

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Application du droit communautaire par les juridictions administratives (janvier 2008 - décembre 2008)

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit communautaire par les juridictions administratives (janvier 2008 - décembre 2008) », *Europe*, n° 2, 2009, p. 7-11. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Application du droit communautaire par les juridictions administratives (janvier 2008 - décembre 2008)

La chronique des arrêts des juridictions administratives reprend avec ce numéro et suivra, comme celle des arrêts de la Cour de cassation, un rythme semestriel. Son objectif n'est pas de présenter une liste exhaustive des arrêts intéressant le droit communautaire mais de sélectionner et commenter les jurisprudences qui semblent les plus intéressantes.

1. RAPPORTS DE SYSTÈMES JURIDIQUES

1. - Contrôle par le Conseil d'État du respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par une directive communautaire et ses actes de transposition. - La question du contrôle par le juge interne d'une directive par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme à l'occasion d'un recours contre les actes de transposition de cette directive n'avait jamais été posée devant le Conseil d'État (*CE sect.*, 10 avr. 2008, n° 296845 et 296907, *Conseil national des barreaux et a.*, *Conseil des barreaux européens : JurisData n° 2008-073380*. – cf. aussi *Europe 2008*, repère 5, par D. Simon ; *RFDA 2008*, p. 1057, *chron. P. Cassia*. – S. Deygas : *Procédures 2008*, comm. 344 ; *Dr. adm. 2008*, comm. 83, note M. Gautier ; *JCP A 2008*, 2286, note Linditch ; *JCP G 2008*, act. 573, note M.-C. Rouault). Elle devait pourtant l'être à un moment où à un autre, puisque ces actes nationaux doivent être compatibles à la fois à la CEDH et aux directives qu'elles transposent. La solution retenue n'a cependant pas de raison d'étonner, même s'il est heureux qu'elle se soit insérée si normalement dans le mouvement jurisprudentiel antérieur. Cette volonté de cohérence est démontrée par la référence à deux arrêts de la CJCE (cités par leur nom et sans leurs numéros) dès les visas de l'arrêt (CJCE, 15 oct. 2002, aff. C-238/99, *Limburgs Vinyl Maatschapping* et CJCE, 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et a.* rendu sur renvoi préjudiciel de la cour d'arbitrage de Belgique à propos de la directive 2001/97/CE « anti-blanchiment » en cause dans l'affaire). Le Conseil d'État rappelle d'abord qu'en application de l'article 6 § 2 TUE et de l'arrêt de la Cour de justice du 15 octobre 2002 qu'il vise, les droits reconnus dans la Convention EDH sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire et qu'à ce titre, ils doivent être respectés par le droit communautaire dérivé. En tant que juge de droit commun du droit communautaire, il revient au juge national, en l'espèce au Conseil d'État, de vérifier cette compatibilité, sauf à ce qu'une difficulté sérieuse le conduise à exercer un renvoi préjudiciel de l'article 234 CE. Ce contrôle effectué, il revient ensuite au même juge d'apprécier la conformité de la loi et des actes administratifs de transposition à la directive en question. Au fond, les requérants contestaient la conformité de l'obligation faite aux notaires et autres professions juridiques indépendantes de signaler les tentatives de blanchiment d'argent dont ils auraient connaissance. Le Conseil d'État, à la suite de la Cour dans son arrêt du 26 juin 2007, estime que le secret professionnel n'est pas absolu et que les limites contenues dans le texte de la directive de 2001 sont suffisantes pour que les principes posés par la CEDH soient respectés. C'est d'abord le cas parce que ces professions n'ont pas à faire de délation lorsqu'ils ont connaissance de tels agissements dans le cadre de leurs activités juridictionnelles, le droit au procès équitable de l'article 6 CEDH est donc respecté. Le Conseil d'État étend ensuite cette interprétation de l'article 6 CEDH aux cas de l'évaluation de la situation juridique d'un client, rôle pourtant traditionnellement rattaché à l'activité de conseil. Il rappelle ensuite que l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) qui fonde l'existence du secret professionnel prévoit lui-même sa limitation pour des raisons de sécurité publique et de prévention des

infractions pénales. Le Conseil d'État juge donc la directive conforme avec la CEDH. Au plan interne, après une analyse des textes de transposition, le Conseil d'État va juger que la loi transpose parfaitement la directive, mais que ce n'est pas le cas du décret d'application du 26 juin 2006, ni celui de l'article R. 563-4 du Code monétaire et financier qu'il va donc annuler.

2. - Reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la charte de l'environnement et invocabilité de ce texte par les justiciables. - On ne peut pas dire que la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la charte de l'environnement ait beaucoup étonné (*CE ass.*, 3 oct. 2008, n° 297931, *Cne d'Annecy* : *JurisData* n° 2008-074233 ; *JCP G* 2008, I, 225 ; *LPA* 2008 n° 241 note J.-L. Pissaloux ; *JCP A* 2008, n° 49 p. 26, note Ph. Billet ; *RDI* 2008 n° 11 p. 563 note P. Soler-Couteaux ; *RFDA* 2008, p. 1057, *chron.* P. Cassia ; *Dr. adm.* 2008, *comm.* 149 et 15. D'abord, cette valeur découle de l'insertion de la Charte dans le préambule de la constitution par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005. On sait en effet depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, « Liberté d'association », que le préambule a valeur constitutionnelle, ce que le Conseil d'État avait déjà précisé dans son arrêt du 11 juillet 1956 *Amicale des Annamites de Paris*. Ensuite, le Conseil constitutionnel avait lui-même affirmé cette valeur constitutionnelle de la charte dans une décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 « Loi relative aux organismes génétiquement modifiés ». Si la valeur de la charte ne pose pas de problème, son invocabilité directe par les justiciables devant le juge administratif n'est pas sans intérêt au regard du droit communautaire. Or, c'est cette question plutôt que la valeur de la charte que posent avant tout les conclusions de Y. Aguila et que reprend l'arrêt. Il faut bien remarquer que la question se pose à juste titre pour cette charte dont la nature normative est a priori inégale selon les articles, certains étant très larges (art. 1 ou 9), d'autres renvoyant à la loi (art. 3, 4 et 7), le reste permettant certainement une application subjective par le juge administratif. Ces dernières hypothèses sont d'ailleurs rattachables à des jurisprudences antérieures à la Charte dans lesquelles le Conseil d'État protège déjà des intérêts environnementaux. Pensons par exemple à la protection des « autres intérêts publics » qu'il garantit dans le cadre des déclarations d'utilité publique depuis l'arrêt *Sté civile Sainte-Marie de l'Assomption* (*CE, ass.*, 20 oct. 1972 : *Rec. CE* 1972, p. 651). Mais aujourd'hui, la reconnaissance de principes constitutionnels normatifs prend une autre dimension. Se fondant sur l'idée que l'imprécision ou le renvoi à la loi ne font pas perdre le caractère normatif du principe posé par un texte, le commissaire du gouvernement propose de reconnaître à l'ensemble de ce texte une valeur « opposable », c'est-à-dire reconnue comme subjectivement invocable par les administrés (ce que fait expressément l'arrêt), même s'il n'étend pas cette subjectivité comme fondant un droit à indemnité. La prudence est mère de sûreté. Pour ce qui concerne le droit communautaire, la reconnaissance de l'ensemble de la Charte comme source de principes constitutionnels doit s'apprécier dans le cadre de la jurisprudence *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a.* (*CE, ass.*, 8 févr. 2007 : *JurisData* n° 2007-071436). L'application de ces principes ne pourra être invoquée à l'encontre d'un acte de transposition que dans la mesure où il n'existe pas « une règle ou un principe général du droit communautaire [qui] garantit par son application l'effectivité du respect [...] du principe constitutionnel invoqué ». Autrement dit, ces principes de la charte ne pourront être invoqués que s'il n'y a pas de principe communautaire équivalent. Or, on sait que l'article 174 CE reconnaît que la politique de la Communauté est fondée « sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur », sans compter l'article 6 qui reprend, en tête du traité, la clause d'intégration de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques. Or, ces principes sont très proches de ceux de la charte et primeront donc normalement pour l'appréciation de la légalité des actes dérivés par les juridictions administratives. Pour ce qui est de la solution de l'espèce, Le Conseil d'État annule pour incompétence un décret relatif aux lacs de montagne. Il se fonde pour cela sur l'article 7 de la charte qui consacre le principe

de participation du public et estime qu'en application de l'article 34 de la constitution, il doit être mis en œuvre par la loi et non par le pouvoir réglementaire. Cette précision est par ailleurs importante pour le droit communautaire qui a pris plusieurs directives dans ce sens (on pense notamment à la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement), directive dont on sait maintenant qu'elles devront être transposées législativement.

