



RAPPORT D'ACTIVITÉ 2013

Direction des affaires juridiques

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

PREMIÈRE PARTIE - UNE DIRECTION COMPÉTENTE DANS TOUS LES DOMAINES DU DROIT ET OUVERTE SUR L'EXTÉRIEUR

- I Les missions de la direction
- II Une direction ouverte sur l'extérieur

DEUXIÈME PARTIE - LES PRINCIPALES CONSULTATIONS

TROISIÈME PARTIE - LES CHIFFRES-CLÉS DE LA DAJ

- I Les ressources humaines
- II L'activité en chiffres

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

L'année 2013 a été une année dense en termes de traduction normative des réformes engagées au plan national par les ministères économiques et financiers, comme dans la négociation de différentes réformes européennes.

Les lois relatives à la consommation, à l'économie sociale et solidaire, à la simplification de la vie des entreprises sont autant de textes à l'adoption desquels la direction des affaires juridiques s'est appliquée à concourir du plus près possible. L'intervention au second semestre 2013 d'un accord politique sur les directives dites « marchés publics » et « concessions » est venue conclure un travail de négociation intensif.

Ces travaux en préfigurent bien d'autres : mise en œuvre réglementaire des réformes législatives et approfondissement de la démarche de simplification ordonnent d'ores et déjà le travail de la direction pour 2014.

Jean MAIA
Directeur des affaires juridiques
Agent judiciaire de l'Etat

PREMIÈRE PARTIE

UNE DIRECTION COMPÉTENTE DANS TOUS LES DOMAINES DU DROIT ET OUVERTE SUR L'EXTÉRIEUR

I. Les missions de la direction

II. Une direction ouverte sur l'extérieur

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**

1. Assurer une réglementation simple et efficace

1.1. Participer à la modernisation de la réglementation

En 2013, la DAJ a participé à l'élaboration de plusieurs projets de textes.

➤ **Projet de loi relatif au droit des femmes**

L'article 3 du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes élargit à la méconnaissance de leurs obligations en matière d'égalité professionnelle la liste des interdictions de soumissionner aux marchés publics applicables à l'ensemble des personnes publiques ou privées soumises aux règles de la commande publique.

La direction des affaires juridiques a été associée aux différents travaux préparatoires de cet article : présentation du nouveau dispositif devant les fédérations professionnelles et les opérateurs économiques organisée par le ministère du droit des femmes ; assistance à ce ministère devant les assemblées parlementaires, dans le cadre des questions posées par les commissions saisies et pour l'examen des amendements déposés.

➤ **Lois relatives à la transparence de la vie publique**

A l'initiative des deux lois, organique (n° 2013-906) et ordinaire (n° 2013-907) du 11 octobre 2013, le Gouvernement a entendu prévenir les conflits d'intérêts et garantir la transparence de la vie publique pour les membres du Gouvernement, les titulaires de mandats électifs et les personnes chargées d'une mission de service public. Est instituée une Haute autorité pour la transparence de la vie publique ayant notamment pour mission de contrôler la véracité des déclarations de patrimoine et d'intérêts de divers acteurs de la vie publique, au nombre desquels figurent les membres du Gouvernement et les parlementaires. La DAJ a été associée à la défense de ces lois devant le Conseil constitutionnel (déc. n^{os} 2013-675 et 676 du 9 oct. 2013), s'agissant du grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre.

La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique instaure, dans son article 8, un dispositif de mandat de gestion sans droit de regard pour certains intérêts financiers détenus par les membres du Gouvernement ainsi que les présidents et membres des autorités administratives et publiques indépendantes (AAI et API) intervenant dans le domaine économique. L'objectif de la mesure est d'éviter la suspicion que peut faire naître la détention d'instruments financiers par des personnes exerçant des compétences dans les secteurs économiques et financiers ou en position de bénéficier d'informations privilégiées dans ces domaines. La loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les conditions d'application de la mesure.

En liaison avec la direction générale du Trésor, la DAJ a été chargée d'établir la liste des autorités administratives indépendantes (AAI) et autorités publiques indépendantes (API) auxquelles ces règles s'appliqueront. Elle a participé à la détermination du champ des instruments financiers concernés et des modes de gestion, à l'exclusion du droit de regard, auxquels ces personnes peuvent recourir.

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

Un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a été présenté, le 17 juillet 2013, par la ministre de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, en Conseil des ministres. Il a été déposé à l'Assemblée nationale et comporte, notamment, une réécriture de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Celle-ci étend le champ d'application et la nature des bénéficiaires de la protection fonctionnelle.

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée en matière de protection fonctionnelle, la DAJ a contribué aux travaux préparatoires relatifs à ces dispositions.

➤ **Personnels mis à disposition d'un groupement d'intérêt public (GIP)**

La DAJ a participé à l'élaboration du décret n° 2013-292 du 5 avril 2013 relatif au régime de droit public applicable aux personnels des groupements d'intérêt public. Le dernier alinéa de l'article 109 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit que, sous réserve des dispositions relatives à la mise à disposition prévues par le statut général de la fonction publique, et quelle que soit la nature des activités du groupement, les personnels ainsi que le directeur sont soumis, dans les conditions fixées par la convention constitutive, aux dispositions du code du travail ou à un régime de droit public déterminé par décret en Conseil d'Etat. Le décret du 5 avril 2013 prévoit le cadre juridique applicable aux personnels des GIP ayant opté pour ce régime de droit public.

➤ **Rémunération des dirigeants des opérateurs de l'Etat**

Le décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012 encadre la rémunération des dirigeants des entreprises publiques détenues majoritairement par l'Etat, y compris leurs principales filiales, ainsi que des établissements publics industriels et commerciaux. Dans le prolongement de cette mesure et afin de rénover le pilotage stratégique des opérateurs de l'Etat, le Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) du 18 décembre 2012 a demandé au ministre délégué au budget de proposer un encadrement et une clarification des règles de fixation de la rémunération des dirigeants de ces opérateurs ne relevant pas du décret de 2012 précité.

La DAJ a apporté son soutien à la rédaction d'un texte qui achève la mise en place d'un dispositif de plafonnement de la rémunération des dirigeants applicable à l'ensemble des entreprises et établissements du secteur public de l'Etat.

➤ **Participation à l'élaboration et la mise en œuvre des décisions des CIMAP**

La direction des affaires juridiques a participé à l'analyse des propositions de simplification de l'accès des entreprises aux marchés publics, issues des services déconcentrés de l'Etat, des entreprises et des parlementaires. Quatre mesures ont été retenues lors du CIMAP du 17 juillet 2013 :

- Le cahier des clauses administratives générales (CCAG) des marchés de travaux sera modifié pour réduire les délais de paiement dans ces marchés, notamment par l'instauration d'un décompte général tacite, pour le paiement du solde ;
- Les mesures de simplification des nouvelles directives sur les marchés publics, dont la publication interviendra au printemps 2014, seront transposées de façon accélérée. Cette transposition diligente concernera la nouvelle procédure de partenariat d'innovation qui favorise le développement de l'innovation dans le cadre des marchés publics et des simplifications liées à la candidature aux marchés publics, notamment l'exonération pour le titulaire pressenti de produire un document déjà fourni dans le cadre d'une précédente procédure toujours valable, la limitation des exigences des acheteurs publics relative à la capacité financière des entreprises candidates ;
- Les simplifications déjà réalisées feront l'objet d'une communication accrue et, en parallèle, les bonnes pratiques des acheteurs publics seront diffusées (utiliser les souplesses offertes par les marchés à procédure adaptée, généraliser la désignation d'un interlocuteur unique, permettre la régularisation du dossier de candidature, etc.) ;
- Un document simplifié de candidature aux marchés publics pour les très petites entreprises (TPE) et les petites et moyennes entreprises (PME) sera expérimenté par la préfecture de la région Midi-Pyrénées à partir du premier semestre 2014.

La mise en œuvre de ces mesures est assurée par la direction des affaires juridiques, qui appuie également l'expérimentation de la région Midi-Pyrénées.

TEMPS FORT : LE PROJET DE LOI RELATIF A L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Ce projet, porté par le ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation, consacre pour la première fois en un texte unique les principes et modalités d'organisation et de fonctionnement de l'économie sociale et solidaire, jusque là non écrits ou épars.

La DAJ a apporté son concours à la rédaction de ce projet de loi en participant à l'élaboration de certaines définitions : principes fondateurs de l'économie sociale et solidaire, éléments caractéristiques de la coopérative, notion de subvention, etc. Elle a également été sollicitée sur les projets de dispositions relatives aux modalités particulières d'application des règles de la commande publique à ce secteur de l'économie, aux règles gouvernant les associations et fondations et à l'information des salariés afin qu'ils puissent présenter une offre en cas de cession de l'entreprise.

Le projet de loi a été adopté en première lecture au Sénat le 7 novembre 2013.

1.2. Adapter la réglementation de la commande publique et défendre les intérêts français dans les négociations à Bruxelles

➤ Transposition de la directive relative à la lutte contre les retards de paiement

La loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (titre IV) et le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ont introduit dans le droit national les dispositions de la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Afin de lutter plus efficacement contre les comportements préjudiciables à la compétitivité et à la rentabilité des entreprises, ce nouveau dispositif harmonise les délais de paiement de tous les acheteurs publics pour l'ensemble de leurs contrats de la commande publique. En outre, en cas de retard de paiement, il renforce les sanctions par l'augmentation du taux des intérêts moratoires et l'instauration d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

Ces textes, dont le pilotage a été assuré par la DAJ en lien avec la direction générale des finances publiques (DGFIP), constituent une étape importante de la modernisation des relations entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs fournisseurs.

➤ Révision du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG Travaux)

La mesure n°7 du Plan d'investissement pour le logement arrêté par le Président de la République le 21 mars 2013, a pour ambition d'améliorer la trésorerie des entreprises par une adaptation de la législation et de lutter contre les « délais cachés » dénoncés par les professionnels du bâtiment.

Pour mettre en œuvre cette décision, l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés publics de travaux a été modifié.

L'objectif de la réforme est de réduire le délai global de la procédure d'établissement du solde du marché de travaux, en diminuant à tous les stades de la procédure, les délais laissés aux opérateurs économiques ou aux pouvoirs adjudicateurs pour procéder aux opérations permettant le paiement des prestations.

L'arrêté prévoit, la possibilité, en l'absence d'un décompte général établi par le pouvoir adjudicateur dans les délais contractuels, d'établir un décompte général et définitif tacite, sur la base de la demande présentée par l'entreprise. Le texte vise ainsi à débloquer les situations dans lesquelles la collectivité publique n'agit pas. Afin de limiter les risques financiers pour les acheteurs publics, lorsque les délais contractuels sont dépassés, une procédure d'alerte auprès du maître d'ouvrage a été

instaurée. Déclenchée par le titulaire, elle laisse au maître d'ouvrage un délai de 10 jours pour transmettre un décompte avant le déclenchement de la procédure tacite.

Pour élaborer ce nouveau dispositif, la DAJ a sollicité l'avis des organisations professionnelles et des associations d'élus, en menant notamment une concertation sur le site du ministère.

L'arrêté a reçu un avis favorable de la Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) le 19 décembre 2013 et sera publié au premier trimestre 2014.

➤ **Modification du décret « seuils »**

Le décret n° 2013-1259 du 27 décembre 2013 a modifié les seuils au-delà desquels une procédure formalisée est nécessaire pour la passation des marchés publics et autres contrats de la commande publique. Ces seuils ont été relevés d'environ 3 %, conformément au règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission du 13 décembre 2013 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés. Ils sont mis à jour par la Commission européenne tous les deux ans pour tenir compte de la fluctuation des cours monétaires. Ces seuils sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2014.

➤ **Règlement réciprocité**

La Commission européenne a adopté, le 21 février 2012, une proposition de règlement concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers. Ce dispositif s'inspire de ceux prévus par la directive 2004/17/CE, en les étendant à tous les marchés publics et aux contrats de concession. La proposition a fait l'objet, au Parlement européen, d'une première discussion le 17 septembre 2013, puis d'un vote en sa faveur le 15 janvier 2014. Les services de la DAJ appuient la direction générale du Trésor (DG Trésor), qui pilote la négociation de cette proposition, afin de le faire évoluer vers un outil plus simple et plus efficace.

TEMPS FORT : LES DIRECTIVES « MARCHES PUBLICS » ET « CONCESSIONS »

Le 20 décembre 2011, la Commission européenne a présenté trois propositions de directives qui visent à moderniser le droit européen de la commande publique :

- une proposition de directive sur la passation des marchés publics (« secteurs classiques ») ;
- une proposition de directive sur la passation des marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (« secteurs spéciaux ») ;
- une proposition de directive sur l'attribution des contrats de concessions.

Poursuivant l'action entreprise les années précédentes, la direction des affaires juridiques a, au cours de l'année 2013, participé activement aux négociations sur ces propositions de textes, aux côtés de la Représentation permanente. Elle a également piloté le travail interministériel de préparation et de suivi, sous l'égide du Secrétariat général des affaires européennes (SGAE). Dans le cadre de nombreuses réunions qui se sont tenues au Conseil de l'Union européenne (UE) et des multiples échanges avec les autres parties prenantes (Commission européenne, Parlement européen, représentants des autres Etats membres et des principaux opérateurs intéressés), elle a œuvré à l'évolution de ces trois propositions vers davantage de souplesse.

1. La négociation des directives « marchés publics » ou la rénovation de l'encadrement européen en vigueur

Les deux propositions de directives relatives aux marchés publics visent à rénover l'encadrement existant. Elles se substitueront aux directives du 31 mars 2004 qui encadrent la passation des

marchés publics dans les secteurs « classiques » (directive 2004/18/CE) et « spéciaux » (directive 2004/17/CE).

Ces propositions, qui font suite à une large consultation, menée en 2011, après la publication du Livre Vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics, ont pour objectif d'accroître l'efficacité de la dépense publique en procédant à une simplification et à un assouplissement de la réglementation en vigueur, de permettre aux acheteurs d'utiliser l'instrument des marchés publics au soutien d'objectifs sociétaux et de favoriser l'accès des PME à la commande publique.

2. La négociation de la directive « concessions » ou la création d'un encadrement européen inédit

La proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession propose un encadrement inédit de la procédure d'attribution et commun à l'ensemble des contrats de concession de travaux et de services. En effet, le régime de passation des concessions de travaux n'est, à ce jour, soumis qu'à un nombre limité de dispositions de droit dérivé prévues aux articles 56 à 65 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Les concessions de services sont uniquement soumises aux principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le texte initial de la proposition, largement inspiré des propositions de directives « marchés publics », prévoyait un encadrement rigide et très contraignant. Soucieuses de ne pas bouleverser le régime des délégations de service public issu de la loi « Sapin » du 29 janvier 1993, les autorités françaises se sont fortement mobilisées au cours des négociations pour promouvoir une approche plus souple, position systématiquement défendue auprès du Parlement européen et dans le cadre des réunions des groupes de travail et du Comité des représentants permanents (COREPER) au sein Conseil de l'Union européenne.

Un compromis est intervenu sur chacune de ces directives le 17 juillet 2013, permettant, notamment, un allègement des contraintes procédurales initialement envisagées pour les contrats de concession.

Ces trois textes ont été approuvés le 5 septembre 2013 par la Commission du marché intérieur du Parlement européen. Ils ont fait l'objet d'une adoption par le Parlement européen en plénière le 15 janvier 2014. S'ouvrira alors, à compter de leur publication, une nouvelle phase qui mobilisera la direction des affaires juridiques au cours des deux prochaines années autour de l'objectif de transposition dans le droit national de ces trois directives.

Certaines mesures favorables aux PME, notamment le partenariat d'innovation et la généralisation de la déclaration sur l'honneur, feront l'objet d'une transposition prioritaire, conformément à une décision du CIMAP du 17 juillet 2013.

2. Garantir une expertise opérationnelle

2.1. L'expertise en droit privé

➤ Le secret des affaires

La Commission européenne a publié, le 28 novembre 2013, une proposition de directive portant sur la création d'un dispositif de protection du secret des affaires. Cette proposition crée une définition commune du secret d'affaires et met en place des moyens permettant aux victimes d'une appropriation illicite d'un tel secret, d'obtenir réparation.

Ce projet renouvelle la réflexion sur la possible création en droit interne d'un tel dispositif, en suspens depuis le vote de la proposition de loi déposée par M. Bernard Carayon en 2011.

➤ Vers l'inscription dans la loi de la réparation du préjudice écologique

La DAJ a participé aux travaux du groupe de travail sur la réparation des préjudices écologiques installé le 24 avril 2013 par Mme Christiane Taubira, Ministre de la Justice, et présidé par Monsieur le Professeur Jégouzo, qui avait pour mission de préparer l'introduction de la notion de « préjudice écologique » dans le code civil.

La remise du rapport à Mme la Garde des Sceaux a eu lieu le mardi 17 septembre 2013. Dix propositions ont été formulées par le groupe de travail. Celles-ci visent principalement à définir et inscrire clairement dans le droit le préjudice écologique, tout en facilitant les réparations aux dommages causés et en encourageant la prévention de ceux-ci.

Le rapport se prononce également en faveur de la création d'une Haute autorité environnementale et de la mise en place d'un fonds de réparation spécifique.

TEMPS FORT : LE PROJET DE LOI RELATIF A LA CONSOMMATION

Le projet de loi relatif à la consommation a été déposé en première lecture le 2 mai 2013, devant l'Assemblée nationale. Il vise à améliorer la protection des consommateurs et rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels.

Au nombre des principales mesures figurent la création d'une action de groupe, la lutte contre le surendettement, l'encadrement du crédit à la consommation et le renforcement du droit des consommateurs sur internet.

Le projet de loi a été discuté en deuxième lecture, les 9 et 10 décembre 2013, à l'Assemblée nationale.

La DAJ a apporté un soutien juridique concernant les dispositions relatives à l'action de groupe, la création d'un registre national des crédits aux particuliers et la création d'une liste d'opposition au démarchage téléphonique.

2.2. L'expertise en droit public

➤ Les bornes de recharge pour les véhicules électriques

La DAJ, avec le Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGIET) et la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS), est étroitement associée par le ministre du redressement productif au projet de développement d'un réseau essentiel de bornes de recharge pour véhicules électriques. Le développement de la production et de l'usage de véhicules sobres en carbone, tout électriques ou hybrides rechargeables, constitue un enjeu essentiel de la politique du gouvernement en matière d'innovation technologique et de développement d'une offre industrielle compétitive. La DAJ a analysé divers scénarii envisagés.

➤ Redevances domaniales et contrats complexes

La DAJ a produit pour le compte de la direction du budget et de France domaine de nombreuses analyses portant sur l'application des redevances domaniales dans le cadre de contrats complexes portant occupation du domaine public (AOT¹, BEA², PPP³, etc.). Plusieurs voix s'élèvent contre le principe d'une redevance dans de tels schémas. La DAJ estime qu'il n'est pas possible d'exclure, par principe, les PPP du paiement d'une redevance, puisque le contrat de partenariat vaut titre d'occupation lorsqu'il porte sur le domaine public. La DAJ a défini cependant un certain nombre de

¹ Autorisation d'occupation temporaire.

² Bail emphytéotique administratif.

³ Partenariat public-privé.

cas dans lesquels une exemption à l'obligation de paiement de la redevance pouvait être envisagée. C'est notamment le cas des PPP concernant la construction et l'entretien d'ouvrage ouvert gratuitement aux usagers. Le titulaire du contrat devra acquitter une redevance sur les revenus annexes qu'il sera autorisé à retirer du domaine public. Enfin, la DAJ a participé, en lien avec la DAJ du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) à la défense de l'Etat, dans le cadre d'un recours en annulation contre le décret n° 2013-436 du 28 mai 2013 modifiant le taux de la redevance pesant sur les concessionnaires d'autoroutes. Le Conseil d'Etat a rejeté les requêtes dans une décision du 16 décembre 2013⁴.

➤ **Le groupe de travail du Conseil d'Etat sur le rescrit**

Dans le cadre du chantier de simplification pour les entreprises, une étude a été confiée par le Premier ministre au Conseil d'Etat sur les possibilités de développement du rescrit, pour favoriser tant la sécurité juridique que la visibilité des opérateurs économiques, porteurs de projets d'aménagement ou d'investissement.

A ce titre, la DAJ a participé à un groupe de travail, constitué sous la présidence de M. Gilles Bachelier, Conseiller d'Etat, regroupant, outre diverses administrations (DGFIP, DGDDI⁵, DG Trésor, DGCCRF⁶, DGCIS, ministère de l'intérieur, du travail, des affaires sociales, de l'agriculture, de l'écologie, des sports), le mouvement des entreprises de France (MEDEF), le conseil économique, social et environnemental (CESE), deux avocats et deux universitaires. Le groupe, qui s'est réuni à plusieurs reprises depuis le printemps, a procédé à plusieurs auditions, dont celle de M. Thierry Mandon, député de la 9^e circonscription de l'Essonne, et des représentants de la DCCGRF, de la DGCIS et de la DGDDI. Le groupe a achevé son pré-rapport au mois d'octobre 2013, et l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a adopté le rapport le 14 novembre 2013.

➤ **Le groupe de travail du Conseil d'Etat sur l'accord tacite**

Le CIMAP (réuni les 2 avril et 17 juillet 2013) a engagé, selon le vœu du Président de la République, une démarche de simplification des normes et des procédures. La loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens s'inscrit dans ce cadre. Modifiant la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, dite « loi DCRA », elle inverse le principe selon lequel le silence de l'administration vaut décision implicite de rejet.

Le Gouvernement a sollicité l'avis du Conseil d'Etat sur les critères et la délimitation des cas de figure où le nouveau principe ne devrait pas s'appliquer, ainsi que sur la mise en œuvre de ce principe (qualification à réserver à la liste des décisions implicites d'acceptation, délais d'acquisition de ces décisions, délais de recours et protection des droits des tiers, retrait des décisions implicites d'acceptation).

La section du Rapport et des études a constitué en son sein un groupe de travail, présidé par le Conseiller d'Etat Michel Thénault. Ce groupe a tenu une série de réunions avec l'ensemble des administrations, entre septembre et décembre 2013. La DAJ a participé aux réunions qui traitaient des régimes de décision figurant dans le périmètre de l'économie, des finances et du redressement productif. Elle a, conjointement avec le secrétariat général des ministères économiques et financiers, coordonné le recensement des catégories de demandes existantes et participera aux réunions d'arbitrage conduites sous l'égide du secrétariat général du gouvernement au premier trimestre 2014.

Le Conseil d'Etat a adopté son étude en Assemblée générale du 30 janvier 2014. Cette étude servira de guide au travail d'identification des exceptions au principe et éclairera le Gouvernement pour la préparation des textes (décrets et ordonnances) découlant de la loi, d'ici son entrée en vigueur au 12 novembre 2014.

⁴ Conseil d'Etat, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 16 décembre 2013, n° 369304.

⁵ Direction générale des douanes et droits indirects.

⁶ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

➤ La réforme ferroviaire

Le projet de loi portant réforme ferroviaire, piloté par le ministre délégué auprès du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, chargé des transports, de la mer et de la pêche, a pour objectif de réformer le système ferroviaire afin de rétablir l'équilibre économique du système. Ce projet de loi crée un groupe public ferroviaire intégré, organisé autour de trois établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) : un établissement « mère » (SNCF) tête de groupe qui assurera le contrôle, le pilotage stratégique et la cohérence économique du groupe public et deux EPIC chargés de la gestion de l'infrastructure (SNCF réseau) et de l'activité de transporteur (SNCF mobilité). Le rattachement de ces deux EPIC à l'EPIC de tête sera assuré par des règles de gouvernance spécifiques : l'établissement public mère sera dirigé par un directoire composé du président du gestionnaire d'infrastructure unifié (GIU) et du président du transporteur, nommés par l'Etat. L'EPIC « mère » désignera une part importante des administrateurs des EPIC « filles ».

La DAJ est intervenue en appui de l'Agence des participations de l'Etat (APE) dans l'analyse des questions relatives à la gouvernance de ce groupe public et a participé aux réunions de travail organisées entre services.

Ce projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 16 octobre 2013 et devrait être discuté au printemps 2014.

TEMPS FORT : LA LOI HABILITANT LE GOUVERNEMENT A SIMPLIFIER ET A SECURISER LA VIE DES ENTREPRISES

Le CIMAP a adopté, le 17 juillet 2013, un programme triennal de simplification des démarches administratives, pour accélérer le développement des entreprises, faciliter la vie des usagers, et alléger les tâches administratives. Concernant particulièrement les entreprises, la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014, présentée au Parlement par le Ministre de l'économie et des finances, habilite le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises. Elle comporte plusieurs mesures propres à accélérer les procédures et alléger les formalités qui s'imposent aux entreprises, de façon à accroître leurs compétitivité et potentiel de croissance. Au nombre de ces mesures : l'allègement des obligations déclaratives des entreprises dans le domaine comptable, fiscal ou social (ainsi, par exemple, la déclaration fiscale relative à la participation des employeurs à l'effort de construction sera supprimée), une réforme des procédures collectives, l'accélération des projets d'immobilier d'entreprise présentant un intérêt économique majeure ou encore la mise en place, progressive, de la facturation électronique pour les fournisseurs des administrations publiques. Figurent également dans la loi plusieurs dispositions en faveur du financement de l'économie, comme la création des nouveaux contrats d'assurance-vie "Eurocroissance", ou la facilitation du financement participatif (*crowdfunding*), plutôt destiné aux projets des petites entreprises. Pour mettre en œuvre ces mesures, la loi habilite le Gouvernement, d'ici l'été 2014, à procéder par ordonnances. La DAJ, qui a assuré, pour le compte des ministères économiques et financiers, le bon déroulement des travaux parlementaires, pilote le suivi des ordonnances.

