



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

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



RAPPORT D'ACTIVITÉ 2011

Direction des affaires juridiques

SOMMAIRE

L'ÉDITORIAL

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

- I Les missions de la direction
- II Les temps forts de l'année 2011

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

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

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

TABLE DES MATIÈRES ([cliquer ici](#))

ÉDITORIAL

La direction des affaires juridiques de Bercy n'a pas manqué d'ouvrage en 2011 : l'amplitude et la richesse du travail accompli, dans tous les domaines du droit, et sous toutes les formes, se reflètent dans les pages qui suivent.

Cette intense activité peut se traduire en chiffres : les 200 agents de la direction n'ont pas chômé, rédigeant près d'une centaine de dispositions législatives et réglementaires, répondant à environ 900 consultations écrites formalisées, et à près de 300 consultations par courriel, sans compter les quelques 2 500 courriels aux acheteurs publics, tout en défendant l'État dans près de 5 000 affaires et en coordonnant l'édition des 90 décrets publiés par les ministères de Bercy.

Pour satisfaire à l'obligation que lui font les dispositions de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration », la DAJ a décliné ses objectifs en indicateurs de résultats précis, attentivement surveillés.

Les outils sont désormais rodés : délais de réponse maîtrisés, opérationnalité des analyses et des propositions, satisfaction, à 90 %, des usagers de notre expertise, qu'ils soient acheteurs publics, services ministériels, organismes publics ou juridictions diverses.

Mais lorsque l'indispensable est assuré – la performance – il faut aussi garantir l'essentiel, les valeurs : au-delà des valeurs du service public, que, bien sûr elle partage, une direction juridique de ministères régaliens, en possède-t-elle de spécifiques ? Au cours de l'année 2011, les agents de la DAJ de Bercy ont donc réfléchi, ensemble, à la définition des valeurs qui les rassemblent et qu'ils estiment devoir traduire dans leur travail quotidien. Légalité, exigence, échange, esprit d'équipe, confidentialité, modestie : c'est à nous de faire vivre ces valeurs tout au long de l'année qui commence.

J'espère que ce rapport d'activité reflète notre intention : rechercher l'excellence aux trois aunes de notre réactivité, notre inventivité et notre opérationnalité, triptyque qui guide, lui aussi, notre activité de chaque jour.

Catherine BERGEAL
Directrice des affaires juridiques
Agent judiciaire du Trésor

PREMIÈRE PARTIE

LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UNE DIRECTION D'EXPERTISE

I. Les missions de la direction

II. Les temps forts de l'année 2011

I. LES MISSIONS DE LA DIRECTION

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

1. Assurer une réglementation simple et efficace

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

1.1. Participer à la modernisation de la réglementation

La DAJ a activement participé à l'élaboration de réglementations importantes.

➤ La réforme constitutionnelle relative aux lois de programmation des finances publiques

Ce projet de loi constitutionnelle relative à l'équilibre des finances publiques a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat. Son élaboration a dû être articulée avec les négociations à Bruxelles de la directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres.

➤ Le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique

Le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 27 juillet 2011.

Il a été élaboré dans le prolongement des propositions de la commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts, dont le rapport a été remis en janvier 2011 au Président de la République.

➤ L'ordonnance du 1^{er} mars 2011 portant extension Outre-mer de l'EIRL

La loi du 15 juin 2010, créant le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, est applicable de plein droit dans les départements et régions Outre-mer.

L'article 8 de cette loi a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, dans un délai de neuf mois à compter de sa publication, les dispositions législatives permettant, d'une part, de rendre applicables le statut de l'EIRL, avec les adaptations nécessaires, dans les îles Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie pour les dispositions de ce statut 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.

Les contraintes de consultation des assemblées des collectivités concernées et la prise en compte, dans l'ordonnance d'extension ultra-marine, de deux textes complétant le dispositif EIRL (ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, et loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010) n'ont pas permis de tenir ce délai.

En conséquence, le Gouvernement a eu recours à l'habilitation permanente de l'article 74-1 de la Constitution.

L'ordonnance a été publiée au JORF du 25 mars 2011 (ordonnance n° 2011-322 du 24 mars 2011) et ratifiée par la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 (article 15 V 1°; publiée au JORF du 28 juillet).

➤ Le décret du 4 décembre 2002 relatif aux appels d'offres éolien et photovoltaïque

Le décret n° 2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité a été adapté, afin de prendre en compte les nouveaux besoins relatifs à l'implantation de parcs éoliens en mer et aux installations photovoltaïques de taille moyenne.

Des obligations, assorties de sanctions, s'imposant dès la désignation du candidat et jusqu'au démantèlement de l'installation, seront désormais prévues dans le cahier des charges des appels d'offres. Des contraintes environnementales ou socioéconomiques, liées à l'intégration sociale et au développement industriel, pourront être retenues par le Ministre.

Afin de prendre en compte le grand nombre de candidatures « photovoltaïques » attendues, le décret prévoit également une procédure accélérée par voie électronique, permettant une désignation rapide des lauréats, fondée sur une sélection par le prix.

1.2. Adapter la réglementation de la commande publique

En 2011, la production normative de la direction dans le domaine de la commande publique est restée très soutenue, notamment pour assurer, dans les délais, la transposition de directives européennes et poursuivre l'objectif de simplification du droit.

➤ La transposition de la directive « véhicules propres »

Le décret n° 2011-493 du 5 mai 2011 et l'arrêté du même jour relatifs à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique ont achevé la transposition de la directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie. Ils complètent l'article 12 de la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne et modifient en parallèle le code des marchés publics, en y insérant un article 75-1. A partir du seuil de procédure formalisée applicable aux marchés de fournitures, tous les acheteurs publics et opérateurs de services publics de transport de voyageurs doivent s'efforcer d'acquérir des véhicules moins polluants et moins gourmands en énergie. Pour atteindre cet objectif, ils peuvent fixer des spécifications techniques ou utiliser un critère environnemental prenant en compte les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation des véhicules. L'arrêté précise la méthode de calcul de ces incidences dans l'évaluation du critère prix.

➤ La transposition de la directive « marchés de défense et de sécurité »

La 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 et le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité ont transposé la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 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. Une troisième partie relative aux marchés publics de défense et de sécurité a été insérée dans le code des marchés publics. Les modalités de publicité et de mise en concurrence sont adaptées à la spécificité de ces marchés. Des exigences particulières garantissant la sécurité des informations et des approvisionnements peuvent être imposées tout au long de la procédure de passation et en cours d'exécution. Le dispositif législatif d'effectivité des engagements internationaux est mis en œuvre. Enfin, l'acheteur public peut imposer au titulaire du marché de mettre en concurrence les opérateurs économiques auxquels il envisage de confier la réalisation d'une partie du marché.

L'arrêté du 3 octobre 2011 modifiant l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres a adapté les procédures de passation de marchés publics aux contraintes inhérentes aux secteurs de la défense et de la sécurité. Il précise en outre que, pour l'ensemble des marchés de fournitures ou de services, la liste des éléments que les caractéristiques définies par les spécifications techniques peuvent inclure n'a pas de caractère exhaustif.

➤ Trois modifications du code des marchés publics

■ Un toilettage général

Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique offre aux acheteurs publics de nouveaux outils en vue de faciliter leurs achats. Il crée ainsi les contrats globaux de performance, ouvre le système d'acquisition dynamique aux services courants, et permet de retenir, parmi les critères de choix, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture. Il favorise l'accès des PME, notamment innovantes, aux marchés publics en supprimant l'obligation de déposer les variantes avec une offre de base et en facilitant la constitution des groupements conjoints d'entreprises. Il comporte enfin des mesures de simplification et de clarification, notamment en ce qui concerne la reconduction tacite des marchés reconductibles et les modalités de révision de prix.

■ Le relèvement important du seuil de *minimis*

Reprenant une disposition votée de la proposition de loi « Warsmann » (voir « Les temps forts de l'année 2011 » p. 28), le décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics a relevé le seuil de dispense de procédure de 4 000 à 15 000 euros HT, tout en l'assortissant des garanties nécessaires au respect des principes de la commande publique. Il a également aligné sur ce montant le seuil au-delà duquel un contrat revêt obligatoirement la forme écrite et doit faire l'objet d'une notification avant tout commencement d'exécution.

■ La modification des seuils communautaires

Le décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique a par ailleurs relevé les seuils au-delà desquels s'appliquent les procédures formalisées de passation des marchés publics, des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices non soumis au code des marchés publics, des contrats de partenariat et des concessions de travaux publics, conformément au règlement (UE) n°1251/2011 de la Commission du 30 novembre 2011 fixant ces nouveaux seuils à compter du 1^{er} janvier 2012. Les nouveaux seuils sont 130 000 € HT pour les marchés de fournitures et services de l'État, 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, 400 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité, et 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux. Soulignons que ces seuils augmentent après trois baisses consécutives, retrouvant ainsi leur niveau de 2001.

➤ La refonte de trois arrêtés d'application du code des marchés publics

■ Le recensement

L'arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public a abrogé et remplacé l'arrêté du 11 décembre 2006 afin de tenir compte de l'évolution des modes de collecte de l'information relative à certains contrats publics. Il permet d'exploiter les données déjà saisies par les acheteurs publics dans les applications comptables, sans leur imposer de charge administrative supplémentaire. Les acheteurs qui ne sont pas raccordés à ces applications transmettent les informations au moyen de la fiche de recensement annexée à l'arrêté.

■ Les modèles d'avis pour la passation des marchés

L'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres a abrogé et remplacé l'arrêté du 28 août 2006. S'il ne modifie pas le modèle national d'avis d'appel public à la concurrence, il supprime l'obligation de l'utiliser pour les marchés inférieurs à 90.000 € HT. Les acheteurs publics en sont également dispensés pour la publicité complémentaire obligatoire faite dans un journal spécialisé, ainsi que pour la publication facultative effectuée dans tout support.

- Les obligations d'information sur les marchés conclus

L'arrêté du 21 juillet 2011 pris en application de l'article 133 du code des marchés publics relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices a abrogé et remplacé l'arrêté du 26 décembre 2007. Il prévoit que la liste des marchés conclus l'année précédente est établie en distinguant les marchés selon le type d'achat : travaux, fournitures ou services. Au sein de chacune de ces catégories, les marchés doivent être regroupés en différentes tranches, en fonction de leur montant. Dans un souci de simplification, le nombre de tranches est réduit de huit à trois en fonction des seuils de publicité et de procédure.

➤ **Les règles de passation des baux emphytéotiques administratifs**

Le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs a été pris en application de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, tel que modifié par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Il fixe à un million d'euros HT le montant annuel du loyer, au-delà duquel les projets de BEA des collectivités territoriales présentés pour la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, doivent être soumis à la réalisation d'une évaluation préalable. Il rappelle, par ailleurs, que la conclusion des BEA adossés à une convention non détachable qui constitue un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics, ou qui contiennent des clauses s'analysant comme une telle convention, est précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence selon les règles applicables à ces contrats.

2. Garantir une expertise opérationnelle

2.1. L'expertise en droit privé

➤ **L'avis du Conseil d'État sur le secret des affaires (avis n° 384892 du 31 mars 2011, Section des finances)**

Depuis 2010, de nombreuses réflexions ont été conduites autour de la création d'une infraction spécifique protégeant le secret des affaires, dans le cadre d'un groupe de travail animé par la délégation interministérielle à l'intelligence économique comprenant les ministères de la défense, de la justice, de l'intérieur et de l'économie, ainsi que des représentants des entreprises. Un projet de texte législatif a été préparé, en étroite concertation avec la DAJ. Saisi pour avis, le Conseil d'État a proposé un cadre et des conditions à respecter pour instaurer cette nouvelle infraction. Sur cette base, un nouveau projet de texte a été préparé, repris dans une proposition de loi qui a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012. Ce projet prévoit de compléter les dispositions existantes de violation du secret professionnel, en remédiant à l'absence de règles susceptibles de permettre aux entreprises françaises d'empêcher que, par des moyens indus, leurs concurrents n'entrent en possession de données financières, commerciales, scientifiques ou techniques relevant du secret des affaires. L'information à caractère économique protégée serait définie à l'article 226-15-1 du code pénal. Elle ne doit pas présenter « un caractère public » et doit avoir fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à garantir sa confidentialité.

Le projet d'article 226-15-2 d ce même code prévoit, à titre de sanction, que le fait de révéler à une personne non autorisée à en avoir connaissance, sans l'autorisation de l'entreprise ou de son représentant, une information protégée relevant du secret des affaires de l'entreprise, pour toute personne qui en est dépositaire ou qui a eu connaissance de cette information et des mesures de protection qui l'entourent, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

Un projet de décret d'application est en cours de finalisation.

2.2. L'expertise en droit public

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

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

Ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel les lois suivantes :

La loi n° 2011-617 du 1^{er} juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football en 2016 a été soumise au Conseil constitutionnel, sans qu'aucun grief précis ne soit formulé (saisine « blanche »). Le cas n'avait, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'un seul précédent. Le Conseil a déclaré la loi conforme à la Constitution, sans précision dans ses motifs. Cette déclaration de conformité dans le seul dispositif de la décision permet d'éventuelles QPC sur des dispositions de cette loi (décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011).

La 1^{ère} LFR pour 2011 a été contestée au motif qu'elle ne respecterait pas le principe de sincérité budgétaire et porterait atteinte au principe d'égalité devant l'impôt. Dans sa décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution les articles contestés et a cependant censuré deux cavaliers budgétaires et deux cavaliers organiques.

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a été contestée au motif que le relèvement des seuils d'apurement administratif des comptes et la diminution du nombre des chambres régionales des comptes priveraient les citoyens de leur droit de demander des comptes aux agents publics en méconnaissance de l'article 15 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a rejeté ce moyen. Il a également validé l'extension de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de la culpabilité, sous une réserve d'interprétation relative à la faculté pour le président du TGI de refuser l'homologation de la peine proposée. Il a censuré six articles en tant que cavaliers législatifs (décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011).

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 a été contestée en ce que l'avancement du relèvement de l'âge d'ouverture des droits à la retraite a été adopté après la réunion de la CMP, en contradiction avec la règle de « l'entonnoir ». Le Conseil a jugé que la dérogation relative aux amendements destinés à assurer le respect de la Constitution était applicable en l'espèce, la disposition contestée ayant pour objet d'assurer la sincérité de l'équilibre financier de la sécurité sociale. Le Conseil a censuré d'office une disposition donnant à la Cour des comptes compétence pour contrôler le Conseil constitutionnel, ainsi que sept cavaliers sociaux (décision n° 2011-642 DC du 15 décembre 2011).

➤ L'avis du Conseil d'État sur la cession de terrains pollués de la défense (avis n° 385731 du 15 novembre 2011, Section des travaux publics, Section de l'administration)

La Défense rencontre des difficultés dans les opérations de vente de certains terrains qu'elle détient et que nombre de collectivités territoriales souhaitent acheter. Ceux-ci peuvent en effet être pollués dès l'origine, ou par l'usage qu'elle a pu leur conférer.

La législation applicable en cette matière soulevant de nombreuses difficultés d'interprétation, l'avis du Conseil d'État (CE) a été sollicité.

Le CE a rendu un avis long et argumenté le 15 novembre 2011. Les pollutions pyrotechniques constituent des déchets au sens du code de l'environnement. Le régime juridique des cessions dépend du mode de cession (article L. 3211-1 du CGPPP ou article 67 de la loi de finances pour 2009). Les obligations de l'État dépendront de la situation : si l'État est simple détenteur du terrain pollué, la charge du coût de la dépollution est limitée au prix de vente du terrain (sauf faute de l'État) ; si l'État est le responsable de la pollution, il doit prendre en charge entièrement le coût de dépollution, au-delà du prix de vente.

➤ Opérations immobilières complexes sur le domaine public

La réalisation d'opérations immobilières importantes pour l'État impose souvent de combiner les règles applicables en matière de commande publique et de domanialité publique. De nombreux montages contractuels ont été conçus ou expertisés pour résoudre ces problématiques.

Parmi ces dossiers figure le projet d'acquisition par l'établissement public du Grand Palais à Paris de son terrain d'assiette. L'établissement public envisageait d'acheter ce terrain pour effectuer des travaux en sous-sol. Seule une loi aurait pu autoriser cette cession de la Ville de Paris à l'État (avis du CE n° 371615 du 26 juillet 2005). Il était prévu que la cession intervienne à titre onéreux, le montant étant à déterminer par France Domaine. Parallèlement, la Ville de Paris se serait engagée à se désister d'un contentieux pendant devant la juridiction administrative, portant sur des arriérés de redevances d'occupation domaniale afférentes à ce terrain. Le support législatif de cette opération pourrait être, soit la loi ordinaire, soit une loi de finances.

La rénovation de l'Hôtel du Grand Contrôle à Versailles a utilisé un montage juridique particulier : celui de l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) avec concession de travaux. Le projet devait permettre, à la fois, la restauration du bâtiment et sa valorisation, grâce à sa transformation en établissement hôtelier. L'établissement public du Château de Versailles, affectataire de l'Hôtel mais non propriétaire, a sollicité de l'État son autorisation pour octroyer une AOT constitutive de droit réel au profit de la société en charge de l'opération. La question préalable était celle de la nécessité ou non de procéder à une mise en concurrence préalable en vue de l'octroi de cette AOT. L'opération envisagée devait s'analyser comme une concession de travaux. En effet le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 définit la concession de travaux comme un contrat administratif dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire, dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage soit dans ce droit assorti d'un prix. L'établissement public du Château de Versailles a ainsi pu rénover l'Hôtel du Grand Contrôle et tirer de son exploitation, par une personne privée, un revenu annuel estimé à 300 000 € (cité par rapport 3805, annexe 26, de la commission des finances de l'AN sur le projet de loi de finances pour 2012).

➤ La réforme de la prise en charge de la dépendance

Dans le cadre des réflexions sur la réforme de la prise en charge de la dépendance, différents scénarios ont été étudiés, en particulier sur la conformité des pistes de réflexions avec le principe constitutionnel d'égalité devant la loi ou d'égalité devant les charges publiques, ainsi qu'au regard du principe de solidarité.

➤ Les titres de recettes dématérialisés

La direction a contribué, pour le compte de la DGFIP, à la clarification des règles applicables à la signature électronique, par les ordonnateurs des collectivités locales, des titres de recettes dématérialisés.

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

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

➤ Les contrats de prêts entre l'EFSF et les États bénéficiaires

Le soutien financier aux États membres de la zone euro est assuré, en 2011, par le fonds européen de stabilité de la zone euro (EFSF), société anonyme de droit luxembourgeois détenue par les États membres, appelée à être remplacée, à partir de 2013, par le mécanisme européen de stabilité (MES, qui sera une organisation internationale).

La situation économique de l'année 2011 a cependant commandé d'adapter ces outils d'intervention, en augmentant leurs capacités d'action, afin de répondre plus efficacement aux besoins. Un soutien régulier a été apporté à la DG Trésor pour la rédaction des contrats avec l'EFSF et du projet de traité sur le MES, et l'analyse des conséquences des dispositifs envisagés.

➤ **L'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) et la lutte contre le blanchiment de capitaux**

L'ARJEL s'est interrogée sur ses pouvoirs en matière de contrôle sur les opérateurs titulaires d'un agrément ou sur les entreprises intervenant dans le secteur des jeux. L'ARJEL souhaitait pouvoir fixer les modalités de son contrôle « en accord avec ceux-ci ». La loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 précisant expressément les pouvoirs des agents de l'ARJEL, cette dernière ne peut par elle-même les réglementer différemment et *a fortiori* passer un accord avec les opérateurs à cette fin. Cette démarche se serait heurtée à l'impossibilité de confier à des personnes privées la fixation de modalités d'exécution de missions de nature régalienne. Elle aurait, en outre, été contraire aux dispositions de l'article 8 de la CEDH, même si elle avait recueilli l'accord des opérateurs en cause. Seule une modification législative permettrait de modifier les modalités de contrôle telles qu'elles résultent de la loi de 2010 précitée.

➤ **Euro 2016 et aides d'État**

A de nombreuses reprises, la direction a dû rappeler l'importance que revêt le respect du droit des aides d'État par l'administration, notamment l'obligation de notification à la Commission européenne des projets tendant à l'octroi d'aides aux entreprises, préalablement à tout versement. Les aides versées en dehors du respect de cette règle sont en principe réputées illégales et peuvent faire l'objet d'une récupération auprès des entreprises concernées (cf. *Vade-mecum des aides d'État*, publié annuellement par la DAJ). Dans ce contexte, ont été expertisées près de quatre-vingt demandes, principalement des directions de Bercy, tant pour rappeler les obligations procédurales qui leur incombent que pour rechercher les moyens juridiques d'assurer la compatibilité des financements. Les projets examinés ont relevé des domaines bancaire (livret A) et assurantiel (financement de la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale), ainsi que de domaines aussi variés que l'agriculture, le sport (dans le cadre de l'Euro 2016), ou encore l'audiovisuel et la culture. Il a été par ailleurs largement contribué, à partir de mi-2011, à l'élaboration de la position française dans le cadre des propositions de la Commission européenne pour renouveler le cadre juridique applicable au financement des compensations de service public.

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

➤ **L'attribution et la gestion des noms de domaine**

En droit de l'internet, le cadre législatif et réglementaire national relatif à l'attribution des noms de domaine a été entièrement refondu en 2011. Déclaré non conforme à la Constitution dans le cadre de la QPC n° 2010-45 du 6 octobre 2010 au motif que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence en déléguant le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaines internet sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés, l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques a été modifié et complété par la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques. Complétée par son décret d'application n° 2011-926 du 1^{er} août 2011, la nouvelle législation reprend logiquement l'ancienne. Conformément aux prescriptions de cette loi et de ce décret, une consultation publique pour désigner les offices d'enregistrement pour les cinq années à venir sera lancée très prochainement.

➤ **L'application de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration**

Les nominations et renouvellements de mandats d'administrateurs représentant l'État dans les conseils d'administration de sociétés publiques ou dans lesquelles l'État est actionnaire ont conduit à s'interroger sur l'applicabilité de la loi sur la représentation équilibrée des femmes et des hommes dans ces entreprises. La loi prévoit une entrée en vigueur différée mais progressive de ses dispositions. La circulaire du SGG n° 5517/SGG du 28 février 2011 a rappelé que l'État devait veiller à respecter cette progressivité lorsqu'il procédait à la nomination de ses représentants.

➤ Les gels d'avoirs financiers

Les violences post électorales en Côte d'Ivoire, les atteintes aux droits de l'homme en Libye, ainsi que la répression violente exercée contre les populations civiles en Syrie, ont entraîné des réactions de la communauté internationale. Parmi celles-ci, le Conseil de sécurité des Nations Unies et l'Union européenne ont décidé de geler les fonds et ressources économiques des personnes et entités impliquées dans ces événements. Les avoirs et ressources économiques de Laurent Gbagbo ainsi que des personnes et entités impliquées dans ces violences ont été gelés en application du règlement (UE) n° 25/2011 du Conseil du 14 janvier 2011. Les résolutions 1970 (2011) et 1973 (2011) des Nations Unies transposées dans l'ordre communautaire par le règlement (UE) n° 204/2011 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Libye ont imposé le gel des fonds et ressources économiques du colonel Kadhafi et des personnes et entités impliquées dans des violations des droits de l'homme en Libye. Le règlement (UE) n° 442/2011 du Conseil du 9 mai 2011 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Syrie a également imposé le gel des fonds et ressources économiques des personnes et entités responsables de la répression.

L'application de ces réglementations a soulevé de nombreuses questions juridiques, notamment sur leur champ d'application. L'identification des situations relevant d'une mise à disposition indirecte de fonds ou ressources économiques au profit de personnes ou entités gelées, également prohibée par ces textes, a été une problématique récurrente. L'avis de la DAJ a également été sollicité sur l'analyse des demandes de dégel des fonds. Les textes européens ou internationaux imposant des mesures de gel prévoient en effet la possibilité pour les personnes dont les fonds sont gelés de demander le déblocage d'une partie de leurs fonds. Ces demandes sont soumises à des conditions tenant notamment à l'utilisation des fonds qui seraient le cas échéant débloqués (achat de vivres, paiement de loyers ou d'honoraires d'avocats). Lorsque de telles demandes sont présentées par les propriétaires des fonds bloqués, il est nécessaire d'analyser si les conditions posées par les textes sont respectées afin de déterminer les suites à donner à ces demandes.

Ces dossiers ont parfois débouché, notamment devant le tribunal administratif de Paris, sur des recours contentieux. Le gouvernement du colonel Kadhafi a demandé en référé la suspension de la décision du ministre d'autoriser le dégel des fonds d'une entité publique libyenne pour répondre à des besoins humanitaires du peuple libyen. Le déblocage des fonds avait été demandé par le Conseil National de Transition qui, à l'époque des faits, avait déjà été reconnu par la France comme seul gouvernement légitime de la Libye. La demande de suspension de la décision du ministre de débloquer ces fonds à des fins humanitaires a été rejetée par une ordonnance du Tribunal administratif de Paris du 25 juillet 2011.

➤ L'interprétation des textes anti-blanchiment

Le dispositif communautaire de lutte contre le blanchiment de capitaux était antérieurement régi par la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 modifiée relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Celle-ci a été remplacée par la directive 2005/60 du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Ce texte a été transposé en droit interne par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

L'ordonnance ratifiée du 30 janvier 2009 renvoie, pour son application, à plusieurs décrets et notamment :

- le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour l'application de l'article L. 561-15 II du code monétaire et financier (ce décret prévoit les cas de soupçons de fraude fiscale devant être déclarés à Tracfin) ;
- le décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme (il s'agit du décret d'application général des obligations de vigilance et de déclaration) ;

- le décret n° 2010-9 du 6 janvier 2010 pris pour l'application de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme aux sociétés de ventes volontaires, aux commissaires priseurs judiciaires, aux huissiers de justice, aux notaires, aux avocats et aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

L'ordre des avocats de Paris, qui invoquait principalement la violation par la directive du 26 octobre 2005 des principes communautaires et européens du droit au silence et du secret professionnel, a attaqué en justice l'ordonnance du 30 janvier 2009 et les 3 décrets d'application précités. Il a enfin soulevé, à l'occasion de son recours contre le décret du 16 juillet 2009, une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'éventuelle inconstitutionnalité de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier.

L'ensemble des recours a été rejeté par le Conseil d'État¹.

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

3.1. Coordonner la préparation et le suivi des textes

➤ Une structure centrale de coordination

La circulaire du 7 juillet 2011 a invité chaque ministère à mettre en place une structure centrale de coordination, qui maîtrise la vision d'ensemble des échéances et connaît l'état des textes à leurs différents stades d'élaboration. Cette structure, qui veille au respect des délais, est l'interlocuteur des services de programmation interministérielle (SGG, Secrétariat général des affaires européennes). Le bureau de la coordination, des relations extérieures, des études et de la légistique (COREL), et le bureau du droit européen et international, pour une partie de son activité, assurent déjà cette tâche au sein de la DAJ.

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

Le « Programme de travail gouvernemental » (PTG) fixe deux fois par an l'ordre du jour des projets de loi, de transposition de directive et des projets de décret², qui seront soumis au conseil des ministres dans les six mois à venir. Il a été, dans les délais fixés par le secrétaire général du gouvernement (SGG), soumis à validation du cabinet et transmis au Premier ministre par les trois ministres et les deux secrétaires d'État de Bercy³.

Le suivi mensuel des décrets d'application des lois, des ordonnances et de la transposition des directives, dont les ministères financiers ont la responsabilité a permis, depuis 3 ans, une amélioration significative des indicateurs de la sphère Bercy. Le suivi mensuel des décrets d'application des lois, des ordonnances et de la transposition des directives, dont les ministères financiers ont la responsabilité a permis, depuis 3 ans, une amélioration significative des indicateurs de la sphère Bercy. Au 31 décembre 2011, le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie affichait un taux d'application des lois votées de la XIIIème législature proche de 86 % (356 mesures publiées sur

¹ Le recours contre l'ordonnance du 30 janvier 2009 a été rejeté par le Conseil d'État, cette ordonnance ayant été ratifiée par l'article 140 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (ordonnance de rejet du 2 août 2010 du président de la 6^{ème} sous-section). Il a également décidé de ne pas transmettre la QPC au Conseil constitutionnel (arrêt du 17 décembre 2010). Il a enfin rejeté les recours en annulation des décrets du 16 juillet 2009, du 2 septembre 2009 et du 6 janvier 2010 (2 arrêts de rejet du 14 septembre 2011, 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies).

