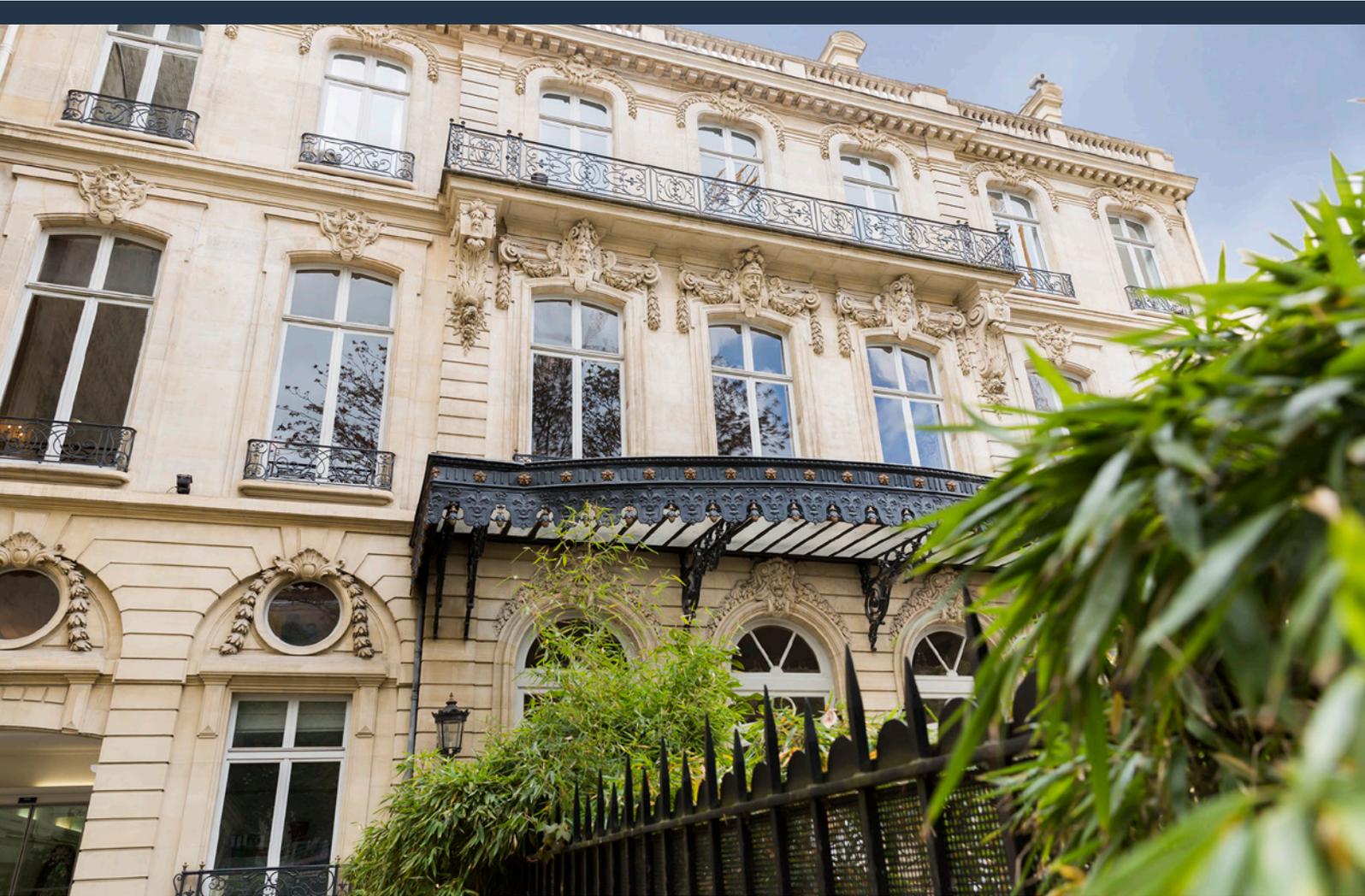




REVUE DE PRESSE





ANNÉE 2017

L'avocat devant le Conseil constitutionnel

François-Henri Briard, Janvier 2017

Article publié sur le site Internet du cabinet

La guerre des juges aura-t-elle lieu ? Le Conseil d'État devant la Cour de Justice de l'Union européenne