2.3. L'expertise en droit de l'Union européenne et en droit international

➤ Les mécanismes de soutien à l'énergie photovoltaïque

La DAJ a analysé la faisabilité juridique, tant au regard du droit de l'UE, que du droit de l'Organisation mondiale du commerce (en lien avec la DG Trésor) et du droit interne, de la prise en compte d'un « contenu carbone » des panneaux photovoltaïque dans le cadre des mesures de soutien aux énergies renouvelables (sous l'angle de la mise en place de tarifs de rachat de l'électricité différenciés selon le contenu carbone des panneaux photovoltaïques, d'un renforcement du critère carbone dans les appels d'offre et de mesures fiscales).

➤ Les aides d'Etat

La direction a poursuivi son travail de sensibilisation des services sur l'importance que revêt le respect des règles procédurales en matière d'aides d'Etat, notamment la notification à la Commission européenne des projets d'aides aux entreprises, compte tenu du risque de récupération encouru en cas de violation de ces règles (cf. *Vade-mecum des aides d'Etat*, publié annuellement par la DAJ). Sollicitée principalement par les cabinets et les directions de Bercy, la direction a expertisé près de quatre-vingt demandes, dans des domaines variés tels que les énergies renouvelables, le logement intermédiaire et les risques locatifs, les activités postales, la formation professionnelle ou encore le transport ferroviaire.

En dehors des aspects procéduraux, ses analyses ont porté sur la notion d'entreprise (cas de l'Unédic), la qualification d'aide d'Etat, notamment au travers des critères de ressources d'Etat (exemple des prêts accordés par la banque européenne d'investissement) et d'avantage (comportement de l'Etat investisseur ou créancier, par rapport à celui de l'opérateur privé de référence), et la compatibilité des financements publics (par exemple, en matière d'exportations, de compensation d'obligations de service public ou de restructuration d'entreprises en difficulté).

La direction a, en outre, participé à la défense de l'Etat dans les contentieux européens relatifs aux tarifs d'achat de l'électricité d'origine éolienne et à la prétendue garantie implicite de l'Etat aux EPIC. Elle a contribué à la mise au point du guide interministériel destinés aux acteurs locaux et nationaux sur le mode de gestion et le financement des services d'intérêt économique général, et fourni des analyses sur certains aspects du projet de modification du règlement général d'exemption. Enfin, son expertise a été requise, dans le cadre du projet de loi sur l'économie sociale et solidaire, au titre de l'élaboration d'une définition de la subvention.

➤ Le régime juridique du *Memorandum of Understanding (MoU)*

L'avis de la DAJ est régulièrement sollicité sur les conditions et modalités d'élaboration, de conclusion et de publication d'engagements internationaux. L'examen des divers projets soumis (traités, accords, etc.) est réalisé au regard du cadre juridique rappelé par la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux. Cet examen porte en particulier sur les questions de compétence de signature ainsi que d'autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation.

La DAJ a été saisie plusieurs fois en 2013 sur des projets de *Memorandum of Understanding (MoU)*. De tels engagements sont déconseillés du fait des incertitudes qu'ils font peser concernant leur portée juridique. En effet, ces instruments ne sont pas toujours considérés par les juristes des pays anglo-saxons comme des accords internationaux, mais le plus souvent comme des engagements de bonne foi qui ne lient pas les signataires. Or cette distinction est inconnue dans la conception française du droit international, qui reconnaît à tout engagement pris au nom du Gouvernement la valeur d'un accord international créant des obligations. Le recours à un *MoU* n'est toutefois pas interdit. La circulaire souligne que si la formule du *MoU* est imposée aux négociateurs français, « *ils devront préciser par toutes les parties que ces instruments sont bien contraignants et que la France en exigera le respect* ».

En tout état de cause, un *MoU* est soumis au régime juridique des accords internationaux ; il doit en conséquence obéir à toutes les contraintes qui pèsent sur ces derniers. En particulier :

- sa signature doit faire l'objet d'une demande préalable de pouvoirs à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères (MAE) dès lors que le signataire n'est ni le Président de la République, ni le Premier ministre ni le ministre des affaires étrangères ;
- sa ratification ou son approbation est soumise à une autorisation parlementaire dans l'hypothèse où il entre dans le champ l'application de l'article 53 de la Constitution (notamment, lorsque qu'il engage les finances de l'Etat, modifie des dispositions de nature législative, est relatif à l'état des personnes ou comporte cession, échange ou adjonction de territoire).

Compte tenu des délais propres à chacune de ces procédures, il est recommandé de faire expertiser la nécessité de leur mise en œuvre, selon le cas d'espèce, le plus en amont possible. En toute

hypothèse, indépendamment des avis formulés par la DAJ, la négociation d'un accord doit être signalée et le projet communiqué au MAE pour vérification du respect des procédures en matière d'engagements internationaux.

➤ **La négociation d'accords de libre-échange entre l'UE et des pays tiers**

Dans le cadre des négociations relatives au mandat attribué par décision du Conseil à la Commission européenne pour négocier l'accord avec les Etats-Unis, la DG Trésor a sollicité l'analyse de la DAJ sur la procédure d'adoption de la décision du Conseil compte tenu du champ de l'accord (adoption du mandat à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, conséquences de la qualité d'accord mixte, possibilités de saisir la Cour de justice en cas de désaccord sur le contenu du mandat). La DAJ a, en outre, accompagné la DG Trésor dans le cadre des réunions interministérielles organisées par le SGAE dans ce contexte.

De même, la DAJ a été sollicitée sur la portée de certaines notions (droits exclusifs et droits spéciaux) introduites par la Commission dans le cadre des négociations d'un accord de libre échange avec le Vietnam et leur effet sur les définitions de ces notions données par le droit de l'UE.

➤ **L'intervention de la France en *amicus curiae* devant la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *NML et al. vs. Republic of Argentina***

Le fonds d'investissement NML a assigné la République d'Argentine, devant les juridictions de New York (USA), en paiement des titres de dettes non restructurés émis par cet Etat. Il soutient que le fait, pour les autorités argentines, de payer les créanciers ayant accepté d'échanger leurs titres, à la suite de son défaut en 2001, tout en refusant de payer les créances des créanciers ayant refusé cette restructuration, viole la clause dite de *pari passu* stipulée dans les obligations, ladite clause ouvrant droit, selon NML, au paiement de la valeur du titre, à chaque fois que l'Argentine paye ses créanciers restructurés.

Ce litige soulève des questions majeures. Condamner un Etat à payer des créanciers qui ont refusé de participer à une restructuration parce qu'il paye les obligations restructurées pourrait fragiliser l'ensemble des processus de restructuration des dettes souveraines et nuire au bon fonctionnement du système financier international.

C'est pour sensibiliser la Cour Suprême aux enjeux systémiques de l'affaire que la France est intervenue en *amicus curiae*, à la suite des décisions favorables à NML rendues par les juges de première instance et d'appel.

Si la requête de l'Argentine a été rejetée par la Cour Suprême, les arguments soulevés par la France ont reçu un accueil favorable sur la place financière internationale. L'Argentine dispose encore d'une ultime faculté de recours devant la Cour Suprême à l'encontre de la décision « définitive » au fond et sur la méthode rendue par la CA de New York fin août 2013.

C'est la 4^{ème} fois que la France intervient en tant qu'*amicus curiae* et la 3^{ème} fois en 3 ans que la DAJ impulse et coordonne la production des écritures françaises.

TEMPS FORT : LA REFORME DE LA GOUVERNANCE FINANCIERE

La DAJ a continué en 2013 d'appuyer la Direction générale du Trésor dans le cadre des négociations européennes portant sur la réforme de la gouvernance financière, en particulier s'agissant de la mise en place d'une Union bancaire.

L'Union bancaire participe au renforcement de l'Union économique et monétaire au travers de quatre piliers : un mécanisme de surveillance unique (MSU) visant à conférer à la BCE des missions de contrôle prudentiel à l'égard des établissements de crédit ; un règlement uniforme pour le secteur bancaire visant à assurer l'application d'une législation commune à l'ensemble des opérateurs agissant au sein de l'UE ; un mécanisme européen de garantie des dépôts permettant de limiter les phénomènes de panique bancaire et de réduire le plus possible les impacts d'une crise sur le contribuable ; enfin, un mécanisme européen de résolution des crises bancaires (ou mécanisme de

résolution unique - MRU) ayant pour principal objectif de limiter la propagation des crises bancaires en conférant des pouvoirs spécifiques aux autorités nationales de surveillance.

Les expertises de la DAJ ont en particulier porté sur la création du MSU et du MRU.

La création du MSU a été adoptée par deux règlements en date des 15 et 22 octobre 2013, achevant ainsi la première étape dans le développement d'une Union bancaire. A l'entrée en vigueur du dispositif fin 2014, la Banque centrale européenne (BCE) sera directement chargée de la supervision bancaire dans la zone euro et dans les autres Etats membres qui décideront de rejoindre l'Union bancaire. L'appui apporté par la DAJ concernait notamment les modalités de nomination des membres du Conseil de surveillance, organe en charge de planifier et d'exécuter les tâches de surveillance conférées à la BCE.

Les négociations portant sur le MRU sont quant à elles encore en cours, une proposition de règlement établissant les règles et procédures de ce mécanisme ayant été présentée par la Commission le 10 juillet 2013. Les expertises de la DAJ ont en particulier porté sur la base juridique et le champ d'application de la proposition de règlement, et plus spécifiquement sur le cadre juridique relatif à la création d'un conseil de résolution unique, structure décisionnelle du MRU chargée, notamment, de décider des instruments de résolution à utiliser.

2.4. L'expertise en droit financier, en droit industriel et en droit de la propriété intellectuelle

➤ Le renouvellement des concessions hydro-électriques

Les dispositions nationales (notamment la loi Sapin du 29 janvier 1993) et européennes relatives au renouvellement des concessions hydroélectriques imposent leur mise en concurrence, destinée à permettre le choix de la meilleure offre au triple plan énergétique, environnemental et écologique. La DAJ a été associée à la recherche d'alternatives propres à préserver la sécurité d'approvisionnement hydroélectrique ou à rationaliser le renouvellement des concessions. Fin 2013, la DG concurrence de la Commission européenne a fait parvenir aux autorités françaises un questionnaire sur les conditions d'attribution de ces concessions, tandis que la DG marché intérieur et services leur enjoignait de respecter, à ce sujet, le droit européen de la commande publique.

➤ Le soutien à l'électricité photovoltaïque

Les producteurs d'électricité photovoltaïque bénéficient de l'obligation d'achat de leur production par EDF ou les entreprises locales de distribution (art. L.314-1 du code de l'énergie). La DAJ a participé à diverses réflexions destinées à permettre l'implantation d'une filière industrielle pérenne en France. Plusieurs voies ont été explorées, tant en ce qui concerne les modalités du choix des lauréats des appels d'offres organisés par les pouvoirs publics que les critères de détermination des tarifs d'achat.

TEMPS FORT : LA REFORME DU CODE MINIER

Les ministres du redressement productif, de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et des Outre-mer, ont reçu le 10 décembre 2013 le projet de code minier. Ce projet a été élaboré sous la conduite de M. Thierry Tuot, Conseiller d'Etat, par un groupe de concertation rassemblant notamment des associations de protection de l'environnement, des industriels, des collectivités territoriales et des experts juridiques et scientifiques.

Le projet comporte 9 livres (I/Principes ; II/Exploration et exploitation ; III/Travaux miniers ; IV/Police des mines et responsabilité ; V/Santé et sécurité au travail ; VI/Autres dispositions sociales ; VII/Territoires, milieux et usages ; VIII/Outre-mer ; IX/Fiscalité), soit plus de 700 articles.

Environ 10 % des articles sont des innovations juridiques, en particulier :

- la création d'un Haut Conseil des mines et l'élaboration d'un schéma national minier de valorisation et de préservation du sous-sol afin de créer un espace de débat national ;
- toutes les décisions minières ayant un impact sur l'environnement seraient prises à l'issue d'une procédure d'évaluation environnementale et de participation du public. Dans des cas exceptionnels, un « groupement momentané d'enquête » pourrait être créé comprenant les industriels concernés, des représentants des élus et des ONG qui pourraient commander des expertises indépendantes et formuler des avis sur la décision à prendre ;
- la procédure d'instruction des demandes de travaux miniers pourrait se faire par renvoi à la procédure prévue pour les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) dans le code de l'environnement ;
- les procédures minières seraient simplifiées *via* la soumission de certaines décisions à un régime d'autorisation tacite ;
- la fiscalité minière serait rénovée en étendant le bénéfice des redevances à toutes les collectivités territoriales impactées par les activités minières et en proposant qu'une partie de la redevance soit fixée, de manière conventionnelle, entre ces collectivités et le titulaire du titre minier.

Le Gouvernement dispose de plusieurs options entre lesquelles il devra arbitrer, avant présentation du projet à la Commission supérieure de codification, au Conseil d'Etat puis au Conseil des ministres. Le projet de loi pourrait être déposé au Parlement au printemps 2014.

2.5. L'expertise en droit de la commande publique

➤ Détermination du champ d'application du droit de la commande publique

Certains projets permettant à des opérateurs économiques de s'associer spontanément à l'activité administrative suscitent une interrogation quant à la nécessité de se soumettre aux règles de la commande publique.

Ainsi, la DAJ a précisé qu'une convention de mécénat ne pouvait donner lieu à une obligation de confier au mécène la réalisation de prestations annexes, sous peine d'une requalification de l'ensemble contractuel en marché public. A l'inverse, la mise à disposition spontanée, sur un site internet ouvert par l'administration, d'applications informatiques par des opérateurs économiques à destination de tiers n'est pas soumise à une exigence de publicité et de mise en concurrence préalables.

➤ Qualification juridique de montages contractuels complexes

Les montages contractuels complexes par lesquels l'administration met à disposition d'un opérateur un bien immobilier, à charge pour lui d'y réaliser des travaux, et prévoit des modalités d'occupation de ce bien, comportent un risque de requalification en contrat de la commande publique, notamment au regard du droit de l'Union européenne. Ces contrats, dont la pratique est désormais courante, prennent des formes diverses. Il peut s'agir de BEA de valorisation, d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de conditions de valorisation ou de tout autre ensemble contractuel aux fins de promotion immobilière.

Pour s'assurer de la régularité de ces montages, il convient de respecter à la lettre les conditions encadrant leur mise en œuvre et de ne pas méconnaître les règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique. A cette fin, un montage comportant un BEA de valorisation associé à un bail civil ne peut être régulièrement conclu que si la personne publique ne définit pas de manière précise le programme des travaux.

➤ Encadrement juridique de l'évolution des contrats en cours

Pour garantir la continuité de l'action publique et son adaptation au contexte économique, l'administration s'interroge sur la possibilité de faire évoluer certains contrats en cours d'exécution. La DAJ apporte son assistance pour déterminer les limites juridiques à de tels avenants ou pour identifier les conséquences à tirer en cas de résiliation.

Dans cette dernière hypothèse, se pose notamment la question de la reprise des contrats conclus par le précédent titulaire avec des tiers (sous-traitants, assureurs, partenaires commerciaux, etc.) pour la poursuite de l'activité en cause. Il importe alors de concilier l'exigence de remise en concurrence et l'intérêt qui s'attache à la continuité de l'action publique.

La jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la durée des délégations de service public (CE Sect., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet, n° 271737, 271782) implique également de s'interroger sur la nécessité de mettre fin de manière anticipée à certains contrats de concession, sans avoir à indemniser leur titulaire.

➤ Analyse juridique portant sur la mise en œuvre de solutions informatiques par les administrations

La passation des marchés publics ayant pour objet l'acquisition de solutions informatiques ou leur maintenance doit être conciliée avec les droits d'exclusivité dont peuvent être titulaires certains opérateurs.

A cet égard, la mise en œuvre de l'exception prévue à l'article 35 II. 8° du code des marchés publics, qui autorise une procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence, est strictement encadrée. Ainsi, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer notamment que les logiciels dont il entend faire l'acquisition par ce biais sont les seuls qui peuvent répondre à son besoin. De plus, les droits antérieurement consentis par un éditeur de logiciels ne doivent pas aboutir à restreindre la liberté d'accès aux marchés publics.

La mutualisation des moyens informatiques entre différentes administrations est également encadrée par les règles de la commande publique. Il est ainsi possible à deux pouvoirs adjudicateurs de conclure des conventions en vue de la mise en commun de moyens nécessaires à la réalisation d'une mission d'intérêt public commune. Cependant, un pouvoir adjudicateur ne peut en principe faire bénéficier une autre personne du marché public dont il est signataire.

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

3.1. Coordonner la préparation et le suivi des textes

➤ Le suivi de la mise en œuvre des lois, directives et règlements européens

Le suivi mensuel des décrets d'application des lois, des ordonnances et de la transposition des directives, en ce qui concerne les textes de la compétence des ministères économiques et financiers, est une responsabilité que la DAJ exerce vis-à-vis de l'ensemble des directions de ces ministères. Au 31 décembre 2013, le ministère de l'économie et des finances affichait un taux d'application des lois votées de la XIV^{ème} législature de 86,9 %⁷. Rappelons qu'à cette même date, le taux moyen de l'ensemble des ministères est de 81,89 %.

Pour rendre compte de ce suivi, la DAJ assure la représentation des directions dans les réunions organisées par le Parlement, le Secrétariat général du Gouvernement (SGG), le Secrétariat général

⁷ Le ministère du commerce extérieur, le ministère du redressement productif et le ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, n'avaient pas de textes d'application à prendre sur cette période.

pour les affaires européennes (SGAE), et le Parlement. Elle a ainsi préparé le débat organisé le 25 juin 2013 au Sénat, en séance publique, par la commission sénatoriale de contrôle de l'application des lois. Elle a également participé au comité interministériel de l'application des lois (le CIAL, sous co-présidence du SGG et du ministre chargé des relations avec le Parlement) du 31 mai 2013, et à une réunion du SGG du 8 octobre 2013 sur les seuls textes des ministères économiques et financiers. Elle est, enfin, présente aux réunions du Groupe de haut niveau pour la transposition des directives (une réunion par trimestre), co-présidées par le SGAE et le SGG.

➤ **Le Programme de travail gouvernemental (PTG)**

La programmation des textes les plus signalés repose notamment sur l'élaboration, en relation avec le Secrétariat général du gouvernement et le Cabinet du Premier ministre, du « programme de travail du Gouvernement » (PTG) et la prévision de l'ordre du jour du Conseil des ministres à l'horizon de chaque semestre.

Le programme de travail du Gouvernement recense, pour l'ensemble des directions des ministères financiers, les mesures nouvelles (projets de loi, d'ordonnance, de décret en Conseil des ministres et de communication en Conseil des ministres) qu'il est envisagé d'inscrire à l'ordre du jour du Conseil des ministres pour le semestre à venir. Avec quatre ministres de plein exercice, depuis juin 2012, pour les ministères économiques et financiers⁸, l'élaboration du PTG est précédée d'une analyse approfondie des décrets d'attribution des ministres⁹, afin de solliciter les directions de Bercy, selon le ministre sous l'autorité duquel elles sont placées.

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 fiscale et douanière) a été mis en place, afin de rationaliser leur gestion et d'offrir au SGG et au Conseil d'Etat un interlocuteur unique pour les ministères financiers.

Des tableaux des contentieux signalés par les différentes directions des ministères financiers sont régulièrement mis à jour. 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 Ministres sur ces dossiers sensibles, signalant les dossiers clos et en cours. Dans l'intervalle, des flashes contentieux particuliers leur sont adressés sur des dossiers signalés.

➤ **Les questions prioritaires de constitutionnalité**

Depuis le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel peut être saisi de questions portant sur la constitutionnalité des lois en vigueur. 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'Etat 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, la DAJ assure un rôle de pilotage et d'harmonisation de l'analyse constitutionnelle pour Bercy. Les échanges entre le SGG, la DAJ et les directions responsables de

⁸ Ministre de l'économie et des finances, ministre du commerce extérieur, ministre du redressement productif, ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme.

⁹ Décret n° 2012-768 du 24 mai 2012 relatif aux attributions du ministre de l'économie et des finances, décret n° 2012-852 du 5 juillet 2012 relatif aux attributions du ministre du commerce extérieur, décret n° 2012-773 du 24 mai 2012 relatif aux attributions du ministre du redressement productif, décret n° 2012-854 du 5 juillet 2012 relatif aux attributions du ministre de l'artisanat, du commerce et du tourisme.

l'élaboration des mémoires en défense sont faits par voie électronique, via une boîte fonctionnelle spécialement créée pour le suivi de ces procédures.

Depuis la création de la QPC le 1er mars 2010, 75 QPC relevant du périmètre des ministères économiques et financiers ont été transmises au Conseil constitutionnel. 17 ont abouti à une décision d'inconstitutionnalité (bilan au 1^{er} septembre 2013).

➤ **Télérecours**

Télérecours est une application web qui permet la dématérialisation des échanges dans la procédure administrative contentieuse. Expérimentée au Conseil d'Etat depuis 2005, elle a été généralisée à l'ensemble des juridictions administratives le 2 décembre 2013, conformément au décret n° 2012-1437 du 21 décembre 2012 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, et à un arrêté du 19 septembre 2013. L'adhésion à Télérecours est facultative pour l'administration. La DAJ a choisi d'y adhérer, dès le 2 décembre, et a donc ouvert l'un des sept « points d'entrée » de Télérecours pour les ministères économiques et financiers. Ce point d'entrée a vocation à recevoir les contentieux intéressant non seulement la DAJ, mais également la DGCCRF et la DG Trésor.

4. Défendre l'Etat au contentieux

4.1. Au titre de la fonction d'agent judiciaire de l'Etat

➤ **L'attentat de Karachi, évolutions en 2012-2013**

A la suite de l'attentat perpétré le 8 mai 2002 à Karachi (Pakistan), qui a fait vingt-trois victimes françaises, dont onze sont décédées, toutes travaillant pour le compte du ministère de la défense, l'agent judiciaire de l'Etat s'est constitué partie civile le 15 octobre 2002 dans le cadre de l'information judiciaire initialement ouverte au cabinet du juge Bruguière et, depuis lors, instruite par le juge Trévidic. Ce dernier a convoqué l'ensemble des parties civiles aux réunions d'information annuelles qui se sont déroulées les 25 juin 2012 et 27 juin 2013 au tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris. Lors de ces entretiens, M. Trévidic a fait le point sur l'état de ses investigations et a évoqué les futures directions que prendrait son instruction, tant en France, qu'à l'étranger, avant de répondre aux nombreuses questions des parties civiles.

➤ **La « Grotte Chauvet »**

La découverte, le 18 décembre 1994, de la grotte Chauvet, qui présente un très grand intérêt scientifique et artistique, a donné naissance à plusieurs contentieux devant les juridictions judiciaires portant sur la procédure d'expropriation des terrains, le bornage des propriétés, l'évaluation du « mobilier » pariétal découvert dans la grotte, et les droits d'exploitation des photos et images de cette grotte.

Malgré une transaction signée en 2000, trois procédures restent encore suivies par l'AJE (un contentieux relatif au droit de propriété sur la grotte actuellement pendant devant la Cour de cassation ; un contentieux relatif aux biens meubles dans lequel une décision est actuellement en cours d'exécution ; une procédure initiée devant le TGI de Paris et relative aux droits d'inventeur et droits d'auteur, à la suite du film « *La grotte des rêves perdus* »).

➤ **Le Toit de l'Arche**

En 1988, l'Etat, propriétaire du Toit de la Grande Arche de la Défense, a mis ces locaux à disposition d'une association agissant pour le compte de la fondation de l'Arche de la fraternité, cette dernière mettant également ces locaux à disposition d'une société d'exploitation.

Par décret du 29 janvier 2008, le ministère de l'Intérieur a approuvé la dissolution de la fondation de l'Arche de la fraternité reconnue d'utilité publique.

Un contentieux est né en 2010 lorsqu'un ascenseur panoramique permettant l'accès au toit de la Grande Arche s'est décroché. L'Etat refusait la réalisation des travaux de réhabilitation de l'ascenseur, empêchant ainsi de fait l'accès au Toit, et mettait en demeure la société d'exploitation de libérer les lieux.

Se prévalant de la caducité du contrat suite à la dissolution de la fondation et l'absence d'accord pour la sous-location, l'Etat a demandé que la société d'exploitation soit déclarée occupant sans droit ni titre. La société occupante demandait, quant à elle, à titre principal, que soit constaté que sa présence dans les lieux est légitime et que sa réintégration soit ordonnée, outre le versement de 4.600.000 € de dommages-intérêts

Par jugement du 28 mars 2013, le TGI de Nanterre a fait droit aux demandes de l'Etat.

Le 12 avril 2013, la société condamnée a interjeté appel devant la Cour d'appel de Versailles. A défaut de libération volontaire des lieux (notamment des meubles), l'Etat a entamé une procédure d'expulsion fin novembre 2013.

➤ **Le contentieux des contrôles d'identité prétendument au faciès**

L'AJE et le ministre de l'Intérieur ont été assignés le 11 avril 2012 devant le TGI de Paris par des demandeurs qui prétendent avoir été victimes de discrimination lors de contrôles d'identité opérés par des officiers de police judiciaire. Ils recherchent la responsabilité de l'Etat pour faute, sur le fondement de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire relatif au dysfonctionnement des services de la justice. L'AJE a soutenu la régularité des contrôles par la production de réquisitions du procureur de la République, ou par la démonstration de l'existence d'une suspicion de commission d'infraction conformément à l'article 78-2 du code de procédure pénale. Par treize jugements rendus le 2 octobre 2013, le TGI a rejeté les demandes en considérant d'une part que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations n'était pas applicable à ces affaires, d'autre part que les demandeurs devaient démontrer qu'une faute lourde avait été commise. Les demandes formées contre le Ministre de l'intérieur ont été déclarées irrecevables.

