



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

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

# CJFI

COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE  
OCTOBRE-NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2011 - N° 66 - 10 euros

## ÉTUDE

# LA MISE À LA RETRAITE DANS LES ENTREPRISES ET ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

### DROIT PUBLIC

Chronique des QPC (juin / août 2011)

La reprise des salariés en cas de  
transfert d'une entité économique à  
une personne publique dans le cadre  
d'un service public administratif

Typologie et impact des règles  
de politique budgétaire

L'abandon de l'exigence d'une faute lourde  
en matière de responsabilité  
de l'administration fiscale

L'extension outre-mer de la loi du 15 juin  
2010 portant création de l'EIRL

### MARCHÉS PUBLICS

La transposition de la directive  
« *Marchés de défense ou de sécurité* »

### FONCTION PUBLIQUE

La mise en place des CHSCT  
dans la fonction publique de l'État

### LE POINT SUR...

La COFACE

# Sommaire

<b>Éditorial</b> .....	Page	1
<b>Étude</b>		
La mise à la retraite dans les entreprises et établissements publics, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la chambre sociale de la Cour de cassation Par Pierre Bailly (Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation) .....	Page	2
<b>Droit public</b>		
Chroniques des QPC (juin / août 2011) Par Serge Marasco (Direction des affaires juridiques) .....	Page	10
L'obligation de reprise des salariés en cas de transfert d'une entité économique à une personne publique dans le cadre d'un service public administratif Par Julien Détails (Direction des affaires juridiques) .....	Page	19
Typologie et impact des règles de politique budgétaire Par Florence Huart (Enseignant – chercheur en sciences économiques à l'Université de Lille 1) .....	Page	23
Un pas en avant pour un nouveau recul : l'abandon de l'exigence d'une faute lourde en matière de responsabilité de l'administration fiscale Par Jean-Philippe Derosier (Docteur en droit, Université Paris 1) .....	Page	36
L'extension outre-mer de la loi du 15 juin 2010 portant création de l'EIRL Par Vanessa de Crasto et Olivier Naudin (Direction des affaires juridiques) .....	Page	45
<b>Marchés publics</b>		
La transposition de la directive « <i>Marchés de défense ou de sécurité</i> » Par Marie-Aude Brossay et Jeanne Strausz (Direction des affaires juridiques) .....	Page	50
<b>Fonction publique</b>		
La mise en place des CHSCT dans la fonction publique de l'État Par Agnès Agrafeil-Marry et Estelle Denis (Direction générale de l'administration et de la fonction publique) .....	Page	58
<b>Le point sur...</b>		
La COFACE Par Vanessa Barini (Direction des affaires juridiques) .....	Page	63

## Le CJFI évalué par ses lecteurs : très bon élève, peut encore mieux faire !

Le CJFI, dans son format actuel, fêtera début 2012 ses cinq ans. Ce n'est pas encore l'âge de raison, mais déjà une échéance pertinente pour s'interroger sur les services qu'il rend, et sur les besoins que vous, fidèles lecteurs, souhaiteriez exprimer.

Une enquête de lectorat a donc été effectuée au mois d'octobre auprès des abonnés à la version électronique du CJFI. Vous avez été près de 400 à donner votre avis, à la fois sur la maquette, la présentation et le contenu de la revue. Les quelques questions relatives à votre profil nous ont appris que vous appartenez au secteur public, et qu'une grande partie d'entre vous est âgée d'au plus 40 ans : un socle de lecteurs dont l'exigence croîtra certainement au fil des années ! Dans l'immédiat, plutôt confortablement noté par ses lecteurs – 8/10 le plus souvent – le CJFI n'entend cependant pas s'endormir sur sa réputation.

Certes, une présentation didactique, une composition typographique agréable, des rubriques faciles à identifier constituent des points forts à conserver. Toutefois, nous dites-vous, la présentation des pages en deux colonnes de texte rend malaisée la lecture de la revue en version électronique. Quant aux couleurs, elles divisent : agréables pour les uns, trop peu contrastées pour les autres.

Sur le fond, les articles et dossiers sont jugés utiles et détaillés, peut-être parfois trop denses, mais, en tout cas, complets. Vous avez souvent demandé, cependant : une plus grande participation d'auteurs extérieurs à la DAJ, et une diversification des domaines traités : droit financier, fiscal et douanier, droit de la consommation, droit de l'environnement...

Votre message a été bien reçu : par la DAJ, qui réfléchit à un nouvel agencement des articles, et par les membres du comité éditorial du CJFI, récemment renouvelés<sup>1</sup>, qui n'ont pas tardé à proposer, dans leurs différents domaines de compétence, plusieurs sujets que vous découvrirez tout au long de l'année qui arrive.

Sans attendre, le CJFI ouvre le présent numéro aux auteurs de la revue *Gestion et Finances publiques*, avec laquelle un partenariat éditorial existe depuis dix-huit mois. Florence Huart, enseignant-chercheur à l'Université de Lille, nous explique les règles de politique budgétaire, tandis que Jean-Philippe Derosier, docteur en droit (Université de Paris I), commente l'arrêt *Krupa* du Conseil d'État sur la responsabilité de l'administration fiscale : une première réponse aux demandes de nos lecteurs.

Bonnes fêtes à tous !

**Catherine Bergeal**  
Directrice des affaires juridiques

---

<sup>1</sup> Voir la liste des membres externes du comité éditorial en 4<sup>ème</sup> page de couverture.

## La mise à la retraite dans les entreprises et établissements publics, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la chambre sociale de la Cour de cassation

Par Pierre Bailly

**Les questions que soulève la mise à la retraite ne peuvent être abordées et résolues aujourd'hui sans tenir compte de l'influence déterminante exercée en ce domaine par le droit communautaire. Il faut en effet rappeler préalablement que, jusqu'en 2001, l'âge ne figurait pas parmi les causes de discrimination que condamne le code du travail.**

C'est la loi du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, qui a ajouté cette cause, avec d'autres, à l'article L. 122-45 du code du travail, tel qu'il était alors issu de la loi du 31 décembre 1992, et qui a créé notamment un article L. 122-45-3 (aujourd'hui : L. 1133-2) précisant les causes de dérogation admises en matière d'âge. La loi de 2001 transposait ainsi – dans un délai exceptionnellement bref... mais de manière imparfaite – la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre de l'année précédente, « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ». Cette directive était le résultat de la modification apportée en 1997 au Traité de Rome par le Traité d'Amsterdam, laquelle habilitait le Conseil, statuant à l'unanimité, à prendre les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (article 13 § 1, devenu l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE). La même année était adoptée, le 7 décembre 2000, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont la force juridique était controversée jusqu'au Traité de Lisbonne (qui lui reconnaît la même force que les traités), et dont l'article 21 interdisait aussi, parmi une quinzaine de causes, toute discrimination fondée notamment sur l'âge.

### 1. Le critère de l'âge dans le droit de l'Union

Le droit communautaire est donc à l'origine de la non-discrimination en raison de l'âge, et exerce toujours sur la loi et la jurisprudence nationales une influence capitale.

#### 1.1. L'interdiction de principe des discriminations fondées sur l'âge

Le préambule de la directive de novembre 2000 exposait, dans son 11<sup>ème</sup> considérant, que l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge constituait un moyen de garantir un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes. Le 14<sup>ème</sup> considérant précisait, toutefois, – on y reviendra – que la directive ne portait pas atteinte aux dispositions nationales fixant des âges de la retraite. Mais la transposition de la directive 2000/78 était incomplète sur plusieurs points et, notamment, sur les causes de dérogation possibles. La Commission ayant entamé contre la France une procédure en manquement, en adressant au Gouvernement français des demandes d'explication, des modifications ont été apportées au code du travail selon une procédure parlementaire d'urgence, pour éviter une stigmatisation, au moment où la France était appelée à présider le Conseil. Ce fut l'objet de la loi du 27 mai 2008 (n° 2008-496) « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ». Mais le texte, qui modifie le code du travail, tout en donnant dans son article 1<sup>er</sup> une définition générale des causes et des formes (directes ou indirectes) de discrimination prohibées, définition à laquelle renvoie désormais le code du travail (L. 1132-1 et L. 1134-1), souffre dans sa rédaction d'une certaine imprécision, due à la précipitation qui a présidé à son élaboration. Quoiqu'il en soit, le régime particulier fait au critère de l'âge, comme cause de discrimination, est aujourd'hui défini par l'article L. 1133-2 du code du travail, qui ne s'éloigne pas trop,

**Des différences de traitement doivent être justifiées par un but légitime et proportionné**

à cet égard, du texte de la directive. Le champ d'application de l'interdiction des discriminations en raison de l'âge n'est pas limité aux seules relations de travail, l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, qui n'est pas codifié, étendant son domaine au travail indépendant ou non salarié et à l'affiliation ou l'appartenance syndicale. Par ailleurs, la loi de 2008 a modifié l'article 225-3 du code pénal pour adapter les causes d'exonération prévues par ce texte, puisque toute distinction opérée entre les personnes en raison de l'âge constitue un délit, dans les cas prévus par l'article 225-2, qui couvrent le refus de fournir un service ou un bien, l'entrave apportée à une activité économique, le refus d'embaucher, les sanctions, le licenciement ou les stages.

### 1.2. L'admission de différences de traitement fondées sur l'âge

Mais à la différence d'autres causes de discrimination, l'âge jouit d'un statut particulier. Alors qu'en règle générale une discrimination directe ne peut jamais être justifiée, la directive et le code du travail admettent qu'une différence de traitement soit directement fondée sur l'âge. Pour les autres cas de discrimination prohibée, on pourrait difficilement admettre, d'un point de vue éthique, qu'ils légitiment des différences de traitement entre les salariés (en fonction de critères de race, religion, convictions, orientation sexuelle, etc., qui sont inadmissibles). En revanche, il faut tenir compte, en matière d'âge, de certains impératifs pratiques qui peuvent avoir une incidence sur la relation de travail, et justifier ainsi que ce facteur soit pris en considération. C'est, en partie, le cas pour la cessation du travail par le départ ou la mise à la retraite, qui dépend d'un critère d'âge. Le pragmatisme imposait donc de tolérer des dérogations. C'est pourquoi l'article L. 1133-2 du code du travail, reprenant en cela la directive, admet des différences de traitement fondées sur l'âge, à condition qu'elles soient objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, pourvu que les moyens employés soient nécessaires et appropriés.

On notera immédiatement que l'énumération, non limitative, des causes justificatives admises, est plus étendue que celle de la directive. Son article 6, relatif à la « justification des différences de traitement fondées sur l'âge », envisage en effet « des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle ». Mais d'une part, l'énumération de ce texte est précédée aussi de l'adverbe « notamment », qui laisse place à d'autres justifications possibles (on y reviendra), d'autre part, la préservation de la santé des travailleurs est prévue, comme justification possible et générale, par l'article 2 § 5 de la directive, pour tous les cas de discrimination. Enfin, mais cette réserve intéresse moins les régimes de retraite, l'article 4 de la directive admet aussi qu'une différence de traitement puisse reposer sur l'âge, lorsque cet élément constitue, en raison de la nature de l'activité ou des conditions de son exercice, une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pourvu que l'objectif poursuivi soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

### 2. L'âge de cessation d'activité, à l'origine d'un contentieux abondant

L'interdiction des discriminations liées à l'âge porte sur tous les aspects de la vie professionnelle : âge d'engagement (minimum ou maximum), progression professionnelle, classifications professionnelles, éléments de rémunération, indemnités de rupture, et, par nature, cessation d'activité par une mise à la retraite. L'article 6 de la directive donne d'ailleurs quelques exemples de mesures instituant des différences de traitement relevant de son champ d'application : conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, conditions d'emploi et de travail, y compris de licenciement et de rémunération pour les jeunes ou les travailleurs âgés, afin de favoriser leur insertion ou d'assurer leur protection, conditions minimales d'âge pour l'accès à l'emploi, âge maximum de recrutement, notamment. Mais c'est sur l'âge de cessation d'activité que se cristallise le plus fort contentieux.

**L'État reste compétent en matière de régime de retraite**

## 2.1. La jurisprudence de la CJUE donne une large portée à la directive 2000/78

On pourrait pourtant se demander si la retraite entre bien dans le champ d'application de la directive 2000/78, puisque son 14<sup>ème</sup> considérant précise qu'elle ne porte pas atteinte aux « *dispositions nationales fixant les âges de la retraite* ». Mais la Cour de justice de Luxembourg n'a pas été arrêtée par cette réserve. Elle considère que cette restriction est destinée à maintenir la compétence des États en matière de régimes de retraite et qu'une mise à la retraite, qui affecte la durée du rapport de travail et prive le salarié de l'exercice de son activité professionnelle, concerne les conditions d'emploi et de travail et relève à ce titre du champ d'application de la directive (16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, n° C-411/05, § 44-46 ; 5 mars 2009, *Age concern England*, n° C-388/07, § 25-28). C'est ce qui explique que de nombreux arrêts européens portent sur des mises à la retraite ou des cessations d'activité à partir d'un âge déterminé. Mais d'autres aspects de l'incidence de l'âge sur le contrat de travail sont également traités dans des arrêts de la CJUE :

- condition d'engagement des salariés au-delà d'un certain âge (22 novembre 2005, *Mangold*, n° C-144/04, qui porte sur une disposition remontant à 1926 et ouvrant aux employeurs, en Allemagne, la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée avec les salariés de plus de 52 ans, sans autre condition et sans limitation de nombre, pour favoriser leur insertion professionnelle ; 10 mars 2011, *Lufthansa*, n° C-109/09, qui concerne également le même type de dispositif, avec un report de l'âge porté à 58 ans, mais que la Cour n'a examiné ici que sous l'angle de sa conformité à l'accord-cadre européen du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée) ;
- âge maximum de recrutement (12 janvier 2010, *Wolf*, n° C-229/08 : limitation à 30 ans de l'âge de recrutement de pompiers) ;
- conditions d'attribution d'indemnités de rupture dépendant de l'âge (12 octobre 2010, *Andersen*, C-499/08, relatif à une

disposition légale excluant le versement d'une indemnité spéciale de licenciement pour les salariés bénéficiant d'une pension de retraite au moment de la rupture de leur contrat ; 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, n° C-555/07, qui porte sur l'exclusion de la durée du travail accompli avant l'âge de 25 ans pour le calcul de la durée du préavis) ;

- conditions de rémunération (classification conventionnelle des emplois) déterminées en considération de l'âge du salarié, indépendamment de son ancienneté ou de son expérience professionnelle (CJUE, 8 septembre 2011, *Hennigs*, C-297/10).

## 2.2. La place de la directive en droit interne

Encore faut-il, pour que la directive soit invoquée dans un litige individuel qu'un effet direct lui soit reconnu dans les rapports entre l'employeur, qui peut être un établissement public industriel ou commercial par exemple, et le personnel à son service. Cela n'a pas vraiment d'importance lorsque la différence de traitement résulte d'une décision de l'employeur ou d'un accord collectif, puisque ces actes sont soumis à l'impératif de non-discrimination posé par l'article L. 1133-2 du code du travail, qui suffit alors pour contrôler leur légitimité. Mais le recours au droit communautaire devient nécessaire lorsque sont en cause des dispositions législatives ou réglementaires dont le juge judiciaire n'a pas le pouvoir de vérifier la constitutionnalité ou la légalité. On peut d'ailleurs rappeler incidemment que dans sa décision du 4 février 2011 (n° 2010-98 DC), le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a retenu que la possibilité ouverte à l'employeur par le code du travail (L. 1237-5) de mettre un salarié à la retraite sous certaines conditions ne méconnaissait pas le droit à l'emploi et l'égalité devant la loi.

Or, en principe, une directive ne peut avoir qu'un effet « *vertical ascendant* », en ce sens qu'elle ne peut être opposée qu'à l'État ou à un organisme qui s'y rattache, notamment à un employeur public, en leur interdisant de tirer argument d'une disposition du droit national contraire. Si,

## Le principe de non-discrimination en raison de l'âge a la même valeur que les traités

dans des rapports entre des particuliers, le droit national doit être interprété de la manière la plus conforme possible au droit communautaire, deux obstacles peuvent donc se dresser sur la route du juge français :

- D'abord, une directive ne peut, en elle-même, engendrer d'obligation pour un particulier. Depuis son arrêt *Marshall* du 26 février 1986 (n° 152/84), la Cour de justice juge constamment qu'une directive « ne peut en elle-même créer d'obligation dans le chef d'un particulier et ne peut être invoquée en tant que telle à son encontre », sans que soit alors reconnu à la Communauté un pouvoir qu'elle ne tient que des règlements (14 juillet 1994, *Faccini Dori*, n° C-91/92 ; 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, n° C-397/01, § 108-118 ; 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, n° C-555/07, § 46-47). Comme l'expose l'arrêt *Faccini Dori*, qui concernait le droit de la consommation, « l'invocabilité des directives à l'encontre des entités étatiques est fondée sur le caractère contraignant que l'article 189 du Traité (288 du TFUE) reconnaît à la directive à l'égard de l'État ou d'entités étatiques » et étendre cet effet « au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à la Commission le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements ».
- Ensuite, l'obligation d'interprétation conforme a des limites : elle n'impose pas au juge national de faire produire à une directive un effet contraire à une disposition du droit national qui ne nécessite aucune interprétation (23 avril 2009, *Kiriaki Angelidaki*, n° C-378/07, § 199).

### 2.3. La non-discrimination en fonction de l'âge, principe général du droit de l'Union

Mais pour contourner cette infirmité congénitale des directives, la Cour de justice, à partir de l'arrêt *Mangold* a vu dans le principe de non-discrimination en fonction de l'âge « un principe général du droit communautaire », reconnu par « divers instruments internationaux et les traditions

constitutionnelles communes aux États membres », de sorte que, dès lors que la loi nationale entre dans le champ d'application matériel du droit communautaire (condition toujours nécessaire), le juge national doit laisser inappliquée toute disposition contraire de sa propre législation, y compris dans les relations entre des personnes privées. Cette position était restée isolée et controversée jusqu'aux arrêts de janvier 2010, où la question de la portée de ce principe a été à nouveau posée. Et dans son arrêt *Kücükdeveci*, où la juridiction allemande s'interrogeait sur la possibilité d'écarter une disposition de droit interne prévoyant l'exclusion pour le calcul de l'indemnité de préavis de la période de travail accomplie avant l'âge de 25 ans, la Cour de Luxembourg reprend cette solution et ajoute, comme justification, que la directive 2000/78 « concrétise » ce principe général du droit de l'Union, en faisant référence à l'article 21 § 1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui interdit notamment toute discrimination fondée sur l'âge. On sait, en effet, que l'article 6 du Traité sur l'Union européenne accorde aux droits et principes énoncés dans cette charte « la même valeur que les traités » européens, dans le champ de compétence de l'Union. Bien que ces dispositions, issues du Traité de Lisbonne, ne soient entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> décembre 2009, on peut trouver encore cette référence à la charte dans les conclusions d'avocats généraux qui, pour des faits de discrimination antérieurs, invoquent les dispositions de la charte (notamment : conclusions de l'A.G. Pedro Cruz Villalon, affaire C-447/09, § 26, qui voit dans le principe reconnu par la charte une « constitution écrite »). Et dans un arrêt du 13 septembre 2011 (*Prigge*, C-447/09, point 38), qui concernait l'âge limite des pilotes de ligne prévu dans un accord collectif applicable au personnel de la compagnie Lufthansa, la Cour de justice, tout en reprenant la référence à un « principe général du droit de l'Union » mis en œuvre par la directive, ajoute que l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge « est incorporée à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009, a la même valeur que les traités ». La même position a été prise par la Cour de justice dans d'autres domaines où une directive instaure une égalité de traitement,

notamment en ce qui concerne les salariés employés pour une durée déterminée (CJUE, 22 décembre 2010, *Gavieiro Gavieiro*, n° C-444/09, qui concerne un « *fonctionnaire intérimaire* » employé dans un établissement d'enseignement par une collectivité publique).

#### 2.4. Le cas des établissements publics

S'agissant des établissements publics, la force de la directive est encore plus grande, dans leurs relations avec leurs agents, si l'établissement en cause peut être considéré, au sens des arrêts de la Cour de justice, comme une « *entité étatique* », puisqu'en ce cas il ne pourra opposer à ses agents les effets d'une disposition du droit interne (notamment statutaire) qui serait contraire à une directive précise et inconditionnelle, conditions que remplit la directive du 27 novembre 2000. Ce sera le cas si cet établissement public industriel et commercial est chargé par un acte de l'autorité publique d'accomplir sous son contrôle un service d'intérêt public, en disposant à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans des relations entre particuliers (CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, n° C-188/89 : organisme parapublic chargé d'assurer la distribution du gaz ; 5 février 2004, *Rieser*, n° C-157/02 : organisme gestionnaire d'une autoroute). Il n'est donc pas douteux que, quel que soit son statut, un établissement public est soumis, dans les rapports avec ses agents, aux règles européennes prohibant une discrimination en raison de l'âge, en particulier en ce qui concerne la mise à la retraite de son personnel.

#### 2.5. La chambre sociale dans les pas de la CJUE

C'est en faisant application de ces principes que la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée les 11 mai 2010 et 16 février 2011 sur la conformité de dispositions légales ou réglementaires déterminant un âge de cessation d'activité. Étaient en effet en cause, dans les arrêts du 11 mai 2010, d'une part, une disposition de la partie législative du code de l'aviation civile qui fixait à 60 ans l'âge auquel les pilotes de lignes doivent cesser leur activité de pilotage ; d'autre part, une disposition réglementaire régissant le personnel de

l'Opéra de Paris, établissement public industriel et commercial, fixant à 60 ans l'âge de mise à la retraite. Quant aux arrêts du 16 février 2011, ils portaient, l'un sur l'âge de mise à la retraite (55 ans) du personnel de la SNCF, l'autre sur la « *mise en inactivité d'office* » des agents d'EDF passés au service de RTE EDF, à l'âge de 60 ans. Dans ces deux cas étaient en cause des dispositions statutaires de valeur réglementaire. Ces dispositions ne pouvaient être écartées qu'en considération de la portée qui est donnée par la CJUE à la directive du 27 novembre 2000. C'est ce qui explique que les arrêts du 11 mai 2010 ne comportent que cette directive en visa – ce qui est inhabituel – et que l'arrêt de 2010 relatif à l'Opéra de Paris (Bull. V, n° 105) précise que la directive consacre un principe général du droit de l'Union, motif qui se retrouve dans l'arrêt RTE-EDF du 16 février 2011 (09-72061). En somme, c'est ce principe, aujourd'hui renforcé par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui fait primer la directive sur le droit national, dans des rapports entre des salariés et leur employeur de droit privé, fut-il un établissement public industriel et commercial. La conséquence n'est pas négligeable, car la sanction de la discrimination, c'est la nullité de la rupture du contrat de travail et il n'y a pas de raison objective de faire une différence selon que l'acte discriminatoire de l'employeur procède de la seule initiative, ce qui est le cas lorsqu'il met à la retraite un salarié sans que les conditions requises soient remplies (Soc., 21 décembre 2006, Bull. V, n° 412, officier de la marine marchande mis à la retraite à 55 ans mais sans qu'il bénéficie de la retraite à taux plein), ou lorsque cette mise à la retraite repose sur des dispositions législatives ou réglementaires statutaires contraires aux exigences de la directive de novembre 2000, telle qu'elle est comprise par la CJUE. Les articles 9 et 10 de la directive imposent, en effet, aux États de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect « *du principe de l'égalité de traitement* ». La question de la conformité à la directive se pose avec une acuité particulière lorsque le statut du personnel de l'EPIC fixe un âge de mise à la retraite dérogatoire au droit commun, car il faudra alors, en cas de contestation, justifier que ce régime spécial repose sur une raison répondant aux conditions prévues par la directive européenne.

La nullité de la rupture du contrat de travail, sanction de la discrimination



## 3. Une différence de traitement liée à l'âge, envisageable à double condition

Les raisons qui peuvent rendre légitime une différence de traitement liée à l'âge sont principalement définies, mais de manière non exclusive, par l'article 6 de la directive que reprend, en l'aménageant, l'article L. 1133-2 du code du travail. Deux conditions cumulatives doivent être remplies :

- il faut que les différences de traitement fondées sur l'âge soient justifiées objectivement et raisonnablement par un but légitime, notamment, pour la directive, par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, ce qui est devenu dans la loi de transposition : « *par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi* » ;
- il faut encore que les moyens employés pour réaliser cet objectif (ce but) soient nécessaires et appropriés (L. 1133-2 : inversion des deux termes par rapport à la directive).

### 3.1. La première condition, le but légitime

La première condition soulève une double question : celle de la portée de l'énumération des causes justificatives qu'elle contient et celle de l'intensité du contrôle que le juge doit exercer sur la légitimité et l'objectivité du but poursuivi.

Sur ce dernier point, la CJUE exerce un contrôle qu'on pourrait qualifier de « *modéré* », pour le distinguer de celui qui concerne la seconde condition (celle des moyens employés). Même s'il y est dit que les États ont la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification, « *à concurrence d'un seuil probatoire élevé* » (formulation un peu mystérieuse...), les arrêts contiennent par ailleurs le plus souvent une clause « *de style* » qui rappelle que les États membres ou les partenaires sociaux disposent d'une

« *large marge d'appréciation dans le choix de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et d'emploi et dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser* » (notamment : 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, n° C-45/09), en paraissant d'ailleurs accorder un atout particulier au résultat d'une négociation collective qui constitue un « *droit fondamental* ». Ainsi, la CJUE a vu un objectif légitime dans une disposition qui affichait pour finalité de favoriser l'insertion des jeunes travailleurs (*Mangold*), d'encourager l'emploi en fixant un âge général de retraite (*Palacios de la Villa*), d'aider à la réinsertion professionnelle (*Age concern England*), d'inciter à l'emploi des jeunes en libérant l'employeur de certaines obligations (*Kücükdeveci*), ou d'assurer dans une profession un renouvellement des générations (*Vasil Ivanov Georgiev*).

Sur les objectifs légitimes, malgré l'utilisation de l'adverbe notamment, certains arrêts pourraient laisser penser que, pour la CJUE, seuls des objectifs en rapport avec une politique de l'emploi pourraient justifier la prise en considération d'un critère d'âge, sur le fondement de l'article 6 de la directive (*Age concern England*, C-388/07, où il est relevé que seules des mesures « *justifiées par des objectifs légitimes de politique sociale* » sont admises). La Cour de Luxembourg, qui n'exige pas que l'objectif poursuivi soit précisé dans la législation nationale, paraît, en réalité, faire une distinction entre, d'une part, des motifs d'intérêt général, jugés légitimes, incluant ceux qui sont liés à la politique de l'emploi, et des motifs d'opportunité économique, de réduction des coûts, propres à la situation de l'employeur, qui sont qualifiés de « *purement individuels* » et qui ne peuvent être retenus (*Age concern England*, § 46). Au demeurant, on l'a déjà dit, d'autres dispositions de la directive peuvent encore légitimer des mesures liées à l'âge du salarié. Ainsi, l'article 2 § 5, qui autorise les États à prendre des mesures nécessaires notamment à la sécurité publique et à la protection de la santé pourrait permettre de justifier une législation nationale qui fixe un âge limite de 68 ans pour l'exercice de la profession de dentiste (12 janvier 2010, *Petersen*, n° C-341/08). De même, l'article 4 § 1 autorise à pratiquer une différence de traitement liée à l'âge lorsque, en raison de la nature de l'activité

La préservation de la santé des travailleurs constitue un but légitime de différence de traitement

Des limites d'âge peuvent être justifiées sur la base de politiques sociales

professionnelle ou des conditions de son exercice, l'âge constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. C'est sur le fondement de ce texte que, dans l'arrêt *Wolf* (12 janvier 2010, n° C-229/08), la CJUE a admis que le recrutement dans un corps de sapeurs-pompiers pouvait être limité à 30 ans. L'article 6 de la directive n'est donc pas le seul siège des justifications admissibles. Et dans son arrêt *Prigge*, concernant les pilotes employés par la société Lufthansa, la Cour de Luxembourg a admis que des mesures destinées à garantir la sécurité aérienne par le contrôle des aptitudes et capacités des pilotes pouvaient relever de l'exclusion prévue par l'article 2 § 5 de la directive, en ce qu'il renvoie à la protection de la sécurité publique, tout comme de l'article 4, en ce qu'il permet une différence de traitement en fonction de l'âge liée à la nature de l'activité en cause ou aux conditions de son exercice, mais en refusant, toutefois, de voir dans la garantie de la sécurité aérienne un objectif légitime relevant de l'article 6, qui n'autorise que des objectifs de politique sociale.