*François-Henri Briard, Le Village de la Justice,
Janvier 2017*

L'onde de choc Numéro 23 trouve écho devant le Parlement

Benjamin de Dreuzy, Contrepoints, Février 2017

La suspension du décret « Trump » ou la fonction présidentielle à l'épreuve de la Constitution

Floriane Beauthier, Le Monde du Droit, Février 2017

Élection et pouvoir judiciaire

*François-Henri Briard, Journal spécial des sociétés,
Mars 2017*

Compétition électorale et liberté éditoriale : le droit audiovisuel à la croisée des chemins

Benjamin de Dreuzy, Legipresse, Avril 2017

La laïcité, une exception française en Europe ?

Elie Weiss, Le Courrier du Parlement européen,

Mai 2017

Composition du gouvernement

François-Henri Briard, Journal spécial des sociétés,

Mai 2017

Réforme de la délivrance de titre d'occupation du domaine public

Elie Weiss Revue des collectivités locales, Juillet 2017

Fraude fiscale : la croisade vise les avocats

Pierre Masquart, Juillet 2017

Article publié sur le site Internet du cabinet

L'État est-il responsable du départ de mineurs en Syrie ?

Elie Weiss, Revue Défense Nationale, Juillet 2017

Le Conseil d'État, l'État de droit et le contentieux fiscal

François-Henri Briard, Journal spécial des sociétés,

Octobre 2017

Obstination déraisonnable : le juge est-il un médecin imaginaire ?

*Elie Weiss et Stéphane Bonichot, Revue générale de
droit médical, Décembre 2017*

L'avocat devant le Conseil constitutionnel

01 février 2017

C'est dans la salle du Conseil constitutionnel qui portait le nom emblématique de Jeanne CHAUVIN, première femme admise à plaider en 1907, que s'est déroulée le mardi 25 mai 2010 la première audience du Conseil constitutionnel. Ce jour-là, trois avocats aux Conseils en robe, deux en demande, Mes. A. LYON-CAEN et F.H BRIARD, auteurs des deux premières QPC de l'histoire juridictionnelle française et un en défense, Me. J.F BOUTET, se présentaient pour un débat qui n'avait jamais eu lieu auparavant. Messieurs GISCARD D'ESTAING et CHIRAC, anciens présidents de la République étaient présents, avec les membres désignés du Conseil constitutionnel, qui était présidé par Jean-Louis DEBRE. L'ambiance était à la fois feutrée, solennelle et remplie d'émotion. Pour la première fois, hormis de rares affaires de contentieux électoral où des avocats avaient parfois été admis à prononcer quelques mots en *catimini*, des avocats pouvaient produire des écritures et plaider dans l'aile Montpensier du Palais Royal, ancien Palais-Cardinal. Depuis ce jour, 600 QPC auront été examinées, toutes plaidées par des avocats. Quelle est la place de l'avocat dans la procédure de question prioritaire de constitutionnalité ? Quel est l'avenir de l'avocat dans le contentieux constitutionnel ? Autant de questions qui méritent un examen attentif, dans la mémoire des avocats qui ont été membres et Présidents du Conseil constitutionnel, et notamment de Robert BADINTER, Roland DUMAS et Francis MOLLET-VIEVILLE.

Chacun a en mémoire la proposition promue par le Barreau de PARIS en avril 2016 tendant à faire inscrire dans l'article 66 de la Constitution de la Vème République le droit de tout justiciable à bénéficier des droits de la défense : « *Toute personne a droit à l'assistance d'un avocat pour assurer la défense de ses droits et libertés* ». Ecarté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, ce texte demeure dans les cartons des avocats, qui rejoignent pour la plupart la position affirmée par le Bâtonnier SICARD : « *Quel pauvre pays que celui qui ne tiendrait pas compte de sept siècles de droits de la défense* ». Il est exact que la place de l'avocat dans le procès n'a jusqu'à ce jour reçu en France aucune consécration constitutionnelle comparable à ce qui existe dans d'autres pays de tradition démocratique tels que les Etats-Unis (le Sixième Amendement à la Constitution de 1787 garantit en matière pénale le droit d'être assisté par un conseil pour l'exercice des droits de la défense). Et il est permis de regretter que cette avancée n'ait pas été réalisée à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2008. Pourtant, les droits de la défense sont garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Décision n°206-551 QPC du 6 juillet 2016,