➤ **Le Mouvement international pour les Réparations (MIR)**

En 2005, le Mouvement international pour les Réparations (MIR) a assigné l'agent judiciaire de l'Etat (AJE) devant le TGI de Fort-de-France en réparation des préjudices matériel et moral subis par le peuple martiniquais du fait de l'esclavage et a demandé une somme de 200 milliards d'euros à titre de provision. Après de multiples incidents de procédure, l'affaire a été évoquée le 12 novembre 2013 devant la juridiction martiniquaise. Les demandeurs ont soutenu que la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, dite loi Taubira, permettait la réparation des préjudices invoqués. En défense, l'AJE a développé deux moyens d'irrecevabilité : le défaut de qualité pour agir et la prescription, car la loi Taubira, simplement reconnaitive, n'est pas une loi d'imprescriptibilité. L'affaire a été mise en délibéré au 18 mars 2014.

➤ **Le Prestige**

La marée noire du Prestige, au large de l'Espagne, en 2002 a entraîné un préjudice de 67,5M€ pour l'Etat français. Dans le cadre de ses missions d'Agent judiciaire de l'Etat, la DAJ a engagé plusieurs actions en justice en France et en Espagne pour en obtenir l'indemnisation. Le tribunal pénal espagnol a cependant prononcé une relaxe générale le 13 novembre 2013, empêchant toute indemnisation des victimes de cette marée noire. L'Etat français s'est pourvu en cassation contre ce jugement.

L'Etat français, en collaboration avec l'Etat espagnol, a par ailleurs engagé une action au Royaume-Uni en août 2013 pour contester une sentence arbitrale rendue au profit de l'assureur du propriétaire du navire, qui limiterait sa responsabilité vis-à-vis des victimes. Le tribunal commercial de Londres s'est prononcé en faveur de l'assureur le 22 octobre 2013. L'Etat français et l'Etat espagnol ont fait appel de cette décision.

➤ Les autres contentieux maritimes

En 2013, l'AJE a assigné en responsabilité, devant les juridictions commerciales françaises, les armateurs, propriétaires ou assureurs domiciliés à l'étranger de huit navires ayant perdu une partie de leur cargaison en mer. Le préjudice matériel dont l'Etat demande réparation, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile ou des conventions internationales applicables, résulte des dépenses qu'il a dû engager pour lutter contre les menaces de pollution et les dangers pour la navigation causés par ces événements. Les moyens matériels importants déployés par l'Etat comprennent notamment l'affrètement de remorqueurs d'intervention, d'assistance et de sauvetage (RIAS) de type Abeille, de bâtiments de soutien, d'assistance et de dépollution et l'emploi de moyens aéroportés.

4.2. Au titre de la fonction d'élaboration du droit de la commande publique

La DAJ élabore les textes relatifs à la commande publique et les défend lorsqu'ils sont déférés devant le Conseil d'Etat. Tel fut le cas en 2013, dans deux affaires dans lesquelles l'Etat a obtenu gain de cause.

➤ La procédure du référé précontractuel n'est pas contraire à la Constitution

Le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité relative à la procédure du référé précontractuel. Il a jugé que les requérants exerçant un référé précontractuel et dont le pourvoi en cassation est rejeté car privé d'objet au motif que le contrat est déjà signé, n'ont pas été privés de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif. En effet, le concurrent évincé peut toujours saisir le juge administratif de la validité du contrat conclu ou d'une demande d'indemnisation du préjudice né de sa conclusion. Les dispositions qui organisent le référé précontractuel ne font pas de différence entre les auteurs des recours, selon qu'ils sont candidats à l'attribution d'un contrat ou collectivités publiques à l'origine de la procédure. Dès lors, ces dispositions ne sont pas contraires au principe d'égalité et leur contestation ne présente pas un caractère sérieux qui justifierait leur renvoi au Conseil constitutionnel (*CE, 15 février 2013, Société Novergie, n° 364325*).

➤ Le décret relevant le seuil de dispense de procédure à 15 000 euros HT n'est pas illégal

Le Conseil d'Etat a validé le décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 qui avait relevé à 15 000 euros HT le seuil de dispense de procédure des marchés publics. La Haute juridiction a estimé que le moyen tiré de ce que le décret aurait été pris en méconnaissance des dispositions de la loi du 22 mars 2012, qui a également relevé dans les mêmes termes le seuil de dispense de procédure, ne peut être utilement soulevé dès lors que ces dispositions sont postérieures à son édicition. Le Conseil d'Etat constate que le III de l'article 28 du code des marchés publics résultant du décret n'est pas devenu illégal du fait de la promulgation de ces dispositions législatives, leur contenu respectif étant identique (*CE, 16 mai 2013, Pierre Morel-A-L'Huissier, n° 360101*).

4.3. Autres contentieux

➤ La défense des lois avant promulgation

La DAJ a participé à la défense devant le Conseil constitutionnel de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Le Conseil constitutionnel, par décision du 4 décembre 2013, a validé notamment les dispositions des articles 37 et 39 permettant l'utilisation des documents, pièces ou informations portés à la connaissance des administrations fiscale ou douanière, quelle que soit l'origine de ces documents, pièces ou informations. Le Conseil exige cependant que ces documents aient été régulièrement portés à la connaissance des administrations. Il juge que des documents dont l'origine était illégale ne pouvaient servir de fondement à des visites et saisies pratiquées par les administrations fiscale ou douanière. En outre, le Conseil constitutionnel a validé la création d'un procureur financier à compétence nationale spécialisé dans les "affaires de corruption et de grande fraude fiscale", dont l'entrée en fonction est intervenue au début de 2014.

La DAJ a également participé à la défense des lois organique et ordinaire relatives à la transparence de la vie publique (voir point 1.1).

➤ **La défense des contentieux, y compris les questions prioritaires de constitutionnalité**

▪ **Naxitis Asset Management**

Natixis Asset Management est une société anonyme créée en 1984 afin de gérer les comptes de tiers de la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Son capital social était détenu à hauteur de 80% par la CDC et de 20% par la Caisse nationale de prévoyance. En 2004, la société a été entièrement transférée au groupe Caisse d'Épargne.

Par une assignation du 5 janvier 2012, 187 salariés de Natixis Asset Management ont demandé au TGI de Paris de reconnaître leur droit à participer aux résultats de l'entreprise pour la période comprise entre 1989 et 2001. Estimant avoir subi un préjudice du fait d'une incompétence négative du pouvoir réglementaire qui n'aurait pas donné de définition à la notion d'entreprise publique au sens de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à l'actionnariat des salariés, la société Natixis Asset Management a demandé au Premier ministre, le 19 septembre 2012, de lui accorder réparation du préjudice qu'elle estimait subir. Le 29 novembre 2012, cette même société a demandé au tribunal administratif de Melun d'annuler la décision implicite de rejet née du silence de l'Etat, ainsi que la condamnation de ce dernier à lui verser la somme de 9 765 100 euros. Elle a soulevé à cette occasion une question prioritaire de constitutionnalité. Le 1^{er} août 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, au motif, soulevé d'office, qu'en ne définissant pas la notion d'entreprise publique, les dispositions contestées méconnaissent l'étendue de la compétence du législateur dans des conditions qui affectent la liberté d'entreprendre et le droit de propriété.

Par un mémoire en réplique enregistré le 19 novembre 2013, la société Natixis Asset Management demande désormais l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'inconstitutionnalité de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986.

▪ **Les noms de domaine**

Joignant deux requêtes introduites par M. Pitté, le Conseil d'Etat a annulé, le 10 juin 2013, l'ensemble des actes pris pour l'application des articles L. 45 et suivants du code des postes et des communications électroniques (CPCE) relatifs aux domaines internet de premier niveau correspondant au territoire national, alors en vigueur : la charte de nommage, le règlement PREDEC (règlement extra-judiciaire des conflits), l'arrêté de l'Etat désignant l'association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC) comme office d'enregistrement des noms de domaine en « .fr » du 19 février 2010 et la convention passée par l'Etat et AFNIC.

Les deux décisions n'ont pas d'effet direct sur le cadre juridique législatif et réglementaire actuel, car il a été intégralement repris après la décision du Conseil constitutionnel, QPC 2010-45 du 6 octobre 2010. Mais l'un des moyens d'annulation, tiré de la violation de la directive 98/34 CE pour défaut de notification à la Commission européenne des textes concernés, menace les dispositions actuellement en vigueur.

Afin de prévenir le risque contentieux, l'alinéa 5 de l'article 1^{er} de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises autorise le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions permettant d'assurer la conformité au droit de l'Union européenne des dispositions législatives du code des postes et des communications électroniques relatives aux domaines internet de premier niveau correspondant au territoire national.

Cette ordonnance sera notifiée à la Commission européenne, ce qui permettra de régulariser le cadre juridique des noms de domaines internet de premier niveau correspondant au territoire national (articles L. 45 à L. 45-8 et R. 20-44-34 à R. 20-44-51 du CPCE) et d'éviter le risque contentieux actuel.

■ France Télécom (droit de communication de l'Etat)

Le Conseil d'Etat a fini par donner raison à l'Etat, le 25 novembre 2013, dans le litige l'opposant aux sociétés France Télécom et Orange, ces dernières ayant sollicité une compensation financière à la communication des données de service qu'elles détiennent à l'administration fiscale. Celle-ci peut, en effet, demander communication de telles données, sur le fondement de l'article L. 83 du livre des procédures fiscales, pour l'établissement de l'assiette et le contrôle des impôts. Le CE, contrairement à la Cour administrative d'appel (dont il a annulé l'arrêt) et le tribunal administratif de Paris, a considéré que ce dispositif n'impliquait aucune rémunération et que, par suite, l'Etat n'avait pas commis de faute en refusant de faire droit aux indemnités sollicitées. La responsabilité sans faute de l'Etat du fait des lois n'était pas davantage établie, le préjudice allégué par les sociétés n'étant ni grave ni spécial.

■ SCOR S.E. (réassurance des catastrophes naturelles)

Depuis la fin de l'année 2012, le système de réassurance des catastrophes naturelles est contesté devant les juridictions administratives. Il s'agit d'un système à deux étages reposant sur la solidarité nationale.

Tout d'abord, le législateur a créé une obligation d'inclure la couverture du risque de dommages résultant des catastrophes naturelles dans les contrats garantissant les dommages aux biens et aux véhicules terrestres à moteur. Ainsi, 99 % de la population de la France métropolitaine est aujourd'hui couverte pour les risques liés aux catastrophes naturelles.

Le législateur a également habilité la Caisse centrale de réassurance (CCR) à pratiquer les opérations de réassurance catastrophes naturelles avec la garantie de l'Etat (article L. 431-9 du code des assurances). Grâce à ce dispositif, les dommages causés par les catastrophes naturelles peuvent être garantis de manière illimitée en maintenant le tarif des primes d'assurance relativement bas.

La société SCOR S.E. conteste ce second volet du dispositif « catastrophes naturelles » et sollicite la résiliation de la convention de garantie liant l'Etat à la CCR devant le tribunal administratif de Paris. L'Etat ayant souligné que la convention de garantie découle de l'application de l'article L. 431-9 du code des assurances, SCOR S.E. a introduit une question prioritaire de constitutionnalité, estimant que la garantie octroyée exclusivement à la CCR constitue une violation du principe d'égalité et de la liberté d'entreprendre.

Le 27 septembre 2013, le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'eu égard à la nature particulière des risques assurés et à l'absence de tout plafond de garantie de la couverture dont bénéficient les assurés, en choisissant d'accorder la garantie de l'Etat à la seule caisse centrale de réassurance, tenue de réassurer tous les assureurs qui le demandent dès lors qu'ils remplissent les conditions légales et réglementaires, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité ni la liberté d'entreprendre* ».

Cette décision conforte la position de l'Etat dans l'affaire devant le TA de Paris. Celle-ci devrait vraisemblablement être audiencée au premier semestre 2014.

Au cours de l'année 2013, la DAJ a également, en coordination avec les services de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), assuré la défense des dispositions régissant la procédure et les pouvoirs de sanction de la Commission des sanctions de l'ACPR. Deux affaires ont été particulièrement marquantes : l'affaire Banque Populaire Côte d'Azur et l'affaire UBS France.

■ Affaire Banque Populaire Côte d'Azur

A l'appui d'un recours en annulation dirigé contre une décision de sanction prise à son encontre par la Commission des sanctions de l'ACPR, la Banque populaire Côte d'Azur (BPCA) a soulevé, par des mémoires distincts déposés au greffe du Conseil d'Etat le 25 juin 2013, quatre questions prioritaires de constitutionnalité portant sur une éventuelle méconnaissance des articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. La requérante prétendait que l'article L. 612-38 du code monétaire et financier relatif à la procédure disciplinaire de la Commission des sanctions

méconnaissait les principes d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction et les exigences de clarté et de précision de la loi répressive. Elle reprochait à cet article de ne pas instaurer de séparation claire entre les services chargés des poursuites et ceux chargés de l'instruction, de ne pas interdire à l'auteur de la saisine de participer au délibéré, d'autoriser l'ACPR à s'auto-saisir et de ne prévoir aucune mesure de prescription.

Le Conseil d'Etat, en s'appuyant notamment sur les éléments fournis par le ministre et l'ACPR, a toutefois décidé, dans un arrêt rendu le 25 juillet 2013¹⁰, de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel ces questions, qui n'étaient ni nouvelles ni sérieuses. Il a en effet considéré que les dispositions contestées garantissent la séparation au sein de l'ACPR de l'organe habilité à déclencher les poursuites et de l'organe qui prononce la sanction, prévoient une échelle de sanctions permettant à la Commission des sanctions de mettre en œuvre le principe de proportionnalité et ne permettent pas à cette commission de se saisir d'office. Il a, par ailleurs, rappelé qu'aucun principe constitutionnel n'exige que les poursuites disciplinaires soient nécessairement soumises à une règle de prescription.

■ **Affaire UBS France**

Le 25 juin 2013, la Commission des sanctions de l'ACPR a prononcé à l'encontre d'UBS France un blâme et une sanction pécuniaire d'un montant de dix millions d'euros en raison de l'absence de prise de mesure propre à remédier aux risques de non-conformité présentés par son activité transfrontalière. A l'occasion de cette instance, UBS France a soulevé, par un mémoire distinct enregistré au greffe du Conseil d'Etat le 16 octobre 2013, une question prioritaire de constitutionnalité tendant à faire constater l'inconstitutionnalité des articles L. 511-41, L. 611-7, L. 612-1 et L. 612-39 du code monétaire et financier relatifs au pouvoir de sanction de l'ACPR et aux règles applicables aux établissements de crédit. Dans cette affaire, la requérante prétendait que le législateur avait violé l'article 34 (16^{ème} alinéa) de la Constitution en ne définissant pas lui-même les obligations mises à la charge des établissements de crédit en matière de contrôle interne et de conformité pouvant donner lieu à une sanction par l'ACPR. Elle prétendait également que les dispositions contestées, en ne définissant pas de manière précise les obligations prudentielles auxquelles les établissements de crédit sont soumis, violaient le principe de légalité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le Conseil d'Etat a décidé, dans un arrêt rendu le 15 janvier 2014¹¹, de ne pas transmettre cette question au Conseil constitutionnel. Il a considéré, comme l'invitaient à le faire les mémoires de la DAJ et de l'ACPR, que la question tirée de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient le principe de légalité des délits et des peines et l'article 34 de la Constitution n'était pas nouvelle et ne présentait, par ailleurs, aucun caractère sérieux.

➤ **La défense des contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**

■ **Contentieux Taxe Télécom**

Le 27 juin 2013, la Cour de justice a jugé, en reprenant l'ensemble des arguments soutenus par les autorités françaises, que le droit de l'Union ne s'opposait pas à la taxe dite « télécom » sur la fourniture de services de communications électroniques, instaurée par la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de télévision.

La Commission européenne contestait la compatibilité de cette taxe avec la directive « autorisation », qui encadre les taxes administratives imposées aux entreprises qui fournissent un service ou un réseau, au titre de leur autorisation générale. Relevant que le fait générateur de la taxe n'était pas lié à l'autorisation d'accès au marché des services de communications électroniques, la Cour a jugé qu'elle n'entrait pas dans le champ de la directive. Cet arrêt vient clore un contentieux dont le risque avait été provisionné à hauteur de plus d'1 milliard d'euros.

¹⁰ Conseil d'Etat, 9^{ème} ss. *BPCA c/ ACPR* req. n° 36640.

¹¹ Conseil d'Etat, 15 janvier 2014, n° 371585.

La DAJ, sollicitée initialement par la direction de la législation fiscale, a joué un rôle moteur dès la phase pré-contentieuse de cette affaire, estimant qu'un contentieux présentait des chances de succès, et contribué à la rédaction du mémoire des autorités françaises ainsi qu'à la préparation des plaidoiries.

II. UNE DIRECTION OUVERTE SUR L'EXTÉRIEUR

- 1. L'activité éditoriale**
- 2. Le recensement des marchés publics**
- 3. Les relations avec les services acheteurs du ministère**
- 4. L'engagement qualité**
- 5. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients**
- 6. Les fonds de dotation**
- 7. Missions ou réceptions de délégations étrangères**

1. L'activité éditoriale

1.1. Les publications

➤ 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 frôlé en 2013 le cap des 10 000 abonnés.

1.2. Les brochures et les guides

➤ Le *Vade-mecum* des marchés publics

Conçu pour être à la fois un outil de travail opérationnel et un ouvrage de référence, le [Vade-mecum des marchés publics](#) est paru dans sa première édition au printemps 2013. Fruit des travaux de la DAJ, il rassemble en un seul document le Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, issu de la circulaire du 14 février 2012, des fiches synthétiques sur les notions principales à connaître et des logigrammes de procédure.

Ce nouveau support de diffusion du droit de la commande publique, diffusé par la direction de l'information légale et administrative (DILA), complète utilement la partie du site internet du ministère de l'économie. Sa présentation claire et son utilisation facilitée par l'ajout d'un index en font déjà un vecteur essentiel d'information des spécialistes et des praticiens de l'achat public.

➤ Le Guide relatif au prix dans les marchés publics

Issu d'une large concertation, ce [guide](#) publié en avril 2013 s'adresse aux acheteurs publics et aux entreprises. Il présente et explique le prix dans les marchés publics sous les angles juridique et économique, à chaque étape d'un marché : préparation, rédaction, passation, exécution.

Il encourage l'acheteur public, à l'aide de conseils pratiques, à anticiper la détermination du prix du marché le plus en amont possible, à rédiger précisément et clairement les clauses relatives au prix ou à ses variations, et enfin, à en suivre attentivement la mise en œuvre.

Les travaux initiés à l'occasion de son élaboration se prolongent par des groupes de travail sectoriels ont pour objet d'établir, avec les professionnels et les acheteurs publics, des modèles de formules de révisions de prix applicables aux marchés publics de ces secteurs d'activités.

➤ Le Guide de l'innovation dans les marchés publics

La mesure 32 du pacte national pour la croissance et la compétitivité, publié fin 2012, a proposé que les achats de l'Etat en produits et services innovants représentent 2 % des achats de l'Etat et de ses établissements publics en 2020. Cette mesure prévoyait également l'organisation par le Service des achats de l'Etat (SAE) et la DGCIS d'une conférence de l'achat public innovant en avril 2013.

La DAJ a apporté son expertise et a rédigé un projet de guide pratique de l'achat public Innovant recensant les possibilités laissées par la réglementation de la commande publique pour faciliter l'acquisition de solutions innovantes.

Une concertation menée sur le site du ministère à partir de la [première version du guide](#) a permis de recueillir un nombre important de contributions. Une version enrichie de ce guide sera diffusée lors de la seconde conférence innovation, prévue au début de l'année 2014.

➤ **L'édition 2013 du [Vade-mecum des aides d'Etat](#)**

Mise à jour comme chaque année, elle a été publiée par la DILA en avril 2013.

➤ **La plaquette de l'AJE**

A l'occasion du changement d'appellation des fonctions d'agent judiciaire du Trésor en agent judiciaire de l'Etat intervenu par décret du 23 août 2012, la DAJ a procédé à la refonte de la [plaquette de présentation de l'Agent judiciaire](#).

Cette nouvelle plaquette présente, de manière synthétique, les missions de l'AJE et les services de la DAJ en charge de ce contentieux ainsi que leur modalité de fonctionnement avec les avocats et les administrations. Les lignes directrices et la politique transactionnelle de l'AJE font, notamment, l'objet de développements particuliers.

Cette plaquette a fait l'objet d'une large diffusion auprès des administrations (préfectures, administration pénitentiaire, Education nationale, etc.), des avocats de l'AJE et des juridictions de l'ordre judiciaire, au cours du mois de janvier 2014, de la part de la DILA. Elle est également consultable, sous forme dématérialisée, sur le site extranet que la DAJ consacre à l'AJE.

1.3. Le site de la DAJ

➤ **La rubrique des marchés publics**

Bien connu des acheteurs publics, relayé par la presse spécialisée à chaque modification ou enrichissement de son contenu, le site « [Conseil aux acheteurs](#) » a vocation à apporter une aide opérationnelle aux acheteurs publics pour tous les aspects juridiques de leur activité, de la passation du marché jusqu'à son terme.

Le contenu du site répond à deux exigences : l'exactitude juridique et la compréhension par tous. Il présente à l'attention d'un public large un contenu complet et clair, afin de sécuriser les acheteurs dans leur mission d'achat soumise au contrôle du juge. Il rappelle les grands principes pour garantir un achat public efficace et assurer l'accès de toutes les entreprises, même les plus petites, aux marchés publics. L'ensemble des textes applicables, 40 fiches techniques, 50 questions-réponses, 20 tableaux de publicité, procédure et délais, 6 logigrammes de procédure et 10 guides sont ainsi mis à la disposition de tous. Les fiches techniques, qui comportent des informations synthétiques et précises, sont résumées par un abstract qui présente l'objet de la fiche et rappelle son sommaire.

Le site a été enrichi par des mises à jour régulières, notamment sur les marchés à procédure adaptée, les marchés de services juridiques et la communication des documents administratifs en matière de marchés publics. Il a connu un succès non démenti en 2013 auprès d'un public varié, composé non seulement d'acheteurs publics mais aussi d'universitaires ou d'étudiants et d'autres acteurs économiques. Ainsi, les fiches techniques ont été consultées à plusieurs milliers de reprises en 2013, et jusqu'à plus de 100 000 fois pour la fiche technique relative aux marchés à procédure adaptée.

Le site a, par ailleurs, une nouvelle fois, été utilisé en 2013 pour assurer une information immédiate des acheteurs publics sur les évolutions législatives et réglementaires intervenues (décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique) ou attendues, telle que l'évolution des seuils européens de procédure formalisée à compter du 1^{er} janvier 2014. Il a permis de mener des consultations publiques les plus larges possibles, en vue notamment de recueillir les observations des différents acteurs sur les modifications du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux ou sur le projet de suppression du formulaire NOTI 2.

➤ **La rubrique des groupements d'intérêt public (GIP)**

Depuis le mois d'avril 2013, le site de la DAJ comprend une rubrique dédiée aux GIP, régulièrement mise à jour, comportant des informations sur la réglementation applicable, des informations sur la refonte du régime opérée par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de

la qualité du droit, des questions-réponses ainsi que des publications. La création de cette rubrique s'imposait, après la rédaction par la DAJ du décret du 26 janvier 2012 relatif au GIP, premier décret d'application de la loi du 17 mai 2011.

2. Le recensement des marchés publics

L'[Observatoire économique de l'achat public \(OEAP\)](#) 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 € HT relèvent de l'obligation de recensement. Ce dispositif est désormais complété pour les marchés de l'Etat par une remontée d'informations issues de l'application CHORUS, à partir du premier euro.

L'année 2013 a été consacrée à l'élaboration des résultats du recensement pour les marchés ou contrats notifiés en 2012. L'OEAP a ainsi recensé 103 185 marchés initiaux (hors avenants) pour un montant total de 75,5 Mds €.

Pour collecter ces données, la DAJ a saisi environ 18 000 fiches de recensement, transmises à l'OEAP par des organismes non dotés d'un comptable du réseau de la DGFIP, en baisse de 10 % par rapport à 2012, la saisie directe par voie dématérialisée ayant progressé. Cette collecte est en effet complétée par les données directement saisies par les acheteurs non reliés au réseau de la DGFIP (756 comptes en 2013) dans l'application « REAP » dédiée au recensement, ainsi que par celles des collectivités territoriales transmises par le réseau comptable de la DGFIP via l'application ARAMIS. Au total, 50% de la collecte des données de recensement est désormais dématérialisée.

Parallèlement, l'OEAP a poursuivi son effort d'amélioration de la qualité du recensement des marchés publics. L'intégration au système d'information (SI) de l'OEAP des données issues de l'application comptable CHORUS a demandé un travail important de mise au point avec l'Agence pour l'informatique financière de l'Etat (AIFE). En 2013, pour la première fois, les données des marchés de l'Etat ont été obtenues uniquement par l'application CHORUS. Une collecte exhaustive des marchés de l'Etat a pu ainsi être réalisée. L'analyse de la situation des PME, précédemment réalisée par la DG Trésor, a pour la première fois été effectuée par la DAJ en utilisant les données de CHORUS pour les petits marchés de l'Etat.

