos marchés sont déjà ouverts sans restriction. Nos partenaires commerciaux n'ont pas d'intérêt objectif à ouvrir leurs propres marchés publics. Les dispositions existantes, issues de la transposition de la directive 2004/17/CE, fixent des limites à l'ouverture prévues dans l'accord sur les marchés publics (AMP), en permettant de rejeter une offre en raison de sa composition en produits étrangers. Elles sont très difficilement utilisables : leur champ d'application est restreint et leur portée pratique très limitée.

Il est possible de mettre en place un dispositif national permettant aux acheteurs de rejeter sans examen les offres des opérateurs parties à l'AMP, lorsqu'ils n'ont pas la qualité de ressortissant communautaire et que leur offre n'est pas couverte par cet accord. L'architecture proposée par la DAJ, conforme au droit constitutionnel, ne prête pas le flanc aux accusations de protectionnisme. Un tel dispositif national comportant nécessairement des faiblesses, il serait préférable d'inciter l'Union européenne à adopter un dispositif semblable.

POUVOIRS ADJUDICATEURS

En tant que pouvoir adjudicateur, le groupement d'intérêt public (GIP) « Guichet Entreprises » est soumis aux règles de la commande publique et peut volontairement appliquer les dispositions du code des marchés publics. Les prestations réalisées au profit du GIP par l'un de ses membres doivent obéir à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Le groupement d'intérêt public « Guichet Entreprises » regroupe l'État, les têtes de réseau des centres de formalités des entreprises, le groupement d'intérêt économique « Infogreffe » et l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI). Il a pour mission de mettre à la disposition des entrepreneurs un système d'information leur permettant d'accéder à toutes les informations utiles et de faciliter leurs démarches administratives en ligne.

Personne publique soumise à un régime spécifique, il appartient à la catégorie des GIP constitués en vue de développer l'administration électronique. Doté de la personnalité juridique, il répond spécifiquement à des besoins d'intérêt général et son activité est majoritairement financée par des pouvoirs adjudicateurs. Il constitue donc un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 et sa convention constitutive peut prévoir l'application volontaire du code des marchés publics.

Ses membres peuvent mettre à sa disposition des applications informatiques, en tant qu'apports initiaux prévus dans la convention constitutive. Les prestations informatiques commandées ultérieurement par le GIP à l'un de ses membres devront respecter les règles de la commande publique, à l'exception des prestations d'évolution des applications informatiques pour lequel le GIP dispose seulement d'un droit d'usage et qui feront l'objet de convention spécifique pour la seule part des charges incombant au GIP. La présence d'une personne privée dépourvue de la qualité de pouvoir adjudicateur au sein du groupement fait obstacle à l'application du régime de la quasi-régie pour les contrats conclus à titre onéreux entre le GIP et l'un de ses membres.

(4^{ème} trimestre 2010)

SOCIÉTÉ « IN HOUSE »

Deux établissements publics peuvent créer un groupement d'intérêt économique (GIE), afin de gérer en commun une plateforme d'archivage électronique à valeur probante. Rien ne s'oppose à ce que ce GIE adhère lui-même à un autre GIE. Cependant ces deux entités ne seront pas unies par une relation de quasi-régie.

Deux établissements publics envisagent de créer un groupement d'intérêt économique (GIE) afin de gérer en commun une plateforme d'archivage électronique à valeur probante. Ce projet respecte les exigences du code de commerce (article L. 251-1 alinéa 3), l'activité de ces deux établissements publics étant économique et celle du GIE auxiliaire à celle de ses membres. Par ailleurs, les prestations qu'effectuera le GIE pour ses membres seront soumises au régime de la quasi-régie, dit « in-house ». En effet, les critères prévus à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, à savoir un pouvoir adjudicateur exerçant sur son cocontractant un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services, ainsi qu'un cocontractant qui réalise l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur, seront remplis en l'espèce.

Il est également envisagé l'adhésion de ce GIE à un autre GIE, pour mise en commun de leurs moyens. Cette adhésion du GIE à un autre GIE, qui comporte des personnes privées parmi ses membres, respecte le droit des sociétés, mais équivaut à la délivrance de prestations par le premier pour le compte du second. Dès lors, elle n'est possible que sous réserve d'une mise en concurrence du second GIE avec d'autres prestataires, l'ordonnance de 2005 étant applicable au premier GIE.

(2^{ème} trimestre 2010)

SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales est conforme à la jurisprudence communautaire en matière de quasi-régie et ne méconnaît pas les principes de liberté du commerce et de l'industrie, de séparation de l'ordonnateur et du comptable ou la notion d'*affectio societatis*.

La relation de quasi-régie liant la Société Publique Locale (SPL) aux collectivités territoriales qui en sont membres, est conforme à la jurisprudence *Teckal* de la CJUE du 18 novembre 1999. La loi prévoit en effet que la SPL est une société à capital entièrement public composée de collectivités territoriales ou de leurs groupements et exerce son activité exclusivement pour le compte des personnes publiques qui la composent. Néanmoins, cette présomption de quasi-régie posée par la loi pourrait être renversée si la pratique révélait que les critères jurisprudentiels ne sont pas remplis dans les faits.

Par ailleurs, la création d'une SPL ne méconnaît pas le principe de liberté du commerce et de l'industrie. La loi ne vise pas à entraver l'activité des entreprises privées mais dote les collectivités territoriales d'un nouvel outil juridique, qui tire sa justification du principe de base selon lequel toute personne publique est en droit de faire faire, par ses propres services, ce dont elle a besoin.

Enfin, la loi n'est pas contraire au principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable, ni à la notion d'*affectio societatis*, volonté commune de plusieurs personnes de s'associer.

(4^{ème} trimestre 2010)

COMMERCE

GARANTIE DES MÉTAUX PRÉCIEUX

L'activité relative au commerce des métaux précieux en Guyane ne présente pas de caractéristiques ou contraintes particulières justifiant une adaptation de la législation relative à la garantie des métaux précieux dans ce département d'outre-mer.

Aux termes de l'article 73 de la Constitution, le principe de l'identité législative s'applique dans les régions et départements d'outre-mer : les lois et règlements y sont donc applicables de plein droit. La Constitution autorise cependant des « adaptations ».

Dans la mesure où la Guyane ne présente pas des caractéristiques ou contraintes particulières relatives au commerce des métaux précieux, une adaptation, dans ce département, de la législation relative à la garantie des métaux précieux, n'est pas justifiée. La circonstance que certaines activités y soient, à certains égards, résiduelles ne suffit pas à caractériser une telle contrainte.

La Guyane étant, en ce domaine, dans une situation semblable à celle d'autres départements, un traitement différencié ne serait pas justifié au regard du principe constitutionnel d'égalité.

(2^{ème} trimestre 2010)

COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ

RECOUVREMENT DES IMPÔTS DES PARTICULIERS

Dans le cadre de la RGPP, plusieurs scénarios de rationalisation de la gestion des impôts ont fait l'objet d'une expertise technique. La suppression du paiement par chèque au guichet nécessite une disposition législative. La communication de coordonnées bancaires suppose l'accord exprès du contribuable. Subordonner le versement de crédits d'impôts à l'utilisation d'un RIB est possible mais nécessite de modifier les textes s'y référant.

A été examinée la suppression du paiement des impôts par chèque aux guichets des trésoreries. Les chèques constituent des instruments de paiement qui n'entrent pas dans la catégorie de la monnaie fiduciaire (billets et pièces) dotée d'un statut privilégié comme moyen de paiement. Les billets et les pièces ne peuvent, en principe, pas être refusés par les créanciers. Aucune disposition n'impose, en revanche, à un créancier d'accepter le chèque comme moyen de paiement.

Les modalités de recouvrement de l'impôt doivent être fixées par la loi, conformément à l'article 34 de la Constitution. Supprimer le paiement des impôts par chèque impose de recourir à la loi.

Le prélèvement automatique est une opération de paiement qui permet à une banque, avec l'accord du débiteur de payer un créancier. Il nécessite un double mandat. L'un donné au créancier pour l'autoriser à émettre des prélèvements sur le compte du débiteur ; l'autre donné à la banque pour l'autoriser à débiter le compte du montant des prélèvements présentés par le créancier.

La communication de coordonnées bancaires au service des impôts, au moyen d'un relevé d'identité bancaire, ne vaut donc pas autorisation de prélèvement automatique. Étendre les prélèvements automatiques exigera, par conséquent, l'accord exprès du contribuable.

Enfin, la rationalisation envisagée des versements de crédits d'impôts impose d'introduire dans les textes relatifs aux conditions d'octroi de ces crédits une nouvelle condition subordonnant leur octroi à la fourniture de relevés d'identité bancaire.

(1^{er} trimestre 2010)

RECOUVREMENT DE CRÉANCES PUBLIQUES

Les procédures de recouvrement des créances de l'État et des collectivités locales peuvent être en situation de concours, voire d'opposition. L'avis à tiers détenteur prévaut sur la procédure de cession ou de saisie des rémunérations. Les créanciers ayant notifié les autres oppositions concourent avec le créancier saisissant ou cessionnaire pour appréhender les fonds saisis.

L'avis à tiers détenteur, la saisie à tiers détenteur, l'opposition administrative et à tiers détenteur sont des procédures de recouvrement des créances de l'État et des collectivités locales au formalisme allégé. Elles emportent attribution immédiate auprès du tiers détenteur de fonds.