3. - Extension nationale d'un texte communautaire. Nécessité de conserver le champ d'application communautaire. - Le champ d'application du droit communautaire est limité – et le principe de subsidiarité va dans ce sens – et se borne le plus souvent à des hypothèses de rapports juridiques de « niveau » communautaires (*CE, 27 juin 2008, n° 276848, Sté d'exploitation des sources Roxane (Bull. des conclusions fiscales, 2008/11 p. 48, concl. L. Olléon ; Dr. fiscal 2008, comm. 492, concl. L. Olléon ; RFDA 2008, p. 1056)*). Pourtant, parfois, le législateur interne étend le contenu du texte communautaire à des situations internes dans un souci de cohérence du droit applicable. Sur le plan de la lisibilité du droit, on ne saurait qu'être satisfait de ces initiatives. D'aucuns même y verra l'application d'une théorie du « débordement » qui favorise l'intégration en rapprochant les droits au-delà du strict champ d'application du droit communautaire. L'arrêt *Société d'exploitation des sources Roxane* démontre les limites de cette approche et la nécessité qui existe parfois de prendre en considération la source communautaire en la distinguant de l'extension interne. Il s'agissait en l'espèce d'une société française qui demandait à être déchargée d'une imposition qu'elle subissait en estimant qu'en tant que société mère d'autres sociétés françaises et Luxembourgeoises, un droit spécial issu de l'article 43 de la loi du 30 décembre 1998 portant loi de finances pour 1999 devait lui être appliqué pour les dividendes qu'elle avait touchés de ses filiales. Cet article de la loi de finances étant la transposition de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États-membres différents, la requérante invoquait le fait que cette directive était contraire aux principes communautaires de sécurité juridique et de confiance légitime. Le Conseil d'État rend un arrêt intéressant en ce qu'il se réfère à la source du texte pour permettre qu'on lui oppose certains moyens. Il considère en effet que l'atteinte alléguée par les requérants aux principes communautaires est recevable contre l'article 43 de la loi de finances en tant qu'elle transpose la directive, c'est-à-dire pour les situations où les dividendes sont issus d'une filiale à l'étranger. En l'espèce, la filiale était à Luxembourg, mais l'atteinte aux principes n'est pas retenue. En revanche, dès lors que le même article a été étendu aux rapports purement internes entre sociétés mères et filiales de même nationalité, le moyen tiré des principes communautaires n'est plus opérant. Si la lisibilité du droit est améliorée d'un côté, l'extension de la règle communautaire au droit purement interne n'a pas simplifié le régime contentieux de la situation. Sont-ce là les effets collatéraux de la simplification ?

2. LIBERTÉS COMMUNAUTAIRES

4. - Réglementation des jeux, libéralisation de ce secteur d'activité, libre prestation de service, renvoi préjudiciel à la Cour de justice. - Les jeux en ligne connaissent actuellement un développement très notable et la question des monopoles nationaux tels qu'ils existent en France avec le PMU ou la Française des jeux se confronte au principe de libre prestation de service et à la liberté d'établissement (*CE, 9 mai 2008, n° 287503, Société Zeturf Limited : JurisData n° 2008-073519 ; D.z. 2008, jurispr. p. 1869, note J.-L. Clergerie ; Gaz. Pal. 2008 n° 221, p. 18, note B. Du Marais et C. Tréheux ; RFDA 2008.1043 concl. J.-P. Thiellay*). L'arrêt en question entend appliquer le droit communautaire sur ce point et infléchir – peut-être – la position des institutions communautaires sur la libération de ce secteur en posant une habile question préjudicielle. Certes, cet arrêt peut apparaître comme un baroud d'honneur tant