Ces évolutions ont permis d'avancer d'un mois la disponibilité des données transmises à la Commission européenne.

3. Les relations avec les services acheteurs du ministère

La DAJ a poursuivi en 2013 sa participation aux « matinales de l'achat » organisées par le SAE en assurant, auprès des acheteurs des ministères économiques et financiers, une présentation de l'actualité juridique et jurisprudentielle du droit de la commande publique. Elle a, en outre, à l'occasion de ses travaux d'élaboration du guide de l'innovation, sensibilisé un public d'entreprises et d'acheteurs publics à la problématique des achats innovants dans les marchés publics.

4. L'engagement qualité

Le 22 mai 2012, la DAJ a obtenu la certification ISO 9001 pour ses activités d'Agent judiciaire de l'Etat (AJE).

En 2013, elle a consolidé sa politique qualité, par la formalisation de nouvelles procédures, l'enrichissement de son système documentaire, et la poursuite des actions initiées en 2012. Trois processus ont fait l'objet d'audits internes, qui n'ont pas relevé de non-conformité, mais ont suggéré des pistes de progrès, qui ont été ou sont en cours de mise en œuvre.

Les orientations fixées au système de management par la qualité ont été confirmées et reprises à son compte par le Directeur nouvellement nommé, qui, dans sa lettre d'engagement, réaffirme l'exigence d'assurer en permanence le meilleur service public possible, dans le respect tant des valeurs de la DAJ et des lignes directrices de l'AJE, que des dispositions légales et réglementaires en vigueur.

Un audit de surveillance de l'organisme certificateur, en avril 2013, a souligné la maîtrise opérationnelle et la sécurisation des procédures relatives aux prestations, signes d'un haut niveau de professionnalisme et d'une conscience du service.

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

Entre 2008 et 2013, la direction des affaires juridiques a signé 16 conventions de service avec d'autres directions ou structures ministérielles. Quatre d'entre elles venaient à échéance en 2013 et ont été renouvelées au cours de cette année. Une nouvelle convention a été conclue.

5.1. Les renouvellements de conventions

➤ La convention entre la DAJ et L'Agence France Trésor (AFT)

La 2ème convention liant la DAJ et l'AFT a été signée le 12 avril 2013. Elle vient conforter, pour deux ans, les relations de travail entre ces deux services de Bercy.

La DAJ apporte son expertise à l'AFT, par tous moyens utiles : notes écrites, réponses par courriel ou téléphone, participation à des réunions. La DAJ peut aussi effectuer, à la demande de l'AFT, des missions d'assistance, formalisées sous forme de lettre rédigée conjointement par l'AFT et la DAJ.

➤ La convention entre la DAJ et le SAE

Le décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 portant création du service des achats de l'Etat prévoit deux dispositions qui le lient de manière particulière à la DAJ du ministère chargé de l'économie : le directeur des affaires juridiques est membre du conseil d'orientation du SAE, avec voix consultative, et la DAJ assure son conseil juridique.

La convention de service entre la DAJ et le SAE, conclue le 26 mars 2011, a été reconduite pour deux ans le 22 mars 2013. Le premier bilan d'application de cette convention faisait état de près de 50 consultations délivrées par la DAJ au SAE.

➤ La convention entre la DAJ et la DGFIP

L'objectif de cette convention, qui a été signée le 28 septembre 2011 et renouvelée à compter du 28 septembre 2013, est de renforcer le conseil aux acheteurs publics dispensé par la cellule d'information juridique des acheteurs publics (CIJAP) et par la sous-direction du droit de la commande publique de la DAJ.

La CIJAP est un service de la DGFIP, intégré au pôle national de soutien au réseau spécialisé dans la commande publique et situé à Lyon. Elle s'adresse aux collectivités territoriales, aux établissements publics locaux et aux services déconcentrés de l'Etat.

La diversité et la complexité des questions traitées par la CIJAP dans l'exercice de ses missions ont conduit les deux directions à formaliser le cadre d'une collaboration renforcée entre leurs services chargés de garantir aux acheteurs publics une aide efficace dans la passation et l'exécution de leurs marchés.

La convention fixe les modalités pratiques de collaboration et prévoit de développer les échanges entre ces deux services, en facilitant notamment l'accueil des agents de la CIJAP à la DAJ, et réciproquement.

Un bilan est réalisé chaque année, lors d'une rencontre annuelle entre les deux signataires de la convention. Sur la période d'application de la convention, des agents de la DAJ se sont rendus à deux reprises à Lyon pour former leurs collègues et la DAJ a répondu à 65 courriels de la CIJAP.

➤ **La convention entre la DAJ et la direction des affaires juridiques du ministère chargé des affaires sociales (DAJMAS)**

Cette convention, signée le 7 novembre 2011 pour une durée de dix-huit mois, a été reconduite le 7 mai 2013 pour deux ans. La DAJ et la DAJMAS ont comme particularité de pouvoir, toutes deux, être sollicitées sur des sujets communs au périmètre des affaires sociales et à celui des ministères économiques et financiers (droit des politiques de l'emploi, droit du travail, droit des finances sociales, etc.). Les deux directions ont donc souhaité organiser leur partenariat dans ce contexte.

5.2. La convention entre la DAJ et la direction générale du Trésor (DG Trésor)

La DAJ et la DG Trésor, partenaires de longue date en ce qui concerne l'expertise juridique des projets de textes et l'élaboration de mémoires contentieux sur tous les sujets monétaires et financiers, ont souhaité formaliser leurs relations pour faciliter les échanges entre les services. Cette convention a été conclue le 11 décembre 2013, pour une durée de deux ans.

6. Les fonds de dotation

[Les fonds de dotation](#) connaissent un développement toujours aussi soutenu en 2013 : plus de 300 fonds créés, avec une moyenne de 15 à 30 créations mensuelles, ce qui porte le nombre de fonds de dotation créés à plus de 1 500.

En 2013, la DAJ a poursuivi son action de suivi du développement des fonds de dotation :

- par les conseils donnés aux porteurs de projet qui viennent consulter la DAJ en grand nombre,
- par un travail assuré en commun avec le comité stratégique des fonds de dotation : elle a ainsi diffusé en septembre 2013 le clausier pour la rédaction des statuts d'un fonds de dotation. Ce clausier dresse une liste d'exemples de clauses statutaires nécessaires au fonctionnement d'un fonds. Chaque article est assorti d'un commentaire. Ces clauses sont tirées de statuts existants dont la rédaction est apparue satisfaisante, ou adaptée au regard des préoccupations du législateur.
- par un soutien juridique aux préfetures, en collaboration avec le ministère de l'intérieur.

La DAJ a, enfin, assisté le Ministre lors des discussions portant sur l'article 48 du projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire, qui prévoit d'instaurer un montant minimum de dotation initiale pour les fonds de dotation. Ce projet d'article sera examiné en deuxième lecture à l'assemblée nationale au printemps 2014.

7. Missions ou réceptions de délégations étrangères

➤ L'accueil d'une délégation ukrainienne du ministère de la justice

Le 20 novembre 2013, la DAJ a reçu une délégation de représentants du ministère de la justice d'Ukraine, en voyage d'étude en France, sur la responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants d'entreprises.

Les fonctionnaires ukrainiens, après avoir également rencontré des magistrats du pôle économique et financier du TGI de Paris, ainsi que des membres de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice et du service central de prévention de la corruption, souhaitent se voir présenter le cadre juridique français, en marge des réformes en cours devant le Parlement ukrainien, de la législation sur ce volet de responsabilité.

➤ Le FIPOL

La DAJ est chef de file de la délégation française aux Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL) qui se réunissent deux fois par an à Londres. La France se mobilise depuis plusieurs années pour permettre une meilleure indemnisation des victimes de marée noire et modifier les critères d'indemnisation du FIPOL. S'appuyant sur les constatations faites lors des négociations du préjudice de l'Etat français avec le FIPOL dans l'affaire du Prestige, la France a présenté deux documents lors de la session d'octobre 2013 relatifs aux méthodes d'évaluation du FIPOL et au remboursement de la TVA, afin d'harmoniser l'évaluation des préjudices subis par les Etats en cas de marée noire. Les discussions sur ces points se poursuivront en 2014.

➤ L'accueil de délégations sur le thème de la commande publique

Plusieurs délégations étrangères ont été accueillies au cours de l'année 2013 afin d'échanger sur les divers aspects de la commande publique.

Entretiens avec la présidente de l'autorité de contrôle des marchés publics de Bosnie-Herzégovine (20 mars 2013)

L'ADETEF a sollicité l'appui de la DAJ, dans le cadre de sa mission d'aide aux futurs pays adhérents à l'UE. La délégation bosnienne recherchait des informations sur la manière de résoudre les difficultés liées à la transposition des directives européennes « marchés publics ». Cette rencontre a été l'occasion d'aborder les difficultés rencontrées dans chaque pays sur les délais de paiement dans les marchés publics et les mesures favorables à l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats de la commande publique. Par ailleurs, elle a permis une présentation de la procédure de recensement des marchés publics.

Rencontre avec la représentation commerciale de la Fédération de Russie (4 avril 2013)

Outre un partage d'expériences en matière de réduction des délais de paiement dans les marchés publics, ces entretiens ont permis d'échanger sur les différentes garanties financières liées à la bonne exécution des contrats de la commande publique.

Entretiens avec les hauts fonctionnaires du Gouvernement régional du Kurdistan irakien (16 avril 2013)

Lors de cet échange, les structures centrales de réglementation de la commande publique ainsi que de conseil et de soutien aux acheteurs publics ont été présentées.

Rencontre avec une délégation du service fédéral de contrôle financier et budgétaire de la Fédération de Russie (17 décembre 2013)

A compter du 1^{er} janvier 2014, les missions de la délégation du service fédéral de contrôle financier et budgétaire russe seront étendues aux acheteurs publics. La DAJ a apporté des éclairages sur les

obligations qui s'imposent aux acheteurs publics, les modalités de contrôle (administratif et juridictionnel) des marchés et les sanctions prévues.

Rencontre avec la direction générale des marchés publics du ministère de l'économie du Gabon (27 juin 2013) sur le thème de la dématérialisation des marchés publics **et avec la commission de régulation des Télécommunications de Jordanie (28 aout 2013)** sur le thème de la signature électronique dans les marchés publics.

DEUXIÈME PARTIE

LES PRINCIPALES CONSULTATIONS

Cette partie présente les consultations les plus significatives, à l'exception de celles se rapportant à des dossiers qualifiés de sensibles, réalisées par la DAJ au cours de l'année 2013.

AIDES D'ÉTAT

ÉTALEMENT ET REMISE DE DETTES

L'Etat peut renoncer à recouvrer des créances sur des entreprises et étaler les remboursements, mais ces opérations doivent être effectuées dans les mêmes conditions qu'aurait acceptées un créancier privé pour ne pas être qualifiées d'aides d'Etat.

L'Inspection générale des Finances a sollicité un avis sur la qualification des étalements et remises de dettes fiscales et sociales, au regard du droit de l'Union européenne, et sur la conformité au droit national d'un dispositif dérogatoire de prise en charge de certaines créances des administrations publiques.

Pour échapper à la qualification d'aide d'Etat, l'abandon, par les administrations publiques, de leurs créances sur des entreprises ainsi que l'étalement des remboursements doivent être réalisés dans des conditions identiques à celles qu'aurait acceptées un créancier privé. En revanche, le retard mis par l'Etat à exiger le paiement de ses créances pourra être regardé, par la Commission, comme une aide d'Etat, ce comportement n'étant pas celui d'un créancier avisé. Toutefois, des aménagements de créances ne répondant pas au critère du créancier privé peuvent constituer des aides d'Etat compatibles, sous réserve de respecter les conditions fixées par les lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté. Si l'instauration par la loi d'un dispositif dérogatoire de prise en charge des créances publiques pour une catégorie d'entreprises ne semble pas méconnaître le principe d'égalité, le choix du critère tenant à la saisine du comité interministériel de restructuration industrielle risque de ne pas être considéré comme suffisamment objectif et rationnel pour justifier une différence de traitement entre des entreprises.

COMMANDE PUBLIQUE

ACCORD-CADRE MULTI-ATTRIBUTAIRE

Il est possible au Service des Achats de l'Etat (SAE) de passer un accord-cadre pour la fourniture de gaz des sites ministériels. Il prendrait alors la forme d'un accord-cadre multi-attributaire, sur le fondement duquel seraient passés des marchés à bons de commande.

Le SAE envisage le lancement d'un marché de fourniture et d'acheminement de gaz naturel pour les besoins des sites ministériels. Le recours à l'accord-cadre multi-attributaire apparaît le scénario le plus adapté à ses besoins, compte tenu des aléas inhérents à la nature des prestations, objet du marché. Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre seraient des marchés à bons de commande, ne stipulant pas de quantité minimale ou maximale et dont le rythme de passation suivrait la survenance des besoins des sites ministériels. Si l'accord-cadre permet que certains termes des marchés subséquents ne soient fixés qu'au moment de la conclusion de ces marchés, il ne saurait, pour autant, se contenter de définir sommairement les besoins, permettant au pouvoir adjudicateur d'être complètement libre dans la fixation de ses exigences. Dès lors, il importe que chaque candidat puisse raisonnablement connaître, dès la passation de l'accord-cadre, les lieux d'exécution des prestations, les modalités financières et les critères sur lesquels son offre sera jugée. A défaut, l'absence de telles informations constituerait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

CESSION

La cession du théâtre éphémère n'est pas soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005 et peut être réalisée, sans déclaration spécifique, si elle intervient au bénéfice d'une collectivité territoriale qui l'intègre dans son domaine public et l'affecte à l'exercice de ses missions.

La Comédie-Française, établissement public industriel et commercial de l'Etat sous tutelle du ministère de la culture, est soumise pour ses achats à l'ordonnance du n°2005-649 du 6 juin 2005. Elle a fait réaliser, dans le cadre d'un marché public, un théâtre dit « éphémère » dans le jardin du Palais-Royal pour assurer sa mission de service public consistant à représenter les pièces de son répertoire et à en assurer le rayonnement national et international durant les travaux de rénovation de la salle Richelieu. Dès l'origine de l'opération, il était prévu que cette structure soit vendue lorsque la Comédie-Française réintégrerait ses locaux. Des collectivités territoriales se sont dites intéressées par l'acquisition du théâtre éphémère.

La cession du théâtre éphémère n'est pas soumise à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. La procédure applicable à cette cession relève du code général de la propriété des personnes publiques. Elle varie selon que l'acheteur est une personne publique ou privée et selon l'affectation de l'immeuble cédé. Si elle intervenait au bénéfice d'une personne publique telle qu'une collectivité territoriale, cette cession pourrait être réalisée sans déclassement ni procédure spécifique, à condition que l'immeuble soit destiné à l'exercice de ses missions et relève de son domaine public. Les collectivités territoriales intéressées peuvent acquérir le théâtre éphémère de gré à gré auprès de la Comédie-Française.

CONCESSION

Les concessions de remontées mécaniques s'analysent comme des concessions de services au sens de la proposition de directive sur les concessions en cours d'adoption. Au terme de la négociation, les concessions de remontées mécaniques n'étant pas exclues expressément du champ d'application, elles seront soumises au régime juridique prévu par la directive.

La proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession présentée par la Commission européenne le 20 décembre 2011 vise à réduire l'insécurité juridique qui encadre leur passation et à promouvoir un meilleur accès des entreprises européennes au marché des concessions. En application de l'article L. 342-1 du code du tourisme, la construction et l'exploitation d'un réseau de remontées mécaniques constituent des opérations d'aménagement touristique en zone de montagne. Cet article prévoit ainsi que la mise en œuvre de toutes les opérations d'aménagement touristique en zone de montagne peut être réalisée en régie ou bien être déléguée à un opérateur extérieur. Dans ce dernier cas, la collectivité publique doit conclure avec ce prestataire un contrat portant sur un ou plusieurs des objets constitutifs de l'opération touristique, notamment la construction et l'exploitation d'un réseau de remontées mécaniques. Ce contrat, portant à la fois sur la construction et l'exploitation d'un réseau de remontées mécaniques, et ayant pour objet principal la réalisation de travaux, s'analyse en une concession de travaux publics. Le concessionnaire assure l'exploitation du service qui lui est confié et se rémunère sur les redevances prélevées sur les usagers. Sa rémunération dépend directement de la fréquentation des sites touristiques. Il assume donc le risque d'exploitation.

DÉLAIS DE PAIEMENT

Les organismes HLM, qui sont des pouvoirs adjudicateurs sur lesquels l'Etat exerce une influence, disposent d'un délai de 60 jours pour régler les sommes dues dans le cadre de leurs marchés publics.

Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique dispose que les pouvoirs adjudicateurs doivent régler les sommes dues en principal en exécution d'un contrat ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services dans un délai de 30 jours. Toutefois, le décret autorise certains

d'entre eux, qui exercent des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lesquels une personne publique exerce une influence dominante, à régler ces sommes en 60 jours. Les organismes privés d'HLM, qui exercent une telle activité (voir COM (2006) 177 final du 26 avril 2006, p. 7 et CE, 24 avril 1992, Union nationale des fédérations d'HLM, n° 116489) et qui sont des pouvoirs adjudicateurs sur lesquels l'Etat exerce une influence dominante en raison notamment de nombreux contrôle de gestion (CJUE, 1^{er} février 2001, Commission c/ France, aff. C-237/99), peuvent régler les sommes qu'ils doivent dans un délai de 60 jours.

Les établissements publics de l'Etat exerçant à la fois une activité administrative et une activité industrielle et commerciale sont susceptibles de bénéficier, en tant qu'entreprises publiques au sens de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 juin 2004, d'un délai de paiement de 60 jours.

Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 fixe à 30 jours le délai de paiement de droit commun applicable aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs contrats de la commande publique. Toutefois, l'article 1^{er}, 3° de ce décret porte ce délai à 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, si ceux-ci sont qualifiables d'entreprises publiques aux termes de l'article 1^{er}, II de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004.

Les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de l'Etat, exclus du champ d'application du code des marchés publics, sont bien au nombre des pouvoirs adjudicateurs visés par l'article 3 de l'ordonnance de 2005. Une entreprise est, au sens du droit européen, une entité exerçant une activité de production ou de distribution de biens et services marchands, indépendamment de son statut juridique et de son mode de fonctionnement. La CJUE a une conception large de la notion d'activité commerciale, qui englobe les activités de la plupart des EPIC. En outre, le critère de l'influence déterminante de la personne publique est par nature rempli face à un établissement public. Les EPIC de l'Etat sont donc des entreprises publiques. Le délai de paiement de leurs contrats de la commande publique est ainsi de 60 jours.

Pour l'application du dispositif concernant la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, les centres techniques industriels (CTI) et les comités professionnels de développement économique (CPDE) sont qualifiables de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Ils sont en tant que tels soumis au délai de 60 jours.

Les CTI et les CPDE, régis respectivement par les articles L. 342-1 et suivants du code de la recherche et la loi n° 78-654 du 22 juin 1978 concernant les comités professionnels de développement économique, sont qualifiables de pouvoirs adjudicateurs au sens de 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. Etant sous l'influence dominante de l'Etat, pour l'application du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, les CTI et les CPDE peuvent être qualifiés de « pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques » (art. 1^{er} du décret précité). Ils sont alors soumis au délai de paiement de 60 jours. Cependant, ces organismes peuvent, en toute liberté, mener une politique de paiement plus dynamique en s'engageant contractuellement à honorer plus rapidement les factures de leurs prestataires ou en optimisant leurs circuits de paiement.

LIEU D'EXÉCUTION

Un marché public signé en France est soumis au code des marchés publics, qu'il soit ou non, exécuté à l'étranger. Si le marché est exécuté à l'étranger, les parties sont dans l'obligation d'appliquer également les règles impératives du lieu d'exécution.

Un marché signé et exécuté à l'étranger n'est pas soumis au code des marchés publics, sauf si la personne publique a exprimé sa volonté en ce sens (CE 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti, n°316028). Un marché public signé en France est soumis au code des marchés publics, peu importe que le marché soit exécuté à l'étranger. Lorsque le marché est signé en France mais exécuté à

l'étranger, les parties doivent également appliquer les règles impératives du lieu d'exécution. Le juge étranger pourrait obliger les parties à respecter ces lois de police étrangères et le juge français pourrait en sanctionner la violation, en application soit de l'article 9 §3 du règlement Rome I, soit de l'article 7 de la Convention de Rome. Toutefois, le juge administratif français n'a, semble-t-il, jamais appliqué une loi de police étrangère. Le pouvoir adjudicateur, en tant que partie au marché, pourrait se voir imposer l'application de règles locales impératives. En revanche, le comptable public, qui n'est pas partie au marché et qui n'a pas à contrôler la légalité des marchés, n'est pas tenu d'appliquer une loi étrangère.

MÉCENAT

Selon le principe de libre accès à la commande publique, un mécène peut candidater à un marché public si le principe d'égalité de traitement entre les candidats est respecté. Toutefois, en acceptant le don, le pouvoir adjudicateur ne doit pas s'engager à contracter avec le mécène.

L'agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE), saisie de difficultés rencontrées dans l'exécution de conventions de mécénat, s'interroge sur la possibilité, pour des mécènes, d'accéder à des marchés publics liés à l'objet du mécénat. Elle souhaite également connaître les conséquences qui s'attachent à l'obligation parfois faite au pouvoir adjudicateur de passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence avec un mécène lorsque celui-ci dispose de droits d'exclusivité sur l'objet du mécénat.

Il résulte du principe de libre accès à la commande publique que le mécène d'une personne publique a librement accès aux marchés publics de celle-ci, sous réserve de ne pas être placé sous l'effet d'une interdiction de soumissionner et de ne pas disposer d'informations entraînant une méconnaissance du principe d'égalité de traitement.

Par ailleurs, si l'article 35-II 8°) du code des marchés publics autorise le pouvoir adjudicateur à conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence avec un opérateur économique déterminé lorsque celui-ci détient des droits d'exclusivité, un détournement des règles de la commande publique pourrait être constaté si le pouvoir adjudicateur, en acceptant le don, s'oblige à conclure un marché public afin de pouvoir en faire usage.

OUTRE-MER

Le législateur ne peut imposer aux collectivités locales d'outre-mer l'utilisation, dans tous les marchés publics, d'un critère d'attribution relatif à la « performance en matière de valeur ajoutée produite par les entreprises locales de moins de cinquante salariés ».

Le droit européen et le droit national de la commande publique s'opposent à l'utilisation de critères d'attribution des marchés publics discriminatoires, qui n'auraient pas de lien avec l'objet du marché ou qui, du fait de leur imprécision, ne garantiraient pas la transparence des procédures. Imposer aux acheteurs publics un critère obligatoire pourrait, de plus, être jugé contraire aux directives européennes relatives aux marchés publics. Enfin, une intervention législative dans le champ d'application du code des marchés publics remettrait en cause l'architecture actuelle du droit de la commande publique. Dans ces conditions, une mesure d'un avant-projet de loi qui impose aux collectivités locales de l'outre-mer, dans tous les marchés publics, l'utilisation d'un « critère de performance en matière de valeur ajoutée produite par les entreprises locales de moins de cinquante salariés » doit recevoir un avis défavorable.

QUASI-RÉGIE

Un contrat conclu entre les services d'un même pouvoir adjudicateur ne relève pas du code des marchés (quasi-régie). En revanche, quel que soit le statut de l'opérateur, tout contrat conclu à titre onéreux en vue d'une prestation se conçoit comme un marché public.

Les plateformes d'appui interministériel à la gestion des ressources humaines (PFRH), qui relèvent du ministère de la réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, sont amenées à acheter, dans le respect du code des marchés publics, des prestations de formation.

Les contrats qu'elles concluent, à cet effet, avec d'autres ministères ou services de l'Etat ne sont pas soumis au code des marchés publics. En effet, passés entre deux services d'un même pouvoir adjudicateur, ces derniers ne répondent pas aux critères de la définition d'un marché public.

En revanche, le contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, doté d'une personnalité juridique propre, en vue de la réalisation d'une prestation de formation, à titre onéreux, est un marché public, quel que soit le statut public ou privé de l'opérateur en question.

RÉSILIATION

La suppression des tarifs réglementés de gaz pour les consommateurs non domestiques nécessite la conclusion de nouveaux contrats commerciaux de fourniture en gaz. Pour éviter les ruptures de fourniture et ne pas risquer d'exposer la France à une situation de manquement, les acheteurs publics doivent conclure ces nouveaux contrats dans le respect des règles de la commande publique.

Lorsqu'ils sont conclus à des tarifs réglementés de vente (TRV) de gaz, les contrats de fournitures en gaz ne relèvent pas du champ de la commande publique. A l'inverse, lorsqu'ils sont conclus à des tarifs commerciaux, les contrats de fournitures des acheteurs publics doivent être passés dans le respect des règles de la commande publique. La suppression des TRV de gaz pour les clients non domestiques entraînera la résiliation des contrats existants.

En conséquence, pour éviter une rupture de la fourniture, les acheteurs publics doivent conclure de nouveaux contrats, dans le respect des règles de la commande publique. La conclusion, sans mise en concurrence préalable, d'un nouveau contrat à un tarif proche des TRV du gaz et la poursuite des contrats existants par substitution d'un tarif commercial au TRV de gaz ne sont juridiquement pas envisageables. Les inconvénients de la suppression des tarifs réglementés de vente (TRV) de gaz pour les clients non domestiques qui sont des acheteurs publics auraient pu être évités par l'adoption d'une mesure transitoire prévoyant le maintien en vigueur des contrats existants. Toutefois, cette option, qui suppose que le tarif applicable demeure équivalent aux TRV de gaz ou très proche, est écartée par la Commission européenne. Dans ces conditions, l'adoption d'une telle mesure transitoire exposerait la France à une procédure en manquement.