point 7). Et en matière de QPC, l'avocat n'est pas absent du cadre juridique applicable. L'article 61-1 de la Constitution tout d'abord, dans la mesure où il lie étroitement la présentation de la QPC à l'existence d'une « *instance en cours devant une juridiction* », consacre implicitement le rôle des avocats qui disposent en France, sauf exception, du monopole de la représentation et de l'assistance en justice (loi du 31 décembre 1971).

Ensuite, si la loi organique du 10 décembre 2009 ne place pas expressément l'avocat au cœur du dispositif, elle en fait néanmoins un acteur essentiel dans la mesure où la QPC, qui ne peut être relevée d'office, doit nécessairement être rédigée par un professionnel du droit qui seul peut concevoir le ou les moyens d'inconstitutionnalité exposés dans un écrit distinct et motivé (articles 23-1 et 23-5). Enfin, c'est surtout le règlement intérieur du Conseil constitutionnel sur la procédure suivie pour les questions prioritaires de constitutionnalité qui fait de l'avocat (aux Conseils ou aux Cours et tribunaux) un acteur central du dispositif. La représentation est certes facultative et les parties peuvent désigner la personne de leur choix pour les assister ou les représenter. Mais dans la pratique, l'avocat est le représentant des parties et le rédacteur des mémoires ; il est en tout état de cause le seul, eu égard à l'exigence de dignité et de sérénité des débats, à pouvoir présenter des observations orales à l'audience, hormis les agents désignés par les autorités publiques (article 10). La distance à parcourir semble encore longue pour que s'établisse un dialogue réel, actif et dense entre les membres du Conseil constitutionnel et les avocats, comparable à ce qui existe devant la Cour suprême des Etats-Unis, pionnière du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et championne des débats constitutionnels vifs et animés (voir en ce sens : *François-Henri BRIARD La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et le procès équitable, in Mélanges en l'honneur de PACTET*). Mais l'avocat français dispose déjà devant le Conseil constitutionnel d'une salle, d'un pupitre, d'un temps de parole et de son nom dans la décision... Et depuis la présidence de Laurent Fabius, il peut être conduit à répondre aux questions des membres. Puissent les années qui viennent renforcer encore la place de la défense dans le débat constitutionnel. Car la QPC est d'abord le fruit de l'imagination de l'avocat et sa responsabilité; c'est à lui et à lui seul qu'appartient la lourde tâche de penser, de bâtir et de plaider les moyens d'inconstitutionnalité, pour la défense du justiciable et pour les progrès de l'Etat de droit.

François-Henri BRIARD

Précompte mobilier, Conseil d'État et Cour de justice de l'Union européenne : la guerre des juges aura-t-elle lieu ?

Par François-Henri Briard, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

- vendredi 10 février 2017

Chacun a encore en mémoire le contentieux du précompte mobilier, litige de l'ordre de 3,5 milliards d'euros, sans doute l'un des plus importants de l'histoire du contentieux fiscal français, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Luxembourg (CJUE 15 septembre 2011, ACCOR, n°C-310-09) puis à deux arrêts définitifs du Conseil d'État (CE 10 décembre 2012, ACCOR et RHODIA, n° 317074 et 317075).

La victoire des contribuables devant la Cour de Luxembourg sur le terrain de la liberté de circulation des capitaux avait été selon certains singulièrement réduite par la grille de lecture retenue par le Conseil d'État pour la restitution de l'impôt payé à l'étranger. Plusieurs sociétés concernées ont alors décidé de ne pas en rester là et, démarche très inhabituelle, se sont plaintes auprès de la Commission européenne de l'application, selon elles erronée, du droit de l'Union par le Conseil d'État.