### 3.2. La seconde condition, la proportionnalité des mesures employées

En ce qui concerne la seconde condition, qui se ramène à une exigence d'adéquation et de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens employés pour l'atteindre, la Cour de justice est plus circonspecte et c'est, le plus souvent, à ce stade du contrôle que la mesure est jugée inadaptée ou excessive, au regard des intérêts en présence. On peut prendre l'exemple de l'arrêt *Andersen* (C-499/08), même s'il ne concerne pas la retraite. Selon la législation en cause, le versement d'une indemnité « spéciale » de licenciement était exclu pour les salariés qui, au jour de la rupture de leur contrat, jouissaient d'une pension de retraite. Cette mesure d'exclusion a été jugée légitime, parce que cette indemnité était destinée à favoriser la réinsertion professionnelle des travailleurs les plus âgés. Mais la CJUE a estimé que cette exclusion portait une atteinte excessive aux droits des travailleurs, en ce qu'elle ne leur permettait pas de poursuivre leur travail, afin d'augmenter le montant de leur pension, cette poursuite les privant de l'indemnité. De même, dans l'affaire n° C-144/04 (*Mangold*), si l'objectif de favoriser la réinsertion professionnelle invoqué pour

justifier la liberté de conclure des contrats à durée déterminée avec des salariés sans emploi de plus de 52 ans, sans autre condition, a été jugé légitime, le moyen choisi a été considéré comme inapproprié, parce qu'il portait atteinte à la stabilité de l'emploi et parce qu'il reposait sur la prise en compte d'une condition d'âge abstraite. Dans l'affaire des dentistes autrichiens (*Petersen*, C-341/08), l'objectif de protection de la santé était légitime, mais il ne permettait pas de justifier la fixation d'un âge de cessation d'activité pour les seuls praticiens conventionnés, parce que cette mesure était inappropriée au regard de l'objectif annoncé, dès lors que les praticiens non conventionnés n'étaient pas soumis à la même limite. En revanche, la Cour de Luxembourg a admis que la législation espagnole permettant la mise à la retraite des travailleurs à l'âge de 65 ans, pourvu qu'ils bénéficient d'une pension complète, pouvait constituer un moyen raisonnable d'encourager l'emploi en libérant des postes de travail, la rupture du contrat ayant une contrepartie financière, constituée par la pension de retraite (*Palacios de la Villa*, C-411/05). Idem dans l'affaire *Rosenbladt* (C-45/09) : un âge de mise à la retraite fixé à 65 ans par une convention collective ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour promouvoir l'emploi, dès qu'il garantit aux intéressés une pension et ne les prive pas de la possibilité de travailler, s'ils le peuvent, au-delà de cet âge, ménageant ainsi un équilibre entre des intérêts concurrents. Il en va de même d'une législation qui fixe à 65 ans l'âge de la retraite des professeurs d'université bulgares, en permettant de les employer, après cet âge, par des contrats annuels renouvelables jusqu'à 68 ans, pour favoriser un renouvellement du corps, à la condition toutefois qu'il ne soit pas fait de différence entre les catégories d'enseignants du supérieur (C-250/09). C'est souvent sur ce point que butte le dispositif mis en place pour fixer un âge limite d'activité, dans la mesure où il est difficile de justifier que des catégories professionnelles qui se trouvent dans une situation similaire, au regard de l'objectif social poursuivi, soient traitées différemment (dentistes conventionnés / non conventionnés, maîtres de conférence / professeurs). Une telle différence de résultat fait alors douter du caractère pertinent des moyens employés.

### 3.3. Les spécificités des régimes français de retraite face à ces exigences

Cette observation permet de revenir aux arrêts rendus, en la matière, par la chambre sociale. Car s'agissant des pilotes de ligne (11 mai 2010, Bull. V, n° 105), dont le code de l'aviation civile fixait la limite d'activité à bord à 60 ans, la cassation de l'arrêt l'ayant admise est prononcée, parce que la cour d'appel aurait dû rechercher si cette limite était nécessaire à la réalisation de l'objectif de sécurité des vols invoqué, alors qu'elle n'était pas prévue pour d'autres emplois de pilotes et que l'association internationale de l'aviation civile préconisait de maintenir une activité de copilote de 60 à 65 ans, ce que le législateur français a finalement introduit depuis dans le code de l'aviation civile. On peut observer que, dans cet arrêt, la cour d'appel est suivie, lorsqu'elle juge que l'objectif de sécurité des vols est légitime. Il faut aussi relever à cette occasion que, pour le personnel navigant commercial (de cabine), soumis par décret à une limite d'âge de 55 ans, le Conseil d'État a considéré, en 2006 (25 avril 2006, n° 278.105) que cette limite répondait à un objectif de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de protection des travailleurs et qu'elle était proportionnée à cet objectif. Il n'est pas certain que cette position soit **aujourd'hui** en pleine harmonie avec l'approche de la CJUE. L'arrêt déjà cité qu'elle a rendu à propos des pilotes de la compagnie Lufthansa peut créer un doute à cet égard. C'est aussi pour défaut de base légale que l'arrêt admettant la limite d'âge applicable au personnel de l'Opéra de Paris a été cassé, faute pour la cour d'appel d'avoir vérifié si, pour la catégorie d'emploi considérée (administratif), cette limite répondait à un objectif légitime et si elle constituait un moyen approprié pour l'atteindre (11 mai 2010, Bull. V, n° 105). Les salariés de services administratifs ne sont pas nécessairement, à cet égard, dans la même situation que ceux du corps de ballet... On voit donc que le point faible du droit français, au regard des exigences de la directive de 2000, est constitué par ces régimes spéciaux, qui dérogent au droit commun de la mise à la retraite. C'est d'ailleurs encore à leur propos qu'ont été rendus les arrêts du 16 février 2011, concernant un cheminot (10-10465) et un agent d'EDF transféré à RTE transport

(09-72061). La différence de motivation que révèle la lecture de ces deux arrêts s'explique par le fait que, dans la procédure concernant la SNCF, la salariée avait, d'abord, contesté la légalité du statut et que son recours avait été rejeté par le Conseil d'État, le 19 mai 2006 (n° 274692), au motif que la limite d'âge statutaire n'était pas discriminatoire, en ce qu'elle était justifiée par des impératifs de gestion des effectifs. Le pourvoi contre l'arrêt, ayant pris une position contraire et jugé nulle la mise à la retraite de l'intéressée, est rejeté par un motif qui fait la distinction entre la validité de dispositions statutaires et la décision de l'employeur de les mettre en œuvre à l'égard d'un salarié déterminé. C'est cette décision que la cour d'appel avait jugée discriminatoire, en retenant que les motifs généraux avancés par l'employeur ne suffisaient pas à justifier sa décision. L'autre arrêt du même jour relatif à la mise en inactivité des agents EDF reprend la motivation des arrêts du 11 mai 2010.

Le régime général de mise à la retraite prévu par le code du travail semble, en revanche, soulever moins de difficultés, au regard de la directive. La Cour de Luxembourg admet, en effet, plus facilement qu'un âge de mise à la retraite soit fixé, dès lors que cette décision ne prive pas le salarié d'un revenu de substitution constitué par la pension de retraite, ni du droit d'exercer un autre emploi, conditions qui sont aujourd'hui réunies. Au surplus, les nouvelles dispositions issues de la loi du 17 décembre 2008 (2008-1330) qui subordonnent une mise à la retraite à l'accord du salarié, interrogé chaque année par l'employeur, jusqu'à l'âge de 70 ans, paraissent encore davantage satisfaire aux exigences de la directive.

**Pierre Bailly (Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation)**

## Chroniques des QPC (juin / août 2011)

Par Serge Marasco

Les QPC analysées pour la période considérée ont souvent porté sur le respect du principe d'égalité, et du principe d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion de préciser sa jurisprudence sur le principe de libre administration des collectivités territoriales. Sur les quinze QPC commentées, trois ont fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Au 15 septembre 2011, 250 QPC ont été transmises au Conseil constitutionnel.

### 1. Le principe d'égalité (148/154-QPC, 150-QPC, 155-QPC, 157-QPC, 158-QPC et 159-QPC)

#### 1.1. Réserver au seul héritier français un droit de prélèvement sur une succession entre des cohéritiers étrangers et français méconnaît le principe d'égalité devant la loi

Les lois étrangères peuvent avoir pour conséquence d'exclure certains héritiers français du droit d'hériter de biens situés en France, lorsque la personne dont ils héritent résidait à l'étranger.

Le Conseil constitutionnel a considéré qu'une règle matérielle de droit français pouvait déroger à la loi étrangère, afin de rétablir l'égalité entre les héritiers garantie par la loi française.

Mais, si la différence de traitement peut être fondée sur la circonstance que la loi étrangère privilégie l'héritier étranger au détriment de l'héritier français, le droit de prélèvement sur la succession ne peut être réservé au seul héritier français. La disposition contestée méconnaissait le principe d'égalité en ce qu'elle établissait une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère (la jouissance des droits successoraux n'est aucunement réservée aux nationaux par le code civil). La différence de traitement n'était donc pas en rapport direct avec l'objet de la loi, qui tend à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garantie par la loi française (159-QPC, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> considérants).

#### 1.2. Dans quatre décisions, le Conseil a jugé que le principe d'égalité était respecté

1.2.1. Le législateur a pu réserver le bénéfice de nouvelles procédures d'appel

et de recours en matière de visite ou de saisie fiscale ou douanière aux personnes ayant fait l'objet de telles opérations, pendant les trois années qui précèdent la date de publication de la loi, sans méconnaître le principe d'égalité.

Le Conseil a jugé que la différence de traitement entre les personnes selon la date de réalisation des opérations découle nécessairement de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le législateur est compétent pour fixer la date d'entrée en vigueur d'une loi, et il n'est notamment pas tenu de rendre toute loi rétroactive pour l'ensemble des situations passées (150-QPC, 7<sup>e</sup> considérant).

1.2.2. Réserver le bénéfice des pensions de réversion aux conjoints, à l'exclusion des membres survivants des couples non mariés, respecte le principe d'égalité.

Le Conseil a estimé que la différence de traitement devait être appréciée au regard d'une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi, qui vise à compenser en cas de décès d'un fonctionnaire la perte de revenus subie par le conjoint survivant.

Il a constaté que le législateur a défini trois régimes de vie de couple comprenant des droits et obligations distincts.

Le concubinage n'imposant aucune obligation réciproque et le PACS ne prévoyant aucune prestation compensatoire au profit de l'un des partenaires ni aucun droit successoral au survivant, il a jugé que la différence de traitement au bénéfice des seuls couples mariés en matière de pension de réversion ne méconnaissait pas le principe d'égalité (155-QPC).

1.2.3. La disposition interdisant le travail le dimanche en Alsace-Moselle dans les lieux

de vente au public ne peut être contestée au regard du principe d'égalité entre ces départements et les autres départements, dès lors que cette disposition découle de règles particulières antérieures à 1919 et maintenues en vigueur dans ces départements (157-QPC, 5<sup>e</sup> considérant ; voir les développements consacrés ci-dessous au principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif au droit applicable en Alsace-Moselle).

**1.2.4.** La journée de solidarité, qui fait peser l'effort demandé sur les seuls salariés, est jugée conforme au principe d'égalité.

La différence de traitement entre salariés et fonctionnaires, d'une part, et professions indépendantes et retraités, (non concernés par le dispositif), d'autre part, est considérée comme en rapport direct avec l'objet de la loi, qui vise à assurer un financement de la dépendance sans majorer les charges pesant sur les employeurs. Le législateur a ainsi pu faire porter l'effort sur les seuls salariés des secteurs public et privé qui bénéficient d'un régime de rémunération assorti d'une limitation de la durée du temps de travail.

Pour l'appréciation de la capacité contributive des employeurs, la neutralité économique recherchée justifie que le législateur retienne comme critère l'avantage tiré de l'allongement de la durée de travail (148/154-QPC, 21<sup>e</sup> et 22<sup>e</sup> considérants).

### **1.3. Le principe d'égalité devant les charges publiques**

Dans sa décision précitée sur la journée de solidarité, le Conseil a également considéré que le dispositif n'était pas constitutif d'une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, du fait qu'il se limitait à porter la durée annuelle du travail de 1.600 heures à un maximum de 1.607 heures et que la contribution corrélative des employeurs était fixée à 0,3 % de la masse salariale (148/154-QPC, 23<sup>e</sup> considérant).

Dans une décision relative à l'exonération de cotisation d'assurance vieillesse en matière d'aide à domicile, le Conseil a confirmé que le principe d'égalité devant les charges publiques s'appliquait aux cotisations sociales (cf. 24-QPC). En la

matière, une exonération doit être examinée comme un avantage fiscal : le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et relationnels en fonction des buts qu'il se propose. En l'occurrence, le législateur a entendu favoriser, pour le suivi social des personnes dépendantes, la coopération intercommunale spécialisée en matière d'aide sociale. Il a ainsi pu limiter l'exonération de cotisation aux centres communaux ou intercommunaux d'action sociale, à l'exclusion des SIVOM qui ont une compétence multiple, sans créer de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (158-QPC, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> considérants).

## **2. Le principe de libre administration des collectivités territoriales (142/145-QPC, 143-QPC, 144-QPC et 146-QPC)**

### **2.1. Le Conseil a censuré une disposition interdisant aux collectivités territoriales de moduler les aides allouées aux communes ou groupements compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause**

Si le législateur peut assujettir les collectivités territoriales à des obligations ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition que celles-ci poursuivent des fins d'intérêt général.

En l'occurrence, le Conseil a jugé que l'interdiction faite aux départements de moduler leurs subventions selon le mode de gestion du service restreignait la libre administration des collectivités territoriales, au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution.

### **2.2. Le Conseil a précisé les exigences constitutionnelles dans le domaine du concours de l'État au financement par les départements de diverses prestations sociales (RMI, RMA, RSA, APA et PCH)**

Sollicité par les départements, qui estimaient le concours de l'État insuffisant, le Conseil a rappelé et précisé sa jurisprudence relative à l'article 72-2 de la Constitution, qui prévoit en son 4<sup>e</sup> alinéa que

tout transfert de compétence entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice, et que toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales doit être accompagnée de ressources déterminées par la loi.

Ainsi :

- pour un transfert de compétences, le législateur est tenu d'attribuer aux collectivités les ressources correspondant aux charges constatées à la date du transfert ;
- pour les créations et extensions de compétences, ne sont visées que celles qui présentent un caractère obligatoire et il n'est fait obligation au législateur que de les accompagner de ressources dont il aura apprécié le niveau ;
- toutefois, dans ces deux hypothèses, les règles fixées par la loi ne sauraient avoir pour effet de restreindre les ressources des collectivités territoriales à un niveau qui dénaturerait le principe de libre administration de ces collectivités (142/145-QPC, 12<sup>e</sup> au 14<sup>e</sup> considérant).

Sous cette réserve, le législateur n'est donc pas tenu de prévoir une corrélation entre les ressources allouées et l'évolution ultérieure des dépenses.

L'article 72-2 de la Constitution n'impose pas non plus au législateur d'affecter une ressource particulière au financement d'un transfert, d'une création ou d'une extension de compétences, ni de maintenir dans le temps une telle affectation (144-QPC, 7<sup>e</sup> considérant).

Dans ses décisions, le Conseil a jugé que, pour l'essentiel, le financement compensatoire respectait le principe de libre administration des collectivités territoriales et l'article 72-2 de la Constitution, après avoir notamment relevé que les critères démographiques, sociaux et financiers qui permettaient de répartir les concours financiers entre les départements étaient fixés avec suffisamment de précision et de pertinence (143-QPC, 12<sup>e</sup> considérant et 144-QPC, 10<sup>e</sup> considérant).

Il a cependant émis trois réserves d'interprétation :

- La prise en charge par les départements de la part du RSA correspondant à l'allocation de parent isolé, dont le coût était assuré par l'État, ne peut être interprété que comme un transfert de compétences entre l'État et les départements, et doit donc être accompagné de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui y étaient consacrées (142/145-QPC, 24<sup>e</sup> considérant).
- Le pouvoir réglementaire devra fixer le taux de charges nettes de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) par rapport au potentiel fiscal de chaque département à un niveau permettant de ne pas entraver sa libre administration (143-QPC, 13<sup>e</sup> considérant). Même réserve pour la prestation de compensation du handicap (PCH), afin de ne pas dénaturer le principe de libre administration des collectivités territoriales (144-QPC, 10<sup>e</sup> considérant).
- Si l'augmentation des charges nettes faisait obstacle à la réalisation de la garantie prévue par la loi, il appartiendrait aux pouvoirs publics (et notamment au législateur) de prendre les mesures correctrices appropriées (mêmes considérants).

### 3. La liberté d'entreprendre (139-QPC et 157-QPC)

Deux décisions confirment que le Conseil laisse une grande marge d'appréciation au législateur pour limiter la liberté d'entreprendre.

Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (139-QPC, 3<sup>e</sup> considérant et 157-QPC, 6<sup>e</sup> considérant).

**3.1.** En imposant que certaines activités ne puissent être exercées que par des personnes justifiant d'une qualification professionnelle ou sous le contrôle de celles-ci, le législateur a adopté des mesures

propres à assurer une conciliation, qui n'est pas manifestement déséquilibrée, entre le respect de la liberté d'entreprendre et la protection de la santé, prévue par le 11<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que, avec la prévention des atteintes à l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle (139-QPC, 8<sup>e</sup> considérant).

Pour constater le caractère proportionné du dispositif, le Conseil a tenu compte des éléments de souplesse prévus par le législateur (les activités concernées sont limitativement énumérées et elles peuvent être exercées par des personnes dépourvues de qualification mais placées sous le contrôle d'une personne qualifiée, notamment (7<sup>e</sup> considérant)).

**3.2.** L'interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle dans les lieux de vente ouverts au public constitue une atteinte à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil a jugé qu'en maintenant l'interdiction d'exploiter tout établissement le dimanche, jour où l'emploi de salariés est interdit, le législateur a poursuivi un but d'intérêt général, ayant pour objet d'encadrer les conditions de la concurrence entre les établissements quels que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui y travaillent (la loi vise à éviter de pénaliser les entreprises qui emploient des salariés par rapport à des exploitants travaillant seuls ou en famille ; 157-QPC, 7<sup>e</sup> considérant, cf. décision 89-QPC).

Le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre la liberté d'entreprendre et les exigences du 10<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ») (8<sup>e</sup> considérant).

## **4. Le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe d'impartialité des juridictions (150-QPC et 147-QPC)**

### **4.1. Le droit à un recours juridictionnel effectif**

Dans le cadre de la réforme des perquisitions douanières, le Conseil a jugé

que le droit à un recours juridictionnel effectif n'imposait pas au législateur de faire bénéficier rétroactivement de voies de recours les personnes ayant fait l'objet, plus de trois ans avant la date de publication de la loi, d'opérations de visite ou de saisie demeurées sans suite ou ayant donné lieu à une notification d'infraction pour laquelle une transaction ou une décision de justice définitive était intervenue avant cette date (dans les autres cas, les personnes conservent le droit de contester la régularité de ces opérations devant les juridictions appelées à statuer sur les poursuites engagées sur leur fondement) (150-QPC, 8<sup>e</sup> considérant).

### **4.2. Le principe d'impartialité des juridictions**

Le Conseil a jugé que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit une procédure puisse prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation, à l'issue de cette instruction. En revanche, est contraire à la Constitution la faculté qui est donnée au juge des enfants chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité ayant renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants, de présider cette juridiction de jugement qui est habilitée à prononcer des peines.

Ce cumul des fonctions d'instruction et de jugement est jugé contraire au principe d'impartialité des juridictions : la direction d'enquête sur les faits reprochés au mineur et le préjugement qu'implique nécessairement la décision de renvoi de l'intéressé devant le tribunal sont incompatibles avec la participation au jugement de l'affaire du juge qui a pris à ces actes (147-QPC, 11<sup>e</sup> considérant).

## **5. La garantie des droits (141-QPC)**

Le législateur peut à tout moment modifier ou abroger des textes antérieurs, mais il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. Ainsi, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la DDHC s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif

d'intérêt général suffisant ou s'il portait aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit pas justifiée par un tel motif (5<sup>e</sup> considérant).

Les modifications ou retraits des autorisations délivrées par l'État au titre de la police des eaux ont été jugés par le Conseil comme ne portant pas aux situations légalement acquises une atteinte contraire à la garantie des droits. Le législateur n'a pas d'avantage porté atteinte aux contrats légalement conclus.

Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil a relevé que le champ des dispositions contestées était strictement proportionné aux buts d'intérêt général invoqués et que le législateur n'avait pas exclu toute indemnisation en cas de charge spéciale et exorbitante pour le bénéficiaire de l'autorisation.

Enfin, pour les concessions d'énergie hydraulique, les règlements d'eau ne peuvent être retirés au titre de la police des eaux et les modifications qui peuvent y être apportées ne peuvent « *remettre en cause l'équilibre général de la concession* ».

Le Conseil applique ici pour la première fois à un contrat de droit public sa jurisprudence relative au droit au maintien des contrats légalement conclus (6<sup>e</sup> au 10<sup>e</sup> considérant).

### 6. Le droit de propriété (141-QPC)

Les autorisations délivrées par l'État au titre de la police des eaux ne sauraient être assimilées à des biens objet pour leurs titulaires d'un droit de propriété (cf. décision n° 82-150 DC du 30 décembre 1982, 3<sup>e</sup> considérant, en ce qui concerne des autorisations d'exploiter des services de transports publics réguliers de personnes) (4<sup>e</sup> considérant).

### 7. La liberté individuelle (135/140-QPC)

Le Conseil a censuré deux dispositions en matière d'hospitalisation d'office :

- Dans l'hypothèse où le certificat médical établi par un psychiatre de l'établis-

sement ne confirme pas que l'intéressé doit faire l'objet de soins en hospitalisation, la loi ne prévoyait pas que la poursuite de l'hospitalisation d'office était conditionnée par un réexamen à bref délai de sa situation. Or seul ce réexamen est de nature à assurer que l'hospitalisation d'office est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade, à la sûreté des personnes ou à la préservation de l'ordre public. Le Conseil a jugé qu'en l'absence d'une telle garantie, la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution n'était pas respectée (10<sup>e</sup> considérant).

- La possibilité de maintenir l'hospitalisation d'office au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire méconnaît en outre les exigences de l'article 66 de la Constitution.

Même si les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté peuvent être pris en compte pour la détermination du délai d'intervention d'un juge, ce dernier doit être le plus court possible (même censure que pour l'hospitalisation à la demande d'un tiers, 71-QPC).

La loi Évin du 27 juin 1990 a repris le principe de deux procédures distinctes d'hospitalisation sans le consentement de l'intéressé : l'hospitalisation à la demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office.

Dans sa décision 71-QPC, le Conseil avait censuré l'article L. 3212-7 du code de la santé publique relatif à l'hospitalisation à la demande d'un tiers et émis une réserve d'interprétation concernant les droits de l'ensemble des personnes hospitalisées sans leur consentement : le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais (article L. 3211-12 du code de la santé publique).

La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a modifié le code de la santé publique afin de respecter les exigences constitutionnelles précisées par le Conseil constitutionnel : une lettre rectificative a introduit des



dispositions tendant à soumettre les mesures d'hospitalisation sans consentement au contrôle du juge des libertés et de la détention pour se conformer à la décision 71-QPC et un amendement du Gouvernement a été adopté en deuxième lecture au Sénat afin de prendre en compte la décision 135/140-QPC concernant l'hospitalisation d'office (L'article L. 3213-9-1 du CSP prévoit désormais un second avis psychiatrique pour le maintien en hospitalisation complète sur décision du représentant de l'État).

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le Conseil a déclaré contraires à la Constitution deux dispositions relatives à l'hospitalisation d'office dans leur rédaction antérieure à cette loi. L'article L. 3213-8 du CSP, en ce qu'il subordonne à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie immédiate d'une personne hospitalisée pénalement irresponsable, méconnaît les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution (décision n° 2011-185-QPC du 21 octobre 2011). Les mots « *ou à défaut, par la notoriété publique* » contenus à l'article L. 3213-2 du CSP sont contraires à l'article 66 de la Constitution : l'hospitalisation d'office en cas de péril imminent ne peut être attestée par la seule notoriété publique (décision n° 2011-174-QPC du 6 octobre 2011).

### 8. Le droit d'obtenir un emploi (139-QPC)

Le Conseil rappelle qu'il incombe au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution qui lui donne compétence pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit pour le plus grand nombre (4<sup>e</sup> considérant, cf. 98-QPC, 3<sup>e</sup> considérant).

Mais il exerce en l'occurrence un contrôle restreint, fondé sur l'erreur manifeste d'appréciation.

L'exigence de qualification professionnelle pour l'exercice de certaines activités a été jugée comme ne portant, en elle-même, aucune atteinte au droit d'obtenir un emploi (5<sup>e</sup> considérant).

### 9. L'article 5 de la DDHC (la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société) (139-QPC)

Cet article était invoqué par les requérants à l'encontre de la disposition exigeant une qualification professionnelle pour l'exercice de certaines activités. Le Conseil constitutionnel a combiné cet article avec d'autres dispositions pour examiner la constitutionnalité de certaines lois.

En l'occurrence, le Conseil d'État avait relevé que la combinaison de cet article de la DDHC avec le droit d'obtenir un emploi constituait une question nouvelle au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Le Conseil constitutionnel a cependant conservé le silence sur l'article 5 de la DDHC dans sa décision, en estimant que la disposition contestée n'était pas susceptible d'être regardée comme une éventuelle remise en cause des libertés publiques.

### 10. L'incompétence négative (139-QPC)

Le Conseil n'examine au fond ce grief que si la disposition en cause affecte un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Il a tenu compte des critères ainsi fixés par sa décision 5-QPC sans s'y référer expressément.

En l'occurrence, la liberté d'entreprendre pouvait être affectée par le renvoi à un décret en Conseil d'État auquel a procédé le législateur. Le Conseil a jugé que le législateur n'a pas délégué le pouvoir de fixer des règles ou des principes que la Constitution place dans le domaine de la loi, en confiant au pouvoir réglementaire le soin de préciser les diplômes ou les modalités de validation de l'expérience professionnelle qui justifient de la qualification.

Implicitement, il a donc signifié que le pouvoir réglementaire n'était pas autorisé à élargir la liste des activités concernées (9<sup>e</sup> considérant).

## 11. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (157-QPC et 147-QPC)

### 11.1. Le Conseil a dégagé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) en matière du droit applicable dans les départements d'Alsace-Moselle

L'interdiction du travail le dimanche dans les lieux de vente au public est fondée sur un particularisme du droit local alsacien-mosellan ; régime juridique créé en 1919 propre aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de Moselle.

Le Conseil d'État a toujours écarté la caducité de ce droit local au regard de la Constitution de 1958 mais le Conseil constitutionnel ne s'était jamais prononcé à ce sujet.

Le Conseil constitutionnel a considéré que les conditions qu'il pose traditionnellement pour reconnaître un PFRLR étaient réunies : ce principe a été jugé comme énonçant une règle suffisamment importante, édictée par une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 sans que l'une de ces dernières n'y ait dérogé. En l'espèce, au moins quatre lois de la République antérieures à 1946 ont rappelé l'applicabilité des dispositions spécifiques à l'Alsace-Moselle.

Le Conseil a donc dégagé un PFRLR selon lequel des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements alsaciens et mosellans peuvent demeurer en vigueur tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles.

Les PFRLR ont principalement été consacrés entre 1971 (décision n° 71-44 DC 1u 16 juillet 1971 sur la liberté d'association) et 1987 (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur la compétence exclusive de la juridiction administrative en matière d'annulation d'actes administratifs). Le Conseil n'a dégagé qu'une dizaine de PFRLR dont certains ont depuis été rattachés à des dispositions de valeur constitutionnelle et notamment à la DDHC, comme la liberté de conscience ou les droits de la défense.

Avant la décision n° 157-QPC, le dernier PFRLR, relatif à la justice des mineurs, avait été dégagé en 2002 (cf. 11.2.). La consécration d'un nouveau PFRLR mérite donc d'être soulignée.

Le Conseil a strictement circonscrit la portée de ce nouveau PFRLR :

- Les dispositions de droit local peuvent à tout moment être abrogées ou harmonisées avec le droit commun.
- À défaut d'une telle abrogation ou harmonisation, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues, ni leur champ d'application élargi.
- Ce principe doit être concilié avec les autres exigences constitutionnelles.

### 11.2. Le PFRLR relatif à la justice des mineurs (147-QPC)

Dans sa décision relative à la composition du tribunal pour enfants, le Conseil constitutionnel a rappelé la portée du PFRLR en matière de justice des mineurs, en reprenant intégralement le 26° considérant de sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 qui a dégagé ce principe.

Le Conseil rappelle ainsi qu'ont été consacrées par les lois de la République avant 1946 l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, ainsi que la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants, par des mesures adaptées prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées. En revanche, la responsabilité pénale des mineurs n'est pas écartée et des mesures contraignantes comme le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention peuvent être prises à leur encontre (9° considérant).

## 12. La notion de changement de circonstances (142/145-QPC)

Le Conseil constitutionnel avait jugé conformes à la Constitution les dispositions relatives à la compensation financière pour

les départements en matière de RMI et de RMA dans ses décisions n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 et n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003. Dans sa décision de renvoi, le Conseil d'État avait considéré que l'évolution défavorable des charges exposées depuis la date du transfert de compétence, amplifiée par une dynamique moindre des ressources disponibles pour en assurer le financement revêtait le caractère d'un changement dans les circonstances de fait de nature à justifier que la conformité de ces dispositions à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel.

Ce dernier a adopté une interprétation plus restrictive de la notion de changement de circonstances, conformément à sa jurisprudence antérieure où il n'a reconnu un changement de circonstances qu'en matière de garde à vue (14/22-QPC et 125-QPC). Il considère donc qu'il n'y a pas lieu, pour lui, de procéder à un nouvel examen de ces dispositions (17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> considérants).

### 13. Points de procédure (143-QPC, 147-QPC et 152-QPC)

#### 13.1. Incompétence : le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que d'une disposition législative

La disposition contestée consistait en une modification de l'article L. 238 du livre des procédures fiscales opérée par un décret de codification, qui subordonne à l'autorisation du tribunal correctionnel la possibilité pour l'intéressé d'apporter la preuve contraire des faits contestés par l'administration.

Le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur cette disposition qui ne revêt pas le caractère d'une disposition législative.

Cette décision pourra toutefois bénéficier au requérant. En effet, la qualification réglementaire s'impose au juge du litige qui ne pourra qu'écarter la mesure de codification opérée par décret, non conforme au texte législatif d'origine. C'est ce dernier que le juge devra appliquer (152-QPC, 4<sup>e</sup> considérant).

#### 13.2. Demande de récusation

Pour la première fois dans le cadre d'une QPC, le Conseil a été saisi d'une demande

de récusation de certains de ses membres. Deux n'ont pas siégé dans ces QPC, M. Chirac ne participe plus aux travaux du Conseil et ce dernier a estimé que les motifs invoqués n'étaient pas de nature à faire obstacle à la participation des trois autres membres dont la récusation était demandée (143-QPC).