est attendue, depuis plus d'un an, la loi française libéralisant les jeux d'argent en ligne. Par ailleurs, le « rapport Durieux » remis au gouvernement en mars 2008 a déjà répondu partiellement à l'avis motivé que la Commission a envoyé à la France le 27 juin 2007. Cela étant, les questions que soulève l'arrêt ne sont pas – encore – sans intérêt. La loi du 2 juin 1891 prévoit que les seules personnes habilitées à organiser des courses de chevaux sont les sociétés de course et le pari mutuel hors hippodromes. Pris en application de cette loi, le décret du 5 mai 1997, et spécialement son article 27 alinéa 1er dispose que la gestion des paris est confiée à un groupement économique appelé le PMU (Pari Mutuel Urbain). La société requérante, régie par le droit maltais, s'était déjà vue interdire d'exercer son activité de fournisseur de paris en ligne par la cour d'appel de Paris. Cet arrêt avait été cassé par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 juillet 2007 (*n° 06-13.986, FS-P+B+I : JurisData n° 2007-040137*) qui s'était fondé sur le raisonnement du juge communautaire exactement comme le fait le Conseil d'État. Celui-ci se réfère en effet expressément au mode de raisonnement de la Cour de justice et développe une réflexion en trois temps, typiques des analyses économiques. Il se réfère pour cela à deux arrêts : *CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-243/01, Piergiorgio Gambelli et a.* et *CJCE, grande ch., 6 mars 2007, aff. jtes C-338/04, Massimiliano Placanica et a.* Sur le plan purement formel, on notera que les arrêts de la Cour de justice cités dans le corps du texte ne se retrouvent pas, cette fois-ci, dans les visas. Le Conseil d'État gagnerait à se fixer une règle de conduite à propos des arrêts de la Cour, notamment pour ce qui concerne leur présence ou non dans les visas et la normalisation des références par la date, le numéro ou le nom, ou deux ou trois de ceux-là. À titre personnel, on préférera les trois, le numéro aidant à la recherche informatisée et le nom respectant la tradition publiciste. Au fond, ces deux arrêts rendus sur renvois préjudiciels ont le même apport : les législations nationales qui limitent la gestion des paris à des concessionnaires ou des titulaires d'autorisations unilatérales portent atteinte à la libre prestation de service et à la liberté d'établissement, mais elles peuvent toutefois être justifiées dans certaines hypothèses. Le Conseil d'État suit ce raisonnement et reconnaît expressément que la législation sur le PMU constitue une atteinte à la liberté de prestation de service des articles 49 et 50 CE. Il se pose ensuite la question de savoir si cette atteinte ne serait pas justifiée, notamment par les conséquences morales et pécuniaires néfastes des jeux sur les citoyens. Ne voulant juger lui-même de cette possible justification, qui constitue une difficulté sérieuse dans l'application du droit communautaire, le Conseil d'État exerce donc un renvoi préjudiciel de l'article 234 CE. À cette fin, il pose deux questions. D'abord, il demande si la mise en place d'un régime d'exclusivité en faveur d'un opérateur économique qui permet de lutter contre la criminalité et garantir l'ordre public peut s'accompagner d'une « politique commerciale dynamique » qui ne permet pas de réduire le nombre de joueurs. On remarquera dans cette première question le fait que le juge administratif ajoute à propos du PMU qu'il est « sans but lucratif », laissant entendre pas là qu'il s'agit d'une activité quasi-non-commerciale, alors qu'il reconnaît qu'elle porte atteinte à la libre prestation de service, que l'État y trouve de confortables ressources et surtout que le PMU finance 80 % de la filière équine qui représente 61 000 emplois directs et 131 000 emplois indirects. Cet ajout est symbolique de cette question qui est au moins aussi politique que juridique. Le Conseil d'État agit ici pour la défense du modèle français d'une régulation des jeux. Il s'en cache à peine dans les considérants précédents dans lesquels il rappelle les arguments en faveur de ce modèle et sa volonté d'apporter la voix française au débat puisqu'il remarque lui-même que les juridictions portugaise, belge, allemande et autrichienne ont posé des questions préjudicielles proches. Néanmoins, il semble qu'en la matière, les jeux soient faits : ce que l'on sait du projet de loi prévu pour être voté avant la fin 2009 est qu'il prévoit la libéralisation du PMU, du loto et autres casinos en ligne, avec pour réguler ce secteur la création d'une autorité administrative indépendante chargée d'agrèer des entreprises de jeux en demandant des garanties morales et techniques aux opérateurs. D'ailleurs, on notera que la position anglaise qui semblait être un modèle de libéralisme et aurait pu être la solution attendue des institutions communautaires a elle-même évolué avec le « Gambling Act 2005 »

qui prévoit la nécessité pour tous les opérateurs de jeux d'avoir une licence délivrée par la commission des jeux et conditionnée par des obligations nombreuses en matière de protection contre l'addiction et de lutte contre le blanchiment. Ensuite, la deuxième question du Conseil d'État porte sur ce que le droit de la concurrence appelle « le marché pertinent » puisqu'il demande si l'atteinte à la libre prestation de service porte sur les seuls paris en ligne ou s'il faut comprendre ce marché comme englobant toutes les formes de paris hippiques. La question n'est pas neutre non plus, la législation anglaise ayant mis toutes les formes de jeu à la même enseigne, la France pourrait en revanche maintenir, notamment, sa législation particulière sur les casinos « physiques » ou les paris dans les hippodromes eux-mêmes, en maintenant la distinction actuelle entre le PMU et les paris sur place. La portée de la réponse de la Cour de justice dépasse sans aucun doute la seule question des paris hippiques. Le commissaire du gouvernement J.-Ph. Thiellay ne s'y trompe pas d'ailleurs lorsqu'il note que le régime juridique des paris sur les courses est « en de nombreux points comparables avec celui applicable aux autres jeux d'argent ». Ce mouvement de régulation des jeux en ligne (soit à partir d'une situation libérale, soit à partir d'une situation de réglementation stricte) est de surcroît mondial puisque l'Accord général sur le commerce des services signé dans le cadre de l'OMC porte aussi sur les jeux, comme en témoigne la procédure devant l'ORD de l'OMC opposant Antigua-et-Barbuda aux États-Unis (cf. sur ce point, *L. Dubin, chronique de droit administratif global : DA nov. 2008, chron. 4 p. 6 et s. spéc. p.11 et s.*). L'apport de la voix française dans ce « débat » juridictionnel est donc vraisemblablement inutile tant le rapprochement des législations est déjà en marche, mais bluffer lorsque l'on plus grand-chose sur le tapis est une technique reconnue.