A l'issue d'une instruction approfondie, la Commission a lancé une procédure précontentieuse, puis a adressé à la France une mise en demeure et a en définitive émis un avis motivé ; elle vient d'annoncer désormais une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne sur trois fondements :

- absence de prise en considération de l'imposition déjà acquittée par les sous-filiales non françaises ;
- limitation du système de crédit d'impôt à un tiers du dividende redistribué par une filiale non française, dans des conditions constituant une différence de traitement entre sociétés percevant des dividendes en provenance d'autres États membres et celles percevant des dividendes d'origine française ;

- limitation du droit au remboursement des sociétés concernées, des exigences quant à la preuve à apporter, ne respectant pas les critères dégagés par la Cour de Justice dans l'arrêt précité.

Au-delà du débat de fond sur l'interprétation du droit de l'Union, cette affaire mérite l'attention car elle constitue une première à deux égards.

D'une part, la France n'a jamais été ainsi poursuivie pour un manquement juridictionnel imputé à l'une de ses cours suprêmes. D'autre part, pour la première fois depuis la fondation de l'Union européenne, le Gouvernement français va devoir rendre compte devant la Cour de Luxembourg de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union par le Conseil d'État.

Guerre impitoyable ou dialogue constructif ? Chacun aura la lecture qu'il préfère.

L'issue sera en tout état de cause importante sur le fond du litige et riche d'enseignements pour le fonctionnement de l'univers juridique européen.



François-Henri Briard, cabinet Briard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Numéro 23 : les députés tombent dans la caricature

Pour s'opposer à la vente de Numéro 23, le CSA avait retiré l'autorisation d'émettre de la chaîne de la diversité. En mars dernier, le conseil d'Etat avait annulé la décision de l'autorité de régulation, suscitant la colère de certains députés.

Par Benjamin de Dreuzy.



La commission d'enquête de l'Assemblée nationale a rendu, le 8 décembre 2016, son rapport sur l'affaire de la chaîne Numéro 23. En octobre 2015, le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait retiré à la société Diversité TV France son autorisation d'émettre la chaîne, après avoir découvert son intention de vendre à prix d'or le canal attribué gratuitement tout juste deux ans plus tôt.

Cette sanction inédite, destinée à dissuader les opérateurs privés de spéculer sur la ressource hertzienne, avait cependant été annulée par le Conseil d'État en mars 2016. Les députés qui se sont saisis de cette affaire ont rendu un verdict mettant en cause l'ensemble du secteur audiovisuel, quitte à sacrifier l'art de la nuance et à tomber dans la caricature.

Au regard des critiques souvent dirigées contre l'atonie du Parlement de la V^e République, l'analyse menée par la commission d'enquête sur l'affaire Numéro 23 pourrait certes constituer un exercice réussi. La beauté du geste est hélas ternie de prime abord par la facilité avec laquelle les auteurs du rapport se sont laissés aller au commérage politique à l'encontre des milieux d'affaires et du Gouvernement de François Fillon. Quoiqu'il en soit, ce rapport est riche d'enseignements.

D'emblée, il révèle une véritable défiance à l'égard des principaux acteurs de l'audiovisuel. Les groupes privés sont soupçonnés de manœuvrer auprès de l'administration pour se soustraire à leurs obligations ; le CSA est quant à lui accusé de faiblesse et de proximité à

l'égard des opérateurs, voire de partialité. Même le Conseil d'État est visé : le rapport propose de réduire l'office du juge suprême en matière audiovisuelle, sans crainte des difficultés que cela pourrait poser au regard des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme en fait de sanctions.

Il est vrai que le lancement et la gestion de Numéro 23 par la société Diversité TV France prêtent largement le flanc à la critique et dévoilent une intention spéculative hautement préjudiciable tant au public qu'aux biens publics, dont relève la ressource hertzienne.

Cela est d'autant plus déplorable que, depuis 2005, se multiplient à des conditions très lucratives les cessions de chaînes de télévision, dont le principal actif est pourtant l'autorisation d'émettre sur la TNT, délivrée à titre gratuit par le CSA. La question de la loyauté des opérateurs privés dans le maniement des fréquences qui leur sont accordées s'avère donc cruciale.