### 14. Effets dans le temps (135/140-QPC, 146-QPC et 147-QPC)

Dans sa décision qui déclare inconstitutionnelle l'interdiction de moduler les aides des départements aux communes en matière d'eau potable et d'assainissement en fonction du mode de gestion du service, le Conseil indique que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la décision et peut être invoquée dans les instances en cours à cette date (146-QPC).

En revanche, il a reporté les effets dans le temps de ses deux autres déclarations d'inconstitutionnalité, au regard des « *conséquences manifestement excessives* » qu'auraient entraînées une abrogation immédiate.

En matière d'hospitalisation d'office, il a ainsi reporté la date de l'abrogation au 1<sup>er</sup> août 2011 et précisé que les mesures d'hospitalisation prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne pouvaient être contestées sur ce fondement (135/140-QPC).

En ce qui concerne le cumul des fonctions d'instruction et de jugement du juge pour enfants, le Conseil a par ailleurs estimé que l'abrogation immédiate de la disposition déclarée contraire à la Constitution méconnaîtrait le PFRLR en matière de justice pénale des mineurs en faisant disparaître toute juridiction spécialisée pour juger des mineurs. Il a laissé un délai relativement long au législateur, en reportant au 1<sup>er</sup> janvier 2013 la date de cette abrogation, compte tenu de la complexité de la réforme à opérer et du calendrier parlementaire lié aux échéances électorales (147-QPC).

**Serge Marasco (Direction des affaires juridiques)**

## ANNEXE Les 15 QPC analysées (juin-août 2011)

N° QPC	Date	Nom des parties	Sujet
135/140 QPC	9 juin 2011	M. Abdellatif B.	Hospitalisation d'office
139 QPC	24 juin 2011	Association pour le droit à l'initiative économique	Conditions d'exercice de certaines activités artisanales
141 QPC	24 juin 2011	Société Électricité de France	Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation
142/145 QPC	30 juin 2011	Départements de la Seine-Saint-Denis et autres	Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA
143 QPC	30 juin 2011	Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault	Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie
144 QPC	30 juin 2011	Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor	Concours de l'État au financement par les départements de la prestation handicap
146 QPC	8 juillet 2011	Département des Landes	Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement
147 QPC	8 juillet 2011	M. Tarek J.	Composition du tribunal pour enfants
150 QPC	13 juillet 2011	SAS VESTEL France	Perquisitions douanières
148/154 QPC	22 juillet 2011	M. Bruno L.	Journée de solidarité
152 QPC	22 juillet 2011	M. Claude C.	Disposition réglementaire – Incompétence
155 QPC	29 juillet 2011	Mme Laurence L.	Pension de réversion et couples non mariés
157 QPC	5 août 2011	Société SOMODIA	Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle
158 QPC	5 août 2011	SIVOM de la Communauté du Bruaysis	Exonération de cotisation d'assurance vieillesse en matière d'aide à domicile
159 QPC	5 août 2011	Mme Elke B.	Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français

## L'obligation de reprise des salariés en cas de transfert d'une entité économique à une personne publique dans le cadre d'un service public administratif

Par Julien Détails

**L'article L. 1224-3 du code du travail prévoit que les salariés d'une entité économique, dont l'activité est reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, doivent se voir proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur contrat de travail. Le refus de leur part d'accepter les termes du nouveau contrat proposé est assimilé par le juge à une cause réelle et sérieuse de licenciement.**

Selon l'article L.1224-1 du code du travail (ex-article L. 122-12, alinéa 2), lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

La Cour de cassation, comme le Conseil d'État, ont longtemps considéré que cette disposition n'était pas applicable en cas de reprise de l'activité économique par une personne publique<sup>1</sup>, sauf dans l'hypothèse où l'activité était reprise par un EPIC.

La directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements fait entrer les entreprises publiques dans son champ d'application dès lors qu'elles exercent une activité économique<sup>2</sup>. Est seulement exclu du champ de la directive « *une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques* », ce qui révèle l'étroitesse de cette exception. Cette approche restrictive des exclusions avait déjà été mise en œuvre par la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt Henke, du 15 octobre 1996 (n° C-298/94). Saisie d'une question préjudicielle posée par le conseil de prud'hommes de Metz, cette même Cour a, par ailleurs, jugé que la circonstance que le repreneur soit une personne publique gérant un service public administratif ne faisait pas obstacle à l'application de la directive sur les transferts (26 septembre 2000, Mayeur, n° C-175/99).

C'est en considération de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg que la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence en 2002 en jugeant que l'article L. 1224-1 du code du travail s'appliquait lorsqu'une activité économique est reprise par une personne publique<sup>3</sup>.

Le Conseil d'État a jugé que « *lorsque l'activité économique d'une entité employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière [...], soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure [...] où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle*<sup>4</sup> ».

Afin de se conformer aux dispositions communautaires, le législateur a entrepris la transposition de la directive du 12 mars 2001. L'article L. 1224-3 du code du travail, issu de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, prévoit ainsi que, « *lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.*

*Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle*

<sup>1</sup> Cass. Soc., 24 octobre 1989, n° 84-44.751, et CE, 23 octobre 1987, *Siguiet*, n° 67627.

<sup>2</sup> Article 1 §1 C de la directive n° 2001/23/CE.

<sup>3</sup> Cass. Soc., 25 juin 2002, n° 01-43.467, 01-43.477, 01-43.499.

<sup>4</sup> CE, 22 octobre 2004, *Lamblin*.

*propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.*

*En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat<sup>5</sup>.* »

Le présent article analyse la portée de cette obligation.

## 1. La condition de reprise des salariés : le transfert d'une entité économique à une personne publique

L'obligation de reprise des salariés est subordonnée au transfert d'une entité économique.

### 1.1. La notion d'entité économique

La CJCE juge qu'« une entité économique ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée. Son identité ressort également d'autres éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition<sup>6</sup>. »

La Cour de cassation définit l'entité économique comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre<sup>7</sup> ».

Cet ensemble est donc constitué de trois éléments :

- une activité économique, qui peut être une activité de production ou de services,

<sup>5</sup> L'article 1224-3 du code du travail a été créé par l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, et modifié par l'article 24 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. La règle qu'il pose figure également à l'article 14 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>6</sup> CJCE, 11 mars 1997, *Ayşe Süzen*, aff. C 13/95, point 15.

<sup>7</sup> Cass. Soc., 16 juillet 1998, n° 96-21.

- des personnels,
- des éléments corporels ou incorporels nécessaires à l'exploitation.

### 1.2. La notion de transfert

Pour la Cour de cassation<sup>8</sup>, le transfert d'une entité économique est caractérisé lorsque :

- l'activité est poursuivie ou reprise,
- l'entité économique conserve son identité.

L'entité conserve son identité lorsque l'activité et les moyens nécessaires à sa réalisation sont transférés. En conséquence, la condition selon laquelle l'activité doit être « poursuivie ou reprise » a parfois du mal à se distinguer de la condition d'identité. Le juge se prononce au cas par cas en fonction des éléments de l'espèce<sup>9</sup>.

La CJCE a jugé que « pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens immobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités<sup>10</sup> ».

Le juge communautaire a ensuite précisé que « l'importance respective à accorder aux différents critères de l'existence d'un transfert varie nécessairement en fonction de l'activité exercée, voire des méthodes de production ou d'exploitation utilisées dans l'entreprise en cause. Dès lors, en particulier, qu'une entité économique peut, dans certains secteurs, fonctionner sans éléments d'actifs, corporels ou incorporels, significatifs, le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle fait l'objet ne saurait, par hypothèse, dépendre de la cession de tels éléments<sup>11</sup> ».

<sup>8</sup> Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730.

<sup>9</sup> Voir Lamy social, 2011, n° 2037 et suivants.

<sup>10</sup> CJCE, 18 mars 1986, *Spijkers*, aff. 24/85.

<sup>11</sup> CJCE, 11 mars 1997, *Ayşe Süzen*, aff. C13/95, point 18.

L'entité économique se structure autour de l'activité, du personnel et des éléments corporels et incorporels qui la compose

Le transfert d'une entité économique est caractérisé par le suivi de l'activité et l'identité de l'entité économique

Le juge recourt donc à la technique du faisceau d'indices pour déterminer si la condition de transfert est réalisée. À chaque cas d'espèce, les critères retenus par la CJUE se révèlent plus ou moins déterminants en fonction de l'activité de l'entité économique.

Cette analyse n'est toutefois pas exactement celle de la Cour de cassation, qui se refuse à voir dans la seule reprise d'un nombre significatif de salariés un critère d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, en considérant que la reprise du personnel constitue la conséquence normale et non la cause du transfert de l'entreprise, entendue comme une entité économique autonome (Cass. Soc., 28 novembre 2007, n° 06-42379). Elle exige donc que d'autres éléments d'exploitation, corporels ou incorporels, soient transmis au cessionnaire. Ainsi, la transmission d'un savoir-faire détenu par les salariés de l'entreprise peut caractériser un transfert d'entité économique (Cass. Soc., 11 juin 2008, n° 07-41394).

## 2. Les modalités de reprise des salariés

Les modalités de reprise des salariés sont encadrées.

### 2.1. L'obligation de proposer un contrat de droit public

Aux termes de l'article L. 1224-3 du code du travail, il appartient à la personne publique de proposer aux salariés repris un contrat de droit public.

Cette disposition emporte deux conséquences :

- la personne publique a l'obligation de proposer aux salariés transférés un contrat de droit public (dans l'hypothèse où elle ne s'acquitterait pas de son obligation, les salariés peuvent alors attenter une action en justice pour rupture abusive de leur contrat de travail<sup>12</sup>) ;
- la personne publique doit continuer à rémunérer les salariés dans les conditions prévues par leur contrat de

droit privé, depuis la reprise de l'activité jusqu'à leur acceptation du contrat de droit public ou leur licenciement s'ils le refusent<sup>13</sup>.

Si ces règles ne sont pas respectées, le juge judiciaire, qui est compétent pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution et à la rupture du contrat de travail tant que le nouvel employeur n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public, peut condamner la personne publique à des dommages et intérêts et au paiement des salaires dus.

Cependant, le juge judiciaire ne peut, ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé aux salariés, ni faire injonction à l'employeur de droit public de proposer un tel contrat. Il peut seulement, en cas de difficulté sérieuse, surseoir à statuer et inviter les parties à saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conformité des offres faites par le nouvel employeur.

### 2.2. La reprise des clauses substantielles du contrat de droit privé

Le principe de la reprise des clauses substantielles du contrat de droit privé, posé par l'article L. 1224-3 du code du travail, s'applique « *sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares* ».

Le législateur n'a pas défini la notion de clauses substantielles du contrat de travail. La rémunération y est toutefois expressément incluse.

Le Conseil d'État juge ainsi que cette disposition ne peut s'interpréter comme autorisant la personne publique à proposer aux salariés « *une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert*<sup>14</sup> ».

Ce maintien du niveau de la rémunération est toutefois tempéré par l'article L. 1224-3 qui prévoit que le salarié qui se voit proposer

**Le juge judiciaire ne peut, ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé aux salariés, ni faire injonction à l'employeur de droit public de proposer un tel contrat**

**La diminution de rémunération représente une modification substantielle du contrat du salarié repris**

<sup>12</sup> Cass. Soc., 16 décembre 2008, n° 07-43.419.

<sup>13</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 09-40.679.

<sup>14</sup> CE, avis, 27 mai 2007, Manolis, n° 299307.

un contrat de droit public ne peut prétendre conserver sa rémunération si celle-ci est contraire aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents publics non titulaires.

Le Conseil d'État a déduit de ces dispositions qu'elles « ont pour objet et pour effet de faire obstacle à ce que soient reprises dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excèderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires<sup>15</sup> ».

### 3. Le refus du salarié d'accepter le contrat de droit public est un motif de licenciement autre qu'économique

Selon la Cour de cassation, le licenciement du salarié qui refuse le contrat de droit public doit être prononcé dans les conditions prévues par le code du travail, mais la cause de la rupture ne relève pas des dispositions applicables aux licenciements économiques ; « le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement<sup>16</sup> ».

Dans un arrêt du 2 décembre 2009, la Cour de cassation a précisé que ce refus par le salarié du nouveau contrat ne constitue pas un motif économique de licenciement, dès lors qu'il n'est pas possible pour l'employeur public, « au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont relève son personnel, de maintenir le contrat de travail de droit privé en cours au jour du transfert ou d'offrir à l'intéressé un emploi reprenant les conditions de ce contrat<sup>17</sup> ».

Cette jurisprudence est en harmonie avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans un arrêt Delahaye (11 novembre 2004, C-425/02), a jugé que la directive 77/187 du 14 février 1977 ne s'opposait pas, « en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public,

à l'application du droit national prescrivant la résiliation des contrats de travail de droit privé [...]. Toutefois, une telle résiliation doit s'analyser, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 77/187, en une modification substantielle des conditions de travail, au détriment du travailleur, résultant directement du transfert. » Dans cette hypothèse, la résiliation des contrats de travail doit être regardée comme « intervenue du fait de l'employeur ».

### Conclusion

La mise en œuvre de l'article L. 1224-3 du code du travail est délicate car il faut concilier les règles de droit privé avec les exigences du droit public.

Si l'objectif du législateur a été de transposer la directive du 12 mars 2001, sa volonté a également été de préserver les spécificités du droit public français et notamment la jurisprudence Berkani selon laquelle « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi<sup>18</sup> ».

En supprimant la possibilité ouverte par le juge de conserver les contrats de droit privé<sup>19</sup>, le législateur a entendu préserver les spécificités liées au service public administratif. Il a, en même temps, introduit une importante source de difficultés découlant de l'obligation qu'a désormais la personne publique de faire passer les personnels d'un statut de salarié à celui d'agent public.

### Julien Détails (Direction des affaires juridiques)

<sup>15</sup> CE, avis, 27 mai 2007, Manolis, n° 299307.

<sup>16</sup> Cass. Soc., 30 septembre 2009, n° 08-40.846.

<sup>17</sup> Cass. Soc., 2 décembre 2009, n° 07-45.304.

<sup>18</sup> TC, 25 mars 1996, M. Berkani c/ Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de Lyon, n° 03000.

<sup>19</sup> Voir *supra*.



## Typologie et impact des règles de politique budgétaire

Par Florence Huart

**Les règles de politique budgétaire sont généralement mises en place pour consolider des plans d'ajustement budgétaire, c'est-à-dire rendre durables les efforts de réduction des déficits publics. Ainsi, dans l'Union européenne (UE), leur nombre s'est accru à partir de la première moitié de la décennie 1990, après les programmes de consolidation budgétaire adoptés pour réduire les déficits publics, qui étaient en forte augmentation pendant la récession du début de la décennie.**

*Cet article a été publié dans le numéro de novembre 2011 de la revue Gestion et finances publiques.*

L'adoption des règles suit et ne précède pas les plans d'ajustement budgétaire. Elles sont conçues pour favoriser la discipline budgétaire. D'ailleurs, certains pays européens ont mis en place de nouvelles règles de politique budgétaire nationales (ou d'autres ont modifié des règles anciennes) pour mieux se conformer aux règles supranationales du Pacte de Stabilité et de Croissance (PSC), qui, adopté en 1997, pérennise les critères budgétaires du Traité de Maastricht. Si les règles de politique budgétaire ont pour objet de garantir la soutenabilité des finances publiques à long terme, on peut néanmoins les évaluer en tenant compte de leurs effets sur d'autres objectifs liés à la gestion des finances publiques, à savoir l'efficacité dans l'allocation des ressources et la fonction de stabilisation des fluctuations économiques conjoncturelles. En effet, les propriétés d'une règle de politique budgétaire devraient intégrer ces dimensions.

Nous proposons de faire ici une présentation des différents types de règles de politique budgétaire avant de discuter l'évaluation de leurs effets. Pour commencer, il convient de définir la notion de règle budgétaire et d'exposer les principes généraux relatifs aux caractéristiques des règles budgétaires<sup>1</sup>.

### 1. Définition et caractéristiques des règles de politique budgétaire

Si l'on suit la définition souvent citée du travail de Kopits et Symansky (1998), « *une règle budgétaire impose une contrainte permanente à la politique budgétaire, qui*

*est exprimée en termes d'un indicateur synthétique de résultats budgétaires* », tels que le solde budgétaire, l'emprunt, la dette, les dépenses ou les recettes<sup>2</sup>. De telles règles de politique budgétaire fixent souvent des objectifs quantitatifs à des agrégats budgétaires. On doit distinguer ces règles numériques (cibles budgétaires) des règles procédurales qui, elles, concernent les différentes étapes de la procédure budgétaire (conditions de préparation, de vote, d'exécution et de contrôle du budget<sup>3</sup>). Quant aux bonnes propriétés d'une règle budgétaire, ces auteurs établissent qu'elle devrait être « *bien définie, transparente, adéquate, cohérente, simple, flexible, exécutoire, et efficiente* ».

**La règle doit être précise** en ce qui concerne l'indicateur budgétaire ciblé, les niveaux d'administrations publiques concernés (ensemble des administrations publiques, État et administration centrale, collectivités territoriales, administrations de sécurité sociale), ainsi que les clauses dérogatoires, pour éviter toute ambiguïté lorsqu'il faut vérifier qu'elle est bien respectée. À cet égard, une règle s'appliquant au budget total est préférable à une règle s'appliquant au budget courant, parce que la définition et la mesure des dépenses d'investissement sont ambiguës. Le PSC précise les circonstances exceptionnelles pour lesquelles un dépassement de la valeur de référence du déficit public (3 % du PIB) est autorisé, à savoir une récession sévère (chute d'au moins 2 % de la croissance du PIB réel) ou un ralentissement économique prolongé.

<sup>1</sup> Nous utilisons la base de données de la Commission européenne sur les règles budgétaires : [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/db\\_indicators/fiscal\\_governance/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/fiscal_governance/index_en.htm)

Pour une analyse des fondements théoriques des règles budgétaires, voir la première partie de l'article suivant : Huart F. (2010), « *Le débat sur les règles de politique budgétaire* », Cahiers français, No. 359, La Documentation française.

<sup>2</sup> Kopits G. and S. Symansky (1998), « *Fiscal policy rules* », IMF Occasional Paper, No. 162.

<sup>3</sup> L'objet de l'article est de présenter les règles de politique budgétaire numériques. Mais nous évoquerons aussi les règles procédurales car ces dernières sont essentielles à l'efficacité des premières.

**Une règle numérique est en principe transparente** (car mesurable). La transparence est indispensable non seulement pour gagner le soutien du Parlement et du public mais aussi pour rendre prévisible la politique économique. Toutefois, la transparence d'une règle numérique peut être réduite si l'indicateur budgétaire choisi est complexe ou si les administrations publiques peuvent contourner la règle. La transparence doit alors concerner également les procédures budgétaires, en particulier les prévisions et la comptabilité. En effet, les Gouvernements ont tendance à préparer leur budget avec des prévisions de croissance optimistes (Allemagne, Italie, France) quitte à blâmer la conjoncture lorsque les dérapages budgétaires sont importants, alors que dans les pays où le budget doit être préparé sur la base des prévisions d'une institution budgétaire indépendante (Autriche, Belgique, Pays-Bas), les prévisions de croissance apparaissent prudentes<sup>4</sup>, ce qui peut faire apparaître des « *dividendes de la croissance* » (dépenses moins élevées que prévu et recettes plus élevées que prévu) qui facilitent la réduction des déficits.

**La règle doit être appropriée à l'objectif fixé.** Un objectif de soutenabilité à long terme des finances publiques nécessite une règle de dette qui s'exprime comme une limite maximale au ratio dette publique / PIB ou comme une stabilité de ce ratio, ou une règle de solde budgétaire primaire (solde budgétaire hors charges d'intérêts) qui impose un excédent budgétaire primaire minimal. Le Traité de Maastricht retient un plafond de dette en pourcentage du PIB en définissant la dette en termes bruts (seuls les passifs financiers sont comptabilisés). L'inconvénient d'une cible de dette est que le choix du niveau de dette désirable est arbitraire. De plus, la dette nette (passifs financiers – actifs financiers) est plus adéquate pour juger la solvabilité des administrations publiques que la dette brute, car les actifs financiers seront mobilisables pour rembourser les dettes qui arriveront à maturité. Cependant, la valeur future des actifs financiers est incertaine (fluctuante selon les conditions de marchés). Par

ailleurs, pour pérenniser les mesures de consolidation budgétaire, une cible pluriannuelle est préférable à une cible annuelle parce qu'il convient d'éviter les comportements de reports de dépenses à l'année suivante lorsque la cible risque de ne pas être respectée dans le cadre de l'annualité.

**La règle doit être cohérente et compatible avec d'autres objectifs de la politique économique.** À cet égard, les deux valeurs de référence du Traité de Maastricht, reprises dans le PSC, sont compatibles entre elles sous certaines hypothèses économiques<sup>5</sup>. En outre, la nouvelle version du PSC prévoit que, dans la surveillance des positions budgétaires, la Commission européenne tient compte de l'impact des réformes structurelles sur les soldes budgétaires. Par exemple, dans le financement des retraites, l'introduction d'un régime par capitalisation obligatoire améliore la situation des finances publiques dans le long terme en diminuant les dépenses de retraite, mais elle peut se traduire dans le court terme par une détérioration des soldes publics si elle s'accompagne d'une réduction des recettes de cotisations sociales finançant le régime par répartition.

**La règle doit être simple** pour qu'elle soit facilement acceptée et contrôlée par le Parlement et par le public. De ce point de vue, la proposition (rejetée) d'un amendement à la Constitution des États-Unis en 1997 pour mettre en place une règle de budget fédéral équilibré pouvait recueillir un soutien plus large qu'une règle de budget structurel (budget corrigé des fluctuations cycliques), comme aux Pays-Bas dans les années 1960, dont la cible numérique peut être régulièrement révisée en fonction des estimations de l'écart de production (*output gap*<sup>6</sup>).

<sup>5</sup> On peut montrer que pour stabiliser la dette publique à 60 % du PIB, il faut un déficit public de 3 % du PIB, avec les hypothèses d'un taux d'intérêt nominal de long terme de 5 %, d'un taux d'inflation de 2 % et d'un taux de croissance du PIB réel de 3 %. Il reste que le chiffre retenu pour stabiliser la dette est arbitraire (il correspond à une moyenne observée dans les pays de la Communauté européenne dans la deuxième moitié des années 1980).

<sup>6</sup> L'écart de production est une mesure du cycle économique. Il est égal à la différence entre la croissance du PIB effective (observée et mesurée chaque année) et la croissance du PIB potentiel

<sup>4</sup> Lebrun I. (2007), Fiscal councils, independent forecasts and the budgetary process : lessons from the Belgian case, in J. Ayuso-i-Casals et al, eds., « *The role of fiscal rules and budgetary institutions in shaping budgetary outcomes* », Economic Paper No. 275, European Economy.

**La règle doit être flexible** pour que les autorités puissent utiliser la politique budgétaire comme outil de stabilisation lorsque des chocs exogènes surviennent. Cela peut être une règle de budget équilibré sur un horizon temporel de moyen terme s'appliquant au budget structurel, ce qui permet des écarts cycliques à court terme par rapport à la règle. Cela peut être aussi une règle de dépenses (norme de progression) dont l'avantage est non seulement de permettre aux stabilisateurs automatiques de fonctionner (ils reposent essentiellement sur les recettes fiscales<sup>7</sup>), mais aussi d'empêcher que la politique budgétaire ne soit procyclique pendant les bonnes périodes (c'est-à-dire éviter que des recettes fiscales plus élevées que prévu, lorsque la conjoncture est favorable, ne donnent lieu à des hausses de dépenses).

**La règle doit être exécutoire.** Les règles, qui sont de simples déclarations d'intention ou reposent sur un engagement politique faible (accord gouvernemental ou politique) et ne comportent pas des mécanismes de contrôle et de sanctions, sont considérées comme des règles « faibles ». Au contraire, les règles « strictes » s'appuient, elles, sur un engagement politique fort ou une base légale ou constitutionnelle, sur une programmation pluriannuelle de cibles couvrant une grande partie des finances publiques, sur des dispositions qui prévoient explicitement des vérifications par une institution budgétaire indépendante ainsi que des sanctions (automatiques ou votées par le Parlement) dans le cas d'un non-respect de la règle<sup>8</sup>. Dans l'UE, le PSC prévoit des sanctions sous la forme d'un dépôt non rémunéré avec une partie fixe égale à 0,2 % du PIB et une partie variable qui est égale à un dixième de l'écart entre le déficit effectif et la valeur de référence de

---

(estimée sur longue période). Cette dernière est la croissance du PIB qui serait obtenue à long terme si toutes les ressources disponibles (naturelles, en travail, en capital) étaient employées de manière efficiente compte tenu de l'état de la technologie et des connaissances.

<sup>7</sup> Les stabilisateurs automatiques correspondent d'abord à la réaction spontanée des composantes du budget aux variations du PIB et de ses composantes (c'est la sensibilité cyclique du budget), et ensuite, à l'impact de ces variations cycliques du budget sur le PIB et ses composantes (c'est le jeu des stabilisateurs automatiques).

<sup>8</sup> EC (2003), « *Public finances in EMU – 2003* », European Economy.

3 % du PIB (le dépôt étant plafonné à 0,5 % du PIB). Cependant, les sanctions relèvent d'une décision politique, ce qui réduit la crédibilité de la règle, donc son efficacité, en témoigne l'épisode du 25 novembre 2003, où le Conseil des ministres des finances européen n'a pas voté les sanctions contre l'Allemagne et la France, en dépit de déficits publics « excessifs » au sens de Maastricht<sup>9</sup>. En Autriche, le Pacte de stabilité interne prévoit des sanctions qui s'appliquent au niveau d'administrations publiques responsable des dérapages budgétaires, sauf dans le cas d'un fort ralentissement économique. Au Canada, la plupart des provinces ont une règle d'équilibre budgétaire, avec des sanctions qui peuvent être des baisses de salaires pour des ministres ou des élections forcées<sup>10</sup>.

**La règle doit être efficace** au sens où elle n'entraîne pas de distorsions dans l'allocation des ressources. De ce point de vue, un inconvénient des cibles de déficit et de dette est qu'elles peuvent être satisfaites par des ajustements d'impôts (plus élevés) ou de dépenses (plus faibles) qui se fassent au détriment de la croissance économique.

Il n'existe pas de règles qui comportent toutes ces caractéristiques, parce qu'il y a des arbitrages entre certaines caractéristiques, notamment entre la flexibilité et la simplicité. Entre autres, une règle de budget structurel est flexible, car elle laisse fonctionner les stabilisateurs automatiques, mais elle est complexe, car elle n'est pas observable et repose sur une mesure de l'écart de production qui est imprécise et dépend de la méthode utilisée. De même, une règle de solde budgétaire courant est préférable à une règle de solde budgétaire total si l'on veut éviter que les efforts d'ajustement budgétaire ne nuisent à l'objectif de croissance économique en

---

<sup>9</sup> La commission européenne a déposé une plainte auprès de la Cour de justice des communautés européennes, contre le conseil européen, parce qu'il n'a pas respecté la procédure relative aux déficits publics excessifs. Le 13 juillet 2004, la Cour de justice lui donne raison : les États membres doivent respecter les règles du PSC ou le modifier. Le PSC sera réformé en 2005.

<sup>10</sup> OCDE (2002), « *Soutenabilité budgétaire : le rôle des règles* », Perspectives économiques de l'OCDE, No. 72.

faisant porter le poids de l'ajustement sur l'investissement public, mais elle est peu précise, car la distinction entre opérations courantes et opérations en capital peut paraître incertaine (et diffère selon les conventions comptables des pays) voire arbitraire (les dépenses d'éducation et de santé peuvent être considérées comme des dépenses d'investissement en capital humain). De plus, l'investissement public n'est pas toujours productif.

## 2. Typologie des règles de politique budgétaire

Les règles relatives aux finances publiques sont aujourd'hui répandues. Le FMI (2009) recense 80 pays ayant des règles budgétaires supranationales ou nationales au début de l'année 2009<sup>11</sup>. Dans l'UE, tous les pays membres sauf trois pays – la Grèce, Chypre et Malte – ont adopté des règles budgétaires nationales. La Commission européenne (2009) dénombre une soixantaine de règles en 2008 (et en vigueur au-delà de cette date) dans les pays de l'UE contre une dizaine en 1990 (tableau 1<sup>12</sup>).

**Tableau 1. Types et nombre de règles budgétaires dans les pays de l'UE en vigueur en 2008 et au-delà**

Règle de solde budgétaire	Plafond nominal	Plafond en % du PIB	Règle d'or	Budget équilibré	Budget structurel	Total
	6	2	5	9	3	25
	IE, IT(2), LT, LU, PT	AT, ES	DE(3), FR, UK	BE(3), EE, FI, HU, PT, RO, SE	DK, FI, SE	
Règles de dettes	Plafond nominal	Plafond en % du PIB	Plafond / capacité de remboursement	Autre		Total
	6	4	7	2		18
	DE, ES, LT, LU, LV, PT	BG, PL, SI, UK	EE, ES, HU, RO, SI, SK	ES, FR		
Règles de dépenses	Plafond nominal	Plafond réel	Taux de croissance nominal	Taux de croissance réel	Autre	Total
	5	2	4	3	3	17
	CZ, IE, IT, SE, SK	FI, NL	DE, IT, LT, LU	BE, DK, FR	BG, FR, IE	
Règles de recettes	Pression fiscale en % du PIB	Limites sur les taux d'imposition	Affectation des recettes imprévues	Autre		Total
	0	1	4	1		6
		DK	FI, FR, LT, NL	LV		

Note : une même règle peut être comptabilisée plusieurs fois dans un même pays si elle est appliquée différemment selon le niveau d'administrations publiques.