SUBVENTION

Les subventions que perçoit le Centre de Recherche pour l'Etude et l'Observation des Conditions de Vie (CREDOC), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, ne constituent pas un obstacle pour candidater légalement à des marchés publics en tant qu'opérateur économique. Le CREDOC pourra justifier son offre de prix au regard des aides légalement accordées.

Le CREDOC remporte de nombreux appels d'offres de l'Agence Nationale pour la Participation des Employeurs à l'Effort de Construction (ANPEEC) en matière d'études relatives au dispositif de participation des employeurs à l'effort de construction (PEEC). Le CREDOC étant une association bénéficiant de subventions de l'Etat, l'ANPEEC s'est interrogé sur le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et sur le risque de recours de la part des candidats évincés.

La circonstance qu'une association ne poursuive pas de but lucratif et qu'elle puisse proposer des prix sensiblement inférieurs à ceux d'autres opérateurs est sans incidence sur le caractère économique de son activité. Les prestations réalisées par le CREDOC ne présentant pas de spécificité par rapport à celles qui peuvent être accomplies par des opérateurs économiques privés à but lucratif, celui-ci doit être regardé comme un opérateur économique. Il a par conséquent librement accès à la commande publique.

Au regard de la jurisprudence en droit de l'Union européenne, la perception de subventions par un candidat n'entraîne pas par elle-même la méconnaissance des principes d'égal accès aux marchés publics et de libre concurrence. Seule la détection d'une offre anormalement basse au sens de l'article 55 du code des marchés publics pourrait conduire l'ANPEEC à vérifier la régularité de ces

subventions. Si l'offre est susceptible d'être qualifiée d'anormalement basse, le CREDOC pourra se prévaloir, au titre des justifications apportées, de ce qu'il a bénéficié d'aides accordées légalement.

SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE

Les sociétés d'économie mixte contrat forment une nouvelle catégorie juridique et font l'objet de trois propositions de loi récemment déposées à l'Assemblée nationale et au Sénat. Sous réserve d'aménagement de leur contenu, ces propositions pourraient constituer le véhicule législatif du partenariat public privé institutionnalisé (PPPI) au sens du droit européen.

Trois propositions de loi (PPL) visant à créer des sociétés d'économie mixte contrat (SEM contrat) ont été déposées à l'Assemblée Nationale et au Sénat. Ces PPL ont pour objet de compléter la catégorie juridique des entreprises publiques locales existantes, en créant une nouvelle forme de société à capitaux mixtes. L'introduction de cette nouvelle catégorie, dans le droit interne, est directement inspirée de la formule dite du « *partenariat public-privé institutionnalisé* » (PPPI), que la Commission européenne définit comme une coopération entre des partenaires public et privé au sein d'une même entité qui exécute des marchés publics ou des concessions. A l'instar du PPPI, la SEM contrat constituerait un outil partenarial réunissant, au sein d'une même structure juridique, compétences techniques et investissements de l'opérateur privé d'une part et gestion contrôlée par la personne publique d'autre part. Cet outil permet également d'englober au sein d'une seule procédure de publicité et de mise en concurrence, la création d'une nouvelle forme de société et l'attribution simultanée d'un contrat de la commande publique. Les PPL tendant à la création de SEM pourraient donc être le véhicule législatif du PPPI au sens européen, sous réserve d'aménagements concernant notamment le périmètre des contrats concernés, l'existence d'un risque pour l'opérateur, le recours à la sous-traitance ainsi que l'opportunité de créer une nouvelle procédure.

COMMERCE

PAIEMENT PAR CHÈQUE

Le commerçant adhérent à un centre de gestion agréé accepte nécessairement le paiement par chèque. Il est dans l'obligation d'informer sa clientèle des modes de paiement acceptés et des conditions qu'il requiert.

Le paiement par chèque n'est en principe pas un droit. Seules les espèces constituent une monnaie ayant un cours légal et s'imposent, à ce titre, comme moyen de paiement. Cependant, si le commerçant est adhérent à un centre de gestion agréé, il est dans l'obligation d'accepter les paiements par chèque.

Dans cette hypothèse, ou si le commerçant accepte volontairement les paiements par chèque, l'article L. 131-15 du Code monétaire et financier l'habilite à exiger un document officiel pour établir l'identité de son client. Si cette pièce d'identité n'est pas suffisante, il peut en exiger une seconde. En cas de refus ou d'incapacité du client à justifier de son identité, le commerçant peut refuser le paiement par chèque.

Enfin, le commerçant est soumis à une obligation d'information de sa clientèle sur ses conditions de vente notamment par voie d'affichage. Il doit donc préciser s'il accepte ou non les chèques mais peut également, au titre de la liberté contractuelle, indiquer qu'il exigera, par principe, deux pièces d'identité.

COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ

SERVICES DÉCONCENTRÉS

Les autorisations d'engagement et les crédits de paiement sont inclus dans les crédits de l'Etat dont l'utilisation doit faire l'objet d'un compte-rendu aux préfets. Les services déconcentrés de la DGFIP sont chargés de la rédaction de ces comptes-rendus en tant qu'autorité compétente pour assurer le contrôle et le paiement des dépenses publiques dans leur ressort territorial. Toutefois, en l'absence de texte, ils ne sont pas compétents pour en limiter la production et la fréquence.

Le décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements prévoit la transmission de comptes-rendus aux préfets de région et de département portant sur l'utilisation des crédits de l'Etat. Les services déconcentrés de la DGFIP sont chargés de leur rédaction. La formulation générale des dispositions du décret ne permet pas de limiter l'objet des comptes-rendus au suivi des crédits de paiement et d'en exclure le suivi des autorisations d'engagement. Ces comptes-rendus comprennent les informations relatives à la mission « remboursements et dégrèvements », mais les dépenses fiscales et les prélèvements sur recettes en sont exclus. Les dépenses relatives à l'exercice des missions de la gendarmerie semblent pouvoir y être intégrées mais les dépenses relatives à l'exercice des missions prévues aux articles 32 et 33 du décret (missions des rectorats, de l'inspection du travail, de France Domaine, de l'INSEE, des agences régionales de santé), à celles des services interrégionaux et centraux et à celles des établissements publics de l'Etat en sont exclues. Les dispositions du décret ne permettent pas de déterminer quelle est, entre le préfet et le directeur des finances publiques, l'autorité compétente pour initier la production de ces comptes-rendus et leur fréquence. Une concertation avec le ministère de l'intérieur serait nécessaire pour uniformiser les pratiques administratives sur l'ensemble du territoire. Elle pourrait aboutir à l'adoption d'une circulaire ou à une modification du décret.

CONCURRENCE

MONOPOLE

Le droit exclusif dont bénéficie l'Imprimerie Nationale qui lui octroie un monopole légal, ne lui interdit pas de recourir à la sous-traitance sous réserve d'être partielle et d'être approuvée par la personne publique.

L'article 2 de la loi n° 93-1419 du 31 décembre 1993 réserve à l'Imprimerie Nationale S.A. le monopole de la réalisation de certains "documents déclarés secrets" ou devant "comporter des éléments spécifiques de sécurité". Or, dans le cadre d'un contrat passé avec le ministère de l'Ecologie, du Développement Durable et de l'Energie, l'Imprimerie Nationale SA souhaite sous-traiter à une de ses filiales certaines prestations relevant du champ de son monopole légal.

La jurisprudence administrative admet qu'une entreprise qui bénéficie d'un droit exclusif lui conférant un monopole légal puisse recourir à la sous-traitance, à la condition, toutefois, qu'elle ne dispose pas en interne de toutes les compétences techniques nécessaires.

La sous-traitance peut intervenir dans le cadre d'un marché public comme d'une délégation de service public.

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit, cependant, que le recours à ce procédé ne peut concerner l'exécution de l'intégralité d'un marché public. Elle ne doit pas non plus être quasi-totale et atteindre, par exemple, 99 % ou plus de 95 % du marché. Par ailleurs, le choix d'un sous-traitant, ainsi que les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance, doivent être approuvés par le maître de l'ouvrage.

CONSOMMATION

ACTION DE GROUPE

Le projet de loi relatif à la consommation prévoit la création d'une procédure d'action de groupe. Ce texte réserve cependant le bénéfice de l'action de groupe aux consommateurs.

Le projet de loi relatif à la consommation prévoit la création, aux articles 1 et 2, d'une procédure d'action de groupe. Ce texte réserve cependant le bénéfice de l'action de groupe aux consommateurs. L'action de groupe ne peut en outre être engagée que pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par un professionnel de ses obligations légales ou contractuelles à l'occasion notamment de la vente de biens ou de services.

L'analyse de l'applicabilité des actions de groupe à la matière boursière et financière conduit à distinguer deux situations :

- les préjudices résultant de manquements de professionnels intervenant dans la commercialisation des produits financiers (établissement de crédit, prestataires de services d'investissement, conseillers financiers) pourront faire l'objet d'une action de groupe. Le préjudice est dans ce cas lié à une prestation de services ;
- les préjudices subis par les porteurs du fait de manquements de la société ou de ses dirigeants à des obligations d'informations ne semblent pas pouvoir être rattachés à une action de groupe dès lors qu'ils ne sont pas liés à un contrat de prestation de services ou de vente de biens.

Il en est de même en cas de délits boursiers dès lors que ces manquements ne sont généralement pas liés à une vente de biens ou à une prestation de services.

DOMAINE PUBLIC

REDEVANCE POUR OCCUPATION

L'occupation du domaine public doit donner lieu au paiement d'une redevance qui tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'occupation. Dès lors, il n'est pas possible de prévoir des redevances symboliques pour l'occupation du domaine public d'une personne publique autorisée dans le cadre de projets de construction par un tiers d'équipements publics.

Il est envisagé de prévoir des redevances modiques voire symboliques pour les occupations du domaine des personnes publiques liées à un projet d'intérêt général dans le cadre duquel l'occupant est chargé de construire un immeuble qui sera ensuite loué à la personne publique (montage aller/retour). En effet, des redevances fixées au taux du marché renchériraient le montant global du montage, puisque l'occupant répercuterait leur coût sur le montant des loyers dus par la personne publique. Cependant, en l'état actuel du droit et de la jurisprudence, une telle modulation paraît difficilement envisageable.

En vertu des dispositions des articles L. 2125-1 et L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, l'occupation du domaine public doit donner lieu au paiement d'une redevance qui tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'occupation. Ces principes s'appliquent également aux baux emphytéotiques administratifs et aux contrats de partenariat conclus sur le domaine public. Le code prévoit des hypothèses dans lesquelles l'occupation peut être délivrée à titre gratuit mais les montages en cause ne correspondent pas à ces hypothèses.

En ce qui concerne les baux emphytéotiques administratifs, une modulation de la redevance est acceptée par la jurisprudence pour les contrats conclus sur le domaine privé qui imposent à l'occupant des obligations lourdes sans contrepartie. Les montages évoqués ne semblent pas entrer dans ce cadre car les loyers que recevra l'occupant paraissent constituer une contrepartie.

DROIT ADMINISTRATIF

DÉCISION IMPLICITE DE REJET

La décision implicite de rejet de la demande de permis exclusif de recherche a fait l'objet d'un accusé de réception régulier ; un recours pour excès de pouvoir contre cette décision implicite devrait donc être irrecevable pour forclusion, sauf à considérer que la mesure sollicitée ne pouvait être prise qu'après avis d'un organisme collégial. La société concernée peut par ailleurs introduire un recours de plein contentieux tendant à engager la responsabilité de l'Etat pour faute.

Une société a demandé l'octroi d'un permis exclusif de recherches (PER) de mines d'or en Guyane en avril 2008. Cette demande, qui a fait l'objet d'un accusé de réception régulier, a été implicitement rejetée deux ans plus tard (article 23 du décret 2006-648 du 2 juin 2006), soit en avril 2010. Un recours pour excès de pouvoir (REP) devrait être irrecevable pour forclusion (article R. 421-2 du code de justice administrative). La société pourrait toutefois déposer un REP en s'appuyant sur une interprétation des dispositions du 2° de l'article R. 421-3 du code de justice administrative (CJA) selon laquelle la décision implicite de rejet d'une autorité qui ne peut accorder la mesure sollicitée qu'après avis d'un organisme collégial n'est pas soumise à un délai de recours. Or, les projets de décisions relatifs aux PER sont soumis à l'avis du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGIET). Si le juge administratif n'a pas encore eu l'occasion de qualifier le CGIET d'organisme collégial au sens de l'article R. 421-3 du CJA, l'analyse de la jurisprudence permet de constater que le juge administratif a une approche au cas par cas de cette notion. La qualification du CGIET comme organisme collégial n'est donc pas à exclure, ce qui rendrait recevable un REP.

DROIT DE COMMUNICATION

L'accès aux informations disponibles relatives à l'environnement dans le cadre des permis de recherches de mines est soumis à un régime particulier. L'autorité publique doit apprécier l'intérêt économique de communiquer ces informations.

L'article L. 124-1 du code de l'environnement prévoit que toute personne a le droit d'accéder à toute information disponible relative à l'environnement détenue, reçue ou établie par des autorités publiques. Ce droit s'exerce dans les conditions définies par la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Ce régime spécial s'applique dès la demande de permis de recherches de mines, quand bien même ces informations s'inscriraient dans ce processus décisionnel non achevé et seraient relatives à une décision en cours d'élaboration.

L'autorité publique doit apprécier, au cas par cas, l'intérêt de communiquer ces informations. Elle doit donc mesurer les avantages et les inconvénients d'une communication, au regard de l'objet de la demande et de l'ampleur de l'atteinte éventuelle aux intérêts protégés. Elle ne peut rejeter une demande que pour les seuls motifs limitativement énumérés par la loi, en particulier l'atteinte au secret industriel et commercial.

Une identification des mentions non communicables, mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointer, peut être effectuée en lien avec l'industriel, sans que l'autorité publique soit liée par son avis.

Cette possibilité n'exonère pas l'autorité publique de procéder elle-même à des occultations ou à des disjonctions de mentions non communicables, à la condition que cela ne rende pas le document incompréhensible ou que cela n'en dénature pas le sens.

GESTION COMPTABLE DES ORGANISMES LOCAUX

Seules des dispositions législatives pourraient prévoir de mettre à la charge des collectivités locales les frais liés à leur gestion comptable. Les prestations

comptables de l'Etat ne semblent pas devoir être qualifiées d'activités économiques et ne peuvent par conséquent être soumises au droit européen de la concurrence.

Les frais, qui découlent de l'exercice, par les agents de la DGFIP, des fonctions de comptables publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements publics de santé sont imputés sur le budget de l'Etat. Dans le cadre de la maîtrise des dépenses de l'Etat, il est envisagé de demander aux organismes locaux le remboursement de ces frais.

Plusieurs dispositions mettent à la charge de l'Etat les coûts liés à la gestion comptable des organismes locaux sans que cela résulte d'un principe de gratuité. L'article 67 de la loi du 31 mars 1931 portant fixation du budget général de l'exercice 1931-1932, notamment, prévoit que les traitements et frais de gestion des percepteurs chargés des fonctions de receveurs des communes sont à la charge de l'Etat. Un principe général de gratuité des services publics n'a, d'ailleurs, jamais été dégagé, en tant que tel, par la jurisprudence.

Une disposition législative pourrait remettre à la charge des collectivités territoriales une partie des frais de leur gestion comptable. En revanche, leur imposer le remboursement de l'ensemble des coûts de leur gestion comptable, soit près de deux milliards d'euros, pourrait être contraire au principe de libre administration de ces collectivités.

Même si elles revêtaient un caractère onéreux, les prestations comptables rendues par l'Etat aux collectivités locales ne constitueraient pas des activités économiques. Elles ne seraient donc pas soumises au droit européen de la concurrence.

IMPOSITION ET REDEVANCE

La refacturation des frais d'affranchissement peut être entendue comme une rémunération de prestations ; il existe cependant un risque de la voir qualifier d'imposition ; la loi est seule à pouvoir instituer une telle redevance.

Il est envisagé d'obliger les collectivités territoriales et leurs établissements publics à refacturer aux usagers les frais liés à l'envoi, par la direction générale des finances publiques, de titres de recettes non fiscales émis à leur encontre.

Il est possible de faire financer un service public par les usagers via des redevances pour services rendus. Mais ces redevances pour services ne sauraient être établies pour des activités exercées à titre permanent dans l'intérêt général des usagers, telles que des activités de contrôle et de sûreté. La redevance doit, en effet, trouver sa contrepartie dans les prestations fournies par le service.

Il est difficile de voir dans cet envoi postal une prestation demandée par les débiteurs des créances publiques. Toutefois, les contributions aux frais d'affranchissement postal, perçues à l'occasion du recouvrement des redevances pour services rendus, et notamment pour les services d'eau et de l'assainissement, pourraient être regardées comme des accessoires de ces redevances. Elles pourraient dès lors constituer elles-mêmes des redevances pour services rendus.

Il existe cependant un risque que la contribution aux coûts d'affranchissement postal, qui incombent à l'Etat et non aux prestataires des services rendus aux usagers, soit requalifiée d'imposition par le Conseil constitutionnel.

DROIT CIVIL

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Le principe de l'enrichissement sans cause n'est pas applicable aux moteurs de recherche sur internet. Aucune indemnité ne peut en conséquence être envisagée pour les éditeurs de sites culturels.

Le référencement de pages à contenu culturel par les moteurs de recherche n'est pas constitutif d'un enrichissement sans cause au profit des exploitants de moteurs de recherche et au détriment des sites internet à contenu culturel.

Il est en effet difficile de considérer que les moteurs de recherche s'enrichissent au détriment des sites internet à contenu culturel, dès lors qu'ils ne s'approprient ou n'exploitent, en aucune façon, les données culturelles qu'ils se bornent à référencer.

De plus, rien ne prouve que le propriétaire du site s'enrichirait davantage si l'internaute arrivait directement sur la page d'accueil de son site à contenu culturel et cherchait lui-même le contenu, plutôt que s'il passait par un moteur de recherche qui le dirigeait directement sur la page pertinente du site internet.

Les moteurs de recherche n'ont d'ailleurs pas pour seule fonction de diriger les internautes vers les sites référencés. Ils ont aussi pour objet de faire connaître ces sites et leurs contenus aux internautes. Ce faisant, ils contribuent à l'enrichissement des sites internet.

En tout état de cause, il ne peut pas y avoir d'enrichissement sans cause, lorsque le prétendu appauvri a agi à ses risques et périls ou lorsqu'il a poursuivi un intérêt personnel. Or, en l'espèce, si les moteurs de recherche référencent les contenus, c'est parce que les éditeurs des sites les laissent faire car ils y trouvent un intérêt.

DROIT DES SOCIÉTÉS

RÉMUNÉRATION DES ADMINISTRATEURS

Bien que les principes coopératifs consacrent la gratuité du mandat d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance, une indemnisation du temps consacré à ces fonctions peut être admise. A ce titre, le versement de jetons de présence aux intéressés paraît envisageable.

Le projet de loi sur l'économie sociale et solidaire prévoit d'inscrire dans la loi cadre n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération le principe de la gratuité des fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance d'une société coopérative. Toutefois, conformément à la doctrine coopérative et à certains statuts particuliers propres à certaines formes de coopératives, il est admis que les intéressés peuvent bénéficier, sur décision de l'assemblée générale, du paiement d'une indemnité forfaitaire annuelle compensatrice du temps consacré à ces fonctions, ainsi que du remboursement de leurs frais.

Le versement de jetons de présence, défini par le code de commerce comme une somme fixe annuelle allouée par l'assemblée générale en rémunération de l'activité des administrateurs, relève de ces dérogations. Leur attribution, par le même organe, compense, en effet, le temps dédié à l'exercice du mandat social. Par ailleurs, les jetons de présence comme l'indemnité des administrateurs sont soumis au même régime fiscal et social, qui exclut toute assimilation à un salaire.

SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Un contrat de coédition, qui résulte de la volonté des associés, éditeurs publics et privés, de s'associer pour la réalisation d'une œuvre commune et qui prévoit la réalisation d'apports et la participation aux bénéfices et aux pertes, constitue une société en participation soumise aux règles relatives à la création de filiales. Le risque de gestion de fait n'existe que si un comptable privé était chargé d'encaisser des recettes publiques.

Une société en participation (SEP) est une société, même si elle n'est pas immatriculée et n'a pas la personnalité morale. Si le contrat de coédition résulte de la volonté des associés, éditeurs publics et privés, de s'associer pour la réalisation d'une œuvre commune et prévoit la réalisation d'apports et la participation aux bénéfices et aux pertes, il constitue une société en participation. La signature d'un contrat de coédition, si elle emporte création d'une société, ne peut donc être assimilée à un simple acte de gestion. La décision de constituer une SEP relève par conséquent de la compétence du conseil d'administration.

La création d'une SEP par un établissement public est ainsi soumise aux règles relatives à la création de filiales. Elle doit être autorisée par le conseil d'administration et par l'autorité de tutelle. Les statuts de l'établissement peuvent toutefois autoriser le conseil d'administration à déléguer au dirigeant certaines de ses attributions, telles que la prise de participation à une SEP. Le risque de gestion de fait pour le comptable privé qui encaisserait les recettes de la société peut être écarté s'il apporte une valorisation substantielle. Dans ces conditions, les recettes perçues par l'éditeur privé pourront être qualifiées de recettes commerciales et non de recettes publiques.

Lorsque l'éditeur privé assume l'ensemble des tâches relatives à la réalisation de l'ouvrage, le coéditeur public participant le cas échéant à l'écriture, et qu'en contrepartie le coéditeur public s'engage à acquérir un nombre ferme d'exemplaires qu'il peut ensuite commercialiser, il s'agit d'une co-édition sous forme de pré-achat.

Cette forme de co-édition répond aux critères de l'article 1er du code des marchés publics et constitue un marché public. Le co-éditeur public devra donc respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues par le code.

DROIT DU TRAVAIL ET DROIT SOCIAL

REPOS DOMINICAL

Un régime expérimental de dérogation au principe du repos dominical peut être établi sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution. Les dispositions correspondantes seront limitées dans leur objet, dans leur durée, et devront être évaluées.

Par principe, le repos hebdomadaire des salariés est donné le dimanche. Des dérogations de droit ou soumises à autorisations existent cependant. L'introduction d'une dérogation supplémentaire à titre expérimental est possible. Lorsque le Gouvernement envisage une telle expérimentation, elle doit être mise en œuvre sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution et non sur celui de l'article 72, al. 4.

Les expérimentations qui relèvent de l'article 72, al. 4, sont en effet conduites à l'initiative des collectivités territoriales à leur demande. Elles ne permettent à ces collectivités de déroger qu'aux seules dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

En revanche, les expérimentations relevant de l'article 37-1 de la Constitution sont limitées dans leur objet et leur durée et sont soumises à une évaluation. Elles nécessitent, selon les cas, une autorisation du législateur ou du pouvoir réglementaire. Au cas d'espèce, l'expérimentation relève nécessairement du domaine de la loi en ce qu'elle détermine les principes fondamentaux du droit du travail, parmi lesquels figure le principe du repos dominical.

L'expérimentation permet, dans la perspective de son éventuelle généralisation, de déroger au principe d'égalité devant la loi. Elle doit répondre aux conditions suivantes : son objet et sa durée doivent être limités, ses conditions strictement définies, sa réversibilité assurée et son évaluation prévue par le dispositif.

VOTE ÉLECTRONIQUE

Il est possible d'instaurer le vote électronique pour l'élection des membres du conseil d'administration des caisses mutuelles complémentaires et d'action sociale (CMCAS). Un accord préélectoral doit permettre l'utilisation de ce dispositif et garantir le respect des principes fondamentaux qui régissent les opérations électorales.

Les CMCAS administrent les activités sociales instituées en faveur du personnel, soumis au statut national du personnel des industries électriques et gazières (IEG).

Les CMCAS souhaitent utiliser le vote électronique pour procéder à l'élection des membres de leurs conseils d'administration. L'utilisation du vote électronique n'est pas expressément prévue par le statut des IEG. Il prévoit seulement que les élections doivent avoir lieu à bulletin secret.

Dans le silence des textes, la Cour de cassation admet le recours au vote électronique à la condition qu'un accord préélectoral le prévoie et garantisse le respect des principes fondamentaux qui commandent les opérations électorales.

Ainsi, le recours au vote électronique pour l'élection des représentants des salariés au sein du conseil d'administration de la RATP est possible, alors que le décret régissant les opérations électorales ne le prévoit pas. Un accord préélectoral a été conclu et permet l'utilisation de ce dispositif.

Cette solution peut être transposée aux CMCAS. Elles peuvent donc avoir recours au vote électronique à condition que les modalités du vote électronique soient déterminées par un accord collectif de branche respectant les principes régissant les opérations électorales.

DROIT INTERNATIONAL ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

MANDAT DE NÉGOCIATION

La décision du Conseil autorisant la Commission à négocier un accord de libre-échange avec les Etats-Unis devra être adoptée à la majorité qualifiée, sauf si l'accord comprend des dispositions entrant dans le champ des exceptions requérant l'unanimité.