3. DROIT DE LA CONCURRENCE

5. - Définition des aides d'État, taxes d'effet équivalent à des droits de douane et impositions intérieures discriminatoires, cas des cotisations volontaires obligatoires perçues par des organisations interprofessionnelles.

Les « contributions volontaires obligatoires » sont une espèce de contributions d'une obscure clarté (*CE, 7 mai 2008, n° 278820, Coopérative Cooperl Hunaudaye et a. : JurisData n° 2008-073524 ; Concurrences 2008, n° 3 p. 120, chron. J.-Y. Chérot, J. Derenne et c. Giolito ; RFDA 2008, p. 1060, chron. P. Cassia*). La nature de tels versements est en effet la question centrale de l'arrêt *Coopérative Cooperl Hunaudaye*, issu d'une requête de cette société contre un arrêté conjoint des ministres de l'Économie et de l'Agriculture qui vise à étendre un accord interprofessionnel dans le cadre de l'interprofession nationale porcine. Aux termes des articles L. 632-1 et suivants du Code rural, les « organisations interprofessionnelles » sont des groupements constitués des organisations professionnelles les plus représentatives d'une production agricole qui ont fait l'objet d'une reconnaissance en cette qualité par l'autorité administrative compétente. Les accords qu'elles signent peuvent être étendus à l'ensemble des professionnels du secteur par arrêtés ministériels lorsqu'ils ont pour objectif de réguler le marché, qu'ils sont compatibles avec la politique agricole commune et s'ils ont été décidés à l'unanimité de l'organisation interprofessionnelle. Ces accords permettent notamment à ces organisations de prélever sur tous les membres de la profession des cotisations résultant de l'accord, mais devenues obligatoires (d'où le nom oxymorique de « contributions volontaires obligatoires » ou CVO), ces cotisations conservant alors leur caractère de créances de droit privé. Les questions qui se posaient en l'espèce concernaient la conformité de ces contributions au droit des aides d'État, des Taxes d'effet équivalent et des contributions intérieures. Pour ce qui concerne la qualification d'aide d'État, l'arrêt *Confédération paysanne (CE 21 juin 2006, n° 271450 : Rec. CE 2006, p. 720 ; JurisData n° 2006-070329)* avait peu de temps auparavant estimé que la CVO imposée par le comité interprofessionnel des palmipèdes à foie gras n'était pas une aide d'État. Cependant, un jugement du Tribunal (*20 sept. 2007, aff. T-136/05, EARL Salvat père et fils*) avait qualifié d'aide d'État une prime de gel financée par une CVO. Le Conseil d'État confirme

en l'espèce le critère qu'il avait utilisé dans l'arrêt de 2006 en précisant que l'aide au sens de l'article 87 CE ne pouvait être constituée « dès lors que les ressources collectées grâce aux cotisations et les actions financées par ces ressources ne se traduisent par aucune dépense supplémentaire ou atténuation de recettes pour l'État, d'autres personnes publique ou [leurs mandataires] et que les actions financées par les cotisations sont établies et mises en œuvre de façon autonome par l'organisation interprofessionnelle percevant la cotisation » sans contrôle ou utilisation par les personnes publiques. La notification des aides à la Commission telle qu'elle est prévue à l'article 88 § 3 CE ne s'applique donc pas puisqu'il n'y a pas d'aide. On remarquera que la solution n'est donc pas générale et absolue et que, selon les hypothèses de CVO, certaines pourront être qualifiées d'aides d'État, par exemple quand la cotisation n'a pas été établie de façon autonome et qu'est exercé sur elle un contrôle très important de l'État. (Sur point cf. *arrêt ci-dessous*). Pour ce qui concerne la qualification des CVO en taxes d'effet équivalent à un droit de douane (*art. 23 CE*) ou en imposition intérieure discriminatoire (*art. 90 CE*), il faut, pour qu'elles soient retenues, que la contribution ne bénéficie qu'aux seuls produits nationaux et qu'elles compensent l'intégralité (pour les TEE) ou une partie (pour les impositions intérieures discriminatoires) de la charge qui pèse sur eux. En l'occurrence, le Conseil d'État ne répond pas qu'il est impossible que cela soit le cas, il estime que les « pièces du dossier » ne démontrent pas que seule la filière porcine française en profiterait au détriment des filières des autres États-membres. En somme, dans le doute que lui fait avoir le contenu du dossier, il fait prévaloir la position du défendeur, le requérant qui a, logiquement, la charge de la preuve ne l'ayant pas apportée (Pour une solution rejetant le recours pour un manque de précision et de preuve du requérant dans son utilisation du droit communautaire, touchant au droit de l'environnement faunistique et floristique, cf. *CE, 26 nov. 2008, n° s 301151, 301180, Syndicat mixte de la vallée de l'Oise, Cne de Fresnière, communauté de Cne du pays des sources : JurisData n° 2008-074569*).

