

Observatoire de jurisprudence constitutionnelle Chronique n° 8, Octobre – Décembre 2011

Etude coordonnée par Guillaume DRAGO avec Julien BOUDON, Julie BENETTI et Lucie CLUZEL-MÉTAYER, Mathieu DISANT - par Julien Boudon, Professeur de droit public à l'Université de Reims

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 35 - AVRIL 2012

Chaque trimestre, l'Observatoire de jurisprudence constitutionnelle de l'Université Panthéon-Assas Paris II livre une chronique publiée dans Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel. Celle-ci, coordonnée par le Professeur Guillaume Drago, est destinée à présenter et commenter les décisions rendues par les juridictions administratives, judiciaires et financières en matière constitutionnelle. On trouve dans cette rubrique dix thèmes identifiés comme majeurs (droits et libertés, justice, droit pénal et procédure pénale, droit social, égalité – discrimination, finances publiques et fiscalité, élections, normes, pouvoirs publics et autorités administratives, réserves d'interprétation).

Décisions commentées :

C. cass., ch.crim., 2 février 2011, no 10-82063 à 10-82072/; C. cass., ch.crim., 13 octobre 2010, no 09-85443 à 09-85452 [sauf 09-85446]/; C. cass., ch.crim., 27 mai 2010, no 09-85443 à 09-85452 [sauf 09-85446]/; C. cass., ch.crim., 19 mai 2010, no 09-85443 à 09-85452 [sauf 09-85446] /; C. cass., ch.crim., 14 avril 2010, no 09-85443 à 09-85452 [sauf 09-85446].

Droit pénal et procédure pénale

Les tribunaux maritimes commerciaux (TMC) suscitent un intérêt sans proportion avec la masse des jugements qu'ils rendent chaque année. Au nombre de quatorze, ils tiennent des audiences clairsemées et tranchent peu d'affaires, moins de deux cents par an. Sur le fondement du code disciplinaire et pénal de la marine marchande (CDPMM), les TMC sont compétents pour juger certains délits et contraventions reprochés, notamment, aux membres de la marine marchande. Juridictions spécialisées, leurs décisions sont susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation.

Celle-ci s'est prononcée une première fois le 14 avril 2010 dans une série d'affaires impliquant des patrons de chalutiers verbalisés parce que naviguant à contresens dans le rail Nord-est du Dispositif de séparation du Pas-de-Calais : ils avaient été condamnés le 3 avril 2009 par le TMC de Boulogne-sur-Mer à des peines d'amende sur le fondement de l'article 63 CDPMM (devenu article L. 5242-1 du code des Transports) pour violation de la règle de circulation maritime n° 10 de la convention internationale de Londres du 20 octobre 1972 ⁽¹⁾. La Cour de cassation était sur le point de se prononcer, le conseiller rapporteur ayant déposé son rapport le 23 février 2010, lorsque les requérants et leurs avocats ont eu l'excellente idée de tirer profit de la toute nouvelle question prioritaire de constitutionnalité - dès le 1^{er} mars, jour de l'entrée en vigueur du dispositif, un mémoire distinct était déposé (c'est le même empressement qu'on a pu constater pour la garde à vue). Excipant de l'article 7 du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 (et non du décret n° 2070...), la chambre criminelle de la Cour de cassation décidait la réouverture de l'instruction « pour les seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité », accordait à un sursis à statuer et renvoyait l'examen de l'affaire au 27 mai 2010.

À cette date, les audiences ont tourné court : la Haute juridiction s'est contentée de renvoyer les affaires au 13 octobre 2010 - dans l'intervalle, le 19 mai, l'éphémère formation *ad hoc* de la Cour de cassation avait transmis la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Les trois conditions requises par la loi organique du 10 décembre 2009 étaient en effet réunies. On comprend pourquoi la chambre criminelle n'avait d'autre choix, le 27 mai, que de sursoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil - l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 le lui imposait. Le Conseil disposant de trois mois pour statuer, le renvoi de l'audience à l'automne était pleinement justifié.

Il ne nous appartient pas de commenter la décision n° 2010-10 QPC rendue par le Conseil constitutionnel le 2 juillet 2010 ⁽²⁾. Pour l'intelligence du propos, on relèvera que les « Sages » ont abrogé avec effet immédiat l'article 90 CDPMM. Le considérant 5 précisait que l'abrogation « est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision » (ce qui était le cas en l'espèce) et que « les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun », soit la juridiction de proximité ou le tribunal de police pour les contraventions, soit le tribunal correctionnel pour les délits (art. 131-13 CP, art. 381 et 521 CPP).

La présente chronique s'intéresse au destin de la question prioritaire victorieuse. Pour ce faire, il convient de porter son attention sur deux séries d'arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation les 13 octobre 2010 et 4 février 2011. Dans les deux cas, les pourvois visaient des jugements rendus par le TMC de Boulogne-sur-Mer les 3 avril et 6 novembre 2009. Dans les deux cas, les capitaines avaient été condamnés à des peines d'amende pour infraction aux règles de circulation maritime. Dans les deux cas, la chambre criminelle de la Cour de cassation cite les articles 61-1 et 62 de la Constitution et la décision n° 2010-10 QPC. Dans les deux cas, enfin, la Cour annule les jugements du TMC de Boulogne et renvoie la cause et les parties devant celui du Havre.

Les différences entre les deux séries d'arrêts sont minimes. D'une part, la rédaction des pourvois a varié selon qu'ils ont été formés avant ou après la décision du Conseil constitutionnel. Le 13 octobre 2010, la Cour de cassation statue sur le sixième moyen de cassation introduit au printemps, alors que la question prioritaire de constitutionnalité n'avait pas encore été transmise. Le 2 février 2011, la Cour de cassation statue sur le moyen unique tiré de la censure prononcée par le Conseil le 2 juillet 2010. Il est cependant instructif d'observer que la défense (assurée par les mêmes avocats) n'invoque pas exactement les mêmes textes : l'article 16 de la Déclaration de 1789, le droit à un procès équitable, l'indépendance et l'impartialité du juge, les articles préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale restent - tandis qu'est invoquée en février 2011 la violation de l'article 62 de la Constitution et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces ajouts s'expliquent facilement : d'un côté l'article 90 CDPMM a été abrogé par le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 (qui dispose *in fine* que les décisions du Conseil s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles), de l'autre les avocats « testaient » la Cour de cassation en invoquant la Convention européenne après que la chambre criminelle eut indiqué le 15 décembre 2010 (n° 10-83.674, D. 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel ; GAPP, 7^e éd. 2011, n° 28 ; Cah. Cons. const. 2011. 231, obs. W. Mastor ; RSC 2011. 142, obs. A. Giudicelli) que le ministère public « ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est la partie poursuivante ». D'où le deuxième argument du moyen de cassation unique : au-delà de l'indépendance, il mettait en cause l'impartialité du TMC dès lors que deux ou trois de ses membres « appartiennent à l'administration ayant décidé des poursuites ». Le Conseil constitutionnel est très attentif à l'impartialité ainsi entendue (en dernier lieu, n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, AJDA 2012. 578, étude M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser) mais il a dû considérer ici que le grief tenant à l'indépendance suffisait.