Un accord de libre-échange doit être négocié entre l'Union européenne, ses Etats membres et les Etats-Unis. Compte tenu de son contenu, qui porterait notamment sur les transports, l'accord relève de la compétence partagée de l'Union et de ses Etats membres (« accord mixte »). A ce titre, la Commission européenne devrait recevoir une première autorisation du Conseil (pour négocier l'accord au titre des compétences de l'Union) et une seconde autorisation des Etats (pour négocier au titre des compétences des Etats). La première devrait, en principe, être adoptée à la majorité qualifiée, conformément à l'article 207 TFUE, relatif à la politique commerciale commune, qui prévoit que les décisions du Conseil autorisant l'ouverture des négociations et la conclusion des accords sont adoptées à la majorité qualifiée. L'unanimité pourrait toutefois être requise si l'accord se rattache à l'un des domaines énumérés à l'article 207, §4 TFUE. Tel est le cas, par exemple, des accords relatifs aux services culturels et audiovisuels, lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union. Cette disposition n'ayant pas encore été appliquée, sa portée reste à déterminer. En tout état de cause, la seconde autorisation devra nécessairement être donnée par consensus. La Commission européenne pourrait entamer les négociations sur la seule base de la première autorisation. Toutefois, si elle négociait une partie de l'accord relevant de la compétence des Etats, ceux-ci pourraient saisir la Cour de justice.

MEMORANDUM OF UNDERSTANDING

La pratique qui consiste à conclure un arrangement administratif entre la ministre du commerce extérieur française et son homologue nigérian constitue une alternative simplifiée du *MoU*. Elle doit cependant être soumise au ministère des affaires étrangères (MAE).

Le recours à un *Memorandum of understanding (MoU)* entre sujets de droit international fait peser des incertitudes sur la portée juridique du texte. En effet, dans la pratique internationale, un *MoU* est considéré comme un simple engagement de bonne foi dépourvu de portée juridique réelle vis-à-vis des signataires. Or, cette distinction est inconnue dans la conception française du droit international qui reconnaît à tout engagement pris au nom du Gouvernement la valeur d'un accord international créant des obligations. Le recours à un *MoU* n'est toutefois pas interdit, mais il doit alors expressément mentionner son caractère contraignant. Par ailleurs, un *MoU* est soumis au régime des accords internationaux et doit obéir à toutes les contraintes qui pèsent sur ces derniers (demande de pouvoirs de signature au Ministère des affaires étrangères et autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation en cas d'application de l'article 53 de la Constitution).

Le projet de *MoU* qui doit être signé entre la Ministre du commerce extérieur et son homologue nigérian pour établir une coopération économique dans le domaine du développement industriel, du commerce et de l'investissement pourrait être requalifié en « arrangement administratif ». La pratique internationale admet la conclusion de tels arrangements pour organiser une coopération administrative de portée limitée qui n'entre pas dans le champ de l'article 53 de la Constitution. Par ailleurs, le signataire d'un arrangement administratif n'a pas besoin de solliciter des pouvoirs de signature.

En toute hypothèse, la négociation de l'accord doit être signalée et le projet communiqué au MAE pour vérification du respect des procédures en matière d'engagements internationaux.

DROIT FINANCIER

AUTORISATION DE PRÉLÈVEMENT

La règle supplétive de validité des anciens mandats de prélèvement prévue par l'article 7 du règlement (UE) no 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 semble permettre de conserver les autorisations de prélèvement fournies par les contribuables dans le cadre du téléversement des impôts pour exécuter les futurs prélèvements SEPA interentreprises. Afin d'éviter d'éventuels risques contentieux pour les banques, le législateur national pourrait prévoir une mesure de prorogation des anciennes autorisations de prélèvement.

Le projet de l'espace unique de paiement en euros (SEPA) prévoit de mettre en place des services de paiement communs à toute l'Union européenne remplaçant les services de paiement nationaux actuels. Afin de faciliter le passage au système SEPA, l'article 7 du règlement (UE) no 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 prévoit une règle supplétive de validité des anciens mandats de prélèvement. L'article 7.2 de ce règlement prévoit par ailleurs que lorsqu'il est fait application de cette règle de continuité des autorisations de prélèvement, les garanties de remboursement prévues par les mandats initiaux sont maintenues. Certains prestataires de services de paiement ont une lecture englobante des articles 7.1 et 7.2 du règlement et considèrent que la règle de continuité des autorisations de prélèvement ne s'applique que lorsque la convention cadre qui régit le nouveau système de prélèvement prévoit les mêmes garanties de remboursement que celles qui régissaient l'ancien système de paiement. Une telle lecture de l'article 7 paraît néanmoins discutable au regard des termes du règlement. En effet, selon le texte même de l'article 7.1, l'application de la règle de continuité des mandats n'apparaît pas conditionnée par l'existence de garanties de remboursement équivalentes. Par ailleurs, le prestataire de service de paiement peut accorder au payeur des garanties particulières de remboursement même si celles-ci ne sont pas prévues par les modèles de conventions normalisés. Ce règlement étant d'application directe, les autorisations de prélèvement fournies par les contribuables dans le cadre du système de téléversement des impôts devraient donc rester valides pour exécuter des prélèvements SEPA, en l'absence de disposition nationale relative à la continuité de ces mandats de prélèvement. En application de l'article 7.2 du règlement, les garanties de remboursement prévues par la convention cadre relative au système de téléversement des impôts devraient en principe être maintenues, sauf à considérer que cet article ne s'applique qu'aux consommateurs personnes physiques.

Afin de garantir un passage harmonieux vers le système SEPA interentreprises et de limiter les éventuels risques contentieux pour les banques, le législateur national pourrait néanmoins prévoir une mesure de prorogation des anciennes autorisations de prélèvement. L'atteinte que porterait une telle mesure à la liberté contractuelle des professionnels assujettis serait très limitée, celle-ci n'ayant pas d'effet rétroactif et l'adhésion au système de téléversement des impôts constituant une obligation pour la quasi-totalité des professionnels assujettis. Par ailleurs, prévoir une disposition relative à la continuité des mandats est peu contraignant pour le législateur fiscal dans la mesure où son intervention est déjà nécessaire pour adapter le code général des impôts au nouveau système de règlement SEPA interentreprises.

DROIT DE RENONCIATION

Le législateur peut modifier le délai de renonciation de l'assuré en matière d'assurance-vie, mais cette modification ne pourra s'appliquer qu'aux contrats signés après l'entrée en vigueur des nouvelles mesures.

En matière de contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation, l'assureur est soumis à une obligation d'information précontractuelle à l'égard de l'assuré. La sanction de la violation de cette obligation est la prorogation de plein droit du droit de renonciation de l'assuré jusqu'au trentième jour suivant la date de la remise effective des documents, dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu. Certains assurés usent de ce droit afin d'obtenir le remboursement de leurs primes lorsque le contrat est en perte (notamment en cas de contrat libellé en unité de compte). Il est envisagé de réduire cette faculté et deux projets sont proposés afin d'éviter que des assurés avertis usent de ce droit à l'encontre d'un assureur défaillant. Il faut souligner que la modification du dispositif actuel relève de l'opportunité et non d'une nécessité dictée par l'intérêt général. Aussi, quelle que soit la disposition adoptée, elle n'aura pas de portée rétroactive et ne s'appliquera donc qu'aux contrats formés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Après examen comparatif des deux projets, c'est le second, qui consiste à lister des actes exclusifs de l'exercice du droit de renonciation prorogé, qui semble plus à même d'atteindre l'objectif poursuivi, le premier projet prévoyant de subordonner l'exercice de ce droit à la bonne foi de l'assuré.

FONDS EUROPÉEN DE STABILITÉ FINANCIÈRE

L'acte de garantie couvrant le Fonds européen de stabilité financière (FESF) a dû être modifié pour tenir compte de la dégradation de la note de la France, intervenue le 19 novembre 2012. Cette modification n'a pas nécessité une nouvelle autorisation parlementaire dans la mesure où elle n'affecte pas le plafond de garantie fixé par l'article 8 de la loi de finances rectificative n°2011-117 du 19 septembre 2011. Seule la version en langue française de l'acte de garantie modifié fera foi.

Le FESF est une société anonyme de droit luxembourgeois, constituée par les Etats membres de la zone euro, afin de sauvegarder la stabilité financière des Etats de cette zone, auquel se substitue, aujourd'hui, le Mécanisme Européen de Stabilité (MES). Ses modalités d'intervention sont régies par un accord-cadre et deux actes de garantie, conclus entre les Etats parties, le fiduciaire (Deutsche Trustee Company Limited) et le FESF, soumis au droit anglais : le « programme d'émission de titre de créances garantis », conclu le 11 janvier 2011, modifié par un premier avenant en date du 24 octobre 2011 et par un second avenant du 13 février 2012, et les « opérations de marché désignées », conclu le 24 octobre 2011, modifié par un premier avenant en date du 13 février 2012.

En application de ces actes de garantie, les montants émis par le FESF doivent être couverts, dans le cadre du mécanisme de sur-garantie, par les six Etats garants plus gros contributeurs dont la note auprès des agences de notation *S&P*, *Moodys* et *Fitch*, devait être supérieure ou égale à celle du FESF (« *largest and highest-rated Guarantors* »), c'est-à-dire la note AAA.

A la suite de la dégradation de la note de la France par l'agence *Moodys* le 19 novembre 2012, cette règle a induit une situation de blocage, le FESF ne pouvant plus émettre de nouveaux titres tant que sa propre note n'était pas elle-même dégradée. Pour remédier à cette possibilité de blocage temporaire, le FESF a proposé de modifier la méthode de calcul des sur-garanties figurant dans l'acte de garantie type. La nouvelle formule permet de calculer le taux de sur-garantie applicable pour chaque nouvelle émission indépendamment de la notation des Etats membres, tout en conservant la limite d'un taux de sur-garantie de 165%.

Par ailleurs, cette révision des actes de garantie du FESF a permis de tirer les conséquences de la décision de l'Eurogroupe du 12 novembre 2012 d'étendre la maturité des prêts consentis par le FESF à la Grèce (ce qui nécessitait de proroger la durée de validité de la garantie jusqu'à 2070).

Ces modifications, essentiellement techniques, n'ont aucun impact sur le montant de sur-garantie souscrit par l'Etat français. Elles n'affectent donc pas le plafond, en principal, voté en loi de finances. Une nouvelle autorisation parlementaire n'était donc pas, dans ces conditions, nécessaire.

Afin de respecter les dispositions de la loi 94-665 du 4 août 1994, version française, faisant foi, de l'avenant à l'acte de garantie devait être prévue.

Ainsi, la France a pu signer une version française et une version anglaise du troisième avenant au « programme d'émission de titre de créances garantis », et un second avenant aux « opérations de

marché désignées ». Les nouvelles versions des actes de garantie modifiés sont entrées en vigueur le 28 juin 2013.

SOCIÉTÉ DE FINANCEMENT

L'ordonnance du 27 juin 2013 crée un nouveau statut de société de financement, distinct de celui d'établissement de crédit. Dès lors, tout établissement de crédit qui souhaite devenir une société de financement doit procéder à la modification de ses statuts sociaux, et notamment à la modification de son objet, et convoquer l'assemblée générale des obligataires, conformément à l'article L. 228-65-1 du code de commerce.

Les établissements de crédit sont définis comme des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque. Le statut d'établissement de crédit constitue un statut de base. Au sein de cette catégorie, on distingue traditionnellement les banques, autorisées à recevoir des fonds du public et à les utiliser pour le financement de leur activité et les sociétés financières qui n'ont pas cette possibilité. Toutes ces activités sont soumises à la réglementation des établissements de crédit.

Le 1^{er} janvier 2014, les établissements de crédits seront soumis à un nouveau régime prudentiel découlant des accords Bâle III. Cependant, la définition européenne et la définition française de l'établissement de crédit ne concordent pas parfaitement. Ainsi, les activités des sociétés financières françaises ne peuvent être réduites à celles des établissements de crédit au sens du droit européen. Afin de ne pas soumettre ces sociétés financières à l'intégralité du nouveau régime prudentiel, l'ordonnance du 27 juin 2013 prévoit la création d'un nouveau statut, différent de celui d'établissement de crédit : la société de financement.

Si un établissement de crédit agréé jusque là en qualité de société financière souhaite devenir une société de financement, il doit procéder à la modification de ses statuts sociaux et notamment à la modification de son objet. En vertu du 1^o du I. de l'article L. 228-65 du code de commerce (CCom), l'assemblée générale (AG) des obligataires doit donc être convoquée. Si le conseil d'administration de la société décide de passer outre le refus d'approbation de l'AG des obligataires, il doit proposer le remboursement des obligations sur le fondement de l'article L. 228-72 du CCom. Il conviendra alors de se reporter au contrat d'émission de titres afin de déterminer le montant du remboursement des obligations (au pair ou à la valeur de marché).

Afin de permettre aux établissements de crédit d'opter pour le nouvel agrément en tant que société de financement conformément à l'article 34 II de l'ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, sans que cette décision n'emporte le risque pour les entités concernées de devoir proposer le remboursement des obligations en cas de refus par l'assemblée générale des obligataires, la loi du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises prévoit, à son article 18, IV, que la décision d'opter pour un agrément en tant que société de financement ne relève pas de la compétence de l'assemblée générale des obligataires. Il aurait en effet été préjudiciable à la réforme prévue par l'ordonnance du 27 juin 2013 – rendue nécessaire par l'évolution du droit européen et la nouvelle définition d'établissement de crédit qu'elle emporte – que les entités concernées se voient dans l'obligation de proposer le remboursement de lignes obligataires du seul fait du changement formel de l'objet renseigné à leurs statuts, alors même que le basculement vers l'agrément en tant que société de financement n'aura aucun impact sur nature de leur activité.

ÉNERGIE

CERTIFICATS D'ÉCONOMIE D'ÉNERGIE

Le remplacement du terme « collectivité publique » par celui de « collectivité territoriale » a exclu l'Etat du périmètre éligible du dispositif des certificats

d'économie d'énergie. Pour autant, la signature de conventions entre l'Etat et des entreprises permet encore à l'Etat de bénéficier indirectement de ce dispositif.

Les certificats d'économies d'énergie (CEE) constituent l'un des instruments de la politique de maîtrise de la demande énergétique. Ce sont des biens meubles négociables qui peuvent être octroyés en contrepartie d'opérations favorisant la réalisation d'économies d'énergie. Initialement, la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 et son décret d'application prévoyaient que toute « *collectivité publique* » pouvait se voir délivrer des CEE. Si la loi vise toujours les « *collectivités publiques* », un nouveau décret d'application a remplacé, en 2010, le terme « *collectivité publique* » par celui de « *collectivité territoriale* », excluant l'Etat du périmètre éligible. Malgré cette exclusion, l'Etat continue à bénéficier, indirectement et ponctuellement, du dispositif des CEE, par le biais de conventions de partenariat. Ces conventions sont légales, dans la mesure où ce n'est pas l'Etat qui demande l'attribution de CEE mais le signataire de la convention, après avoir justifié d'une contribution directe à l'opération d'économies d'énergie. Il convient de noter que le dispositif des certificats d'économies d'énergie fait actuellement l'objet d'une évaluation globale qui s'inscrit dans le cadre du débat sur la transition énergétique.

CLASSEMENT D'UN SITE

Le massif forestier de Montmorency pourrait devenir une « forêt de protection » au sens du code forestier. Or, selon l'article R. 141-14 de ce code, ce classement entraîne l'incompatibilité avec toute exploitation. Afin de poursuivre l'extraction du gypse dans cette forêt, l'article R.141-14 devrait être modifié.

Il est envisagé de classer le massif forestier de Montmorency en forêt de protection. Un tel classement emporte, en vertu de l'article R. 141-14 du code forestier, interdiction de toute fouille, extraction de matériaux ou emprise d'infrastructure dans la forêt. Or, le sous-sol de ce massif fait déjà l'objet d'une autorisation d'exploitation souterraine d'une carrière de gypse. Afin de sécuriser la possibilité de poursuivre l'extraction du gypse sous le massif de Montmorency, il serait préférable de modifier l'article R. 141-14 du code forestier, en précisant que l'extraction souterraine peut être autorisée dans une forêt de protection. A défaut, il peut être envisagé d'exclure du périmètre de la forêt de protection les emprises nécessaires à l'exploitation du gypse.

ZONE SPÉCIALE DE CARRIÈRES

Selon le code minier, la procédure d'instruction pour la création d'une zone spéciale de carrières n'est pas contrainte par un délai. La durée écoulée entre la réalisation des procédures d'élaboration et l'édition d'un acte administratif ne constitue pas un obstacle à son achèvement, sous réserve qu'aucun changement de situation ne soit avéré ou que l'économie même du projet ne soit pas modifiée.

La procédure de définition d'une zone spéciale de carrière (ZSC, anciennement « zone 109 ») n'est encadrée par aucun délai. Le temps passé entre la réalisation des procédures d'élaboration et l'édition d'un acte administratif ne constitue pas un obstacle à l'achèvement de la procédure de création de la ZSC tant qu'il n'y a pas eu de changement de circonstances de fait ou de droit.

Si la légalité d'une procédure d'instruction s'apprécie au regard des textes en vigueur à la date à laquelle la décision est prise, cette procédure peut devenir caduque lorsque les textes intervenus en cours d'instruction modifient les étapes à suivre et les exigences à remplir dans le dossier. Les circonstances de droit ne semblent pas avoir connu d'évolution notable impliquant de recommencer la procédure de création de la ZSC.

Cependant, les circonstances de fait pourraient avoir évolué au point de porter atteinte à l'économie du projet. La démarche envisagée qui consiste à commencer par une phase d'actualisation des informations du dossier sur les aspects économiques, environnementaux et sociétaux afin de vérifier l'absence de modifications substantielles des données initiales, est dès lors justifiée. Il appartiendra aux services de l'Etat d'en tirer toutes les conséquences.

ÉTABLISSEMENT PUBLIC

CRÉATION D'UNE FILIALE

La constitution, par un établissement public administratif de l'Etat, d'une filiale ayant la forme d'une société commerciale, pour gérer certaines de ses missions, pourrait exposer la personne publique à un risque de gestion de fait. La société par actions simplifiée (SAS) pourrait également être considéré comme percevant des aides d'Etat. Enfin, le contrôle pour l'Etat ne peut résulter que du statut de la société.

Une école d'ingénieurs, établissement public administratif, envisage de créer une filiale sous forme de SAS pour développer son offre de formation. Le financement de l'activité de la filiale repose sur des apports de l'Ecole, des prestations de services assurées par du personnel de cette dernière, ainsi que des recettes provenant de la contribution des apprenants et des entreprises via, notamment, la taxe d'apprentissage, ainsi que du conseil régional. Les statuts de la filiale prévoient, en outre, la participation d'un représentant de la tutelle administrative de l'Ecole, avec voix consultative, aux réunions du Conseil stratégique et de surveillance, de la SAS.

Certes, un tel montage juridique permet à l'Ecole de bénéficier, en tant qu'associé de la SAS, des spécificités du droit commun des sociétés commerciales à responsabilité limitée, en particulier en matière de faillite. Ainsi, en cas de liquidation de la filiale, et sauf à commettre une faute de gestion ou une infraction dans le cadre de l'exercice de fonctions dirigeantes, l'Ecole verra sa responsabilité pécuniaire limitée à ses apports.

Les risques juridiques sont toutefois importants. L'Ecole, en tant que personne publique, ne peut régulièrement se défaire d'une part essentielle de ses attributions au profit de sa filiale. En outre, dans la mesure où la SAS perçoit, sans titre légal, certaines ressources normalement dévolues à l'Ecole et qui peuvent être qualifiées de fonds publics, il existe un risque de gestion de fait. Le risque de voir la SAS considérée comme bénéficiant d'aides d'Etat ne peut pas non plus être totalement exclu au regard de la nature économique de certaines activités de formation. Enfin, à défaut de texte spécifique, cette filiale n'est soumise à aucune tutelle administrative. Le contrôle de l'Etat sur la SAS ne peut donc résulter que des seuls statuts de cette dernière.

FONCTION PUBLIQUE ET AGENTS DE DROIT PUBLIC

DÉNONCIATION

L'agent public qui saisit le procureur de la République au titre de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale (CPP) doit en informer sa hiérarchie. Toute dénonciation calomnieuse l'expose à des poursuites pénales.

En vertu de l'article 40 alinéa 2 du CPP, les agents publics ont l'obligation de porter à la connaissance du procureur de la République les infractions dont ils ont connaissance. Il n'existe aucune disposition répressive punissant la méconnaissance de cette obligation.

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 aucun formalisme particulier. Mais, il est recommandé d'adresser au procureur de la République compétent un courrier précisant que les faits litigieux sont « susceptibles de » constituer une infraction pénale. Le procureur de la République est seul compétent pour apprécier la qualification exacte des faits dénoncés et les suites judiciaires à y donner.

L'agent public qui envisage de procéder à une dénonciation doit, au préalable, en aviser sa hiérarchie. Celle-ci peut décider de procéder elle-même à la dénonciation des faits. L'agent se trouve ainsi déchargé de son obligation de transmission au procureur de la République. L'agent n'est pas tenu d'enquêter de manière approfondie pour vérifier la réalité des faits, ni d'attendre les observations de

l'intéressé en réponse avant de procéder à une dénonciation au procureur de la République, mais doit avoir suffisamment d'éléments pour saisir utilement la justice.

En effet, une dénonciation faite de bonne foi ne peut donner lieu à une condamnation pour dénonciation calomnieuse. En revanche, l'agent public qui dénoncerait un fait qu'il sait « totalement ou partiellement inexact » est susceptible d'encourir des poursuites pénales du chef de dénonciation calomnieuse (art. 226-10 du code pénal).

PORT DU VOILE

Le port de signes religieux distinctifs est interdit pour les agents publics, ou pour les agents de droit privé exerçant une mission de service public. Seule la nature de la tâche à accomplir peut justifier des restrictions, en l'espèce sur le port du voile.

L'Autorité de sûreté nucléaire a confié l'entretien de ses locaux à une entreprise privée, dont les salariées interviennent voilées, sans être en contact avec le public.

Pour le juge administratif, le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents des services publics disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses. Il n'y a pas lieu d'établir une distinction selon que l'agent est ou non en contact avec le public. Le juge judiciaire a opéré une distinction selon qu'un organisme de droit privé gère, ou non, un service public. Ainsi, les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables aux organismes de droit privé qui assurent un service public.

En revanche, pour ce qui concerne les salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public, d'éventuelles restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché.

En l'espèce, le prestataire externe en cause est un employeur de droit privé. Il ne gère pas un service public mais intervient dans des lieux affectés à un service public, pour entretenir les locaux.

En l'état actuel du droit, aucun texte, ni aucune jurisprudence, ne permet d'imposer au prestataire externe une obligation tendant à ce qu'il demande à ses salariées de retirer leur voile.

VISITES DOMICILIAIRES

Compte tenu de la nature judiciaire de leur mission et des attributions exercées par les douaniers dans le cadre de la visite domiciliaire, une faute commise dans ce cadre relève du juge judiciaire. Sauf à trouver une solution de transaction, l'Etat pourrait voir sa responsabilité engagée et l'agent judiciaire de l'Etat serait compétent dans le cadre de son mandat légal.

Le droit de visite domiciliaire autorise les agents des douanes, avec l'assistance d'un officier de police judiciaire, à pénétrer en tous lieux, où les marchandises et documents se rapportant à des délits prévus aux articles 414 à 429 et 459 du code des douanes, sont susceptibles d'être détenus. L'action en réparation des litiges relatifs aux dommages causés par ces agents à cette occasion relève de la compétence des juridictions judiciaires, dès lors que les agents ont agi dans le cadre d'une mission de police judiciaire.

Dans le cadre d'un règlement amiable, ce n'est pas le rattachement organique des agents à l'origine du dommage qui sert de critère pour la détermination de l'administration qui supportera la charge budgétaire d'une réparation précontentieuse, mais la nature de la mission qu'accomplissaient lesdits agents au moment où ils ont commis la faute de nature à engager la responsabilité publique.

FONDS DE DOTATION

ACTIVITÉ LUCRATIVE

Un fonds de dotation peut poursuivre son œuvre dans l'esprit d'intérêt général qui le caractérise et exercer, sous certaines conditions, une activité lucrative à titre accessoire.

Les fonds de dotation sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif qui utilisent les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général. Le caractère d'intérêt général de l'œuvre poursuivie par un fonds de dotation n'est pas nécessairement remis en cause par l'exercice d'une activité lucrative : l'instruction fiscale 4 H-5-06 du 18 décembre 2006 prévoit en effet que les organismes sans but lucratif peuvent développer des activités lucratives à titre accessoire (et jamais à titre principal).

D'ailleurs, conformément à l'article 1^{er} du décret n°2009-158 du 11 février 2009, un fonds de dotation peut « *détenir des actions, parts et droits émis par des sociétés commerciales* ».

Dans le silence des textes sur la possibilité pour un fonds de dotation de créer une filiale commerciale, un avis du Conseil d'Etat et la doctrine fiscale encadrent strictement les conditions de pareille opération. Ainsi, l'opération de filialisation doit être conforme aux statuts de l'organisme à but non lucratif, notamment au but de l'œuvre. En outre, il est préférable de choisir comme associé ou dirigeant de la société des personnes qui ne sont pas impliquées dans l'administration du fonds de dotation. Enfin, le fonds de dotation ne doit, en aucune façon, abandonner ses activités non lucratives et se contenter de contrôler sa filiale en encaissant les dividendes de celle-ci.

CRÉATION

La création par l'Etat de fonds de dotation présente des risques juridiques. La participation de l'Etat au conseil d'administration d'un fonds de dotation n'est pas conseillée.