6. - Nature d'aide des cotisations volontaires obligatoire (CVO), possibilité de notifier le mécanisme des CVO, possibilité de contester les CVO au cas par cas (oui), modalités de contestation, impossibilité de contestations directe, Acte de gouvernement, mais possibilité de contestation du refus de notifier. - Les « contributions volontaires obligatoires » sont aussi (cf. n° 5) à la source de ce contentieux qui porte encore sur leur nature d'aide d'État ou pas, ainsi que sur leur qualité d'Acte de gouvernement ou non (*CE, ass., 7 nov. 2008, n° 282920, Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine et a. : JurisData n° 2008-074469*). Les requérants avaient demandé au Premier ministre et au ministre de l'Agriculture de notifier à la Commission le « dispositif autorisant l'institution de cotisations par les organisations interprofessionnelles », c'est-à-dire l'article L. 632-6 du Code rural, en application de l'article 88 § 3 CE. Les refus implicites des deux ministres de répondre à cette demande sont alors déférés devant le Conseil d'État. L'arrêt qu'il rend est intéressant à double titre. D'abord, le Conseil d'État juge que les dispositions de l'article L. 632-6 du Code rural ne font qu'autoriser la mise en place de CVO et que cet article ne constitue donc pas, par lui-même, une aide qu'il convient de notifier en application de l'article 88 § 3 CE. En revanche, il confirme implicitement que les CVO peuvent, selon leurs modalités, être des aides notifiables. Ensuite et surtout, l'arrêt précise les conditions de recours contre les notifications des aides en général et contre les CVO en particulier. Pour ce qui concerne les aides en général, le Conseil d'État fait une distinction subtile. Les décisions de refus de notifier (implicites ou non) sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, parce que ce pouvoir du gouvernement permet « d'assurer l'application du droit communautaire et le respect des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ». Dans ce cas, le Conseil d'État devra juger de la qualité d'aide de la contribution. En revanche, la décision de notifier (décision positive) ne peut être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir parce que celle-ci « n'est pas détachable de la procédure d'examen de la Commission ». Le Conseil d'État reconnaît par conséquent dans la décision de notifier une nouvelle catégorie d'Acte de gouvernement, ce

qu'elle ne reconnait pas au refus de notifier. Cette distinction, pour subtile, n'en est pas moins pragmatique : il faudrait en effet que l'État français puisse demander à la Commission de « rendre » la notification et de faire comme si elle n'avait jamais existée en cas d'annulation, ce qui semblerait pour le moins incongru. Pour ainsi dire, la notification de l'aide n'appartient déjà plus au droit administratif français, elle devient un acte communautaire préparatoire dès sa transmission. Par ailleurs, la solution n'est pas étonnante puisque la décision de notifier se rattache aux deux justifications classiques des actes de gouvernement, à savoir les actes touchant les relations internationales et les rapports entre pouvoirs publics.