² Projets de décret en Conseil des ministres uniquement.

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

un total de 416 mesures à prendre, soit près de 20 % des mesures d'application pour l'ensemble des ministères) dont il avait la charge. Le ministère du budget affichait un taux de 92 % pour les 187 mesures dont il était chargé. Rappelons que le taux moyen de l'ensemble des ministères est de 84,2 % au 31 décembre 2011.

3.2. Coordonner la défense des textes

➤ La centralisation des contentieux des décrets de Bercy

En novembre 2009, un dispositif de centralisation des recours contentieux contre les décrets rédigés par Bercy (hors matières fiscales) a été mis en place, afin de rationaliser leur gestion et d'offrir au SGG et au Conseil d'État un interlocuteur unique pour les ministères financiers. En deux ans, 115 recours ont été ainsi pilotés. Près de la moitié des mémoires ont été rédigés par la direction (48 mémoires). La durée moyenne de traitement de ces recours centralisés a pu ainsi sensiblement être réduite. Elle s'établit, au 26 décembre 2011, à 104 jours (78 jours si on exclut le contentieux de masse « photovoltaïque » confié à un cabinet d'avocats extérieur).

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

➤ Les questions prioritaires de constitutionnalité

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

A la demande du SGG, qui représente le Gouvernement devant le Conseil constitutionnel, les différentes administrations disposent désormais d'une structure de centralisation des recours concernant les QPC et des mémoires rédigés par les services en réponse à ces recours. Pour les ministères financiers, la DAJ assure ainsi un rôle de pilotage et d'harmonisation de l'analyse constitutionnelle pour Bercy. Tous les échanges sont faits par voie électronique, *via* une boîte fonctionnelle spécialement créée pour le suivi de ces procédures.

Depuis le 1^{er} mars 2010, 76 QPC ont été soulevées concernant uniquement le ministère du Budget, 361 QPC relevant à la fois du ministère de l'Économie et du ministère du Budget (QPC traitées par la DGFIP-DLF), 69 QPC concernant uniquement le ministère de l'Économie, ce qui porte à 506 le nombre de QPC traitées par les ministères financiers en 18 mois (bilan au 15 janvier 2012).

4. Défendre l'État au contentieux

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

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

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

A ce titre, elle défend les intérêts de l'État devant les juridictions de l'ordre judiciaire dans l'ensemble des contentieux pour lesquels l'État est créancier ou débiteur d'une somme d'argent, à l'exception des matières domaniale, fiscale, douanière, d'expropriation pour cause d'utilité publique et d'enseignement.

En 2011, près de 4 500 nouvelles affaires ont été traitées.

La défense de l'État a ainsi été assurée dans les contentieux des libertés publiques (dysfonctionnements du service public de la justice, indemnisation de la détention provisoire - 600 dossiers par an - hospitalisation d'office, dysfonctionnements des tutelles, dysfonctionnements des opérations de police judiciaire), en droit du travail et en droit de la sécurité sociale, ou en droit immobilier.

Parmi les dossiers très divers qui ont été traités, on peut citer :

➤ La « Grotte Chauvet »

La découverte, en décembre 1994, par trois inventeurs, Mme Brunel et Messieurs Chauvet et Hilaire, de la grotte Chauvet, classée monument historique et candidate à un classement au patrimoine mondial de l'Unesco, a donné naissance à plusieurs contentieux devant les juridictions judiciaires.

Une première action a été intentée par les trois inventeurs devant le Tribunal de grande instance de Privas, tendant à faire reconnaître leur droit de propriété sur la grotte. Le juge de première instance les a déboutés, en leur opposant l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction signée le 15 février 2000 avec l'État, qui prévoyait leur indemnisation pour la découverte du site. Les inventeurs ont interjeté appel du jugement devant la Cour d'appel de Nîmes, qui se prononcera en début d'année 2012.

Parallèlement, les propriétaires du terrain situé au dessus de la grotte Chauvet ont saisi le Tribunal de grande instance de Paris, pour faire reconnaître leur droit de propriété sur les objets mobiliers contenus dans la grotte. Un rapport d'expertise, établi pour l'évaluation de ces biens, a été contesté par les inventeurs de la grotte, intervenus volontairement à l'instance, pour obtenir sa nullité. Une décision devrait être rendue au cours de l'année 2012.

L'AJT représente l'État dans ces contentieux.

Récemment, les inventeurs de la grotte ont engagé une action judiciaire contre la société de production de Werner Herzog, réalisateur et distributeur du film documentaire « la grotte des rêves perdus », sorti en salle en août 2011, pour atteinte à leurs droits d'inventeurs et d'auteurs. L'affaire est pendante devant le Tribunal de grande instance de Paris.

➤ Les consorts Renault

Les consorts Renault, héritiers directs de Jean-Louis Renault, ont assigné l'État devant le Tribunal de Grande Instance de Paris.

Les requérants estiment que l'ensemble de l'opération de nationalisation de la Société Anonyme des Usines Renault (SAUR) dirigée alors par Jean-Louis Renault, par l'ordonnance du 16 janvier 1945 et les arrêtés d'application successifs, s'apparente à une confiscation de biens constitutive d'une voie de fait commise par l'État.

Considérant que les dispositions de l'ordonnance du 16 janvier 1945 portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et notamment au droit de propriété, les requérants ont déposé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

L'AJT assure la défense de l'État dans ce dossier aux enjeux juridiques et médiatiques importants.

La particularité de ce dossier, qui constitue son enjeu juridique majeur, a, en 2011, été la QPC soulevée par les demandeurs, qui tentent de rendre leur demande indemnitaire recevable, par l'obtention préalable d'une déclaration d'inconstitutionnalité de l'ordonnance de nationalisation, alors que la QPC ne peut constituer qu'un des moyens de droit soulevé à l'appui d'une prétention en elle-même recevable.

Par deux ordonnances rendues le 11 janvier 2012, le juge de la mise en état du TGI de Paris, a retenu l'argumentation développée par la DAJ, en considérant qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, les juridictions de l'ordre judiciaire ne peuvent connaître d'une action en responsabilité contre l'État en raison des actes de l'administration, en l'absence de voie de fait. Il a fait droit à l'exception d'incompétence soulevée et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir. Il a ensuite considéré qu'en raison de son incompétence sur le fond du litige, il ne pouvait statuer sur la demande de transmission de QPC.

➤ **L'Hôtel Martinez**

Madame Suzanne Clerc-Digard, fille d'Emmanuel Martinez, ancien actionnaire majoritaire de la Société des Grands Hôtels de Cannes, revendique la propriété de l'Hôtel Martinez et a introduit une action en justice contre l'AJT.

Dans cette instance, elle a formé une QPC contre l'article 12-II de la loi de finances rectificative du 21 décembre 1979 qui a transféré à l'État, à titre de dation en paiement, la propriété des biens appartenant à la Société Anonyme des Grands Hôtels de Cannes.

Considérant que la dation en paiement ne pouvait être appliquée qu'aux seuls biens meubles et qu'elle ne pouvait se réaliser qu'à l'initiative du redevable, elle prétend que la dation en paiement aurait instauré une discrimination contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques.

L'AJT soutient que les exceptions de procédure et fins de non recevoir devront d'abord être examinées par le Tribunal, avant que celui-ci ne se prononce sur la QPC. En effet, une QPC n'est recevable que si la demande au fond l'est également. En l'espèce, les demandes se heurtent à plusieurs fins de non recevoir (qualité et intérêt à agir, autorité de la chose jugée, prescription).

➤ **L'incendie du centre de rétention de Vincennes**

Le 22 juin 2008, à la suite d'une émeute, le centre de rétention administrative de Vincennes est saccagé et incendié. Les deux bâtiments sont partiellement détruits et six policiers sont blessés, victimes de violences de la part des personnes retenues.

Six des dix prévenus, condamnés le 17 mars 2010 par le Tribunal correctionnel de Paris à des peines de 8 à 36 mois d'emprisonnement, ayant fait appel, l'affaire a été réexaminée par la Cour d'appel de Paris du 6 octobre au 4 novembre 2011. L'agent judiciaire du Trésor, partie civile à la procédure, a sollicité un sursis à statuer sur la détermination de l'important préjudice matériel subi par l'État, qui doit faire l'objet d'une mesure d'expertise, tout en précisant qu'il est demandé, par ailleurs, la condamnation solidaire des prévenus à lui payer la somme de 16 345,38 €, en réparation du préjudice de l'État du chef des fonctionnaires blessés.

L'arrêt pénal rendu par la Cour d'appel de Paris le 13 janvier 2012, a partiellement réformé le précédent jugement, notamment sur le quantum des peines et en prononçant la relaxe de certains prévenus du chef de violences volontaires. La DAJ a obtenu la condamnation solidaire des prévenus à rembourser à l'État la somme de 9 864 € au titre des débours pour les agents blessés. Les autres préjudices de l'État seront évoqués lors d'une prochaine audience, le 7 juin 2012.

➤ **Le procès Colonna**

Condamné en première instance et en appel pour l'assassinat du préfet de Corse M. Claude Erignac, et pour l'attentat commis dans les locaux de la gendarmerie de Pietrosella, Yvan Colonna a été rejugé devant la Cour d'assises de Paris, du 2 mai au 20 juin 2011, à la suite de l'annulation de la précédente décision, prononcée le 30 juin 2010 par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

A l'issue de ce troisième procès, Yvan Colonna a été condamné, par une décision particulièrement motivée, ce qui constitue une première devant la Cour d'assises, à la peine de réclusion criminelle à perpétuité. L'État a obtenu la réparation de l'intégralité de son préjudice, soit 216 932, 40 euros.

L'agent judiciaire du Trésor a conclu au rejet des pourvois en cassation formés par Yvan Colonna contre cette décision, actuellement pendants.

➤ **L'attentat de Karachi (évolutions en 2011)**

L'attentat perpétré le 8 mai 2002 à Karachi (Pakistan) a fait vingt-trois victimes françaises, dont onze sont décédées, toutes travaillant pour le compte du Ministère de la défense. L'agent judiciaire du Trésor s'est constitué partie civile le 15 octobre 2002, dans le cadre de l'information judiciaire ouverte au Cabinet de M. Bruguière, repris par M. Trévidic. Ce dernier a convoqué l'ensemble des parties civiles à une réunion d'information le 1er juillet 2011. Il a notamment rappelé qu'une QPC avait été déposée le 27 avril 2011 sur la constitutionnalité de la loi relative au secret de la défense nationale et de sa compatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs.

La QPC n° 2011-192 du 10 novembre 2011 portait sur les articles 413-9- à 413-12 du code pénal, les articles L 2311-1 à L 2312-8 du code de la défense nationale et 56-4 du code de procédure pénale.

Le 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution, avec effet au 1er décembre 2011, les règles relatives aux lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale, au motif que la subordination à une autorisation administrative des pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs. En revanche, les règles relatives aux informations classifiées au titre du secret de la défense nationale sont conformes à la Constitution, en raison des garanties d'indépendance conférées à la commission consultative du secret de la défense nationale.

➤ **Les émeutes de Villiers-le-Bel**

La cour d'assises des Hauts-de-Seine a rejugé, du 4 au 21 octobre 2011, les quatre tireurs soupçonnés d'avoir ouvert le feu sur les forces de l'ordre lors des deux soirées d'émeutes des 25 et 26 novembre 2007 qui avaient suivi le décès accidentel de deux adolescents à Villiers-le-Bel. Elle a condamné trois d'entre eux à des peines de 3 à 15 ans de réclusion criminelle et a prononcé un acquittement. Un cinquième accusé, qui comparait pour avoir fourni une arme aux émeutiers, a lui aussi été acquitté. 97 policiers ont été blessés par des cartouches de plomb. L'agent judiciaire du Trésor s'est constitué partie civile pour réclamer réparation de son préjudice s'élevant à près de 500 000 €, l'arrêt civil devant être rendu prochainement.

4.2. Au titre du rôle de prestataire de services

➤ **Le contentieux relatif à l'Association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA)**

La région Centre et la région Poitou-Charentes ont demandé que l'État effectue à leur profit le transfert de propriété, ou la mise à disposition, des biens immobiliers mis à la disposition de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes.

Le Conseil Constitutionnel, par une décision n° 2010-67/86 rendue le 17 décembre 2010, s'est prononcé sur les deux QPC formées au cours des instances au fond. Il a jugé que le transfert des biens immobiliers appartenant à l'État à titre gratuit méconnaissait la protection constitutionnelle des biens publics.

Par décision du 5 octobre 2011 (n° 326332), le Conseil d'État, statuant au fond, a rejeté la demande de la région Centre au motif que les transferts de compétence et de crédits prévus par la loi du 13 août 2004 n'impliquaient pas le transfert aux régions de la propriété des biens immobiliers que l'État met à la disposition de l'AFPA. Le Tribunal administratif de Poitiers devrait se prononcer sur la requête de la région Poitou-Charentes dans les premiers mois de l'année 2012.

➤ **Le contentieux relatif aux décisions de la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC)**

Les décisions de la CNAC, qui examine les recours contre les refus ou les autorisations d'implantation de surfaces commerciales par les commissions départementales, font l'objet d'un abondant contentieux devant les tribunaux administratifs. Les délais entraînés par ces contentieux, auxquels s'ajoutent souvent des délais supplémentaires en raison de contentieux sur le permis de construire, ont conduit le gouvernement à revenir au dispositif applicable de 1973 à 2010 : le décret n°2011-921 du 1er août 2011 modifie ainsi le code de justice administrative afin de prévoir de nouveau la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort pour connaître du contentieux relatif aux décisions de la CNAC.

➤ **Les contentieux relatifs aux jeux d'argent et de hasard**

Que ce soit contre le décret n° 85-390 du 1er avril 1985 relatif à l'organisation et au fonctionnement du loto sportif, contre le décret n°78-1067 du 9 novembre 1978 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de loterie, ou contre le décret n° 2010-614 du 7 juin 2010 relatif aux conditions de commercialisation des droits portant sur l'organisation de paris en relation avec une manifestation ou compétition sportive, plusieurs contentieux relatifs au secteur des jeux d'argent et de hasard ont été défendus par la DAJ devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État a rendu quatre décisions fin décembre 2014, rejetant l'ensemble des requêtes contre ces décrets.

➤ **La centralisation des dépôts du livret A**

La loi n° 2008-746 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a ouvert à la concurrence la distribution du livret A et du livret de développement durable, à l'origine réservée aux réseaux des caisses d'épargne, du crédit mutuel et de la banque postale. A l'occasion de cette ouverture, le législateur a également souhaité stimuler la croissance et les énergies, en mettant en œuvre une politique publique d'incitation des banques à prêter aux PME. Le code monétaire et financier prévoit donc que seule une quote-part des sommes déposées sur les livrets A et les livrets de développement durable est centralisée par la Caisse des dépôts et consignations, dans un fonds d'épargne servant à financer le logement social. Les ressources non centralisées sont employées par les établissements bancaires au financement des petites et moyennes entreprises, ainsi qu'au financement des travaux d'économie d'énergie dans les bâtiments anciens. A défaut, ces ressources doivent être centralisées.

⁴ CE, sect, n°321920, *Société Bwin interactive entertainment AG*, CE, sect, n°287503, *Société Zeturf limited c/ secrétariat général du Gouvernement*, CE, sect, n°3390075 et n°342473, *Société Stanley international betting limited c/ Secrétariat Général du Gouvernement*.

L'application trop rapide d'un taux de centralisation unique pouvant déstabiliser les nouveaux opérateurs, le législateur a renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer des modalités de centralisation des dépôts permettant d'assurer un équilibre entre les réseaux historiques et les nouveaux opérateurs. Ces modalités, qui recouvrent principalement l'application de taux de centralisation distincts entre les réseaux historiques et les nouveaux opérateurs, ainsi qu'une phase de convergence vers un taux de centralisation unique, ont été précisées par le décret n° 20081264 du 4 décembre 2008 relatif à la rémunération des réseaux collecteurs du livret A et du livret de développement durable ainsi qu'à la centralisation partielle des dépôts collectés.

Le taux de centralisation unique, ainsi que la durée et les modalités de la phase de convergence ont été fixés par le décret n° 2011-275 du 16 mars 2011 relatif à la rémunération des réseaux collecteurs du livret A et du livret de développement durable, au régime de centralisation des dépôts collectés, ainsi qu'à la rémunération du livret d'épargne populaire.

Un recours contentieux a été déposé.

➤ **Le référé Free : attribution de la licence 4G de téléphonie mobile**

Affectées aux services de téléphonie mobile à très haut débit (4G), les fréquences de la bande 800 MHz, issues du dividende numérique, et de la bande 2,6 GHz ont fait l'objet d'un appel à candidatures. Les modalités et conditions d'attribution des licences 4G ont été définies par voie réglementaire le 14 juin 2011. Contestant le principe de l'exigibilité immédiate de la part fixe de la redevance, la société Free Mobile a saisi le juge des référés du Conseil d'État d'une demande de suspension des textes du 14 juin 2011. Par une ordonnance du 7 septembre 2011, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté la demande présentée par la société Free Mobile pour défaut d'urgence, sans avoir à se prononcer sur les moyens critiquant la légalité des décisions contestées. La société requérante ne justifiait ni d'une atteinte suffisamment grave et immédiate à ses intérêts, ni de conséquences susceptibles d'affecter durablement la structure concurrentielle du marché qui seraient de nature à constituer une situation d'urgence. L'expertise juridique consistait à démontrer que les modalités d'exigibilité de la redevance ne dérogeaient pas à la règle appliquée dans des cas similaires et que les intérêts de Free n'étaient pas mis à mal par la procédure retenue.

➤ **L'implantation des antennes de téléphonie mobile**

Dans le cadre d'une mesure d'instruction, les DAJ des ministères chargés des communications électroniques, de l'environnement et de la santé ont présenté une réponse commune pour éclairer le Conseil d'État sur la combinaison des pouvoirs de police spéciale et des pouvoirs de police générale en matière d'implantation d'antennes de téléphonie mobile. Depuis les années 2000, des maires usaient de leur pouvoir de police générale pour limiter l'implantation d'antennes sur le territoire de leur commune. Annulant les arrêtés municipaux, le Conseil d'État (arrêt d'Assemblée du 26 octobre 2011 « Commune de Saint-Denis et autres ») juge que seuls les pouvoirs de police spéciale du ministre chargé des communications électroniques, de l'ARCEP et de l'ANFR, fondés sur une expertise appropriée et assortis de garanties indisponibles au plan local, permettent d'assurer à un niveau élevé et uniforme la protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques émises par les réseaux de communications électroniques identiques sur tout le territoire.

5. Diffuser l'information juridique

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

5.1. Les publications

➤ Le Courrier juridique des Finances et de l'Industrie (CJFI)

Le Courrier juridique des Finances et de l'Industrie est la revue juridique trimestrielle des ministères financiers. Le CJFI a pour vocation d'apporter un éclairage sur des thèmes juridiques d'actualité relevant de Bercy, au travers d'articles de synthèse et d'analyse des jurisprudences constitutionnelle, judiciaire, administrative et européenne. Le CJFI est adressé aux abonnés de la Lettre de la DAJ et est distribué par la DILA.

Depuis 2010, la revue Gestion et Finances publiques de la Direction générale du Trésor et le CJFI ont développé une collaboration éditoriale. Sous réserve de réciprocité et avec l'accord des auteurs les deux revues, publient certains articles de l'une ou de l'autre, soit intégralement, soit sous forme d'extraits. En 2011, la revue du Trésor a ainsi publié dans son numéro de juin 2011, un article paru dans le CJFI du dernier trimestre 2010, et le CJFI du dernier trimestre 2011 a accueilli deux auteurs précédemment publiés dans les numéros d'octobre et novembre 2011 de Gestion et Finances publiques.

Au cours de l'année 2011, une enquête a été réalisée auprès des lecteurs du CJFI. S'ils sont globalement très satisfaits du contenu des articles, l'enquête a toutefois mis en évidence des améliorations possibles. Elles seront mises en œuvre en 2012.

➤ La Lettre de la DAJ

La Lettre de la DAJ est une lettre électronique d'information juridique, qui paraît un jeudi sur deux. Elle se présente sous forme de brèves, permettant à ses lecteurs, par des liens hypertextes, d'aller directement à la source de l'information. Elle a fêté en 2011 un double anniversaire : ses quatre ans d'existence, le 6 janvier 2011⁵, et son n° 100, dont l'éditorial est signé de la ministre chargée de l'économie. La Lettre est aujourd'hui lue par près de 8 000 personnes – près de 1 000 abonnés supplémentaires par rapport à 2010 - dont la moitié est extérieure à l'administration.

5.2. La rubrique juridique d'Alizé

Le 23 septembre 2010 a été ouverte, sur l'intranet Alizé du ministère, une rubrique juridique élaborée, sous la responsabilité éditoriale de la DAJ, par un groupe de contributeurs volontaires issus de la DAJ et de certaines directions de Bercy (DGDDI, DGClS, DB, DGME, Secrétariat général, et, depuis 2011, DGCCRF) ou d'autres ministères (DGAFP). La rubrique, destinée à un public de juristes généralistes, comporte cinq thèmes : « publications », « fiches thématiques », « textes et jurisprudence », « liens utiles », « outils ».

Entre janvier et novembre 2011, la rubrique, dans ses différentes pages, a été visitée plus de 34 000 fois par les internautes de Bercy. La page d'accueil est actualisée plusieurs fois par mois (dernières mises en ligne, agenda du juriste...), tandis que la rubrique « jurisprudence » est mise à jour sur une base mensuelle.

Tous les quinze jours, un flash d'information alerte les agents de la direction et les contributeurs de Bercy des nouveautés de la rubrique.

⁵ Lettre de la DAJ n° 91.

5.3. Les brochures et guides

➤ Le guide sur les délégations de compétences

Il a été procédé à la refonte d'un guide juridique pratique portant sur les délégations de compétence, refonte d'autant plus nécessaire que le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement avait fortement réformé ce sujet, en mettant en place un système de délégation automatique au niveau des administrations centrales des ministères. Le nouveau guide, établi en concertation avec l'ensemble des directions de Bercy, donne une présentation pratique et opérationnelle du sujet, illustrée de nombreuses jurisprudences.

➤ L'édition 2011 du *Vade-mecum des aides d'État*

A été mise à jour, comme chaque année, la 3ème édition du Vade-mecum des aides d'État, publié par la DILA. 2011 a notamment été marquée par le durcissement des conditions d'octroi des aides destinées à compenser les effets de la crise économique sur le financement des entreprises, et par l'adoption, fin décembre, du nouveau cadre juridique applicable aux aides versées en compensation des surcoûts occasionnés par les obligations de service public.

5.4. Le site de la DAJ

Conseiller les acheteurs, c'est aussi alimenter le site ministériel accessible non seulement à tous les acheteurs publics, mais également aux entreprises, aux étudiants, à tous ceux intéressés par la commande publique. Les textes sont signalés le jour de leur publication au JO, accompagnés d'une fiche explicative. 48 réponses à des questions récurrentes posées par des acheteurs publics ont été mises en ligne dans la nouvelle rubrique « vos questions / nos réponses ». 13 fiches techniques ont été mises à jour et 12 nouvelles fiches mises à disposition.

Le site est également utilisé pour mener des consultations publiques en vue de recueillir les observations des différents acteurs et améliorer ainsi la qualité des documents finaux. Ainsi, la mise à jour du guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics a fait l'objet d'une concertation lancée le 25 juillet 2011, qui s'est achevée le 15 septembre 2011. 90 contributions complètes et 445 propositions de modifications ont été reçues. Ces propositions ont fait l'objet d'un examen attentif et ont été prises en compte lorsqu'elles permettaient d'améliorer la qualité du guide. Les nouvelles pratiques instaurées par le décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet sont déjà mises en œuvre avec un résultat satisfaisant.

Deux enquêtes en ligne s'adressant à des acheteurs publics ont été menées dans le cadre des activités de l'observatoire économique de l'achat public dont la DAJ a la responsabilité :

- une enquête sur la dématérialisation des marchés publics, menée auprès des acheteurs publics. Cette enquête a reçu 827 réponses et a permis de mettre en évidence un certain nombre de freins au développement de la dématérialisation des marchés publics, en particulier une demande d'homogénéité des plates formes d'achat et de leur ergonomie.
- une enquête sur les pratiques des acheteurs en matière de développement durable, menée au 1^{er} semestre 2011. 612 réponses ont été recueillies, apportant un éclairage précieux sur les attentes des acheteurs publics dans ce domaine. Si l'intégration des clauses de développement durable est souhaitée par les acheteurs, leur mise en œuvre est souvent laborieuse faute d'expérience et de retours d'information sur la rédaction de spécifications adaptées.

Le résultat de ces enquêtes a fait l'objet de 2 numéros spéciaux de la lettre de l'OEAP (avril et octobre 2011) publiés sur les pages OEAP du site.

5.5. Le recensement des marchés publics

La DAJ a, parmi ses missions, la tâche de rassembler et d'analyser les données relatives aux aspects économiques de la commande publique, notamment par le recensement économique des achats publics en application de l'article 131 du code des marchés publics.

Les marchés supérieurs à 90 000 € sont soumis à l'obligation de recensement. Ce dispositif est complété par une enquête sur échantillon, établi annuellement par l'INSEE, pour les contrats compris entre 20 000 et 90 000 € HT.

L'année 2011 a vu la finalisation des résultats du recensement pour les marchés notifiés en 2010. La DAJ a ainsi recensé 102 246 marchés, pour un montant total de 67,28 Mds €.

Pour collecter ces données, 18 000 fiches de recensement ont été transmises à l'OEAP par des organismes non dotés d'un comptable du réseau du trésor public. L'équivalent de 20 700 fiches, transmises sous forme dématérialisée, ont été également retraitées. Le reste a été transmis par le réseau comptable de la DGFIP.

Les opérations liées au recensement ont également porté sur :

- le contrôle et le redressement des données reçues par l'application ARAMIS de la DGFIP, la réponse aux questions des acheteurs concernant le recensement et l'enrichissement des données du recensement avec celles de l'INSEE ;
- le retraitement des résultats pour transmission aux services de la Commission européenne dans le format requis par les directives relatives aux marchés publics.

Parallèlement, ont été menés deux projets destinés à améliorer la qualité du recensement des marchés publics :

- la rénovation de son système d'information (SI), dont la mise en service opérationnelle a été effectuée le 16 mai 2011. Ce nouveau SI permet aux acheteurs publics non reliés au réseau de la DGFIP de déclarer leurs marchés au moyen d'une application web, dotée d'aides à la saisie, et d'améliorer la qualité des données. Cette mise en service sera complétée par une phase de mise au point de la récupération des données comptables issues de CHORUS et HELIOS au cours de l'année 2012 ;
- un arrêté du 21 juillet 2011 a mis en place le cadre nécessaire à la collecte des données par récupération de données présentes dans les applications CHORUS et HELIOS. Il est applicable à compter du 1^{er} janvier 2012.

II. LES TEMPS FORTS DE L'ANNÉE 2011

- 1. Les questions prioritaires de constitutionnalité**
- 2. L'application de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (loi Warsmann III)**
- 3. Les projets de directives européennes sur les marchés publics et les concessions**
- 4. Les assises de la simplification et la proposition de loi Warsmann IV**
- 5. Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs**
- 6. La circulaire transaction**
- 7. La synthèse des réactions au rapport Prada sur la compétitivité juridique de la place de Paris**
- 8. Le FIPOL**
- 9. L'entrée en vigueur de la partie législative du code de l'énergie et la transposition du « 3^{ème} paquet énergie »**
- 10. Les contentieux gaziers, photovoltaïques et éoliens**
- 11. L'insertion de clauses d'action collective dans les contrats d'émission de dette souveraine**

1. Les questions prioritaires de constitutionnalité

Même si le nombre de QPC intéressant les ministères financiers a sensiblement décru en 2011, la direction a été associée à la rédaction de plus de 80 mémoires en réponse à des QPC tout au long de cette année.