Dans un avis n° 384.577 du 27 octobre 2010, le Conseil d'Etat avait estimé « qu'à supposer que l'Etat soit au nombre des « personnes physiques ou morales » pouvant être à l'origine d'un fonds de dotation, les versements faits à ce fonds pour remplir sa mission ne peuvent provenir que de fonds privés, qu'il s'agisse de la dotation initiale ou des fonds ultérieurement reçus. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'a été prévue la possibilité d'un apport de fonds publics, sur autorisation donnée par arrêté interministériel, pour une « œuvre » ou un programme d'actions déterminé et en considération de son importance et de sa particularité ».

Si l'Etat ne peut pas créer de fonds de dotation, il est envisageable qu'il puisse être représenté au conseil d'administration du fonds, mais en veillant à ce qu'aucun fond public ne soit octroyé et que le fonds demeure autonome par rapport à l'Etat dans le choix et la gestion des projets financés.

FINANCEMENT

Au regard de l'interdiction du versement de fonds publics à un fonds de dotation, il s'avère impossible d'envisager des financements provenant d'institutions européennes.

L'article 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie a institué les « fonds de dotation », structure dotée de la personnalité morale, afin de compléter les outils juridiques dédiés au mécénat. Il s'agit d'une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général. Le III de l'article 140 pose le principe de l'interdiction du versement de fonds publics à un fonds de dotation : « *aucun fonds public, de quelque nature qu'il soit, ne peut être versé à un fonds de dotation* ».

Aux termes de l'article L. 111-7 du code des juridictions financières, les fonds européens ont le statut de fonds publics en droit interne. S'il n'existe pas de définition des « *fonds publics* » en droit de l'Union européenne, la nature publique des fonds européens peut se déduire du statut juridique de l'Union. Dès lors, le caractère public des fonds en provenance des programmes européens mis en œuvre par des agences européennes ne fait donc pas de doute, même s'ils sont versés directement aux organismes bénéficiaires sans transiter par une caisse publique française. De ce fait, le financement d'un fonds de dotation par des fonds européens n'est pas possible au regard de la prohibition de principe d'un financement public.

GROUPEMENT D'INTÉRÊT PUBLIC

CONVENTION CONSTITUTIVE

L'accord de toutes les personnes morales, membres du groupement d'intérêt public, n'est pas requis pour modifier la convention constitutive du GIP. Cependant cet accord est requis dans les cas d'adhésion, de retrait de membres du groupement ou lors du renouvellement de la convention constitutive.

Les dispositions relatives aux groupements d'intérêt public n'imposent de recueillir l'accord des organes délibérants des membres d'un GIP, en vue d'une modification de sa convention constitutive, que dans des hypothèses limitées. La délibération de l'organe compétent d'un membre d'un GIP est requise, ainsi, lorsque ce membre adhère au groupement ou s'en retire.

Cette délibération ne doit donc pas être exigée, en règle générale, par l'administration, dans les autres cas de modification de la convention constitutive. La décision de modifier la convention relève, en effet, de la compétence de l'assemblée générale du groupement, se prononçant, le plus souvent, à la majorité qualifiée. Les organes des personnes morales membres du GIP n'ont donc pas, en tant que tels, le pouvoir de modifier sa convention.

Toutefois, dans les hypothèses où une décision de l'organe délibérant des membres du GIP sur la modification envisagée est prévue par les textes qui les régissent, la transmission de cette décision peut être demandée par l'administration.

Enfin, contrairement à la modification de la convention constitutive, son renouvellement implique, comme le prévoit le décret du 26 janvier 2012 relatif aux GIP, de transmettre à l'administration les décisions prises par les organes compétents de chacun des membres autorisant ou approuvant ce renouvellement. Une modification de la convention prévoyant une durée indéterminée du groupement ne paraît, cependant, pas assimilable à un renouvellement.

CRÉATION DE FILIALE

Une clause de la convention constitutive d'un GIP attribuant à son conseil d'administration la faculté de créer des filiales ne paraît pas illégale.

Il est prévu d'inclure parmi les compétences d'un groupement d'intérêt public, ayant une activité dans le domaine de la recherche, celle de créer des filiales.

Aucune disposition législative n'interdit aux GIP de créer des filiales. Au contraire, le pouvoir de s'associer leur est reconnu par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Or, la faculté de s'associer avec d'autres personnes inclut celle de créer des sociétés. Ainsi, les GIP peuvent nécessairement créer des filiales.

La loi ne précise pas davantage si les GIP peuvent exercer, en dépit de leur objet non lucratif, des activités industrielles et commerciales, telle que la valorisation économique de résultats de recherche. Cette possibilité paraît cependant indiquée par certaines de ses dispositions. Son article 109, prévoit, ainsi, que les personnels du groupement peuvent être soumis aux dispositions du code du travail ou à un régime de droit public « quelle que soit la nature des activités du groupement », c'est-à-dire que cette nature soit administrative ou industrielle et commerciale.

La création d'une filiale n'est toutefois possible que si elle s'inscrit dans l'objet spécifique du GIP.

LÉGISTIQUE

COMPÉTENCE DU LÉGISLATEUR

En l'absence d'habilitation législative, le dispositif imposant la parité par décret encourt la censure du Conseil d'Etat.

Un projet de décret envisage d'imposer une représentation paritaire des femmes et des hommes au sein de la Commission nationale des professions libérales (CNPL), au titre des représentants des professions libérales ainsi que des personnalités qualifiées.

Dans sa décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions législatives imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes notamment au sein des conseils d'administration. A la suite de cette décision, l'article 1er de la Constitution a été modifié. Il dispose désormais que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, mais aussi aux responsabilités professionnelles et sociales. Ainsi, seul le législateur est habilité à prévoir de telles dispositions, en elles-mêmes contraires au principe d'égalité. En l'absence d'habilitation législative, le dispositif prévu par le décret encourt la censure du Conseil d'Etat pour incompétence, conformément à sa décision d'Assemblée du 7 mai 2013, *Fédération CTFC de l'agriculture et autres*.

Le décret relatif à la CNPL ne peut donc imposer la parité en l'absence d'une disposition législative expresse qui le permettrait.

POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

ANTENNES RELAIS

Le principe « alara » impose de limiter les risques d'exposition aux rayonnements ionisants. Il a été envisagé d'appliquer ce principe aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais. Le juge administratif est compétent pour connaître les litiges qui opposent les particuliers aux opérateurs de téléphonie mobile lorsqu'un risque pour la santé est invoqué.

A l'occasion des débats à l'Assemblée Nationale sur la proposition de loi de Mme Abeille, il a été envisagé d'appliquer le principe « alara » aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais. Le principe « alara » (« *as low as reasonably achievable* », en français « aussi bas que raisonnablement possible »), issu de la science du risque, est principalement employé dans le domaine de la radioprotection. Ce principe se traduit par une obligation de limiter les risques d'exposition aux rayonnements ionisants. L'introduction du principe « alara » dans le droit des communications électroniques nécessite de déterminer, au préalable, les débiteurs de cette nouvelle obligation (opérateurs, Agence nationale des fréquences radioélectriques, etc.). Il existe une ambiguïté entre les principes « alara » et de précaution. En tout état de cause, en l'état de la jurisprudence et des connaissances scientifiques, le principe de précaution ne trouve pas de fondement clairement établi. Le Tribunal des conflits a par ailleurs attribué au juge administratif l'ensemble des litiges opposant les particuliers aux opérateurs de téléphonie mobile lorsqu'un risque pour la santé est invoqué.

NEUTRALITÉ DE L'INTERNET

Le principe de neutralité constitue le pendant de la liberté d'expression et doit être de même pris en compte dans l'application du droit qui s'applique à Internet. En

conséquence, la reconnaissance du principe de neutralité de l'Internet relève du niveau de la loi.

Le principe de neutralité de l'Internet peut être consacré par une loi, dont le véhicule pourrait être celui de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, mais également dans celui du Code des postes et communications électroniques (CPCE).

Ce principe doit être défini. Des propositions de rédaction figurent dans un rapport d'information déposé devant l'Assemblée nationale par les députées Mesdames Corinne Erhel et Laure de la Raudière le 2 mai 2012, ainsi que dans un rapport de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Il appartiendra au juge de contrôler les atteintes à ce principe.

NUMÉROS D'URGENCE

Les numéros des Centres régionaux opérationnels de surveillance et de sauvetage (CROSS) et des Centres de coordination de recherche et sauvetage (CCS), dits « numéros spécialisés » peuvent être qualifiés de numéros d'urgence et, à ce titre, figurer dans la liste des numéros d'urgence établie par l'ARCEP. Toutefois, cette autorité est seule compétente pour procéder à leur inscription dans cette liste. Son opposition implique une modification de la réglementation, afin d'étendre la liste des numéros d'urgence.

En cas de détresse maritime ou aéronautique, les usagers joignent fréquemment les numéros géographiques à 10 chiffres dits « numéros spécialisés » pour appeler directement les CROSS et les CCS. Ces centres souhaiteraient accéder directement et gratuitement au numéro de l'appelant, à ses données de localisation et à l'identité de son opérateur mobile, au même titre que les services de secours traditionnels à numéros courts, qui bénéficient de ces services par décision de l'ARCEP du 14 décembre 2010. Or, l'ARCEP ne souhaite pas étendre la liste des numéros d'urgence établie dans la décision précitée au motif que les CROSS et CCS ne disposent pas de numéros courts. La circonstance qu'il s'agit de numéros spécialisés et non de numéros courts ne fait pas obstacle juridiquement à la qualification de numéros d'urgence et à leur ajout dans la liste des numéros établie par décision de l'ARCEP. Cependant, en application de l'article D. 98-8 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE), l'ARCEP demeure libre de l'opportunité de procéder à leur inscription dans cette liste. Une modification de l'article D.98-8 du CPCE serait nécessaire afin que l'ARCEP ne dispose plus de la compétence exclusive pour dresser la liste des numéros d'urgence. Une compétence conjointe pourrait être confiée à l'ARCEP et au ministre ; la solution d'une compétence du ministre sur avis de l'ARCEP pourrait aussi être retenue.

SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

La chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers de Polynésie française (CCISM) peut poursuivre l'activité de certification des signatures électroniques des entreprises locales mais elle ne peut pas obtenir la qualification de prestataire de certification. Les autorités polynésiennes peuvent demander l'extension de l'application de la réglementation portant sur cette qualification.

La CCISM envisage de développer la signature électronique des entreprises locales afin de remédier à leur isolement et participer à l'amélioration de leur rentabilité. Elle souhaite notamment assurer le rôle de prestataire de certification de signatures.

Dans les matières relevant de la compétence de l'Etat, par exemple les règles relatives à la signature électronique, les lois et règlements doivent contenir une mention expresse pour être applicables dans ce pays d'outre-mer.

En l'Etat du droit applicable en Polynésie, la CCISM peut envisager de poursuivre l'activité de certification de signature électronique. Toute personne remplissant les conditions relatives à son exercice peut, en effet, la mener et être regardée comme délivrant des certificats.

En outre, les prestataires de certifications respectant ces conditions peuvent demander à être reconnus comme qualifiés. Cette qualification atteste que leurs certificats répondent à des exigences supplémentaires.

A défaut de mention expresse, l'arrêté du 26 juillet 2004, qui régit cette qualification, n'est pas applicable en Polynésie française. Les autorités polynésiennes peuvent toutefois déposer une demande d'extension de son application au ministre chargé des outre-mer. Le ministre chargé du redressement productif est compétent pour procéder à cette extension.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

UTILISATION DE DONNÉES A CARACTÈRE PERSONNEL

La cession de données publiques contenant des informations à caractère personnel impose le respect des lois en vigueur. S'il constitue une création intellectuelle par le choix ou la disposition des matières, l'annuaire des organismes de service à la personne est protégé par le droit d'auteur. Il nécessite alors une licence pour toute concession.

Les organismes de services à la personne peuvent adresser par voie dématérialisée, via un extranet dédié, leur demande d'agrément ou leur déclaration préfectorale. Les données publiques ainsi collectées, peuvent être concédées à des tiers, à des fins commerciales, sous réserve de respecter la loi du 17 juillet 1978 relative aux documents administratifs, qui interdit notamment d'accorder un droit d'exclusivité à un tiers (sauf nécessité liée à l'exercice d'une mission de service public). La réutilisation des données peut donner lieu au versement d'une redevance à l'administration dans le cadre d'une licence. Cette redevance n'est cependant pas obligatoire. Un répertoire des principaux documents dans lesquels figurent les informations publiques doit être tenu à disposition des usagers. Sauf lorsqu'elles ont été rendues anonymes ou que leur réutilisation a été autorisée par un texte législatif ou réglementaire, la réutilisation des données à caractère personnel doit faire l'objet d'un consentement par les personnes intéressées. Par ailleurs, les obligations prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (déclaration du fichier auprès de la CNIL, droit à l'information et droit d'opposition des personnes concernées) sont applicables. En tant que base de données, l'annuaire des organismes de service à la personne est protégé par le droit d'auteur, s'il constitue une création intellectuelle par le choix ou la disposition des matières.

TROISIÈME PARTIE

LES CHIFFRES CLÉS DE LA DAJ

I. Les ressources humaines

II. L'activité en chiffres

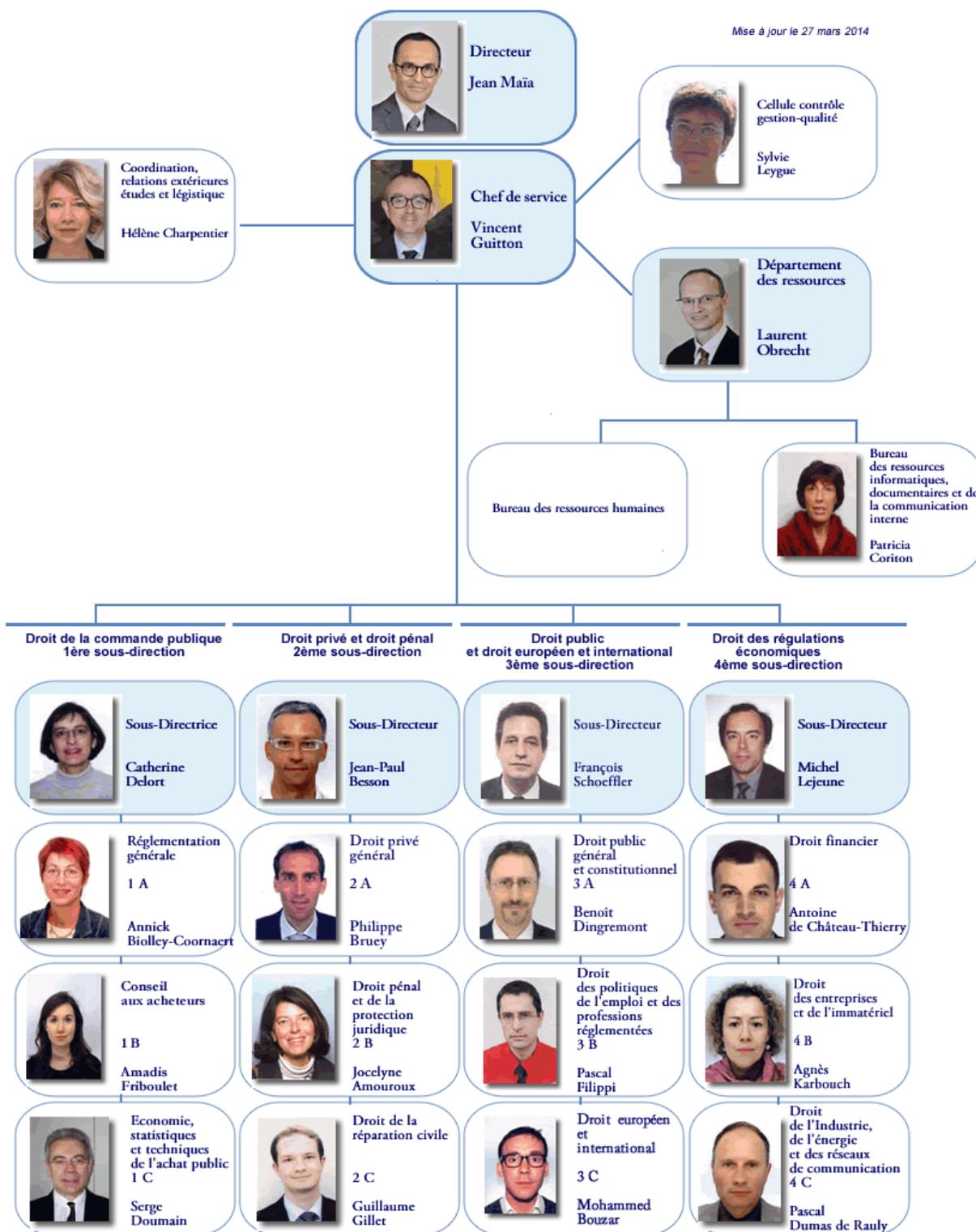
I. LES RESSOURCES HUMAINES

1. L'organigramme

2. Près de 200 agents, dont une majorité d'experts, répartis entre les différentes fonctions de la direction

3. Le souci du perfectionnement, l'ouverture sur de nouvelles compétences

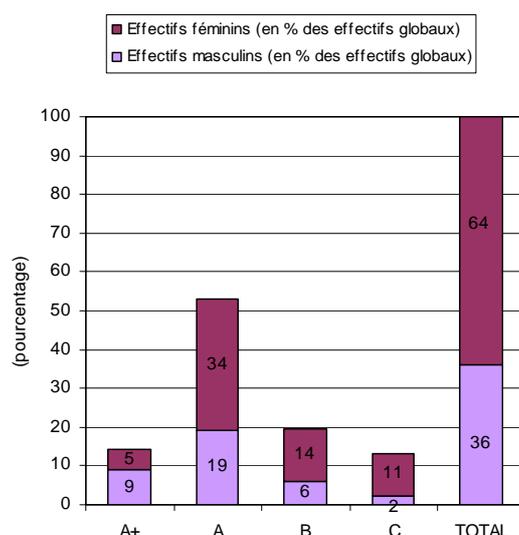
1. L'organigramme



2. Près de 200 agents, dont une majorité d'experts, répartis entre les différentes fonctions de la direction

Au 31 décembre 2013, les agents de catégories A et A+ totalisent ensemble 67 % des effectifs, 20 % pour les agents de catégorie B et 13 % pour les agents de catégorie C. 64 % des effectifs sont des femmes, majoritairement agents de catégorie A. La proportion des agents affectés aux métiers juridiques (consultations et contentieux) représente 82 % des effectifs globaux contre 18 % pour les fonctions support.

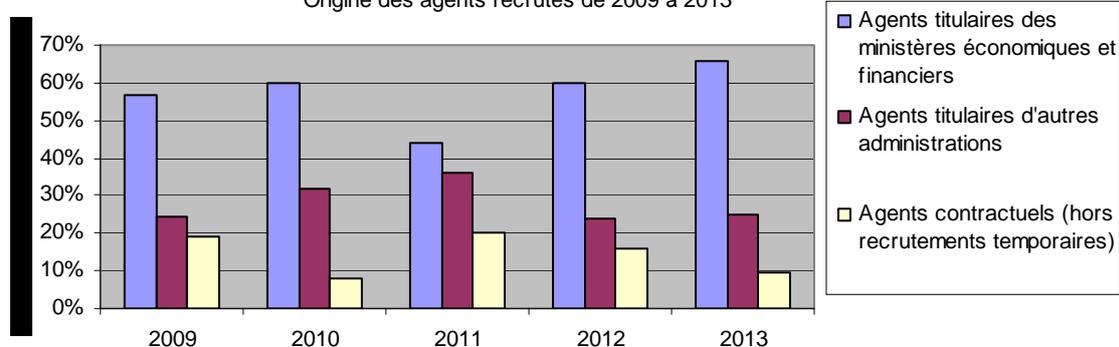
Structure catégorielle des effectifs, par sexe



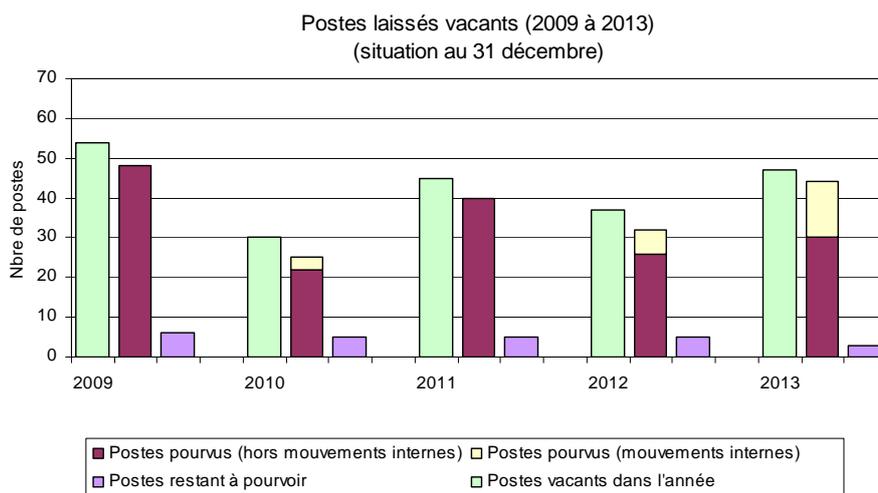
Comme en 2012, l'âge moyen s'établit à 45 ans (moyenne d'âge ministérielle pour 2012 : 48,7 ans).

En 2013, les recrutements d'agents titulaires des ministères économiques et financiers prédominent. En effet, ils représentent 66 % de l'ensemble des recrutements, alors que les agents titulaires d'autres administrations totalisent 25% de ces recrutements. Le recours aux agents non titulaires est de 9 % en 2013, contre 19 % en 2009.

Origine des agents recrutés de 2009 à 2013



Par rapport à la fin de l'année 2012, le nombre global de postes à pourvoir diminue (3 contre 5) alors que la mobilité intradirectionnelle augmente (14 agents contre 6 en 2012) et concerne majoritairement les agents de catégorie A (13 agents).



3. Le souci du perfectionnement, l'ouverture sur de nouvelles compétences

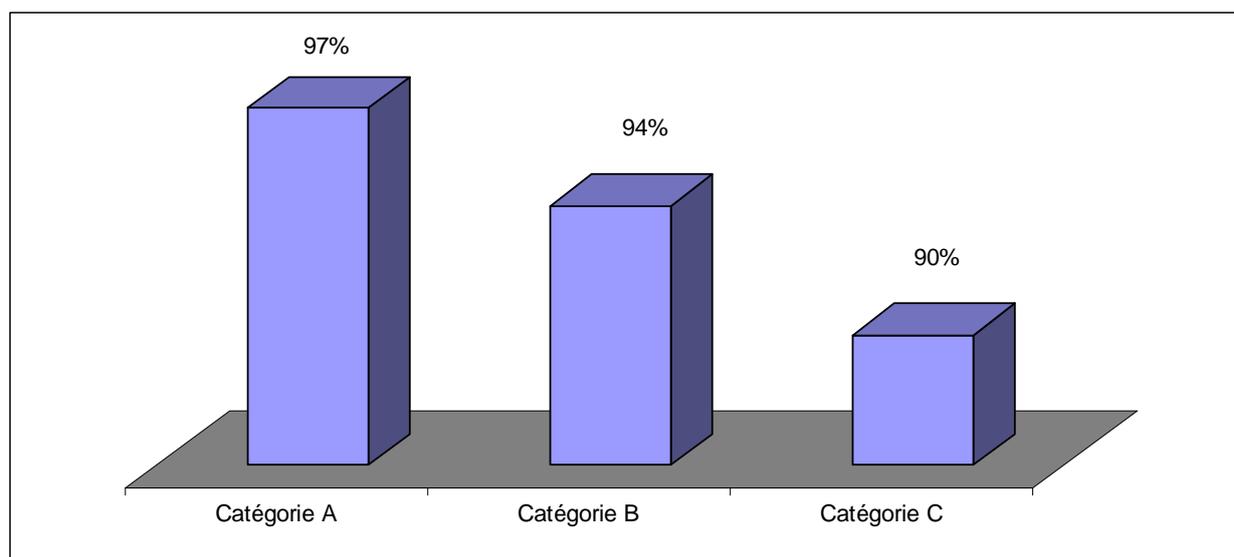
3.1. La formation professionnelle

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

Au titre de 2013, les agents de la DAJ ont suivi 643 jours de formation, soit près de 3,5 jours par agent, contre 618 jours en 2010 (3 jours par agent), 984 jours en 2011 (5 jours par agent), 824 en 2012 (4 jours par agent).

Le nombre de jours consacrés aux formations spécifiques s'élèvent à 306 jours, soit presque la moitié du nombre total de jours de formation suivis.

Pourcentage d'agents ayant suivi une formation en 2013, par catégorie



➤ La formation Libre Office Writer

Dans le cadre du passage au système Windows 7 et la suite bureautique Libre Office, une formation Libre Office Writer destinée à l'ensemble de l'encadrement, des consultants, des rédacteurs, des personnels des fonctions transversales et des secrétaires assistantes a été mise a été organisée.