4. PROFESSIONS RÉGLEMENTÉES

7. - Monuments historiques, profession portant atteinte à la libre prestation de service, libéralisation mal réalisée. - Le patrimoine architectural fait partie de cette « exception culturelle » que la France défend est qui est souvent mal interprétée dans les autres pays. Il faut bien dire que le terme « exception » est mal choisi en ce qu'il laisse entendre que notre patrimoine est « exceptionnel », donc supérieur, c'est en tout cas comme cela qu'il est compris (*CE sect., 6 oct. 2008, n° s. 310146, 311080, Compagnie des architectes en chef des monuments historiques : JurisData n° 2008-074267*). Pour la défense de ce patrimoine, il existe un corps particulier d'architectes dont le statut a été profondément rénové par le décret n° 2007-1405 du 28 septembre 2007 *portant statut particulier du corps des architectes en chef des monuments historiques et adaptation au droit communautaire des règles applicables à la restauration des immeubles classés*. (cf. *P. Delvolvé, Un statut très « particulier » : le statut des architectes en chef des monuments historiques : RFDA 2007, p. 1127*). Cette réforme a pour objectif de réduire le champ du monopole de fait que détiennent les architectes en chef des monuments historiques et qui apparaissait comme contraire à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service. L'arrêt du 6 octobre 2008 vient pourtant sanctionner partiellement ce décret en ce qu'il établit des discriminations non justifiées en fonction de la nationalité. L'article 9 de ce texte semblait en effet prendre en compte toute la dimension de l'évolution communautaire puisqu'il permettait de confier la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques classés non-étatiques aux « ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen établi dans un autre État que la France ». Bien entendu, cette limitation aux bâtiments non-étatiques apparaissait justifiée par la spécificité de la rénovation des monuments historiques, et notamment des œuvres majeures appartenant à l'État. À cette première limite s'ajoute l'obligation pour ces ressortissants communautaires et de l'EEE de remplir les conditions pour se présenter au concours d'architecte en chef des monuments historiques et l'inscription au tableau d'un ordre d'architecte en France. Ces limitations, justifiées par des objectifs d'intérêt général, étaient en accord avec l'avis motivé que la Commission européenne avait transmis aux autorités françaises le 4 avril 2006 pour pousser la France à mettre ce régime en conformité avec le principe de libre prestation de services. Cependant, la rédaction de cet article a conduit à sa censure partielle par le juge administratif pour non-respect du principe d'égalité, en ce qu'il prive d'accès à ces mêmes « contrats de maîtrise d'œuvre de restauration des monuments historiques classés n'appartenant pas à l'État », les architectes, qu'ils soient Français ou ressortissants communautaires ou de l'EEE et habitants en France. Or, comme le note le Conseil d'État, il n'y aurait aucune justification à cette limite. Ce qui est vraisemblablement plus une erreur de rédaction qu'une volonté manifeste de réserver les marchés est ainsi réparé. Le Conseil d'État a par conséquent annulé l'article 9 sur ce point et enjoint l'administration à le modifier sous trois mois, en application des articles L. 911-1 et 2 du Code de justice administrative. Le droit communautaire peut aussi servir de moyen à la rectification d'une erreur de rédaction, et c'est heureux.

5. MARCHÉS PUBLICS

8. - Recours en matière de marchés publics, procédure de référés. - Le syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (nom manifestement fait pour être remplacé par son acronyme, d'ailleurs lui-même difficilement prononçable) s'est pourvu en cassation d'un recours en référé précontractuel contre l'un de ses marchés pour le traitement des métaux collectés au sein des déchetteries du syndicat (*CE sect.*, 3 oct. 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES* : *JurisData* n° 2008-074234 ; *AJDA* 2008 p. 2161, *chron.* E. Geffray, S.-J. Liéber ; *Contrats – Marchés publ.* 2008, *comm.* 264, *note* J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2008, *comm.* 154, *note* B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, 2291 ; *JCP G* 2008, I, 191 ; *RFDA* 2008, p. 1128, *concl.* B. Da Costa et *note.* P. Delvolvé). Le contexte autour des recours contre les contrats de la commande publique est dans une période de grande activité, à la fois au plan interne (avec le fameux arrêt du 16 juillet 2007, *Tropic*) et communautaire avec la modification des directives « recours » en matière de marchés publics par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 (cf. *Europe* 2008, *étude* 4). Or, alors que l'arrêt *Tropic* crée un recours post-contractuel et que la directive prévoit, en plus de la création d'un tel recours, des garanties pour que le recours pré-contractuel soit effectif (notamment par l'obligation et la généralisation d'un délai de *standstill*), l'arrêt *SMIRGEOMES* vient réduire l'ouverture de ce référé précontractuel en limitant les moyens recevables à son appui. Il faut reconnaître que, suivant en cela des « modes », les référés contractuels aboutissaient souvent à l'annulation des marchés publics ou délégations de service public en se fondant sur les manquements les plus divers et les plus mineurs aux obligations de publicité et de mise en concurrence. L'insécurité juridique des contrats de la commande publique devenait de plus en plus grande. Par cet arrêt, le Conseil d'État revient donc à une appréciation plus intelligente de ce texte en imposant non seulement que le manquement aux procédures de passation existe, mais en plus (et c'est l'apport de l'arrêt), que le requérant démontre le préjudice qu'il a subi ou subira par ce manquement. À cet égard, et sans reprendre l'ensemble des moyens de l'espèce, on remarquera avec plaisir la fin de la série d'annulation sur le seul fondement que la « case à cocher » signalant que le marché est soumis à l'accord sur les marchés publics de l'OMC (issue du formulaire standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics du règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005) n'ait pas été cochée. Il faut croire que l'effectivité des recours imposée par le droit communautaire, améliorée par l'arrêt *Tropic* et son recours post-contractuel, n'avait plus à craindre d'une saine restriction des annulations dans le cadre des référés précontractuels.