Parmi les QPC d'importance, il faut notamment citer :

- la QPC n° 2010-45 du 6 octobre 2010, déjà citée, qui a conduit à réécrire en 2011 le droit des noms de domaine ;
- la QPC n° 2010-100 QPC du 11 février 2011 portant sur la loi de validation du contrat passé en 1995 pour le financement, la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation du stade de France. Le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article unique de cette loi, au motif que le législateur, en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger le contrat, a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif. L'État s'interroge aujourd'hui sur les suites à donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité (résiliation ou renégociation du contrat) compte tenu de l'annulation, par un jugement du Tribunal administratif de Paris de 1996, devenu définitif, de la décision de signer le contrat de concession du stade ;
- la QPC n° 2011-126 du 13 mai 2011 portant sur l'article L. 442-6-III du code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence. L'action autonome du ministre pour agir en justice contre les pratiques restrictives de concurrence, prévue par l'article L 442-6-III du code de commerce, a été jugée conforme à la Constitution, sous réserve que les parties au contrat aient été informées de l'introduction de l'action par le ministre. Ce pouvoir du ministre, qui peut demander au juge l'annulation des clauses ou du contrat illicites, la répétition de l'indu et la fixation d'une amende civile, même si les cocontractants y sont opposés, était, depuis sa création, contesté par les opérateurs. Pour tenir compte de la réserve du Conseil constitutionnel, l'administration veille désormais à l'information systématique des parties en cas d'action du ministre. Toutefois, s'agissant des instances en cours, la décision du Conseil constitutionnel a conduit le tribunal de commerce de Créteil, le 13 décembre 2011, à déclarer l'action du ministre irrecevable, car le ministre n'a pas justifié d'avoir informé les fournisseurs concernés.

2. L'application de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (loi Warsmann III)

Après avoir eu la charge du nouveau dispositif législatif donnant enfin aux GIP un statut uniforme, la direction a rédigé un de ses deux décrets d'application. Tous les ministères ont été consultés, car tous sont susceptibles de devoir approuver la constitution de GIP. Le décret, après avis favorable du Conseil d'État, a été adopté en Conseil des ministres et publié le 27 janvier 2012.

3. Les projets de directives européennes sur les marchés publics et les concessions

Trois textes majeurs en matière de droit européen de la commande publique sont en cours d'élaboration.

➤ La révision des directives « marchés publics »

Le 27 janvier 2011, la Commission a lancé une consultation sur son Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics, préalable à une proposition législative qui a été adoptée le 20 décembre 2011 par le collège des Commissaires. La réponse des autorités françaises insiste sur la nécessité de conserver les notions fondamentales du droit européen

des marchés, tout en modifiant les règles applicables pour introduire plus de souplesse (possibilité de recourir plus largement à la procédure négociée, possibilité d'inversion des phases d'examen des offres et des candidatures, assouplissement du lien entre les critères de sélection et d'attribution et l'objet du marché) et d'efficacité économique (notamment par des mesures en faveur des PME). Une conférence organisée par le Commissaire Michel Barnier a eu lieu le 30 juin 2011 à Bruxelles, afin de discuter des orientations futures pour la modernisation du cadre législatif européen de la commande publique.

➤ **La relance de la directive sur les concessions de services**

La Commission a adopté une proposition de directive pour encadrer les procédures de passation des concessions de travaux et de services au sein de l'Union européenne. Une première initiative avait été lancée en juin 2007. La France avait alors répondu favorablement, en proposant que le droit communautaire reprenne la législation française sur les délégations de service public. Cependant, face à l'opposition d'une majorité d'États, le projet avait été reporté. La Commission a relancé les travaux début 2010 en annonçant son intention de présenter un texte simple et peu contraignant. Conscient que ces contraintes procédurales seraient plus strictes et risquaient de remettre en cause le mode de gestion des services publics locaux, le Gouvernement français a décidé de s'opposer à cette initiative. La DAJ a organisé de nombreuses réunions de concertation avec les différents acteurs et conduit à porter les préoccupations de la France sur ce projet auprès des services de la Commission et des autres États membres. La proposition de directive a été adoptée par le collège des Commissaires le 20 décembre 2011.

➤ **L'accès des pays tiers aux marchés publics de l'Union européenne**

Le projet d'initiative sur l'accès des pays tiers aux marchés publics de l'Union européenne a été soutenu par la France. Ce projet sera présenté aux États-membres au début de l'année 2012. La Commission européenne a lancé une consultation, menée à partir du 7 juin 2011, sur ce projet, et la réponse des autorités françaises a pu être élaborée en collaboration avec la direction générale du Trésor et le ministère des affaires étrangères et européennes.

4. Les assises de la simplification et la proposition de loi Warsmann IV

En 2011, trois missions simultanées de simplification du droit (la « mission Warsmann », la « mission Doligé » et les « Assises de la simplification ») se sont préoccupées du droit de la commande publique.

➤ **La « mission Warsmann »**

Le député Jean-Luc Warsmann s'est vu confier une mission de simplification des contraintes normatives pesant sur les entreprises, notamment les PME, qui a débouché sur le dépôt d'une proposition de loi de simplification du droit et d'allègement des procédures. Auditionnée à l'Assemblée nationale, la DAJ a joué son rôle de conseiller juridique du Gouvernement, lors des débats en séance publique qui se sont déroulés en octobre.

➤ **La « mission Doligé »**

Le Premier ministre a également confié au Sénateur Eric Doligé, fin janvier 2011, une mission de simplification à destination des collectivités territoriales. Selon un mode opératoire distinct de la « mission Warsmann », le sénateur a remis un rapport et déposé une proposition de loi de simplification des normes applicables aux collectivités locales, durant le mois d'août. Les nombreuses questions relatives aux marchés publics, remontées lors de la consultation effectuée auprès des collectivités territoriales, ont été prises en compte.

➤ Les « Assises de la simplification »

Dans le cadre des « Assises de la simplification », lancées par le Gouvernement en décembre 2010, les entreprises, notamment les PME, ont été invitées à soumettre des propositions de simplification destinées à alléger leurs charges. En avril 2011, le Gouvernement a décidé de retenir 80 mesures, dont 4 en matière de marchés publics. Une première mesure, concernant le régime des variantes, a été mise en œuvre immédiatement par le décret du 25 août 2011. Une deuxième mesure relative à la mutualisation des dossiers de présentation des entreprises candidates à un marché a été intégrée au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. Les troisième et quatrième mesures relatives à la création d'une plateforme centralisatrice d'annonces légales et d'un coffre-fort électronique ont fait l'objet d'études de cadrage et conduit à la mise en place d'un comité de pilotage qui s'est réuni régulièrement durant le second semestre de l'année. Des études sur leur mise en œuvre opérationnelle sont en cours.

5. Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs

Nos services ont apporté un soutien juridique à la DGCCRF tout au long de l'élaboration du texte de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs.

Citons, à titre d'exemple :

- les accords de distribution et la possibilité de définir et encadrer le contenu des conventions d'affiliations qui lient les distributeurs à leurs fournisseurs ;
- les points de fidélité en matière de téléphonie et la possibilité pour les fournisseurs de services de communications électroniques de faire dépendre l'utilisation de ces points ou tout autre avantage par le consommateur à un réengagement de sa part ;
- le GPL, notamment la possibilité de rendre des dispositions législatives immédiatement applicables aux contrats en cours et la possibilité d'encadrer la durée de ces contrats et l'obligation pour le professionnel d'enlever ou neutraliser une citerne GPL à prix coûtant ;
- le dispositif « PACITEL » (liste d'opposition facultative au démarchage téléphonique) et la possibilité de rendre ce dispositif obligatoire pour les professionnels du démarchage ;
- la possibilité de renforcer l'information du consommateur, lorsque l'achat porte sur un ordinateur pré-équipé d'un logiciel d'exploitation, sur le caractère dissociable ou non des logiciels, ainsi que sur la procédure et le montant des remboursements desdits logiciels en cas de renonciation ;
- sur l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des recours formés contre les amendes administratives prononcées par l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation.

6. La refonte de la circulaire relative à la transaction

La circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits méritait d'être enrichie des évolutions jurisprudentielles, tant administratives que judiciaires, et de prendre en compte les nombreux « retours d'expérience ». Le Conseil d'État avait rappelé dans son rapport annuel pour 2009 que le recours à la transaction par l'administration restait encore insuffisant.

La démarche de la revue des politiques publiques visant à optimiser l'efficacité de l'action administrative et à améliorer la qualité du service rendu aux usagers doit s'appliquer également à la prévention et au règlement des différends, notamment par voie transactionnelle.

Le choix avait été fait en 2008 de commencer par répondre à une demande spécifique, celle des acheteurs publics et des comptables, de les aider à résoudre certaines situations « difficiles », nées de l'annulation par le juge de contrats administratifs, ou de pallier certains errements administratifs dans la passation des marchés publics.

C'est pourquoi un premier chantier a abouti à la publication de la circulaire du 7 septembre 2009 précisant les bonnes pratiques de la transaction dans le cas particulier des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

Par la suite, au cours de l'année 2011, une circulaire du 6 avril 2011, élaborée après consultation interministérielle, a remplacé celle du 6 février 1995 : la recherche d'une solution amiable pouvant conduire à la conclusion d'une transaction doit être envisagée dans tous les cas où elle permet d'éviter un contentieux inutile et coûteux, tant pour l'administration que pour les personnes intéressées.

7. Les réactions au rapport Prada sur la compétitivité juridique de la place de Paris

Les ministères de la justice et de l'économie ont été chargés d'organiser, au printemps 2011, une consultation publique sur les propositions de Michel Prada figurant dans son rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris. Ont ainsi été analysés notamment les points suivants :

- l'impact de la jurisprudence européenne sur la communicabilité des documents rédigés par des juristes d'entreprises ;
- les propositions visant à favoriser le recours par les pouvoirs publics à l'arbitrage en matière de commerce international. La DAJ a contribué aux solutions mises en œuvre pour maintenir la Chambre de Commerce Internationale à Paris ;
- les conséquences des propositions de transfert d'une compétence exclusive au juge judiciaire du contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des décisions d'arbitrage.

Nous avons particulièrement étudié la proposition, figurant dans le rapport, de création d'un statut d'avocat en entreprise.

Aujourd'hui, les juristes des entreprises françaises ne se différencient pas des autres collaborateurs des entreprises. Leurs conseils ne sont pas protégés, si bien que les documents internes qu'ils produisent peuvent être saisis dans le cadre de procédures judiciaires et utilisés « à charge » dans les procédures contentieuses. Par ailleurs, un avocat qui souhaite intégrer l'entreprise est obligé d'abandonner son statut, contrairement à ses homologues étrangers, qui le conservent et bénéficient de ce fait de la confidentialité de leurs avis juridiques.

Partant du principe que ces règles constituent un frein au développement international des entreprises françaises, le rapport PRADA propose la création d'un statut d'avocat en entreprise.

L'avocat en entreprise bénéficierait d'un statut ad hoc, dont notamment les droits et obligations de l'avocat, dont le secret professionnel et la confidentialité des correspondances.

Des modifications législatives seraient nécessaires pour mettre en œuvre ce nouveau statut, qui soulève néanmoins des difficultés pratiques.

Il conviendrait de procéder à l'étude d'impact de la création d'un statut d'avocat en entreprise, bénéficiant d'un « privilège de confidentialité », notamment sur le droit à l'information dont disposent plusieurs catégories de personnes au sein de l'entreprise (institutions représentatives du personnel, actionnaires et administrateurs), sur les règles actuelles de déontologie des avocats et sur la législation relative à la protection du secret des affaires.

La création d'un statut d'avocat en entreprise rendrait indispensable la création d'un statut social similaire à celui de la profession réglementée d'avocat et d'assurer sa coordination avec le statut préexistant du juriste d'entreprise.

L'obstacle juridique probablement le plus sérieux serait celui lié à la décision « Akzo » de la CJUE du 14 septembre 2010. Selon cette décision, le privilège de confidentialité dont le rapport PRADA a envisagé la création ne pourra pas être invoqué pour s'opposer à la saisie, sur le fondement du droit communautaire de la concurrence, de documents rédigés par un juriste d'entreprise.

L'obstacle politique est, avant tout, l'opposition de la plupart des avocats à la mise en place d'un tel statut.

8. Le FIPOL

Chef de file de la délégation française aux Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), la DAJ a élaboré, en concertation avec le ministère de l'écologie, les textes permettant à la France de respecter ses engagements internationaux vis-à-vis du FIPOL, dont la publication aurait dû intervenir depuis de nombreuses années :

- instauration de sanctions en cas de manquement à l'obligation de contribuer au FIPOL pour les entreprises recevant chaque année plus de 150 000 tonnes d'hydrocarbures transportés par mer (articles L.631-4 et suivants du code de l'énergie) ;
- insertion, dans le code des transports, de dispositions régissant la procédure de limitation de responsabilité du propriétaire du navire, prévue par la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures⁶. Ces dispositions sont incluses dans le projet de loi portant diverses dispositions dans le domaine des transports et de la mer qui devrait être adopté en 2012⁷.

9. L'entrée en vigueur de la partie législative du code de l'énergie et la transposition du « 3ème paquet énergie »

La partie législative du code de l'énergie a été adoptée. L'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, entrée en vigueur le 1er juin 2011, codifie les textes relatifs à l'énergie tout en transposant en droit français les directives européennes du secteur de l'énergie.

La codification a été faite à droit constant.

Prenant en compte chaque type d'énergie de façon séparée, le code traduit la réalité de l'ouverture des marchés à la concurrence et l'importance des missions de service public incombant aux principaux acteurs du secteur, opérateurs, régulateur, État.

L'ordonnance transpose également les directives 2009/72/CE (électricité) et 2009/73/CE (gaz naturel) du 13 juillet 2009. Les dispositions essentielles visent notamment à accroître l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz de manière à favoriser l'intégration des marchés énergétiques au sein de l'UE. L'indépendance des filiales de transport vis-à-vis de leurs maisons-mères est accrue, la CRE, régulateur du secteur, contrôlant la réalité de cette indépendance. Une attention toute particulière a été portée à ce que les exercices parallèles de codification à droit constant et de transposition des directives ne suscitent pas d'incohérence ou d'imprécision.

⁶ Convention « CLC » :

- approbation autorisée par la loi n°94-478 du 10 juin 1994

- publication par le décret n° 96-718 du 7 août 1996

⁷ Examiné par le Conseil d'État en février 2012

10. Les contentieux gaziers, photovoltaïques et éoliens

Le gel des tarifs réglementés du gaz a été contesté en urgence devant le juge des référés du Conseil d'État par l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE). Le juge a, par ordonnance du 28 novembre 2011, suspendu partiellement l'arrêté du 29 septembre 2011 qui gèle les tarifs réglementés de vente de GDF Suez aux particuliers et a ordonné aux ministres de l'économie et de l'énergie de se prononcer de nouveau sur la fixation de ces tarifs. Une réflexion est en cours sur le dispositif législatif en vigueur, notamment sur la pertinence de la formule tarifaire actuelle, afin de parvenir à une meilleure couverture des coûts d'approvisionnement des fournisseurs historiques.

Le développement très important de la filière photovoltaïque a conduit en décembre 2010, le Premier ministre à suspendre par décret pour une durée de trois mois l'obligation de conclure un contrat d'achat de l'électricité produite par les installations photovoltaïques. Après avoir rejeté, par ordonnance du 28 janvier 2011, les requêtes tendant à la suspension du décret pour défaut d'urgence, le Conseil d'État a, par un arrêt du 16 novembre 2011, « Société Ciel et Terre et autres », rejeté les requêtes tendant à son annulation. Le Conseil d'État juge que le Premier ministre a légalement pu suspendre l'obligation d'achat et soumettre les installations concernées au dépôt d'une nouvelle demande de raccordement au réseau, perdant ainsi le bénéfice des conditions d'achat antérieurement applicables. Au titre de ces conditions, la question du tarif d'achat de l'électricité était déterminante et a fait l'objet de nombreux contentieux, les arrêtés tarifaires ayant été contestés devant le juge administratif. Intrinsèquement lié à la date de formation des contrats, le tarif d'achat applicable est selon le Conseil d'État et tel que l'a précisé la loi dite « Grenelle II », celui en vigueur à la date de la signature du contrat d'achat et non celui applicable lors du dépôt de la demande complète de raccordement. Parallèlement à ces recours, un nouveau cadre réglementaire est entré en vigueur depuis mars 2011. Celui-ci prévoit l'ajustement automatique du tarif d'achat en fonction du nombre de projets déposés le trimestre précédent. Les réflexions juridiques ont notamment porté sur les problèmes de rétroactivité suscités par l'empilement de nombreux textes sur une courte période ;

La création de zones de développement de l'éolien sur le territoire national a, par ailleurs, donné lieu à de nouveaux contentieux.

11. L'insertion de clauses d'action collective dans les contrats d'émission de dette souveraine

Afin de permettre les restructurations de dette souveraine en facilitant les accords entre les emprunteurs souverains et leurs créanciers du secteur privé, l'Eurogroupe a décidé le 28 novembre 2010 d'introduire des Clauses d'action collective (CAC) standardisées dans les nouveaux contrats d'émission de dettes souveraines des États membres de la zone euro, à partir de juin 2013. Cette décision a été reprise dans les conclusions du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, qui a confié les travaux sur le contenu des CAC et leur intégration au sous-comité du conseil économique et financier (CEF) chargé des dettes souveraines européennes et présidé par le directeur général de l'Agence France Trésor. Ces travaux devaient être finalisés fin 2011.

Le point d'entrée juridique dans les travaux du sous-comité du CEF a consisté à déterminer le contenu des CAC au regard des contraintes juridiques de chaque État et les modalités d'intégration des CAC dans l'ordre juridique interne.

Les principales dispositions portent notamment sur la représentation des créanciers avec des règles différenciées de majorité et de quorum en fonction des sujets traités et sur des règles permettant d'éviter toute manipulation de vote de l'émetteur.

Les lignes directrices des CAC ont été adoptées par le sous comité en novembre 2011. Après accord du comité économique et financier, les États membres de la zone euro devraient désormais les intégrer dans leur droit national.

DEUXIÈME PARTIE

LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UN ENGAGEMENT DE QUALITÉ

I. Les ressources humaines

II. L'activité en chiffres

III. L'engagement qualité

IV. Les relations extérieures

I. LES RESSOURCES HUMAINES

1. L'organigramme

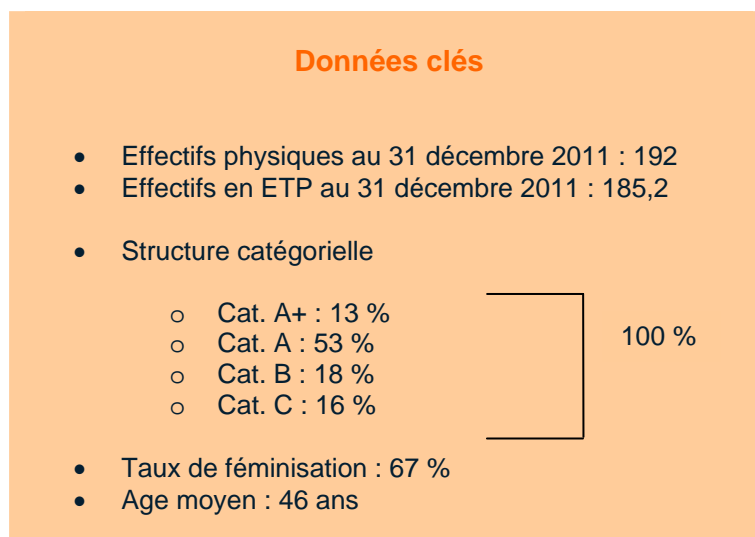
2. Les effectifs

3. La formation professionnelle

2. Les effectifs

La direction des affaires juridiques comptait 192 agents au 31 décembre 2011, correspondant à 185,2 ETP (équivalent temps plein).

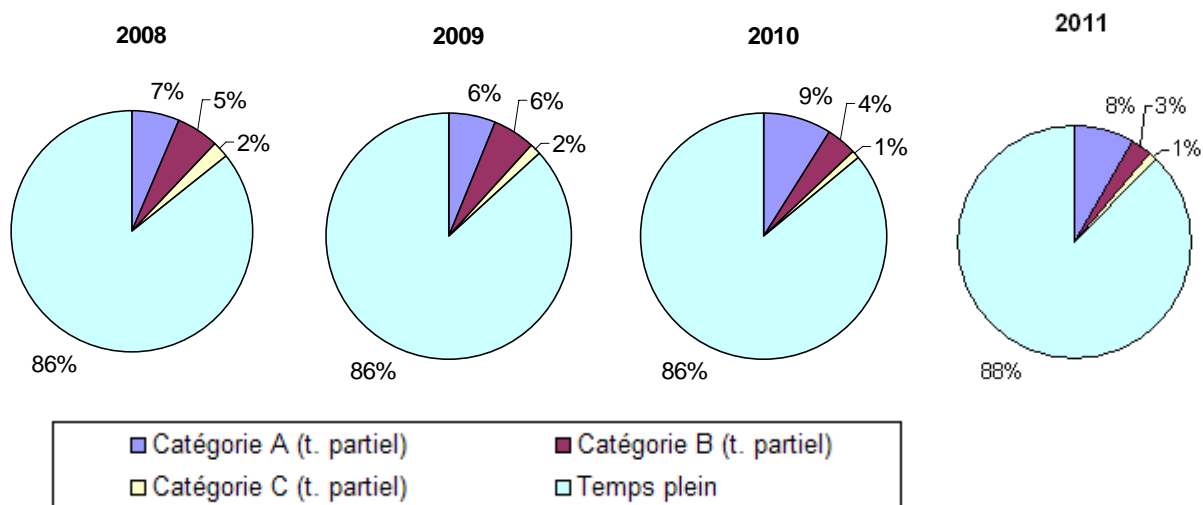
Depuis quatre ans, les effectifs se sont réduits : 213 agents en 2008 (204,6 ETP), 210 agents en 2009 (201,8 ETP), 206 en 2010 (195,8 ETP).



➤ Les effectifs et le temps de travail

En 2011, 24 agents (23 femmes, 1 homme) sont à temps partiel. 16 agents à temps partiel appartiennent à la catégorie A. Les agents à temps partiel représentent 12 % des effectifs globaux.

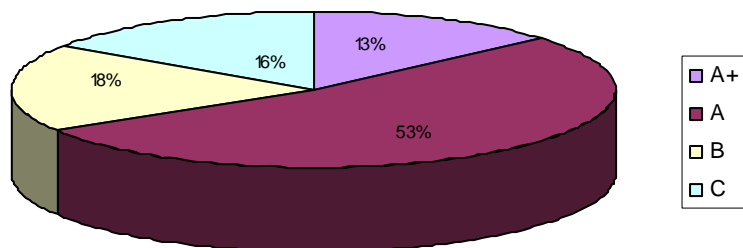
Répartition par catégorie des agents à temps partiel (en % des effectifs globaux)



➤ Les effectifs par catégorie

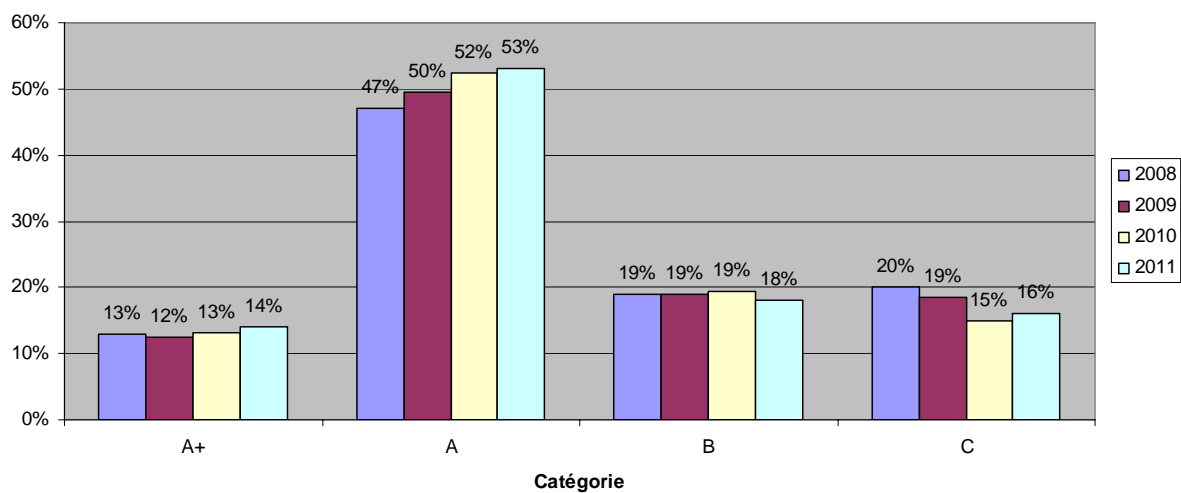
La plus forte proportion des effectifs se concentre sur la catégorie A, soit 53 %. Les catégories A et A+ totalisent ensemble 67 % des effectifs.

Répartition des effectifs par catégorie



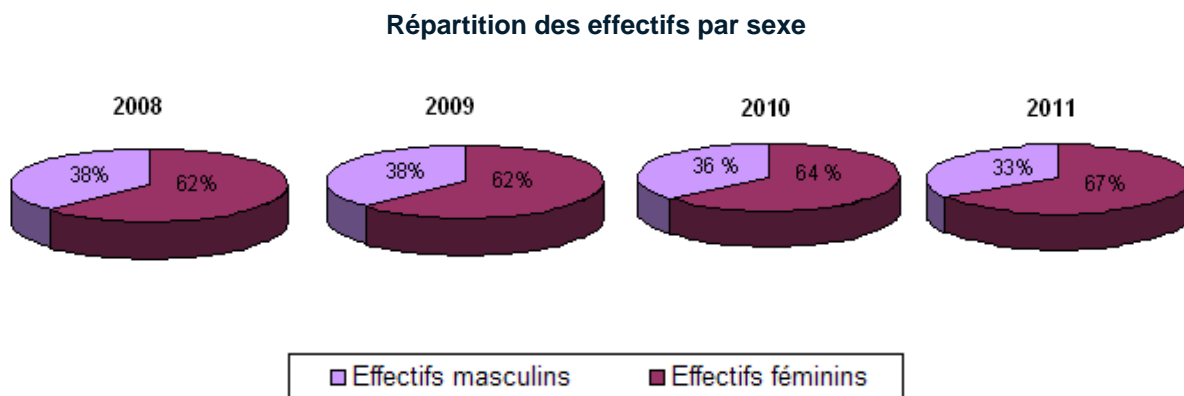
Cette répartition est stable sur les 4 dernières années pour les catégories A+, B et C, en augmentation constante pour les catégories A.

Evolution de la structure catégorielle sur 3 ans

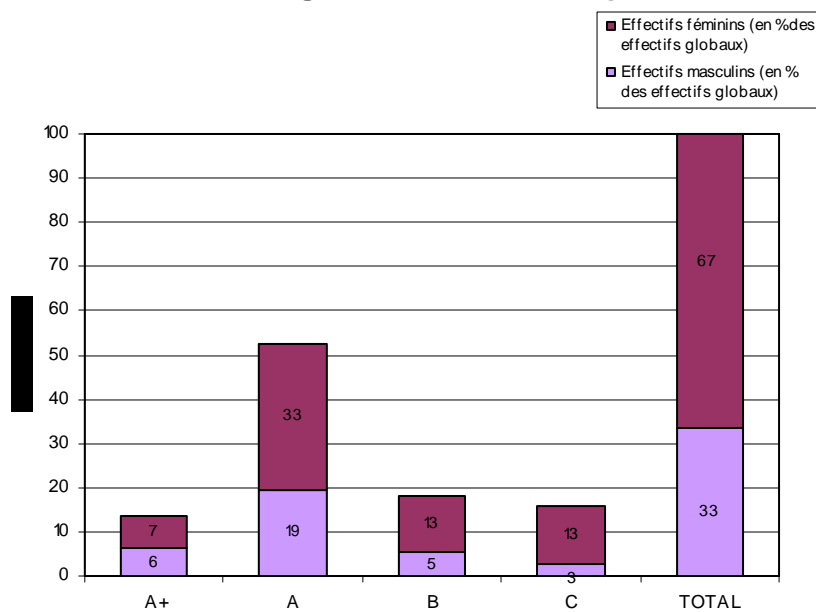


➤ **Les effectifs par catégorie et par sexe**

Au 31 décembre 2011, 128 agents de la direction sont des femmes, soit 67 % des effectifs globaux.