D'autre part, deuxième différence notable entre les deux séries d'arrêts, celle du 2 février 2011 souligne que la juridiction de renvoi a été désignée « par délibération spéciale prise en chambre du conseil ». Cette précision est absente des arrêts du 13 octobre 2010. Un tel hiatus a plongé l'auteur de ces lignes dans la perplexité : heureusement, le Pr Jacques Normand est venu à la rescousse. L'article 613 CPP dispose que « dans tous les cas où la Cour de cassation est autorisée à choisir une cour ou un tribunal pour le jugement d'une affaire renvoyée, le choix ne peut résulter que d'une délibération spéciale prise immédiatement en chambre du conseil ; il en est fait mention expresse dans l'arrêt ». La délibération en chambre du conseil signifie qu'elle échappe à l'audience publique. Un tel formalisme s'explique par la volonté d'éviter que la désignation de la juridiction de renvoi ne soit le fait du greffe - la chose est surtout sensible pour le renvoi à telle ou telle cour d'assises tant est inégale la sévérité des unes et des autres (3). Il faut donc conclure que la Cour a fait preuve d'« inadvertance » le 13 octobre 2010 et d'orthodoxie le 2 février 2011.

Quant aux points communs entre les deux séries d'arrêts, on focalisera l'attention sur l'ouverture à « cassation » et sur la désignation de la juridiction de renvoi. Contrairement à ce qu'avançaient les avocats des demandeurs, le jugement attaqué ne manque pas de base légale et c'est pour cette raison qu'il n'y a pas lieu à cassation - mais à annulation. Le jugement est annulé pour perte de fondement juridique (4) : le verdict de première instance était en tout point correct au moment où il a été rendu, mais la loi a été abrogée dans l'intervalle, c'est-à-dire avant l'arrêt de cassation. On ne pouvait reprocher ici un défaut de base légale toujours vexant : le juge a appliqué correctement la loi - celle qui existait au moment du jugement. De ce point de vue, il ne saurait être question de retenir une « méconnaissance du champ d'application de la loi », ainsi que le soutenait dans un autre contexte le rapporteur public Seulin devant la cour administrative de Paris le 11 avril 2011 (5). En effet, l'illégalité se constate à la date de la décision administrative ou juridictionnelle (6), or, en l'espèce, l'administration comme le tribunal administratif avait fait application de la loi en vigueur. Ni l'une ni l'autre n'ont méconnu le champ d'application de la loi : simplement, après l'abrogation de la loi par le Conseil constitutionnel (n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, AJDA 2011. 247 ; D. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot), il faut conclure à la perte de fondement juridique *ex post*.

Dans les deux séries d'arrêts, la Cour de cassation renvoie l'affaire au TMC du Havre « dans la composition prévue pour le tribunal correctionnel ». On sait que l'article 63 CDPMM punissait de deux ans d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende la violation des règles de circulation maritime pertinentes. S'agissant d'un délit et non d'une contravention, le tribunal correctionnel était compétent et non le tribunal de police. La désignation du TMC havrais ne constitue pas une surprise : d'une part l'article 609 CPP contraint la Cour de cassation, en matière correctionnelle ou contraventionnelle, à renvoyer « devant une juridiction de même ordre et degré que celle qui a rendu la décision » (l'article L. 431-4 COJ évoque une juridiction « de même nature »), d'autre part, sans qu'il s'agisse d'une obligation, la Cour de cassation a l'habitude de renvoyer à un tribunal ou à une cour limitrophe (7).

Il appartient maintenant au TMC du Havre de se prononcer. Grâce aux informations aimablement communiquées par M^{me} Marianne Gil, magistrate au TGI du Havre et présidente du TMC, et par M. Julien Duval, contrôleur des affaires maritimes, nous savons que l'examen des affaires a été deux fois repoussé : une première fois lors de l'audience du 16 février 2011, une seconde fois lors de l'audience du 7 décembre 2011 (à la date du 14 novembre 2012). Il est acquis, ainsi que l'a confirmé M^{me} Gil, que le TMC du Havre est désormais composé de trois juges professionnels, c'est-à-dire dans la configuration classique du tribunal correctionnel. Mais de nombreuses difficultés persistent. D'abord, qui assurera la fonction de greffier ? Le dernier alinéa de l'article 90 CDPMM en chargeait un contrôleur des affaires maritimes : depuis son abrogation, le flou règne (le greffier devrait être choisi au sein du TGI). En outre, la désignation des juges du TMC, soit par le président du TGI, soit par le président du TMC nommant ses assesseurs soulève de délicats problèmes (8). Nous sommes dans l'expectative parce que le Gouvernement a reçu habilitation pour agir par voie d'ordonnance : l'article 199 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 lui accorde dix-huit mois pour « rationaliser et moderniser l'implantation, l'organisation, le fonctionnement, la composition et les règles de procédure et de compétence des tribunaux maritimes commerciaux ». Les marins initialement condamnés apprécieront : plus de cinq ans après les faits et près de trois ans après le premier jugement, ils devront encore patienter. On mesure aussi l'imbroglio que peut provoquer une abrogation immédiate décidée par le Conseil constitutionnel : hier comme aujourd'hui, il nous semble qu'une abrogation différée, plus respectueuse des droits du Parlement, a le double avantage de la simplicité et de la cohérence.

(1) Voir le rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Doc. fr., 2008, p. 283-284 ; L. Briand, « Quel avenir pour les TMC ? », *Le Droit maritime français*, n° 717, sept. 2010, p. 692-693.

(2) Tout au plus renverra-t-on à notre « Libre propos », *JCP G*, 4 octobre 2010, n° 40, 961, p. 1825-1827.

(3) J. Boré, *La cassation en matière pénale*, Paris, LGDJ, 1985, n° 1098-1099.

(4) J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 108.14. Les auteurs confondent « perte de fondement juridique » et « perte de base légale » (*La cassation en matière civile*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 76.09), or les pourvois sont de la plume de la SCP Boré et Salve de Bruneton. Plus exact est l'ouvrage *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Paris, Litec, 2003, n° 187.

(5) CAA Paris, 11 avr. 2011, n° 09PA04360, *Aouïna (M^{me}) c/ Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer*, AJDA 2011. 2244, concl. A. Seulin.

(6) CE, Sect., 15 juillet 1964, *Société Papeteries Metenett, Rec.*, p. 437 ; CE, 12 févr. 1992, n° 89630, *Ville de Carcassonne*, au Lebon.

(7) J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, *op. cit.*, n^{os} 151.11 et 153.31.

(8) L. Briand, art. cité, p. 696.

Égalité - Discrimination

*par Julie Benetti Professeur à l'Université Reims Champagne-Ardenne,
Lucie Cluzel-Métayer Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas Paris II*

Décisions commentées :

Cons. const., déc. no 2011-181 QPC du 13 octobre 2011 ;

CE, 4 novembre 2011, no 349705 ;

CE, 13 juillet 2011, no 349660 (décision de renvoi).

Mots-clefs : principe d'égalité de traitement dans le déroulement de carrière des fonctionnaires, discrimination fondée sur les opinions, service national, objecteurs de conscience.

Les objecteurs de conscience sont-ils des militaires comme les autres ? À propos de la reprise de la durée du service national dans le calcul d'ancienneté des agents de la fonction publique

S'il a été suspendu, avec le service militaire, par la loi du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, le statut des objecteurs de conscience n'en a pas moins continué depuis de nourrir un contentieux devant le juge administratif que la décision n° 2011-181 QPC du 13 octobre 2011 du Conseil constitutionnel devrait sans doute épuiser.