À cet égard, le rapport évoque avec pertinence la difficulté à laquelle se heurtent les pouvoirs publics lorsqu'il s'agit de lutter contre les opérations spéculatives. S'agissant des « *ventes de fréquences* », la commission d'enquête a judicieusement pointé les lacunes du dispositif fiscal prévu par la loi et formulé des propositions pour y remédier ; ces pistes méritent à coup sûr d'être creusées.

Il serait plus risqué en revanche de resserrer l'étau procédural applicable au rachat des chaînes dont la survie est menacée, comme le demandent les députés, qui ne semblent pas se soucier du danger qu'il y aurait à paralyser par le juridique des opérateurs déjà affaiblis par l'économique.

UNE VISION SIMPLISTE ET CARICATURALE DE LA RÉGULATION

Si un soupçon d'intention spéculative pouvait certes planer assez tôt sur Numéro 23 et si le CSA semble ne pas avoir accompli toutes les diligences requises à ce titre, les accusations de complaisance formulées par les députés à l'encontre de ce dernier sont loin d'emporter la conviction. Plus sagement, la commission d'enquête pointe l'un des défauts du contrôle mené par le régulateur, qui se concentrerait davantage sur les aspects éditoriaux des dossiers que sur les aspects capitalistiques.

Il est également permis de penser que le CSA focalise son contrôle sur les groupes historiques au détriment des éditeurs indépendants. Cela serait d'ailleurs compréhensible : en considération de sa taille et de sa notoriété limitées, une chaîne comme Numéro 23 pouvait légitimement attendre du régulateur une patience plus grande, s'agissant de la mise en œuvre de ses engagements, que pour les éditeurs adossés aux grands groupes.

Quoiqu'il en soit, la sanction édictée *in fine* par le CSA à l'encontre de Numéro 23 ne manquait pas de sévérité. Malgré la fragilité juridique de cette décision, qui explique sa censure par le Conseil d'État, le choix du régulateur se comprend assez bien.

Il s'agissait en effet de condamner fermement les manœuvres spéculatives des porteurs de projet et peut-être également, de manière sous-jacente, de compenser la faiblesse des mesures prises jusque-là à l'encontre de la chaîne par le CSA, qui a pu ressentir une soudaine culpabilité. La décision qui est née de cette contradiction douloureuse met à jour le numéro d'équilibriste auquel doit se livrer le régulateur, un jour conciliant, le lendemain inflexible.

C'est d'ailleurs à cet égard que le rapport de la commission d'enquête révèle sa principale faiblesse : les députés y dénoncent à de multiples reprises l'indulgence du CSA à l'égard des opérateurs et l'invitent à plus de sévérité, voire d'intransigeance. Pourtant, en matière

audiovisuelle comme dans les autres secteurs, le régulateur n'est pas un censeur dont l'objectif serait d'imposer aux groupes privés des contraintes toujours plus fortes. Il doit au contraire être un interlocuteur, un aiguillon constructif, indiquant aux acteurs économiques la ligne à suivre dans la conduite de leurs projets.

En ce sens, la proximité qui s'établit entre régulateur et régulés ne peut guère être condamnée, si bien sûr elle ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures difficiles lorsque cela s'avère nécessaire. Bien que le rapport énonce à juste titre que le CSA n'est « *pas un organe hors sol, dans sa tour d'ivoire, mais un partenaire au sein d'un écosystème* », il demeure hélas attaché à une conception figée, manichéenne et antinomique de la régulation.

Un tel système serait dangereusement pénalisant pour les opérateurs audiovisuels, qui évoluent dans un secteur déjà particulièrement réglementé et dont la santé économique montre de sérieux signes d'épuisement. Espérons donc que le CSA ne cède pas aux remontrances de la commission d'enquête et qu'il continue à jouer le rôle, non pas d'antagoniste, mais de protagoniste de la vie audiovisuelle en France.

Benjamin de Dreuzy est avocat au sein du cabinet Briard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, où il exerce essentiellement son activité au sein du département droit public. Ses domaines d'intervention sont le droit administratif général, le droit de la fonction publique, la régulation du secteur audiovisuel et le contentieux devant le Cour européenne des droits de l'Homme.