Dans l'hypothèse où ces différentes procédures se retrouvent en concours avec une saisie rémunération engagée antérieurement, le désintéressement des créanciers sera effectué de la manière suivante : le créancier ayant engagé l'avis à tiers détenteur sera désintéressé par priorité puisque la notification d'un avis à tiers détenteur suspend le cours de la saisie rémunération. Les créanciers à l'origine d'une opposition administrative, d'une opposition ou saisie à tiers détenteur notifiées postérieurement à la saisie rémunération pourront participer aux opérations de répartition des sommes saisies par la voie de la saisie rémunération dans le cadre de leur intervention, et en fonction des causes de préférence. Ils ne sont donc pas réglés par priorité au créancier ayant engagé une saisie rémunération.

Dans l'hypothèse de concours entre les différentes procédures préalablement évoquées et une cession des rémunérations, les règles précitées sont dans l'ensemble applicables. Dans ce cas, le créancier cessionnaire partage la fraction saisissable avec le comptable qui a notifié un avis à tiers détenteur.

(3^{ème} trimestre 2010)

CONSOMMATION

CONTREFAÇON

L'utilisation par des fabricants de tabac d'une marque ou d'une AOC protégée au titre des alcools ne constitue pas une contrefaçon. Les douanes ne peuvent se fonder sur une telle utilisation pour refuser l'homologation des prix du tabac.

Des fabricants de tabac ont utilisé une marque protégée, comme « Champagne » ou « Cognac ». Cette utilisation ne constitue pas une contrefaçon, car il s'agit de produits différents. Cette utilisation ne risque pas d'entraîner « *une confusion dans l'esprit du public* ». Par ailleurs, l'utilisation d'une appellation d'origine contrôlée (AOC) n'est répréhensible que sur le seul fondement de la responsabilité civile en cas d'agissements parasitaires. Au demeurant, seuls les titulaires de droits sur les marques et AOC sont habilités à intervenir pour faire valoir leurs droits sur ces signes.

En conséquence, l'usage de signes distinctifs sur les tabacs ne peut fonder un refus d'homologation de leur prix de vente au détail par les douanes.

(1^{er} trimestre 2010)

SANCTION

Les codes des postes et des communications électroniques (CPCE) et de la consommation se complètent en matière de communications électroniques. L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) peut prononcer les sanctions prévues à l'article L. 36-11 du CPCE, en cas de violation des obligations posées à l'article L. 121-83 du code de la consommation.

L'article L. 36-11 du CPCE organise le pouvoir de sanction de l'ARCEP. L'Autorité peut, notamment, sanctionner la violation des « dispositions du [CPCE] et des textes et décisions pris pour son application ». L'article D. 98-12 II du même code impose aux opérateurs de délivrer aux utilisateurs de leur prestation les contrats conclus avec eux, tout en renvoyant à l'article L. 121-83 du code de la consommation qui fixe les règles à respecter en matière de contrats de services de communications électroniques. L'article D. 98-12 prévoit concomitamment que l'ARCEP peut, à sa demande, recevoir communication des conditions contractuelles afin de vérifier leur conformité aux dispositions de l'article L. 121-83 du code de la consommation.

En cas de violation des prescriptions de l'article L. 121-83 du code de la consommation, l'ARCEP est en mesure de mettre en œuvre le pouvoir de sanction qui lui est reconnu à l'article L. 36-11 du CPCE. En effet, l'art. L. 121-83 du code de la consommation fait partie des textes « pris pour application du CPCE » visés par l'art. L. 36-11 de ce code.

(2^{ème} trimestre 2010)

CONTRATS

REQUALIFICATION DU CONTRAT

Les futurs contrats conclus entre les cliniques privées et les médecins libéraux pour assurer la permanence des soins ne présentent pas de critères suffisants pour présumer d'une relation salariale. Pour éviter le risque de requalification en contrat de travail, les conditions d'exécution du travail ne doivent pas être déterminées unilatéralement par les cliniques. Une loi qui affirmerait expressément que ces professionnels n'ont pas la qualité de salariés n'est pas suffisante pour écarter toute requalification judiciaire.

La disparition des Unions régionales des caisses d'assurance maladie et l'apparition des agences régionales de santé ne permettent plus la conclusion de contrats des pratiques professionnelles depuis le 1^{er} avril 2010. Des nouveaux contrats liant directement les établissements de santé privés et les médecins libéraux dans le cadre de la permanence des soins doivent donc être élaborés. Une intervention législative pour prévenir le risque de requalification de ces futurs contrats en contrats de travail nécessiterait d'affirmer que les médecins exerçant dans une clinique n'ont pas la qualité de salariés. Une disposition législative se bornant à indiquer que ces professionnels continuent à exercer une profession libérale dans le cadre d'une permanence de soins serait insuffisante. En effet, la jurisprudence admet le cumul d'un contrat de travail avec l'exercice d'une profession libérale indépendante. Pour autant, en l'absence de toute modification législative, ces contrats ne devraient pas, a priori, être requalifiés en contrats de travail. Effectivement, ils ne présentent pas de critères suffisants pour présumer d'une relation salariale. Pour que celle-ci ne soit pas établie, il convient de s'assurer que l'établissement n'exerce pas de pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. La rémunération au temps, fixe et déterminée, et le travail au sein d'un service organisé constituent des indices de salariat. Mais le fait que les établissements de santé privés ne soient pas les seuls à définir les conditions d'exercice de la permanence permettrait d'écarter la requalification.

(3^{ème} trimestre 2010)

DOMAINE PUBLIC

CONVENTION DE CONCESSION

En l'absence de dispositions expresses dans les lois relatives au transfert de propriété et de gestion des biens civils de l'État, la propriété de l'aéroport de Tahiti-Faa'a demeure à l'État. L'acte qui confierait à un tiers l'exploitation de cet aéroport devrait être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Après plusieurs décennies de concession sans changement, le choix d'un nouveau concessionnaire pour l'exploitation de l'aéroport de Tahiti-Faa'a s'est porté, sans mise en concurrence, sur une filiale de la Caisse des dépôts et consignations.

La propriété de l'État sur l'aéroport doit faire l'objet d'une clarification, la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française ne permettant pas de déterminer avec certitude les contours des compétences transférées à la Polynésie en matière aéroportuaire. Les dispositions législatives relatives au transfert de propriété et de gestion des aérodromes civils de l'État ne semblent pas applicables en Polynésie française. La propriété de cet aéroport semble donc être demeurée à l'État.

Le projet de convention de concession présente les caractéristiques d'une concession d'outillage public, laquelle constitue, matériellement, une délégation de service public (DSP). Si l'ordonnance du 11 février 2010 a pour effet de rendre applicable les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 aux DSP passées par l'État en Polynésie française, elle n'est pas encore entrée en vigueur. Le code de l'aviation civile prévoit que les concessions en cause sont accordées par arrêté interministériel. Cela ne suffit pas à garantir la légalité de la dévolution de gré à gré de la concession dès lors que, selon le Conseil constitutionnel, les principes généraux du droit de la commande publique découlent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable doit être mise en œuvre.

(1^{er} trimestre 2010)

MANDAT D'ENTREMISE

Pour l'assister dans ses ventes immobilières, France Domaine peut contracter simultanément avec plusieurs agents immobiliers des mandats d'entremise non exclusifs. Ces mandataires doivent être sélectionnés à l'issue d'une procédure de mise en concurrence conforme aux règles de la commande publique.

France Domaine (FD) souhaite avoir recours à l'aide d'agents immobiliers, par des mandats de commercialisation, pour mener à bien un programme de cessions de biens immobiliers de l'État. Ce contrat de commercialisation sera contraint par deux types d'obligations. Il devra être un mandat sans représentation, dit d'entremise, afin que le mandataire ne puisse pas procéder à la cession en lieu et place de FD qui dispose d'un monopole à cet égard. Le mandat devra en outre être attribué selon les règles de passation des marchés publics. Les mandataires devront être sélectionnés à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Par ailleurs, si FD peut attribuer plusieurs mandats d'entremise non exclusifs pour la cession d'un même bien immobilier, il peut également passer un marché pour la vente de plusieurs biens immobiliers en les regroupant par lots homogènes. Enfin, la détermination du prix du marché, qui consiste en la rémunération du mandataire, peut inclure une clause d'incitation à une vente rapide.

(4^{ème} trimestre 2010)

TRANSMISSION D'UN PATRIMOINE

Une personne publique peut acquérir tout ou partie du patrimoine d'une personne privée. Cette acquisition emporte des effets de droits sur les éventuelles créances ou dettes transférées à cette occasion.

Lorsqu'une structure publique absorbe le patrimoine d'une structure privée, les éléments d'actifs et les éléments de passif lui sont transmis : on parle alors de transmission universelle du patrimoine. La personne publique succède alors à la personne absorbée dans ses droits et obligations : elle devient son ayant cause universel. Dans le cas de la vente, celle-ci opère transmission à titre particulier : l'ayant cause à titre particulier ne succède pas au vendeur, et, il reste en principe tierce partie aux contrats qui ont pu être passés sur la chose vendue. Toutefois, l'article 1615 du Code civil étend les prérogatives de l'ayant cause à titre particulier en disposant que : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ».

En ce qui concerne les effets sur les modalités de recouvrement des créances et des dettes transmises. Les créances acquises par la structure publique pourront être recouvrées par le biais de titres exécutoires. Le mécanisme du titre exécutoire est lié à la seule qualité de la personne publique et s'applique donc pour le recouvrement de l'ensemble de ses créances, qu'elles soient d'origine publique ou privée. L'administration bénéficie du privilège du préalable, qui lui permet de prendre des décisions exécutoires sans avoir recours à une décision de justice. S'agissant de la reprise des dettes par une structure publique, les voies d'exécution de droit commun ne pourront pas être exercées à son encontre. Les biens des personnes publiques sont en principe insaisissables. Les voies d'exécution prévues par la loi du 9 juillet 1991 ne peuvent donc être mise en œuvre à l'encontre des personnes publiques, puisque leur immunité d'exécution rend toutes mesures conservatoires ou saisies sur leur patrimoine impossible.