Créée par la loi du 21 décembre 1963, l'objection de conscience permet aux jeunes gens, qui se déclarent « en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques, opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes », de satisfaire à leurs obligations de service national, « soit dans une formation militaire non armée, soit dans une formation civile assurant un travail d'intérêt général ».

Les objecteurs de conscience, dont la loi du 10 juin 1971 avait exclu la durée du service national dans le calcul d'ancienneté exigée pour l'avancement et la retraite des agents de la fonction publique, n'ont pu bénéficier de la mesure de reprise d'ancienneté qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national.

Des fonctionnaires admis à faire valoir leur droit à la retraite et qui avaient choisi l'objection de conscience au titre de leur service national accompli entre 1971 et 1983 ont attaqué devant le juge administratif cette différence de traitement selon eux injustifiée. Le contrôle de conventionalité de la loi de 1971 n'ayant pas prospéré (I), c'est finalement le principe constitutionnel d'égalité qui a été mobilisé avec succès par voie de QPC (II).

I - L'inanité du contrôle de conventionalité devant le juge administratif

L'exclusion de la durée du service national, accompli en tant qu'objecteur de conscience, du calcul de l'ancienneté de service n'est pas une question nouvelle pour le juge administratif.

Par un avis n° 337.837 du 28 mai 1985, le Conseil d'État a ainsi considéré que « les services accomplis par les objecteurs de conscience ne peuvent être pris en compte pour leur durée effective dans le calcul de l'ancienneté de service exigée pour l'avancement et pour la retraite dans la fonction publique en vertu de l'article L. 63 du code du service national qu'à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 8 juillet 1983 ». Suivant cet avis, plusieurs tribunaux administratifs ont rejeté les demandes tendant à l'incorporation des années de service d'objection de conscience accompli entre 1971 et 1983 dans le calcul de l'ancienneté des agents de la fonction publique (TA Nice, 30 janvier 2004, n° 9903982 ; TA Toulouse, 18 mai 2006, n° 0403416 ; TA Lyon, 19 octobre 2006, n° 0403922 ; TA Paris, 4 mars 2010, n° 0716590/5-2). Dans la mesure où les fonctionnaires concernés avaient accompli leur service sous l'empire de la loi de 1971, cette législation leur restait applicable. Le principe de non-rétroactivité des lois imposait en effet que la loi de 1983 soit écartée pour des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

La loi de 1971 faisant écran à l'application du principe constitutionnel d'égalité, seule la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pouvait être utilement invoquée devant le juge administratif.

Par un jugement en date du 7 mai 2003, le tribunal administratif de Nantes a ainsi déclaré la loi du 10 juin 1971 non conforme à l'article 9 de la Convention qui protège la liberté de conscience, combiné à l'article 14 qui prohibe les discriminations fondées notamment sur les opinions. Le tribunal fait alors partiellement droit à la demande du requérant, mais en limitant à un an la durée des services à prendre en compte ; ce faisant, le juge applique implicitement l'article 9 de la loi du 21 décembre 1963, c'est-à-dire le régime antérieur en vertu duquel « la durée du service accompli dans une formation non armée ou civile sera imputée pour la moitié sur le temps de service militaire imposé à la classe à laquelle [les objecteurs de conscience] appartiennent ». Constatant l'autorité de la chose jugée sur la partie du jugement motivée par l'inconventionalité de la loi de 1971, le Conseil d'État n'a pu revenir sur cette question en cassation. Contraint d'appliquer au requérant les règles de droit commun, il a enjoint à l'administration pour la reconstitution de carrière et le paiement du rappel des traitements dus, « de prendre en compte les deux années de service accomplies » (CE, 10 mai 2006, n° 278041). Cette décision d'espèce n'a cependant induit aucune évolution de la jurisprudence du Conseil d'État et la solution dégagée par le Tribunal administratif de Nantes est restée isolée.

Plus récemment, dans une délibération du 11 octobre 2010, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité a recommandé la modification de la législation de 1971, considérant qu'elle constituait une discrimination fondée sur les opinions ou les convictions, prohibée par l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel (délibération n° 2010-186). La HALDE a souligné que les pensions de retraite des fonctionnaires constituent des biens au sens de l'article 1^{er} du premier protocole puis, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État lui-même (CE, 30 nov. 2001, n° 212179, *Ministre de la défense, Ministre de l'économie et des finances* / *Diop*, au Lebon ; AJDA 2001. 1045 ; *ibid.* 1039, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2002. 256, et les obs. ; GAJA, 18^e éd. 2011, n° 108 ; AJFP 2002. 29, et les obs., note L. Combet, note C. Moniolle ; RFDA 2002. 573, concl. J. Courtial ; RDSS 2002. 611, obs. I. Daugareilh), elle a rappelé qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue était discriminatoire au sens de l'article 14, si elle n'était pas assortie de justifications objectives et raisonnables, en rapport avec les buts de la loi. Or, on peut considérer que des fonctionnaires qui ont accompli leur service national - et ce quelle qu'en soit la forme - sont *a priori* dans une situation analogue face au droit à l'avancement et à la retraite. Dès lors, la différence de traitement, qui induit un préjudice financier pour les anciens objecteurs de conscience - perte potentielle de rémunération durant la période supplémentaire de service national, retard dans le déroulement de carrière susceptible, en outre, d'affecter le calcul de la pension de retraite - ne paraît pas justifiée. La HALDE a ainsi estimé que, sauf à lui reconnaître un caractère répressif, ce régime dérogoire

n'était pas fondé sur des justifications raisonnables et objectives.

L'exclusion de la durée du service des objecteurs de conscience du calcul de leur ancienneté créait un préjudice d'autant plus important que leur temps de service a toujours été plus long que celui du service militaire.

Déjà, en 1999, cette différence de durée avait fait réagir le Comité des droits de l'homme qui avait considéré qu'elle était constitutive d'une discrimination au regard de l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ne reposant sur aucun critère raisonnable et objectif (*Foin c/ France* du 5 novembre 1999). Cette décision, dénuée de force obligatoire, n'a emporté aucune inflexion de la jurisprudence du Conseil d'État, lequel a continué d'affirmer que cette différence de durée n'était pas, « compte tenu des modalités respectives d'exercice de chaque type de service et eu égard à l'objectif du législateur visant par l'institution d'une différence de durée à s'assurer indirectement de la sincérité des motifs qui animent l'objecteur de conscience, dépourvue de fondement raisonnable et objectif ». Statuant en tant que juge des référés, le Conseil d'État n'avait alors opéré qu'un contrôle restreint et n'avait pas constaté d'illégalité manifeste (CE, 11 oct. 2001, n° 238849, *Hauchemaille*, au Lebon).

En 2011, le Conseil d'État, saisi à nouveau du dispositif excluant la durée du service des objecteurs de conscience du calcul de leur ancienneté, a accepté de déplacer le débat sur le terrain de la constitutionnalité.

II - L'efficacité du principe constitutionnel d'égalité invoqué par voie de QPC

Par sa décision n° 349660 du 13 juillet 2011, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 63 du code du service national dans sa version issue de la loi du 10 juin 1971.