Structure catégorielle des effectifs, par sexe

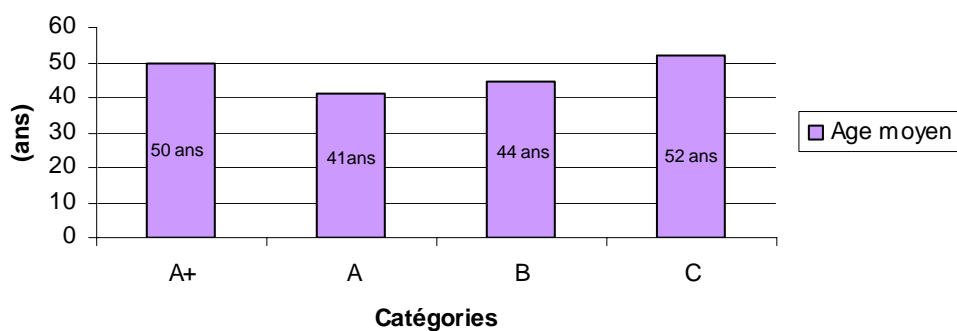


Les femmes sont plus nombreuses que les hommes dans toutes les catégories.

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

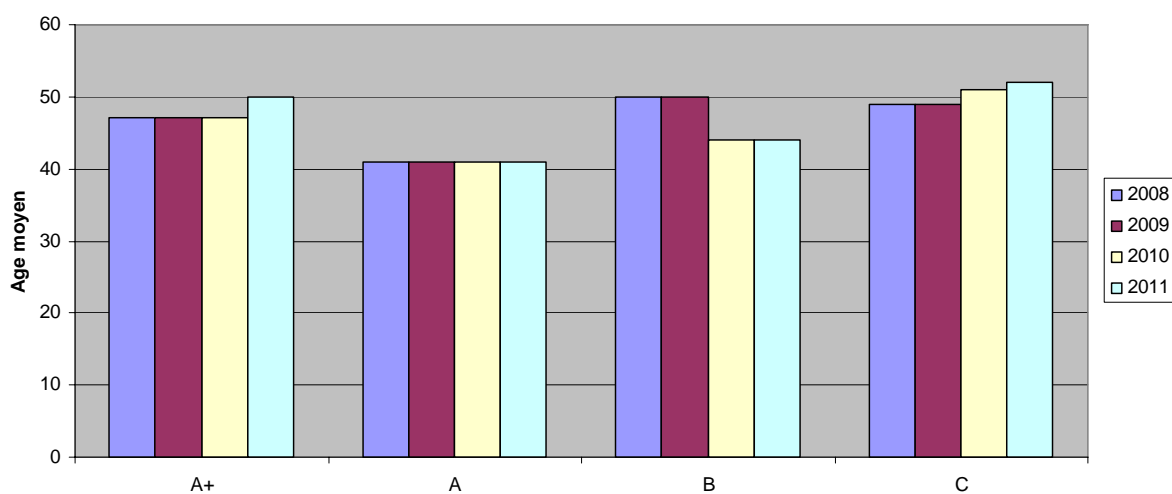
L'âge moyen des agents de la direction s'établit à 46 ans. Les agents de catégorie A sont les plus jeunes, avec une moyenne d'âge de 41 ans. Les trois autres catégories ont un âge moyen situé entre 44 et 52 ans.

Age moyen des effectifs, par catégorie



Cette répartition est stable sur les 4 dernières années. En 2011, l'âge moyen n'évolue pas en catégorie A et B. Il a légèrement augmenté en catégorie A+ et en C.

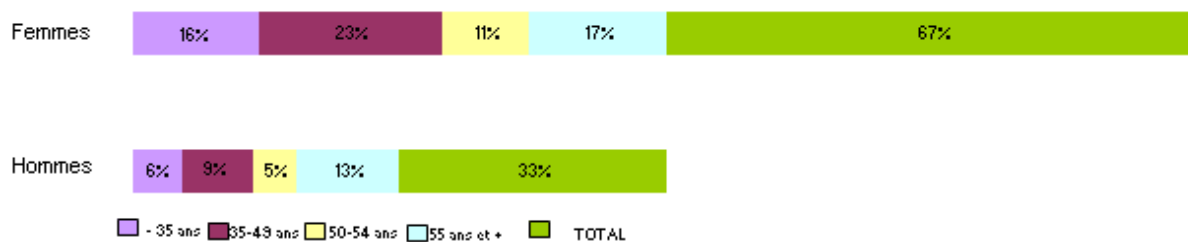
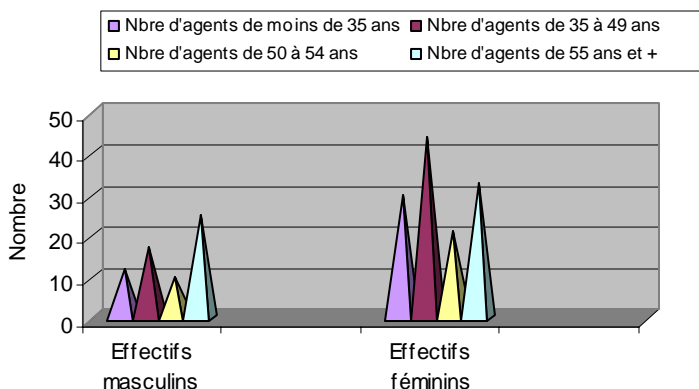
Evolution de l'âge moyen sur 4 ans



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

L'analyse des âges fait apparaître que l'écart le plus important entre hommes et femmes en nombre d'agents se situe dans la tranche de 35 à 49 ans (17 agents masculins contre 44 agents féminins).

Nombre d'agents, par âge et par sexe

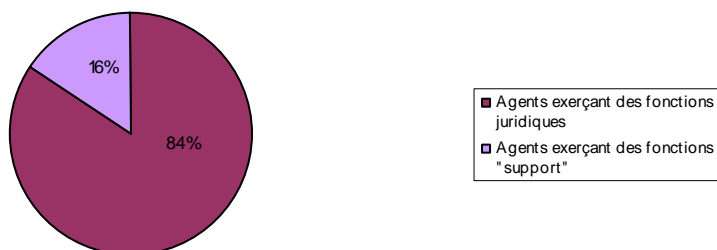


La comparaison des données sur les 4 dernières années montre que l'écart entre hommes et femmes est toujours le plus important sur la tranche d'âge 35-49 ans et que cet écart se creuse. En 2008, cette tranche d'âge comptait 21 agents masculins contre 47 agents féminins ; en 2009, cette tranche d'âge comptait 22 agents masculins contre 49 agents féminins ; en 2010, elle regroupait 20 hommes pour 52 femmes.

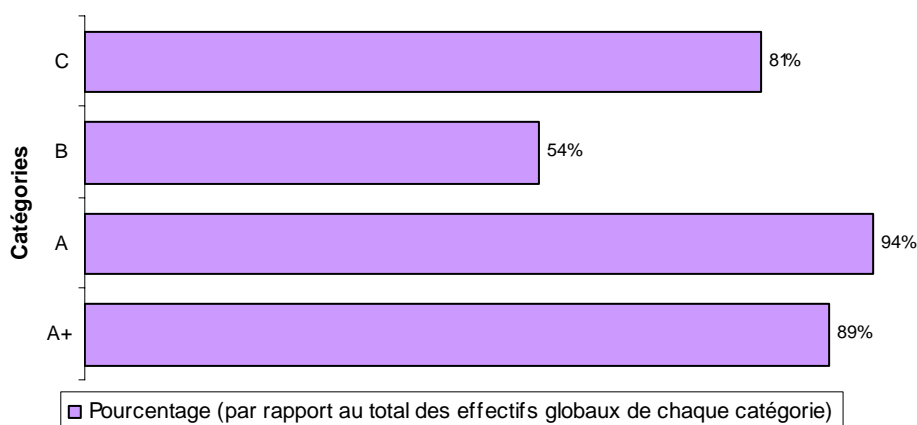
➤ **Les effectifs par métier**

En 2011, 84 % des effectifs de la direction sont affectés aux métiers juridiques (consultations et contentieux). La proportion des agents exerçant des fonctions support représente 16 % des effectifs. Cette répartition est stable sur les 4 dernières années.

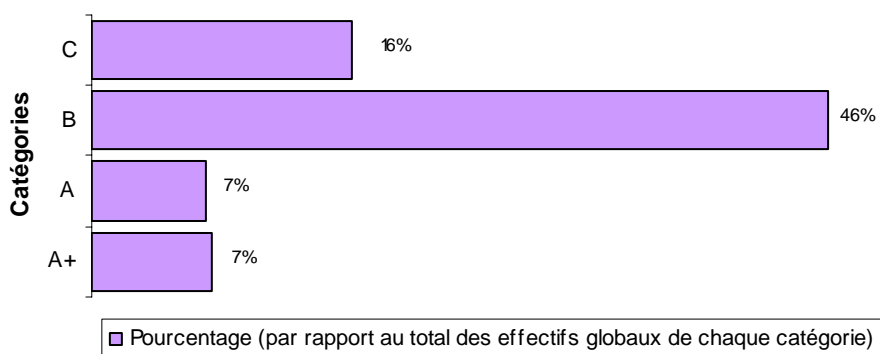
Répartition des agents, entre fonctions juridiques et fonctions support



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

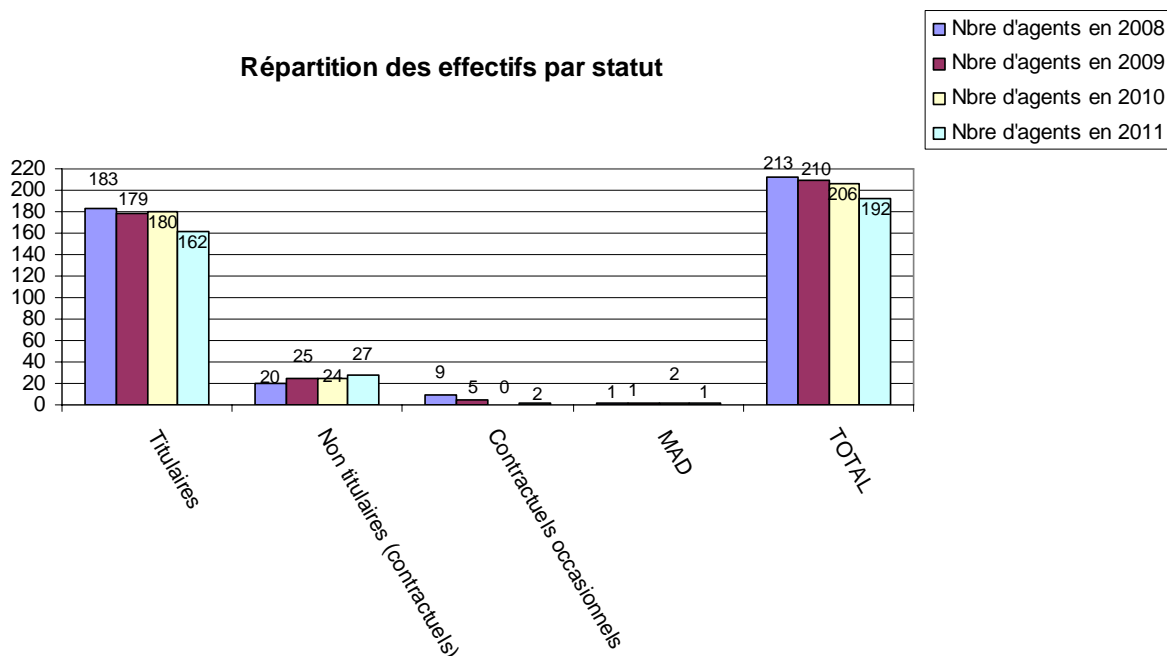


Pourcentage d'agents exerçant des fonctions support (par catégorie)



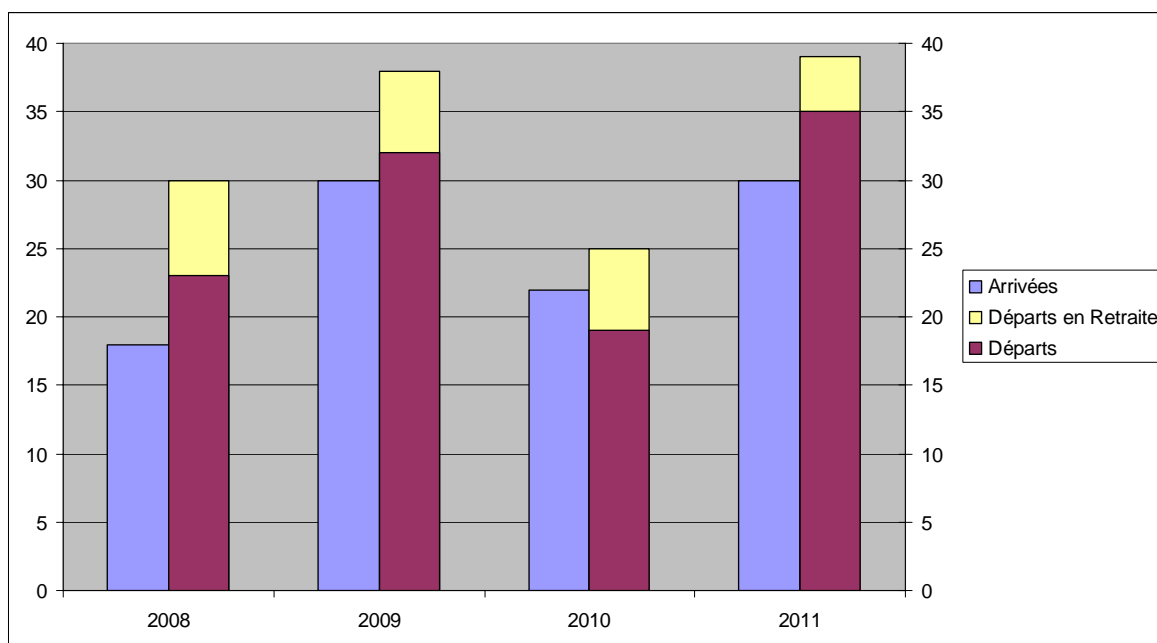
➤ **Les effectifs par statut**

En 2011, 162 personnes (84 % de l'effectif) sont des agents titulaires. 29 agents (15 % de l'effectif) sont contractuels, le solde étant constitué d'un agent mis à disposition.



➤ **Les arrivées et les départs**

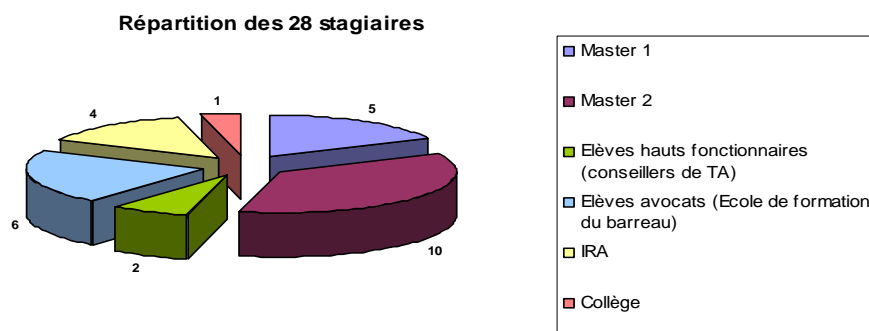
Hors recrutements temporaires, les entrées et les sorties sont en croissance depuis 4 ans et représentent plus d'un quart de l'effectif global. L'ancienneté moyenne des agents de la direction, présents au 31 décembre 2011, est de 9 ans et 5 mois. Le portrait type d'un agent de la direction est une femme de catégorie A, âgée de 40 ans et ayant 5 ans et 5 mois d'ancienneté.



➤ L'accueil des stagiaires

28 stagiaires ont été accueillis en 2011 à la direction des affaires juridiques, dont 4 élèves en cours de scolarité dans les instituts régionaux d'administration. Le nombre de stagiaires est inférieur à celui des deux années précédentes (38 stagiaires en 2009 et 2010). En revanche, la durée moyenne des stages est en augmentation.

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



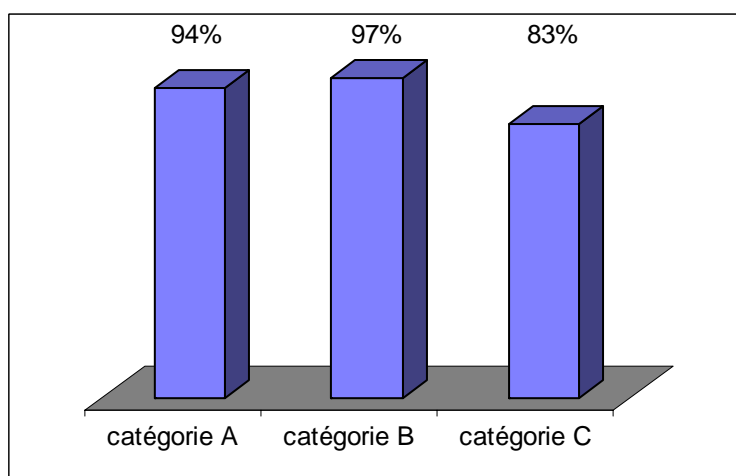
3. La formation professionnelle

3.1. Données générales

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

Au titre de 2011, les agents de la DAJ ont suivi 984 jours de formation, soit une moyenne de 5 jours par agent, contre 763 jours en 2008 (3,5 jours par agent), 381 jours en 2009 (2 jours par agent), 618 jours en 2010 (3 jours par agent).

Pourcentage d'agents ayant suivi une formation en 2011, par catégorie



Le nombre de jours consacrés aux formations mises en place de façon spécifique pour les agents de la direction s'élève à 341 jours, soit plus d'un tiers du nombre total de jours de formations suivis.

3.2. Formation à la légistique

En 2011, des formations à la légistique, identiques à celles initiées depuis 2008, dispensées par des membres du Conseil d'État, ont été organisées avec la collaboration de l'IGPDE.

81 agents ont participé au nouveau cycle, composé d'un niveau initiation d'une journée et demi et d'un niveau perfectionnement d'une journée.

3.3. Formation sur les questions prioritaires de constitutionnalité

La procédure des questions prioritaires de constitutionnalité, entrée en vigueur le 1er mars 2010, a amené la DAJ à renforcer ses compétences en droit constitutionnel.

Une action de formation, interne à la DAJ, animée par un maître des requêtes au Conseil d'État, sur le thème des questions prioritaires de constitutionnalité, a été organisée en collaboration avec l'Institut de la gestion publique et du développement économique. Cette formation, dont deux autres sessions sont programmées en 2012, est destinée aux agents qui ont la charge de défendre la loi dans le cadre des QPC, afin de les rendre opérationnels et efficaces dans la mise au point, sur la forme comme sur le fond, de la stratégie de défense de la loi.

En septembre 2011, le Conseil constitutionnel a proposé à la DAJ, qui a associé à l'opération l'ensemble des directions de Bercy, d'assister à une audience QPC. Après une présentation des dossiers du jour par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel et le chef du service juridique, l'audience a été retransmise en vidéo et suivie d'une séance de questions-réponses.

3.4. Formation sur l'évaluation préalable, les notices et le mécanisme des dates communes d'entrée en vigueur des textes

Rémi Bouchez, commissaire à la simplification, et Philippe Fabre, chef du département de la qualité du droit et adjoint au chef du service de la législation et de la qualité du droit au SGG, ont animé une matinée de formation, proposée par la DAJ à l'ensemble des directions de Bercy, sur le contenu des circulaires des 17 février, 23 mai et 7 juillet 2011, portant respectivement sur l'évaluation préalable des textes ayant un impact sur les entreprises et les collectivités territoriales, le mécanisme des dates communes d'entrée en vigueur des textes réglementaires, et les notices devant désormais obligatoirement accompagner chaque texte. Le succès rencontré par cette formation, conduira la DAJ à organiser une autre session, prévue en janvier 2012. Au total, près de 100 personnes auront participé à ces sessions.

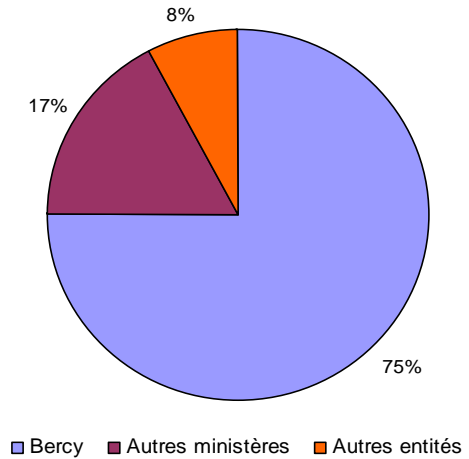
II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES

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

1. Les clients de la DAJ

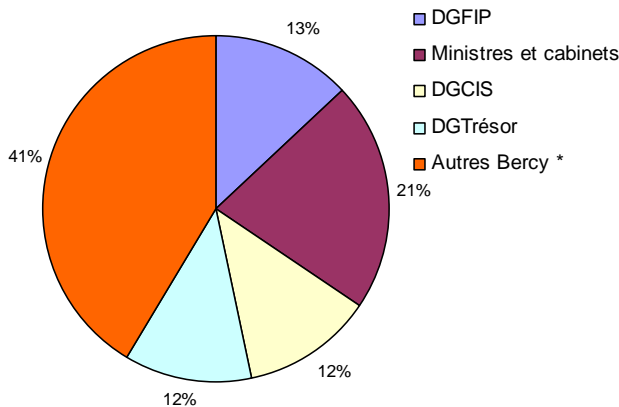
1.1. L'origine des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients

Trois consultations écrites sur quatre sont destinées aux administrations centrales des ministères financiers.



Les « clients » de Bercy

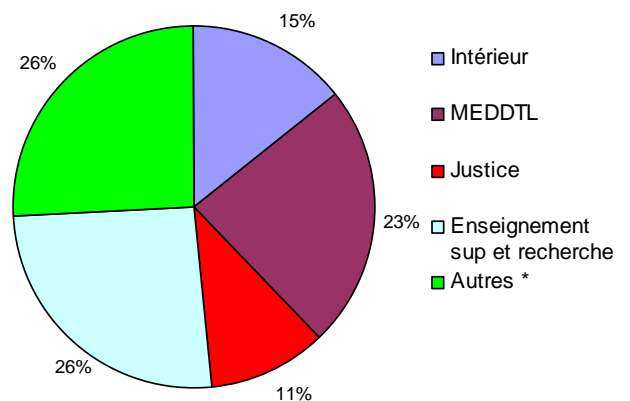
A Bercy, 4 destinataires se répartissent près des deux-tiers (58%) des consultations : ministres et cabinets, DGFIP, DGCIS et DGTrésor.



* dont direction du Budget (10%), DGDDI (5%), DGCCRF (4%) et DGEC (4%).

Les « clients » des autres ministères

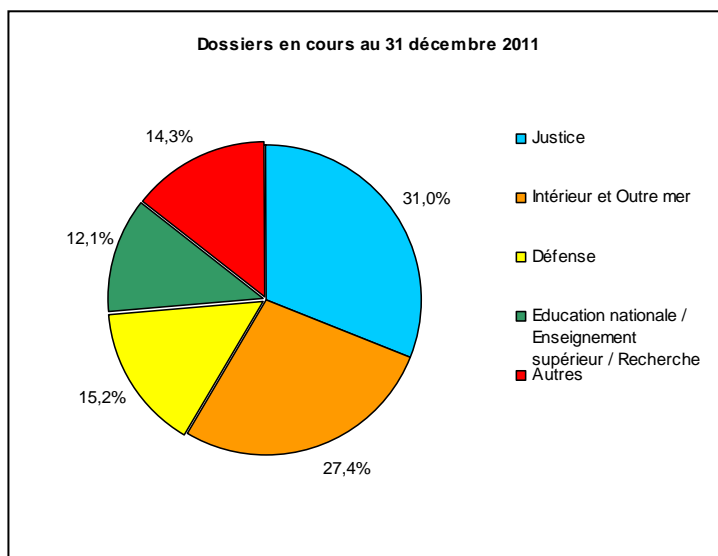
A l'extérieur de Bercy, les trois-quarts des consultations sont concentrés sur 4 ministères : l'Enseignement supérieur et la Recherche, l'Écologie, l'Intérieur et la Justice.



* dont Culture (6%), services du Premier ministre (5%), Travail (4%), Défense (4%).

1.2. Les clients de l'Agent Judiciaire du Trésor en 2011

4 ministères représentent 86% des dossiers : la Justice, l'Intérieur, la Défense et l'Éducation nationale / Enseignement supérieur et Recherche.



* dont ministères financiers (7%), MEEDDM (2%), services du premier ministre (1,4%).

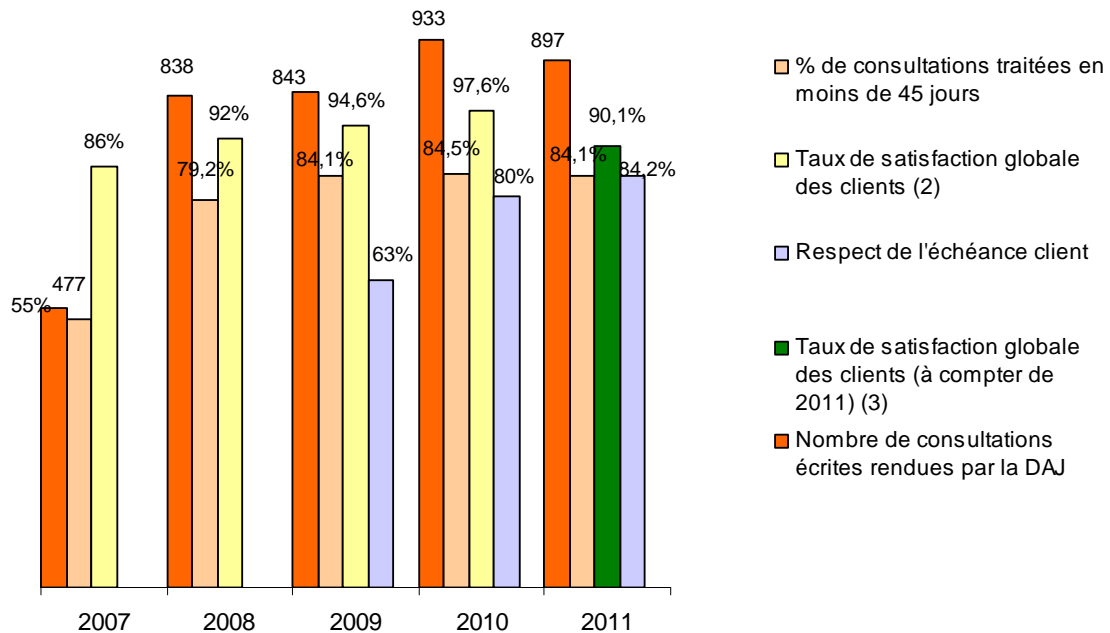
2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques

La DAJ a rédigé, en 2011, 897 consultations juridiques formalisées, dans tous les domaines du droit, transmises par les administrations centrales de l'État et ses établissements, relevant tant des ministères financiers que des autres ministères.

En outre, près de 500 consultations supplémentaires, autres que celles relatives au conseil aux acheteurs publics (voir point 3, infra) ont été réalisées, essentiellement par courriel.

Plus de 84% des consultations hors courriel ont été traitées en moins de 45 jours, et 84% ont respecté l'échéance négociée avec le commanditaire, le taux de satisfaction globale atteignant 90% (en raison d'une modification du mode de calcul, ce dernier résultat ne peut être comparé à ceux des années précédentes).

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



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

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

(3) En 2011, le mode de calcul de l'indicateur a été modifié.

3. Le conseil aux acheteurs publics

Près de 2 200 prestations de conseil juridique aux acheteurs publics ont été effectuées par courriel.

Le délai moyen de réponse, de 9 jours calendaires en 2008, est passé à 5 jours calendaires en 2011, avec 94% des réponses envoyées en 8 jours maximum.

250 consultations juridiques sur la commande publique ont été reçues et fait l'objet de réponses par notes.