6. RESPONSABILITÉ POUR MAUVAISE APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

9. - Responsabilité pour fonctionnement defectueux du service public de la justice, préjudice résultant du délai excessif de procédures et fautes commises par la juridiction administrative, faute lourde, délai raisonnable. - La responsabilité de l'État pour défaut de fonctionnement du service public de la justice a une dimension morale importante pour l'individu qui a subi le dysfonctionnement (*CE*, 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas* : *JurisData* n° 2008-073739 ; *Dr. adm.* 2008, *comm.* 120, *M. Gautier* ; *JCP A* 2008, 2187, *note* J. Moreau ; *RFDA* 2008, p. 755, *concl.* C. de Salin et p. 1058 *obs.* P. Cassia). Il a aussi une dimension sociétale : pour rester crédible, l'opinion publique entend que la justice reconnaisse ses erreurs et les indemnise. L'arrêt du 18 juin 2008 instaure un régime de responsabilité différente selon que le fondement de la faute soit le droit communautaire ou le droit interne. En l'espèce, le requérant a attendu 15 ans et 8 mois pour qu'un jugement définitif soit rendu et exécuté. Le Conseil d'État juge de ce délai de manière très pragmatique, en estimant que les jugements postérieurs à l'exécution

de la décision (jugements en rectification d'erreur matérielle notamment) ne devaient pas être pris en compte, mais que le fait que l'affaire ne présentait pas de difficulté particulière et que le recours était relatif à la situation professionnelle de l'administré étaient à mettre au débit de l'État. Sur ce fondement, le juge indemnise le préjudice moral (14 000 euros) propre au retard de jugement, tel qu'il a été distingué sous l'influence de la jurisprudence de Strasbourg (*CE, ass., 28 juin 2002, n° 239575, Magiera : JurisData n° 2002-063993 ; AJDA 2002, p. 596, chron. Donnat et Casas*). Pourtant, pour qu'il y ait indemnisation du préjudice autre que le simple retard, « les principes généraux régissant la responsabilité administrative » prévoient l'existence d'une faute lourde. C'est concernant ce préjudice que le juge fait la distinction entre, d'une part, le droit interne qui ne permet pas que la faute lourde puisse résulter du contenu d'une décision juridictionnelle devenue définitive (*CE, 29 déc. 1978, n° 960004, Darmont : Rec. CE 1978, p. 542*) et, d'autre part, le droit communautaire qui oblige à une responsabilité dans ce même cas lorsque ce contenu « est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». Notons que cette possibilité semble ouverte dans cet arrêt même en l'absence de recours devant les juridictions suprêmes (cf. *P. Cassia, chron. RFDA 2008, p. 1958* pour une position identique) alors que le justiciable peut alors être considéré comme ayant accepté la première décision juridictionnelle (au moins) ou manqué de diligence dans le recours (au pire), cette position étant contraire au texte de l'arrêt *Köbler* (*CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, Köbler*). Reste qu'au fond, M. Gestas n'avance aucun moyen tiré du droit communautaire lui permettant d'être indemnisé : le Conseil d'État refuse de lui appliquer les principes de confiance légitime et de sécurité juridique. Il faut dire que le contenu même de la décision ne porte pas sur ces principes et que le requérant les invoque du fait de la longueur de la procédure, sans compter le fait que le litige est purement interne et que par conséquent les principes communautaires n'ont pas à s'appliquer. Par ailleurs, il invoque la méconnaissance d'un accord-cadre de 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, mais là encore, elle n'est pas applicable à l'acte qu'il demande à annuler, le litige étant né en 1985. Le requérant ne peut ici être indemnisé du fait de la longueur de la procédure, une sorte de double peine en somme. Le recours est différent, plus ouvert pour le droit communautaire, mais pas tellement plus intéressant au fond. C'est peut-être pour cela que l'arrêt, théoriquement important pourtant, n'est rendu ni en Section, ni en Assemblée.