Deux griefs étaient invoqués à l'encontre de cette disposition dont il était allégué qu'elle était contraire au principe d'égalité et à la liberté de conscience. Seul le premier de ces griefs a été examiné par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-181 QPC du 13 octobre 2011. Se fondant sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Conseil constitutionnel a jugé que la disposition attaquée avait « institué, au regard de l'objet de la loi, une différence de traitement injustifiée » (considérant 5). Partant, il a déclaré contraire à la Constitution la restriction énoncée à l'article L. 63 réservant le bénéfice de la reprise d'ancienneté aux jeunes gens ayant accompli leur temps de service national « dans l'une des formes du titre III » dont ne relevait pas le service d'objection de conscience (considérant 6). Cette mention a donc été abrogée, le surplus de la disposition contestée étant déclarée conforme à la Constitution.

Alors que, réserve faite de la décision isolée du tribunal administratif de Nantes de 2003, le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi de 1971 n'avait jamais prospéré, l'invocation du principe constitutionnel d'égalité a ainsi permis de faire cesser la discrimination qui persistait entre les objecteurs de conscience, selon qu'ils avaient accompli leur service sous l'empire de la loi de 1971 ou après l'entrée en vigueur de la loi de 1983.

Pour autant, ce n'est pas cette différence de traitement entre les objecteurs de conscience selon la période de leur service que le Conseil constitutionnel a frappée d'inconstitutionnalité. Le principe d'égalité ne s'oppose pas en effet à ce que le législateur règle différemment dans le temps, au gré de ses interventions, des situations identiques. Il était ainsi loisible à la loi du 8 juillet 1983 d'étendre à compter de son entrée en vigueur le bénéfice de la reprise d'ancienneté aux objecteurs de conscience, sans prévoir pour autant que le nouveau dispositif s'applique à titre rétroactif aux objecteurs de conscience ayant accompli leur service antérieurement. La même solution avait déjà été adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 (D. 2004. 1275, obs. E. Déal) rendue sur la loi portant réforme des retraites. Était en cause la bonification nouvelle accordée à l'ensemble des fonctionnaires ayant interrompu leur activité pour élever leurs enfants. L'entrée en vigueur de la disposition créait une différence de traitement entre les fonctionnaires selon la date de naissance de leur enfant ou celle de la liquidation de leur pension. Le Conseil constitutionnel avait jugé que de telles différences de traitement, « de caractère provisoire et inhérentes à la succession de régimes juridiques dans le temps, ne sont pas contraires au principe d'égalité » (considérant 33).

Mais la survivance de la loi de 1971, nonobstant l'intervention de la loi de 1983, avait pour effet de maintenir une autre discrimination, pour la période allant de 1971 à 1983, entre les jeunes gens ayant effectué leur service militaire et ceux qui avaient choisi le statut d'objecteur de conscience. C'est cette différence de traitement que le Conseil constitutionnel a censurée comme étant injustifiée au regard de l'objet de la loi.

En effet, en incorporant dans le calcul de l'ancienneté de service des agents de la fonction publique le temps de leur service national actif, le législateur de 1971, par la disposition attaquée, « a entendu assimiler, pour le calcul des droits à la retraite [...], cette période à un service accompli dans la fonction publique » (considérant 5). Dans ces conditions, la différence de traitement avec les objecteurs de conscience ne serait justifiée, au regard de l'objet de la loi, que si le service de ces derniers ne pouvait pas être assimilé à un service accompli dans la fonction publique. Autrement dit, il importe peu ici que le service militaire et celui des objecteurs de conscience relèvent de modalités d'exercice différentes dès lors

que l'un et l'autre sont assimilables à des services accomplis dans la fonction publique. Or, la loi elle-même prévoyait que les objecteurs de conscience remplissent leurs obligations, « soit dans un service civil relevant d'une administration de l'État ou des collectivités locales, soit dans un organisme à vocation sociale ou humanitaire assurant une mission d'intérêt général » (article L. 116-1 du code du service national). Dans ces conditions, le législateur de 1971 n'était pas fondé à traiter différemment, pour le calcul de l'ancienneté des agents de la fonction publique, la durée de service des objecteurs de conscience et le temps de service national actif.

La déclaration d'inconstitutionnalité, dont le Conseil constitutionnel a décidé qu'elle était d'effet immédiat, a fait l'objet d'une première réception par le Conseil d'État devant lequel une nouvelle QPC portant sur la même disposition du code du service national a été soulevée avant que le Conseil constitutionnel ne rende sa décision. Le Conseil d'État ayant statué postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel, il a logiquement rejeté la QPC comme étant dépourvue d'objet et rappelé que la déclaration d'inconstitutionnalité pouvait être invoquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel (CE, 4 novembre 2011, n° 349705). Campée jusque-là dans une position de refus, la jurisprudence du Conseil d'État ne peut désormais qu'évoluer, tous les objecteurs de conscience bénéficiant, par l'effet de la décision QPC du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2011, de la reprise d'ancienneté dans le calcul de leurs droits à la retraite.

Réserves d'interprétation

par Mathieu Disant Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, CRDC

Décisions commentées :

CE, 16 février 2011, Dpt de la Seine-Saint-Denis, no 334779 ;
CE, 22 juin 2011, no 320744 ;
CE, 14 octobre 2011, no 341103 ;
CE, 19 octobre 2011, French Data Network, no 342405 ;
CE, 21 octobre 2011, Section française de l'observatoire des prisons, no 332707 ;
CE, 21 octobre 2011, no 333045 ;
CE, 26 octobre 2011, no 334084 ;
Cass., crim., 26 octobre 2011, no 11-86117 ;
CAA de Bordeaux, 16 décembre 2010, no 09BX02788 ;
CAA de Versailles, 15 février 2011, no 09VE02374 ;
CAA de Bordeaux, 1^{er} mars 2011, no 10BX00397 ;
CAA de Marseille, 26 mai 2011, no 08MA03204 ;
CAA de Nantes, 17 juin 2011, no 10NT00384 ;
CAA de Lyon, 6 octobre 2011, no 10LY02921.

Mots-clés : Bonne administration de la justice, indépendance de la juridiction prud'homale, mesure du temps indemnisable des conseillers prud'homaux, détention provisoire, demande de mise en liberté, droit des étrangers, vie familiale normale, HADOPI, incapacité de travail, faute inexcusable de l'employeur, agent contractuel de droit public, recrutement des enseignants-chercheurs, nature du Conseil d'administration de l'Université, pénalités fiscales, notion d'activité occulte, perte de validité du permis de conduire, régime fiscal applicable aux adhérents des centres de gestion agréés, rabatement sur les bénéficiaires déclarés soumis à un régime réel d'imposition, rétention de sûreté, subventions aux structures locales des syndicats par les collectivités territoriales, taxation des plus-values constatées à l'occasion des restructurations d'entreprises, agrément ministériel.

La sélection de décisions ici proposée tend à signaler la prise en considération par les juges judiciaire et administratif de l'interprétation conforme de la loi énoncée dans les décisions de constitutionnalité.

1. On fera rapidement mention des décisions à mettre, au fond, sous le signe de la confirmation de précédents mouvements de jurisprudence.