(1^{er} trimestre 2010)

DROIT DU TRAVAIL

CONTRAT DE TRAVAIL

Les EPIC, peuvent recourir aux ruptures conventionnelles de contrat de travail. De telles conventions doivent être homologuées par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi et ne sont pas soumises au visa du contrôleur général et financier.

Les établissements publics industriels et commerciaux ont qualité pour négocier des ruptures conventionnelles. Elles doivent être homologuées par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). Ces ruptures conventionnelles peuvent être assorties d'une dispense d'activité. La loi et le statut du personnel ne prévoient pas de plafond maximum à l'indemnité versée.

(4^{ème} trimestre 2010)

DROIT EUROPÉEN

CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DU TRAITÉ DE LISBONNE

Le traité de Lisbonne introduit des changements substantiels dans la procédure de négociation des textes, ainsi que dans la procédure contentieuse. Ces modifications impactent les méthodes de travail des ministères de l'économie et du budget qui doivent repenser leurs stratégies d'influence et faire preuve d'une vigilance accrue face au risque contentieux.

La nouvelle procédure de négociation des textes introduite par le traité de Lisbonne renforce le rôle de plusieurs institutions. L'article 294 TFUE, qui consacre la procédure de codécision en tant que « *procédure législative ordinaire* », met le Parlement européen, en tant que co-législateur, sur un pied d'égalité avec le Conseil. Désormais, tout texte présenté par la Commission, lui est transmis pour « *adoption d'une position en première lecture* ». Le renforcement des échanges entre les ministères financiers et cette institution pourra s'envisager via la Mission Parlement européen de Bercy ou par un rapprochement avec nos représentants à Bruxelles. L'article 12 TFUE confie de nouveaux pouvoirs aux parlements nationaux (droit d'information renforcé, pouvoir de contrôle de la répartition des compétences et pouvoir d'opposition). Ces nouvelles prérogatives figurent aux articles 88-6 et 88-7 de la Constitution telle que modifiée par la loi constitutionnelle n°2008-104 du 4 février 2008. Enfin, le traité de Lisbonne, distinguant actes d'exécution (article 291 TFUE) et actes délégués (article 290 TFUE), prévoit une large participation des experts nationaux à l'élaboration de ces actes.

La nouvelle procédure contentieuse fait peser sur les services une obligation de vigilance accrue. La procédure de manquement sur manquement (article 260 TFUE) est, avec la suppression de la phase d'avis motivé, abrégée, obligeant ainsi les États membres à se mettre en conformité avec le droit communautaire plus rapidement pour éviter les sanctions pécuniaires. De plus, l'article 260 § 3 TFUE prévoit désormais la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires, pour défaut de communication des mesures de transposition, dès la première procédure en manquement.

(1^{er} trimestre 2010)

APPELLATION D'ORIGINE

Une information sur l'origine des produits et services peut être demandée par l'acheteur public, mais ne peut pas constituer un critère de sélection des candidats sans méconnaître le principe de non-discrimination. Cette mention peut être rendue obligatoire pour des raisons de sécurité sanitaire ou pour respecter les exigences douanières. Elle peut être mentionnée volontairement, à condition d'être exacte, et ne peut être présentée comme une qualité en elle-même.

Un acheteur public peut demander à un candidat des informations relatives à l'origine de ses produits ou services, mais il ne peut en faire un critère de sélection de l'attributaire, sans méconnaître le principe de non-discrimination entre les produits nationaux et les produits d'un autre État membre de l'Union européenne. La mention du pays d'origine d'un produit peut, néanmoins, être rendue obligatoire pour des raisons de sécurité sanitaire ou pour respecter les exigences douanières.

La mention volontaire de l'origine française sur un produit est possible à condition d'être exacte, mais ne peut être présentée comme une qualité, sans être contraire à l'article 34 du TFUE (interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et des mesures d'effet équivalent entre les EM). Lorsque cette mention est combinée avec une appellation d'origine ou indication géographique protégée (AOP ou IGP), elle ne doit pas induire le consommateur en erreur sur la provenance, l'origine, la nature ou les qualités substantielles du produit, conformément à l'article 13 c) du règlement 510/2006 du Conseil européen du 20 mars 2006. Plus généralement, cette mention doit respecter le code de la consommation qui interdit les pratiques trompeuses (articles L. 121-1 et L. 121-1-1 notamment).

(4^{ème} trimestre 2010)

SANTÉ PUBLIQUE

Les règles européennes et nationales protégeant le consommateur des allégations trompeuses s'appliquent même si la liste communautaire d'allégations de santé autorisées n'a pas encore été adoptée. Les pratiques trompeuses en matière d'allégations de santé peuvent être contrôlées par la DGCCRF.

Les allégations de santé sur les denrées alimentaires ne peuvent être utilisées que dans le cadre du règlement (CE) n°1924/2006, qui prévoit un régime d'autorisation par la Commission européenne et en particulier l'établissement d'une liste d'allégations autorisées.

Celle-ci n'a toutefois pas encore été adoptée. En son absence, les règles européennes et nationales visant à protéger le consommateur des allégations trompeuses s'appliquent en tout état de cause et les pratiques trompeuses en matière d'allégations de santé peuvent être contrôlées par la DGCCRF.

Par ailleurs, en l'absence de liste des allégations autorisées, les seuls avis de l'autorité européenne de sécurité des aliments (AESA) démontrant l'absence de justification scientifique d'une allégation de santé ne permettent pas d'interdire automatiquement son utilisation. Ces avis sont consultatifs et seules les allégations ayant fait l'objet d'une décision négative de la Commission dans le cadre de la procédure de comitologie prévue par le règlement sont automatiquement interdites. Le seul avis négatif de l'AESA n'est pas non plus de nature à priver les allégations de santé de la période transitoire prévue par le règlement pour se mettre en conformité avec la décision de la Commission.

(4^{ème} trimestre 2010)

DROIT FINANCIER

CAISSES DE CRÉDIT MUNICIPAL

Les caisses de crédit municipal, établissements publics administratifs, peuvent effectuer des transferts financiers vers leur commune de rattachement. La commune de rattachement n'est pas tenue à l'apport d'un soutien régulier à la caisse, mais la responsabilité de la première pourrait être engagée en cas de faute lourde de sa part.

Les Caisses de crédit municipal (CCM), établissements publics locaux à caractère administratif, sont issues des Monts de piété créés par la loi du 24 juin 1851. Originellement chargées de combattre l'usure par des prêts sur gage, elles peuvent, depuis une loi du 13 juillet 1987, réaliser des opérations de crédit.

Le code monétaire et financier n'interdit pas aux Caisses de crédit municipal de transférer des éléments de leur dotation à leur commune de rattachement (articles L 514-1, L 514-4 et R 514-34 du code susvisé). Le terme dotation est ici entendu au sens de l'article R 514-34 du code monétaire et financier : la dotation vise les biens, subventions et excédents annuels cumulés. Un tel transfert au bénéfice des communes ne peut cependant être effectué que pour les éléments de la dotation non affectés à l'activité de prêt sur gage, et dans les conditions du droit applicable aux établissements publics locaux.

(3^{ème} trimestre 2010)

ÉNERGIE

QUOTAS DE GAZ À EFFET DE SERRE

Les opérateurs nationaux désirant réduire leurs émissions de gaz à effet de serre (GES) sur le territoire national peuvent participer à des « projets domestiques ». Les réductions effectuées dans ce cadre peuvent donner droit à des unités de réduction d'émissions (URE) de GES. Néanmoins, si l'agrément de ces projets par l'administration n'est pas nécessaire pour réaliser des investissements favorisant les réductions, l'octroi d'URE ne saurait être consenti pour des réductions effectuées antérieurement à sa délivrance.

L'arrêté du 2 mars 2007, pris pour l'application des articles 3 et 5 du décret du 29 mai 2006 relatif à l'agrément des activités de projet relevant des articles 6 et 12 du protocole de Kyoto, ne permet pas la délivrance d'URE pour des réductions d'émission de GES réalisées antérieurement à l'obtention de l'agrément autorisant la participation à ces activités. Une telle délivrance méconnaîtrait le principe général de non rétroactivité des actes administratifs, lorsque ce dernier n'est pas écarté par la loi. Au demeurant, une activité de réduction menée avant l'approbation de l'État ne saurait être qualifiée d'activité de projet.

L'agrément des projets ne conditionne pas le droit de réaliser des investissements ayant pour objectif de permettre les réductions d'émission de GES. Les opérateurs nationaux ont donc pu, en conformité avec le droit de l'urbanisme et de la construction, engager des investissements en vue de réduire leurs émissions de GES ou avoir déjà procédé à de telles réductions avant le dépôt des demandes d'agrément de leurs projets.

S'il leur est impossible de bénéficier d'URE pour les activités de réduction d'émission de GES effectuées avant d'avoir obtenu cet agrément, des URE peuvent, cependant, leur être attribuées pour des réductions postérieures à l'octroi de celui-ci.

(2^{ème} trimestre 2010)

FONCTION PUBLIQUE

AGENTS CONTRACTUELS

L'administration ne peut résilier le contrat d'un agent contractuel régulièrement signé pour des raisons exclusivement budgétaires. La rédaction d'un avenant pour réduire la durée d'engagement nécessite l'accord des deux parties.