BE : Belgique. CZ : République tchèque. DK : Danemark. DE : Allemagne. EE : Estonie. ES : Espagne. FR : France. IE : Irlande. IT : Italie. LV : Lettonie. LT : Lituanie. LU : Luxembourg. HU : Hongrie. NL : Pays-Bas. AT : Autriche. PL : Pologne. PT : Portugal. SI : Slovénie. SK : Slovaquie. FI : Finlande. SE : Suède. UK : Royaume-Uni. RO : Roumanie. BG : Bulgarie.

Source : base de données sur les règles budgétaires numériques de la Commission européenne (DG Affaires économiques et financières).

<sup>11</sup> IMF (2009), « *Fiscal Rules – Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances* ».

<sup>12</sup> EC (2009), « *Public finances in EMU – 2009* », European Economy.

Ces règles diffèrent selon l'indicateur budgétaire retenu, le niveau d'administrations publiques concerné par la règle, la définition de la cible (en termes réels ou nominaux, avec un plafond ou un taux de croissance), la date d'introduction de la règle, l'horizon considéré, le statut de la règle (politique, légal ou constitutionnel), le rôle des institutions budgétaires indépendantes, les mesures éventuelles en cas de non-respect de la règle, les clauses d'exemption, et le degré de couverture des finances publiques par la règle.

Les cibles sont plus souvent définies en termes nominaux qu'en termes réels. La différence importe dans le cas où il y a des erreurs de prévisions dans l'inflation (lorsque la cible est définie en pourcentage du PIB, le résultat peut dépendre des erreurs de prévisions quant à l'évolution du PIB). Une cible nominale amène les Gouvernements à réaliser un effort d'ajustement budgétaire supplémentaire en cas d'inflation plus élevée que prévu. L'avantage d'une cible nominale est sa transparence, ce qui rend son contrôle plus facile qu'une cible réelle (sachant que les pays n'utilisent pas les mêmes déflateurs). Dans le cas d'une cible réelle, l'obligation de respecter la cible ne dépend pas des variations de l'inflation, mais il peut être difficile de vérifier que la cible a été respectée.

Les cibles ne concernent pas seulement les administrations publiques centrales, mais aussi les administrations publiques régionales et locales. Dans la mesure où c'est l'État qui doit assumer, devant les instances européennes, les sanctions prévues dans la procédure relative aux déficits publics « *excessifs* » du PSC, certains pays de l'UE, fédéraux (Belgique, Allemagne, Autriche) ou à forte décentralisation (Espagne, Italie), ont mis en place des procédures de coordination entre les différents échelons de Gouvernement. En particulier, des sanctions financières incombent au secteur d'administrations publiques qui est responsable des dérapages dans les finances publiques nationales.

Quant aux règles procédurales accompagnant les règles numériques de politique budgétaire, elles ont été renforcées dans la majorité des pays de l'UE (à l'exception de la Finlande, de la Suède, de la Belgique

et de l'Italie). En ce qui concerne la base législative, une vingtaine de règle repose sur des accords politiques, la moitié sur une loi, et quelques-unes sont inscrites dans la Constitution (plafonds de déficits en Autriche, règle d'or en Allemagne, règle de solde budgétaire des provinces en Italie, règle de dette en Pologne, et depuis 2008, un objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques, qui doit s'inscrire dans les lois de programmation pluriannuelle des finances publiques, en France). Cette inscription dans la Constitution rend l'engagement à respecter la règle plus contraignant que celui lié à un accord politique. En ce qui concerne les institutions qui surveillent l'application de la règle et celles qui sont en charge de la faire respecter, les premières sont plus nombreuses que les secondes, et elles sont plus souvent des structures gouvernementales (contrôle administratif) que des conseils indépendants. Il y a des situations fortement opposées où soit aucune institution n'est prévue (Hongrie) soit la surveillance et la coercition sont toutes deux exercées par une institution indépendante (Slovaquie). Pour finir, en ce qui concerne les mesures correctrices, il existe des mesures prédéterminées pour la plupart des règles (il n'y a que huit cas où il n'en existe aucune), allant de mesures proposées par le Gouvernement à des mécanismes de correction automatique, voire des sanctions. Ces dernières sont automatiques en Italie (pour le dépassement de la cible de croissance nominale des dépenses publiques régionales et locales) et en Belgique (pour la cible de croissance réelle des dépenses publiques de sécurité sociale).

### 2.1. Règles de solde budgétaire

Dans la plupart des pays de l'UE, la règle de solde budgétaire est une norme d'équilibre budgétaire ou de déficit. Les plafonds nominaux de déficits s'appliquent aux niveaux décentralisés de gouvernement : local en Irlande (limites à l'emprunt), en Lituanie (les budgets locaux doivent être votés à l'équilibre) et au Portugal ; local et régional en Italie ; de sécurité sociale au Luxembourg (règle annuelle associée à la constitution d'un fonds de réserves pour les soins de santé à long terme). Des règles d'un solde équilibré du budget total concernent rarement le solde de l'ensemble

des administrations publiques (sauf en Estonie où toute proposition de réduction des recettes ou d'augmentation des dépenses doit être compensée pour maintenir l'équilibre des soldes publics) : elles s'imposent à chaque niveau décentralisé (local, régional et de sécurité sociale) en Belgique, à l'administration centrale au Portugal (certains services financiers et administratifs), aux Gouvernements locaux en Finlande, en Suède et en Roumanie.

Peu de pays visent l'excédent des comptes publics. Des sanctions sont prévues en Belgique si les Gouvernements régionaux n'ont pas un excédent budgétaire (ou un budget en équilibre à moyen terme), ainsi qu'en Espagne si le solde des administrations publiques n'est pas excédentaire pendant les périodes de forte croissance économique (un déficit public ne peut pas être supérieur à 1 % du PIB pendant les périodes de ralentissement de l'activité économique et un déficit public d'au plus 0,5 % du PIB est autorisé pour financer l'investissement public à certaines conditions). Dans les trois pays scandinaves (Danemark, Finlande, Suède), les objectifs d'excédent budgétaire concernent le solde structurel.

### 2.1.1. Règle de solde budgétaire structurel

L'objectif d'un solde structurel excédentaire vise principalement à laisser les stabilisateurs automatiques fonctionner et à disposer de marges de manœuvre budgétaires (sans risquer un déficit public « excessif ») lorsque les conditions cycliques sont défavorables. La réforme du PSC de 2005 introduit l'objectif de réduction du déficit structurel de 0,5 point de pourcentage du PIB par an. L'idée est que si la partie structurelle du budget est équilibrée ou excédentaire, alors il existe une marge de manœuvre pour la détérioration de la partie cyclique pendant un ralentissement économique. Une difficulté dans l'application de cette règle est liée au calcul du solde structurel, qui est obtenu en retranchant le solde cyclique du solde total, et qui, par conséquent, dépend d'évaluations – imprécises – du cycle économique et de l'*output gap* (cf. *supra*).

En Suède, la cible pluriannuelle du solde budgétaire structurel de l'ensemble des administrations publiques correspond à un excédent de 1 % du PIB en moyenne sur le cycle (2 % du PIB entre 1997 et 2007). La Suède suit une règle de budget structurel pour réduire le poids de la dette, augmenter la marge de manœuvre du Gouvernement pendant les récessions et financer le vieillissement de la population. En Finlande, le Gouvernement central doit viser un excédent du solde budgétaire structurel de 1 % d'ici la fin de la mandature. Des écarts cycliques ou à court terme sont possibles tant que cela ne menace pas l'objectif de réduction de la dette de l'État et que le déficit public n'excède pas 2,75 % du PIB (si le déficit devait excéder ce plafond pendant une période de ralentissement économique, l'État devrait s'engager à prendre immédiatement les mesures nécessaires pour le maîtriser). Enfin, au Danemark, l'objectif d'excédent structurel des administrations publiques entre 0,75 et 1,75 % du PIB doit être atteint dans les années 2010. Récemment, l'Allemagne a adopté une nouvelle règle de « *frein à l'endettement* », qui impose un plafond au déficit structurel de l'État fédéral à 0,35 % du PIB à partir de 2016 (applicable à partir de 2011). Ce seuil ne pourra être franchi que dans le cas de récessions sévères ou de catastrophes naturelles et à condition que le Parlement le vote à une majorité des deux-tiers.

### 2.1.2. Règle de solde budgétaire courant

Le solde budgétaire courant est la différence entre les recettes et les dépenses courantes. La « *règle d'or* » des finances publiques pose la condition d'un solde courant à l'équilibre de manière à ce que l'emprunt (déficit) ne soit possible que pour financer les dépenses d'investissement public. Au Royaume-Uni, depuis 1997, elle s'applique au solde de l'ensemble des administrations publiques et concerne l'investissement net (l'investissement brut moins la dépréciation du capital) de sorte que l'emprunt n'est permis que si l'investissement contribue à accroître le stock de capital.

Cette règle présente l'avantage de minimiser les difficultés de remboursement de la dette, puisqu'en principe, un investissement

produit des revenus futurs plus élevés. La Commission européenne (2003, op. cit.) n'est cependant pas favorable à l'adoption d'une telle règle parmi les règles budgétaires européennes, parce que cette règle pose le choix des catégories de dépenses à comptabiliser dans les dépenses d'investissement, parce que l'évaluation de l'investissement net est imprécise à cause des problèmes de calcul du taux d'amortissement du capital (méthodologies différentes des pays, pratiques comptables opportunistes), parce que l'investissement public n'est pas forcément productif, et surtout, parce que cette règle présente un risque d'endettement croissant. Au Royaume-Uni, la règle d'or est associée à une règle d'investissement public selon laquelle l'emprunt n'est possible que tant que la dette nette ne représente pas plus de 40 % du PIB.

En Allemagne, depuis 1970, la règle d'or (inscrite dans la Constitution) s'applique au budget du Gouvernement fédéral et à celui de la plupart des Gouvernements régionaux (12 *Länder* sur 16). Elle limite l'emprunt au financement de l'investissement public brut. Des écarts à la règle sont autorisés pour des motifs de stabilisation lorsque la conjoncture est défavorable. Cette clause dérogatoire n'est pas précisément définie. En pratique, les *Länder* disposent d'une grande marge de manœuvre dans la définition des dépenses d'investissement (elles peuvent inclure par exemple l'éducation et les dépenses de formation professionnelle). La règle d'or a été fréquemment violée et aucune sanction n'est prévue dans ce cas de figure<sup>13</sup>. En France, les budgets des collectivités territoriales doivent être votés selon la règle d'or. Aux États-Unis, tous les États (à l'exception du Vermont) ont une règle de budget courant équilibré dont les termes sont plus ou moins contraignants d'un État à l'autre. Dans certains États, il suffit de voter un budget en équilibre, dans d'autres il faut également l'exécuter en équilibre. Certains États doivent constituer des réserves contingentes ou imposent des limites à l'émission de dette.

<sup>13</sup> Eppendorfer C. and K. Leib (2008), « *Germany : revisiting the budget rule* », ECFIN Country Focus, Vol. V, No. 12.

### 2.1.3. Règle de solde budgétaire primaire

Le solde budgétaire primaire correspond au solde budgétaire à l'exclusion des charges d'intérêt. Lorsqu'un pays est fortement endetté et qu'il cherche à réduire son déficit public, il lui faut dégager un solde primaire largement excédentaire pour compenser le poids élevé des charges d'intérêt dans le déficit public. À la fin des années 1990, la Belgique a suivi une telle règle avec succès (le ratio dette publique / PIB a diminué d'un niveau de 130 % en 1995 à 108 % en 2000). En Hongrie, depuis 2007, le Gouvernement doit présenter un projet de budget au Parlement tel que le budget primaire de l'ensemble des administrations publiques soit en excédent.

## 2.2. Règles de dette

La plupart des pays qui utilisent une règle de dette font référence à la dette brute (définition du Traité de Maastricht), à l'exception du Royaume-Uni, de la Lituanie et du Portugal où c'est la dette nette qui est retenue. Il peut sembler plus pertinent d'utiliser la dette publique nette lorsque l'on se préoccupe de la soutenabilité de la dette publique (*cf. supra*), mais l'inconvénient d'une règle de dette, quelle que soit la définition de la dette, est le choix arbitraire de la valeur retenue pour la cible.

Des limites quantitatives sont imposées à la dette des administrations publiques locales en Allemagne, en Espagne (la dette totale des administrations publiques locales ne peut excéder 110 % des recettes courantes), en Lettonie, et à la dette des administrations publiques régionales en Espagne (règle de stabilité) et au Portugal (avec des mécanismes de sanctions automatiques). Au Luxembourg, la dette du Gouvernement central doit être maintenue à un niveau faible et toute dette nouvelle peut être émise pour financer des projets d'infrastructures ferroviaires. En Slovénie, la dette publique (y compris celle d'autres entités publiques non financières) ne doit pas dépasser 40 % du PIB selon un accord politique. En Pologne, un plafond de dette de l'ensemble des administrations publiques par rapport au PIB est inscrit dans la Constitution (cible de 60 % du PIB), il est contrôlé par une institution indépen-

dante et des mesures correctrices doivent être proposées par le Gouvernement en cas de dépassement du plafond.

Quelques nouveaux pays membres de l'UE ont défini des limites sur la dette publique locale par rapport à la capacité de remboursement, c'est-à-dire le rapport entre le service de la dette et les recettes budgétaires. En Estonie, toute nouvelle dette publique locale ne peut dépasser 75 % des recettes budgétaires (la dette publique locale est soumise à un plafond de 60 % du PIB) et les remboursements annuels ne peuvent excéder 20 % des recettes budgétaires. En Roumanie, les administrations publiques locales ne peuvent emprunter si le service de la dette dépasse de 30 % leurs recettes. En Slovaquie, les remboursements annuels (principal et intérêts) de la dette publique locale ne peuvent dépasser 8 % des recettes de l'année précédente. En France, il existe une règle à la dette des administrations de sécurité sociale depuis 2008 : tout accroissement de la dette doit être accompagné d'un accroissement équivalent des recettes.

### 2.3. Règles de dépenses

De plus en plus de pays de l'UE ont mis en place au niveau national des règles de limitations (ou de contrôle de la progression) des dépenses publiques pour poursuivre l'assainissement des finances publiques (début des années 1990), faciliter le respect des règles du PSC (fin des années 1990), et pour tenir compte des perspectives futures de hausses des dépenses dues au vieillissement de la population (années 2000<sup>14</sup>). Les règles de limitations des dépenses ont plusieurs avantages. Les administrations publiques contrôlent mieux les dépenses (la plupart des dépenses) que les recettes. Ces règles empêchent que des recettes fiscales supplémentaires impré-

vues ne soient dépensées : cela évite un biais procyclique dans les dépenses publiques et contribue à réduire l'endettement. Finalement, elles permettent de laisser les stabilisateurs fonctionner (ils reposent essentiellement sur les recettes fiscales) et de réduire à terme la pression fiscale (en outre, les baisses d'impôts pourront être plus crédibles et efficaces si les agents économiques anticipent qu'elles seront permanentes).

Toutefois, la définition des cibles de dépenses pose des difficultés. Les règles sont simples et transparentes si elles couvrent toutes les dépenses publiques. Cependant, il convient d'y exclure certaines catégories de dépenses, car certaines d'entre elles sont susceptibles d'être sujettes à des erreurs de prévision (dépenses sensibles au cycle économique), ne sont pas contrôlables par le Gouvernement (charges d'intérêts), ne devraient pas être diminuées quand la conjoncture est mauvaise (indemnités de chômage, mesures de soutien des revenus) ou parce qu'elles sont bénéfiques à la croissance économique à long terme (investissement public).

Dans les pays de l'UE, les règles de dépenses n'excluent pas explicitement les paiements d'intérêts sur la dette (sauf dans les pays scandinaves). Cela implique que pendant les périodes où les taux d'intérêt sont élevés, les dépenses publiques peuvent ne pas diminuer autant que prévu, et ce en dépit de coupes drastiques dans les dépenses primaires. Inversement, lorsque les taux d'intérêt sont faibles, la règle peut être respectée malgré des augmentations de dépenses primaires. De même, la plupart des règles incluent les dépenses cycliques telles que les allocations chômage ou des aides sociales (ce n'est pas le cas en Finlande), ce qui peut amener les administrations publiques à faire des efforts supplémentaires de baisses des dépenses lorsque la conjoncture est faible (biais procyclique). Un autre problème est que la règle de limitation des dépenses ne soit pas suffisamment flexible pour permettre à la politique budgétaire de jouer un rôle contracyclique, notamment lorsque les conditions économiques sont mauvaises. De ce point de vue, le rapport d'un groupe de travail mandaté par le ministre des finances en Finlande propose d'assouplir le système

<sup>14</sup> Il n'y en a pas à un niveau supranational dans l'UE. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable qu'il y en ait, étant donné les préférences nationales hétérogènes en ce qui concerne le rôle des administrations publiques dans l'économie et la société.



finlandais en prévoyant une provision pour couvrir les dépenses supplémentaires imprévues (comme en Suède ou aux Pays-Bas<sup>15</sup>). Par ailleurs, un problème posé par les règles de dépenses est l'incitation à les contourner par le recours de plus en plus répandu aux *dépenses fiscales* (subventions allouées sous la forme de réductions d'impôts), y compris dans les pays réputés pour leur sérieux dans la gestion des finances publiques, tels que la Finlande ou la Suède (Mäkinen, op. cit.) Aux Pays-Bas, depuis 1999, une liste des dépenses fiscales, avec leur impact sur le budget, doit figurer en annexe du budget<sup>16</sup>.

La majorité des règles ne couvre pas l'intégralité des dépenses publiques, sauf aux Pays-Bas et en Bulgarie (où une règle stipule que la taille du secteur public ne doit pas dépasser 40 % du PIB). Les règles sont définies pour un secteur d'administrations publiques spécifique. Au Danemark, le plafond s'applique aux dépenses de toutes les administrations publiques, mais ne concerne que le taux de croissance réel des dépenses de consommation publique (55 % des finances publiques), qui doit être inférieur ou égal à 1,2 % sur la période 2009-2012 et à 0,75 % sur la période 2013-2015 (pour un niveau plafonné à 26,5 % du PIB potentiel en 2015). Parfois, la règle ne couvre qu'une seule catégorie de dépenses définie plus ou moins largement (concernant de 5 à 10 % environ des dépenses publiques totales) : en Italie, il s'agit des dépenses de produits pharmaceutiques, et en Irlande, des dépenses en capital.

La plupart des règles sont pluriannuelles. Les plafonds ou les taux de croissance des règles de dépenses sont plus souvent définis en termes nominaux que réels. Dans certains pays, les limites quantitatives sont très explicites, et sont parfois choisies en lien avec l'état du déficit public. En Slovaquie, les dépenses non prévues dans le budget des administrations centrales ne peuvent pas dépasser 1 % des dépenses (mais peuvent augmenter pendant les bonnes périodes). En Allemagne, le taux de croissance des dépenses des administrations publiques centrales et

régionales doit être inférieur à celui des recettes si le budget structurel n'est pas équilibré. En Lituanie, s'il y a un déficit du Gouvernement central en moyenne sur les cinq dernières années, alors le taux de croissance des dépenses ne peut pas être supérieur à 0,5 % du taux de croissance moyen des recettes pendant ces cinq années.

En France, il existe deux règles de croissance des dépenses en termes réels, l'une relative aux dépenses de l'État (cibles annuelles introduites en 1998) et l'autre aux dépenses des administrations de sécurité sociale (cibles pluriannuelles depuis 1997). À partir de 2003, un objectif de taux de croissance nul en volume a été adopté pour les dépenses de l'État, et en 2008, le Gouvernement a adopté une budgétisation pluriannuelle pour le budget de l'État (entrée en vigueur en 2009). Des plafonds de dépenses sont fixés pour trois ans et révisés tous les deux ans. Le plafond global est subdivisé en sous-plafonds et un plafond indicatif doit être fixé pour les dépenses fiscales. Des réserves contingentes sont prévues et représentent un pour cent des dépenses de l'État (à constituer d'ici la troisième année de programmation).

### 2.4. Règles de recettes

En 2008, seuls six pays de l'UE ont une règle de recettes. Au Danemark, des limites sont imposées aux taux d'imposition depuis 2001. Aux Pays-Bas (depuis 1994) et en France (depuis 2006), le Gouvernement doit préciser dans le projet de budget comment il utilisera les recettes excédentaires inattendues. En Lituanie, elles doivent servir à la réduction du déficit. En Finlande, il existe une règle d'allocation des excédents de recettes de sécurité sociale. En Lettonie, des comptes d'affectation spéciale existent au sein des budgets centraux et sociaux.

Les règles de recettes sont associées généralement à des principes d'affectation des recettes fiscales supplémentaires non prévues que l'on appelle « *dividendes de la croissance* ». Elles reposent sur l'idée que ces derniers ne devraient pas servir à financer des dépenses publiques supplémentaires mais à réduire le déficit public. Aux Pays-Bas, ces « *dividendes* » ont été

<sup>15</sup> Mäkinen H. (2007), « *Fiscal Policy Rules and the Reform of Spending Limits in Finland* », Working group appointed by the Ministry of Finance.

<sup>16</sup> En France, cela doit être désormais le cas.

affectés soit à la réduction de la pression fiscale soit à la réduction de la dette publique (selon le niveau du déficit public). En Belgique, dans les années 1990, ils ont servi en partie à réduire la dette publique. Ces « *dividendes* » peuvent aussi alimenter un « *fonds de réserve pour les jours pluvieux* » (*rainy day funds – RDF*). Il en existe dans quarante-cinq États des États-Unis<sup>17</sup>. Il s'agit d'affecter les excédents budgétaires (une partie ou la totalité) dans le fonds pendant les bonnes périodes et d'utiliser le fonds pendant les mauvaises périodes ou en cas de besoin. Ces fonds extrabudgétaires permettent aux États, qui ont une règle d'équilibre du budget courant, d'éviter des modifications brutales dans la fiscalité et les programmes de dépenses selon la conjoncture, d'être plus responsables sur le plan budgétaire pendant les bonnes périodes et de limiter le recours à des politiques procycliques pendant les mauvaises périodes (en évitant d'accroître les impôts ou de couper dans les dépenses).

### 3. L'efficacité des règles budgétaires

On peut juger l'efficacité des règles budgétaires à l'aune de plusieurs critères : sont-elles respectées ? Quel est leur impact sur les finances publiques ? Quelle est leur influence sur les autres objectifs de politique économique ? Dans la mesure où l'usage des règles budgétaires s'est répandu, les travaux des économistes ne portent plus seulement sur l'estimation des effets de l'existence ou non d'une règle budgétaire, mais sur l'estimation des effets d'un indice de la force de la règle budgétaire (plus ou moins stricte et contraignante selon les pays).

#### 3.1. Impact sur les indicateurs ciblés

Il n'est pas facile de juger de l'efficacité des règles. Elles peuvent être atteintes parce qu'elles sont peu ambitieuses. Ou elles peuvent être trop strictes et créer des incitations à les contourner (ou à les réviser). L'introduction de règles a induit ainsi un manque de transparence dans la procédure

<sup>17</sup> Balassone F, D. Franco and S. Zotteri (2007), « *Rainy Day Funds : Can They Make a Difference in Europe ?* » in J. Ayuso-i-Casals et al (op. cit.).

budgétaire (dépenses fiscales), des pratiques comptables créatives (dépenses « *au-dessous de la ligne* », éléments mêlés de comptabilité d'exercice et de gestion) et des recours à des mesures exceptionnelles (impôt remboursable, ventes d'or ou de réserves pétrolières, appropriation des réserves pour les retraites des entreprises publiques).

On peut, par ailleurs, observer que les Gouvernements régionaux ou locaux réussissent à respecter la règle d'un budget équilibré grâce aux transferts du Gouvernement central (États-Unis, France, Suède). Avec un renflouement implicite de l'État, ils tendent à relâcher leurs efforts. Ainsi, en Suède, la règle n'a pas empêché les politiques procycliques des Gouvernements locaux<sup>18</sup>. On observe la même chose aux États-Unis, quoique les transferts de l'État fédéral compensent l'impact procyclique des décisions budgétaires des États américains, qui augmentent les taux d'imposition locaux et diminuent les dépenses en capital et les transferts aux échelons inférieurs de Gouvernement (dans l'éducation) pendant les récessions<sup>19</sup>. En Allemagne, la règle d'or a souvent été transgressée (*cf. supra*). De plus, les taux d'emprunt sont quasiment les mêmes pour tous les Länder, quelles que soient leurs situations financières, probablement parce que les acteurs sur les marchés financiers savent qu'une décision de la Cour constitutionnelle interdit pratiquement à l'État fédéral de refuser de renflouer un Länder<sup>20</sup>. En France, la règle d'or a limité l'endettement de l'ensemble des collectivités territoriales, mais pas la croissance des dépenses publiques locales (compétences déléguées par l'État qui les finance en partie par des transferts<sup>21</sup>).

<sup>18</sup> Boijje R. and J. Fischer (2007), « *The Swedish budget « model » : a genuine beauty or in need of a face lift ?* » in J. Ayuso-i-Casals et al (op. cit.).

<sup>19</sup> McGranahan L. (1999), « *State budgets and the business cycle : Implications for the federal balanced budget amendment debate* », Federal Reserve Bank of Chicago Economic perspectives.

<sup>20</sup> Sutherland D., R. Price et I. Joumard (2005), « *Les règles budgétaires s'appliquant aux collectivités territoriales* », Revue économique de l'OCDE, No. 41.

<sup>21</sup> Une règle qui limite la croissance des dépenses d'un seul secteur d'administrations publiques (par exemple les administrations centrales) peut conduire à des transferts de compétences à d'autres

En général, les règles de budget équilibré (ou des plafonds de déficits) ne sont pas efficaces si elles ne sont pas associées à des règles de contrôle des dépenses. La coexistence des deux types de règles se traduit par des épisodes de consolidation budgétaire de plus grande ampleur et plus durables<sup>22</sup>. Aux États-Unis, la loi *Graham-Rudman-Hollings* de 1985 établissait un objectif d'équilibre du budget fédéral. Il n'était pas précisé comment l'objectif devait être atteint. La règle a été abandonnée en 1990, parce que les cibles de déficit n'étaient pas atteintes, faute notamment d'un consensus sur les coupes dans les dépenses.

### 3.2. Impact sur les déficits et dettes publics

Les règles de déficit et de dette ont joué un rôle important dans la consolidation budgétaire à la fin des années 1990 dans l'UE<sup>23</sup>, et de manière générale, elles améliorent le solde budgétaire structurel primaire<sup>24</sup>. Les résultats de Marneffe et al (2010) suggèrent aussi que des règles budgétaires plus strictes tendent à réduire les déficits publics<sup>25</sup>. Elles ont aussi un effet négatif sur les dépenses publiques mais aucun effet significatif sur les recettes publiques.

Il est difficile d'évaluer l'impact des règles budgétaires sur les performances budgétaires car il y a une relation réciproque entre les deux variables. En effet, l'existence d'une règle budgétaire est plus probable dans des pays aux bonnes performances budgétaires que dans des pays ayant de grandes difficultés dans la gestion de leurs

---

secteurs d'administrations publiques (locales ou sociales). Depuis 2008, les transferts de l'État français aux collectivités territoriales sont compris dans le calcul de la progression des dépenses de l'État (règle de croissance nulle en volume).

<sup>22</sup> Guichard S. et al (2007), « *What Promotes Fiscal Consolidation : OECD Country Experiences* », OECD Economics Department Working Papers, No. 553.

<sup>23</sup> OCDE (2002), op. cit.

<sup>24</sup> Debrun X. et al (2008), « *Tied to the mast ? National fiscal rules in the European Union* », Economic Policy, April.

<sup>25</sup> Marneffe W. et al (2010), « *The Impact of Fiscal Rules on Public Finances : Theory and Empirical Evidence for the Euro Area* », CESifo Working Paper No. 3303.

finances publiques. De plus, des Gouvernements plus enclins à la discipline budgétaire et ayant des soldes budgétaires excédentaires et des niveaux de dette faibles tendent à adopter des règles budgétaires plus strictes. Debrun et Kumar (2007) tiennent compte de la possibilité d'une causalité inversée entre les performances budgétaires et les institutions budgétaires et trouvent que l'effet des règles budgétaires n'est plus significatif<sup>26</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'étude de Hallerberg, Strauch et von Hagen (2007) montre que l'impact des règles de politique budgétaire dépend des caractéristiques institutionnelles et politiques des pays<sup>27</sup>. Des règles plus strictes sont associées à une diminution de la croissance de la dette publique dans les pays où les différences de préférences idéologiques des partis au pouvoir sont fortes, mais n'ont pas d'effet significatif dans les pays où ces différences sont faibles.

### 3.3. Impact sur l'évolution des dépenses publiques

Les règles de dépenses n'ont pas un effet significatif sur les dépenses publiques (Debrun et al, op. cit.). Dans les pays de l'UE, entre 1997 et 2007, la part des dépenses publiques primaires dans le PIB a légèrement baissé. D'après une étude portant sur les pays de l'OCDE, les règles budgétaires ont entraîné une modification dans la composition des dépenses publiques : le ratio transferts sociaux / consommation publique a diminué et les règles de Maastricht et du PSC ont eu un impact négatif sur le taux de croissance de l'investissement public par rapport à celui de la consommation publique<sup>28</sup>.

En Finlande et en Suède, les règles de limitation des dépenses fonctionnent bien (Mäkinen, op. cit. ; Boije et Fischer, op. cit.)

---

<sup>26</sup> Debrun X. and M. Kumar (2007), « *The Discipline-Enhancing Role of Fiscal Institutions : Theory and Empirical Evidence* », in J. Ayuso-i-Casals et al (op. cit.).

<sup>27</sup> Hallerberg M., R. Strauch and J. Von Hagen (2007), « *The design of fiscal rules and forms of governance in European Union countries* », in J. Ayuso-i-Casals et al (op. cit.).

<sup>28</sup> Dahan M. and M. Strawczynski (2009), « *Fiscal Rules and Composition Bias in OECD Countries* », CESifo Working Paper No. 3088.