➤ La formation pré-légistique

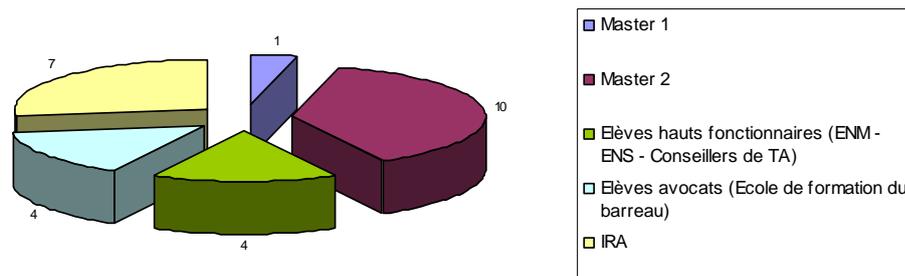
Une formation, animée par deux agents de la direction, a été organisée le 21 novembre 2013 à l'intention des personnels de la DAJ ayant manifesté un besoin d'acquérir ou de consolider des connaissances initiales en matière de légistique. Cette formation, préconisée par le SGG dans l'ensemble des administrations, constitue à la DAJ un premier niveau. Deux autres formations de légistique, niveau perfectionnement et expertise, sont aussi organisées pour le compte de la DAJ par l'Institut de la gestion publique et du développement économique (IGPDE), et animées par un maître des requêtes au Conseil d'Etat.

3.2. L'accueil des stagiaires

En 2013, 26 stagiaires ont été accueillis, dont 7 élèves en cours de scolarité dans les instituts régionaux d'administration (IRA). La DAJ privilégie les stages de longue durée de 4 mois et au-delà.

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

Répartition des 26 stagiaires



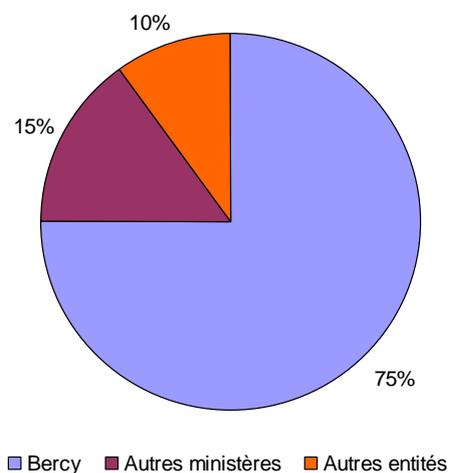
II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES

- 1. L'expertise : pour qui, comment, combien ?**
- 2. La défense de l'Etat devant les juridictions**
- 3. Le panorama des activités de la DAJ en termes d'effectifs et de coûts**
- 4. Le bilan financier**

1. L'expertise : pour qui, comment, combien ?

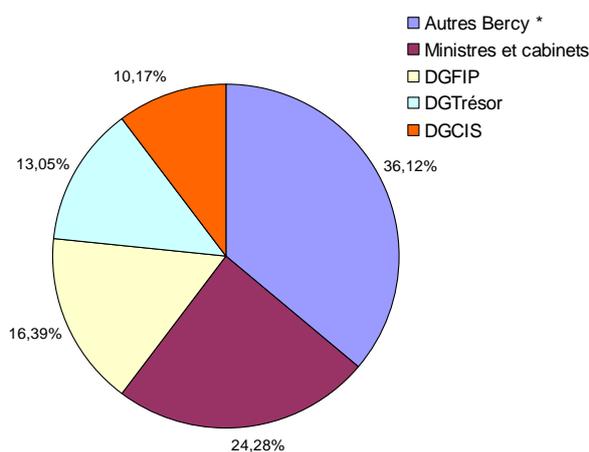
1.1. Les bénéficiaires des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients

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



Les « clients » de Bercy

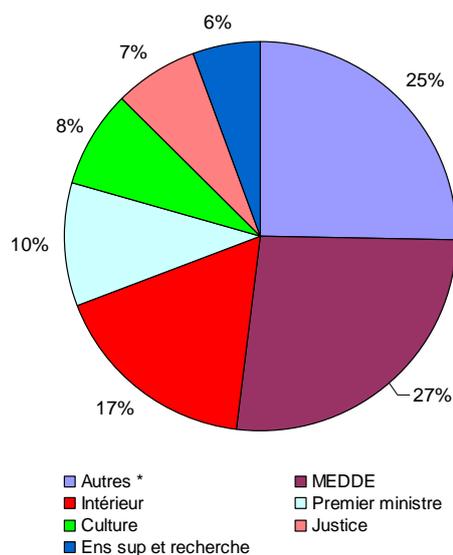
A Bercy, 4 destinataires se répartissent près des deux-tiers (61%) des consultations : ministres et cabinets, DGFIP, DGTTrésor et DGCIS.



* dont direction du Budget (9%), DGDDI (5%), DGCCRF (5%) et IGF (4,7%).

Les « clients » des autres ministères

A l'extérieur de Bercy, les trois-quarts des consultations sont concentrées sur 6 ministères : l'Écologie, l'Intérieur, les services du Premier ministre, la Culture, la Justice, l'Enseignement supérieur et recherche.



* dont Défense (5%), Réforme de l'Etat, décentralisation et fonction publique (3%), Affaires étrangères (3%), Affaires sociales et santé (3%).

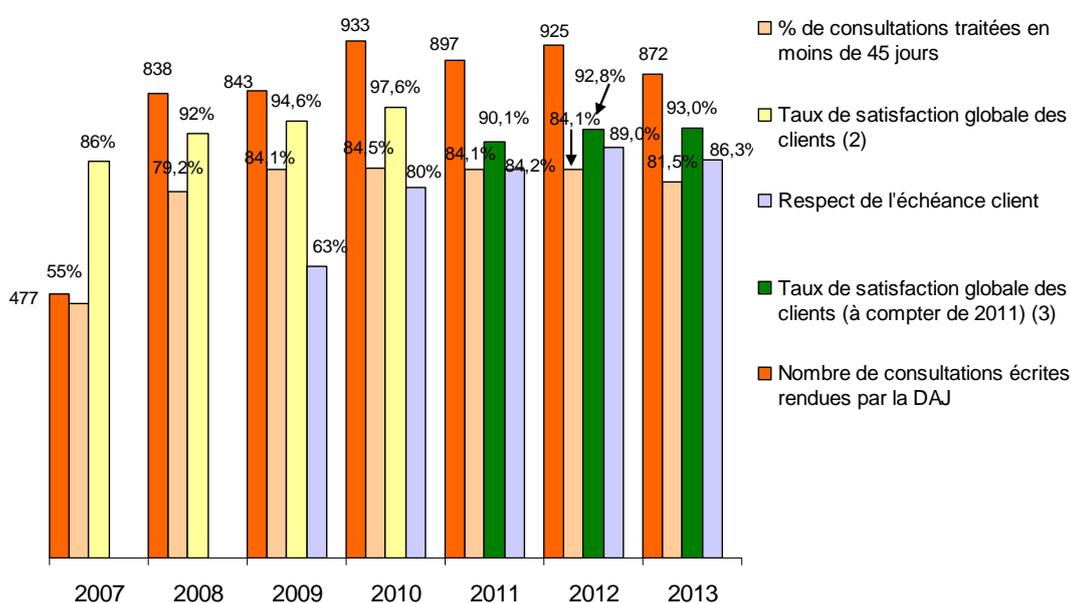
1.2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques

La DAJ a rédigé, en 2013, 872 consultations juridiques formalisées, dans tous les domaines du droit, demandées par les administrations centrales de l'Etat et ses établissements, relevant tant des ministères financiers que des autres ministères.

En outre, 490 consultations supplémentaires, autres que celles relatives au conseil aux acheteurs publics (voir 1.3 infra) ont été réalisées, essentiellement par courriel.

Plus de 81% des consultations hors courriel ont été traitées en moins de 45 jours, et 86,3 % ont respecté l'échéance négociée avec le commanditaire, le taux de satisfaction globale atteignant 93%.

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.

1.3. Le conseil aux acheteurs publics

En 2013, la DAJ a assuré par courriel près de 1 700 prestations de conseil juridique aux acheteurs publics, dans un délai moyen de 5,4 jours calendaires. 97% des demandes ont été traitées en 8 jours ou moins.

2. La défense de l'Etat devant les juridictions

2.1. Le contentieux judiciaire

Le directeur des affaires juridiques est agent judiciaire de l'Etat (AJE) : il dispose à ce titre, en application de l'article 38 de la loi du 3 avril 1955, d'un mandat exclusif de représentation de toutes les

administrations devant les tribunaux judiciaires, dès lors qu'une créance ou une dette, étrangère à l'impôt et au domaine, fait l'objet d'un contentieux.

Au cours de l'année 2013, 5 300 nouveaux dossiers ont été ouverts, incluant les dossiers amiables. Au 31 décembre 2013, 8 000 dossiers étaient en cours.

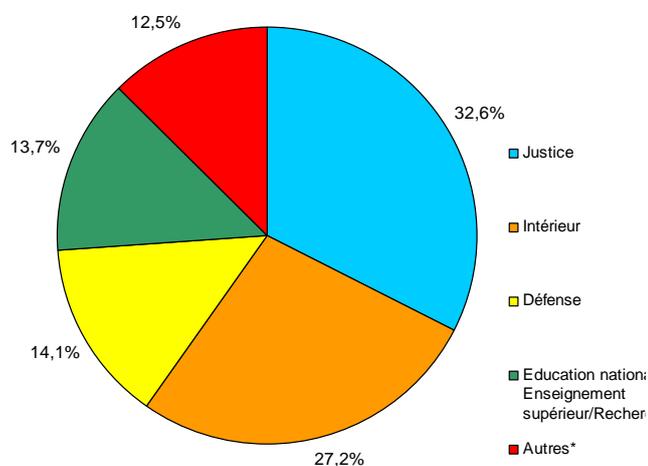
Dans les contentieux en demande, la DAJ dans ses fonctions d'AJE a obtenu, en 2012 (dernier bilan connu), 15 M€. Dans les contentieux en défense, pour un montant réclamé dépassant plusieurs centaines de millions d'euros, les condamnations de l'Etat ont été limitées à 17 M€.

En 2013, plus de 99 % des services bénéficiaires des prestations de l'AJE se sont déclarés satisfaits (98,7 % en 2012). L'objectif de 90 % fixé sur cet indicateur est donc largement satisfait.

Les clients de l'Agent Judiciaire de l'Etat en 2013

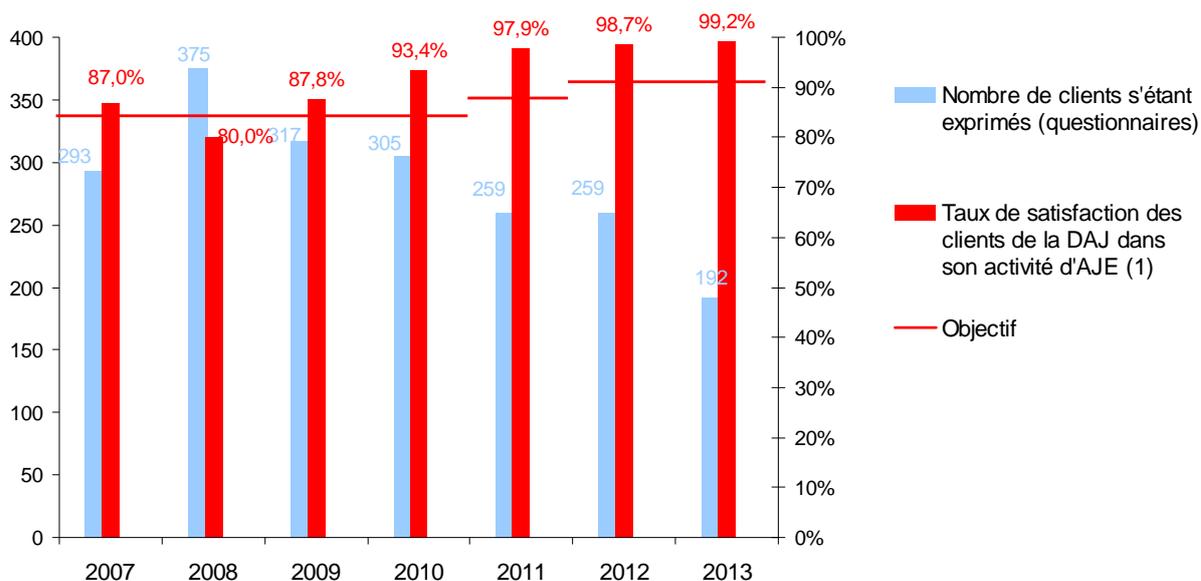
4 ministères représentent 87% des dossiers : la Justice, l'Intérieur, la Défense et l'Education nationale / Enseignement supérieur et Recherche.

Dossiers en cours au 31 décembre 2013



* dont ministères financiers (6,5%), MEDDE (1,7%), services du premier ministre (0,8%).

La performance de la DAJ dans son activité d'Agent judiciaire de l'Etat



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

2.2. Le contentieux administratif

La DAJ a également assuré, directement ou en soutien des directions concernées, la défense des 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 les contentieux relatifs aux tarifs de vente de l'énergie.

Au 31 décembre 2013, le contentieux administratif représentait un stock de 294 instances en attente de jugement, dont 286 avaient fait l'objet d'une réponse devant la juridiction. En 2013, 170 nouvelles instances ont été prises en charges et 190 mémoires ont été rédigés.

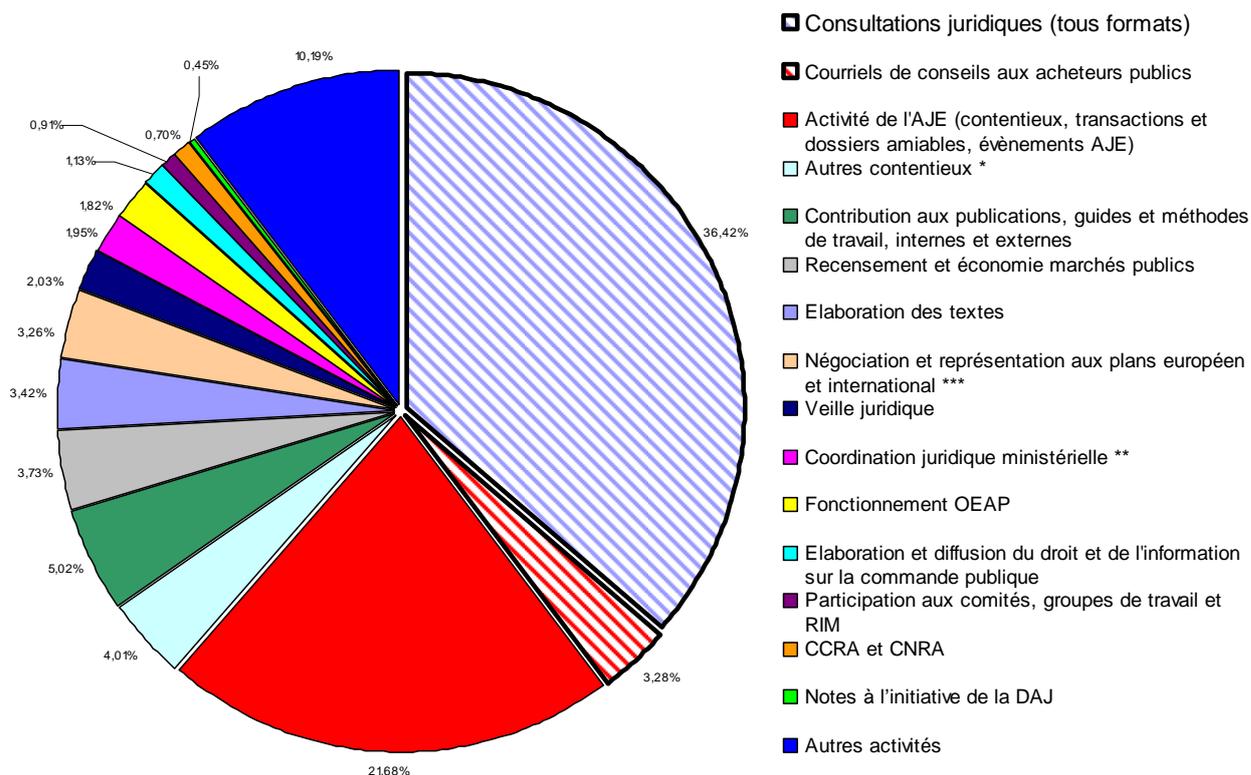
3. Le panorama des activités de la DAJ en termes d'effectifs et de coûts

La DAJ analyse, depuis 2011, ses activités, en termes de temps passé, voire, pour l'activité d'expertise, de temps passé et de coût complet par commanditaire.

Dans le contexte budgétaire qui s'impose à tous, cette analyse propre à faire apparaître la diversité de nos tâches, pour qui nous travaillons, quels clients sont les plus demandeurs, non plus en nombre de consultations, mais en temps effectif de travail, constitue plus que jamais des données objectives indispensables d'aide au pilotage pour la direction des affaires juridiques comme pour l'ensemble de la fonction juridique au sein des ministères économiques et financiers.

L'étude complète de coûts s'est concentrée sur deux activités directement liées aux commandes d'autrui (cabinets, directions, acheteurs publics) : les consultations juridiques et les conseils aux acheteurs publics. Ces deux activités représentent environ 40% de l'activité de la DAJ, mesurée en temps passé (matérialisées par les sections hachurées sur le graphique ci-dessous)

3.1. Répartition du temps de travail global de la DAJ par prestation finale



3.2. Coût des consultations juridiques par commanditaire en 2013

En 2013, la DAJ a réalisé **1 366** consultations dont 875 consultations par note formalisée (64%) et 491 consultations non formalisées, par courriel ou autre support (36%).

Ces consultations ont représenté **13 659 jours/agents de la DAJ** toutes fonctions confondues, soit **65 ETP**.

Le coût complet des consultations juridiques s'établit à **8 317 000 euros**, soit un **coût complet moyen de la consultation de 6 088 euros** (7 379 euros pour une consultation par note formalisée et 3 789 euros pour une consultation par courriel).

3.3. Coût des conseils aux acheteurs publics en 2013

En 2013, **1 687 conseils aux acheteurs publics** ont été délivrés par courriel.

Ils ont représenté **5,88 ETP**.

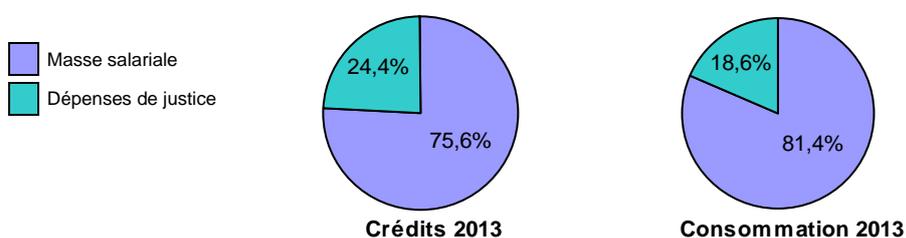
Le coût complet de cette activité s'est élevé à **771 594 euros**, soit un **coût complet moyen du courriel de 457 euros**.

4. Le bilan financier

4.1. Les dépenses de justice

Le **budget** mis à disposition de la DAJ par la loi de finances était de **20,2 M€** (20,5 M€ en 2012).

La **consommation** de ces crédits s'est élevée à **16,6 M€** (contre 19,3 M€ en 2012). La masse salariale en constituait 81,4 %. Les 18,6 % restants consistent en des dépenses d'honoraires et de frais de justice, et dans le règlement des réparations civiles, administratives et européennes au titre des contentieux dont la direction assure le suivi. En 2013, est à observer une diminution de ces dépenses qui résulte, d'une part, de la limitation du montant des condamnations de l'Etat, en particulier dans le contentieux récurrent relatif au blocage de carrière des personnels reclassés de La Poste et France Télécom et, d'autre part, d'un décalage « technique » de la liquidation de certaines dépenses, réalisées en 2013, qui seront payées en 2014.



Pour ses **dépenses de fonctionnement courant** (affranchissement, documentation, déplacements, reprographie, traductions, informatique...), la DAJ dispose d'une dotation attribuée par le secrétaire général de Bercy. En 2013, les dépenses se sont élevées à **261 000 €**, dont **45 % pour l'informatique** (pour 258 000 € au total en 2012).

4.2. Les recettes non fiscales

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

En 2013, le montant total des demandes de titres émises par la DAJ s'est élevé à **12,6 M€** (pour 26,9 M€ en 2012). Le montant élevé de l'année passée comprenait 12,8 M€ réglés, cette année là, à l'Etat par les greffiers de tribunaux de commerce à la suite de la suppression des chambres commerciales de certains tribunaux de grande instance.

Evolution 2007-2013 des crédits votés et des recettes non fiscales gérés par la DAJ

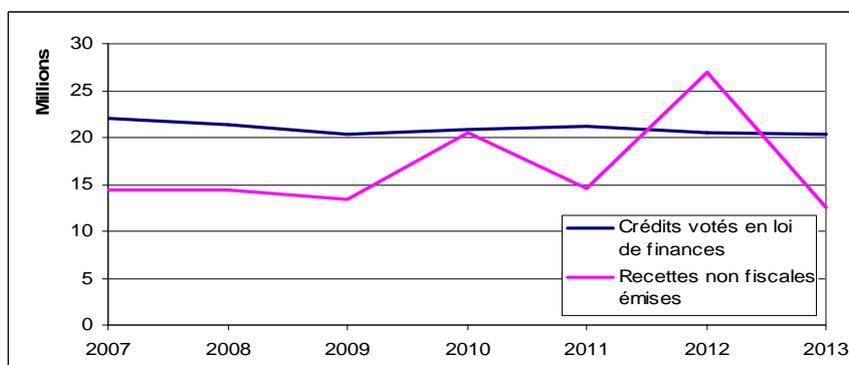


TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL	4
-----------------	---

PREMIÈRE PARTIE UNE DIRECTION COMPÉTENTE DANS TOUS LES DOMAINES DU DROIT ET OUVERTE SUR L'EXTÉRIEUR 5

I. LES MISSIONS DE LA DIRECTION..... 6

1. Assurer une réglementation simple et efficace.....	7
1.1. Participer à la modernisation de la réglementation.....	7
1.2. Adapter la réglementation de la commande publique et défendre les intérêts français dans les négociations à Bruxelles.....	9
2. Garantir une expertise opérationnelle.....	11
2.1. L'expertise en droit privé.....	11
2.2. L'expertise en droit public.....	12
2.3. L'expertise en droit de l'Union européenne et en droit international.....	14
2.4. L'expertise en droit financier, en droit industriel et en droit de la propriété intellectuelle.....	17
2.5. L'expertise en droit de la commande publique.....	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
3.2. Coordonner la défense des textes.....	20
4. Défendre l'Etat au contentieux.....	21
4.1. Au titre de la fonction d'agent judiciaire de l'Etat.....	21
4.2. Au titre de la fonction d'élaboration du droit de la commande publique.....	23
4.3. Autres contentieux.....	23

II. UNE DIRECTION OUVERTE SUR L'EXTÉRIEUR..... 28

1. L'activité éditoriale.....	29
1.1. Les publications.....	29
1.2. Les brochures et les guides.....	29
1.3. Le site de la DAJ.....	30
2. Le recensement des marchés publics.....	31
3. Les relations avec les services acheteurs du ministère.....	31
4. L'engagement qualité.....	31
5. Les nouvelles conventions signées entre la DAJ et ses clients.....	32
5.1. Les renouvellements de conventions.....	32
5.2. La convention entre la DAJ et la direction générale du Trésor (DG Trésor).....	33
6. Les fonds de dotation.....	33
7. Missions ou réceptions de délégations étrangères.....	34

DEUXIÈME PARTIE LES PRINCIPALES CONSULTATIONS 36

AIDES D'ÉTAT.....	37
COMMANDE PUBLIQUE.....	37
COMMERCE.....	42
COMPTES PUBLICS ET FISCALITÉ.....	43

CONCURRENCE	43
CONSOMMATION	44
DOMAINE PUBLIC	44
DROIT ADMINISTRATIF.....	45
DROIT CIVIL	46
DROIT DES SOCIÉTÉS	47
DROIT DU TRAVAIL ET DROIT SOCIAL	48
DROIT INTERNATIONAL ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE	49
DROIT FINANCIER	50
ÉNERGIE.....	52
ÉTABLISSEMENT PUBLIC	54
FONCTION PUBLIQUE ET AGENTS DE DROIT PUBLIC	54
FONDS DE DOTATION	56
GROUPEMENT D'INTÉRÊT PUBLIC.....	57
LÉGISTIQUE	58
POSTES ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES.....	58
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	60

TROISIÈME PARTIE LES CHIFFRES CLÉS DE LA DAJ 61

I. LES RESSOURCES HUMAINES	62
1. L'organigramme.....	63
2. Près de 200 agents, dont une majorité d'experts, répartis entre les différentes fonctions de la direction	64
3. Le souci du perfectionnement, l'ouverture sur de nouvelles compétences.....	65
3.1. La formation professionnelle.....	65
3.2. L'accueil des stagiaires.....	66
II. L'ACTIVITÉ EN CHIFFRES	67
1. L'expertise : pour qui, comment, combien ?	68
1.1. Les bénéficiaires des consultations juridiques : trois grandes catégories de clients.....	68
1.2. La performance de la DAJ en matière de consultations juridiques	69
1.3. Le conseil aux acheteurs publics	69
2. La défense de l'Etat devant les juridictions.....	69
2.1. Le contentieux judiciaire	69
2.2. Le contentieux administratif	71
3. Le panorama des activités de la DAJ en termes d'effectifs et de coûts.....	71
3.1. Répartition du temps de travail global de la DAJ par prestation finale	72
3.2. Coût des consultations juridiques par commanditaire en 2013	72
3.3. Coût des conseils aux acheteurs publics en 2013.....	72
4. Le bilan financier	73
4.1. Les dépenses de justice	73
4.2. Les recettes non fiscales	73

Directeur de la publication : Jean Maïa



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Bâtiment Condorcet – télédéc 353 – 6, rue Louise Weiss – 75703 Paris cedex 13

Impression : SG SEP 2C – ISSN : 1623-5401 – Dépôt légal : à parution