4. La défense de l'État devant les juridictions

4.1. Le contentieux judiciaire

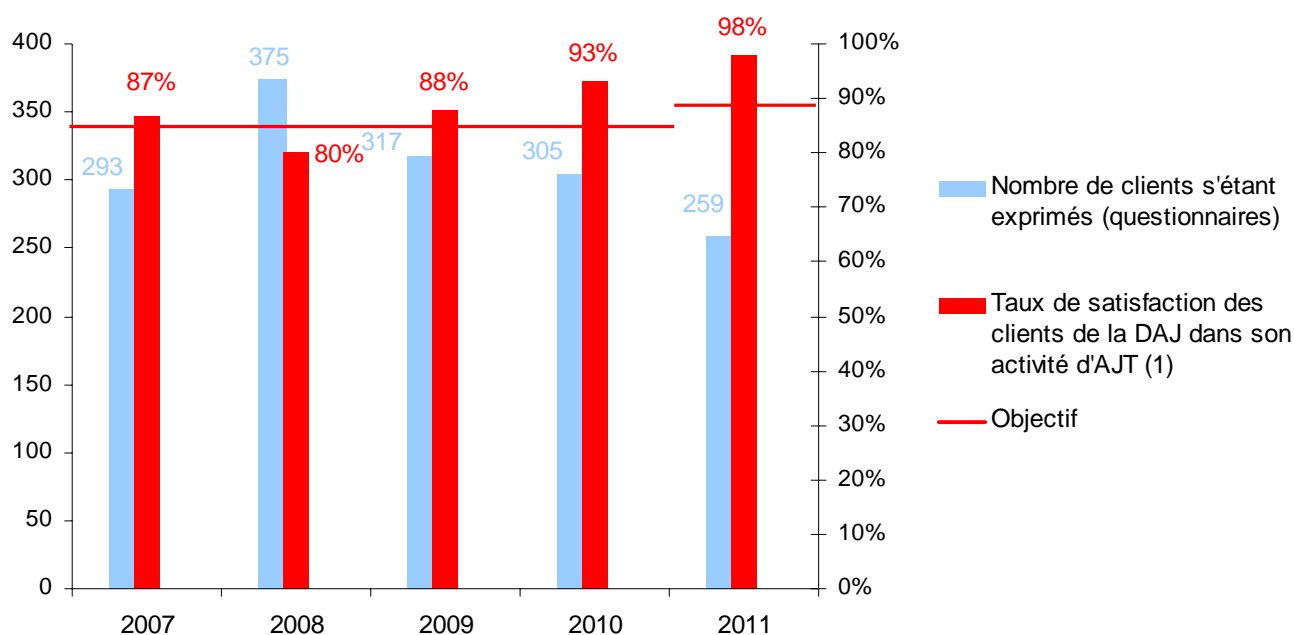
La directrice des affaires juridiques est agent judiciaire du Trésor (AJT) : elle dispose à ce titre, en application de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, d'un mandat exclusif de représentation de toutes les administrations devant les juridictions de l'ordre judiciaire, dès lors qu'une créance ou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

Au cours de l'année 2011, 4 500 nouveaux dossiers ont été ouverts, incluant les dossiers amiables. Au 31 décembre 2011, 8 400 dossiers étaient en cours.

Dans les contentieux en demande, la DAJ dans ses fonctions d'AJT a obtenu, en 2010 (dernier bilan connu), 19 M€ au titre des décisions définitives. Dans les contentieux en défense, pour un montant réclamé dépassant plusieurs centaines de millions d'euros, les condamnations de l'État ont été limitées à 17 M€.

En 2011, 98% des services bénéficiaires des prestations de l'AJT se sont déclarés satisfaits (93% en 2010). L'objectif de 88% fixé sur cet indicateur de BOP est donc largement satisfait.

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



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

4.2. Le contentieux administratif

La DAJ a également assuré, directement ou en soutien des directions concernées, la défense des deux ministères financiers devant les juridictions administratives françaises et les juridictions européennes en ce qui concerne les affaires relevant du droit économique et financier, du droit des postes et communications électroniques et du droit des marchés publics, ainsi que pour celles qui relèvent de la compétence partagée avec le ministère de l'écologie.

Pour ces dernières, une convention signée entre les directeurs des affaires juridiques des deux ministères détermine les modalités de cette collaboration.

Au 31 décembre 2011, le contentieux administratif représentait un stock de 570 instances en attente de jugement, dont 510 avaient fait l'objet d'une réponse devant la juridiction. En 2011, 440 nouvelles instances ont été prises en charges et 424 mémoires ont été rédigés.

5. Le bilan financier

5.1. Les dépenses de justice

Le budget initial mis à disposition était de 19,9 M€ en 2011 (20,8 M€ en 2010).

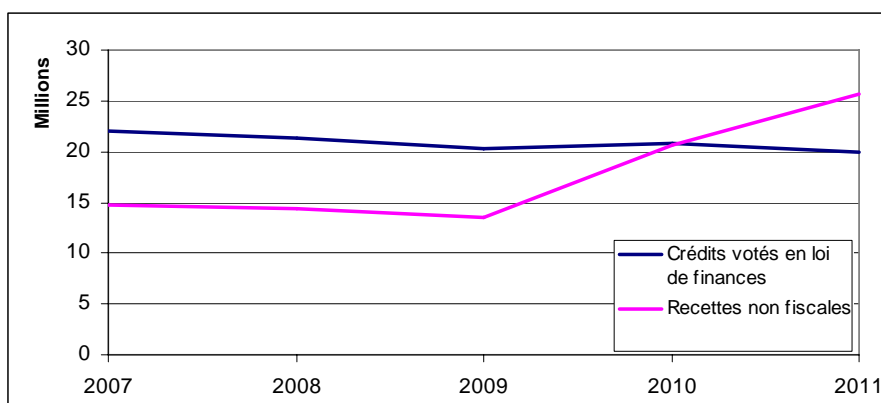
La consommation de ces crédits s'est élevée à 22,5 M€ (contre 18,2 M€ en 2010). La masse salariale en constituait 67 %, et 33 % ont été consacrés à sa mission juridique. Celle-ci conduit à des dépenses d'honoraires et frais de justice, ainsi qu'à des réparations civiles et administratives au titre des contentieux dont elle assure le suivi. La cause essentielle de l'accroissement des dépenses en 2011, tient à la forte progression des condamnations de l'État dans le contentieux de masse relatif au blocage de carrière des personnels reclassés de La Poste et France Télécom, qui a nécessité un abondement de crédits à cette fin.

5.2. Les recettes non fiscales

L'activité de la DAJ est à l'origine de recettes non fiscales au bénéfice du budget de l'État, provenant de titres de perception exécutoire ou sur décision de justice.

En 2011, le montant total des demandes de versement figurant sur les titres émis par la DAJ s'est élevé à 25,6 M€ (contre 20,5 M€ en 2010).

Évolution 2007-2011 du budget de la DAJ et des recettes non fiscales gérés par la direction



III. L'ENGAGEMENT QUALITÉ

Les travaux engagés depuis l'été 2010 pour définir et mettre en œuvre une politique qualité visant la certification ISO 9001 des activités de l'Agent judiciaire du Trésor (AJT) se sont poursuivis. Par ailleurs, la direction s'est dotée d'une charte des valeurs, qui guide son action au quotidien.

Tous les volets de la politique qualité sont construits. Une cartographie des processus a été élaborée, les procédures « métier » et les procédures requises par la norme, concernant l'organisation du système documentaire et l'amélioration continue, sont rédigées.

La démarche qualité a été à l'ordre du jour d'un séminaire de direction et d'un séminaire des cadres, et tous les personnels concernés ont suivi une formation.

La certification des fonctions de l'Agent judiciaire du Trésor constituera, en 2012 comme en 2011, une de nos priorités. D'ici à l'échéance de l'audit de certification, qui se déroulera en mai 2012, les outils seront déployés pour être mis en œuvre par tous.

Au cours de l'année 2011, nos agents ont par ailleurs réfléchi, en groupes de travail, à la définition des valeurs qui les rassemblent et qu'ils estiment devoir traduire dans leur travail quotidien.

A l'issue de cette réflexion, une charte des valeurs a été adoptée lors d'un séminaire, réunissant les 200 agents de la direction.

Cette charte, au dos du présent rapport, a pour objet d'identifier les valeurs particulières qui guident notre action au service de l'État, pour rendre un service de qualité et établir des relations de confiance avec tous ceux qui requièrent notre aide.

Elle ne se substitue pas aux obligations de service public auxquelles tout agent public doit souscrire, mais en est le complément professionnel.

IV. LES RELATIONS EXTÉRIEURES

- 1. Les relations avec les services acheteurs du ministère**
- 2. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients**
- 3. Les fonds de dotation**
- 4. L'extranet AJT**
- 5. Missions ou réception de délégations étrangères**

1. Les relations avec les services acheteurs du ministère

Entre février et juin, des réunions de travail avec chacune des directions qui passent des marchés (secrétariat général, Douanes, INSEE, DGME, DGCIS, SIRCOM, DGFIP) ont été organisées.

Ces réunions ont été l'occasion d'échanger sur les difficultés opérationnelles ou juridiques rencontrées par ces directions dans la passation de leurs marchés et de présenter les possibilités de soutien susceptibles de leur être apportées sur demande, y compris en « SOS ».

Les directions ont exprimé une demande forte d'être alertées sur les mises à jour du site ministériel, très apprécié. Dorénavant, les correspondants, désignés à l'occasion de ces visites, sont systématiquement avertis par courriel de toutes les installations ou mises à jour effectuées sur le site.

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

Entre 2008 et 2010, la direction des affaires juridiques a signé huit conventions de service avec d'autres directions ou structures ministérielles. Sept d'entre-elles venaient à échéance en 2011 et ont été renouvelées au cours de cette année. La huitième était en cours de renouvellement, en fin d'année.

2.1. Les renouvellements de conventions

➤ Cinq conventions ont fait l'objet d'un premier renouvellement au cours de l'année.

- Celle conclue avec la **Direction générale de l'administration et de la fonction publique** (DGAFP), signée en juillet 2010, a été renouvelée le 14 novembre 2011.

Depuis le décret n°2011-826 du 8 juillet 2011 relatif aux attributions du ministre de la fonction publique, la DGAFP est rattachée à ce dernier. Ce décret prévoit, cependant, qu'il peut « faire appel » à la direction des affaires juridiques des ministères économique et financier.

L'avenant à la convention initiale, qui proroge, avec effet au 16 juillet 2011, la convention initiale pour une nouvelle année, confirme la volonté des deux ministères de maintenir une relation partenariale performante, afin de développer au profit de la DGAFP une expertise juridique de qualité.

Au cours de cette dernière année, onze consultations ont été réalisées pour cette direction.

- Avec la **Direction générale à l'emploi et à la formation professionnelle** (DGEFP), la convention signée en juin 2010 a fait l'objet d'un avenant, du 24 novembre 2011.

Depuis le 25 novembre 2010, la DGEFP ne se trouve plus dans le périmètre de Bercy, mais elle est placée sous l'autorité du ministre chargé du travail. Par ailleurs, une délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales (DAJMAS) a été créée en mai 2011.

Compte tenu du changement des périmètres ministériels et de la création de la DAJMAS, la nouvelle convention prolonge la relation partenariale développée ces dernières années, qui se recentre plus particulièrement sur le domaine de la commande publique et du droit des aides d'État.

Six consultations ont été réalisées pour cette direction en 2011.

- La convention, signée en octobre 2009 avec la **Direction générale des finances publiques relative au fonctionnement de la cellule d'information juridique des acheteurs publics** (DGFIP/CIJAP), a été renouvelée pour deux ans en 2011. Son objectif est de renforcer le conseil aux acheteurs publics dispensé par la cellule et par le bureau du conseil aux acheteurs.

La CIJAP (Cellule d'information juridique des acheteurs publics), service de la DGFIP situé à Lyon, est destinée aux acheteurs publics des collectivités territoriales, des établissements publics locaux, ainsi que des services déconcentrés de l'État. Elle apporte un soutien, par téléphone, à plus de 30 000 acheteurs publics par an.

- Avec la **Direction de la sécurité sociale (DSS)**, la convention de juin 2010 a été reconduite en juillet 2011.

Les relations entre les deux directions sont renforcées en matière de coordination juridique, la DAJ intégrant désormais la DSS dans le périmètre des directions pour lesquelles elle assure un suivi mensuel, avec le SGG, de la programmation et de l'application des lois.

Six consultations ont été réalisées en 2011 pour cette direction.

- La convention signée avec le **Service des achats de l'État (SAE)** en décembre 2009 a été renouvelée le 26 mars 2011. Pour ce service, cinq consultations ont été réalisées au cours de cette année et des échanges réguliers ont eu lieu avec ce service, par exemple des réunions de travail thématiques.
- La convention, signée avec **l'Agence des participations de l'État (APE)** en juillet 2010, est en cours de renouvellement. Dix-sept consultations écrites lui ont été adressées en 2011.
- Pour poursuivre la politique de formation en partenariat avec **l'Institut de la gestion publique et du développement économique (IGPDE)**, la convention de diffusion des savoirs, signée avec l'Institut le 1^{er} octobre 2008, a été renouvelée pour une durée de trois ans.

Les engagements pris par l'IGPDE et la DAJ ont contribué à enrichir l'offre de formation, qu'il s'agisse de celles assurées par certains agents de la DAJ en tant que formateurs, ou du montage de formations spécifiques à leur bénéfice, dont la qualité est très appréciée.

- Avec les deux services de Bercy qui avaient conclu les premières conventions de service avec la DAJ, un second renouvellement est intervenu en 2011.
- Avec le **service du Contrôle général économique et financier (CGEFI)**, la convention initiale datait de juillet 2009 et avait été reconduite en 2010. Elle l'a été à nouveau en 2011.

Le bilan de la 2^{ème} année fait état, avec 32 consultations juridiques traitées par la DAJ pour le CGEFI, d'un accroissement de 70% de l'activité. La DAJ a nettement progressé dans le respect du délai de réponse souhaité par le client. De son côté, le CGEFI a toujours exprimé sa satisfaction sur ces prestations.

- Avec **l'Inspection générale des finances (IGF)**, avec laquelle la DAJ a conclu un accord dès décembre 2008, un nouveau renouvellement est intervenu en mai 2011. L'inspection a bénéficié de treize consultations en 2011.

2.2. Les nouvelles conventions, signées en 2011

- Avec **l'Agence France Trésor (AFT)**, une convention a été signée le 6 mai 2011, pour 2 ans. Il est prévu que la DAJ fournisse à l'AFT, dans des conditions de célérité et de confidentialité adaptées à ses missions, toute l'expertise et l'assistance juridiques dont celle-ci a besoin.

Il est également prévu que les juristes intervenant dans les domaines intéressant l'AFT puissent, de leur côté, être accueillis au sein de l'agence pour quelques jours de stage, aux côtés des spécialistes opérant sur les marchés financiers, afin de nouer des contacts favorisant la compréhension entre les deux services, lors des travaux menés en commun.

- Avec la **Délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales** (DAJMAS) nouvellement créée, une convention a été signée le 7 novembre 2011, pour 18 mois.

La délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales (DAJMAS) a été créée en mai 2011. Elle a vocation à exercer une fonction d'animation, de conseil, d'expertise et d'assistance en matière juridique auprès des administrations centrales et des services territoriaux relevant des ministères chargés des affaires sociales, notamment par un appui au contentieux et à la rédaction de certains textes.

La convention du 7 novembre 2011 définit les modalités de collaboration entre les deux services pour effectuer des expertises juridiques sur les matières relevant de leur périmètre commun de compétences, notamment droit des politiques de l'emploi, droit du travail et droit des finances sociales, droit européen, communautaire et international relatif à ces matières, le droit pénal et des marchés publics y afférent.

*

* * *

Outre de très nombreuses consultations par courriels, la direction des affaires juridiques a ainsi réalisé en 2011, pour l'ensemble des partenaires avec lesquels elle a signé une convention de service (hors DGFIP/CIJAP), plus de quatre-vingts consultations écrites formalisées.

45% des questionnaires d'évaluation joints à ces consultations lui ont été retournés, faisant tous état d'une appréciation « très satisfaisante ou satisfaisante ».

3. Les fonds de dotation

Les fonds de dotation connaissent un développement toujours aussi soutenu en 2011 : plus de 800 fonds créés, avec une moyenne de 20 à 30 créations mensuelles.

En 2011, nous avons poursuivi notre action pour le développement des fonds de dotation :

- par la responsabilité du comité stratégique des fonds de dotation mis en place par Christine Lagarde. Le comité a pour mission de suivre l'évolution des fonds de dotation. Il a rédigé 11 recommandations en matière de gouvernance, de gestion financière et de relations entre les donateurs et le fonds de dotation, validées par le ministre, diffusées aux préfetures et accessibles au public sur le site internet du ministère de l'économie (<http://www.economie.gouv.fr/daj/fonds-dotation>). Nous assurons le secrétariat du comité ; la directrice, qui en est membre en tant que représentant du ministre, anime le comité.
- par les conseils donnés aux porteurs de projet qui viennent la consulter en grand nombre, tels que le Louvre, l'Association pour le Droit à l'Initiative Économique, le Musée Picasso ou la Chartreuse de Villeneuve-Lès-Avignon.

En 2011, nous avons été consultés sur de nombreux projets emblématiques et innovants :

- le fonds de dotation du centre culturel du vin créé par la ville de Bordeaux ;
- le fonds de dotation de l'Institut européen du service civique : nous avons aidé l'Agence du service civique de Martin Hirsch et son équipe à bâtir, en un temps relativement réduit, les statuts de ce fonds ;
- le fonds de dotation « entreprises et solidarités », qui est le premier fonds de dotation destiné à soutenir, par du capital-investissement, le développement solidaire des PME.

- par un travail assuré en commun avec le ministère de l'intérieur, associé aux travaux du comité afin d'assurer le contact avec les préfetures : rédaction de deux circulaires relatives, l'une, à l'objet des fonds de dotation (22 janvier 2010) et, l'autre, aux recommandations du comité stratégique des fonds de dotation 3 décembre 2010), récentes lettres communes aux préfets pour faire remonter les rapports d'activité des fonds.

4. L'extranet AJT

Créé en 2007, le site extranet consacré aux fonctions d'agent judiciaire du Trésor (AJT) est accessible uniquement aux correspondants ministériels et aux avocats et avoués de l'AJT, au moyen d'un code d'accès revu deux fois par an.

Mis à jour régulièrement, ce site permet d'avoir accès à des études juridiques et des fiches pratiques et à l'état le plus récent de la jurisprudence sur le contentieux judiciaire indemnitaire de l'État.

Cet outil moderne de communication répond ainsi à une demande récurrente faite par les correspondants ministériels, d'obtenir des informations techniques sur les dossiers contentieux relevant de la compétence de l'AJT.

5. Missions ou réception de délégations étrangères

A la suite de la réception, du 21 au 24 septembre 2010, d'une délégation de l'agence judiciaire du Trésor du Gabon, composée de 3 personnes, cette administration a convié ses homologues à participer à un colloque à Libreville sur le thème de la violation de la légalité.

Le sous-directeur du droit privé et du droit pénal et une consultante du bureau du droit européen et international, se sont rendus à Libreville, en avril 2011, afin d'apporter l'expertise juridique française et son expérience en matière de traitement des contentieux judiciaires au nom de l'État.

Nous avons aussi reçu, en avril 2011, une délégation composée de 5 personnes de l'agence judiciaire du royaume du Maroc, venue s'inspirer de l'exemple français en matière de traitement des contentieux de pollution maritime, de représentation de l'État devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de passation des marchés publics.

Nous avons participé activement aux sessions du FIPOL qui ont eu lieu, en 2011, à Londres et à Marrakech, par la présentation de plusieurs contributions en vue d'améliorer :

- le fonctionnement du régime international d'indemnisation, en proposant plusieurs solutions pour accélérer le traitement des demandes d'indemnisation en cas de sinistre de grande ampleur ;
- la gouvernance de l'organisation, en proposant la modification des règles de nomination et de renouvellement du mandat de l'administrateur.

TROISIÈME PARTIE

LA SYNTHÈSE DE NOTES SIGNIFICATIVES DE L'ANNÉE⁸

La dernière partie de ce rapport rassemble la synthèse de quelques consultations significatives parmi les 897 traitées tout au long de l'année 2011, mises à jour des dernières actualités, le cas échéant. Cette synthèse permet un aperçu de la diversité des sujets abordés par la direction.

⁸ Hors notes de nature confidentielle

ACCIDENTS ET RÉPARATIONS CIVILES

INDEMNITÉ FORFAITAIRE DE GESTION

En cas de recours contre un tiers, les sommes versées par l'État au titre des charges patronales sont incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité forfaitaire de gestion. En cas de refus de l'assureur, le recouvrement forcé de cette créance par titre de perception doit être envisagé.

Le décret n° 98-255 du 31 mars 1998 a étendu au profit de l'État, le droit de percevoir, auprès du tiers responsable d'un accident subi par un de ses agents, une indemnité forfaitaire. Cette indemnité constitue la contrepartie des frais engagés par l'État pour obtenir le remboursement des prestations qu'il a versées. Son montant est fonction de la somme de ces prestations.

L'article 2 de ce décret dispose que la totalité des sommes, dont le remboursement a été obtenu au titre de la subrogation et au titre du recours direct de l'État, est à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité forfaitaire.

Le montant des charges patronales doit également être inclus dans l'assiette servant de base au calcul de l'indemnité forfaitaire de gestion. En cas de désaccord avec l'assureur, l'émission d'un titre de perception est à prévoir.

OPÉRATEURS DE VOYAGES

La responsabilité contractuelle des opérateurs de voyages commercialisant des voyages dans des zones à risque peut être engagée en cas de sinistre, a fortiori à la suite d'une mise en garde formelle du Ministère des affaires étrangères et européennes. Une obligation d'information et de conseil préalable pèse sur les agences de voyage. Une décharge de responsabilité signée par le client est sans portée juridique, lorsqu'elle ne fait que masquer l'absence d'une telle information.

Certains événements survenus à l'étranger au cours de l'année 2011 ont soulevé de nombreuses questions sur la responsabilité des agences de voyage. Les articles L. 211-8 et L. 211-9 du code du tourisme, issus de la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009, font peser sur les agences une obligation d'information et de conseil préalables. Le manquement à cette obligation est constitutif d'une responsabilité de plein droit conformément à l'article L. 211-16 du code du tourisme. Cette information doit être écrite, claire et précise sur les risques encourus. Les agences doivent, en outre, s'assurer de l'acceptation expresse de ces risques par les clients.

Les clients qui refusent les mesures d'assistance et de rapatriement proposées par l'agence se voient demander de signer une « décharge de responsabilité », prise d'acte de ce refus. Cette procédure de décharge de responsabilité est, cependant, sans portée juridique, lorsqu'elle ne fait que masquer l'absence d'information complète et loyale préalable ou qu'elle ne vise que l'activité du séjour touristique et non les risques encourus par les voyageurs.

L'agence doit prévoir, si la situation s'envenime, de proposer de nouvelles mesures d'assistance et de rapatriement.

Enfin, aucune obligation de rapatriement n'existe lorsqu'après le départ en voyage des clients, survient un nouveau risque.

Néanmoins, il résulte de la jurisprudence « JOLO » de la Cour d'appel de Paris du 23 janvier 2009, que la responsabilité de l'agence peut être engagée en cas de sinistre, alors que le Ministère des affaires étrangères et européennes avait diffusé une mise en garde formelle, dès lors que cet événement ne présentait pas un caractère imprévisible et irrésistible.

AIDES D'ETAT

PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

Les subventions du Centre national pour le développement du sport (CNDS) ne semblent pas constituer des aides d'État. Les contrats de partenariat public privé conclus par les collectivités territoriales n'apparaissent pas conférer des avantages indus aux cocontractants. La notification du dispositif à la Commission européenne, sans être indispensable, est recommandée.

Dans le cadre de l'organisation de l'Euro 2016, des contrats de partenariat public/privé (PPP) ont été conclus par plusieurs collectivités locales avec des entreprises privées afin de construire ou de rénover les stades destinés à accueillir une partie de la compétition. Ces projets doivent recevoir des subventions des collectivités locales concernées et du Centre national pour le développement du sport (CNDS), ce dernier versant les sommes prévues aux collectivités.

Les subventions du CNDS aux collectivités locales ne paraissent pas, en principe, constituer des aides d'État, dans la mesure où elles ne semblent pas impliquer de transfert financier vers des entreprises. Les « subventions » versées aux titulaires des contrats de PPP par les collectivités, dans le cadre de ces contrats, ne semblent pas non plus constituer des aides. En effet, compte tenu des caractéristiques des PPP, ces contrats devraient refléter le coût du marché et ne pas conférer d'avantages aux entreprises concernées, à condition d'être conclus dans des conditions régulières. Cependant, la pratique de la Commission n'est pas constante en la matière, et la Cour de justice n'a pas tranché la question. Seule une notification de ces contrats à la Commission permettrait donc de s'assurer de leur conformité au traité.

COMMANDE PUBLIQUE

AFFACTURAGE

En cas de retard de paiement d'une créance née de l'exécution d'un marché public qui a fait l'objet d'un affacturage ou d'une cession, le cessionnaire ou l'affactureur a droit à des intérêts moratoires dans les conditions prévues à l'article 98 du code des marchés publics.

Dans le cadre d'un marché public, la cession de créance à un affactureur, lui ouvre droit, en cas de retard de paiement, au bénéfice des intérêts moratoires prévus par l'article 98 du code des marchés publics. En effet, l'affacturage obéit au mécanisme de la subrogation conventionnelle prévue par les articles 1249 et 1250 du code civil : l'affactureur subrogé procède au paiement du titulaire du marché, qui lui transmet, en pleine propriété, la créance qu'il a sur le pouvoir adjudicateur. La cession a pour effet de faire sortir la créance cédée du patrimoine du titulaire du marché qui n'a plus qualité pour en recevoir le paiement. En conséquence, en cas de retard de paiement, les intérêts moratoires, qui sont les accessoires de la créance transférée, bénéficient à l'affactureur.

COLLECTE DE DÉCHETS

La qualification juridique d'un contrat conclu entre l'administration et une entreprise, prévoyant la collecte de déchets, dépend du mode d'organisation de celle-ci.

L'administration envisage de conclure un accord avec une entreprise pour la collecte et le recyclage de stylos usagés. Le mode d'organisation de cette collecte a un impact sur la qualification du contrat. Si la collecte est organisée par l'administration pour satisfaire un besoin propre de recyclage des

stylos usagés à usage professionnel, la convention est un marché public de services et doit être passée selon les règles fixées par le code des marchés publics. Si la collecte ne répond pas à un besoin de l'administration, mais repose sur une démarche volontaire de ses agents, la convention ne peut être qualifiée de marché public. En revanche, une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) devra être conclue avec la société pour permettre l'installation des bacs de collecte dans les locaux de l'administration.

INTERMÉDIATION CONTRACTUELLE

La convention unissant le ministère de la défense et l'Économat des armées (EdA) pour la fourniture de fruits et légumes frais aux unités locales n'est pas soumise aux règles de passation du code des marchés publics (CMP). La rémunération de l'EdA, dans le cadre de la remise trimestrielle prévue par l'accord-cadre, ne pose pas de difficultés au regard des règles de la comptabilité publique.

L'Économat des armées, établissement public de l'État à caractère commercial, est, conformément à l'article R. 3421-2 du code de la défense, une centrale d'achat au sens du code des marchés publics. Le ministère de la défense peut recourir directement à l'Économat des armées pour que celui-ci conclue des accords-cadres destinés à ses unités locales pour l'achat de vivres.

La convention entre le ministère de la Défense et l'EdA prévoit que la marge commerciale de la centrale d'achat est intégrée dans le prix de la prestation. La convention prévoit que le prix des prestations objet des accords-cadres et marchés subséquents de fruits et légumes frais intègre le prix de l'intermédiation contractuelle de l'EdA.

Le cahier des clauses particulières de l'accord-cadre précise, indépendamment du paiement des prestations objet des marchés, les modalités selon lesquelles le fournisseur reverse à l'EdA une « remise » calculée sur le chiffre d'affaire réalisé sur le trimestre écoulé. Du point de vue des règles de la comptabilité publique, le montage retenu ne soulève pas de difficultés. Les unités clientes versent aux fournisseurs la somme correspondant au prix des fruits et légumes, ce prix comprenant contractuellement une marge correspondant à la rémunération de l'EdA. Les sommes perçues par les fournisseurs acquièrent alors un caractère privé jusqu'à ce qu'elles soient reversées à l'EdA conformément aux stipulations du marché liant ces deux parties. Les sommes reversées par les fournisseurs à l'EdA ne constituent pas des recettes publiques.

MARCHÉ PUBLIC D'ASSURANCE

La passation d'un marché public d'assurance pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs s'analyse en une activité d'intermédiation en assurance, que l'UGAP n'est pas habilitée à exercer. Seule la souscription d'un contrat d'assurance pour compte permet à l'UGAP d'échapper à la qualification d'intermédiaire en assurance.