D'une part, le système finlandais a restreint la croissance des dépenses de l'administration centrale et a empêché que la politique budgétaire soit procyclique. Ses atouts sont des objectifs numériques clairs et simples, et surtout un engagement politique fort du Gouvernement et du Parlement à respecter les limites de dépenses. D'autre part, le système suédois a réduit la part des dépenses publiques dans le PIB et les plafonds ont été respectés chaque année. Un facteur clé de cette réussite est la surveillance étroite par plusieurs institutions (dont la Cour des comptes) et la couverture médiatique relativement large.

Les règles de dépenses ne sont pas toujours un succès, en témoigne l'expérience française<sup>29</sup> : pendant les cinq premières années (1998-2003), les cibles de progression en termes réels des dépenses publiques (toutes catégories incluses), révisées chaque année pour trois ans, ont été largement manquées, notamment en raison du dérapage des dépenses publiques locales, et surtout sociales. Les règles françaises n'étaient pas efficaces parce qu'aucun mécanisme n'était prévu pour les rendre exécutoires.

### 3.4. Impact sur la stabilisation

Une règle de budget équilibré n'exclut pas une fonction de stabilisation de la politique budgétaire<sup>30</sup>. Selon Kopits et Symansky (op. cit.), les règles de politique budgétaire ont des effets macroéconomiques globalement positifs. Elles contribuent à une baisse des taux d'intérêt parce que leur adoption accroît la crédibilité des autorités publiques dans le domaine de la discipline budgétaire (c'est un important signal sur leurs préférences budgétaires), ce qui facilite leur accès aux marchés financiers et leur permet d'emprunter avec un coût de financement plus faible. D'après des simulations de ces auteurs, les règles n'ont pas un impact important sur la variabilité de la production dans le court terme à condition qu'elles permettent aux stabilisateurs automatiques de fonctionner. Les

<sup>29</sup> Moulin L. (2004), « *Expenditure Rule à la française : an assessment after five years* », ECFIN Country Focus, Vol. I, No. 4.

<sup>30</sup> Voir le théorème d'Haavelmo des effets multiplicateurs d'un budget équilibré.

règles ne sont pas incompatibles avec la stabilisation lorsque des réserves contingentes suffisantes ont été constituées. Toutefois, Balassone, Franco et Zotteri (op. cit.) considèrent qu'il faut nuancer l'impact des « *fonds de réserves pour les jours pluvieux* » (RDF) sur le comportement budgétaire des États américains : la majorité des États échouent à accumuler des réserves suffisantes pendant les bonnes périodes, ce qui se traduit par des politiques procycliques pendant les mauvaises périodes pour respecter la règle de budget équilibré. Il reste que les situations budgétaires sont meilleures dans les États avec des RDF que dans les États qui n'en ont pas, et dans les États qui ont des RDF plus stricts (quant aux principes de dépôts et de retraits). On peut aussi observer une diminution du coût des emprunts dans les États qui adoptent un RDF (les plus fortes réductions étant observées pour les RDF les plus stricts).

Dans les pays de l'UE, le biais procyclique des dépenses publiques est plus prononcé pendant les bonnes périodes (hausse des dépenses) dans les pays où les règles de dépenses sont « *faibles* » ou inexistantes, tandis qu'il est plus fréquent pendant les mauvaises périodes (baisse des dépenses) dans les pays où les règles de dépenses sont plus « *strictes*<sup>31</sup> ». Quant aux règles budgétaires supranationales, un strict respect du PSC pendant les périodes de ralentissement économique peut entraîner des effets procycliques parce que les dépenses doivent être diminuées alors que des recettes sont automatiquement réduites. À cet égard, le PSC n'aurait pas produit une orientation plus procyclique des politiques budgétaires des pays de la zone euro depuis 1999, quoique l'orientation budgétaire ait été clairement procyclique restrictive pendant les années Maastricht 1993-1998<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Turrini A. (2008), « *Fiscal policy and the cycle in the euro area : the role of government revenue and expenditure* », European Commission Economic Papers, No. 323.

<sup>32</sup> Huart F. (2011), « *Les politiques budgétaires sont-elles contra-cycliques dans la zone euro ?* », Revue de l'OFCE, No. 116.

### Conclusion

Dans l'ensemble, les règles numériques ne sont efficaces que si elles s'appuient sur des procédures budgétaires qui les rendent contraignantes. Cela implique qu'outre une base légale ou constitutionnelle, une autorité budgétaire indépendante participe à toutes les étapes du budget : en soumettant au Gouvernement des prévisions macroéconomiques et des avis sur les grandes questions budgétaires, en surveillant l'évolution des données budgétaires par rapport aux objectifs, en proposant des mesures de redressement lorsque des dérapages budgétaires sont constatés, en évaluant l'efficacité des règles budgétaires en termes de soutenabilité des finances publiques et d'autres objectifs de politique économique. Depuis le début des années 1990, les règles sont devenues plus strictes dans les pays de l'UE<sup>21</sup>. La France a aussi amélioré la qualité de ses règles : indicateurs divers (solde budgétaire, dette, dépenses, recettes<sup>22</sup>), programmation pluriannuelle, règle constitutionnelle, rôle des institutions budgétaires indépendantes (prévisions de la Commission économique de la Nation, analyses et recommandations de la Cour des comptes<sup>23</sup>).

En soi, une règle de politique budgétaire, qu'elle soit numérique ou procédurale, ne suffit pas à garantir la discipline budgétaire. Pour qu'elle soit crédible et efficace, il faut aussi un engagement fort largement partagé. Un tel engagement peut être fondé sur le souvenir d'une crise budgétaire grave (celle du début des années 1990 en Suède),

inspiré par un défi dans le futur (le vieillissement de la population est pris en considération en Finlande) ou un objectif majeur (l'entrée dans l'union monétaire européenne a été une motivation forte en France).

**Florence Huart (Enseignant – chercheur en sciences économiques à l'Université de Lille 1)**

<sup>33</sup> Hallerberg et al (op. cit) ; EC (2009, op. cit.).

<sup>34</sup> Il n'y a pas un lien étroit entre les indicateurs. Les règles de dépenses concernent d'un côté les dépenses de l'État, de l'autre celles de la Sécurité sociale, la règle de solde budgétaire (règle d'or) s'applique aux collectivités territoriales, la règle de dette aux administrations de sécurité sociale, la règle de recettes à l'État, et la nouvelle règle constitutionnelle d'équilibre à l'ensemble des administrations publiques.

<sup>35</sup> Le Gouvernement n'est pas obligé de répondre publiquement aux jugements de la Cour (c'est le cas en Allemagne).

## Un pas en avant pour un nouveau recul : l'abandon de l'exigence d'une faute lourde en matière de responsabilité de l'administration fiscale

Par Jean-Philippe Derosier

L'arrêt rendu par la Section du contentieux du Conseil d'État le 21 mars 2011 dans l'affaire *Christian Krupa* constitue une forme d'aboutissement : quant à la requête du demandeur, qui voit se terminer une procédure entamée il y a presque vingt-sept ans, et quant à l'engagement de la responsabilité de l'administration fiscale, le Conseil d'État scellant la disparition de l'exigence d'une faute lourde dans ce domaine.

Cet article a été publié dans le numéro d'octobre 2011 de la revue *Gestion et finances publiques*.

Commentaire de l'arrêt *Krupa*, CE Sect., 21 mars 2011, n° 306225

La société GEK, dont Monsieur Krupa était le cogérant, a fait l'objet d'une vérification de sa comptabilité conduisant l'administration fiscale à demander au requérant, par une lettre du 27 avril 1983 adressée au siège de la société, de désigner les bénéficiaires des sommes distribuées non déclarées par la société. En raison d'une absence de réponse de sa part dans le délai de trente jours que l'administration lui avait imparti, cette dernière a mis à sa charge le paiement, solidairement avec la société, d'une pénalité de 3.829.685 francs (soit 583.831,71 euros) sur le fondement de l'article 1763A du code général des impôts en vigueur à l'époque<sup>1</sup>. Cependant, Monsieur Krupa avait quitté ses fonctions de cogérant dès le mois de mai 1982 et cédé ses parts en août 1982 : il n'était donc pas en mesure de recevoir la lettre de l'administration fiscale dès lors qu'elle était adressée au siège de la société ni de révéler les identités. Il a alors entamé une première procédure sollicitant la décharge de l'obligation de paiement de la pénalité.

<sup>1</sup> Selon cet article : « les sociétés et autres personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés qui versent ou distribuent, directement ou par l'intermédiaire de tiers, des revenus à des personnes dont, contrairement aux dispositions des articles 117 et 240, elles ne révèlent pas l'identité, sont soumises à une pénalité fiscale calculée en appliquant au montant des sommes versées ou distribuées le double du taux maximum de l'impôt sur le revenu. Lorsque l'entreprise a spontanément fait figurer dans sa déclaration de résultat le montant des sommes en cause, le taux de la pénalité est ramené à une fois et demie ce taux maximum.

« Les dirigeants sociaux mentionnés aux articles 62 [gérants] et 80 ter b-1°, 2° et 3° [président du conseil d'administration, directeur général, administrateur, membres du directoire ou du conseil de surveillance], ainsi que les dirigeants de fait sont solidairement responsables du paiement de cette pénalité, qui est établie et

Le Tribunal administratif de Strasbourg et la cour administrative d'appel de Nancy ont rejeté sa demande<sup>2</sup> mais le Conseil d'État a annulé l'arrêt de cette dernière<sup>3</sup> et renvoyé l'affaire devant la cour administrative d'appel de Nancy. Le requérant a ainsi été déchargé du paiement de la pénalité, la Cour considérant que, pour déterminer quelle personne avait la qualité de dirigeant social ou de fait, il fallait se placer à la date d'expiration du délai imparti pour révéler l'identité des destinataires d'une distribution de revenus et non à la date de clôture de l'exercice au cours duquel les sommes ont été versées<sup>4</sup>.

Estimant que l'administration fiscale avait commis une faute en raison de sa mauvaise interprétation de l'article 1763A CGI, Monsieur Krupa a entamé une seconde procédure en réparation des nombreux dommages qu'il prétendait avoir subis. Tant le Tribunal administratif de Strasbourg que la cour administrative d'appel de Nancy ont rejeté sa demande en faisant application de la jurisprudence traditionnelle en matière de responsabilité de l'administration fiscale et en considérant que, « compte tenu des difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation du contribuable au regard de la loi fiscale, l'administration ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État au regard de l'intéressé<sup>5</sup> ». En effet, la responsabilité

recouvrée comme en matière d'impôt sur le revenu ». Aujourd'hui, il est repris à l'article 1759 CGI.

<sup>2</sup> TA Strasbourg, 16 mars 1989, et CAA Nancy, 10 octobre 1991, n° 89NC01228, T. p. 818.

<sup>3</sup> CE, 6 novembre 1995, n° 132338, T. p. 843.

<sup>4</sup> CAA Nancy, 30 avril 1998.

<sup>5</sup> CAA Nancy, 5 avril 2007, n° 05NC00357 ; cf. également TA Strasbourg, 18 janvier 2005.

de l'administration fiscale, dès lors que cette dernière était confrontée à des difficultés particulières, ne pouvait être engagée que pour faute lourde<sup>6</sup>.

Par cet arrêt de principe, la Section du contentieux revient sur cette jurisprudence sans aucune ambiguïté. En effet, elle a considéré « *qu'en se fondant, pour rejeter [la demande du requérant], sur le fait que l'administration fiscale n'avait pas commis de faute lourde, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit* ». La Haute juridiction poursuit ainsi une œuvre jurisprudentielle débutée au cours des années 1990 par la matière fiscale elle-même et marquant le recul de l'exigence de la faute lourde en matière d'engagement de la responsabilité administrative. En matière fiscale, mais aussi dans les autres domaines, l'exigence d'une faute lourde se justifiait par la nécessité de laisser à l'administration une latitude suffisante dans son action en limitant les possibilités d'engagement de sa responsabilité<sup>7</sup>. Toutefois, ce régime aboutissait à la situation difficilement tolérable pour les administrés selon laquelle, bien qu'ayant commis une faute engendrant un dommage, telle une illégalité, l'administration n'était pas tenue de le réparer. La nécessité de mettre fin à cette situation justifie l'abandon progressif de la faute lourde<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cela résulte de l'arrêt CE Sect., 29 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. p. 512, confirmant l'arrêt CE Sect., 27 juillet 1990, *Bourgeois*, Rec. p. 242.

<sup>7</sup> René Chapus relève ainsi que « *le risque d'un engagement trop fréquent de la responsabilité se traduirait par un certain renoncement à l'action* », René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, Paris, coll. Domat Droit public, 15<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 1304. Dans le même sens, cf. Yves Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, Paris, coll. Manuel, 19<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 169 ; Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, coll. Domat droit public, 6<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 506 ; Gilles Lebreton, « *La fausse disparition de la faute lourde* », *Dalloz* 1998, jpr., p. 537.

<sup>8</sup> Ainsi que le relevait Gilles Lebreton en 1998 : « *l'opinion publique ne supporte plus que l'Administration échappe aux conséquences de ses fautes. Le Conseil d'État, qui en est conscient, tente de répondre à ses attentes en renonçant progressivement à l'exigence de faute lourde* », Gilles Lebreton, « *La fausse disparition de la faute lourde* », précité, p. 537 ; cf. également, à propos de la présente espèce, Fabrice Melleray, « *L'abandon de l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité des services fiscaux* », in *Droit administratif* 2011 (n° 5), Comm. 52, p. 50.

L'intérêt principal de la solution retenue dans l'arrêt *Krupa* est de conserver un régime d'engagement limité de la responsabilité administrative tout en abandonnant l'exigence d'une faute lourde. En effet, le juge opère un contrôle très strict du caractère direct et certain du dommage et admet assez largement des causes exonératoires ce qui permet à l'administration de pouvoir se libérer de son obligation de réparation ou de l'atténuer. On passe ainsi de l'exigence d'une faute lourde à l'exigence d'un préjudice « *lourdement* » prouvé à travers un déplacement des conditions permettant de limiter cet engagement. L'argument justifiant autrefois l'exigence d'une faute lourde, un engagement limité de la responsabilité administrative, trouve une nouvelle illustration lors de sa disparition. Cela permet de répondre à la double nécessité de mettre fin à un régime de responsabilité pour faute lourde (1.) et de conserver un engagement limité de la responsabilité des services fiscaux (2.).

### 1. L'abandon justifié de la faute lourde en matière de responsabilité des services fiscaux

Au-delà de son inscription dans un mouvement jurisprudentiel général du recul de la faute lourde que la matière fiscale avait elle-même entamé (1.1.), son abandon dans ce domaine était d'autant plus attendu que les arguments justifiant son maintien avaient disparu (1.2.).

#### 1.1. La poursuite d'un mouvement jurisprudentiel initié par la matière fiscale

Alors que la matière fiscale avait amorcé<sup>9</sup> un mouvement général de recul de l'exigence d'une faute lourde pour l'engagement de la responsabilité administrative (1.1.1.), son abandon définitif en la matière, scellé par l'arrêt commenté, s'est imposé tardivement (1.1.2.).

**1.1.1.** L'un des premiers domaines où l'exigence d'une faute lourde a été abandonnée est la matière médicale avec le célèbre arrêt d'Assemblée *Époux V.*<sup>10</sup> Cette affaire est réputée avoir amorcé un

<sup>9</sup> Cf. l'arrêt *Bourgeois*, précité.

<sup>10</sup> CE Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, Rec. p. 171.

mouvement général de recul de la faute lourde<sup>11</sup>, cette dernière ayant été, ensuite, progressivement abandonnée dans les domaines du contrôle des transfusions sanguines<sup>12</sup>, du service d'aide médicale d'urgence<sup>13</sup>, des opérations de secours<sup>14</sup>, des services pénitentiaires<sup>15</sup>, voire, plus généralement, des opérations de police administrative<sup>16</sup>. Cela ressort assez explicitement d'un avis de la Section des travaux publics du Conseil d'État<sup>17</sup> et de la multiplication d'arrêts marquant l'abandon de la faute lourde dans différents domaines relatifs à la police administrative<sup>18</sup>.

**1.1.2.** La tendance est donc à un abandon de plus en plus prononcé de l'exigence de faute lourde, même dans les domaines les plus sensibles tels que les services régaliens ou ceux qui sont confrontés à des difficultés ou des technicités particulières<sup>19</sup>. La matière

fiscale n'a pas échappé à cette tendance puisque, deux ans avant l'affaire *Époux V.*, c'est bien elle qui était à l'origine de ce mouvement. L'arrêt de Section *Bourgeois* revenait en effet sur une jurisprudence très restrictive en matière de responsabilité de l'administration fiscale, pour l'engagement de laquelle une faute lourde était exigée depuis les années 1960<sup>20</sup>, en admettant que cette responsabilité pouvait être engagée pour faute simple dès lors que celle-ci était commise dans le cadre de « l'exécution d'opérations qui [...] ne comportent pas de difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation des contribuables<sup>21</sup> ». Toutefois, quelques années après cette décision, le Conseil d'État a précisé qu'en matière de procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt, l'exigence d'une faute lourde était le principe, « en raison de la difficulté que présentent généralement la mise en œuvre de ces procédures », et la faute simple l'exception, « lorsque l'appréciation de la situation du contribuable ne comporte pas de difficultés particulières<sup>22</sup> », restreignant ainsi la possibilité d'engagement de la responsabilité de l'administration fiscale.

<sup>11</sup> Cf. Géraldine Chavrier, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », in AJDA 2003, p. 1026 ; c'est bien souvent cette matière que les manuels de droit administratif présentent en premier lieu lorsqu'ils évoquent le recul de la faute lourde.

<sup>12</sup> CE Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, Rec. p. 110.

<sup>13</sup> CE Sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. p. 253.

<sup>14</sup> CE Sect., 13 mars 1998, *Améon et autres*, Rec. p. 82 ; CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, Rec. p. 185, note Gilles Lebreton, précitée.

<sup>15</sup> Ce qui semblait probable à l'issu de l'arrêt CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, Rec. p. 240, a été confirmé par les arrêts CE, 9 juillet 2007, *Delorme*, T. p. 1063, CE, 9 juillet 2008, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Boussouar*, Rec. p. 465, et CE, 17 décembre 2008, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. et Mme Zaouiya*, Rec. p. 465.

<sup>16</sup> Gweltaz Eveillard, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », in RFDA 2006, pp. 733 à 747 ; Fabrice Melleray, « Une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'Administration en matière de police administrative », in Droit administratif 2009, n° 8-9, pp. 35 et 36. Déjà en 1998, Gilles Lebreton soulignait que le recul marqué par les arrêts Améon et Commune de Hannapes était « annonciateur de sa disparition probable » du domaine des « activités de secours, de contrôle, ou de maintien de l'ordre », article précité, p. 537.

<sup>17</sup> CE, Section des travaux publics, 29 juillet 2008, n° 381.725, Rapport public 2009, p. 320.

<sup>18</sup> CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. p. 464 (à propos de nuisances sonores) ; CE, 27 septembre 2006, *Commune de Baalon*, T. p. 1061 (à propos des édifices menaçant ruine).

<sup>19</sup> Sur cette évolution générale, cf. Claire Legras, « L'abandon de la faute lourde en matière fiscale. Conclusions sur Conseil d'État, section, 21 mars 2011, M. Christian Krupa, n° 306225 », in RFDA 2011, pp. 341 et 342.

<sup>20</sup> CE Sect., 21 décembre 1962, *Dame Husson-Chiffre*, Rec. p. 702. Cette jurisprudence avait déjà été perçue comme un assouplissement, l'administration fiscale ayant longtemps échappé au régime de responsabilité avant que celle-ci ne puisse être engagée que pour une « faute d'une gravité exceptionnelle » puis pour une « faute manifeste et d'une particulière gravité », cf. les arrêts CE, 1<sup>er</sup> juillet 1927, *Demoreuil*, Rec. p. 739, et CE, 30 octobre 1959, *Ministre des affaires économiques c/ Murat*, Rec. p. 566 ; sur ce point, cf. René Chapus, Droit administratif général, op. cit., p. 1317 ; sur l'évolution de l'exigence d'une faute lourde en matière de responsabilité des services fiscaux, cf. François Barque, « Responsabilité et services fiscaux : feu la jurisprudence Bourgeois », in AJDA 2011, pp. 1279 à 1281.

<sup>21</sup> Arrêt *Bourgeois*, précité, confirmé a contrario par l'arrêt CE, 13 mai 1991, *Commune de Gargès-Gonesse*, Rec. p. 178.

<sup>22</sup> Arrêt *Commune d'Arcueil*, précité. Le commissaire en difficulté avançait comme arguments, pour le moins discutables, « le foisonnement des textes applicables », leur « excessive instabilité » et l'objectif poursuivi par l'administré, « symétriquement inverse de celui de l'Administration », cf. Guillaume Goulard « La responsabilité des services fiscaux : faute lourde ou faute simple ? », in RFDA 1998, pp. 99 et 100.



C'est donc sur ce principe que revient l'arrêt *Krupa* : en admettant que la responsabilité de l'administration fiscale pouvait être engagée pour faute simple « lors de l'exécution d'opérations se rattachant aux procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt », sans examiner ni préciser si ces opérations comportaient des difficultés particulières, l'exigence de la faute lourde est abandonnée en cette matière. Cet abandon se justifie d'autant plus qu'il n'existait plus de réels arguments en faveur de son maintien.

### 1.2. La disparition des justifications du maintien de la faute lourde en matière fiscale

L'abandon progressif de l'exigence d'une faute lourde dans les autres domaines a remis en cause les arguments permettant de justifier son maintien en matière de responsabilité des services fiscaux (1.2.1.), ce qui permet une meilleure prise en compte des intérêts des administrés (1.2.2.).

**1.2.1.** Le principal argument avancé à l'appui du maintien de la faute lourde en matière de responsabilité de l'administration fiscale était les difficultés et la complexité des situations des contribuables auxquelles elle pouvait être confrontée lors des différentes opérations qu'elle avait à mener<sup>23</sup>. Cet argument des situations difficiles ne pouvait plus valablement tenir à propos des services fiscaux dès lors qu'il avait été abandonné dans de nombreux autres domaines présentant autant de complexité<sup>24</sup>, tels que les opérations de secours<sup>25</sup>, les activités médicales<sup>26</sup>, etc. Un autre argument également avancé était celui du caractère régalien de cette administration, sans que l'on comprenne réellement pourquoi ce caractère, en lui-même, puisse être la cause d'une exonération partielle de responsabilité ; en tout état de cause, il ne se justifiait plus non plus depuis que la

<sup>23</sup> En ce sens, cf. les conclusions du commissaire du gouvernement Guillaume Goulard sur l'arrêt *Commune d'Arcueil*, précitées.

<sup>24</sup> Dans ce sens, cf. les Conclusions du Rapporteur public Claire Legras, précitées, p. 345.

<sup>25</sup> Cf. notamment les arrêts *Theux*, *Améon* et *Commune de Hannapes*, précités.

<sup>26</sup> Cf. notamment les arrêts *Époux V. et M. D.*, précités.

responsabilité d'autres services régaliens pouvait être engagée sur le terrain de la faute simple<sup>27</sup>.

Enfin, un autre argument pouvait encore être avancé, résultant en réalité du cumul des deux précédents, relatif à « une marge d'erreur plus importante<sup>28</sup> » dont doit pouvoir bénéficier une administration souveraine afin de ne pas entraver son intervention tendant au recouvrement de l'impôt, au cours de laquelle les administrés eux-mêmes pouvaient placer un certain nombre d'entraves en cherchant à échapper à leur obligation de paiement. Cet argument, justifiant certes le bon fonctionnement d'une administration et, par voie de conséquence, de l'État en général, ne saurait être accueilli au sein d'un ordre juridique s'efforçant de préserver les droits des administrés.

**1.2.2.** Ainsi que le soulignent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, « la faute lourde n'est qu'une faute plus grave que la faute simple, définition qui, pour exacte qu'elle soit, n'apporte rien<sup>29</sup> » : en ce sens, elle est susceptible de laisser une marge d'appréciation assez large au juge lui permettant de décider, au cas par cas et sans que de réels critères ne soient établis, quels faits constitueront une faute lourde et quels faits n'en constitueront pas<sup>30</sup>. Ainsi, son abandon en l'espèce s'inscrit dans un souci de « protéger le plus pleinement

<sup>27</sup> Cf. notamment les arrêts *Mme Chabba*, précité, en matière de service pénitentiaire, *Commune de Moissy-Cramayel* et *Commune de Baalon*, précités, en matière de police administrative. De façon plus générale, l'abandon de la faute lourde et, donc, de ces deux arguments à propos des services fiscaux participe de l'effort de « banalisation des missions » de l'administration fiscale, notamment afin de « rapprocher cette [dernière] des autres services de l'État » et de « décriper les relations qu'elle entretient avec les contribuables », Martin Collet, « La généralisation d'un régime de responsabilité pour faute simple des services fiscaux : une bonne nouvelle pour les contribuables ou pour l'administration ? », in RJP 2011 (n° 687), comm. 30, p. 43.

<sup>28</sup> Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, Précis de droit administratif, op. cit., p. 506.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 505. Sur le caractère indéterminée de la catégorie de faute lourde, cf. également Édouard Dubout, « Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif ? », in RDP 2009, pp. 1347 et s.

<sup>30</sup> René Chapus souligne ainsi que « rien n'est plus fluide que la notion de faute lourde. [...] Sans doute, il est des fautes dont la gravité est évidente et d'autres qui sont évidemment sans gravité. Mais

*possible les intérêts des administrés, – ce qui est du reste une caractéristique générale de l'évolution contemporaine du droit administratif<sup>31</sup> ». Cela rejoint les arguments avancés lors des précédents reculs de la faute lourde : en 1997, lors de son abandon en matière de responsabilité des services médicaux d'urgence, le commissaire du gouvernement soulignait que « le régime de la faute lourde, héritage d'un ancien principe d'irresponsabilité, est maintenant perçu par les justiciables comme une limitation injustifiée de la responsabilité des personnes publiques<sup>32</sup> ».*

En effet, en matière de services fiscaux, l'exigence de la faute lourde permettait d'atténuer le principe selon lequel toute illégalité est constitutive d'une faute<sup>33</sup>, ce qui pourrait aboutir à un engagement automatique de la responsabilité<sup>34</sup>. L'exigence de la faute lourde laissait ainsi

---

*entre les unes et les autres, que de fautes dont le « degré » est susceptible d'appréciations hésitantes ou divergentes. On saura que de telles fautes sont lourdes quand le juge les aura appréciées comme telles », René Chapus, Droit administratif général, op. cit., p. 1303 – soulignement personnel.*

<sup>31</sup> René Chapus, Droit administratif général, op. cit., p. 1304. En illustration de cette « caractéristique générale », on peut naturellement citer la reconnaissance du principe de sécurité juridique, CE Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et Sté Ernst & Young et autres*, Rec. p. 154, ou la reconnaissance de la possibilité d'un recours contre un contrat déjà formé par des concurrents évincés, devant le juge du contrat, CE Ass., 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation*, Rec. p. 360.

<sup>32</sup> Jacques-Henri Stahl, « La responsabilité des services publics hospitaliers. Le déclin de la faute lourde. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 20 juin 1997, M. Theux », RFDA 1998, p. 86. On a également évoqué « l'inéluctable recul de la faute lourde dans la mesure où les administrés vivent l'exigence d'une faute qualifiée comme un privilège indu accordé à l'administration », Pierre Bon, « Le préfet face à l'inexécution par une collectivité territoriale d'un jugement la condamnant pécuniairement », précité, p. 346 ; dans un sens similaire, cf. Gilles Lebreton, « La fausse disparition de la faute lourde », précité, pp. 538 et 539, qui soutient que si les juges « abandonnent l'exigence de la faute lourde, c'est plus pour redorer l'image de marque de la justice administrative que pour libéraliser véritablement la jurisprudence », comparant alors cet abandon à « une opération de marketing ».

<sup>33</sup> CE Sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. p. 78.

<sup>34</sup> Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, Précis de droit administratif, op. cit., p. 506.

l'administration plus libre dans son action. Toutefois, alors que le principe selon lequel toute illégalité est fautive paraît pleinement garantir les droits des administrés, inversement, la possibilité selon laquelle une illégalité n'engage pas, par principe, la responsabilité de l'administration va à l'encontre de la garantie de ces droits : les droits des administrés sont autant garantis par le premier principe qu'ils sont remis en cause par le second.

Certes, ce revirement de jurisprudence imposera à l'administration une plus grande précaution mais c'est bien le contraire qui semblait problématique : il existe des raisons justifiant la mise en place d'un cadre juridique, que ce soit la facilitation de l'action administrative ou la préservation des droits des particuliers, et l'administration est donc tenue de le respecter. Son dépassement, constitutif d'une illégalité, doit pouvoir aboutir à la possibilité d'une réparation, dès lors que cette illégalité a engendré un dommage. En revanche, afin d'éviter que l'action administrative ne soit trop entravée par une trop grande précaution, qui pourrait d'ailleurs porter préjudice aux droits des administrés (notamment en raison d'une procédure plus longue, plus complexe, etc.), il est possible de poser des exigences précises à l'égard de ce dommage, restreignant ainsi la possibilité d'engager la responsabilité administrative. C'est précisément ce qu'a retenu le juge en l'espèce.

## 2. Le maintien nécessaire d'un engagement limité de la responsabilité des services fiscaux

L'abandon de la faute lourde, aussi justifié soit-il, ne saurait conduire à une administration incapable d'agir en raison de la crainte de devoir systématiquement réparer des dommages. La solution retenue en l'espèce permet d'éviter que le recul de la faute lourde ne signifie un accroissement de l'engagement de la responsabilité<sup>35</sup>. En effet, le déplacement, de la faute au dommage, des conditions restreignant les possibilités d'engager la responsabilité

---

<sup>35</sup> Dans ce sens, cf. Martin Collet, « La généralisation d'un régime de responsabilité pour faute simple », précité, pp. 43 à 45.

administrative et un régime assez large de causes exonératoires garantissent un engagement limité de la responsabilité administrative. Loin d'être propres à la matière fiscale, ces nouveaux critères pourraient être étendus aux derniers bastions de la faute lourde, dont l'exigence se justifie de moins en moins. Ainsi, le maintien de conditions strictes relatives à l'engagement de la responsabilité de l'administration fiscale (2.1.) pourrait annoncer un abandon plus généralisé de la faute lourde en matière de responsabilité administrative (2.2.).