Ainsi, par exemple, la question de la nature juridique de la contribution sociale généralisée, au regard de sa qualification constitutionnelle, trouve de nouvelles illustrations. À l'inverse de la Cour de cassation, le juge administratif est fidèle à la qualification d'« impositions de toutes natures » donnée par le Conseil constitutionnel à la CSG, et ce en dépit de la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui considère qu'elle revêt la nature d'une cotisation sociale et non celle d'une imposition ?[\(1\)](#). Suivant en cela la jurisprudence « Martin » du Conseil d'État ?[\(2\)](#), et comme le fait désormais régulièrement le juge du fond, la cour administrative de Marseille s'est alignée expressément sur la jurisprudence constitutionnelle pour juger que ces prélèvements présentent le caractère d'impositions de toute nature et non celui de

cotisations de sécurité sociale (3). Elle juge « indifférente » la qualification donnée par la Cour de justice.

Par ailleurs, outre la confirmation de la pratique plus régulière consistant pour le juge administratif à viser la décision du Conseil constitutionnel portant sur la loi dont il convient de faire application (4), on notera que le contrôle du critère du « déjà jugé » lors de l'appréciation du renvoi d'une QPC se prête à la mention explicite, bien que souvent formelle, des réserves d'interprétation contenues dans les décisions antérieures du Conseil constitutionnel (5).

Les nombreuses décisions, tant des juridictions judiciaires qu'administratives, qui font suite aux décisions QPC et en tirent les conséquences ne seront pas, en tant que telles, abordées ici, sauf à ce que soit en cause une réserve d'interprétation. Pas plus que toutes celles qui illustrent, notamment lors de l'appréciation du renvoi d'une QPC (6), ou lors d'un examen de conventionnalité post-QPC (7), la prise en compte, de plus en plus nette, de l'autorité de chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel.

2. On mentionnera ci-après les cas significatifs d'application de réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, lesquelles conduisent le juge à faire application de la loi telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, voire à en sanctionner la méconnaissance.

(1) - V. « La portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière fiscale », Chronique, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2010, no 28, pp. 185 et s.

(2) - CE, 7 janvier 2004, Martin, no 237395, Rec. p. 1.

(3) - CAA de Marseille, 26 mai 2011, no 08MA03204.

(4) - Par exemple, au visa de la décision no 97-389 DC du 22 avril 1997 et de la loi no 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, CAA de Douai, 20 janvier 2011, no 10DA01055.

(5) - Not. Cass., crim., 21 juin 2011, no 11-90047 (no 2011-125 QPC du 6 mai 2011) ; Cass., com., 13 septembre 2011, no 11-40047, no 11-40048, no 11-40049, no 11-40059 (no 2010-57 QPC du 18 octobre 2010).

(6) - Par exemple, s'agissant de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, et impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques : CE, 10 juin 2011, no 335584, et 11 juillet 2011, no 349579, suivant en cela le considérant de principe du Conseil constitutionnel : Cons. const., no 2009-599 DC du 29 décembre 2009, cons. 56. Plus encore, la Cour de cassation applique la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « le principe des droits de la défense s'impose aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence » : Cass. com. 12 juillet 2011, n° 10-28375 ; rapp. not. Cons. const., n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, cons. 4.

(7) - Par exemple, suite à une décision de conformité no 2010-109 QPC rendue par le Conseil constitutionnel le 25 mars 2011, le Conseil d'État prend en compte non seulement cette décision de conformité, mais aussi l'interprétation de la loi qui justifie la décision et en commande la qualification : CE, 26 juillet 2011, no 340041. V. égal., s'agissant du régime juridique des sections de commune, examiné à la lumière des qualifications et précisions apportées par la décision no 2011-118 QPC du 8 avril 2011 : CE, 22 juillet 2011, Cne de Saint-Martin d'Arrossa, no 330481.

Bonne administration de la justice - Indépendance de la juridiction prud'homale - Mesure du temps indemnisable des conseillers prud'homaux

CE, 21 oct. 2011, n° 333045, Confédération générale du travail, AJDA 2011. 2496

Dans la suite de l'arrêt *CGT* du 10 mars 2010 (1), l'arrêt rapporté illustre la réception par le juge administratif de la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (D. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RDT 2007. 84, étude A. Lyon-Caen ; *ibid.* 120, obs. E. Serverin ; *ibid.* 229, étude M.-L. Morin). Elle confirme également que le Conseil d'État ne fait toujours pas prévaloir la chose interprétée par la décision la plus récente s'agissant de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice : rattaché par le Conseil constitutionnel dans la décision visée aux articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 (2), le Conseil a pourtant fait évoluer sa jurisprudence dans la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 en considérant qu'il a désormais pour fondement les articles 12, 15 et 16 de la Déclaration (3).

(1) CE, 17 mars 2010, n° 319785, *Confédération Générale du Travail*, au Lebon ; AJDA 2010. 584 ; RDT 2010. 316, obs. E. Serverin ; Cah. Cons.

(2) Cons. const., n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24, D. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RDT 2007. 84, étude A. Lyon-Caen ; *ibid.* 120, obs. E. Serverin ; *ibid.* 229, étude M.-L. Morin.

(3) Cons. const., n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 4, préc.

Détention provisoire - Demande de mise en liberté

Cass., crim., 26 octobre 2011, n° 11-86.117

Dans sa décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a décidé que l'équilibre des droits des parties interdisait que le juge des libertés et de la détention puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public (1). C'est sous cette réserve d'interprétation, applicable, comme expressément mentionné dans la décision du Conseil, aux demandes de mise en liberté formées à compter de la publication de la décision 2010-62 QPC, que l'article 148 du code de procédure pénale a été jugé comme ne méconnaissant pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789. La chambre criminelle a fait une application stricte de cette réserve dans l'arrêt rapporté. Elle juge que le principe du contradictoire est respecté par la communication à l'avocat du demandeur des réquisitions du ministère public et de l'avis du juge d'instruction, préalablement à la décision prise par le juge des libertés et de la détention. La Cour d'appel avait relevé, en outre, que la réception des observations, éventuelles, du mis en examen n'est pas prévue par les textes légaux et le Conseil constitutionnel.

(1) Cons. const., n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, cons. 7, AJ pénal 2011. 136, obs. J.-B. Perrier ; Constitutions 2011. 515, obs. E. Daoud et A. Talbot ; RSC 2011. 193, chron. C. Lazerges ; *ibid.* 864, obs. D. Boccon-Gibod.

Droit des étrangers - Vie familiale normale

CAA Nantes, 17 juin 2011, n° 10NT00384

Le dispositif du regroupement familial des étrangers a fait l'objet de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel. L'arrêt référencé est un cas notable d'application, à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de l'article L. 313-11, 6°, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoyant que la carte de séjour temporaire portant la mention vie privée et familiale est délivrée de plein droit à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à la condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Par sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation en ce qui concerne ces dispositions. Il a retenu que doit être regardé comme satisfaisant à cette condition, le père ou la mère qui a pris les mesures nécessaires, compte tenu de ses ressources, pour assurer l'entretien de son enfant, afin de ne pas porter atteinte au droit de l'étranger à mener une vie familiale normale (1). La cour de Nantes, qui mentionne expressément cette exigence, juge que c'est le cas en l'espèce. Elle prend soin de souligner préalablement « que, pour l'application et l'interprétation d'une loi, aussi bien les autorités administratives que le juge sont liés par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision statuant sur la conformité de cette loi à la Constitution ».

(1) Cons. const., n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 39, AJDA 1997. 524, note F. Julien-Laferrière ; D. 1999. 237, obs. F. Mélin-Soucramanien.