Le service des achats de l'État (SAE) envisage de passer un marché public d'assurance, pour l'ensemble des véhicules de l'État, en confiant à l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) la préparation et la passation de ce marché, ainsi que l'appel et la collecte des primes, conservations et honoraires au titre du contrat d'assurance auprès des différents services de l'État.

L'UGAP est une centrale d'achat qui peut passer des marchés publics pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs mais ne peut intervenir dans l'exécution d'un marché. Cependant, l'intervention de l'UGAP dans un marché public d'assurance se heurte aux règles sur l'intermédiation en assurance. La prise en charge de tout ou partie des procédures de passation et des formalités requises par le code des marchés publics équivaut à effectuer des travaux préparatoires à la conclusion du contrat d'assurance et donc à exercer une activité d'intermédiation. Or l'UGAP n'est pas habilitée pour exercer, contre rémunération, une activité d'intermédiation.

Pour ne pas être qualifiée d'intermédiaire en assurance, l'UGAP a la possibilité de souscrire, en son nom, un contrat d'assurance dont l'État serait bénéficiaire grâce au mécanisme de la stipulation pour autrui. Son statut de centrale d'achat lui permet en effet de souscrire pour compte d'un tiers.

Il serait aussi envisageable de constituer un groupement de commandes qui réunirait le SAE et l'UGAP. Cette dernière pourrait assurer le rôle de coordonnateur : l'UGAP passerait le marché public d'assurance et pourrait l'exécuter au nom de l'ensemble des membres du groupement. Cette solution

suppose, toutefois, que l'UGAP ait elle-même des besoins à satisfaire, en matière d'assurance de ses véhicules.

POUVOIR ADJUDICATEUR

La Commission nationale des tickets-restaurant (CNTR) est soumise aux mêmes règles que tout service d'administration centrale pour la passation et l'exécution de ses marchés. Aucune subdélégation de signature des marchés n'est possible. La redevance couvrant les frais de secrétariat de la commission doit être prévue par un décret en Conseil d'État. Le législateur peut créer un contrôle prudentiel pour les émetteurs de titres-restaurant.

La CNTR rassemble, depuis 1967, tous les acteurs associés au système des titres-restaurant. Dépourvue de la personnalité juridique, elle n'est pas un pouvoir adjudicateur. Son secrétariat étant assuré par l'État, tous les achats qu'il effectue pour les besoins de son fonctionnement sont soumis au code des marchés publics. Elle est soumise aux mêmes règles que n'importe quel autre service d'administration centrale pour la passation et l'exécution de ses marchés.

Le code des marchés ne prévoit plus de règles dérogatoires au droit commun des délégations de signature, il ne fait plus référence à la notion de personne responsable du marché (PRM). Pour la signature des marchés publics de l'État, les dispositions du décret du 27 juillet 2005 s'imposent aux acheteurs. La subdélégation de signature des marchés nécessaires au fonctionnement de la CNTR ne peut être confiée à son secrétaire général, en l'absence de texte le plaçant sous l'autorité hiérarchique du DGCCRF.

Les frais de secrétariat de la CNTR sont couverts par une redevance forfaitaire payée par les émetteurs spécialisés. Cette redevance pouvant être assimilée à une rémunération pour services rendus par l'État, elle doit être établie et perçue sur la base d'un décret en Conseil d'État, qui peut renvoyer à un arrêté, pour la détermination de son montant.

La CNTR exerce un contrôle sur le fonctionnement des comptes des titres-restaurant ouverts par les entreprises émettrices de titres-restaurant qui ne sont soumises à aucun contrôle prudentiel. Le législateur est compétent pour décider de soumettre à agrément et contrôle ces organismes, après avoir défini les règles prudentielles qui leur seraient applicables.

QUASI-REGIE

Il n'y a pas quasi-régie lorsqu'il y a présence de capitaux privés.

Il a été décidé de créer un Groupement d'Intérêt Économique (GIE) entre deux sociétés à capitaux en partie privés : A. et S. Ce GIE, en quasi-régie avec les pouvoirs adjudicateurs qui l'ont créé, fournirait des prestations à titre onéreux à A., sans publicité ni mise en concurrence préalable. Un pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il conclut un marché avec un opérateur sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qu'il réalise l'essentiel de ses activités pour lui, peut en effet être dispensé, sur le fondement de l'article 23 de l'ordonnance du 6 juin 2005, de publicité et de mise en concurrence préalable.

En l'espèce, le pluri-contrôle exercé par des sociétés à capitaux privés exclut néanmoins que le GIE puisse être considéré comme étant en quasi-régie. Dès lors que le capital d'A. et S. comporte des capitaux privés, ceux-ci bénéficieront, en effet, nécessairement d'un avantage qui n'aura pas fait l'objet d'une mise en concurrence. Seule la réalisation des prestations à titre gratuit (qui doit être distingué d'une prestation effectuée à prix coûtant, qui demeure onéreuse) permettrait d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalable.

Les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs membres du groupement d'intérêt public A. avec le GIP lui-même peuvent être des contrats de quasi-régie. Ils peuvent alors être conclus, en dehors des procédures de publicité et de mise en concurrence fixées par la réglementation des marchés publics.

Par un arrêt du 4 mars 2009 (Syndicat national des industries d'information de santé, n° 300481), le Conseil d'État a jugé que, « *si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun*

certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services ».

Les membres du GIP A. disposent d'une influence déterminante sur les décisions essentielles et les objectifs stratégiques de ce GIP. Ils exercent donc conjointement sur le GIP B. un contrôle analogue à celui qu'ils effectuent sur leurs propres services.

Le GIP A. réalise son activité pour le ministère chargé de l'économie au titre des missions de coopération technique internationale dans les domaines économique et financier principalement. Il consacre donc l'essentiel de son activité aux collectivités publiques membres du groupement.

Les conditions pour la qualification des contrats de quasi régie, rappelées par le Conseil d'État et fixées au 1° de l'article 3 du code des marchés publics et à l'article 3 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, sont donc réunies.

Une commune peut déléguer les missions de l'office de tourisme à une association, à condition que celle-ci n'intervienne pas sur un marché concurrentiel. Lorsque l'association n'est qu'une quasi-régie, cette délégation peut s'opérer sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Un office de tourisme est institué par délibération du conseil municipal, qui fixe son statut juridique et la composition de son organe délibérant. Il peut revêtir différentes formes, en fonction du mode de gestion choisi, notamment celle d'une association loi 1901.

La commune doit, en principe, conclure avec l'association un contrat de délégation de service public ou un marché de service. Le Conseil d'État a toutefois précisé deux hypothèses, dans lesquelles les missions d'un office de tourisme peuvent être confiées à une personne privée, sans publicité ni mise en concurrence (CE, Commune d'Aix-en-Provence, 6 avril 2007, req. n°284736).

La commune peut ainsi librement déléguer à une association les missions d'un office de tourisme, si celle-ci ne constitue pas un opérateur sur un marché concurrentiel. Les activités qu'elle entend déléguer ne doivent pas revêtir, eu égard à leur nature et à leurs modalités d'exercice, un caractère économique.

Les obligations de publicité et de mise en concurrence ne s'imposent pas non plus, dans le cas où l'association exerce les missions de l'office de tourisme, dans les mêmes conditions qu'un service municipal. Les conditions pour la reconnaissance d'une relation de quasi-régie ou in house doivent, dans ce cas, être réunies : le contrôle exercé par la commune sur l'association doit être comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et l'association doit réaliser l'essentiel de ses activités avec la commune.

RELATIONS ÉTAT – MUTUELLES DE FONCTIONNAIRES

Les conventions signées par les personnes publiques avec les mutuelles référencées ne sont pas des marchés publics. La fusion des deux mutuelles, si elle aboutit à la création d'une société nouvelle, entraînera une cession de la convention.

Les conventions signées par les personnes publiques avec les mutuelles ne sont pas des marchés publics. La mise en concurrence instaurée par le décret du 19 septembre 2007 sur la participation de l'État et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs personnels pour référencer ces mutuelles n'a pour objet que de répondre aux observations de la Commission européenne qui estimait que le système d'octroi des aides aux mutuelles était anticoncurrentiel.

La fusion de deux mutuelles d'agents publics, si elle aboutit à la création d'une nouvelle entité et n'est pas assortie d'une remise en cause des éléments essentiels du contrat entraînera une cession de la convention. Nulle procédure de publicité et de mise en concurrence n'est donc requise. La conclusion d'un avenant à la convention signée entre un ministère et la mutuelle qu'il a référencé règlera les effets de cette fusion entre les parties.

RELATIONS ÉTAT – ORGANISMES INTERPROFESSIONNELS

Les relations contractuelles entre le ministère de l'agriculture et les organismes interprofessionnels s'analysent comme des marchés publics. Ces organismes ne sont pas nécessairement tous des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 : cela dépend notamment de leur financement et du mode de contrôle de l'État.

Il est fréquent que l'État passe des conventions avec des organismes interprofessionnels, notamment pour répondre à ses besoins en matière de communication sur une filière en particulier, ou de promotion d'un produit spécifique. Les contrats ainsi passés peuvent constituer des marchés publics, si une prestation définie est demandée, en contrepartie d'un prix payé par l'État. Tel n'est pas le cas si l'interprofession est à l'origine de la campagne de promotion, qu'elle en définit elle-même les contours, et qu'elle s'adresse au Ministère pour solliciter des financements. Il s'agit alors d'une subvention, qui n'est pas soumise à des obligations de mise en concurrence.

Les cotisations volontaires obligatoires, instituées par certains textes spécifiques pour les organismes interprofessionnels agricoles notamment (articles L. 632-1 et suivants du code rural), ne constituent pas un financement public au sens des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005. Dès lors, ces organismes ne peuvent être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs sur ce seul fondement. En revanche, tel ne sera pas le cas des cotisations professionnelles obligatoires. Il convient donc de raisonner au cas par cas, pour analyser la soumission des organismes interprofessionnels à l'ordonnance de 2005.

RÉSERVATION DE PLACES EN CRÈCHES

Les contrats de réservation de places de crèches effectuée dans le cadre de l'action sociale interministérielle constituent des marchés publics si l'État est à l'origine de l'initiative et du financement du projet.

L'État agit en application de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires ainsi que des articles 1 et 2 du décret n° 2006-21 du 6 janvier 2006 relatif à l'action sociale au bénéfice des personnels de l'État, lorsqu'il conclut des conventions ayant pour objet la réservation de places auprès d'organismes de crèches par l'État au profit des enfants de ses agents.

En conséquence, l'initiative du projet ainsi que sa conception et sa définition relèvent bien de l'État. C'est en effet à lui que revient la charge d'organiser la réservation des places en crèche dans la perspective de servir à ses agents des prestations sociales en vertu de ces textes. L'administration exprime ainsi, à son initiative, un besoin qui lui est propre. Elle demande à un prestataire extérieur de fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. Le versement de ce prix correspond en effet à la mise à disposition des places de crèche au profit des enfants des agents de l'État. Le coût de la réservation est ainsi intégralement assumé par l'État et ce, alors même que les frais de garde sont par la suite acquittés par les familles.

La réservation de places en crèche répond donc à un besoin de l'administration et il existe bien une relation d'équivalence entre les sommes versées et le service rendu. Les sommes versées correspondent effectivement à la contrepartie de prestations de réservation individualisées. Il y a alors un lien direct entre la valeur économique du service rendu et la contre-valeur perçue.

Les conventions en cause constituent, par conséquent, des contrats soumis au code des marchés publics.

SOUS-TRAITANCE

Toute modification de la répartition des prestations, entre le titulaire et son sous-traitant, acceptée, doit être déclarée au pouvoir adjudicateur et faire l'objet d'un acte spécial modificatif. A défaut, la nouvelle répartition est inopposable : le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct du montant des prestations qu'il a exécutées, au-delà de l'acte de sous-traitance initial.

Le titulaire peut sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations qui lui ont été confiées, à condition d'avoir obtenu de l'acheteur public l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement, sous peine d'engager sa responsabilité. L'intervention du sous-traitant peut prendre la forme d'un acte spécial modificatif. Cet acte peut être pris pendant toute la durée d'exécution du marché, même après la conclusion du contrat, mais non après l'exécution totale des travaux ou le règlement du marché.

L'acte spécial modificatif peut intervenir à tout moment, même après le changement de la répartition des prestations, jusqu'au règlement du marché. Après celui-ci, toute modification est exclue, l'administration étant libérée de ses obligations envers le titulaire.

Si le titulaire a nanti ou cédé tout ou partie de sa créance, l'établissement d'un acte spécial modificatif est subordonné à la réduction du nantissement, ou de la cession, à concurrence de la part supplémentaire qu'il souhaite sous-traiter. L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité, doit être modifié par l'acheteur public, avant acceptation de la nouvelle répartition des prestations.

VENTE À PERTE

Un marché public existe dès lors qu'un contrat a été conclu à titre onéreux, peu importe que le prix versé soit inférieur au coût supporté par le cocontractant. La prohibition de la vente à perte ne concerne pas les marchés de services. En cas de vente à prix coûtant, la directive 2004/18 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir au marché négocié sans publicité préalable.

Le caractère onéreux d'un marché public est indifférent au montant du prix versé, qui peut être égal, voire inférieur au coût supporté par le cocontractant. L'article 1106 du code civil définit, en effet, le contrat onéreux comme celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. Un simple remboursement de frais peut donc caractériser le caractère onéreux du contrat.

La vente à prix coûtant est dans le champ de la directive 2004/18. L'article 31 de cette directive prévoit, en effet, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir au marché négocié sans publicité préalable « pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales ». En dehors de ce cas, les prestations réalisées par les opérateurs à perte et, a fortiori, à prix coûtant, relèvent des procédures de droit commun de la directive.

VENTE EN L'ÉTAT FUTUR D'ACHÈVEMENT

Les organismes privés d'HLM peuvent recourir à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) sous réserve de ne pas contourner les dispositions de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP), ainsi que celles de la commande publique.

L'article L. 443-2 du code de la construction et de l'habitation autorise tous les organismes d'HLM à recourir à la VEFA. La loi MOP, qui s'impose aux organismes privés d'HLM, pour les logements à usage locatif aidés par l'État qu'ils réalisent, ne s'applique toutefois pas aux ouvrages de bâtiment acquis, par les organismes d'HLM, par un contrat de VEFA.

Ces organismes doivent cependant respecter les règles de la commande publique dans certains cas. Si l'acheteur se borne à profiter d'une opération en cours, en n'exerçant aucun contrôle tangible dans la conduite de l'opération, le contrat pourra être regardé comme une vente d'immeuble. Il relèvera, à ce titre, de l'exclusion prévue à l'article 7-2° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Si l'acquéreur est lui-même à l'initiative de la VEFA, participe à la phase de conception et contrôle directement la réalisation de l'ouvrage, la logique contractuelle se rapproche de celle du marché de travaux, défini à l'article 2 de l'ordonnance, et le recours à la VEFA est soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

COMMERCE

CONTRÔLE DES ÉTABLISSEMENTS CLASSÉS

Le professionnel de l'inspection qui ne signalerait pas une anomalie grave est coupable d'abstention fautive. Sa responsabilité pénale ne peut, cependant, être engagée. Dans une situation d'anomalie grave, le préfet peut prononcer la radiation de l'établissement classé ou procéder à la fermeture de l'établissement

La loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques a modifié les modalités de classement des hébergements touristiques. L'évaluation des hébergements touristiques est désormais confiée à des organismes évaluateurs accrédités qui procèdent aux visites des établissements d'hébergements et produisent un rapport qui va permettre au préfet de classer l'établissement.

A l'occasion de l'une de ces visites, l'organisme évaluateur peut être amené à constater une anomalie flagrante aux règles de base de sécurité (fils électriques dénudés, tuyau de gaz défectueux...) susceptible de constituer un danger manifeste.

Même si l'organisme évaluateur n'est chargé d'évaluer l'établissement touristique qu'au regard de seuls critères commerciaux, sa responsabilité civile serait probablement engagée en cas d'absence de signalement dans son rapport d'une anomalie grave. L'absence de signalement constituerait alors une abstention fautive de la part de l'organisme évaluateur, agissant en tant que professionnel de l'inspection.

Sa responsabilité pénale ne peut cependant pas être engagée, car le seul responsable pénal de l'éventuel manquement est le propriétaire de l'établissement. Le préfet, informé d'une telle anomalie, peut prononcer la radiation de l'établissement de la liste des établissements classés ou procéder à la fermeture de l'établissement après avis de la commission de sécurité compétente.

DÉPANNAGE SAUVAGE

Le défaut d'agrément des entreprises effectuant des opérations de dépannage sauvage des véhicules sur le réseau autoroutier, est puni des infractions prévues à l'article L. 442-8 du code de commerce.

L'article L. 442-8 du code de commerce interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, notamment le domaine public de l'État.

Ces articles L. 442-8 et R. 442-2 du code de commerce sont applicables au dépannage sauvage sur le domaine public autoroutier.

Les agents de la DGCCRF sont habilités à rechercher les infractions prévues à l'article R. 442-2 du code de commerce. En revanche, dans le cadre de la recherche d'une infraction spécifique fondée sur le code de la route qu'il est envisagé de créer, ils devront bénéficier d'une habilitation, en complétant la liste qui figure à l'article L. 130-4 du code de la route.

COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ

CONDAMNATION SOLIDAIRE

Les dirigeants d'entreprise, condamnés par le juge répressif, sur le fondement de l'article 1745 du code général des impôts (CGI), sont solidairement tenus au paiement de l'impôt fraudé avec le redevable légal. La décharge, prononcée par l'administration fiscale, en faveur d'un dirigeant, ne libère pas les autres codébiteurs.

L'article 1745 du CGI dispose que "tous ceux qui ont fait l'objet d'une condamnation, prononcée en application des articles 1741, 1742 ou 1743 peuvent être solidairement tenus avec le redevable légal de l'impôt fraudé au paiement de cet impôt ainsi que des pénalités y afférentes".

Si la solidarité est prononcée par le juge pénal, l'action en paiement engagée contre le débiteur solidaire est soumise aux mêmes règles que celles applicables au redevable de l'impôt. Ainsi, dès lors que la condamnation pénale est devenue définitive, l'administration fiscale peut, au choix, procéder au recouvrement de l'impôt et des pénalités fiscales, soit contre le redevable, soit contre la ou les personnes déclarées solidaires. La solidarité offre donc un choix à l'administration fiscale entre plusieurs débiteurs.

L'article L. 247 alinéa 6 du LPF donne, par ailleurs, à l'administration la possibilité de "décharger de leur responsabilité les personnes tenues au paiement d'impositions dues par un tiers". Une telle décharge peut être accordée, notamment, dans l'hypothèse où l'une de ces personnes ne peut, compte tenu de sa situation patrimoniale, assumer le paiement en question.

La décision unilatérale de l'administration d'accorder ou non cette décharge relève de son pouvoir discrétionnaire et ne libère pas les autres codébiteurs solidaires. En effet, l'article 1285 du code civil qui étend aux obligés solidaires la décharge, dont pourrait bénéficier l'un deux, ne concerne que les seules décharges conventionnelles.

CONSOMMATION

VENTE SUR INTERNET

Les ventes mobilières effectuées sur Internet par France Domaine sont soumises à des obligations juridiques en matière de droit de la consommation et de protection des consommateurs.

Dans la perspective d'un développement des ventes « en ligne », sur des sites d'hébergement ou sur son propre site internet, France Domaine doit être vu comme un professionnel de la vente mobilière. Il est donc soumis au droit de la consommation. A contrario, le droit de la consommation ne s'applique pas lorsque France Domaine contracte avec un autre professionnel ou qu'il respecte les modalités de la vente aux enchères. Aucun principe général du droit, interne ou de l'Union, n'oblige à la mise en concurrence des offres d'achat. Seule la réglementation domaniale prévoit une obligation de mise en concurrence qui limite le droit de recourir à des ventes à prix fixes mais n'interdit pas de recourir à des techniques telles que le profilage et le « teasing » ou aguichage. Enfin, lorsqu'il procède à la demande des collectivités territoriales ou des établissements publics à la cession de leurs biens mobiliers, France Domaine ne peut pas être considéré comme leur mandataire. En effet, la remise du bien résulte de dispositions du CG3P et non d'un contrat de mandat, tel que défini par les articles 1984 et s. du Code civil.

DOMAINE PUBLIC

CESSION DE TERRAINS

L'État peut transférer, en pleine propriété et à titre gratuit, à l'EPPS, ses biens fonciers et immobiliers. Le montage envisagé dans le projet de protocole foncier ne semble pas porter atteinte au principe de la non-contraction des recettes et des dépenses. Celui-ci ne peut pas instituer un régime d'acceptation implicite, par le représentant de l'État, des demandes de transfert de propriété des terrains.

L'établissement public Paris-Saclay (EPPS), créé par la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, est chargé d'aménager les terrains nécessaires à la création d'un pôle de compétence scientifique et technologique sur le plateau de Saclay. Un projet de protocole foncier pour le transfert des terrains de l'État à l'EPPS a été élaboré sur ce fondement. La cession gratuite des terrains de l'État à l'EPPS a été autorisée par l'article 32 de la loi relative au Grand Paris.

Mais certains terrains inclus dans le projet d'aménagement n'appartiennent pas à l'État mais à l'Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP), établissement public industriel et commercial d'aménagement urbain et opérateur foncier (décret n° 2002-623 du 25 avril 2002 relatif à l'Agence Foncière et Technique de la Région Parisienne). L'AFTRP est libre de décider des modalités de cession des terrains qui lui appartiennent. L'acquisition des terrains par l'État pourrait prendre la forme d'un achat payé en nature par le transfert à l'AFTRP de la propriété d'autres terrains appartenant à l'État, qui pourrait être assimilé à un échange autorisé par l'article L. 1111-2 du code général de la propriété des personnes publiques. Seule une disposition législative pourrait autoriser la cession à titre gratuit des terrains de l'AFTRP à l'État.

Un régime d'acceptation implicite, par le représentant de l'État, des demandes de transfert de propriété des terrains par l'EPPS, effectuées sur le fondement de l'article 32 de la loi relative au Grand Paris, ne saurait enfin, être créé par voie contractuelle.

DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

ACCORDS DE CONSOLIDATION DE DETTES

Les accords bilatéraux de consolidation de dettes constituent de véritables traités internationaux, qui sont régis par le droit international. Par la conclusion d'un tel accord, les États parties peuvent décider de soumettre les créances commerciales couvertes aux règles de droit international public, si leur intention commune ressort explicitement ou de façon suffisamment certaine des termes de l'accord ou des circonstances. Dans cette hypothèse, il est utile de prévoir des règles spécifiques relatives à la prescription.

Les accords de consolidation de dettes, conclus dans le cadre du Club de Paris, ont pour objet de consentir des remises ou des rééchelonnements de dettes à un État débiteur, qui est confronté à des difficultés de paiement. L'aménagement porte souvent sur des créances commerciales, dont l'État français est devenu titulaire par l'effet d'une subrogation au profit de la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE), qui avait accordé sa garantie à un entrepreneur français pour le compte de l'État. Compte tenu de leur rédaction et de leur présentation formelle, les accords de consolidation de dettes constituent des traités internationaux, qui sont régis par le droit international public. Pour autant, leur conclusion n'a pas pour effet de soumettre les créances commerciales au droit international public, de ce seul fait. Encore faut-il que la volonté des parties soit explicite ou qu'elle résulte de façon certaine des stipulations de l'accord ou des circonstances de la cause. Quand les États choisissent de soumettre les créances couvertes au droit international public,

il est utile d'insérer dans l'accord des règles spécifiques relatives à la prescription. En effet, le droit international public ne comporte pas de règles précises concernant la prescription des créances entre États. Mais, en tout état de cause, le risque est faible qu'un juge international constate la prescription des créances couvertes par un accord de consolidation de dettes.

ENTRAVES À L'ACCÈS À UN MARCHÉ

La question de la compatibilité du statut du personnel des Industries électriques et gazières (IEG) avec les directives sectorielles et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne semble pas se poser. L'extension du statut des IEG à toutes les entreprises du secteur de l'électricité et du gaz, pourrait constituer, en revanche, une entrave à l'accès au marché français.

Le projet de code de l'énergie comporte un titre intitulé « Les dispositions relatives au personnel des industries électriques et gazières ». La conventionalité de ces dispositions a été examinée au regard des directives sectorielles et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Dans la mesure où les directives « marché intérieur de l'électricité et du gaz » ne comportent pas de dispositions intéressant le statut des personnels employés par les entreprises publiques ou privées des secteurs de l'électricité et du gaz naturel, la question de la compatibilité du statut du personnel des IEG avec ces directives ne semble pas se poser.

L'extension du statut des IEG aux personnels de toutes les entreprises du secteur électricité/gaz, qui rend plus difficile l'accès au marché français de l'électricité et du gaz pour les entreprises des autres États-membres, doit être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général.

JURIDICTION INTERNATIONALE

Les États membres de l'Union prévoient de créer un système de règlement des litiges unifié et spécialisé au plan européen en matière de brevets européens et communautaires. Créée par la voie d'un traité international, la juridiction prévue est internationale. La compatibilité du projet avec l'avis de la Cour de Justice et la jurisprudence européenne est à établir. Cette création devra s'accompagner d'une mise en cohérence de l'acquis communautaire. Elle pourrait nécessiter une révision de la Constitution.

En complément de la création d'un nouveau brevet unifié et de son régime linguistique, dans le cadre d'une coopération renforcée entre 25 des 27 États Membres de l'UE (hors Espagne et Italie), un accord politique a été trouvé en vue de la mise en place d'une juridiction nouvelle, spécialisée, et unifiée au niveau européen. Le projet de traité, actuellement en cours de discussion entend se conformer à l'avis de la CJUE du 8 mars 2011, et à sa jurisprudence. La nouvelle juridiction, créée par traité, serait une juridiction internationale, commune aux États membres de l'UE. L'architecture proposée par le projet en cours de discussion ne présente pas de garantie absolue au regard de la jurisprudence de la CJUE, en raison notamment de l'exclusivité qui serait confiée à cette nouvelle juridiction pour le règlement des litiges en matière de brevets. Au plan interne, la création de cette nouvelle juridiction, en tant qu'elle implique un transfert de la compétence actuellement dévolue aux juridictions françaises, porte sur une activité régalienne inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale et nécessite une révision de la Constitution. Enfin la création de cette nouvelle juridiction devra être accompagnée d'une mise en cohérence de l'acquis communautaire, en particulier des règlements Rome II et Bruxelles I.

DROIT FINANCIER

EXERCICE DE LA PROFESSION DE BANQUIER

Les organismes d'habitations à loyers modérés (HLM), publics ou privés, consentent des prêts à leurs salariés. Cette pratique est soumise à des conditions restrictives, afin de ne pas entrer dans le champ du délit d'exercice illégal de la profession de banquier.

Dérogeant au principe du monopole bancaire posé par l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, l'article L. 511-6 du CMF offre la faculté aux entreprises de consentir à leurs salariés des prêts dans des conditions restrictives résultant à la fois de leur caractère exceptionnel et de leur motivation sociale. La notion d'entreprise peut être assez largement entendue de telle sorte que les organismes d'HLM publics ou privés entrent dans le champ de l'article L. 511-6 du CMF.

Par ailleurs, en vertu des articles L. 423-10 et L. 423-11 du Code de la construction et de l'habitation, les prêts aux salariés des organismes d'HLM doivent être autorisés par le conseil d'administration. Ces organismes ne peuvent cependant accorder de prêts à leurs dirigeants (article L. 225-43 du Code de commerce). Enfin, le fait, pour les organismes d'HLM, de consentir de tels prêts, à titre habituel, peut toutefois les faire entrer dans le champ du délit d'exercice illégal de la profession de banquier, réprimé par l'article L. 571-3 du CMF. Le caractère habituel doit être entendu comme une répétition constante des actes, devant être passés avec plusieurs personnes différentes.

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

DÉNONCIATION PAR LES AGENTS PUBLICS

L'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale (CPP) prévoit que les agents de l'administration ont l'obligation d'aviser le procureur de la République des crimes et délits dont ils ont connaissance.

L'ensemble des agents publics (dont les ministres, agents des EPA, directeurs d'EPIC...) et les « autorités constituées » (cours de justice, tribunaux, préfets, maires, conseils régionaux, conseils de l'ordre des avocats ou des médecins...) sont soumis à l'obligation d'aviser le procureur de la République des crimes et délits dont ils ont connaissance.