L'article 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État autorise le recours à des agents contractuels pour pallier des besoins occasionnels ou saisonniers. Pour des raisons financières, les services déconcentrés d'une direction envisagent de rompre les contrats de certains agents avant même leur date de prise de fonction. La procédure de rupture prévue par les articles 45 et suivants du décret n° 86-83 doit cependant être respectée. Que le licenciement intervienne avant le début de l'exécution du contrat, au cours ou à l'expiration de la période d'essai ou avant la fin du contrat, il doit toujours être motivé et notifié à l'intéressé. Si les nécessités du service peuvent conduire à un licenciement, le juge considère que des considérations exclusivement financières ou budgétaires ne suffisent pas à motiver une rupture du contrat. Une décision de licenciement fondée

sur ce seul motif risque d'être annulée en cas de recours devant le juge et peut entraîner l'octroi d'indemnités réparant l'intégralité du préjudice subi. Une solution alternative et juridiquement sûre consiste à rédiger un avenant aux contrats déjà signés afin de réduire la durée d'engagement des agents non titulaires et de limiter ainsi les dépenses relatives à leur rémunération. Pour autant, selon un principe général du droit bien établi, toute modification des termes du contrat de travail recueille préalablement l'accord de l'employeur et du salarié.

(3^{ème} trimestre 2010)

CUMUL/DEONTOLOGIE

L'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 ne permet pas à un fonctionnaire en position d'activité de cumuler ses fonctions avec celle d'administrateur au sein d'une entreprise privée

Un fonctionnaire a été affecté à son retour de détachement dans un service de l'État. Il exerce, en parallèle, des fonctions au sein du conseil d'administration d'une entreprise privée. Or, l'article 25-I-1° de la loi du 13 juillet 1983 interdit aux fonctionnaires de participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées par l'article 261-7-1°-b du code général des impôts (sociétés gérées à titre bénévoles ou dont la gestion est désintéressée). La participation aux organes de dirigeants d'une société ne figure pas non plus au nombre des activités que le fonctionnaire est susceptible d'être autorisé à exercer en application de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 et des articles 2 et 3 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires. En conséquence, une fois revenue dans son administration d'origine à la fin de son détachement, l'intéressé ne peut légalement continuer à cumuler ses fonctions avec celle de son mandat au sein de la société. Il doit donc renoncer à son mandat d'administrateur sous peine de se voir appliquer l'article 25-V de la loi de 1983 en vue du remboursement des salaires indûment perçus.

(2^{ème} trimestre 2010)

Un fonctionnaire ne peut poursuivre à titre accessoire les activités privées qu'il exerçait dans le cadre d'une mise en disponibilité qu'à la condition qu'elles demeurent compatibles avec ses fonctions administratives.

Un fonctionnaire, placé en disponibilité pour convenances personnelles, souhaite être réintégré dans un service de l'État. Il sollicite une autorisation de l'administration pour pouvoir cumuler ses nouvelles fonctions avec les activités de conseil qu'il exerçait dans la société privée dont il est, par ailleurs, le gérant. L'administration doit vérifier que sa situation est conforme aux dispositions de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Or, l'article 25-I-1° de la loi de 1983 interdit aux fonctionnaires de participer aux organes de direction de sociétés à but lucratif, ce qui exclut donc la possibilité pour l'intéressé de conserver ses fonctions de gérant une fois réintégré dans la fonction publique. En outre, les activités privées de conseils que l'intéressé souhaite pouvoir poursuivre ne doivent pas être incompatibles avec les missions du service dans lequel il exerce. En l'espèce, certaines des activités privées exercées par l'intéressé ne semblent pas écarter un tel risque.

(3^{ème} trimestre 2010)

DÉCONCENTRATION

Les Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE) sont des services déconcentrés communs au ministère chargé de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministère chargé du travail et des relations sociales. Les délégations accordées par les ministres à leurs directeurs passent nécessairement par l'intermédiaire du préfet de région, sous l'autorité duquel elles sont placées. Par ailleurs, le DGCCRF n'est pas habilité à prononcer la mise à disposition d'agents des DIRECCTE auprès de l'Autorité de la Concurrence (ALC) pour réaliser les enquêtes nécessaires à l'application du livre IV du code de commerce.

Le décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 a institué les DIRECCTE, services déconcentrés rattachés aux ministres chargés de l'économie et du travail. Si les ministres concernés peuvent déléguer une partie de leur compétence ou leur signature aux directeurs de ces nouveaux services déconcentrés, le DGCCRF ne dispose pas du pouvoir hiérarchique sur ces derniers.

Le DGCCRF dispose dès sa nomination, en application du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005, d'une délégation de signature automatique du ministre chargé de l'économie qu'il peut subdéléguer à ses subordonnés dans les conditions fixées à l'article 3 du décret, mais ce texte ne s'applique pas aux délégations de signature consenties aux responsables des services déconcentrés de l'État.

En outre, les DIRECCTE sont placées sous l'autorité des préfets de région (article 1^{er} du décret du 10 novembre 2009). Ceux-ci dirigent, sous l'autorité des ministres, les services déconcentrés des administrations civiles de l'État (dernier alinéa de l'article 1^{er} du décret n° 2004-374 modifié du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements). Il en résulte que les délégations de compétence ou de signature des ministres aux directeurs des DIRECCTE doivent en principe passer par le préfet de région, seul habilité à représenter les ministres dans la mise en œuvre des actions des DIRECCTE.

Enfin, le DGCCRF n'est pas l'autorité compétente pour prononcer, conformément à l'article L. 450-6 du code de commerce, la mise à disposition de l'Autorité de la Concurrence d'agents des DIRECCTE pour réaliser certaines opérations nécessaires aux enquêtes visant à rechercher et à constater les infractions au livre IV de ce code. La mise à disposition relève de la compétence du chef du pôle concurrence, consommation et répression des fraudes mentionnées à l'article 5 du décret du 10 novembre 2009.

PROTECTION FONCTIONNELLE

Les juges consulaires ne paraissent pas pouvoir bénéficier de la protection fonctionnelle reconnue aux magistrats professionnels ou aux agents publics. Ils peuvent, toutefois, obtenir réparation d'un préjudice lié à l'exercice de leur fonction juridictionnelle sur le fondement de la théorie des collaborateurs occasionnels du service public.

Le statut des magistrats consulaires est fixé par les textes régissant le tribunal de commerce. Ce sont des commerçants, élus par leurs pairs pour une durée déterminée et exerçant leur fonction juridictionnelle à titre gratuit, sans aucun avancement et dans le respect de règles spécifiques concernant la discipline. Or, en l'état du droit, ces caractéristiques particulières excluent qu'il puisse leur être fait application, tant de la protection fonctionnelle reconnue aux magistrats professionnels sur le fondement de l'article 11 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, que de celle prévue pour les fonctionnaires et les agents publics non titulaires par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

En revanche, les juges consulaires paraissent remplir les conditions exigées par jurisprudence pour être considérés comme des collaborateurs occasionnels du service public de la justice : participation à un service public, à titre bénévole, se traduisant par une collaboration effective, organisée par une autorité publique. Ils peuvent, dès lors, obtenir la réparation des préjudices subis du fait de leur fonction juridictionnelle sur la base du régime de la responsabilité sans faute de l'État. L'indemnisation ainsi permise trouverait donc à s'appliquer dans des hypothèses et pour des chefs de préjudices similaires à ceux permis par le droit à la protection fonctionnelle.

(4^{ème} trimestre 2010)

OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

La signature d'un engagement de confidentialité et d'absence de conflit d'intérêts, de la part des représentants d'un État membre, ne semble pas être une exigence du droit de l'Union européenne. Le statut applicable aux agents publics français, qui apporte ces garanties, ne rend pas cette signature nécessaire.

Dans le cadre de la sélection de la future plateforme d'enchères de quotas de CO₂, la Commission européenne envisage de faire signer aux représentants des États membres, qui seront conjointement pouvoir adjudicateur au sein d'une procédure d'appel d'offres, un engagement de confidentialité et d'absence de conflit d'intérêts.

Or, les dispositions communautaires relatives à la passation des marchés publics prévoient l'obligation de ne pas divulguer des informations confidentielles sans qu'aucune règle n'exige que le pouvoir adjudicateur s'engage à respecter ce principe en signant un document particulier.

En outre, les obligations qui pèsent sur l'ensemble des agents publics (obligation de réserve, obligation de discrétion professionnelle, obligation de respect du secret professionnel, interdiction de cumul d'emploi et soumission à des obligations déontologiques) sont suffisantes pour assurer la confidentialité des informations dont le représentant de la France aurait à connaître dans le cadre de cette procédure.

Ainsi, l'obligation de signer un engagement de confidentialité et d'absence de conflit d'intérêts ne repose, en droit de l'Union européenne, sur aucun fondement juridique et il n'apparaît donc pas nécessaire pour les représentants de l'État de signer cet engagement.

(4^{ème} trimestre 2010)

SAISINE DE LA COUR DE DISCIPLINE BUDGÉTAIRE ET FINANCIÈRE

La liste des personnes habilitées à saisir la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est limitative. Une saisine par une autorité déléguée serait irrecevable. Le ministre chargé du budget a plénitude de compétence pour saisir la CDBF en tant que ministre chargé des finances au sens du code des juridictions financières. En revanche, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie n'est pas compétent pour saisir la CDBF de faits commis par un membre d'une chambre de commerce et d'industrie.