HADOPI

CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *French Data Network (Assoc)*, au Lebon ; AJDA 2011. 2038

Le Conseil d'État a rejeté les recours en annulation des décrets relatifs à la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). Rendu au visa des décisions du Conseil constitutionnel ayant censuré le premier dispositif (n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, AJDA 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid.* 2045, point de vue L. Marino ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid.* 293, obs. D. de Bellecize ; RSC 2009. 609, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2010. 209, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 415, étude A. Cappello ; RTD civ. 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid.* 756, obs. T. Revet ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian), et validé le second qui confiait le prononcé de la peine de suspension de

l'accès à internet au juge pénal (n° 2010-590 DC du 22 octobre 2009), l'arrêt rapporté rejette le recours dirigé contre le décret n° 2010-872 relatif à la procédure applicable devant la commission de protection des droits de la HADOPI. Le Conseil d'État juge que les prescriptions adressées aux utilisateurs « n'emportent aucune automaticité entre les constats de manquements aux obligations prévues par la loi et le prononcé éventuel d'une sanction pénale par l'autorité judiciaire ; que dès lors le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence » ne peut qu'être écarté. Ces « recommandations » ne sont donc pas des sanctions, pas plus que des décisions individuelles devant être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979 puisqu'elles « sont indissociables d'une éventuelle procédure pénale conduite ultérieurement devant le juge judiciaire, à l'occasion de laquelle il est loisible à la personne concernée de discuter tant les faits sur lesquelles elles portent que les conditions de leur envoi ».

Incapacité de travail - Faute inexcusable de l'employeur - Agent contractuel de droit public

CE, 22 juin 2011, n° 320744, *Colmez (M^{me})*, au Lebon ; AJDA 2011. 1295 ; AJFP 2011. 307, et les obs. ; RDSS 2011. 970, obs. D. Cristol

Un agent non titulaire de droit public ne peut engager la responsabilité de son employeur du fait d'un accident de service qu'en cas de faute intentionnelle ou inexcusable. Il s'agit de faire application aux agents publics non titulaires de la fonction publique du régime d'indemnisation des accidents et maladies professionnels prévu pour les salariés par les articles L. 451-1 et suivants du code de la sécurité sociale. Ces dispositions ont été examinées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 (AJDA 2010. 1232 ; D. 2010. 1634 ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 459, chron. S. Porchy-Simon ; *ibid.* 768, chron. P. Sargos ; *ibid.* 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2011. 186, obs. G. Pignarre ; RDSS 2011. 76, note S. Brimo ; Constitutions 2010. 413, obs. C. Radé). Au visa de cette dernière, le Conseil d'État a précisé, dans l'arrêt mentionné, les règles de réparation des accidents de services des agents non titulaires et leur articulation avec une éventuelle responsabilité sans faute du fait de la garde d'un mineur.

L'exigence d'une faute caractérisée (intentionnelle ou inexcusable) de l'employeur introduit en apparence une distorsion entre le régime de réparation applicable à l'agent contractuel et celui applicable au fonctionnaire titulaire dont l'accident peut être intégralement réparé par la démonstration d'une faute simple de l'administration. Cette appréciation mérite cependant d'être atténuée. On notera en particulier que l'invocation de la faute inexcusable de l'employeur est désormais de nature à permettre la réparation de l'ensemble des dommages causés par un accident professionnel et non plus seulement ceux mentionnés dans l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. C'est là une conséquence remarquable de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-8 QPC (1). La portée de celle-ci est clairement d'interdire que la liste des chefs de préjudice soit interprétée comme limitative et exclusive. Le Conseil d'État souligne ainsi que, « tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel (...), l'article L. 452-3 prévoit que, dans le cas d'une faute inexcusable de l'employeur, la victime a le droit de demander à l'employeur, devant la juridiction de sécurité sociale, la réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale qui sont résultés pour elle de l'accident ». Il s'agit, rappelons-le, des souffrances physiques et morales, du préjudice esthétique et d'agrément et de la perte des possibilités de promotion professionnelle. La Cour de cassation en a également pris acte (2). Le Conseil d'État juge, dans une solution de principe, « qu'un agent contractuel de droit public peut demander au juge administratif la réparation par son employeur du préjudice que lui a causé l'accident du travail dont il a été victime, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du code de la sécurité sociale, lorsque cet accident est dû à la faute intentionnelle de cet employeur ou de l'un de ses préposés ; qu'il peut également exercer une action en réparation de l'ensemble des préjudices résultant de cet accident non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale, contre son employeur, devant la juridiction de sécurité sociale, en cas de faute inexcusable de ce dernier, ou contre une personne autre que l'employeur ou ses préposés, conformément aux règles du droit commun, lorsque la lésion dont il a été la victime est imputable à ce tiers ».

Toutefois, en précisant dans sa décision précitée que le droit ouvert par la réserve d'interprétation s'exerce « devant les mêmes juridictions », le Conseil constitutionnel a expressément validé la compétence exclusive des juridictions de la sécurité sociale pour connaître, hors le cas de la faute intentionnelle, des actions en réparation résultant des accidents du travail ou des maladies professionnelles (3). Dans cette ligne, même si cela peut sembler compliquer les modalités d'indemnisation, le Conseil d'État retient dans l'arrêt rapporté « qu'en dehors des hypothèses dans lesquelles le législateur a entendu instituer un régime de responsabilité particulier (...), un agent contractuel de droit public, dès lors qu'il ne se prévaut pas d'une faute intentionnelle de son employeur ou de l'un des préposés de celui-ci, ne peut exercer contre cet employeur une action en réparation devant les juridictions administratives, conformément aux règles du droit commun, à la suite d'un accident du travail dont il a été la victime ».

(1) Cons. const., n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, cons. 18.

(2) Civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-19475, D. 2011. 1909 ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; et not. Cass. civ. 2, 13 octobre 2011, n° 10-15649 ; rappr.

(3) En ce sens, v. commentaires aux *Cahiers* sous la décision n° 2010-8 QPC.

Recrutement des enseignants-chercheurs - Nature du Conseil d'administration de l'Université

CE, 14 oct. 2011, n° 341103, *Jhean-Larose (M^{me})*, au Lebon ; AJDA 2012. 169, note A. Legrand ; *ibid.* 2011. 1986 ; CE, 26 oct. 2011, n° 334084, *Debled-Rennesson (M^{me})*, au Lebon ; AJDA 2012. 169, note A. Legrand ; *ibid.* 2011. 2097 ; AJFP 2012. 24, et les obs.

Dans les espèces rapportées, et dans la suite de sa jurisprudence récente, le Conseil d'État se prononce à nouveau sur la procédure de recrutement des enseignants-chercheurs. Il rappelle que, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dûment visée et rappelée dans la motivation de ses propres décisions, le conseil d'administration de l'Université n'est pas un jury et ne peut se prononcer sur les mérites du candidat. Au visa de l'article 62 de la Constitution, le Conseil d'État annule ainsi une délibération du conseil d'administration de l'Université de Reims du 1^{er} juin 2010 (1^{ère} espèce) et une délibération du conseil d'administration de l'Université de Metz du 2 juin 2009 (2^{nde} espèce) pour violation des dispositions de l'article L. 952-6-1 du code de l'éducation telles qu'interprétées postérieurement par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010 les déclarant conforme à la Constitution (1).