La dénonciation, ne portant que sur les crimes et les délits dont l'agent a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, n'est soumise à aucune forme particulière (lettre, avis oral...), hors le cas où une circulaire a pu en préciser les modalités. L'agent est tenu d'en informer sa hiérarchie, qui peut alors procéder elle-même à la dénonciation, et il est alors déchargé de son obligation. Il n'a pas à enquêter sur la réalité des faits, ni à les qualifier pénalement.

Il n'existe aucune disposition répressive punissant la méconnaissance de cette obligation de dénonciation, mais ce fait peut recouvrir, selon les cas, d'autres qualifications pénales, comme la non dénonciation de crime (434-1 du code pénal) ou le mauvais traitement (434-3 du code pénal).

GROUPEMENTS D'INTERVENTION RÉGIONAUX

Un fonctionnaire de la DGFIP membre d'un GIR peut être requis pour intervenir dans une enquête pénale, sans avoir l'obligation de prêter serment. Les membres d'un GIR bénéficient de la compétence que leur confère la désignation reçue d'une commission rogatoire internationale.

Un fonctionnaire de la direction générale des finances publiques appartenant à un groupe d'intervention régional (GIR) chargé d'une enquête pénale n'a pas à prêter le serment prévu par les articles 77-1 et 60 du code de procédure pénale, lorsqu'il est requis pour intervenir dans une enquête pénale, de flagrance ou préliminaire, voire une perquisition. De même les personnes qualifiées, membres du GIR, peuvent assister aux auditions et recueillir les déclarations de personnes mises en cause. Enfin, la désignation non nominative dans la commission rogatoire internationale du chef de service auquel est rattaché le groupement d'intervention régional, donne à ce dernier compétence globale.

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

La participation d'une association au comité de pilotage d'un dispositif public peut faire encourir un risque de prise illégale d'intérêts. Le risque pénal concerne aussi, par le biais de la complicité, les autres membres du comité de pilotage.

Le délit de prise illégale d'intérêts peut être caractérisé, dès lors que la participation et les attributions dévolues à une association représentant les intérêts de certains opérateurs, au sein du comité de pilotage d'un dispositif public de soutien à un secteur d'activité, sont de nature à jeter la suspicion sur l'impartialité du processus de décision.

La jurisprudence pénale considère que le représentant d'une association, dans la mesure où il est « chargé en tant que tel d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, [peut être regardé comme] une personne investie d'une mission de service public », et est susceptible, à ce titre, de relever du champ d'application du délit de prise illégale d'intérêts (Cass. crim., 3 avril 2007, Croix-Rouge française, pourvoi n° 06-83801). Dès lors, sa participation au comité de pilotage d'un dispositif public de soutien aux opérateurs d'un secteur d'activité peut être constitutive de l'infraction : si, d'une part, il est susceptible, dans le cadre de ses attributions, d'exercer une influence quelconque sur le processus de décision en faveur ou au détriment d'un candidat ; et si, d'autre part, il a à connaître de demandes émanant de membres de son association.

En effet, l'association, et, par voie de conséquence, son représentant au comité de pilotage, pourraient, alors, être regardés comme moralement liés aux adhérents de l'association. Or, en l'état de la jurisprudence, la détention d'un intérêt moral de nature à jeter la suspicion sur l'impartialité de la décision du comité de pilotage suffit à caractériser l'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêts.

Le risque pénal ne concerne, ainsi, que les prérogatives du comité de pilotage qui impliquent des décisions individuelles donnant lieu à une discrimination dans le choix des candidats ayant accès au dispositif. La participation de l'association à la mise en œuvre par le comité de pilotage d'actions collectives sectorielles ne soulève donc pas, en principe, de difficulté.

DROIT SOCIAL

AVANTAGES EN NATURE

Le droit de jouissance du logement et du chauffage ne peut être accordé à chacune des deux veuves d'un mineur de fer retraité, car cela reviendrait à reconnaître la polygamie dans l'ordre public national, ni être partagé « à parts égales » entre deux veuves polygames car il ne revêt pas un caractère patrimonial. Le droit de jouissance doit être accordé à l'épouse qui vivait au domicile conjugal avec son époux décédé, car son but est de préserver les droits au logement de la conjointe survivante.

Le statut du mineur, qui tient lieu de convention collective, accorde un droit de jouissance aux «veuves bénéficiaires de prestations à la charge de la Caisse autonome nationale de la sécurité sociale dans les mines, au titre des risques vieillesse, invalidité et décès, ou titulaires de rentes prévues par la législation générale sur les accidents du travail et les maladies professionnelles ». Ce droit de jouissance est accordé aux ayants-droit du mineur décédé.

L'assurance maladie-maternité est la réparation financière des coûts liés aux soins nécessités par la maladie ou la maternité. Le remboursement des soins ne peut être partagé entre les épouses successives, car cela reviendrait à ne couvrir qu'une seule partie des soins. La pension de réversion, qui est exclusive de l'allocation veuvage, suit ce même principe. En revanche, l'assurance vieillesse, l'assurance décès et l'assurance invalidité sont des droits de nature patrimoniale, dont le partage est réglé par la convention bilatérale franco-algérienne du 1er octobre 1980 qui prévoit, aux articles 24, 34§3 et 42 que, en cas de pluralité de conjoints survivants, ces prestations seront partagées à parts égales.

Le droit de jouissance du logement et au chauffage est un droit extrapatrimonial, non contributif, exclu de la succession du défunt. Il est accordé au mineur de fer comme un avantage en nature, non contributif, car il n'est pas la contrepartie du versement de cotisations sociales.

Cet avantage ne peut donc être cédé à un tiers, vendu, ou transmis par héritage. Il n'entre pas dans la succession lors du décès du bénéficiaire. Il ne peut donc être transmis, à titre de droit prolongé, qu'à la seule conjointe survivante qui réside, au moment du décès du mineur, dans le logement de la famille, comme droit prolongé. La continuation de ce droit est historiquement liée à la communauté de vie et au devoir de cohabitation entre les époux, sur le fondement de l'article 215 du code civil. Le conjoint divorcé ou celui qui ne cohabite pas n'y sont donc pas éligibles.

OBLIGATION CONTRACTUELLE DE SÉCURITÉ

Lorsqu'un contrat de travail est transféré à un organisme ou à une entité, cette dernière doit assumer la charge de l'ensemble des obligations afférentes à ce contrat, y compris ses obligations accessoires. Parmi celles-ci, l'obligation contractuelle de sécurité, qui découle du contrat de travail, est une obligation de résultat. La jurisprudence a mis à la charge de l'employeur cette obligation en ce qui concerne la prévention des maladies professionnelles. Sa violation est susceptible de caractériser une faute inexcusable de l'employeur.

La notion de faute inexcusable de l'employeur a évolué, depuis les 29 arrêts « ETERNIT » du 28 février 2002, en « dommage de garantie de risque », sur le fondement de l'obligation de sécurité. Le simple fait d'être reconnu comme l'employeur suffit à faire peser la charge de la réparation.

Il en résulte que l'Agence Nationale pour la Garantie des Droits des Mineurs (ANGDM) ayant repris les droits et obligations de Charbonnages de France, et se substituant à cette entreprise pour les dossiers et contentieux relatifs au droit de la sécurité sociale à l'égard des salariés encore actifs au 1^{er} janvier 2008, les recours introduits par ces derniers en reconnaissance de faute inexcusable de l'employeur ne peuvent être dirigés que contre cet établissement public administratif.

De même, l'État, même s'il n'a jamais été l'employeur des salariés en retraite, se trouve dans cette situation en qualité de substitué, puisqu'il a repris les obligations de l'employeur initial, dont l'obligation

de résultat, et doit de ce fait assurer la charge des condamnations pour faute inexcusable de l'employeur à l'égard des intéressés.

PRÊT D'AMÉLIORATION À L'HABITAT

La distribution du prêt à l'habitat (PAH) par les CAF et les CMSA ne porte pas atteinte au monopole bancaire dont jouissent les établissements de crédit en matière d'opérations de crédit. L'octroi du PAH aux personnes âgées dépendantes ne relève pas du droit des aides d'État, car il bénéficie à des personnes physiques.

Le prêt d'amélioration à l'habitat (PAH) est un prêt gratuit distribué par les CAF et CMSA en vertu de l'article L. 542-9 du code de la sécurité sociale. Il bénéficie aux allocataires d'une prestation familiale et aux assistants maternels afin d'exécuter des travaux d'aménagement ou des réparations comportant une amélioration des conditions de logement. Il est envisagé d'étendre ce dispositif aux personnes âgées dépendantes vivant à domicile. En raison de sa gratuité, la distribution du PAH par les CAF et les CMSA ne porte pas atteinte au monopole bancaire prévu à l'article L. 511-5 du code monétaire et financier dont jouissent les établissements de crédit en matière d'opérations de crédit. En outre, l'octroi du PAH aux personnes âgées dépendantes paraît compatible avec le droit des aides d'État. Les aides octroyées directement à des personnes physiques ne sont, en principe, pas qualifiées d'aides d'État. Même si cette qualification était retenue, la mesure serait vraisemblablement jugée compatible avec le marché intérieur en application de l'article 107 § 2 du TFUE sur les aides à caractère social. L'utilisation par les CAF et CMSA de leurs ressources pour distribuer le PAH ne semble pas non plus relever du droit des aides d'État. Les CAF et les CMSA ne sont pas des entreprises au sens du droit communautaire. Si l'octroi du PAH était de nature économique, la mise à disposition de ressources d'État pour assurer cette mission pourrait être justifiée par l'existence d'un service d'intérêt économique général.

ÉNERGIE

OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Les opérateurs électriques et les fournisseurs de gaz naturel doivent supporter des charges de service public dont le montant est fixé par arrêté ministériel, après avis du conseil supérieur de l'énergie. Transférer un tel pouvoir réglementaire du ministre à une autorité administrative indépendante ne peut s'effectuer qu'à la double condition de concerner des mesures de portée limitée et qu'il ne s'agisse pas d'un pouvoir réglementaire autonome.

Au titre de leurs obligations de service public, les opérateurs électriques et les fournisseurs de gaz naturel supportent respectivement les charges de service public de l'électricité (CSPE) et celles imputables à la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité (CTSS). Le financement de ces obligations repose sur un dispositif dans lequel le Parlement n'intervient pas, absence que le dernier rapport public annuel de la Cour des comptes recommande de pallier au titre du principe du consentement à l'impôt.

Les montants prévisionnels des charges de service public sont arrêtés par le ministre chargé de l'énergie sur proposition de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE). La loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz prévoit que le Conseil supérieur de l'énergie (CSE) est consulté sur « l'ensemble des actes de nature réglementaire émanant de l'État intéressant le secteur de l'électricité ou du gaz ». Les projets d'arrêtés du ministre chargé de l'énergie, en ce qu'ils fixent de manière générale le montant des charges liées aux obligations de service public, doivent être soumis pour avis au CSE.

Le projet de transférer à la CRE (autorité administrative indépendante) la compétence du ministre chargé de l'énergie pour fixer le montant prévisionnel des charges de CSPE aboutirait à lui conférer un pouvoir réglementaire. Si, pour le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 21 de la

Constitution ne font pas obstacle à ce que le législateur confère un pouvoir de réglementation à une AAI, cette attribution doit respecter des critères précis. Ainsi, le pouvoir réglementaire attribué doit permettre de mettre en œuvre une loi et ne doit porter que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. La fixation du montant de CSPE imputable aux opérateurs électriques est suffisamment précise pour permettre un tel transfert de compétence à la CRE.

TARIFS RÉGLEMENTÉS DE VENTE

La décision de geler les tarifs réglementés de vente (TRV) de gaz naturel aux particuliers ne doit pas porter atteinte au respect des exigences législatives de couverture des coûts liés aux fournitures de gaz naturel. L'illégalité commise engage la responsabilité de l'État. Le dispositif des TRV de gaz naturel est conforme au droit de l'Union.

Un gel des tarifs qui aurait pour effet de ne pas couvrir les coûts moyens complets supportés par GDF Suez pour la fourniture de gaz violerait, tant le dispositif législatif et réglementaire de fixation des TRV, que le dispositif conventionnel né du contrat de service public 2010-2013.

L'illégalité commise engagerait la responsabilité financière de l'État. La créance indemnitaire éventuelle de GDF Suez paraît toutefois pour partie prescrite.

Le dispositif des TRV de gaz naturel paraît compatible avec le droit communautaire. Dans un arrêt « Federutility » du 20 avril 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'un État membre peut, sous certaines conditions, adopter une réglementation déterminant le niveau du prix de fourniture du gaz naturel par la définition de « prix de référence ». En France, l'intervention de l'État sur le prix de vente du gaz naturel par l'intermédiaire des TRV est conforme à cette décision juridictionnelle.

ÉTABLISSEMENT PUBLIC

CRÉATION DE FILIALE

Un établissement public dont les statuts mentionnent uniquement la possibilité de prendre des participations peut créer des filiales. Le principe de spécialité qui s'impose aux établissements publics ne concerne pas les moyens qu'ils peuvent employer pour accomplir leurs missions.

Les statuts d'un établissement public prévoient qu'il peut prendre ou céder des participations dans le capital de sociétés, mais ne mentionnent pas expressément la possibilité de créer des filiales. Il ne paraît cependant pas possible d'assimiler ce silence à une interdiction. En premier lieu, plusieurs définitions sectorielles des notions de prise de participation et de filiales coexistent. Le code de commerce prévoit ainsi que lorsqu'une société détient plus de la moitié du capital social d'une autre société, celle-ci est qualifiée de filiale de la première ; est qualifiée de « participation » au sens dudit code la détention d'une fraction du capital comprise entre 10% et 50%. L'article 8 du décret n° 53-707 du 9 août 1953 retient une définition de la « filiale » qui peut s'appliquer à des sociétés dont moins de la majorité du capital social est détenue par une personne publique. Enfin le droit fiscal permet d'appliquer le régime dit des « sociétés mères » à toute société qui détient une fraction supérieure à 5% du capital d'une autre société. L'exigence d'une autorisation expresse pour la création de filiale serait également difficilement justifiable : la création d'une filiale se résout toujours en une détention de participation ; le principe de spécialité ne dit rien des techniques que peuvent employer les établissements publics pour diversifier leur activité ; la compétence législative pour les transferts au secteur privé des entreprises du secteur public ne s'oppose pas à la création de filiales à l'intérieur du secteur public ; l'intensité du contrôle opéré par la société mère est partiellement indépendant de l'importance de la participation dans le capital. Enfin, le Conseil d'État, dans ses formations consultatives, admet l'assimilation entre prise de participation et création de filiale.

FONCTION PUBLIQUE ET AGENTS DE DROIT PUBLIC

EMPLOIS À LA DISCRÉTION DU GOUVERNEMENT

Une disposition permettant à l'autorité de la statistique publique (ADSP) d'émettre des observations sur la nomination du directeur général de l'INSEE ne semble pas incompatible avec la procédure de nomination prévue, à la discrétion du gouvernement, et la rapproche de l'objectif de transparence du droit de l'Union.

Une proposition de directive de la Commission Européenne vise à garantir l'indépendance des autorités nationales de statistiques, ce qui suppose que la nomination et la cessation des fonctions de leurs responsables soient encadrées par des procédures transparentes. Or, le directeur général de l'INSEE est nommé à la discrétion du Gouvernement. Dans ce cadre, autant il serait conforme à l'objectif recherché, d'introduire la possibilité pour l'ADSP de formuler des observations sur les exigences relatives à la qualité du titulaire du poste, autant une exigence plus contraignante d'avis préalable de l'ADSP sur sa nomination ou sa révocation risquerait de heurter les règles constitutionnelles relatives aux conditions de nomination dans les emplois laissés à la décision du Gouvernement. Le Conseil d'État donnera son analyse sur ce point lors de l'examen du projet de décret.

PROTECTION FONCTIONNELLE

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

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

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

La protection fonctionnelle constitue un principe général du droit applicable à l'ensemble des agents des chambres de commerce et d'industrie. En cas de condamnation pénale des intéressés, la protection fonctionnelle octroyée ne peut être retirée que dans un délai de quatre mois suivant son édicition. Au-delà, seule son abrogation demeure possible à condition de disposer d'un élément nouveau permettant d'établir l'existence d'une faute personnelle.

Même en l'absence de texte, les membres élus d'une CCI peuvent bénéficier du droit à la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales engagées à leur encontre, dès lors qu'aucune faute personnelle ne peut leur être reprochée. Le droit à la protection fonctionnelle constitue, en effet, un

principe général du droit applicable à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions.

L'octroi de la protection fonctionnelle constitue une décision créatrice de droits qui ne peut être retirée que dans un délai de quatre mois suivant son édicton. Elle ne saurait, par ailleurs, être assortie d'une quelconque condition suspensive ou résolutoire. Aussi, en cas de condamnation pénale des intéressés, si le délai de quatre mois est dépassé, seule l'abrogation de la décision d'octroi de la protection fonctionnelle pour l'avenir demeure possible. L'abrogation suppose, cependant, que la collectivité publique compétente dispose d'un fait nouveau lui permettant d'établir l'existence d'une faute personnelle détachable du service. Tel peut être le cas, notamment, d'une condamnation pénale pour délit de favoritisme. La collectivité publique pourra, dès lors, refuser de prendre en charge les honoraires d'avocats et frais de procédure de ses agents postérieurs à la décision d'abrogation.

RECRUTEMENT

Lorsqu'une chambre de commerce et d'industrie de région (CCIR) délègue au profit d'une chambre de commerce et d'industrie territoriale (CCIT) la possibilité de recruter des agents, elle est dessaisie des compétences déléguées tant que dure la délégation. Les actions préparatoires au recrutement sont indissociables de la faculté juridique de signer l'acte de recrutement.

En vertu de l'article L. 711-8-5 du code de commerce, depuis le 1^{er} janvier 2011, seules les chambres de commerce et d'industrie de région (CCIR) peuvent recruter des personnels de droit public. Les CCIR, sur le fondement de l'article L. 711-3-4 du code de commerce, peuvent néanmoins déléguer aux chambres de commerce et d'industrie territoriales (CCIT) la possibilité de recruter les agents de droit public nécessaires au bon accomplissement de leurs missions opérationnelles. L'article R. 711-32 précise les modalités de la délégation et prévoit que les décisions relatives à la rémunération de ces personnels restent signées par la CCIR. L'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACFCI) considère que, dans la mesure où les éléments de rémunération constituent un élément essentiel de l'acte de recrutement, il revient à la CCIR de signer l'acte juridique concrétisant le recrutement. Elle opère donc une distinction entre la phase opérationnelle du recrutement relevant de la CCIT et la phase juridique relevant de la CCIR. Cette interprétation ne peut être retenue car la loi ne distingue pas des phases de recrutement susceptibles d'être déléguées de celles qui ne pourraient l'être. La délégation opère un transfert juridique de la compétence de recrutement du président de la CCIR au profit du président de la CCIT qui se caractérise par la faculté de signer la décision d'embauche. Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré que toute autre interprétation serait contraire à la loi car elle viderait la délégation de tout effet juridique.

INTERNATIONAL

AMICUS CURIAE

La France peut intervenir en qualité d'*amicus curiae* devant la Cour Suprême des États-Unis. Le ministère d'un avocat est obligatoire.

Les États-Unis ont adopté, en 1998, une législation sanctionnant, sur le territoire américain, les effets des expropriations prononcées à Cuba. L'OMC a estimé, en 2002, que cette législation violait les accords internationaux relatifs au droit des marques. En l'absence de sanctions de la part de l'UE et de mise en conformité de la législation américaine avec les obligations internationales, Pernod Ricard conteste, devant la Cour suprême des États-Unis, le refus de renouvellement de sa licence d'exploitation pour la marque Havana Club, acquise par Pernod Ricard auprès de Cuba et également exploitée par Bacardi qui l'a acquise auprès des cubains expropriés. L'intervention de la France en qualité d'*amicus curiae* devant la Cour suprême est envisagée. Les États interviennent peu en *amicus curiae* et la France ne l'a fait que deux fois.

Aussi, une intervention de la France en tant qu'*amicus curiae* serait étudiée avec attention par la Cour. Elle peut apporter des éléments supplémentaires à la Cour qui dispose du pouvoir discrétionnaire de juger en opportunité qu'une affaire est suffisamment pertinente pour mériter un examen sur le fond au regard de l'effet rétroactif de la législation américaine en cause, voire de la question délicate de la non-conformité des lois américaines aux obligations internationales des États-Unis.

Le ministère d'un avocat près la Cour suprême des États-Unis est obligatoire pour déposer un mémoire d'*amicus curiae*.

La France est déjà intervenue à deux reprises en tant qu'*amicus curiae*, notamment dans l'affaire ayant donné lieu à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Morrison*⁹.

LÉGISTIQUE

TEXTES RÉGLEMENTAIRES D'APPLICATION

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

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

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

EXTRATERRITORIALITÉ

L'Union des associations européennes de football (UEFA), en tant que fédération internationale, bénéficie au titre de l'article 63 de la loi du 12 mai 2010 du droit au pari sur les manifestations sportives qu'elle organise. Ce droit ne s'applique cependant pas pour les manifestations organisées à l'étranger.

Le président de l'UEFA a saisi le ministre du Budget de la question du champ d'application de l'article 63 de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture des jeux en ligne à la concurrence. Il estime que le droit au pari au profit des organisateurs de compétitions sportives prévu par cet article doit bénéficier à l'UEFA pour l'ensemble des rencontres qu'elle organise, en France ou à l'étranger.

Si la loi du 12 mai 2010 a une portée extraterritoriale, et s'applique aux compétitions sportives organisées à l'étranger, l'article 63 a un objet spécifique : étendre le droit d'exploitation des manifestations sportives à l'organisation de paris.

Cette disposition étant insérée dans le code du sport, elle doit être interprétée au regard des autres dispositions de ce code.

⁹ *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. ___, 130 S. Ct. 2869 (June 24, 2010).

A cet égard, l'UEFA bénéficie bien du droit au pari, en tant que fédération internationale. Mais le droit au pari ne s'applique pas pour les manifestations organisées à l'étranger : le code du sport règlemente l'organisation des compétitions sportives en France, et ne s'applique pas aux fédérations étrangères. La loi a d'ailleurs prévu un système de mandat, l'UEFA passant par les fédérations agréées en France pour signer les contrats avec les opérateurs de jeu en ligne. L'intention du législateur ne pouvait donc être d'appliquer le système du mandant aux rencontres organisées hors de France.

Au demeurant, une ambiguïté quant au champ d'application d'une norme ne doit pas, au regard du principe de souveraineté, être interprétée dans le sens d'une portée extraterritoriale de celle-ci.

IMPOSITION DE TOUTE NATURE

L'éventuel dispositif de mutualisation des risques pour les professionnels de santé doit prendre la forme d'un fonds de garantie, alimenté par des contributions obligatoires. Une telle contribution, qui n'est ni une cotisation sociale ni une redevance pour service rendu, constitue une imposition de toute nature. Elle doit donc être instituée par voie législative, de préférence dans une loi de finances, qui devra préciser son taux. En revanche, ce dispositif ne pourra pas figurer dans une loi de financement de la sécurité sociale.

Le Gouvernement avait introduit par amendement un dispositif de mutualisation des risques pour les professionnels de santé au sein de la proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi Hôpital, patients, santé et territoires (HPST), dite PPL Fourcade.

Le Conseil a censuré cette disposition en tant que cavalier législatif. Était donc posée la question du texte adéquat pour reprendre ce dispositif.

Le dispositif peut être inséré dans une loi de finances : la contribution qu'il crée n'est ni une redevance pour service rendu ni une cotisation sociale. Cette contribution étant une imposition de toute nature, elle peut figurer dans une loi de finances, et doit même y être insérée au regard de la circulaire du Premier ministre du 4 juin 2010. Le dispositif devra toutefois être aménagé : il devra préciser le taux de la contribution et ne pourront être maintenus les éléments sans lien avec la contribution.

En revanche, le dispositif de mutualisation des risques ne paraît pas pouvoir être inséré dans une loi de financement de la sécurité sociale, compte tenu des dispositions de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale : le dispositif n'a pas d'effet ou un effet trop indirect sur les dépenses des régimes obligatoires de base, au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

APPELS D'URGENCE

Les opérateurs téléphoniques ont l'obligation de transmettre les appels d'urgence aux services d'urgence. Cette obligation s'étend aux appels émis au moyen d'un SMS. Toutefois, la moindre fiabilité de l'acheminement des messages textuels par rapport aux appels classiques, est susceptible d'atténuer leur responsabilité en cas de défaillance du service.

En vertu des dispositions de la directive 2002/2/CE du 7 mars 2002, transposées aux articles L. 33-1 et D. 98-8 et suivants du code des postes et des communications électroniques (CPCE), les opérateurs de communications électroniques doivent transmettre aux services d'urgence les appels d'urgence émanant de tout utilisateur. Afin de permettre aux personnes déficientes auditives d'accéder aux services d'urgence, le CPCE étend cette obligation aux messages textuels (SMS), qui devrait transiter par un centre national de relais chargé de la réception et de l'orientation des demandes des personnes déficientes auditives. Dès lors en cas de défaillance de l'opérateur, sa responsabilité pourrait être engagée. Elle est cependant susceptible d'être atténuée en raison du

caractère moins fiable reconnu à ce mode de transmission d'informations par rapport à la téléphonie vocale.

LETTRE RECOMMANDÉE

L'absence de vérification de l'identité du signataire d'un accusé de réception par le prestataire postal ne suffit pas à rendre irrégulière une procédure administrative ou juridictionnelle, mais peut engager la responsabilité du prestataire.

Depuis 2007, tout prestataire postal proposant un service d'envois recommandés doit indiquer sur la preuve de distribution qu'il conserve et sur l'avis de réception demandé par l'expéditeur plusieurs informations, dont la pièce justifiant l'identité du destinataire.

En pratique, l'agent de la Poste ne relève pas systématiquement les références de la pièce ayant permis de justifier l'identité du signataire, voire ne vérifie pas du tout son identité lors de la remise d'une lettre recommandée à domicile.

Sous l'empire de l'ancienne réglementation postale, la jurisprudence administrative a déterminé le régime de la preuve qui s'applique en ce qui concerne la qualité du signataire d'un accusé de réception postal : l'expéditeur d'un pli recommandé pouvait estimer qu'il était régulièrement parvenu à son destinataire dès lors que l'avis de réception lui avait été renvoyé signé, sauf preuve contraire rapportée par le destinataire.

Sous l'empire de la nouvelle réglementation, le Conseil d'État n'a encore pas eu l'occasion de trancher ce régime de la preuve. L'ancienne solution jurisprudentielle semble cependant transposable, avec un aménagement concernant la preuve contraire : passage de la preuve d'un fait « négatif » (la signature émane d'une personne non qualifiée), à la preuve d'un fait « positif » (absence de mention des références de la pièce d'identité du signataire).

En tout état de cause, l'absence de vérification de l'identité du signataire d'un accusé de réception par le prestataire postal peut engager sa responsabilité.

POUVOIRS PUBLICS

AGRÈMENT

Autoriser les Sociétés en nom collectif (SNC) à exploiter les débits de tabacs spéciaux sans considérer s'ils sont composés de personnes physiques serait contraire au principe d'égalité devant la loi.

Les débits de tabac, qu'ils soient « ordinaires » ou « spéciaux », lorsqu'ils sont implantés sur le domaine public ou dans des enceintes non librement accessibles au public, ne peuvent être gérés que sous la forme de l'exploitation individuelle ou d'une société en nom collectif (SNC) dont tous les associés sont des personnes physiques.

Plus de 95% des débits de tabac spéciaux sont pourtant gérés par des SNC qui ne comptent pas d'associé personne physique. Il est donc envisagé d'autoriser les SNC à exploiter des débits de tabacs spéciaux, qu'elles soient ou non composées de personnes physiques exclusivement.

Une telle modification expose l'État à un risque de censure, notamment au regard du principe d'égalité qui autorise le législateur à régler de façon différente des situations différentes ou à déroger à l'égalité dans l'intérêt général, à condition que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Or, en l'espèce, si une différence de situation existe, il n'est pas certain que la différence de traitement envisagée puisse être jugée en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établira.