### 2.1. Une solution restrictive : le maintien de conditions strictes d'engagement de la responsabilité de l'administration fiscale

Tout en mettant fin au principe d'un régime d'irresponsabilité malgré des illégalités, la solution retenue par l'arrêt permet de répondre de façon plus cohérente à l'argument qui justifiait un tel régime : préserver « *une sorte de franchise de responsabilité*<sup>36</sup> ». Cela se traduit par des exigences liées au caractère direct et certain du préjudice (2.1.1.) et par une large reconnaissance de causes exonératoires ou limitatives de responsabilité (2.2.2.).

**2.1.1.** Pour qu'il puisse être indemnisé en raison d'une faute commise par l'administration fiscale, le préjudice dont se prévaut le requérant doit directement résulter de cette faute. Le juge précise, d'abord, que ce préjudice « *ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt* » car un tel préjudice disparaît dès lors que l'impôt non dû est remboursé. Cela exclut ainsi l'indemnisation de toutes les fautes qui pourraient entraîner le paiement d'un impôt qu'un contribuable n'est pas tenu de payer dès lors qu'il n'apporte pas la preuve d'un autre préjudice que ce seul paiement. En revanche, si cela engendre « *des conséquences matérielles* », telles des saisies ou des mises en liquidation de société, ou « *des troubles dans [les] conditions d'existence* » du contribuable, alors l'indemnisation se justifie. Toutefois, le caractère direct et certain du préjudice

<sup>36</sup> Jacques-Henri Stahl, « *La responsabilité des services publics hospitaliers* », précité, p. 85.

est apprécié très strictement en matière fiscale : il ne faut pas, notamment, qu'un rapport contractuel s'intercale entre la faute et le dommage<sup>37</sup>.

De plus, n'est indemnisable que le préjudice résultant exclusivement du fait générateur. Alors que M. Krupa demandait 20 millions de francs d'indemnisation (soit 3.048.980,34 euros), il n'obtient que 20.000 euros car la plupart des préjudices dont il se prévalait (la liquidation de son entreprise individuelle, la perte de ses revenus et la diminution de ses cotisations de retraite) ne résultait pas exclusivement et directement de la mauvaise interprétation de l'article 1763A CGI par l'administration fiscale mais également d'une mauvaise gestion de sa propre société qui accumulait de nombreuses dettes. Cela réduit ainsi considérablement l'étendue de la réparation et, plus généralement, les conséquences de la reconnaissance d'une faute de l'administration : malgré un régime de faute simple, l'étendue de la réparation est limitée. Ces conséquences peuvent également être limitées à travers les causes limitatives ou exonératoires de responsabilité.

**2.1.2.** Parmi ces causes exonératoires, il faut d'abord mentionner le fait de la victime qui est une cause classique en matière de

<sup>37</sup> Le Conseil d'État a ainsi refusé d'indemniser la perte d'un emploi résultant de la cessation d'activité d'une société qui découlait elle-même d'agissements fautifs de divers services fiscaux engageant la responsabilité de l'État car ce préjudice ne résulte que des liens contractuels entre la requérante et la société, cf. CE, 11 juillet 1984, *Mme Jonon et autres*, T. p. 741. De même, des héritiers ne sauraient obtenir réparation de préjudices résultant de la cessation d'activité de la société du défunt, laquelle serait la conséquence d'agissements fautifs des services fiscaux engageant la responsabilité de l'État, car ces préjudices ne peuvent résulter que des liens juridiques entre le défunt et la société et « *ne sauraient, dès lors, être regardés comme procédant directement du comportement de l'administration* », CE, 11 juillet 1984, *Yvette Dumas et autres héritiers de Tible*, RJF 10/84, n° 1257, p. 636. « *Autrement dit, selon le Conseil d'État, c'est la rupture du contrat de travail qui a été la cause de la perte d'emploi et des troubles concomitants, et c'est donc éventuellement à l'auteur de cette rupture, forcée, que l'intéressée doit demander des comptes, et non à l'auteur des événements qui ont été la cause de cette rupture* », Emmanuel Kornprobst, *Juris-Classeur. Procédures fiscales*, fasc. 765 (1994), n° 104 ; cf. également Christian Louit, *JCP-G* 1985, jpr. n° 20394.

responsabilité. En matière fiscale, elle permet notamment de répondre une nouvelle fois à l'un des arguments utilisés à l'appui de l'exigence d'une faute lourde selon lequel les contribuables font souvent preuve d'ingéniosité pour entraver les services fiscaux<sup>38</sup>. Ensuite, dès lors que l'imposition est due, celle-ci doit être payée indépendamment de la faute qu'aurait pu commettre l'administration. En effet, il est possible, d'une part, de procéder à une substitution de base légale si « *une autre base légale que celle initialement retenue justifie l'imposition* ». D'autre part, il n'y a pas lieu à indemnisation dès lors que l'administration établit « *qu'elle aurait pris la même décision d'imposition si elle avait respecté les formalités prescrites ou fait reposer son appréciation sur des éléments qu'elle avait omis de prendre en compte* ».

En d'autres termes, dès lors que des circonstances de droit (base légale ou formalités) ou de fait (appréciation) justifient une mesure d'imposition et alors même que l'administration aurait pu commettre une faute en se fondant sur une mauvaise base légale ou en se livrant à une mauvaise appréciation des faits, le contribuable ne peut obtenir réparation d'un quelconque préjudice résultant de cette faute puisque, si la faute est avérée, le préjudice, lui, ne l'est pas, l'imposition étant due selon les circonstances. Cela rejoint ce qui est traditionnellement admis dans le régime général de la responsabilité administrative où une irrégularité peut être régularisée par une nouvelle décision, ce qui empêche l'indemnisation des dommages résultant de cette irrégularité s'ils étaient également survenus dans l'hypothèse où la décision avait été légalement prise<sup>39</sup>.

Si cela aboutit à une limitation et à un encadrement strict de l'engagement de la responsabilité administrative de sorte que l'abandon de la faute lourde ne marque pas, en réalité, un réel assouplissement, il faut

<sup>38</sup> Sur ce point, cf. les Conclusions du Rapporteur public Claire Legras, précitées, pp. 345 à 347.

<sup>39</sup> CE, 11 octobre 1961, *Cléments et autres*, T. p. 1180, et CE Sect., 19 juin 1981, *Mme Carliez*, Rec. p. 274 ; dans ce sens, cf. Fabrice Melleray, « *L'abandon de l'exigence d'une faute lourde* », précité, p. 51. Il faut alors naturellement réserver les hypothèses où la responsabilité peut être engagée sans faute, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques dans l'hypothèse d'un préjudice anormal et spécial.

alors relever que ce changement de position de principe est doublement justifié : il permet de mettre fin à un régime de faute lourde engendrant une irresponsabilité alors même que des illégalités ont été commises et il satisfait encore les principaux arguments qui étaient avancés à l'appui de l'introduction d'un tel régime<sup>40</sup>. On peut ainsi s'interroger sur la possibilité et la pertinence d'une disparition totale de l'exigence de la faute lourde.

### 2.2. Une solution extensible : la possibilité d'une généralisation de l'abandon de la faute lourde

Les arguments avancés à l'appui de l'exigence d'une faute lourde dans les derniers domaines où l'engagement de la responsabilité administrative lui est subordonné rejoignent ceux qui pouvaient être invoqués en matière de responsabilité des services fiscaux (2.2.1.) si bien que l'abandon récent de la faute lourde en cette matière et le principe retenu par l'arrêt commenté pourraient à la fois annoncer et justifier son abandon dans ces autres domaines (2.2.2.).

**2.2.1.** Depuis l'arrêt *Christian Krupa*, la faute lourde ne connaît plus que trois bastions<sup>41</sup>. Il s'agit, en premier lieu, des cas où elle est exigée dans un sens favorable à la victime : lorsqu'il existe un régime légal ou contractuel d'irresponsabilité, le juge est tenu de le respecter mais il considère que celui-ci ne s'applique qu'à propos de la faute simple et admet que la responsabilité soit engagée pour faute lourde<sup>42</sup>. Le juge étant soumis au respect de la loi, son maintien, dans cette hypothèse, se justifie pleinement puisqu'il participe de la même logique que

<sup>40</sup> Sur d'éventuelles évolutions futures de cette nouvelle jurisprudence, en matière fiscale, cf. « *Abandon de la faute lourde en matière fiscale : quelles conséquences au-delà du symbole* », in RJF 2011, n° 6, pp. 604 et 605.

<sup>41</sup> Sur ces trois bastions, cf. également les Conclusions du Rapporteur public Claire Legras, précitées, p. 342.

<sup>42</sup> Cf., par exemple, en matière de régime légal d'irresponsabilité, CE, 6 juin 1975, *Comptoir central des Usines Alliman*, T. p. 1244 et, en matière de régime contractuel d'irresponsabilité, CE, 9 mars 1977, *CCI de Douai*, T. p. 957 ; pour plus d'éléments, cf. Michel Paillet, *Juris-Classeur. Administratif*, fasc. 820 (2009), n° 63.

celle justifiant sa disparition dans les autres hypothèses : une meilleure préservation des droits des administrés. En deuxième lieu, cela concerne le service public de la justice administrative, sauf si le préjudice résulte du contenu d'une décision devenue définitive, lequel n'est nullement indemnisable en raison de l'autorité de chose jugée<sup>43</sup>, et à l'exception des préjudices résultant du dépassement d'un délai raisonnable de jugement pour l'indemnisation desquels une faute simple est exigée<sup>44</sup>. Enfin et en troisième lieu, l'engagement de la responsabilité de l'État demeure subordonné à la preuve d'une faute lourde dans les domaines d'activités de contrôle<sup>45</sup>.

La confirmation relativement récente du maintien de l'exigence de la faute lourde dans ces deux derniers domaines ne saurait se justifier par les difficultés auxquelles pourraient être confrontés les services en cause puisque, ainsi qu'on l'a déjà relevé, de telles difficultés n'ont pas empêché l'abandon de la faute lourde dans d'autres domaines, antérieurement à ces confirmations<sup>46</sup>. Il semble ainsi, au moins concernant les activités de contrôle, que le maintien de cette exigence se justifie par le besoin de ne pas soustraire l'action du contrôleur à celle du contrôlé afin, d'une part, de laisser toute la latitude d'action dont ce dernier doit bénéficier et, d'autre part,

de ne pas faire peser sur le contrôleur de telles obligations qui l'obligeraient à agir à la place du contrôlé<sup>47</sup>. Il semble possible d'appliquer le même type de raisonnement au service public de la justice administrative puisque les décisions rendues sont généralement soumises à un contrôle par la voie de l'appel et / ou de la cassation : certes, dans ce cas, les logiques de contrôle sont différentes mais le double degré de juridiction et les possibilités de cassation laissent présumer que les irrégularités ont disparu<sup>48</sup> et, si tel n'est pas le cas, « *la difficulté à décider s'il s'agit bien d'une erreur de droit ou non doit continuer à justifier la faute lourde*<sup>49</sup> ».

Ainsi, il peut paraître nécessaire de conserver « *une franchise de responsabilité dans certaines hypothèses*<sup>50</sup> » et, d'ailleurs, lorsque le juge administratif l'abandonne, il arrive que le législateur réintroduise l'exigence d'une faute lourde<sup>51</sup>. Toutefois, cette idée de la nécessité de laisser une marge de manœuvre aux autorités placées sous le contrôle d'autres autorités justifie parfaitement que la responsabilité administrative du service en cause ne puisse être engagée qu'à des conditions restrictives, elle ne justifie pas, *ipso facto*, le maintien de la faute lourde<sup>52</sup>. Plus exactement, elle ne le justifie plus au regard de la solution apportée par l'arrêt commenté, car un tel résultat peut désormais être atteint tout en abandonnant l'exigence d'une faute lourde.

<sup>43</sup> CE Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. p. 542 ; CE, 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. p. 230.

<sup>44</sup> CE Ass., 28 juin 2002, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Magiera*, Rec. p. 247.

<sup>45</sup> Les exemples les plus célèbres concernent le contrôle de légalité du préfet sur les collectivités territoriales, CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint Florent*, Rec. p. 395 ; le contrôle effectué par la Commission bancaire, CE Ass., 30 novembre 2001, *Kechichian*, Rec. p. 587 ; le contrôle effectué par la Commission de contrôle des assurances, CE, 18 février 2002 *Groupe Norbert Dentressangle*, T. p. 918 ; le contrôle de l'autorité de tutelle, CE Sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autres*, Rec. p. 515 et CE, 29 octobre 2010, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Sté Sofunag-Environnement*, n° 338001, sera mentionné aux tables.

<sup>46</sup> Cf. notamment les arrêts *Theux*, *Améon* et *Commune de Hannapes*, précités ainsi que, désormais, l'arrêt *Krupa*. Dans ce sens, cf. également Yves Gaudemet, « *La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle* », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, Paris, 2002, p. 566.

<sup>47</sup> En ce sens, cf. Yves Gaudemet, « *La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle* », précité, pp. 566 et 567, ainsi que les remarques de Pierre Bon sous l'arrêt *Société fermière de Campoloro*, précité, Pierre Bon, « *Le préfet face à l'inexécution par une collectivité territoriale d'un jugement la condamnant pécuniairement* », in *RFDA* 2006, pp. 345 et 346.

<sup>48</sup> Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 509.

<sup>49</sup> Géraldine Chavrier, « *Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde* », précité, p. 1029.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 1028.

<sup>51</sup> C'est fut le cas dans le domaine médical, sur ce point, cf. *ibidem*.

<sup>52</sup> Pour une autre analyse défendant l'abandon de la faute lourde tout en conservant un engagement limité de la responsabilité administrative, cf. Édouard Dubout, « *Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif ?* », précité, pp. 1350 et 1351.

**2.2.2.** La solution retenue par le Conseil d'État dans l'affaire *Krupa* paraît transposable aux derniers bastions de la faute lourde, à l'exception de l'hypothèse où son exigence va dans un sens favorable à la victime, afin de limiter les effets d'un régime légal ou contractuel d'irresponsabilité<sup>53</sup>. Cela revient à s'interroger sur la pertinence et la justification de son maintien dans ces derniers domaines que sont les activités de contrôle et le service public de la justice administrative<sup>54</sup>.

D'une part, la seule difficulté de la mission réalisée, le caractère régalien du service en cause ou le besoin de ne pas entraver l'action administrative ne sauraient, en eux-mêmes, justifier un régime d'irresponsabilité dès lors qu'une faute a été commise. En effet, ces arguments n'ont pas empêché l'abandon de la faute lourde dans le domaine fiscal. D'autre part, la solution retenue en l'espèce permet de mettre fin au régime peu satisfaisant et assez aléatoire de la responsabilité pour faute lourde tout en préservant l'application d'un régime restrictif d'engagement de cette responsabilité à travers des conditions exigeantes relatives à la preuve du dommage subi et à un mécanisme de causes exonératoires largement admises. Si le préjudice n'a que des conséquences qui auraient eu lieu en tout état de cause, indépendamment de la faute commise, il n'y a pas lieu de l'indemniser. De même, seuls les préjudices résultant directement de la faute commise doivent pouvoir être indemnisés et, ainsi, seulement ceux résultant de l'activité de contrôle – pour reprendre cet exemple – et non ceux résultant de l'activité menée par l'autorité contrôlée. En ce sens, il ne saurait y avoir de transfert de responsabilité<sup>55</sup> du contrôlé sur le contrôleur : la responsabilité du contrôleur ne peut être engagée que pour

autant qu'il y a une faute commise dans l'exercice du contrôle (tel un manque de diligence) ; c'est au contraire la responsabilité de l'autorité contrôlée qui doit être engagée s'il y a un préjudice résultant d'un acte illégal de cette autorité. Dès lors, si l'illégalité n'était pas flagrante (par exemple, parce qu'elle pourrait résulter d'un revirement de jurisprudence) et / ou si l'autorité de contrôle apporte la preuve qu'elle s'est montrée diligente ou qu'elle ne disposait pas de moyens suffisants pour exercer son activité, alors sa responsabilité ne pourra pas être engagée. Dans ce même domaine, l'attitude de l'autorité contrôlée doit être prise en compte si elle a placé des entraves à la bonne réalisation du contrôle, en dissimulant ou en omettant de transmettre des informations.

Ainsi, le maintien de la faute lourde dans ces domaines ne paraît plus pertinent ni justifié puisque l'engagement limité de la responsabilité de l'administration permet à cette dernière de conserver une latitude dans son action. La poursuite de ce mouvement de recul de la faute lourde confirmerait, parallèlement, la meilleure garantie des droits des administrés tout en assurant un bon fonctionnement des activités de l'administration. On pourrait alors se réjouir du passage d'un principe d'irresponsabilité pour faute simple à un principe de responsabilité pour faute, du passage d'un régime de responsabilité pour faute lourde à un régime de responsabilité sous condition d'un préjudice « *lourdement* » prouvé.

**Jean-Philippe Derosier (Docteur en droit, Université Paris 1)**

<sup>53</sup> Sur ce point, cf. *supra*.

<sup>54</sup> Sur ce point précis et dans un similaire à la position défendue ici, cf. François Barque, « *Responsabilité et services fiscaux* », précité, p. 1282.

<sup>55</sup> C'est le risque évoqué afin de justifier le maintien de la faute lourde dans ce domaine, cf. la jurisprudence *Kechichian*, précitée, ainsi que Géraldine Chavrier, « *Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde* », précité, p. 1030 et Pierre Bon, « *Le préfet face à l'inexécution par une collectivité territoriale d'un jugement la condamnant pécuniairement* », précité, p. 346.

## L'extension outre-mer de la loi du 15 juin 2010 portant création de l'EIRL

Par Vanessa de Crasto et Olivier Naudin

La création de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, a pour objectif de libérer l'énergie entrepreneuriale en permettant à tout créateur d'entreprise de protéger son patrimoine personnel\*. L'ordonnance du 24 mars 2011 adapte outre-mer cette loi originale\*.

\* Voir aussi le numéro 60 du CJFI sur l'EIRL

L'extension outre-mer de la loi EIRL est réalisée par l'ordonnance du 24 mars 2011

Cette innovation juridique répond à une forte attente des professionnels du commerce et de l'artisanat. En effet, jusqu'alors, les entrepreneurs en nom propre devaient répondre de leurs engagements professionnels sur la totalité de leur patrimoine. Ces derniers, soit plus de 1,4 million de chefs d'entreprise, représentent près de la moitié de l'ensemble des entreprises existant en France.

Les dispositions de cette loi, essentiellement de nature civile, commerciale, immobilière ou fiscale, avaient, dès l'origine, vocation à être appliquées outre-mer. L'ordonnance du 24 mars 2011 a permis d'étendre et d'adapter outre-mer la loi du 15 juin 2010.

### 1. Les contraintes légistiques

Le dispositif de l'EIRL est prévu par les articles L. 526-6 et suivants du code de commerce. Il est entré en vigueur le premier janvier 2011 en métropole ainsi que dans les départements et régions outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion<sup>1</sup>) où il est applicable de plein droit. Dans ces DROM, seules quelques adaptations peuvent être rendues nécessaires pour tenir compte des « caractéristiques et contraintes particulières<sup>2</sup> » de ces collectivités.

En revanche, des mesures expresses d'extension et d'adaptation s'avéraient nécessaires pour certaines collectivités en raison du principe de spécialité législative qui les gouverne (1.1.). Le Gouvernement a été habilité à prendre ces mesures par voie d'ordonnance (1.2.).

<sup>1</sup> Mayotte n'était pas encore devenue un département au moment de l'extension outre-mer de l'EIRL.

<sup>2</sup> Article 73 de la Constitution.

### 1.1. La teneur du principe de spécialité législative régissant les collectivités d'outre-mer

Toutes les collectivités d'outre-mer visées par l'article de la loi du 15 juin 2010<sup>3</sup>, autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les dispositions relevant du domaine de la loi, sont régies par l'article 74 de la Constitution. Aux termes de cet article, le statut de ces collectivités détermine « les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ».

Ces territoires sont en principe soumis au principe de spécialité législative, en vertu duquel les lois et règlements n'y sont applicables que sur mention expresse. Tel est le cas à Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie.

En revanche, à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte, avant que sa départementalisation n'intervienne, les statuts locaux ont prévu le principe d'identité, c'est-à-dire une application de plein droit, à l'exception de certaines matières. Une mention particulière d'extension est donc inutile, seules des mesures d'adaptation sont envisageables.

En fonction des statuts de chacune des collectivités, les mesures nécessaires étaient les suivantes :

- **Mayotte** : régie par le principe d'identité, le dispositif de l'EIRL avait vocation à s'appliquer de plein droit. Toutefois, les droits réels immobiliers s'appliquaient sur mention expresse (article L.O. 6113-1 du CGCT). Par ailleurs, compte tenu de l'organisation locale du service des hypothèques, une mention d'adaptation était nécessaire.

<sup>3</sup> L'article 8 de la loi n° 2010-658 visait les îles Wallis et Futuna, la Nouvelle-Calédonie, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon mais excluait la Polynésie Française.

Une complexité liée à la diversité des situations outre-mer

- **Saint-Barthélemy et Saint-Martin** : ces deux collectivités d'outre-mer, régies elles aussi par le principe d'identité, disposent toutefois de compétences propres. Tel est le cas en matière fiscale. En outre, ces collectivités étant rattachées au bureau des hypothèques de Basse-Terre (Guadeloupe) pour la déclaration au RCS et pour le répertoire des métiers, des adaptations s'imposaient, le nouveau statut d'EIRL prévoyant de telles immatriculations.
- **Saint-Pierre-et-Miquelon** : en application du principe d'identité, le dispositif de l'EIRL y était normalement applicable de plein droit. La partie fiscale faisait ici aussi exception, relevant de la compétence de la Collectivité. Par ailleurs, comme il n'existe pas de bureau des hypothèques sur l'archipel (la recette des impôts prend l'acte), des adaptations devaient être prévues.
- **Wallis et Futuna, Nouvelle-Calédonie** : l'État étant compétent en matière de droit commercial, droit civil et état et capacité des personnes à Wallis et Futuna, le principe de spécialité imposait dans ces domaines des mentions expresses d'application. La situation était la même en Nouvelle-Calédonie, à cette réserve près que les mesures relatives à l'état et à la capacité des personnes étaient applicables de plein droit.

de neuf mois à compter de la publication de cette loi, les dispositions relevant du domaine de la loi permettant, d'une part, de rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, dans les îles Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie, le statut de l'EIRL pour les dispositions de celui-ci qui relèvent de la compétence de l'État et, d'autre part, de procéder aux adaptations nécessaires en ce qui concerne les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le délai fixé par la loi du 15 juin 2010 obligeait le Gouvernement à prendre l'ordonnance d'extension outre-mer avant le 16 mars 2011. Deux difficultés n'ont pas permis de tenir ce délai :

- les contraintes des consultations des nombreuses assemblées des collectivités concernées<sup>4</sup> ;
- la prise en compte, dans l'ordonnance outre-mer, de deux textes qui sont venus entre temps compléter le dispositif EIRL : l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, relative aux entreprises en difficultés et la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010, de modernisation de l'agriculture et de la pêche, dont l'article 40 concernait lui aussi l'EIRL.

## 1.2.2. Dans l'impossibilité de respecter le délai fixé dans l'article d'habilitation, le Gouvernement a eu recours à l'habilitation permanente de l'article 74-1 de la Constitution

L'article 74-1 de la Constitution<sup>5</sup> offre une habilitation permanente au Gouvernement, pour l'extension, le cas échéant avec les adaptations nécessaires, aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et à la Nouvelle-Calédonie, des dispositions de nature législative en vigueur en métropole dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État<sup>6</sup>.

Enfin, pour ces deux collectivités, tout ce qui concernait la fiscalité ou la sécurité sociale demeurait de leur compétence propre.

## 1.2. L'originalité d'une double habilitation du Gouvernement à prendre les mesures nécessaires : l'article 38 de la Constitution ou l'habilitation permanente de l'article 74-1 de celle-ci

### 1.2.1. L'habilitation donnée sur le fondement de l'article 38 de la Constitution n'a pas pu être utilisée

L'article 8 de la loi du 15 juin 2010 a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, dans un délai

<sup>4</sup> Difficulté de calendrier malgré la possibilité de saisir ces Assemblées en urgence.

<sup>5</sup> Cette habilitation est issue de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003.

<sup>6</sup> Article 74-1 : « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État,

**L'habilitation permanente à prendre une ordonnance évite les problèmes de délai**



À la différence des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 74-1 ne sont pas contraintes par un délai et ne nécessitent pas de loi d'habilitation. Elles peuvent être adoptées par le Gouvernement à tout moment. Elles doivent toutefois être ratifiées dans les 18 mois. En effet, le même article 74-1 précise que ces ordonnances « *deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de 18 mois suivant leur publication* ».

La question de l'articulation entre les deux habilitations s'est rapidement posée. Le fait que la loi EIRL habilite le Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, n'a pas d'incidence sur la possibilité d'utiliser l'article 74-1 de la Constitution comme fondement juridique.

Les dispositifs de l'article 38 et de l'article 74-1 de la Constitution sont indépendants. Leurs champs d'application et leurs modalités sont différents, et la combinaison au sein d'un même texte de dispositions prises sur ce double fondement est proscrite. En revanche, une fois le délai de l'habilitation donnée sur le fondement de l'article 38 expiré, l'article 74-1 peut être mis en œuvre sans difficulté<sup>7</sup>.

## 2. La technique de rédaction de l'ordonnance d'outre-mer

La rédaction de l'ordonnance d'extension et d'adaptation a nécessité une analyse à la loupe des textes concernés. Celle-ci a été effectuée à travers un tableau de répartition des compétences.

---

*étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure* ».

<sup>7</sup> L'article 74-1 de la Constitution a auparavant été utilisé dans ce but. Ainsi par exemple, l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 75 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 avait autorisé le Gouvernement à en étendre les dispositions, avec le cas échéant les adaptations nécessaires, en Nouvelle Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et à Mayotte. En dépit de l'expiration du délai d'habilitation fixé à un an, le Gouvernement a pu procéder à de telles extensions en prenant sur le fondement de l'article 74-1 l'ordonnance n° 2006-639 du 1<sup>er</sup> juin 2006.

### 2.1. La méthodologie adoptée : le tableau de répartition des compétences

#### 2.1.1. Une répartition par mesure

Un tableau de répartition des compétences a été élaboré. Son principe était d'observer pour chaque mesure de la loi EIRL, collectivité par collectivité, si son contenu relevait d'une compétence locale ou de la compétence de l'État.

En effet, plutôt que de juger si le texte à étendre outre-mer relève, dans son ensemble, de telle ou telle matière, il est préférable de l'analyser, article par article, pour constater que telle ou telle disposition implique la compétence de l'État ou celle de la Collectivité.

Si la disposition relève d'une compétence de la Collectivité, l'habilitation est sans effet. Seul le territoire est compétent pour légiférer dans ce domaine.

En revanche, si le texte relève de la compétence de l'État, il convient de vérifier s'il s'applique automatiquement outre mer (application de plein droit) ou s'il nécessite une disposition particulière pour le rendre applicable (application sur mention expresse).

Pour opérer ces distinctions, il a fallu classer chaque mesure de la loi dans la catégorie juridique correspondante : droit civil, droit immobilier, état et capacité des personnes, droit commercial, droit fiscal. Cela a permis de ne retenir que les matières dans lesquelles l'État était compétent.

Parmi ces mesures entrant dans le champ de l'habilitation, une nouvelle répartition a été faite, cette fois selon que la mesure était applicable de plein droit ou sur mention expresse.

Ce tableau, exhaustif, a été renseigné par les divers ministères concernés, en particulier le ministère de l'économie et celui de la justice. Il a été l'outil de référence nécessaire tout au long du processus d'extension et d'adaptation outre-mer.

À titre d'exemple, le tableau, dans sa partie relative à Wallis-et-Futuna, était ainsi présenté (voir en page suivante) :

Collectivités :			compétence de la collectivité	compétence de l'État	applicable de plein droit	applicable sur mention expresse	adaptation	
Articles de la loi n° 2010-658 - dispositions qu'ils modifient :	OBJET	MATIERE	Wallis & Futuna					
	Art.2 V – art. L.121-2 du code de commerce	mineur de + de 16 ans	état et capacité des personnes		X		X	
	Art. 3 I – I bis de l'art. 19 de la loi n° 96-603	répertoire des métiers	droit commercial		X		X	
	Art. 3 II – art. L.411-1 du code de la propriété intellectuelle	répertoire des métiers	droit commercial		X		X	
	Art. 4 1° – art. 1655 quinquiers VII du CGI	fiscalité	impôts	X				

**L'application outre-mer nécessite une coordination permanente**

### 2.1.2. Mention expresse ou application de plein droit

Un tri a été effectué entre les mesures à prendre, collectivité par collectivité. Les solutions étaient fort différentes selon les territoires.

Ainsi, par exemple, tant à Mayotte qu'à Saint-Pierre et Miquelon, le dispositif EIRL s'appliquait de plein droit à l'exception, pour l'un des droits réels immobiliers, droits fiscaux et sécurité sociale, pour l'autre du droit fiscal seulement.

En revanche, à Wallis et Futuna et en Nouvelle Calédonie, la plupart des dispositions étaient applicables sur mention expresse.

Chacune des collectivités a fait l'objet de mesures d'adaptation spécifiques.