Il faut rappeler que le Conseil constitutionnel, au terme d'une interprétation fortement correctrice, a considéré que les comités de sélection avaient seuls la qualité de jury de ces concours. Lui seul est compétent pour apprécier les mérites des candidats. Le Conseil d'État avait déjà tiré les conséquences de cette interprétation à l'occasion du recours dirigé contre le décret relatif aux comités de sélection des enseignants-chercheurs (2). Il a notamment refusé de contrôler l'appréciation portée par le comité de sélection sur ces mérites (3), et jugé que le conseil d'administration, s'il peut rejeter la liste proposée par ce comité pour des motifs tirés d'une inadéquation avec la « stratégie de l'établissement », ne saurait cependant se prononcer sur les mérites scientifiques des personnes retenues (4). Ces solutions sont confirmées dans les arrêts rapportés. Les compétences respectives du conseil d'administration et du comité de sélection trouvent ainsi une limite à peu près claire qui permet d'endiguer tout empiètement.

(1) Cons. const., n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, cons. 8 à 14, AJDA 2010. 1557 ; *ibid.* 2011. 1791, note M. Verpeaux ; D. 2010. 2335, note F. Melleray ; AJFP 2010. 245, et les obs..

(2) CE, 15 déc. 2010, n° 316927, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, au Lebon ; AJDA 2011. 1791, note M. Verpeaux ; *ibid.* 2010. 2454.

(3) CE, 9 févr. 2011, n° 317314, *Piazza*, au Lebon ; AJDA 2011. 305.

(4) CE, 9 févr. 2011, n° 329584, *Bourguignon (M^{me})*, au Lebon ; AJDA 2011. 305 ; AJFP 2011. 203, et les obs..

Pénalités fiscales - Notion d'activité occulte

CAA Versailles, 3^e ch., 15 février 2011, n° 09VE02374

Dans une formulation de principe désormais courante, la cour administrative d'appel de Versailles a pu rappeler que « pour l'application et l'interprétation d'une loi, aussi bien les autorités administratives que le juge sont liés par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision statuant sur la conformité de cette loi à la Constitution ». Au visa de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, la Cour relève précisément que, dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation en ce qui concerne l'article 1728 du code général des impôts, notamment à l'aune du principe de légalité des délits et des peines et du respect des droits de la défense. Le Conseil a indiqué, en effet, que pour l'interprétation de la notion d'activité occulte, il convenait de se référer à la définition qui en était donnée à l'article L. 169 du livre des procédures fiscales, comme désignant la situation du contribuable qui n'a pas déposé dans le délai légal les déclarations prévues par la loi et n'a pas fait connaître son activité à un centre de formalité des entreprises ou au greffe du tribunal de commerce, et qu'en outre il incombe à l'administration d'apporter la preuve de l'exercice occulte de l'activité professionnelle (1). Suivant cette orientation, la Cour juge que les conditions légales de reconnaissance d'une activité occulte sont en l'espèce établies, quoiqu'elle reconnaisse au requérant la possibilité, en l'espèce, de se prévaloir d'une instruction fiscale postérieure qui écarte de cette définition la seule défaillance déclarative.

(1) Cons. const., n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, cons. 54, AJDA 2000. 37, note J.-E. Schoettl.

Perte de validité du permis de conduire

CAA Bordeaux, 6^e ch., 1^{er} mars 2011, n° 10BX00397

La Cour administrative d'appel de Bordeaux a écarté le moyen tiré de ce que la sanction de la perte de validité du permis de conduire, prévue au troisième alinéa de l'article L. 223-1 du code de la route, constituerait une sanction automatique contraire au principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Après avoir rappelé la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 8 de la Déclaration de 1789, la Cour s'appuie clairement, sans toutefois la citer expressément, sur la motivation retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, laquelle avait écarté le caractère disproportionné de la sanction prévue alors à l'article L. 11-2 du code de la route (1). La Cour retient que « la loi précise les conditions dans lesquelles les pertes de points, directement liées à un comportement délictuel ou contraventionnel portant atteinte aux règles de la circulation routière, peuvent se cumuler et quantifie cette perte de façon variable en fonction de la gravité des infractions qui peuvent l'entraîner, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a relevé ».

(1) Cons. const., n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 22, AJDA 1999. 736 ; *ibid.* 694, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 589, note Y. Mayaud ; *ibid.* 2000. 113, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 197, obs. S. Sciortino-Bayart.

Régime fiscal applicable aux adhérents des centres de gestion agréés - Abattement sur les bénéficiaires déclarés soumis à un régime réel d'imposition

CAA de Bordeaux, 3^e ch., 16 décembre 2010, n° 09BX02788

Dans sa décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, le Conseil constitutionnel avait examiné la constitutionnalité des dispositions modifiant le 4 bis de l'article 158 du code général des impôts organisant les abattements pratiqués par les adhérents des centres de gestion sur leurs bénéficiaires. Après une analyse précise de leur objet et de leur portée, ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution (1).

La cour administrative d'appel de Bordeaux s'est pourtant prononcée récemment sur un grief tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité des contribuables devant les charges publiques, porté à l'encontre de cet article en ce qu'il réserve le bénéfice de l'abattement auxdits adhérents, indépendamment de la situation matérielle du contribuable. Cette prétention a été logiquement écartée au visa de la décision n° 89-268 DC, la cour ayant toutefois estimé nécessaire, selon une démarche peu orthodoxe dont elle aurait pu faire l'économie, de répondre au grief sur le fond. Ce faisant, la cour transpose sinon reproduit le raisonnement retenu par le Conseil constitutionnel. Elle souligne à nouveau, dans des termes identiques, que les centres de gestion agréés « ont été institués pour procurer à leurs adhérents une assistance technique en matière de tenue de la comptabilité, et favoriser une meilleure connaissance des revenus non salariaux afin de remédier à l'évasion fiscale » ; et que « l'adhésion à ces centres a été, en contrepartie, encouragée par l'octroi aux adhérents d'avantages fiscaux et notamment d'un abattement sur le bénéfice imposable ». Il convient d'ajouter que le Conseil constitutionnel avait clairement souligné que « les adhérents des centres de gestion sont soumis à un régime juridique spécifique » (2). Aussi, dans l'arrêt rapporté, la cour juge qu'eu égard aux obligations auxquelles sont soumis ces organismes vis-à-vis de l'administration fiscale, les adhérents et les non adhérents des centres ou associations de gestion agréés se trouvaient dans une situation différente, au regard de l'objet de la loi, justifiant la différence de traitement que celle-ci avait instituée.

(1) Cons. const., n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 53 et s., GAJF, 5^e éd. 2009, n° 7 ; RFDA 1990. 143, note B. Genevois.

(2) Cons. const., n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 54.

Rétention de sûreté

CE, 21 octobre 2011, *Section française de l'observatoire des prisons*, n° 332707

L'arrêt rapporté s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence *Lavie* du Conseil d'État (1), laquelle faisait d'ailleurs suite à la décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, s'agissant de l'application de l'article 706-53-21 du code de procédure pénale issu de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

Pour contester un arrêté permettant l'application d'une mesure de sûreté, se trouvait à nouveau invoquée la méconnaissance de l'article 3 de la

convention européenne des droits de l'homme. Comme dans l'affaire *Lavie*, ce moyen a été écarté sur la base d'une argumentation empruntant largement à la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 ⁽²⁾, dument visée par l'arrêt rapporté. En particulier, le Conseil constitutionnel a souligné que la juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut décider une mise en rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre. Cette exigence est là encore scrupuleusement reprise par le Conseil d'État en tant qu'elle « résulte de la réserve d'interprétation dont la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008 a assorti la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions litigieuses, et qui s'impose à toutes les autorités administratives ou judiciaires pour leur application en vertu de l'article 62 de la Constitution ».