En l'absence de modification des textes, les risques contentieux sont en revanche limités. La loi et le décret en vigueur semblent réguliers, de même que le refus d'agrément opposé à une SNC dépourvue d'associé personne physique. Cette dernière ne pourrait se prévaloir de l'agrément délivré à une autre SNC dépourvue d'associé personne physique : le principe de légalité s'oppose à ce qu'une personne se prévale utilement d'une décision individuelle antérieure illégale. Enfin, l'agrément

illégal ne pourrait être contesté que par les personnes qui ont un intérêt leur donnant qualité à agir, ce qui serait le cas de ceux qui remplissent les conditions d'agrément et pourraient prétendre à la gérance d'un débit de tabac ou des groupements, associations ou fédérations de buralistes.

COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Le contrôle de la mise en œuvre des missions de service public confiées à EDF peut justifier l'institution d'un commissaire du Gouvernement, qui peut se faire par décret simple.

L'institution d'un commissaire du Gouvernement auprès d'un organisme constitue une modalité du contrôle que la puissance publique entend exercer sur celui-ci. Le juge constitutionnel juge de manière constante que le pouvoir réglementaire est compétent pour désigner l'autorité qui exerce la tutelle, lorsque le législateur en a prévu le principe. Néanmoins, des exigences constitutionnelles ou la volonté du législateur peuvent justifier un recours à la loi. EDF est une société anonyme dont l'État détient la majorité du capital. Ses statuts ont été approuvés par le décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004. La composition de son conseil d'administration est soumise au respect des dispositions de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et au décret-loi du 30 octobre 1935 organisant le contrôle financier de l'État. Le contrôle de la mise en œuvre des missions de service public qui lui ont été confiées par la loi peut justifier l'institution d'un commissaire du Gouvernement auprès de cette entreprise. S'il est vrai que toutes les entreprises publiques n'en sont pas dotées et qu'aucun statut général ne leur est applicable, l'État semble libre d'en désigner un auprès des entreprises dont il est actionnaire pour veiller à l'application de la politique du Gouvernement. S'agissant d'EDF, cette institution peut être opérée par décret simple modifiant le décret n° 2004-1224. Il conviendra alors de préciser les modalités de sa désignation, sa mission et ses prérogatives.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

BASE DE DONNÉES

L'État envisage de confier la gestion d'une base de données à un groupement d'intérêt économique (GIE). L'État n'est pas nécessairement propriétaire de l'ensemble des droits sur la base de données, qu'il s'agisse de la base elle-même ou du logiciel qui lui est intégré. En cas de doute sur la titularité des droits sur le logiciel, les droits patrimoniaux sur celui-ci doivent être cédés à l'État. Une licence d'utilisation, reconnaissant la qualité de producteur de la base au GIE, devrait être conclue.

Si elle est originale, une base de données est une œuvre de l'esprit, distincte du logiciel qui lui sert de support. Dès lors, si le logiciel a été divulgué sous un autre nom que la base elle-même, le titulaire des droits sur le logiciel est présumé être différent de celui sur la base (L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle). Dans cette hypothèse, une cession expresse au profit de l'auteur de la base des droits patrimoniaux sur le logiciel, qui mentionne chacun des droits cédés (article L. 131-3 du CPI), est nécessaire pour le garantir contre l'exercice de droits concurrents sur le logiciel.

Pour permettre à l'État de confier la gestion d'une base de données à un GIE, une licence d'utilisation suffit. Elle doit être préférée à une cession des droits patrimoniaux, qui ferait perdre à l'État ses droits et pourrait être considérée comme une libéralité sans contrepartie, prohibée pour les personnes publiques. Si le GIE alimente le contenu d'une base de données et prend en charge son financement, il en devient le producteur (L. 341-1 alinéa 1 du CPI). A ce titre, il peut interdire la réutilisation, par la mise à disposition du public, de la totalité ou d'une partie substantielle de la base et l'extraction répétée et systématique d'une partie non substantielle de la base.

ŒUVRES CRÉÉES PAR UN AGENT PUBLIC

La cession automatique à l'État d'œuvres créées par un agent dans le cadre de ses fonctions, prévue par le code de la propriété intellectuelle, couvre des situations strictement définies. La cession par avance des droits ne peut être une cession globale à l'exception du pacte de préférence et du contrat de représentation. Chacun des droits cédés doit faire l'objet d'une mention distincte qui en précise toutes les caractéristiques. Le droit moral ne peut être cédé : il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

La cession automatique à l'État d'œuvres créées par un agent ne s'applique que dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues (articles L. 31-3-1 et L. 131-3-2 du CPI). Mais dans le cas de l'utilisation commerciale de l'œuvre, l'État ne jouit que d'un droit de préférence et doit conclure un contrat avec l'auteur. Afin d'éviter que ce contrat ne soit qualifiée de cession globale d'œuvres futures (prohibée par l'article L.131-1 CPI), les œuvres doivent être clairement identifiées. Par ailleurs, chacun des droits cédés doit faire l'objet d'une mention distincte et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée (article L.131-3 CPI). Si l'agent le souhaite, il peut s'agir d'une simple concession (licence), ce qui permet à l'auteur de conserver ses droits patrimoniaux, tout en autorisant l'utilisation de ces droits par le titulaire de la licence. La cession ou la concession peuvent s'opérer à titre gratuit ou contre rémunération. Par exception au principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur, la rémunération peut être forfaitaire, notamment si la base de calcul de la rémunération proportionnelle ne peut être déterminée, comme c'est le cas pour des photographies qui n'ont pas encore été prises par l'auteur et dont l'État ignore encore s'il les commercialisera (article L.131-4 alinéa 2 CPI). En tout état de cause, le droit moral de l'auteur doit être respecté et le nom du photographe doit, de ce fait, apparaître sur ou à côté de chaque photographie.

RÉSEAUX SOCIAUX

La pratique de l'administration consistant à instaurer des liens à partir de ses sites internet sur les réseaux sociaux, aux fins d'y diffuser des informations relatives à ses actions, ne constitue pas un acte de publicité.

Le CSA, par une décision du 27 mai 2011, a interdit aux chaînes de télévision et aux radios de désigner nominativement des marques protégées comme « Facebook » et « Twitter », dans la mesure où cette pratique est assimilable à de la publicité clandestine, eu égard au caractère commercial de ces réseaux. Si une telle décision ne peut être étendue à Internet, le délit d'usage illicite de ces marques risque néanmoins de trouver à s'appliquer du fait de la reproduction à l'identique des marques « Facebook » et « Twitter » sur ce type de réseau. Ainsi, le fait pour l'administration d'instaurer à partir de ses sites Internet des liens hypertextes visant des marques protégées, pourrait constituer un usage à titre de marque et encourir une action en contrefaçon. Toutefois le risque est très faible et la sanction incertaine, compte tenu de la spécificité d'Internet et d'une pratique généralisée dans ce domaine. Cette pratique par l'administration est insusceptible d'être qualifiée d'acte de publicité. En tout état de cause, pour être en conformité avec le droit des marques, une demande d'autorisation informelle pour utiliser les signes « Facebook » et « Twitter » pourrait être requise auprès des mandataires de la marque.

CRÉATION DE SITE INTERNET

Le fait de renvoyer par lien hypertexte à des entreprises référencées sur un autre site n'exonère pas l'auteur du renvoi de sa responsabilité.

Le développement du site internet *France.fr* est envisagé. L'objectif est de réaliser une vitrine des produits français pour faciliter la relation entre les consommateurs étrangers et les entreprises françaises exportatrices. Si l'État crée le site et en gère le contenu, il est considéré comme éditeur au

sens de la loi et donc pleinement responsable, y compris, selon la jurisprudence, pour les liens hypertexte intégrés au site. En n'orientant vers aucune entreprise en particulier, le site de l'État *France.fr* réduirait les risques de contentieux pour rupture du principe d'égalité qui pourraient être engagés par une entreprise concurrente s'estimant lésée de ne pas y figurer. Il diminuerait également les risques d'action en incluant dans la rubrique « mentions légales » une clause exonératoire de responsabilité. Si le site oriente les consommateurs vers des entreprises, il appartient à l'État d'être sélectif et transparent dans le choix des entreprises visibles sur le site et de vérifier notamment leur respect de la législation relative à la protection des consommateurs compte tenu de la responsabilité accrue en la matière, s'agissant d'un site émanant du ministère de l'économie.

Si le projet est directement porté par Ubifrance, établissement public industriel et commercial, placé sous la tutelle du Ministre de l'Économie, celui-ci est personnellement responsable du site qu'il édite, du fait de sa personnalité juridique distincte de celle de l'État. Mais, la gestion de ce site ne pourra être confiée à Ubifrance, qu'en cas d'acceptation par l'établissement public, compte tenu du principe d'autonomie, et de respect de son champ de compétence, compte tenu du principe de spécialité.

SECRET

COMMUNICABILITÉ DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

La protection du secret industriel et commercial s'oppose à la communication des avis relatifs aux conditions d'octroi d'une garantie publique pour les projets d'EPR. Les analyses des facteurs environnementaux sont accessibles à toute personne qui en fait la demande.

Le ministre a été saisi d'une demande de communication de documents relatifs à des projets d'EPR sur des sites à l'étranger. Ces documents comprennent, un avis sur l'octroi de garantie établi par une entreprise exportatrice et deux études environnementales. Ces projets d'EPR ont fait l'objet d'avis de la commission des garanties et du crédit. La commission étant composée de représentants de services de l'État, ces avis entrent dans le cadre du droit à communication prévu par la loi du 17 juillet 1978. Toutefois, ces avis concernent les conditions d'octroi de garanties et sont donc couverts en totalité par le secret industriel et commercial. Ils ne peuvent donc être communiqués. Il en va autrement pour les études environnementales. La loi de 1978 leur est applicable sous réserve du régime spécial et plus favorable défini par les dispositions des articles L.124-1 et suivants du Code de l'environnement. Les informations relatives à l'environnement, qu'elles contiennent, peuvent être communiquées par l'administration, en fonction de leur intérêt pour le public, alors même qu'elles relèveraient du secret industriel et commercial. Enfin les informations relatives à l'émission de substances dans l'environnement ne peuvent pas faire l'objet d'un refus de communication, quand bien même elles porteraient atteinte à ce secret.

VIE PRIVÉE

SECRET DES CONVERSATIONS

Les services d'aide médicale urgente (SAMU) ne relèvent pas du champ d'application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques. Pour être licite, l'enregistrement du contenu d'un échange téléphonique entre les SAMU et leurs correspondants doit respecter les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 sur le traitement des données à caractère personnel.

L'article L. 34-1 du CPCE, relatif à la protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux de communication électroniques, pose un principe d'effacement des données relatives au trafic par les opérateurs de communications électroniques. Par exception, il autorise, dans certains cas énumérés, la conservation des données de trafic et de localisation de l'équipement terminal d'un utilisateur, à l'exclusion du contenu de l'échange téléphonique. Les SAMU, qui ne répondent pas à la définition d'opérateurs de communications électroniques ou personnes assimilées, ne relèvent pas du champ d'application de cet article. Ils ne peuvent donc se prévaloir de cette disposition pour enregistrer le contenu des échanges entre les appelants et le médecin régulateur : les SAMU ne sont pas des opérateurs de communication électronique ; les opérateurs eux-mêmes ne peuvent enregistrer le contenu d'un échange téléphonique.

Les SAMU peuvent toutefois enregistrer les conversations téléphoniques, sans le consentement des appelants, après avoir fait une déclaration préalable à la CNIL. Ce traitement de données à caractère personnel, au sens de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, est licite en dépit de l'absence de consentement, car il correspond à l'hypothèse de « sauvegarde de la vie de la personne concernée », prévue par la loi.

VIOLATION DE DOMICILE

Les résidences des écoles nationales des douanes sont des logements foyers. Le règlement intérieur du foyer autorise l'administration à pénétrer dans les chambres des élèves douaniers, en cas d'urgence ou pour effectuer des réparations. Toute autre intrusion serait susceptible de constituer une violation de domicile.

Les résidences des écoles des douanes de Tourcoing et de la Rochelle constituent des « foyers conventionnés », régies par les articles L. 633-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, ainsi que par la convention signée entre l'État et l'association de gestion des résidences des écoles nationales des douanes (AGRENAD).

Des règlements intérieurs rappellent aux résidents de ces écoles leurs droits, leurs obligations, les conditions d'utilisation des services collectifs, et les règles disciplinaires. Ils autorisent notamment, l'intervention de l'administration dans les chambres des stagiaires en leur absence, uniquement « en cas de nécessité ou d'urgence ».

L'article L.633-2 du même code dispose que « la signature du contrat par la personne logée vaut acceptation du règlement intérieur de l'établissement ».

En conséquence, les élèves des écoles des douanes ne peuvent s'opposer à l'intervention de l'administration dans les chambres pour des raisons d'urgence ou de nécessité. En revanche, toute intrusion de l'administration, pour un autre motif pourrait être regardée comme une atteinte à la vie privée et être constitutive d'une violation de domicile (article 226-4 du code pénal).

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL	5
PREMIÈRE PARTIE : LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UNE DIRECTION D'EXPERTISE	7
I. LES MISSIONS DE LA DIRECTION	9
1. Assurer une réglementation simple et efficace	11
1.1. Participer à la modernisation de la réglementation.....	11
➤ La réforme constitutionnelle relative aux lois de programmation des finances publiques	11
➤ Le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique.....	11
➤ L'ordonnance du 1 ^{er} mars 2011 portant extension Outre-mer de l'EIRL	11
➤ Le décret du 4 décembre 2002 relatif aux appels d'offres éolien et photovoltaïque ...	11
1.2. Adapter la réglementation de la commande publique	12
➤ La transposition de la directive « véhicules propres »	12
➤ La transposition de la directive « marchés de défense et de sécurité »	12
➤ Trois modifications du code des marchés publics	13
➤ La refonte de trois arrêtés d'application du code des marchés publics	13
➤ Les règles de passation des baux emphytéotiques administratifs.....	14
2. Garantir une expertise opérationnelle	14
2.1. L'expertise en droit privé.....	14
➤ L'avis du Conseil d'État sur le secret des affaires (avis n° 384892 du 31 mars 2011, Section des finances)	14
2.2. L'expertise en droit public	15
➤ La participation à la défense du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel	15
➤ L'avis du Conseil d'État sur la cession de terrains pollués de la défense (avis n° 385731 du 15 novembre 2011, Section des travaux publics, Section de l'administration)	15
➤ Opérations immobilières complexes sur le domaine public	16
➤ La réforme de la prise en charge de la dépendance	16
➤ Les titres de recettes dématérialisés.....	16
2.3. L'expertise en droit communautaire et en droit international.....	16
➤ Les contrats de prêts entre l'EFSF et les États bénéficiaires	16
➤ L'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) et la lutte contre le blanchiment de capitaux	17
➤ Euro 2016 et aides d'État.....	17
2.4. L'expertise en droit financier et en droit industriel	17
➤ L'attribution et la gestion des noms de domaine.....	17
➤ L'application de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration	17
➤ Les gels d'avoirs financiers	18
➤ L'interprétation des textes antiblanchiment.....	18
3. Coordonner la préparation, la mise en œuvre et la défense des textes	19
3.1. Coordonner la préparation et le suivi des textes	19
➤ Une structure centrale de coordination	19

➤ Les PTG et le suivi de la mise en œuvre des lois, directives et règlements communautaires.....	19
3.2. Coordonner la défense des textes.....	20
➤ La centralisation des contentieux des décrets de Bercy.....	20
➤ Les questions prioritaires de constitutionnalité	20
4. Défendre l'État au contentieux.....	21
4.1. Au titre de la fonction d'agent judiciaire du Trésor (AJT).....	21
➤ La « Grotte Chauvet ».....	21
➤ Les consorts Renault.....	21
➤ L'Hôtel Martinez	22
➤ L'incendie du centre de rétention de Vincennes	22
➤ Le procès Colonna	23
➤ L'attentat de Karachi (évolutions en 2011)	23
➤ Les émeutes de Villiers-le-Bel.....	23
4.2. Au titre du rôle de prestataire de services	24
➤ Le contentieux relatif à l'Association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA).....	24
➤ Le contentieux relatif aux décisions de la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC)	24
➤ Les contentieux relatifs aux jeux d'argent et de hasard.....	24
➤ La centralisation des dépôts du livret A	24
➤ Le référé Free : attribution de la licence 4G de téléphonie mobile	25
➤ L'implantation des antennes de téléphonie mobile	25
5. Diffuser l'information juridique	26
5.1. Les publications	26
➤ Le Courrier juridique des Finances et de l'Industrie (CJFI)	26
➤ La Lettre de la DAJ.....	26
5.2. La rubrique juridique d'Alizé.....	26
5.3. Les brochures et guides.....	27
➤ Le guide sur les délégations de compétences.....	27
➤ L'édition 2011 du <i>Vade-mecum des aides d'État</i>	27
5.4. Le site de la DAJ	27
5.5. Le recensement des marchés publics	28
II. LES TEMPS FORTS DE L'ANNÉE 2011	29
1. Les questions prioritaires de constitutionnalité	31
2. L'application de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (loi Warsmann III)	31
3. Les projets de directives européennes sur les marchés publics et les concessions ..	31
➤ La révision des directives « marchés publics ».....	31
➤ La relance de la directive sur les concessions de services	32
➤ L'accès des pays tiers aux marchés publics de l'Union européenne	32
4. Les assises de la simplification et la proposition de loi Warsmann IV	32
➤ La « mission Warsmann ».....	32
➤ La « mission Doligé »	32
➤ Les « Assises de la simplification ».....	33
5. Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs	33

6. La refonte de la circulaire relative à la transaction.....	33
7. Les réactions au rapport Prada sur la compétitivité juridique de la place de Paris.....	34
8. Le FIPOLE.....	35
9. L'entrée en vigueur de la partie législative du code de l'énergie et la transposition du « 3ème paquet énergie »	35
10. Les contentieux gaziers, photovoltaïques et éoliens	36
11. L'insertion de clauses d'action collective dans les contrats d'émission de dette souveraine.....	36

DEUXIÈME PARTIE : LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, UN ENGAGEMENT DE QUALITÉ37

I. LES RESSOURCES HUMAINES39

1. L'organigramme issu de la réforme opérée par l'arrêté du 24 octobre 2011	41
2. Les effectifs.....	42
➤ Les effectifs et le temps de travail.....	42
➤ Les effectifs par catégorie	43
➤ Les effectifs par catégorie et par sexe	44
➤ Les effectifs par catégorie et par âge.....	45
➤ Les effectifs par âge et par sexe	46
➤ Les effectifs par métier.....	47
➤ Les effectifs par statut	48
➤ Les arrivées et les départs	48
➤ L'accueil des stagiaires	49
3. La formation professionnelle	49
3.1. Données générales.....	49
3.2. Formation à la légistique.....	50
3.3. Formation sur les questions prioritaires de constitutionnalité.....	50
3.4. Formation sur l'évaluation préalable, les notices et le mécanisme des dates communes d'entrée en vigueur des textes	50

II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES51

1. Les clients de la DAJ.....	53
1.1. L'origine des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients	53
1.2. Les clients de l'Agent Judiciaire du Trésor en 2011	54
2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques	54
3. Le conseil aux acheteurs publics	55
4. La défense de l'État devant les juridictions.....	55
4.1. Le contentieux judiciaire	55
4.2. Le contentieux administratif	56
5. Le bilan financier	57
5.1. Les dépenses de justice	57
5.2. Les recettes non fiscales	57

III. L'ENGAGEMENT QUALITÉ59

IV. LES RELATIONS EXTÉRIEURES	61
1. Les relations avec les services acheteurs du ministère	63
2. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients	63
2.1. Les renouvellements de conventions.....	63
➤ Cinq conventions ont fait l'objet d'un premier renouvellement au cours de l'année....	63
2.2. Les nouvelles conventions, signées en 2011	64
3. Les fonds de dotation	65
4. L'extranet AJT.....	66
5. Missions ou réception de délégations étrangères.....	66
 TROISIÈME PARTIE : LA SYNTHÈSE DE NOTES SIGNIFICATIVES DE L'ANNÉE	 67
ACCIDENTS ET RÉPARATIONS CIVILES	69
Indemnité forfaitaire de gestion	69
Opérateurs de voyages	69
AIDES D'ETAT	70
Partenariat public-privé	70
COMMANDE PUBLIQUE	70
Affacturage	70
Collecte de déchets	70
Intermédiation contractuelle.....	71
Marché public d'assurance	71
Pouvoir adjudicateur	72
Quasi-régie	72
Relations État – Mutuelles de fonctionnaires.....	73
Relations État – Organismes interprofessionnels.....	74
Réservation de places de crèches	74
Sous-traitance	74
Vente à perte	75
Vente en l'état de futur d'achèvement	75
COMMERCE	76
Contrôle des établissements classés	76
Dépannage sauvage	76
COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ	77
Condamnation solidaire	77
CONSOMMATION	77
Vente sur internet.....	77
DOMAINE PUBLIC	78
Cession de terrains.....	78
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE	78
Accords de consolidation de dettes	78
Entraves à l'accès à un marché.....	79

Juridiction internationale	79
DROIT FINANCIER.....	80
Exercice de la profession de banquier	80
DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE.....	80
Dénonciation par les agents publics.....	80
Groupements d'intervention régionaux.....	81
Prise illégale d'intérêts.....	81
DROIT SOCIAL	82
Avantages en nature.....	82
Obligation contractuelle de sécurité	82
Prêt d'amélioration à l'habitat.....	83
ÉNERGIE.....	83
Obligations de service public	83
Tarifs réglementés de vente.....	84
ÉTABLISSEMENT PUBLIC	84
Création de filiale	84
FONCTION PUBLIQUE ET AGENTS DE DROIT PUBLIC	85
Emplois à la discrétion du Gouvernement	85
Protection fonctionnelle.....	85
Recrutement	86
INTERNATIONAL	86
Amicus curiae	86
LÉGISTIQUE.....	87
Textes réglementaires d'application	87
Extraterritorialité	87
Imposition de toute nature	88
POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES.....	88
Appels d'urgence	88
Lettre recommandée.....	89
POUVOIRS PUBLICS	89
Agrément	89
Commissaire du Gouvernement.....	90
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	90
Base de données	90
Œuvres créées par un agent public	91
Réseaux sociaux.....	91
Création de site internet.....	91
SECRET	92
Communicabilité des documents administratifs	92
VIE PRIVÉE.....	92
Secret de conversation.....	92
Violation de domicile	93

Sommaire



Lire ou imprimer toute la Lettre

Administration

20 nouvelles mesures pour l'administration numérique

Juridiction

La CEDH submergée de demandes de sursis à l'exécution de mesures d'expulsion

Finances publiques

La limitation du plafonnement de l'ISF conforme

Marchés

Le G20 à Bercy I

Energies

La lettre recommandée trouve son format électronique

Emploi

Quand travail rime avec santé

Et aussi

CJPI N° Spécial: Fonds de dotation

ÉDITO

LE PREMIER RAPPORT PUBLIC DE DIDIER MIGAUD



Didier Migaud, Premier président de la Cour des comptes

Une nouvelle fois, dans son traditionnel rapport public annuel, la Cour des comptes dessine un kaléidoscope contrasté des finances et de la gestion publique. Les deux tomes de ce rapport ont deux vocations bien distinctes : le premier relate les observations nouvelles des Juridictions financières, issues de leurs contrôles et le second est consacré aux suites données aux observations et recommandations formulées précédemment.

Cette attention prêté au suivi des recommandations des juridictions financières s'inscrit dans une stratégie que j'entends encore développer.

Elle vise à mieux répondre à la mission d'information des citoyens que l'article 47-2 de la Constitution assigne à la Cour.

Pour aider le lecteur à se frayer un chemin dans ces gros volumes, la Cour a fait un réel effort - sommaire précis et expressif, annexes détaillant les accès thématiques, mots - clés, liste exhaustive des sigles.

Cette aide doit permettre au lecteur de vite repérer les insertions qui l'intéressent.

Ainsi peut-on citer la présentation de la situation des finances publiques, fondée sur l'examen des résultats de la loi de programmation 2009-2012 et de la trajectoire décrite par la loi de programmation des finances publiques 2011-2014. Autre problématique développée, celle des dépenses fiscales examinée sous plusieurs facettes. La Cour analyse également dans le détail la situation du fonds de réserve des retraites (FRR), ou encore le dispositif d'indemnisation du chômage partiel, outil insuffisamment utilisé et aux effets limités.

Je pourrais encore citer les évolutions de la gestion des services publics d'eau et d'assainissement ou encore les transformations en cours du CNRS...

Mais je préfère laisser le lecteur découvrir la variété et la richesse des sujets examinés.

Je veux enfin souligner l'effort permanent de pédagogie de la Cour qui constate les progrès, insiste sur les efforts à poursuivre et alerte sur les situations qui n'évoluent pas.

Les lecteurs prendront connaissance des recommandations précises que nous formulons et des solutions concrètes et opérationnelles que nous proposons. Ils pourront aussi, dans le tome 2, suivre, quelle est, au fil du temps, la mise en oeuvre des réformes suggérées et des adaptations préconisées.^[1]



Haut de page

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



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

Vade-mecum des aides d'État

Édition 2011

Edition 2012 à paraître

La documentation Française

Code des marchés publics



Nouvelle édition à jour

des décrets 2011-1000 du 25 août 2011 et 2011-1104 du 14 septembre 2011 (marchés publics de défense ou de sécurité)

Les éditions des JOURNAUX OFFICIELS

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES



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

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



COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE
OCTOBRE-NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2011 - 176 p. - 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

La documentation Française



Charte des valeurs de la Direction des affaires juridiques

La présente charte des valeurs de la direction des affaires juridiques des ministères économique et financier est le fruit d'un travail de réflexion collective.

Préparée au cours du printemps 2011 par une trentaine d'agents de la direction, juristes et non juristes, représentant ses différents métiers, présentée et discutée en comité de direction, elle a été proposée à tous les agents de la direction le lundi 7 novembre 2011.

Préambule

Les agents de la direction des affaires juridiques sont soumis aux droits et obligations des fonctionnaires de l'Etat, tels qu'ils figurent, notamment, dans le statut général de la fonction publique : ils se conforment, en outre, à toutes les valeurs du service public, telles que la défense de l'intérêt général ou l'impartialité, auxquelles ils sont profondément attachés.

L'objet de cette charte est d'identifier les valeurs particulières qui guident l'action de la direction juridique des ministères économique et financier dans son travail quotidien, au service de l'Etat, pour rendre un service de qualité et établir des relations de confiance avec tous ceux qui requièrent son aide.

La légalité

Nous comprenons le respect de la légalité comme le premier devoir d'une direction juridique. Pour répondre à la légitime demande de sécurité juridique de ceux qui nous font confiance, nous nous attachons à garantir, à tout moment, une expertise fiable et impartiale, la défense du droit devant les juridictions et l'élaboration de textes respectueux des normes applicables.

L'exigence

Nous nous imposons vérification attentive des données et des sources, recherche sans a priori, rigueur du raisonnement et validation collégiale. Cette exigence requiert de chacun de nous qu'il se forme, en permanence, aux évolutions des domaines dont il a la charge.

L'échange

Nous recherchons, avec ceux qui nous sollicitent, des relations de confiance, fondées sur l'écoute, le dialogue et la compréhension, qui n'est pas complaisance. Nous nous engageons à fournir, dans les délais utiles, des réponses opérationnelles.

Nous garantissons notre soutien loyal dans la durée et assumons les responsabilités qui nous sont confiées, devant les juridictions, dans l'élaboration des textes et dans les négociations, interministérielles ou internationales.

L'esprit d'équipe

Nous privilégions, au sein de notre direction pluridisciplinaire, le dialogue, la concertation, le partage des connaissances, le respect des opinions, la contradiction constructive et l'ouverture d'esprit. Tant la diversité de nos formations et de nos parcours professionnels, que la collégialité de nos travaux, sont des atouts pour la qualité du service que nous offrons.

La confidentialité

Nous garantissons à nos interlocuteurs, quelle que soit la nature des travaux qui nous sont demandés, la confidentialité essentielle à l'établissement de relations de confiance.

La modestie

Nous ne voulons être ni des juges, ni des censeurs, mais des conseils et des partenaires. Conscients des mutations du droit, nous acceptons de nous remettre en question et de faire part de nos doutes.

Au regard des contraintes dont doivent tenir compte les décisions publiques, nous acceptons la critique et garantissons notre soutien actif, quel que soit l'accueil réservé à nos analyses et à nos conseils.

Directrice de la publication : Catherine Bergeal