## 2.2. La collaboration interministérielle

### 2.2.1. Bureaux collaborateurs au sein de Bercy et en interministériel

Pour Bercy, le bureau de l'Outre-Mer de la direction générale du Trésor (DG Trésor) était compétent pour rédiger les volets outre-mer des lois portées par les ministères financiers.

La délégation générale à l'Outre-Mer, qui dépend du ministère de l'Intérieur, assurait la coordination des travaux de répartition des compétences et des mesures entre l'État et la collectivité. Le tableau a dû être rempli avec soin par les ministères concernés, car son exactitude permettait de justifier les choix opérés au moment de l'adoption du texte d'extension, mais son utilité vaut surtout à moyen terme, lorsqu'il

s'agira d'interpréter le texte pour savoir si telle mesure est applicable ou non dans telle collectivité.

Enfin, il convenait de consulter les directions techniques concernées par les mesures : direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes lorsque des mesures concernaient le droit de la consommation, direction générale du Trésor pour le code monétaire et financier, par exemple.

### 2.2.2. La saisine obligatoire des organismes consultatifs

La phase des consultations obligatoires est une phase critique car il n'est pas toujours aisé d'identifier les organismes dont la consultation est obligatoire.

Le bureau de l'Outre-Mer de la DG Trésor a signalé la nécessité de consulter le Comité Consultatif de la Législation et de la Réglementation Financières (CCLRF).

Le CCLRF est chargé de donner un avis sur tous les projets de textes normatifs à portée générale dans le domaine bancaire, financier et des assurances<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Article L. 614-2 du code monétaire et financier : « Le Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières est saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie de tout projet de loi ou d'ordonnance et de toute proposition de règlement ou de directive communautaires avant son examen par le Conseil des Communautés européennes, traitant de questions relatives au secteur de l'assurance, au secteur bancaire, aux prestataires de services de paiement et aux entreprises d'investissement, à l'exception des textes portant sur l'Autorité des marchés financiers ou entrant dans les compétences de celle-ci. »

Deux principes ont été posés par la jurisprudence du Conseil d'État :

- Le comité a une compétence très large, il doit être consulté dès lors qu'un texte comporte une disposition relative au secteur bancaire.
- Bien que saisi une première fois sur le texte initial applicable en métropole, le comité doit être, de nouveau, saisi pour l'extension outre-mer du même texte.

La saisine du comité se fait par le bureau outre-mer de la DG Trésor. Saisi en urgence, le comité a rendu un avis favorable au texte du Gouvernement.

### 3. L'examen en Conseil d'État

#### 3.1. Rendre le texte intelligible et accessible

La rédaction adoptée par le Gouvernement scindait l'ordonnance en deux parties : la première relative aux mesures d'extension, et la seconde aux mesures d'adaptation. À l'intérieur de ces chapitres, les dispositions étaient classées par territoire.

Le Gouvernement avait également fait le choix d'étendre, non pas les dispositions dans leur rédaction issue des textes relatifs à l'EIRL, mais seulement les modifications apportées par ces textes.

Le projet était ainsi rédigé : « *sont applicables en Nouvelle-Calédonie, les modifications apportées par la loi du 15 juin 2010, l'ordonnance du 9 décembre 2010 et la loi du 27 juillet 2010 [...], au code de la consommation, en son chapitre III [...]* ».

Le Conseil d'État, pour satisfaire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, a proposé la rédaction suivante : « *sont applicables en Nouvelle-Calédonie, dans leur rédaction issue de la loi du 15 juin 2010, de l'ordonnance du 9 décembre 2010 et de la loi du 27 juillet 2010 [...], le chapitre III [...]* du code de la consommation ».

Le texte a posé, en outre, un plus sérieux problème : « *l'effet de bord* ».

#### 3.2. L'« effet de bord »

L'examen du texte par le Conseil d'État a également conduit à examiner la portée des extensions toutes les fois que la disposition étendue était inséparable de dispositions jusque là inapplicables outre-mer.

Par exemple, l'article L. 131-86-1, inséré dans le code monétaire et financier par l'ordonnance du 9 décembre 2010, indique comment doit s'appliquer à l'EIRL, en cas d'incident de paiement, une section de ce code<sup>9</sup>.

Or, en l'état du droit, la section ou le chapitre du code n'était pas applicable en Nouvelle-Calédonie ou à Wallis et Futuna. Ainsi, en rendant applicable la modification dans ces territoires, l'ordonnance risquait d'étendre non seulement l'article L. 131-86-1, mais la section ou le chapitre dans lequel il s'insérait.

Pour pallier cette difficulté, le parti a été pris, dans chaque hypothèse similaire, d'étendre non pas la seule disposition modifiée mais toutes les dispositions qui en sont inséparables.

Selon la même logique, l'extension de l'article L. 411-1 du code de la propriété intellectuelle, modifié par la loi du 15 juin 2010, a été élargie à toute la quatrième partie de ce même code, à l'exception d'un petit nombre d'articles énumérés à l'article L. 811-1.

### 4. La ratification de l'ordonnance

Pour obtenir la ratification du Parlement deux solutions étaient possibles : rédiger une loi autonome dont la ratification serait le seul objet ou profiter d'un véhicule législatif.

C'est la seconde solution qui fut retenue car les délais d'adoption d'un projet de loi peuvent être longs, notamment si deux lectures au Parlement sont nécessaires. Le texte de ratification fut donc inséré par amendement dans un projet de loi concernant l'outre-mer.

Toutefois, un projet de loi autonome a également été transmis au SGG.

Finalement la loi outre-mer servant de véhicule législatif ayant été votée<sup>10</sup>, le texte autonome a été abandonné.

**Vanessa de Crasto et Olivier Naudin**  
**(Direction des affaires juridiques)**

<sup>9</sup> Section 12 (Incidents de paiement et sanctions) du chapitre 1<sup>er</sup> du titre III du livre I<sup>er</sup> du code monétaire et financier.

<sup>10</sup> Loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011, article 15 V 1<sup>o</sup>, publiée au JORF du 28 juillet 2011.

**L'« effet de bord »  
ou la théorie des  
articles  
inséparables**

## La transposition de la directive « Marchés de défense ou de sécurité »

Par Marie-Aude Brossay et Jeanne Strausz

La directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009\*, constitue l'un des deux volets du « *paquet défense* » lancé par la Commission européenne en 2007. Négociée simultanément avec la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté, deuxième volet de ce paquet, elle participe de l'objectif de réalisation d'un marché intérieur des équipements de défense et de sécurité et du développement d'une base industrielle et technologique de défense européenne. La transposition de cette directive, dont le délai était fixé au 21 août 2011, a abouti notamment à l'insertion, dans le code des marchés publics, d'une troisième partie dédiée aux marchés publics de défense ou de sécurité.

*\*relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.*

Les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité touchent aux missions régaliennes de l'État. Ils exigent, en conséquence, des règles de passation et d'exécution tenant compte de leur caractère sensible et de la complexité inhérente à ce type de marché.

Les règles relatives aux marchés publics fixées par les directives 2004/18/CE<sup>1</sup> et 2004/17/CE<sup>2</sup> se sont révélées inadaptées à un grand nombre de ces marchés.

C'est la raison pour laquelle de nombreux États membres ont eu fréquemment recours, de manière vraisemblablement abusive, aux dispositions de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE – ex-article 296 TCE). Cet article prévoit la possibilité de déroger aux règles du Traité, lorsque le respect de celles-ci conduirait à la divulgation de renseignements contraires aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ou, s'agissant de marchés se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre, lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige.

<sup>1</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

<sup>2</sup> Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Dans sa communication interprétative sur l'application de l'article 296 du Traité dans le domaine des marchés publics de la défense du 7 décembre 2006, la Commission européenne a souligné que ces pratiques étaient de nature à entraver la concurrence à l'intérieur de l'Union européenne.

Cette communication fait écho à une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, aux termes de laquelle toute possibilité de dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité doit être interprétée de manière stricte<sup>3</sup>.

L'adoption de la directive 2009/81/CE a eu pour but de répondre à ces préoccupations.

Cette initiative permet aux pouvoirs publics et à l'industrie de défense de tirer les bénéfices d'une concurrence effective sur ce marché. Elle a en conséquence été soutenue par la France, importatrice et exportatrice du secteur.

En effet, une plus large concurrence contribue à garantir l'efficacité de la dépense publique et devrait créer des opportunités à l'étranger pour les entreprises françaises de défense, qui réalisent actuellement un tiers de leur chiffre d'affaires, soit cinq milliards d'euros, à l'exportation.

<sup>3</sup> Arrêt du 4 octobre 1991, Richardt et les Accessoires scientifiques, affaire C-367/89 point 20 ; dans le cas des marchés publics en particulier : arrêt du 3 mai 1994, Commission c/ Espagne, affaire C-328/92 point 15 ; 28 mars 1995, Evans Medical et Macfarlan Smith, affaire C-324/93, point 48.

**Les marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité exigent des règles de passation et d'exécution tenant compte de leur caractère sensible et de la complexité inhérente à ce type de marché**

L'essentiel de la transposition s'est effectué au niveau réglementaire par l'insertion d'une troisième partie dans le code des marchés publics, dédiée aux marchés de défense ou de sécurité<sup>4</sup>. L'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres<sup>5</sup> a, en outre, été modifié.

La transposition a également nécessité des mesures législatives qui ont conduit à la modification de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics<sup>6</sup>.

Avant la transposition de la directive 2009/81/CE, une partie des marchés de défense ou de sécurité était passée en application de la première ou de la deuxième partie du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005. Une autre l'était en application du décret dit « *décret Défense*<sup>7</sup> ». Ce décret encadrait, en France, la passation des marchés portant sur les armes, munitions ou matériels de guerre dans le cadre de l'article 346 TFUE. Il était, cependant, utilisé parfois au-delà de cet article.

Une grande partie des marchés passés jusqu'à présent en application de ces textes entreront désormais dans le champ d'application matériel de la troisième partie du code des marchés publics et seront ainsi soumis à l'ensemble de ses dispositions<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>5</sup> Arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres.

<sup>6</sup> Loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.

<sup>7</sup> Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense. Ce décret encadrait en France la passation des marchés portant sur les armes, munitions ou matériels de guerre dans le cadre de l'article 346 TFUE.

<sup>8</sup> Par exemple, l'achat de véhicules blindés.

Le décret défense a en conséquence été abrogé à l'occasion de la transposition de la directive 2009/81/CE<sup>9</sup>.

## **1. La délimitation stricte du champ d'application du régime dérogatoire pour les marchés de défense ou de sécurité**

La directive 2009/81/CE, qui institue un régime dérogatoire pour les marchés publics de défense ou de sécurité, définit avec précision son champ d'application organique et matériel, ainsi que les conditions permettant à l'acheteur de se soustraire aux règles de la directive, que ce soit dans le cadre des exclusions ou de la passation de marchés dits « *mixtes* ».

### **1.1. La troisième partie du code des marchés publics n'est applicable qu'à l'État et à ses établissements publics administratifs**

Le champ d'application organique de la directive 2009/81/CE recouvre celui des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Les nouvelles dispositions ont donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs (PA) et des entités adjudicatrices (EA) désignés par les directives « *Marchés classiques* ».

Il a, toutefois, été décidé lors de la transposition en droit interne de ne pas transposer la directive 2009/81/CE aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux. Ces derniers n'ont, en effet, pas vocation à passer des marchés dans les domaines de la défense ou de la sécurité nationale.

En conséquence, les dispositions de la troisième partie du code ne sont applicables qu'à l'État et à ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Article 15 du décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 précédemment mentionné.

<sup>10</sup> Article 178 du code des marchés publics.

## 1.2. Les PA et EA soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent décider d'appliquer la troisième partie du code des marchés publics

Les PA et les EA soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 entrent dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE<sup>11</sup>.

Quelques entités soumises à l'ordonnance ont été identifiées comme susceptibles de passer des marchés de défense ou de sécurité. Il s'agit, notamment, du Commissariat à l'énergie atomique ou de l'Office national d'études et de recherches aérospatiales. Ces personnes morales doivent pouvoir bénéficier des souplesses prévues par la troisième partie du code des marchés publics.

Les articles 3 et 4 de l'ordonnance les autorisent, désormais, à passer leurs marchés de défense ou de sécurité, en appliquant les dispositions du code.

Par conséquent, les PA et les EA soumis à l'ordonnance peuvent choisir de passer leurs marchés de défense ou de sécurité en application des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 précédemment mentionnée ou de celles, plus souples, de la troisième partie du code.

## 1.3. La troisième partie du code des marchés publics n'est applicable qu'aux marchés de défense ou de sécurité

L'article 179 du code des marchés publics limite l'application des dispositions de la troisième partie du code aux marchés de défense et aux marchés de sécurité<sup>12</sup>.

Les marchés de défense sont les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements militaires, des travaux, fournitures ou services directement liés à ces équipements, ou des travaux et services acquis à des fins spécifiquement militaires.

S'agissant, en particulier, de la fourniture d'un équipement militaire, deux conditions cumulatives doivent être remplies. Cet équipement doit avoir été spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires et être destiné à une utilisation comme arme, munition ou matériel de guerre. Ainsi, la version militarisée d'un hélicoptère initialement développé pour le marché civil répond à ces deux conditions.

Il n'existe pas de liste exhaustive des armes, munitions ou matériels de guerre, en raison, notamment, des évolutions technologiques qui affectent ce type de matériel. L'acheteur public doit recourir à la méthode du faisceau d'indices pour déterminer si l'équipement qu'il souhaite acquérir entre dans cette catégorie. Certaines listes, non exhaustives, telle que la liste du 15 avril 1958<sup>13</sup> peuvent l'y aider.

Les marchés de sécurité sont, quant à eux, divisés en deux catégories. Ils regroupent les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements, des travaux ou des services destinés à la sécurité et faisant intervenir, nécessitant ou comportant des supports ou informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale, ainsi que les marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services directement liés à un équipement de sécurité.

S'agissant de la première catégorie, deux critères cumulatifs conditionnent la qualification de marché de sécurité. Les travaux, fournitures ou services doivent, non seulement, être destinés à la sécurité nationale, mais également faire intervenir, nécessiter ou comporter des supports ou informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale. En droit national, la classification au titre du secret de la défense nationale est prévue à l'article L. 413-9 du code pénal, aux articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense, ainsi que par l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale.

<sup>11</sup> Article 1.17 de la directive 2009/81/CE précédemment mentionnée.

<sup>12</sup> La définition des marchés de défense ou de sécurité est également précisée au II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précédemment mentionnée.

<sup>13</sup> Décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 mentionnée au considérant 10 de la directive 2009/81/CE précédemment mentionnée.

La troisième partie du code des marchés publics est dédiée aux marchés de défense ou de sécurité

Il n'existe pas de liste exhaustive des armes, munitions ou matériels de guerre

La protection des supports ou informations est subordonnée à l'application de la mention « *Diffusion restreinte* » dans l'intérêt de la sécurité nationale<sup>14</sup>.

## 1.4. La notion de « *marchés mixtes* », au sens de la directive 2009/81/CE

Les marchés mixtes au sens de la directive désignent en premier lieu les marchés entrant pour partie dans son champ d'application et pour partie dans le champ d'application des directives « *Marchés* » classiques. Dans ce premier cas, le droit applicable est celui de la directive 2009/81/CE.

Il s'agit, en second lieu, de marchés entrant pour partie dans le champ d'application de la directive 2009/81/CE, et qui échappent, pour le reste, au champ d'application des trois directives relatives aux marchés publics<sup>15</sup>. Dans ce second cas, les marchés en cause ne sont pas soumis aux règles des marchés publics établies par les directives.

Pour bénéficier de ce régime souple, il est nécessaire que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives, c'est-à-dire que le marché forme un tout, soit en termes de destination, soit au plan fonctionnel.

La délimitation stricte du champ d'application de la troisième partie du code se justifie par les souplesses qui y sont introduites, notamment en matière de publicité et de mise en concurrence.

## 2. La limitation des contraintes pour l'acheteur public dans la passation et l'exécution des marchés de défense ou de sécurité

La troisième partie du code des marchés publics crée un dispositif de publicité et de mise en concurrence adapté aux contraintes des marchés de défense ou de sécurité.

<sup>14</sup> Les conditions d'emploi de la mention « *Diffusion restreinte* » sont précisées à l'annexe 3 de l'arrêté du 27 juillet 2010 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale.

<sup>15</sup> Directive 2004/17/CE, directive 2004/18/CE, directive 2009/81/CE précédemment mentionnées.

Par ailleurs, certaines dispositions de la première partie du code, inadaptées aux marchés de défense ou de sécurité, ont été assouplies, voire supprimées.

## 2.1. Une gradation de la publicité et de la mise en concurrence en fonction de la sensibilité du marché

Parmi les marchés de défense ou de sécurité, les plus sensibles sont entièrement exclus des dispositions prévues par le code. D'autres marchés pourront être passés en application de la procédure négociée, sans publication d'un avis et sans mise en concurrence ou à tout le moins, bénéficiant de procédures de passation plus souples que celles applicables dans le cadre de la première partie du code.

### 2.1.1. Les dispositions du code des marchés publics ne sont pas applicables aux marchés les plus sensibles

Le secret et l'urgence qui s'attachent à la nature de certains marchés justifient des dérogations aux règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le TFUE.

Ces cas d'exclusion ont été déterminés de manière restrictive et permettent à l'acheteur public de s'affranchir des procédures définies par le droit dérivé.

Tous les cas d'exclusion prévus par la directive 2009/81/CE ont été transposés à l'article 180 du code des marchés publics. Ils ont également été introduits à l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précédemment mentionnée afin d'appliquer les exclusions propres aux marchés de défense ou de sécurité aux personnes soumises à cette ordonnance lorsqu'elles décident de passer leurs marchés de défense ou de sécurité en application des dispositions de l'ordonnance et non de la troisième partie du code des marchés publics.

Ainsi les marchés passés pour des besoins opérationnels exigeant qu'ils soient conclus dans la zone des opérations, sont exclus du respect des règles de publicité et de mise en concurrence. De même, les

Plusieurs dispositions de la première partie du code ont été assouplies, voire supprimées pour tenir compte de la spécificité des marchés de défense ou de sécurité

Les exclusions de l'article 346 TFUE sont reprises dans la liste des exclusions de la troisième partie du code ; le recours à ce type d'exclusion est toutefois strictement encadré

exclusions de l'article 346 TFUE sont reprises dans la liste des exclusions de la troisième partie du code et de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>16</sup>.

## 2.1.2. Le recours à la procédure négociée sans publication préalable et sans mise en concurrence est élargi

Comme dans les première et deuxième parties du code des marchés publics, l'article 208 liste, dans la troisième partie, les catégories de marchés pour lesquels il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable ni mise en concurrence. Cette liste reprend les cas prévus à l'article 35 du code des marchés publics et en crée de nouveaux, adaptés à la spécificité des marchés de défense ou de sécurité.

Il s'agit, notamment, des marchés et des accords-cadres dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence parce qu'ils sont conclus pour faire face à une urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger. C'est, également, celui des marchés de services de recherche et de développement pour lesquels l'acheteur public acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation.

Enfin, les raisons techniques justifiant qu'un marché ou un accord-cadre ne puisse être confié qu'à un opérateur économique déterminé sont précisées. Ainsi, peuvent être désormais invoquées des exigences spécifiques d'interopérabilité, la nécessité de recourir à un savoir-faire, un outillage ou des moyens spécifiques dont l'opérateur économique est le seul à disposer. Ces dispositions rappellent celles prévues au f) du II de l'article 2 du décret défense désormais abrogé<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> 5° et 6° de l'article 180 du code des marchés publics ; 3° et 4° de l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précédemment mentionnée.

<sup>17</sup> Décret 2004-16 du 7 janvier 2004 précédemment mentionné – article 2.II : « Les accords-cadres et marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1<sup>er</sup> peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas [...] f) d'accords-cadres et de marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des motifs tenant à la protection de droits de

## 2.1.3. Des procédures de passation sur mesure pour des marchés complexes

Outre les exclusions et les nouveaux cas de marchés négociés sans publication préalable, ni mise en concurrence, la troisième partie du code des marchés publics comporte trois types de souplesses, en matière de procédure de passation :

- Le recours à la procédure négociée avec publication préalable et mise en concurrence n'est soumis à aucune condition. Les opérateurs économiques auront ainsi toute latitude, pour adapter leurs offres aux exigences des acheteurs publics et répondre, au mieux, à leurs besoins, et ce dans des domaines souvent complexes.
- Les seuils en deçà desquels il est possible de passer des marchés à procédure adaptée sont alignés sur ceux de la directive 2004/17/CE. Ils sont fixés à 387.000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services et à 4.845.000 euros HT pour les marchés de travaux. Si en pratique, il est probable que ces seuils seront, le plus souvent, dépassés, ce seuil plus élevé que celui fixé à 125.000 euros pour les marchés ordinaires en matière de fournitures et de services passés par l'État et ses établissements publics autre qu'industriels et commerciaux introduit davantage de souplesse.
- La durée maximale des marchés complémentaires et des marchés similaires est fixée à cinq ans, contre trois ans pour les marchés ordinaires. De même, la durée des accords-cadres et des marchés à bons de commandes est fixée à sept ans contre quatre ans pour les marchés ordinaires.

propriété intellectuelle, à des raisons techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire. ».

**Les seuils en deçà desquels il est possible de passer des marchés à procédure adaptée sont alignés sur ceux de la directive 2004/17/CE**



## 2.2. La nécessité d'adapter d'autres dispositions du code des marchés publics aux spécificités des marchés de défense ou de sécurité

Plusieurs dispositions de la première partie du code ont été assouplies, voire supprimées, pour tenir compte de la spécificité des marchés de défense ou de sécurité. C'est le cas de l'obligation d'allotir, qui n'est pas imposée aux marchés de défense ou de sécurité. Les acheteurs publics soumis à la troisième partie du code peuvent ainsi choisir de passer un marché global ou d'allotir la consultation.

Par ailleurs, l'acheteur public peut autoriser les candidats à modifier la composition des groupements entre la remise des candidatures et la remise des offres, voire jusqu'au terme de la négociation ou du dialogue. S'agissant de procédures restreintes, les opérateurs économiques ne prennent connaissance des spécifications techniques des marchés de défense ou de sécurité qu'après la remise des candidatures. Or, ces spécifications sont souvent complexes. Les informations obtenues des soumissionnaires à la lecture du cahier des charges ou en cours de négociation ou de dialogue, peuvent ainsi les conduire à rechercher des compétences complémentaires auprès d'autres opérateurs économiques, en vue de répondre au mieux aux besoins de la personne publique. Afin de limiter les pratiques anticoncurrentielles, le recours à cette possibilité est toutefois encadré<sup>18</sup>. Ainsi, la modification du groupement jusqu'au terme de la négociation doit être justifiée par les circonstances liées à la complexité des spécifications techniques.

En outre, des souplesses dans l'exécution des marchés ont été instituées, au bénéfice des services du ministère de la défense. Elles concernent, notamment, les conditions de versement des avances, des acomptes et le paiement différé.

Le seuil au-delà duquel le versement d'une avance est obligatoire est porté à 250.000 euros HT du montant initial du marché ou de la tranche affermée (50.000 euros HT pour les marchés de la première et de la deuxième partie du code). Le délai minimal conditionnant le versement de l'avance est porté de deux à trois mois.

<sup>18</sup> Article 231 du code des marchés publics.

De même, la périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à six mois<sup>19</sup>, alors qu'elle est de trois mois pour les marchés de la première et de la deuxième partie du code.

Enfin, l'introduction d'une clause de paiement différé, interdite pour les marchés des première et deuxième parties du code, est permise pour les marchés de défense ou de sécurité passés par les services de la défense. L'insertion d'une telle clause doit, toutefois, être justifiée par des circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques de l'équipement ou du service concerné. Elle doit avoir été autorisée par décision conjointe des ministres chargés de la défense et du budget.

Ces souplesses n'affectent pas les PME, dont les contraintes de trésorerie sont prises en compte. Ces dernières conservent le bénéfice des dispositions classiques, en ce qui concerne le versement des acomptes. En outre, l'avance dont elles peuvent bénéficier dans le cadre d'un marché régi par les dispositions de la troisième partie du code est relevée à 10 % du montant du marché, alors qu'il est de 5 % dans le cadre des dispositions applicables aux marchés classiques.

Enfin, pour se prémunir de la défaillance d'un opérateur économique, le montant de la retenue de garantie peut aller jusqu'à 10 % du montant du marché contre 5 % pour les marchés classiques.

## 3. La reconnaissance de prérogatives spécifiques à l'acheteur public dans la passation et l'exécution des marchés de défense ou de sécurité

Compte tenu des intérêts spécifiques, stratégiques et économiques qui s'attachent au secteur de la défense et de la sécurité, l'acheteur public bénéficie de prérogatives nouvelles dans le choix du titulaire.

<sup>19</sup> À l'exception des petites et moyennes entreprises, pour lesquelles la périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois.

**Les acheteurs publics soumis à la troisième partie du code peuvent désormais choisir de passer un marché global ou d'allotir la consultation**

**Le dispositif est conçu pour assurer la sécurité des approvisionnements et des informations**

Il bénéficie en outre des prérogatives offertes par la directive aux États membres en matière de sécurité des approvisionnements et de sécurité des informations ainsi que dans le choix des sous-contractants par le titulaire.

### 3.1. L'acheteur public peut choisir d'ouvrir les marchés de défense ou de sécurité aux opérateurs économiques issus de pays tiers à l'UE ou à l'EEE, par principe exclus de ces consultations

Le considérant 18 de la directive 2009/81/CE prévoit que les États membres conservent le pouvoir de décider si leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés.

Sur la base de ces dispositions, la France a créé un dispositif législatif visant à limiter, par principe, l'attribution des marchés de défense ou sécurité aux opérateurs économiques européens.

L'acheteur public peut, toutefois, décider de faire participer à une procédure de passation de marchés de défense et de sécurité les opérateurs économiques issus de pays tiers à l'UE ou à l'EEE.

Ces derniers ne peuvent ainsi se porter candidats à la passation de marchés par les acheteurs publics français dans les domaines de la défense ou de la sécurité que s'ils y ont été préalablement autorisés.

Dans cette hypothèse, seuls ceux répondant aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence verront leur candidature analysée par le pouvoir adjudicateur<sup>20</sup>.

En outre, comme le prévoit la directive, il demeure loisible à l'acheteur public de rejeter l'opérateur tiers ou son « sous-contractant », au stade de l'examen des candidatures, sur le fondement de l'insuffisance de ses capacités techniques, professionnelles et financières. Ces capacités peuvent, notamment, s'analyser

<sup>20</sup> Article 37-3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précédemment mentionnée.

au regard de l'implantation géographique des sources d'approvisionnement du candidat<sup>21</sup>.

### 3.2. Des prérogatives spécifiques pour garantir la sécurité des approvisionnements et des informations

Le dispositif est conçu pour assurer la protection de la sécurité des approvisionnements et de la sécurité des informations.

L'acheteur peut tenir compte des garanties offertes dans ces deux domaines, que ce soit au moment de l'examen de l'accessibilité des opérateurs tiers à l'Union européenne (UE) ou à l'Espace économique européen (EEE), lors de l'évaluation de la capacité technique des candidats et de leurs sous-contractants ou à l'occasion de l'examen de l'offre.

Au stade de l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur peut ainsi demander que la candidature comporte une description des éléments justifiant la capacité de traiter, stocker et transmettre les informations au niveau de classification ou de protection qu'il a exigé.

Au stade de l'examen des offres, le pouvoir adjudicateur peut par exemple exiger des candidats que leur offre comporte un engagement général de s'assurer que l'organisation de leur chaîne d'approvisionnement leur permette, tout au long de l'exécution du marché, de se conformer aux impératifs de sécurité d'approvisionnement qu'il a définis.

<sup>21</sup> Article 42.1h de la directive 2009/81/CE précédemment mentionnée : « Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent, en règle générale, être prouvées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services : h) une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique, des effectifs du personnel et de son savoir-faire et / ou des sources d'approvisionnement avec une indication de l'implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire de l'Union, dont l'opérateur économique dispose pour exécuter le marché, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice par suite d'une crise ou assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché. ».

Les opérateurs issus de pays tiers à l'UE et à l'EEE ne peuvent se porter candidats à la passation de marchés par les acheteurs publics français dans les domaines de la défense ou de la sécurité que s'ils y ont été préalablement autorisés.

L'acheteur peut, en outre, imposer l'exécution de tout ou partie du marché sur le territoire de l'UE ou de l'EEE, en application d'exigences relatives à la sécurité des informations, des approvisionnements ou de considérations environnementales<sup>22</sup>.

Enfin, en dérogation au principe de droit interne d'exclusivité des accords-cadres ou des marchés à bons de commandes<sup>23</sup>, l'acheteur public a la faculté de recourir à un titulaire autre que celui ou ceux partie(s) à l'un de ces contrats, afin de s'assurer une seconde source d'approvisionnement.

### 3.3. Des prérogatives spécifiques dans le choix des sous-contractants par le titulaire

La notion de sous-traitants en droit européen est plus large qu'en droit national. Contrairement à la définition européenne<sup>24</sup>, la loi relative à la sous-traitance<sup>25</sup> exclut, en effet, les marchés de biens ou services standardisés qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de la personne publique. Il a donc été nécessaire, afin de transposer les dispositions relatives à la sous-traitance, de créer dans le droit français une catégorie nouvelle, celle des sous-contractants. Celle-ci inclut les sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975 et les fournisseurs de biens ou de services courants ne nécessitant pas d'adaptation spécifique pour répondre aux besoins de la personne publique<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Article 37-5 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

<sup>23</sup> Article 250-VII et article 251-III du code des marchés publics.

<sup>24</sup> Article 1<sup>er</sup> de la directive 2009/81/CE précédemment mentionnée – point 22 : Un contrat de sous-traitance est « un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un adjudicataire d'un marché et un ou plusieurs opérateurs économiques tiers aux fins de la réalisation du marché en question et ayant pour objet des travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

<sup>25</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

<sup>26</sup> Article 37.-2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précédemment mentionnée ; article 275-I du code des marchés publics.