Parmi les garanties relevées par le Conseil constitutionnel, quant au champ d'application, à la durée et aux modalités de renouvellement des mesures de sûreté, il résulte expressément de la décision n° 2008-562 DC que la rétention de sûreté ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi du 25 février 2008 ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement. Pour se prononcer en ce sens, le Conseil constitutionnel a pris en considération la nature privative de liberté, la durée de cette privation, son caractère renouvelable sans limite et le fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction ⁽³⁾. Dans l'arrêt rapporté, le Conseil d'État tire les conséquences de cette réserve et écarte le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Conv. EDH.

⁽¹⁾ V. CE, 26 nov. 2010, n° 323694, *Lavie*, *Section française de l'observatoire international des prisons*, au Lebon ; Cah. Cons. const. 2011. 254, obs. M. Disant.

⁽²⁾ Cons. const., n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 14 à 23, AJDA 2008. 714, note P. Jan ; D. 2008. 1359, chron. Y. Mayaud ; *ibid.* 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; GDCC, 15^e éd. 2009, n° 48 ; Constitutions 2010. 235, obs. M. Disant ; RSC 2008. 731, note C. Lazerges ; *ibid.* 2009. 166, obs. B. de Lamy.

⁽³⁾ Cons. const., n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 10.

Subventions aux structures locales des syndicats par les collectivités territoriales

CE, 16 févr. 2011, n° 334779, Seine-Saint-Denis (Dpt), au Lebon ; AJDA 2011. 359 ; *ibid.* 734, note O. Guillaumont ; AJCT 2011. 233, obs. G. Le Chatelier

La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite de « modernisation sociale » a modifié le code général des collectivités territoriales pour permettre aux communes, à leurs groupements, aux départements et aux régions d'attribuer des subventions de fonctionnement aux structures locales des organisations syndicales représentatives dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Trois articles permettent ainsi aux départements, aux régions et aux communes ainsi qu'à leurs groupements d'attribuer ces subventions (art. L. 2251-3-1, L. 3231-3-1 et L. 4253-5 CGCT). Les organisations subventionnées sont notamment tenues de présenter à l'organe délibérant de la collectivité concernée un « rapport détaillant l'utilisation de la subvention ». Lors de l'examen de ce texte, le Conseil constitutionnel a précisé que ces dispositions « ne saurai[en]t avoir pour effet d'autoriser une assemblée locale à traiter inégalement les structures locales des organisations syndicales représentatives également éligibles à l'octroi de telles subventions du fait des missions d'intérêt général qu'elles remplissent sur le plan local » ⁽¹⁾. Ce n'est que sous cette réserve neutralisante, fondée sur l'égalité devant les délibérations des assemblées locales, que le juge constitutionnel a déclaré ce dispositif conforme à la Constitution dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002. La question délicate des relations financières entre les collectivités territoriales et les organisations syndicales trouvait ainsi un point d'équilibre.

Au visa de cette dernière décision, et alors qu'il est saisi pour la première fois des dispositions en cause, le Conseil d'État fait une stricte application de cette réserve et en tire toutes les conséquences en jugeant qu'« un département ne saurait accorder des subventions pour des motifs politiques ou pour apporter un soutien à l'une des parties dans un conflit collectif du travail, ni traiter inégalement des structures locales également éligibles à son aide » ⁽²⁾. Initiée sous l'empire du droit antérieur ⁽³⁾, cette solution se trouve clairement sous l'empreinte de la décision constitutionnelle. Elle modifie la grille d'analyse à l'aune de laquelle la légalité des subventions accordées par les collectivités territoriales aux organisations syndicales devra être désormais appréciée.

On notera que la rédaction de la réserve énoncée dans la décision 2001-455 DC fait référence à l'intérêt général au plan local, sans préciser que la loi institue une présomption en la matière. Rapprochée de l'intention du législateur qui consistait à « contrer » la jurisprudence fluctuante qui admettait ce type de subventions lorsqu'elles présentaient un intérêt local suffisant, il ressort implicitement de cette réserve que c'est de manière générale et sans poser de condition de fond relative à l'intérêt local d'une telle aide que la loi habilite les assemblées locales à octroyer

des subventions aux structures locales des organisations syndicales. C'est bien en ce sens que le Conseil d'État, dans l'arrêt rapporté, juge qu'un département peut légalement accorder des subventions aux structures départementales des organisations syndicales sans qu'il soit nécessaire de démontrer un intérêt public départemental.

(1) Cons. const., n° 2011-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 118.

(2) CE, 16 févr. 2011, n° 334779, *Seine-Saint-Denis (Dpt)*, au Lebon ; AJDA 2011. 359 ; *ibid.* 734, note O. Guillaumont ; AJCT 2011. 233, obs. G. Le Chatelier.

(3) CE, 4 avr. 2005, n° 264596, *Commune d'Argentan*, au Lebon ; AJDA 2005. 1295, concl. E. Glaser ; RFDA 2006. 51, obs. E. Cadeau.

Taxation des plus-values constatées à l'occasion des restructurations d'entreprises - Agrément ministériel

CAA Lyon, 6 octobre 2011, n° 10LY02921

La délivrance de l'agrément ministériel permettant l'application du régime de sursis d'imposition des plus-values en cas de scission ou d'apport partiel d'actif prévu à l'article 210 B du code général des impôts, lorsque les conditions d'application de plein droit de ce régime ne sont pas remplies, est soumis à condition. Aux termes du 3 ° a de cet article, l'agrément est délivré notamment lorsque « l'opération est justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport d'une activité autonome ou l'amélioration des structures, ainsi que par une association entre les parties ». Dans sa décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, le Conseil constitutionnel avait examiné ces dispositions en y apportant une série de précisions neutralisantes et directives. Il en avait resserré la portée en considérant que ladite condition « n'habilite l'autorité administrative qu'à vérifier la réalité du motif économique de l'opération d'apport partiel d'actif, sans pouvoir apprécier l'opportunité de celle-ci » et que « la délivrance de l'agrément constitue un droit pour les sociétés remplissant les conditions fixées par la loi » (1). Le Conseil avait ainsi cantonné la marge de manoeuvre de l'administration, moyennant quoi la loi a pu être considérée comme encadrant suffisamment l'action de l'autorité administrative en fixant des « conditions objectives nécessaires et suffisantes pour la délivrance de l'agrément ». À cet égard, comme y insistent les commentaires aux *Cahiers* sous cette décision, il revient au ministre de vérifier la réalité du motif et non à se faire juge de l'intérêt économique de l'opération. Dans le récent arrêt mentionné, la Cour administrative d'appel de Lyon s'y est expressément reportée pour faire une stricte application de la condition légale à la lumière de la décision 99-424 DC, prenant en considération que le critère ne laisse place à aucune subjectivité.

(1) Cons. const., n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, cons. 31, AJDA 2000. 37, note J.-E. Schoettl.