Le ministre chargé des finances a plénitude de compétence pour saisir la CDBF, en vertu de l'article L.314-1 du code des juridictions financières. C'est le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État qui seul doit être entendu comme ministre chargé des finances au sens de ce code. Il est donc compétent pour saisir la CDBF des faits reprochés à un membre d'une chambre de commerce et d'industrie (CCI). Mais il ne peut déléguer sa signature pour saisir la Cour, même à un directeur d'administration centrale qui bénéficie pourtant d'une délégation générale de signature en application du décret du 27 juillet 2005. En effet, le Conseil d'État (CE, Ass. 30 juin 1961, Mazer) juge que la liste des personnes habilitées à saisir la CDBF est limitative.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ne peut saisir la Cour que des faits concernant les agents placés sous son autorité. Les membres d'une CCI n'étant pas placés sous l'autorité hiérarchique d'un ministre, la circonstance que ce ministre exerce la tutelle administrative sur ces chambres consulaires ne suffit pas à lui donner compétence pour saisir la Cour.

(4^{ème} trimestre 2010)

FONDS DE DOTATION

CARACTÈRE NON CONSOMPTIBLE

La dépréciation des placements financiers de la dotation n'a pas d'incidence sur son caractère non consommable. La mise en réserve et la consommation ultérieure du reliquat des revenus de la dotation est possible et sans incidence sur le régime fiscal du fonds de dotation.

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose une obligation annuelle de maintien en valeur de la dotation. La seule contrainte consiste en l'obligation faite à un fonds à dotation non consommable, tel celui du Louvre, de ne pas consommer sa dotation. Une telle consommation, si l'option de consommabilité n'a pas été choisie, constituerait un dysfonctionnement grave au sens du décret n°2009-158 du 11 février 2009.

Par ailleurs, il n'existe aucune obligation légale pour ces structures de « capitaliser » les revenus de la dotation non utilisés au titre d'une année donnée, mais seulement une obligation de ne pas consommer la dotation, en tant que telle.

Le reliquat des revenus de la dotation, mis en réserve, peut donc être consommé ultérieurement, sans incidence sur le régime fiscal du fonds de dotation.

(2^{ème} trimestre 2010)

INTERNATIONAL

AMICUS CURIAE

La France a déposé un mémoire d'amicus curiae devant la Cour suprême des Etats-Unis, qui examinait l'affaire Morrison. La Cour suprême, dans sa décision du 24 juin 2010, a écarté toute compétence extraterritoriale du juge américain en matière de litiges boursiers.

L'enjeu de l'affaire Morrison consistait à déterminer l'étendue de la compétence extraterritoriale du juge américain dans les litiges boursiers. La France, dans son mémoire d'amicus curiae, demandait à la cour suprême américaine d'adopter une règle d'incompétence absolue des juridictions américaines à l'égard des « foreign cubed securities class action ». En effet, la reconnaissance d'une telle compétence permettrait aux actionnaires français de contourner la législation nationale en recourant, devant le juge américain, à la procédure de « class action ».

La Cour suprême, dans sa décision du 24 juin 2010, rappelle que les lois américaines ne peuvent avoir une portée extraterritoriale que lorsqu'elles le prévoient expressément. En l'absence d'une telle mention, le Securities Exchange Act de 1934, invoqué dans l'affaire Morrison, n'est pas d'application extraterritoriale. La Cour précise en particulier que l'article 10 b) de la loi ne s'applique qu'aux transactions de titres cotés sur un marché américain ou aux transactions conclues aux États-Unis de titres non cotés sur un marché américain.

Cette décision intervient alors qu'un projet de loi prévoyant la compétence extraterritoriale des juridictions américaines, pour les actions engagées par la SEC (*Securities and Exchange Commission*) et le DOJ (*Department of Justice*), est actuellement en débat devant le législateur américain. La dernière version du projet semble exclure les « foreign cubed securities class action ». Toutefois, il est possible que le texte soit amendé pour contrer la décision de la Cour suprême, et inclure les « foreign cubed » dans le champ de la loi.

(3^{ème} trimestre 2010)

GEL D'AVOIRS

Refuser de dégeler les fonds et avoirs financiers d'une personne, dont l'ensemble des ressources est gelé en application d'une résolution des Nations Unies mise en œuvre par un règlement communautaire, est susceptible de porter atteinte à ses droits fondamentaux. Cette décision de refus ne saurait toutefois être qualifiée d'acte de gouvernement et est donc susceptible de recours devant le juge administratif.

Le règlement 1183/2005 du 18 juillet 2005, qui liste les personnes physiques, morales et entités faisant l'objet d'une mesure de gel, prévoit en son article 3, les conditions et modalités à suivre par les États membres pour autoriser un dégel des fonds. Si la décision de dégel est soumise à l'approbation du comité des sanctions des Nations Unies, celle de refuser le dégel est discrétionnaire.

Cette décision de refus de dégeler les fonds, en plaçant la personne concernée dans une situation de privation totale de ressource, est, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte disproportionnée au droit de propriété. En outre, au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour, cette situation pourrait, même si cela n'a jamais été retenue, être qualifiée de traitement inhumain et dégradant.

La personne peut contester cette décision de refus devant le juge administratif. Le règlement 1183/2005 laisse aux États membres une importante marge de manœuvre dans la prise de décision de prolonger ou non le gel des fonds d'une personne. Cette décision n'est donc pas une simple application de la norme internationale qui la prévoit, elle est en cela détachable de la conduite des relations internationales de la France. Le juge administratif est donc compétent pour la connaître.

(1^{er} trimestre 2010)

Seule la loi peut prévoir que les arrêtés de gel des avoirs ne seront publiés que par extrait.

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les décisions de gel des avoirs financiers prises sur le fondement des articles L.562-1 et suivants du code monétaire et financier font l'objet d'un arrêté du ministre chargé de l'économie, publié au Journal officiel. Dévoilant la qualité et le nom du fonctionnaire ayant signé l'arrêté par délégation du ministre, cette publication présente des risques pour la sécurité des agents.

La loi du 12 avril 2000 (« DCRA ») a prévu une exception à la transparence administrative permettant de conserver l'anonymat des fonctionnaires, lorsque leur sécurité peut être menacée. Cette disposition concerne seulement les agents chargés d'instruire une demande ou de traiter une affaire et n'est donc pas applicable à l'auteur d'une décision administrative.

Les publications non intégrales des décisions sont possibles à condition qu'elles éclairent les intéressés sur le contenu de l'acte administratif et sur les conditions de régularité de son édicition. Or l'absence de reproduction de la signature et de l'identité de l'auteur empêche le contrôle de légalité : le délai de recours contentieux ne peut dès lors être opposé au requérant qui soulève l'incompétence de l'auteur de l'acte. La publication au Journal officiel par extrait peut cependant être autorisée, à la condition qu'un texte le prévoie. En l'espèce, la possibilité de publier par extrait des arrêtés de gel devra être créée par un texte législatif puisque c'est l'article L.562-6 du code monétaire et financier qui impose la publication de ces arrêtés au Journal officiel.

(4^{ème} trimestre 2010)

INDEMNISATION

L'adoption le 30 avril dernier, par 70 États, du Protocole à la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (dite « convention HNS », « Hazardous and Noxious Substances ») ouvre la voie à une ratification plus large de la convention HNS. Le mécanisme international d'indemnisation des dommages mis en place s'inspire de celui prévu par l'indemnisation des dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL).

La signature de ce protocole permet de résoudre un certain nombre d'obstacles qui s'opposaient à l'entrée en vigueur de la convention HNS, adoptée en 1996, et dont il constitue un instrument distinct. Plusieurs difficultés de fond ont, en effet, empêché nombre d'États de ratifier la convention, notamment l'absence de sanctions en cas de violation par les États de leur obligation de dépôt des rapports sur les cargaisons, ou l'impossibilité de mettre en place un système de contribution au fonds HNS pour les marchandises dangereuses transportées en colis.

La France, qui a activement contribué à l'élaboration de ce protocole, se réjouit de son adoption, qui devrait permettre une entrée en vigueur rapide de la convention HNS et la mise en place, sur le modèle de la convention FIPOL (Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures), d'une indemnisation à deux niveaux pour les dommages causés par le transport par mer des substances concernées.

Les dommages causés par le transport de ces substances seront indemnisés par les armateurs jusqu'à un plafond de 100 millions de droits de tirages spéciaux (soit environ 116 millions d'euros) ; au-delà, ces dommages seront pris en charge par le Fonds HNS, institué par la convention et financé par les réceptionnaires, jusqu'à un plafond de 250 millions de droits de tirages spéciaux (soit environ 292 millions d'euros).

Même si la France n'a pu obtenir gain de cause sur tous les plans (pas d'allègement de la procédure d'amendement tacite des plafonds d'indemnisation) elle a obtenu une augmentation (de 15%) des limites de responsabilité des propriétaires en cas de transports de marchandises par colis et conteneurs.

Le protocole entrera en vigueur au plus tôt en 2012.

(2^{ème} trimestre 2010)

UTILISATION DE LA LANGUE FRANÇAISE

Le principe constitutionnel selon lequel « la langue de la République est le français » ne s'oppose pas à ce qu'une loi y déroge dans les relations de droit privé. Une loi peut donc prévoir que la documentation financière accompagnant l'émission de titres de créances négociables sera rédigée dans une « langue usuelle en matière financière » sans résumé en français.

Les émetteurs de titres de créances négociables (TCN) doivent établir une documentation financière qui porte sur leur activité, leur situation économique et financière ainsi que sur le programme d'émission. L'article L. 213-4 du code monétaire et financier prévoit que cette documentation est rédigée en français, mais donne la possibilité aux émetteurs, dans les cas et conditions fixés par décret, de la rédiger dans une langue usuelle en matière financière autre que le français. Pour accroître l'attractivité du marché des TCN, un groupe de travail animé par la Banque de France propose de permettre à tous les émetteurs de TCN de rédiger la documentation financière en français ou dans une langue usuelle en matière financière.