Le choix de ne pas appliquer à ces derniers les mêmes obligations que celles qui pèsent actuellement sur les sous-traitants en droit national a rendu nécessaire la création de deux régimes distincts dans la troisième partie du code des marchés publics. Une distinction a ainsi été effectuée entre les dispositions applicables aux sous-traitants et celles applicables aux sous-contractants, qui ne sont pas des sous-traitants.

Quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent, il est possible d'imposer au titulaire leur mise en concurrence à l'échelle européenne. Il est, en outre, loisible à l'acheteur public de contraindre le titulaire de sous-contracter une partie du marché. La part imposée ne peut excéder 30 % du montant du marché.

Ces mesures visent particulièrement la lutte contre les compensations industrielles, qui ont pour effet, lorsqu'elles sont pratiquées, de favoriser les sous-contractants nationaux. Elles sont également inspirées par le souci de soutenir le tissu économique des petites et moyennes entreprises (PME).

La directive 2009/81/CE et sa transposition en droit interne constituent une avancée remarquable dans la prise en compte des spécificités des marchés de défense ou de sécurité. La mise en œuvre de ces dispositions par les acheteurs publics devra, toutefois, faire l'objet d'une attention particulière. En effet, les dérogations aux règles classiques prévues par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ont seulement vocation à s'appliquer aux marchés pour lesquels elles sont justifiées, c'est-à-dire aux marchés de défense ou de sécurité, tels que définis au II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précédemment mentionnée et à l'article 179 du code des marchés publics<sup>27</sup>.

**Marie Aude Brossay et Jeanne Strausz**  
(Direction des affaires juridiques)

<sup>27</sup> CE, 4 juillet 2005, *M. X.*, n° 269177.

**Une distinction a été effectuée entre les dispositions applicables aux sous-contractants qui sont des sous-traitants et les dispositions applicables aux sous-contractants non sous-traitants**

## La mise en place des CHSCT dans la fonction publique de l'État

Par Agnès Agraifeil-Marry et Estelle Denis

Signé par sept des huit organisations syndicales représentatives de la fonction publique (FSU, CGT, UNSA, CFTD, CFTC, CGC et FO) ainsi que par les représentants des employeurs territoriaux et hospitaliers, l'accord sur la santé et la sécurité au travail du 20 novembre 2009 est porteur d'un engagement pour une politique redynamisée en faveur de la santé et de la sécurité au travail dans la fonction publique. Parmi les mesures de cet accord, la transformation des comités d'hygiène et de sécurité en comités d'hygiène, sécurité et condition de travail (CHSCT) constitue une mesure emblématique, puisqu'elle illustre le rapprochement, porté par l'ensemble des mesures de l'accord, avec les règles en vigueur dans le secteur privé.

Pierre angulaire de la transposition de l'accord, le décret n° 2011-774 du 28 juin 2011, qui modifie le décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène, la sécurité et la prévention médicale dans la fonction publique, refonde la politique de santé et sécurité dans la fonction publique d'État. Il transforme, sur la base de l'article 10 de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 portant rénovation du dialogue social, les CHS en CHSCT, et revisite à ce titre l'ensemble des dispositions relatives à l'organisation, la composition, le mode de désignation, les attributions et le fonctionnement de ces instances spécialisées.

Trois objectifs ont guidé la traduction réglementaire des dispositions de l'accord sur la mise en place des CHSCT dans la fonction publique d'État. D'une part, la transposition des dispositions du code du travail, sous réserve des spécificités de la fonction publique, tenant, notamment, au système d'inspection et au rôle des instances de concertation. D'autre part, l'articulation de cette réforme avec celle, portée par les accords de Bercy, des comités techniques, au regard des liens organiques et fonctionnels qui existent entre ces deux instances. Enfin, la prise en compte des besoins nouveaux en matière de dialogue social, induits par les réorganisations des administrations et notamment par la réforme de l'État territorial.

Le décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié met donc en place des instances nouvelles dont l'originalité est de renforcer le rapprochement, déjà existant en matière de santé et de sécurité, des règles applicables à la fonction publique de celles du code du

travail, tout en continuant à s'inscrire dans le cadre spécifique des instances de concertation de la fonction publique.

### 1. Une instance dont la composition, le mode de désignation et le fonctionnement restent régis par les règles des instances de concertation de la fonction publique, tout en étant rénovés, en vue d'une plus grande légitimité et d'une meilleure efficacité

#### 1.1. Un maillage adapté aux spécificités des problématiques de santé et de sécurité au travail et des lieux de décision de la fonction publique de l'État

Parallèlement au décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État, le décret du 28 mai 1982 modifié est conçu comme une boîte à outils permettant une création des CHSCT adaptée aux besoins des différentes organisations de service. Des niveaux obligatoires (CHSCT ministériels, d'administration centrale, d'établissement public et de proximité) et des niveaux facultatifs ou dérogatoires (CHSCT commun, unique, spécial, de réseau) sont ainsi définis.

S'agissant des CHSCT de proximité, le niveau géographique d'implantation n'est pas précisé dans la mesure où il appartient à chaque ministère de le déterminer, après une concertation préalable rendue

**Les CHSCT, symboles de la refonte de la politique de santé et de sécurité dans la fonction publique**

**Les CHSCT sont implantés dans tous les niveaux géographiques de l'administration**

obligatoire avec les organisations syndicales représentées en Comité technique ministériel. Dans ce cadre, l'implantation des CHSCT doit prendre en compte à la fois un critère géographique de proximité, « *en raison du caractère spécifique des missions de l'instance qui nécessite que celle-ci fonctionne au plus près des situations de travail des salariés et que ses membres puissent intervenir à leur égard le plus facilement* » et également le degré d'autonomie des services ou des établissements concernés « *qui doit être suffisant pour permettre le traitement des questions d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* ».

En complément des instances obligatoires, le décret maintient la possibilité de création de CHSCT spéciaux lorsque le regroupement d'agents dans un même immeuble ou un même ensemble d'immeubles le rend nécessaire, ou que l'importance des effectifs ou des risques professionnels particuliers le justifie.

Par ailleurs, des CHSCT communs (créés en sus des CHSCT créés obligatoirement) ou uniques (se substituant aux instances obligatoires) peuvent être créés dans des cas particuliers. Par exemple, deux services départementaux, dotés chacun d'un CHSCT de proximité, peuvent créer un CHSCT commun pour l'examen de questions communes, notamment dans le cas où ces deux services sont implantés sur un même site. De même, deux départements ministériels ayant une gestion commune du personnel peuvent créer un CHSCT ministériel unique qui se substituera aux CHSCT ministériels obligatoires créés dans chacun d'eux.

### **1.2. Une composition permettant un meilleur dialogue et un mode de désignation donnant une nouvelle légitimité aux représentants du personnel**

Dans le cadre de la suppression du paritarisme numérique dans les Comités techniques et parallèlement aux dispositions du code du travail, les CHSCT comprendront, outre leur président (autorité auprès de laquelle est placé le CHSCT), le responsable

des ressources humaines et les représentants du personnel. En outre, les acteurs de la santé et de la sécurité au travail (médecin de prévention, inspecteur santé et sécurité au travail, assistant ou conseiller de prévention) seront associés aux réunions pour y apporter leur expertise. Par ailleurs, le président pourra être assisté de toute personne de l'administration particulièrement concernée par les questions examinées en CHSCT, ainsi que, le cas échéant, par des experts et des personnalités qualifiées. Cette nouvelle composition favorise la représentation la plus légitime et la plus efficace possible de l'administration ainsi que la responsabilisation des chefs de service ayant autorité sur les personnels.

S'agissant du nombre de sièges attribués aux représentants du personnel, le décret opère une distinction entre les instances centrales et ministérielles et les instances de proximité. Pour les premières, le nombre de représentants titulaires ne peut être supérieur à 7, et pour les seconds, le nombre de représentants titulaires est compris entre 3 et 9, en fonction de l'importance des effectifs ou de la nature des risques professionnels.

Grâce à la rénovation des modalités de leur désignation, les représentants du personnel au CHSCT jouiront d'une nouvelle légitimité. En effet, les sièges sont répartis entre les organisations syndicales les plus représentatives sur la base des élections aux comités techniques (et non plus sur la base des élections des commissions administratives paritaires). Des possibilités d'agrégation de résultats et d'addition des suffrages obtenus lors des élections des comités techniques sont également ouvertes, ainsi que, en cas d'impossibilité d'isoler les votes des personnels couverts par le CHSCT, une consultation sur sigle. Ainsi, l'ensemble des agents couverts par le CHSCT auront participé à l'élection de référence pour sa mise en place.

S'agissant de la durée du mandat, elle a été alignée sur celle des comités techniques et passe donc à quatre ans. Dans ce cadre, la mise en place et le renouvellement des CHSCT s'inscrivent dans le cycle de convergence des élections professionnelles sur les trois versants de la fonction publique. À ce titre, la mise en place des premiers CHSCT sera réalisée à la suite des

<sup>1</sup> Circulaire n° 93-15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi sur les CHSCT.

élections professionnelles du 20 octobre 2011. Par exception, les instances mises en place sur la base d'élections s'étant tenues en 2010 seront maintenues dans leur représentativité jusqu'à échéance de leur mandat ; il leur sera néanmoins appliqué, au 1<sup>er</sup> novembre 2011, les nouvelles règles de fonctionnement (non-paritarisme et nouvelles règles de vote) et les nouvelles missions des CHSCT.

### 1.3. Un fonctionnement rénové pour une plus grande faculté d'action des CHSCT

Si le fonctionnement général des CHSCT est calqué sur celui des comités techniques (règles de quorum, présidence, modalités de délibération, visioconférence, vote des seuls représentants du personnel...), certaines dispositions spécifiques aux CHSCT sont prévues par le décret afin de renforcer la capacité d'action de l'instance.

À ce titre, et parallèlement à ce que prévoit le code du travail, un secrétaire du CHSCT est désigné parmi les représentants du personnel. Le règlement intérieur de l'instance doit définir les modalités de sa désignation (vote à la majorité des représentants, désignation sur d'autres critères...) ainsi que la durée de son mandat (à chaque séance, pour une durée limitée et répartie entre les différentes organisations syndicales, pour la durée du mandat du CHSCT, etc.).

Le secrétaire du CHSCT est bien distinct du secrétaire de séance, agent chargé du fonctionnement matériel de l'instance (rédaction des procès verbaux des réunions, de l'envoi des convocations...), désigné par le président et qui peut assister aux réunions. Le secrétaire du CHSCT est en effet un interlocuteur privilégié de l'administration et des autres acteurs pour le fonctionnement du CHSCT, puisqu'il doit être consulté sur l'ordre du jour de la séance et peut proposer l'inscription de points à l'ordre du jour. Il contresigne également le procès verbal de la séance.

Par ailleurs, pour prendre acte des nouvelles missions et attributions des CHSCT, le nombre de réunions ordinaires passe de deux actuellement à trois réunions par an. Le CHSCT peut par ailleurs se réunir à la suite de tout accident grave ou sur la demande d'au plus trois représentants du

personnel, lorsque le CHSCT est composé de plus de six représentants.

## 2. L'alignement avec le code du travail sur la compétence des CHSCT

### 2.1. Un domaine de compétence élargi...

L'article 16 de la loi du 11 janvier 1984, modifié par la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social, crée les CHSCT et prévoit également leurs missions générales : « *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des agents dans leur travail, à l'amélioration des conditions de travail et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.* »

Le rôle des CHSCT est réaffirmé et précisé au niveau réglementaire puisque l'article 47 du décret prévoit que les CHSCT ont également pour mission de contribuer à « *l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité* ».

Le CHSCT est donc l'instance spécialisée, placée auprès du CT pour les questions entrant dans son champ de compétence. Pour autant, le CT est compétent sur les questions d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail lorsqu'aucun CHSCT n'est placé auprès de lui.

S'agissant des compétences du CHSCT, elles sont de trois ordres : en raison des matières, à l'égard des personnes et dans des situations de risques particuliers.

L'une des principales mesures de l'accord du 20 novembre 2009 est d'avoir adjoint aux compétences du comité en matière d'hygiène et de sécurité une compétence sur les conditions de travail. Cette notion de conditions de travail a été définie, conformément aux différents documents de référence régissant les CHSCT du secteur privé, comme portant notamment sur les domaines suivants :

- organisation du travail (charge de travail, rythme, pénibilité des tâches, élargissement et enrichissement des tâches) ;

**Le fonctionnement des CHSCT est axé sur le dialogue et l'action**

**Une instance aux compétences larges, mais spécialisées**

- environnement physique du travail (température, éclairage, aération, bruit, poussière, vibration) ;
- aménagement des postes de travail et leur adaptation à l'homme ;
- construction, aménagement et entretien des lieux de travail et leurs annexes ;
- durée et horaires de travail ;
- aménagement du temps de travail ;
- nouvelles technologies et leurs incidences sur les conditions de travail.

À ce titre, le CHSCT est consulté sur tout projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité ou les conditions de travail. Le CHSCT analyse le projet du point de vue de son incidence sur la santé et la sécurité des agents. Il devra par exemple connaître de tout projet impactant un nombre d'agents significatif ou les conditions de santé, de sécurité ou les conditions de travail de manière importante. Il est également consulté sur les projets importants d'introduction de nouvelles technologies, dès lors qu'ils sont susceptibles d'avoir un impact sur la santé et la sécurité des agents.

Par ailleurs, le décret souligne l'importance de la tâche du comité à l'égard de certaines catégories d'agents, tels que les travailleurs temporaires ou les travailleurs handicapés, pour lesquels le CHSCT est consulté sur les mesures générales prises en vue de leur mise, remise ou maintien au travail.

Enfin, un certain nombre de dispositions font intervenir le CHSCT dans le cadre de situations de risques particuliers :

- les articles R. 4514-1 et suivants du code du travail fixent les compétences particulières du CHSCT de l'entreprise utilisatrice et des CHSCT des entreprises extérieures lorsque des travaux sont effectués dans un établissement par une entreprise extérieure ;
- en vertu de l'article 59 du décret, le chef de service concerné est tenu de soumettre au CHSCT les documents qu'il adresse aux autorités publiques chargées de la protection de l'environ-

nement lorsqu'il souhaite implanter, transférer ou modifier une installation soumise à autorisation en application de l'article 3 de la loi n° 76-663 du 18 juillet 1976 relative aux installations classées pour l'environnement ;

- de même, le CHSCT dispose d'une compétence particulière (article 54) lorsqu'un établissement voisin expose les agents de son ressort à des nuisances particulières : il peut demander à l'autorité administrative à entendre le chef d'un établissement voisin et il est informé des suites réservées à ses observations.

## 2.2. ...complété par le renforcement des missions

Du fait de son champ de compétence très large, le CHSCT dispose d'un certain nombre de pouvoirs sur la mise en œuvre des dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité, en matière d'analyse des situations de travail et de propositions en matière de prévention.

Conformément à sa mission définie dans la loi du 24 janvier 1984, le CHSCT contribue à la prévention des risques professionnels. Il a, dans ce domaine, une capacité de proposition en matière d'actions de prévention et coopère, notamment, aux actions de formation mises en place à destination des agents.

Par ailleurs, les membres du comité peuvent visiter à intervalles réguliers les services relevant de leur compétence. Pour exercer cette mission, les membres du comité bénéficient d'un droit d'accès dans les locaux de travail relevant de leur périmètre de compétence. Le CHSCT définit par un vote les modalités des visites des sites et la délégation établit un rapport soumis au CHSCT.

Le décret élargit également le droit pour le CHSCT de réaliser des enquêtes sur les accidents de service, de travail et les maladies professionnelles ou à caractère professionnel, qui donneront lieu à un rapport qui sera soumis au CHSCT. En sus des enquêtes obligatoires (accident ou maladie graves, et accident et maladie présentant un caractère répété à un même poste de travail ou à des postes de travail similaires

**Le CHSCT, à la fois enquêteur et force de proposition**

ou dans une même fonction ou des fonctions similaires), le CHSCT peut décider, par une délibération, de réaliser des enquêtes sur des accidents ou maladies quel que soit leur degré de gravité.

À noter également qu'une fois par an, le président présente au CHSCT un rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail et un programme de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail. Le programme annuel fixe, en fonction du rapport annuel mais aussi des résultats de l'analyse et de l'évaluation des risques consignée dans le document unique d'évaluation des risques, la liste détaillée des mesures à prendre dans l'année dans les domaines de l'hygiène, de la sécurité, de l'amélioration des conditions de travail et de la formation.

Enfin, en matière d'expertise agréée, le champ est aligné sur le code du travail : en sus de la demande d'expertise agréée en cas de risque grave, révélé ou non par un accident de service ou par un accident du travail ou en cas de maladie professionnelle ou à caractère professionnel, le CHSCT, en concordance avec ses nouvelles compétences, pourra demander à l'autorité administrative de faire appel à un expert agréé en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

En cas de désaccord entre le comité et l'autorité administrative sur le recours à l'expert agréé, une procédure de médiation par l'inspecteur santé et sécurité au travail, puis par l'inspection du travail pourra être mise en place.

En conclusion, le décret du 28 juin 2011 modifiant le décret du 28 mai 1982 rénove en profondeur les compétences, le fonctionnement et la mise en place des instances de concertation spécialisées en matière de santé et de sécurité dans la fonction publique de l'État. Au-delà des dispositions réglementaires, la qualité du travail réalisé par les CHSCT dépendra de l'implication de

chaque acteur et de la capacité des présidents et des représentants du personnel à faire vivre cette instance au quotidien, en vue de l'amélioration des conditions de travail des agents.

**Agnès Agrafeil-Marry et Estelle Denis  
(Direction générale de l'administration  
et de la fonction publique)**



## La COFACE

Par Vanessa Barini

**La Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) a été créée en 1946 pour assurer les risques à l'exportation des entreprises françaises. Privatisée en 1994, elle continue à gérer pour le compte de l'État l'ensemble des garanties publiques à moyen et long terme des contrats d'exportation, en plus de son activité privée. Elle est, aujourd'hui, une filiale de la société Natixis.**

### 1. L'activité de la COFACE

La COFACE agit pour son compte propre dans le cadre d'opérations de marché, en proposant de l'assurance-crédit, de l'affacturage, de la notation et de l'information d'entreprise, ainsi que de la gestion de créances.

Elle agit également, pour le compte et avec la garantie de l'État, pour couvrir des risques non couverts par le marché<sup>1</sup> au bénéfice d'entreprises qui prospectent les marchés à l'exportation et commercialisent des produits et services. La garantie de l'État est accordée aux opérations de nature à contribuer au développement du commerce extérieur de la France ou présentant un intérêt stratégique pour l'économie française à l'étranger<sup>2</sup>. Les opérations effectuées avec la garantie de l'État sont encadrées par les dispositions législatives et réglementaires du code des assurances<sup>3</sup>. Elles concernent 8.000 entreprises pour un encours global de 60 milliards d'euros fin 2010<sup>4</sup>.

### 2. La gestion des garanties publiques par la COFACE

Les décisions d'accorder la garantie de l'État sont prises, après avis de la Commission des garanties et du crédit au commerce extérieur, par le ministre chargé de l'économie. Pour les dossiers aux enjeux financiers limités, le pouvoir de décision est délégué à la COFACE<sup>5</sup>.

L'établissement des conditions des polices d'assurance, notamment les obligations

<sup>1</sup> Article R.442-7-1 du code des assurances.

<sup>2</sup> Article L.432-2 du code des assurances.

<sup>3</sup> Articles L.432-1 et s., R.442-1 et s. et A.432-1 et s. du code des assurances.

<sup>4</sup> Communiqué de presse de la COFACE du 5 juillet 2011, site internet de la COFACE.

<sup>5</sup> Article R.442-7-2 du code des assurances.

des assurés, les faits générateurs des sinistres, les délais de règlement des indemnités, et l'exécution de ces polices sont conformes aux décisions du ministre chargé de l'économie prises après avis de la Commission des garanties et du crédit au commerce extérieur<sup>6</sup>.

La gestion des contrats est assurée par la COFACE, qui perçoit les primes d'assurance et verse les indemnités pour le compte de l'État. Cependant, les flux financiers relatifs à cette procédure font l'objet d'un enregistrement comptable distinct par la COFACE, dont les modalités sont prévues par une convention entre l'État et la société. Cet enregistrement est contrôlé et certifié par des commissaires aux comptes<sup>7</sup>.

La COFACE est soumise au contrôle économique et financier de l'État. Un commissaire du gouvernement, désigné par le ministre chargé de l'économie, veille à la mise en œuvre de la garantie de l'État<sup>8</sup>.

### 3. Les procédures publiques de soutien aux exportations françaises gérées par la COFACE avec la garantie de l'État

#### 3.1. L'assurance-crédit

L'assurance-crédit couvre l'exportateur ou l'établissement de crédit contre le risque de fabrication, en cas d'interruption du contrat, et contre le risque de crédit, en l'absence de paiement de l'acheteur. Les crédits garantis peuvent être des crédits fournisseurs lorsque l'exportateur emprunte pour accorder des délais de paiement à son cocontractant ou des crédits acheteurs lorsque l'importateur emprunte pour payer

<sup>6</sup> Article R.442-2 du code des assurances.

<sup>7</sup> Article L.432-4 du code des assurances.

<sup>8</sup> Articles R.442-3 et R.442-4 du code des assurances.

**La double action de la COFACE : pour son compte et pour le compte de l'État**

comptant. Pour l'année 2010, le montant des contrats conclus était de 14,9 milliards d'euros<sup>9</sup>.

Différents événements permettent la couverture des risques par l'assurance-crédit. La couverture des risques commerciaux permet de faire face à l'insolvabilité de l'importateur et éventuellement de son garant. Sont également couverts les risques politiques qui pèsent sur le pays de l'acheteur ou sur un pays tiers (en cas de guerre civile ou étrangère, de révolution, d'émeute ou de moratoire édicté par les autorités du pays<sup>10</sup>) et les risques catastrophiques (tels que les cyclones, inondations, éruptions volcaniques survenus dans le pays de résidence du débiteur).

Enfin, le législateur a prévu une dernière catégorie de risques, les risques dits extraordinaires, qui, en l'absence de définition textuelle<sup>11</sup>, sont laissés à la libre appréciation de la Commission des garanties et du crédit au commerce extérieur. Cela permet dès lors de couvrir au cas par cas des risques dont la survenance est exceptionnelle et qu'il n'a pas été possible de prévoir.

### 3.2. L'assurance prospection

L'assurance prospection est une assurance contre le risque d'échec commercial d'une action de prospection à l'étranger. Elle couvre les frais engendrés par la prospection de clientèle. Pendant la période de garantie, la COFACE verse périodiquement à l'assuré une indemnité calculée sur la base des dépenses engagées et des recettes réalisées. L'assuré reverse ensuite chaque année, pendant la période d'amortissement, un pourcentage des recettes réalisées<sup>12</sup>. Seules les entreprises dont le chiffre

d'affaires est inférieur ou égal à 500 millions d'euros peuvent en bénéficier. Fin 2010, elles étaient 7.150 à être assurées<sup>13</sup>.

### 3.3. L'assurance des cautions et l'assurance des préfinancements

Pour faciliter la mise en place des cautions bancaires, l'assurance des cautions couvre le risque de non-remboursement de l'exportateur. L'assurance des préfinancements permet, sur le même modèle, de couvrir l'émetteur du crédit de préfinancement.

### 3.4. L'assurance change

L'assurance change garantit l'assuré contre les variations du cours de la monnaie étrangère prévue par le contrat, lorsqu'à l'encaissement de la créance le cours de la monnaie a chuté<sup>14</sup>.

### 3.5. La garantie des investissements

La garantie des investissements couvre les risques de nature politique d'atteinte à la propriété (notamment en cas de guerre civile, d'émeutes ou de décision des autorités du pays) ou les risques de transfert empêchant le rapatriement des investissements (dus à des événements politiques, des difficultés économiques ou à la législation du pays)<sup>15</sup>. Fin 2010, l'encours des garanties investissement atteignait 800 millions d'euros<sup>16</sup>.

**Vanessa Barini (Direction des affaires juridiques)**

<sup>9</sup> Rapport d'activité de la COFACE 2010-2011 : « COFACE et la gestion des garanties publiques », site internet de la COFACE.

<sup>10</sup> Pour les opérations traitées avec une personne publique, le risque politique est réalisé dès lors que le débiteur ne s'est pas acquitté de sa dette et que le non-paiement n'est pas dû à l'inexécution des clauses et conditions du contrat (article R. 442-8-2. II du code des assurances.

<sup>11</sup> Articles L.432-2 et R.442-8-5 du code des assurances.

<sup>12</sup> Rapport d'activité de la COFACE précité.

<sup>13</sup> Rapport d'activité de la COFACE précité.

<sup>14</sup> Article R.442-8-4 al 2 du code des assurances.

<sup>15</sup> Articles R.442-9-2 et R.442-9-3 du code des assurances.

<sup>16</sup> Rapport d'activité de la COFACE précité.

# LE COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

Publication trimestrielle de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et du ministère du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État, le *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie* apporte un éclairage sur des thèmes juridiques d'actualité, au travers d'articles de synthèse et d'analyse des jurisprudences constitutionnelle, judiciaire, administrative et européenne.

Fruit d'une expertise pluridisciplinaire, portant sur tous les domaines du droit (droit privé et public, droit européen et international, droit des sociétés, droit économique et financier, droit des participations de l'État et droit des marchés publics), cet outil a vocation à permettre, avec ses quatre numéros annuels, de mieux saisir les enjeux juridiques de la société actuelle.

Le *Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie* est également disponible sous forme numérisée accessible en ligne (au format PDF ou mode texte) par téléchargement payant, sur le serveur internet de la Documentation française, en vente au numéro ou par abonnement. Plus d'information sur [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

**Maquette :** D.A.J. - bureau Ressources Informatiques, Documentaires et Communication interne - RIDC

**Impression :** Direction de l'information légale et administrative

Imprimé en France  
Dépôt légal : à parution  
ISSN 1621-0263

Prix au numéro : 10 €  
Abonnement (4 numéros) :  
France 29,50 €  
Europe 31 €  
DOM-TOM 30 €  
Autres pays 32 €  
Supplément avion 8,80 €

## Comité éditorial

Directeur de la publication

**Catherine Bergeal**, directrice des affaires juridiques

## Membres externes

**Rémi Bouchez**, conseiller d'Etat, **François Brenet**, professeur d'université, **Olivier Douvreur**, directeur juridique de l'Autorité des marchés financiers, **Françoise Dufresnoy**, sous-directrice des affaires juridiques de la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services, **Hubert Gasztowtt**, conseiller juridique du directeur général du Trésor, **Dominique Geniez**, conseillère juridique du directeur de la sécurité sociale, **Stéphane Hoynck**, directeur juridique de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, **Alice Meier-Bourdeau**, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, **Christian Michaut**, avocat général à la Cour des comptes, **Jean-François de Montgolfier**, responsable du service juridique du Conseil constitutionnel, **Marie-José Palasz**, chef de mission au contrôle général économique et financier, **Philippe Siméon-Drevon**, sous-directeur de l'information et de la légistique de la direction générale de l'administration et de la fonction publique, **Daniel Tardif**, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation

## Rédacteur en chef

**Annick Biolley-Coornaert**

Adjointe :

**Agnès Zobel**

Réalisation :

**Vincent Fargier**, **Catherine Longé-Maille**

Direction des affaires juridiques :

bâtiment Condorcet - Télédéc 353 - 6, rue Louise Weiss - 75703 Paris Cedex 13

adresse courriel : [cjfi@finances.gouv.fr](mailto:cjfi@finances.gouv.fr)

En vente en librairie et sur [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr) (par paiement sécurisé)

- Pour mieux vous connaître, merci de nous signaler vos centres d'intérêt
- |  |  |   |  |
|--|--|---|--|
| <input type="checkbox"/> administration                        | <input type="checkbox"/> droit, justice              | <input type="checkbox"/> éducation, formation       | <input type="checkbox"/> santé, protection sociale |
| <input type="checkbox"/> culture                               | <input type="checkbox"/> institutions, vie politique | <input type="checkbox"/> emploi, travail            | <input type="checkbox"/> Europe, international     |
| <input type="checkbox"/> communication, nouvelles technologies | <input type="checkbox"/> défense                     | <input type="checkbox"/> société                    | <input type="checkbox"/> autres                    |
|  | <input type="checkbox"/> économie, finances          | <input type="checkbox"/> environnement, territoires |  |

## bulletin d'abonnement

à retourner à

Direction de l'information  
légale et administrative

À l'attention  
du service commande  
23, rue d'Estrées  
CS10733

75 345 Paris Cedex 07

Téléphone : 33 (0) 1 40 15 70 00

Télécopie : 33 (0) 1 40 15 68 00

[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)

## Abonnement pour quatre numéros

France métropolitaine (TTC)

Dom-Tom (HT, avion économique)

Europe (TTC)

Autres pays (HT, avion économique)

Supplément avion rapide

## Version numérisée

Le numéro

Abonnement à quatre numéros

Prix unitaire TTC	Nombre	Total
29,50 €		
30,00 €		
31,00 €		
32,00 €		
8,80 €		
8,00 €		
22,00 €		
<b>montant total à payer</b>		

## Nom

Prénom

Profession

Adresse

Code postal

Localité

MéI

Ci-joint mon règlement

- Par mandat administratif (réservé aux administrations)  
 Par chèque bancaire ou postal : à l'ordre de l'Agent comptable du B.A.P.O.I.A. - La Documentation française  
 Par carte bancaire. Date d'expiration UUUU

N°UUUUU UUUU UUUU UUUU

N° de contrôle UUUU (notez les 3 derniers chiffres du numéro inscrit au dos de votre carte, près de votre signature)

Date

Signature