L'article 2 de la Constitution dispose que « la langue de la République est le français ». Cependant, le Conseil constitutionnel a précisé que ce principe n'impose pas l'usage du français dans des relations de droit privé, afin de respecter la liberté de communication et d'expression, proclamée par l'article 11

de la DDHC. La documentation financière des TCN s'inscrit dans une relation de droit privé entre l'émetteur et le souscripteur ; même si l'émetteur est une personne morale de droit public, sa relation avec le souscripteur demeure une relation de droit privé. De plus, il est possible de déroger, par voie législative, à la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française qui impose le français comme langue exclusive dans tous les échanges commerciaux.

(4^{ème} trimestre 2010)

JURIDICTION

DÉTERMINATION DU JUGE COMPÉTENT

La jurisprudence relative à la définition de la compétence judiciaire ou administrative dans le cas de la requalification de contrats d'avenir et contrat d'accompagnement dans l'emploi en contrats à durée indéterminée laisse planer un doute. Élever le conflit devant le Tribunal des conflits permettra d'éclaircir les conditions d'application de ces décisions.

Les contrats aidés sont des contrats de droit privé, ce qui donne à l'ordre judiciaire une compétence de principe pour tout litige relatif à ce type de contrat, et en particulier sur leur requalification en contrat à durée indéterminée. Cependant, la jurisprudence du tribunal des conflits est nuancée lorsque l'employeur est une personne morale de droit public. En effet, si la source du litige réside dans la légalité de la convention conclue entre l'État et l'employeur, le juge administratif sera seul compétent pour statuer sur une éventuelle requalification du contrat aidé. Il est également compétent pour tirer les conséquences de la requalification effectuée par le juge judiciaire, entraînant la poursuite de la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur public gérant un service public administratif. A l'inverse, si la contestation porte sur la violation d'une stipulation contractuelle (durée, renouvellement, etc.), le litige sera attribué à l'ordre judiciaire. Il appartient donc au juge judiciaire de réparer le préjudice causé par la rupture du contrat.

Une décision du tribunal des conflits du 22 mars 2004 a attribué au juge administratif un litige tendant à obtenir la condamnation pécuniaire d'un employeur, personne morale de droit public, à la suite de la rupture du contrat aidé, requalifié en CDI par un conseil de prud'hommes. La portée de cette décision est peu claire. C'est pourquoi il peut être pertinent d'élever le conflit devant le Tribunal des conflits dans le cadre de ces affaires.

(2^{ème} trimestre 2010)

LÉGISTIQUE

CIRCULAIRE

Les circulaires sont des « mesures d'ordre intérieur à l'administration », qui ne modifient habituellement pas l'état du droit. La Cour de cassation juge ainsi que la circulaire du 30 décembre 1981, qui renvoie à une instruction fiscale pour définir le « livre » au sens de la loi « Lang » sur le prix du livre, n'a aucune valeur normative.

Les circulaires, comme les notes de service et les instructions, ont une portée normative modeste en droit français, diversement appréciée par les deux ordres de juridiction. En effet, le Conseil d'Etat, qui accepte la recevabilité des recours dirigés contre ces textes lorsqu'ils comportent des dispositions impératives (*CE Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères*), leur reconnaît une valeur normative dans de rares hypothèses. La Cour de cassation estime en revanche, selon une jurisprudence constante, que les circulaires sont dépourvues de toute portée normative. Elles constituent tout au

plus « des éléments de fait pouvant être pris en considération » (Cass. Com., 18 juin 1996, n° 93-11076).

La loi Lang n° 81-766 du 10 août 1981 ne donne aucune définition du mot livre. Une circulaire du 30 décembre 1981 renvoie, pour en faire application, à la définition livrée par une instruction fiscale qui inclut, depuis 2005, les partitions musicales.

Saisie de la question de savoir si une partition musicale pouvait être considérée comme un « livre » au sens de la loi Lang, la Cour de Cassation écarte l'interprétation retenue par la circulaire du 30 décembre 1981 et estime que c'est « à bon droit » que la Cour d'appel lui a substitué sa propre interprétation du mot « livre » (Cass. 1ère Civ., 28 janvier 2010, n° 08-70026).

Au final, les partitions musicales sont donc écartées du champ d'application de la loi Lang.

(1^{er} trimestre 2010)

TEXTES RÉGLEMENTAIRES D'APPLICATION

Dans l'attente de la parution du décret d'application organisant le régime déclaratif prévu par l'article 31 de la loi du 23 juillet 2010 pour les activités de service à la personne, l'agrément reste la procédure de droit commun. L'entrée en vigueur du décret d'application doit respecter un délai raisonnable sous peine de constituer un manquement de l'État français. Les décrets d'application doivent organiser le cumul du régime d'agrément et de déclaration pour garantir aux organismes agréés des avantages fiscaux.

L'article 31 de la loi du 23 juillet 2010, relative aux réseaux consulaires, modifie le régime applicable aux activités de service à la personne. Alors que ces activités étaient toutes soumises à agrément, dont la délivrance entraînait droit à des avantages fiscaux et sociaux, la loi distingue les activités soumises à agrément et celles pouvant faire l'objet d'une déclaration.

Faute de décret d'application, le nouveau régime créé par cette loi, insuffisamment précise, n'est pas entré en vigueur. Le décret d'application pourra, dans un délai raisonnable, différer dans le temps son entrée en vigueur et donc celle de la loi. La loi réserve aux organismes déclarés le droit aux avantages fiscaux et sociaux précédemment accordés à l'ensemble des activités de service à la personne. Pour respecter le principe d'égalité entre les organismes déclarés et agréés, le décret d'application devra prévoir que les organismes soumis à agrément pourront cumuler les formalités d'agrément et de déclaration.

(4^{ème} trimestre 2010)

POLITIQUES PUBLIQUES

EMPLOI

Le rapprochement entre les maisons de l'emploi et les missions locales ne peut donner lieu, ni à des fusions-absorptions, ni à la création de GIP communs aux deux entités. La création d'une association tierce assurant une mutualisation des moyens est en revanche possible, même si le simple recours à une convention de gestion apparaît suffisant.

Un arrêté du ministre chargé de l'emploi du 21 décembre 2009 avait invité les maisons de l'emploi, chargées au niveau local, de la coordination des politiques publiques en faveur de l'emploi et les missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes à renforcer leur coopération. Certaines d'entre elles ont en conséquence, purement et simplement fusionné. Or la coopération entre les maisons de l'emploi et les missions locales ne pouvait conduire à une fusion de ces deux

entités auxquelles la loi a nommément confié des missions distinctes. La régularité des actes des structures fusionnées, notamment au regard des règles de la comptabilité publique, pourrait donc être contestée. La création d'un GIP, dont ces deux entités seraient membres, reviendrait par ailleurs à créer une nouvelle catégorie de GIP, ce que le législateur, seul compétent pour ce faire, n'a pas prévu .

Il est envisageable, en revanche, de créer une association dont l'objet serait la mutualisation des moyens communs des maisons de l'emploi et des missions locales. Cependant, la passation de conventions ayant le même objet apparaît comme une solution plus simple que la création d'une nouvelle structure de gestion.

(3^{ème} trimestre 2010)

SERVICE PUBLIC EN MILIEU RURAL

L'opération consistant à confier à La Banque postale l'installation de distributeurs automatiques de billets (DAB), dans les zones rurales qui en sont dépourvues et pour lesquelles l'accès à la monnaie fiduciaire est difficile, peut relever d'une mission de service public et de service d'intérêt économique général. À l'instar de toute activité économique, cette dernière ne devra pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et d'industrie et à la libre prestation de services des opérateurs du secteur bancaire. La compensation de l'activité par le fonds postal national de péréquation territoriale, si cette activité est déficitaire, sera admise s'il est démontré que la mission participe au maillage territorial.

La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom* ne prévoit pas que l'activité consistant à installer des DAB par La Banque postale est une mission de service public. Celle-ci pourrait, toutefois, être qualifiée de la sorte si elle était rattachable à l'aménagement du territoire qui est une activité de service public confiée à La Poste.

Démontrer que l'activité envisagée participera au maillage territorial permettra sa qualification de SIEG et autorisera le financement des obligations de service public qu'elle comportera au titre de compensation de ce service.

En tout état de cause, l'activité ne devra pas porter atteinte aux libertés d'entreprendre, de commerce et d'industrie, et à la libre prestation de services des opérateurs du secteur bancaire. Le système ne sera pas attentatoire à ces libertés s'il permet à ces opérateurs d'être compensés pour l'installation de DAB et si le choix de La Banque postale résulte d'une mise en concurrence. L'absence de mise en concurrence pourrait, cependant, être justifiée par l'État au regard des règles du marché intérieur.

L'installation de DAB par La Banque postale sera éligible au fonds national postal de péréquation territoriale sous réserve de démontrer que cette mission participe au maillage territorial et si le contrat de présence postale territoriale était modifié afin de le préciser.

(3^{ème} trimestre 2010)

POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

OPÉRATEURS DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Imposer aux opérateurs de communications électroniques de mettre en place des dispositifs d'interception des communications sur le seul territoire national est susceptible de constituer une entrave à la libre prestation de services. Celle-ci pourrait être justifiée s'il est démontré qu'elle est nécessaire et proportionnée à un objectif de sécurité publique.

L'obligation pour les opérateurs de mettre en place les moyens nécessaires aux interceptions et le principe d'une « juste rémunération » qui leur est due par l'État à ce titre sont inscrits dans le code des postes et des communications électroniques (CPCE). L'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) propose de modifier un article réglementaire de ce code afin d'imposer aux opérateurs de mettre en place les dispositifs d'interception uniquement sur le territoire national.

Une telle obligation aura pour conséquence d'obliger les opérateurs à installer, sur le territoire national, un équipement de commande du réseau sur lequel est généralement placé le système d'interceptions, pour les réaliser en France. Cette obligation représente une barrière à l'entrée des opérateurs étrangers sur le territoire français puisqu'elle les contraint à la réalisation d'un investissement important. Elle constitue donc une entrave à la libre prestation de services au sens de l'article 56 du TFUE qui pourrait être justifiée s'il est démontré qu'elle est nécessaire et proportionnée à un objectif de sécurité publique.

Par ailleurs, il n'est pas possible, au regard de la jurisprudence constitutionnelle et administrative, de restreindre l'étendue de la rémunération due par l'État aux opérateurs au titre des prescriptions que l'État leur impose pour la défense de la sécurité publique.

(4^{ème} trimestre 2010)

PROFESSIONS LIBERALES

HONORAIRES DE CABINETS DE CONSEILS

Les cabinets de conseil fiscal rémunérés proportionnellement aux économies d'impôt qu'ils permettent de réaliser peuvent voir leurs honoraires diminués, si les économies sont remises en cause à l'occasion d'un contrôle fiscal ultérieur. Les honoraires des conseils percevant une rémunération forfaitaire peuvent également être réduits, sous certaines conditions.

Certains cabinets de conseil fiscal sont rémunérés proportionnellement au montant du crédit d'impôt qu'ils obtiennent en faveur de leur client. Il arrive cependant que ce crédit soit diminué ultérieurement au paiement des honoraires du prestataire, à l'occasion d'un redressement fiscal. Plusieurs solutions sont envisageables pour répercuter ce manque à gagner sur la rémunération initiale du cabinet de conseil. Le remboursement d'honoraires peut être prévu par une clause du contrat. En l'absence d'une telle clause, la responsabilité pécuniaire du conseil peut être engagée sur le fondement de la responsabilité contractuelle, lorsque des honoraires de résultat sont prévus, même en l'absence de faute du conseiller (Cass. Com., 24 mars 1998, n°96-13.893). Il convient d'en formuler la demande devant le juge judiciaire.

La réduction des honoraires est également possible dans l'hypothèse d'une rémunération forfaitaire, lorsque le cabinet de conseil est constitué d'avocats. En effet, la jurisprudence et la majorité de la doctrine admettent que la responsabilité délictuelle s'impose pour les professions réglementées en matière juridique. Selon la Cour de cassation, les dispositions sur les honoraires d'avocat, prévues par l'art. 10 de la loi de 1971, ne font pas obstacle au pouvoir des tribunaux de les réduire, s'ils

apparaissent « exagérés au regard du service rendu » (Cass. 1ère Civ., 3 mars 1998, n°95-15.799). En revanche, l'activité de conseil non réglementée relève de la seule responsabilité contractuelle, appréciée selon les conditions classiques de sa mise en jeu (faute contractuelle, préjudice et lien de causalité). Le juge peut alors apprécier souverainement les honoraires stipulés et les réduire, s'il y a lieu.

(3^{ème} trimestre 2010)

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

INTERPRÉTATION D'UNE RÉSERVE

Par sa décision 2010-57 QPC, le Conseil constitutionnel a validé le dispositif de TGAP issu de la loi n°99-1140 du 29 décembre 1999 et modifié par une loi de 2002. Il a cependant introduit une réserve d'interprétation ayant d'importantes conséquences contentieuses pour les litiges antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2002, sans toutefois menacer les dispositions relatives au fait générateur de la TGAP que celle-ci contient.

La loi de 1999 prévoit que certains exploitants d'installations de stockage de déchets (déchets ménagers et déchets industriels spéciaux) sont assujettis à la TGAP, tandis que d'autres (installations de stockage de déchets inertes) ne le sont pas. Il s'agit d'« *une approche* » par installation et non par produit. Cette même loi précise que la réception de déchets constitue le fait générateur de la TGAP, sans distinguer entre les différents types de déchets susceptibles d'être réceptionnés. Les déchets inertes sont donc englobés dans l'assiette de la TGAP, pour les entreprises qui y sont assujetties, à la différence des autres types d'installations, ce qui constitue, d'après les requérants, une rupture d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2010-57 QPC, a validé le dispositif de la TGAP en introduisant toutefois une importante réserve d'interprétation. Les juges ont estimé que « *les dispositions (...) de la loi du 29 décembre 1999 susvisée ne sauraient, sans méconnaître le principe d'égalité devant les charges publiques, être interprétées comme s'appliquant à l'ensemble des quantités de déchets inertes visés par ces dispositions* ». Cette réserve peut être analysée comme faisant sortir l'ensemble des déchets inertes du fait générateur de la TGAP, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2002.

Par cette formulation, le Conseil constitutionnel a validé implicitement les évolutions législatives ultérieures. En effet, la loi du 30 décembre 2002, sans inclure l'ensemble des déchets inertes dans le fait générateur de la TGAP, détermine un seuil au-delà duquel ils deviennent générateurs de cette taxe.

(4^{ème} trimestre 2010)

SECRET PROFESSIONNEL

TRANSMISSION DE DONNÉES CONFIDENTIELLES - COMMUNICABILITÉ DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Une dénonciation au procureur de la République sur le fondement de l'art. 40 du code de procédure pénale n'obéit à aucune condition de fond ou de forme. La loi du 17 juillet 1978 s'oppose à la communication d'un rapport d'audit, qui mentionne des suspicions d'infraction pénale, dès lors que celle-ci porterait atteinte au déroulement des procédures engagées devant les juridictions. Par ailleurs, un tel rapport ne peut être communiqué à des tiers s'il contient des informations sur la vie privée d'une personne physique.

La dénonciation au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale n'est soumise à aucune condition de forme ni de fond. L'article 6, I, 2° de la loi du 17 juillet 1978 s'oppose à la communication des documents administratifs dès lors que cette communication porterait atteinte au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou des opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente. La communication à des tiers d'un rapport d'audit mentionnant des suspicions d'infractions pénales peut, ainsi, selon les circonstances, être de nature à porter atteinte à l'enquête ou aux poursuites pénales susceptibles d'être engagées par le procureur de la République.

Par ailleurs, l'article 6 II de la loi du 17 juillet 1978 dispose que ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : « *dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée [...]; portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable ; faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* ».

L'article 6 III de la loi du 17 juillet 1978 précise, cependant, que lorsqu'une occultation ou une disjonction sont possibles, un document peut être communiqué malgré tout, après occultation ou disjonction des mentions protégées en vertu de l'article 6. Dès lors que la communication du rapport d'audit respecte ces exigences, il n'y a pas de violation du secret professionnel.

(3^{ème} trimestre 2010)

Les documents détenus par l'Autorité de la concurrence, durant la procédure d'instruction, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi de 1978 sur l'accès aux documents administratifs. Toutefois, une fois cette procédure terminée, ces documents deviennent, sauf exception, communicables.

Dans l'exercice de ses missions contentieuses et consultatives, l'Autorité de la concurrence est amenée à détenir ou élaborer des documents sensibles pour les personnes publiques ou privées qu'ils concernent. Durant la procédure d'instruction des dossiers, ces documents constituent des documents préparatoires. Dès lors, ils n'entrent pas dans le champ d'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs.

Une fois la procédure d'instruction achevée, cette loi permet cependant à tout administré d'obtenir copie des documents élaborés ou détenus par l'Autorité, sous réserve des exceptions qu'elle prévoit. Or, ces exceptions apparaissent inadaptées aux spécificités des dossiers de concurrence. En effet la protection du secret des affaires, telle qu'elle est prévue par la loi du 17 juillet 1978, n'empêche pas la communication de certaines informations sensibles relatives aux parties intéressées.

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et l'Autorité de la concurrence ont ainsi exprimé le souhait que les dispositions relatives à l'Autorité soient modifiées afin que les pièces qu'elle détient dans le cadre d'une procédure répressive ne puissent être communiquées à des tiers.

Une telle modification peut passer par l'insertion d'une disposition spécifique dans le code de commerce ou bien par la création d'un nouveau cas de non-communicabilité au sein de l'article 6.I de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. Cette modification a été introduite en 1^{ère} lecture au Sénat dans la proposition relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit à l'article 27 *decies*, sans modification en 2^{ème} lecture à l'Assemblée nationale.

(3^{ème} trimestre 2010)

TABLE DES MATIÈRES

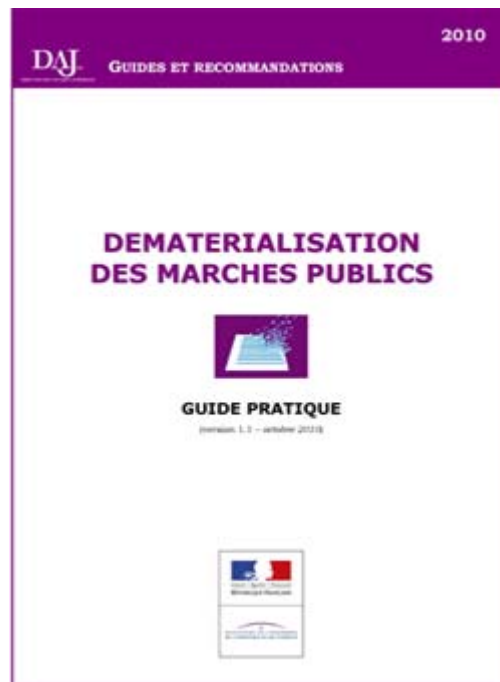
ÉDITORIAL	5
PREMIÈRE PARTIE - LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UNE DIRECTION D'EXPERTISE.....	7
I. LES MISSIONS DE LA DIRECTION.....	9
1. Assurer une réglementation simple et efficace.....	11
1.1. Participer à la modernisation de la réglementation.....	11
➤ La proposition de loi de simplification du droit	11
1.2. Adapter la réglementation de la commande publique	12
➤ Le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics	12
➤ Le décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 portant diverses dispositions relatives à la tarification des établissements de santé et aux marchés des établissements publics de santé	12
➤ Le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 sur les CCRA	12
➤ L'arrêté du 15 septembre 2010 sur les formulaires DSP	12
2. Garantir une expertise opérationnelle.....	13
2.1. L'expertise en droit privé	13
➤ L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).....	13
➤ La réforme des professions judiciaires et juridiques réglementées	13
➤ Le tableau « L'Agonie du Christ »	13
2.2. L'expertise en droit public	13
➤ La participation à la défense du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel	13
➤ Le projet de loi « Grand Paris »	14
➤ La loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services	14
2.3. L'expertise en droit communautaire et en droit international.....	14
➤ La transposition de la directive 2009-81 du 13 juillet 2009 relative aux marchés de défense et de sécurité	14
➤ Quotas de gaz à effet de serre : abondement de la réserve nouveaux entrants.....	15
➤ Quotas de gaz à effet de serre : vente des UQA (unités de quantités allouées) au titre du Protocole de Kyoto par l'État français à une entreprise étrangère	15
➤ La participation à la mission parlementaire sur le FIPOL, établie dans le cadre du Grenelle de la mer.....	15
2.4. L'expertise en droit financier et en droit industriel	15
➤ La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière	15
➤ Les textes anti-blanchiment	16
➤ Le projet de réforme du régime d'assurance des catastrophes naturelles	16
➤ Les emprunts structurés des collectivités locales	16
3. Coordonner la préparation, la mise en œuvre et la défense des textes	17
3.1. Coordonner la préparation et le suivi des textes	17
3.2. Coordonner la défense des textes.....	17
➤ La centralisation des contentieux des décrets de Bercy	17
➤ Les questions prioritaires de constitutionnalité	18

4. Défendre l'État au contentieux.....	18
4.1. Au titre de la fonction d'agent judiciaire du Trésor (AJT).....	18
➤ L'accident survenu dans le « Parc du château de Pourtalès à Strasbourg » (Tribunal administratif de Strasbourg).....	19
➤ Le procès Colonna.....	19
➤ L'attentat de Karachi (évolutions en 2010).....	19
➤ La décision de la Cour d'appel dans l'affaire Erika.....	20
➤ Le projet de circulaire relative au recours à la transaction.....	20
4.2. Au titre du rôle de prestataire de services.....	20
➤ Assignation de la société de classification dans l'affaire du Prestige.....	20
➤ Le contentieux administratif en matière de jeux.....	21
➤ Le contentieux de masse pour blocage de carrière des agents des corps de reclassement de France Télécom et de La Poste : condamnation de l'État.....	21
➤ Le contentieux relatif à la quatrième licence de téléphonie mobile.....	21
➤ Le contentieux du service universel (SU) des communications électroniques : condamnation de l'État.....	21
➤ Le contentieux suscité par la montée en puissance de l'énergie photovoltaïque.....	21
➤ Le contentieux de l'impôt restitué à EDF par l'État.....	22
5. Diffuser l'information juridique.....	22
5.1. Les publications.....	22
5.2. La rubrique juridique d'Alizé.....	23
5.3. Les brochures et guides.....	23
5.4. Le site des marchés publics enrichi.....	23
II. LES TEMPS FORTS DE L'ANNÉE 2010.....	25
1. Les questions prioritaires de constitutionnalité.....	27
2. Les concessions de service.....	28
3. Le règlement amiable des litiges en marchés publics.....	28
4. La refonte des formulaires de passation des marchés publics.....	28
5. Les onze recommandations du Comité stratégique des fonds de dotation.....	29
6. Le devenir de l'Hôtel de la Marine.....	29
7. La crise financière.....	29
8. Le mémoire d' <i>amicus curiae</i> déposé par la France devant la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Morrison vs. National Australia Bank.....	30
9. L'adoption d'un protocole à la convention HNS.....	30
DEUXIÈME PARTIE - LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UN ENGAGEMENT DE QUALITÉ.....	31
I. LES RESSOURCES HUMAINES.....	33
1. L'organigramme issu de la réforme opérée par l'arrêté du 21 avril 2009.....	35
2. Les effectifs.....	36
➤ Les effectifs et le temps de travail.....	36
➤ Les effectifs par catégorie.....	37
➤ Les effectifs par catégorie et par sexe.....	38

➤ Les effectifs par catégorie et par âge.....	39
➤ Les effectifs par âge et par sexe.....	40
➤ Les effectifs par métier.....	41
➤ Les effectifs par statut.....	42
➤ L'accueil des stagiaires.....	42
3. La formation professionnelle.....	43
➤ Formation à la légistique.....	43
➤ Formation au management.....	43
➤ Formation à la démarche de certification Qualité ISO 9001.....	43
II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES.....	45
1. Les clients de la DAJ.....	47
➤ L'origine des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients.....	47
➤ Les clients de l'Agent Judiciaire du Trésor en 2010.....	48
2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques.....	48
3. Le conseil aux acheteurs publics.....	49
4. La défense de l'État devant les juridictions.....	49
➤ Le contentieux judiciaire.....	49
➤ Le contentieux administratif.....	50
III. L'ENGAGEMENT QUALITÉ.....	51
IV. LES RELATIONS EXTÉRIEURES.....	53
1. Les relations avec la CIJAP.....	55
2. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients.....	55
➤ La convention entre la DAJ et la DGEFP.....	55
➤ La convention entre la DAJ et la DSS.....	55
➤ La convention entre la DAJ et la DGAFP.....	55
3. Le colloque sur les fonds de dotation du 14 septembre 2010.....	56
4. L'extranet AJT.....	56
5. La réception de délégations étrangères.....	57
TROISIÈME PARTIE - LA SYNTHÈSE DE NOTES SIGNIFICATIVES DE L'ANNÉE.....	59
ACCIDENTS ET RÉPARATIONS CIVILES.....	61
ACCIDENTS DE LA CIRCULATION.....	61
ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.....	61
INDEMNISATION DES ACCIDENTS DE SERVICE.....	62
RÉSILIATION D'UN BAIL.....	62
AIDES D'ÉTAT.....	63
CONCURRENCE, AIDES D'ÉTAT.....	63
COMMANDE PUBLIQUE.....	64
CLAUSE D'EMPLOI LOCAL.....	64
CESSION DE MARCHÉ.....	64
CONTRAT DE RECHERCHE.....	65

CONVENTION DE MECENAT	65
DÉLIT DE FAVORITISME	66
MARCHÉS DE FOURNITURES	66
OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES.....	67
POUVOIRS ADJUDICATEURS	67
SOCIÉTÉ « IN HOUSE »	68
SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES.....	68
COMMERCE	69
GARANTIE DES MÉTAUX PRÉCIEUX	69
COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ.....	69
RECOUVREMENT DES IMPÔTS DES PARTICULIERS	69
RECOUVREMENT DE CRÉANCES PUBLIQUES	70
CONSOMMATION	70
CONTREFAÇON	70
SANCTION	71
CONTRATS.....	71
REQUALIFICATION DU CONTRAT	71
DOMAINE PUBLIC	72
CONVENTION DE CONCESSION	72
MANDAT D'ENTREMISE	72
TRANSMISSION D'UN PATRIMOINE	73
DROIT DU TRAVAIL	73
CONTRAT DE TRAVAIL	73
DROIT EUROPÉEN.....	74
CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DU TRAITÉ DE LISBONNE	74
APPELLATION D'ORIGINE.....	74
SANTÉ PUBLIQUE	75
DROIT FINANCIER.....	75
CAISSES DE CRÉDIT MUNICIPAL	75
ÉNERGIE	76
QUOTAS DE GAZ À EFFET DE SERRE.....	76
FONCTION PUBLIQUE	76
AGENTS CONTRACTUELS	76
CUMUL/DEONTOLOGIE.....	77
DÉCONCENTRATION.....	78
PROTECTION FONCTIONNELLE	78
OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ	79
SAISINE DE LA COUR DE DISCIPLINE BUDGÉTAIRE ET FINANCIÈRE.....	79
FONDS DE DOTATION	80
CARACTÈRE NON CONSOMPTIBLE.....	80
INTERNATIONAL	80
AMICUS CURIAE	80

GEL D'AVOIRS	81
INDEMNISATION	82
UTILISATION DE LA LANGUE FRANÇAISE.....	82
JURIDICTION	83
DÉTERMINATION DU JUGE COMPÉTENT.....	83
LÉGISTIQUE.....	83
CIRCULAIRE.....	83
TEXTES RÉGLEMENTAIRES D'APPLICATION.....	84
POLITIQUES PUBLIQUES	84
EMPLOI	84
SERVICE PUBLIC EN MILIEU RURAL	85
POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES.....	86
OPÉRATEURS DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES	86
PROFESSIONS LIBERALES	86
HONORAIRES DE CABINETS DE CONSEILS	86
QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ	87
INTERPRÉTATION D'UNE RÉSERVE	87
SECRET PROFESSIONNEL	88
TRANSMISSION DE DONNÉES CONFIDENTIELLES - COMMUNICABILITÉ DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS.....	88



Directrice de la publication : Catherine Bergeal



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Bâtiment Condorcet - télédéc 353

6, rue Louise Weiss - 75703 - Paris cedex 13

Maquette : DAJ - bureau des Ressources Informatiques, Documentaires et de la Communication Interne (RIDC)

Impression : SG - SEP - 2C

ISSN 1623-5401 - Dépôt légal : à parution