Le Monde du Droit

Le Magazine des Professions Juridiques

La suspension du "décret Trump" ou la fonction présidentielle à l'épreuve de la Constitution

FLORIANE BEAUTHIER

24 FÉVRIER 2017



Dans tout État de droit, la norme fondamentale s'impose à tous les sujets, au premier rang desquels le chef de l'État, garant de la Constitution. La récente suspension par la justice américaine du décret sur l'immigration signé le 21 janvier 2017 par le président Donald Trump rappelle cette sujétion évidente mais nécessaire de la plus haute autorité de l'État à la règle de droit.

I. C'est parce que les gouvernants ont longtemps confondu pouvoir et droit que les gouvernés n'ont cessé de combattre pour le respect de leurs droits et contre l'arbitraire.

La lutte multiséculaire contre l'arbitraire royal a permis d'arracher au souverain la Magna Carta (1215), fondement de la légalité constitutionnelle dans les pays anglophones, puis l'Habeas Corpus (1679) et le *Bill of Rights* (1689).

Forts de ces conquêtes et imprégnés de la philosophie des Lumières, les « pères fondateurs » américains tout comme les rédacteurs de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ont érigé au rang suprême les principes d'une stricte séparation des pouvoirs ainsi que du respect du « *rule of law* », ou principe de légalité.

II. En France, tous les actes adoptés par le président de la République ne sont pas susceptibles d'être contrôlés par le juge. Les « *actes de gouvernement* » ne peuvent, par nature, lui être soumis, à savoir : les actes qui concourent à l'exercice de la fonction parlementaire (dissolution de l'Assemblée nationale) ou qui concernent les relations internationales de la France ; ceux qui touchent à des opérations ou faits de guerre (décision d'autoriser les avions militaires américains et britanniques accomplissant des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français) ; enfin, les actes « politiques » du président (nomination d'un membre du Conseil constitutionnel).

Cette catégorie d'actes échappant à la censure juridictionnelle reste limitée, et la plupart des décrets réglementaires et individuels signés par le chef de l'État sont susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'État.

Deux procédures peuvent par ailleurs conduire à en suspendre l'exécution dans de brefs délais. Le *référé suspension* peut être engagé lorsque l'urgence le justifie et qu'est présenté un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Plus rapide, le *référé liberté* permet de saisir le Conseil d'État en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale par la décision présidentielle ; le juge des référés doit alors se prononcer dans les 48 heures. C'est une procédure jumelle qui a été mise en œuvre aux États-Unis à l'encontre du décret sur l'immigration.

III. Ce décret censé éviter la venue de terroristes sur le sol américain interdit pendant 90 jours l'accès du territoire américain aux ressortissants de sept pays de population à majorité musulmane ; pendant 120 jours, l'accueil de tout réfugié aux États-Unis ; et sans limite de durée, l'accueil de tous les réfugiés syriens.

Les contre-pouvoirs américains – justice, médias, entreprises, société civile – se sont immédiatement mobilisés contre ce décret, jugé discriminatoire et attentatoire aux libertés de culte et d'aller et venir.

Des cours fédérales ont permis que des personnes détentrices de titres de séjour légaux, mais retenues dans des aéroports, puissent entrer aux États-Unis. Sur le fond, le juge James Robart a ensuite suspendu l'exécution du décret ; cette décision, rendue par un juge fédéral, s'étend *de jure* à l'ensemble du territoire américain.

En appel, le département de la Justice a soutenu que selon l'article 2 de la Constitution, le président avait toute autorité pour conduire les affaires étrangères et diriger la politique d'immigration ; qu'en vertu d'une loi de 1952, il était en droit de suspendre l'entrée d'une catégorie d'étrangers lorsqu'il estime que cette arrivée « *serait néfaste aux intérêts des États-Unis* » ; qu'enfin, la justice serait peu qualifiée pour décider en matière de sécurité nationale. Autrement dit, ce décret serait... un « *acte de gouvernement* » échappant au contrôle juridictionnel. Les juges de la cour de San Francisco ont écarté cette thèse à l'unanimité le 9 février 2017.

Ces décisions judiciaires ont été considérées à juste titre comme le triomphe de l'État de droit. Selon Bob Ferguson, attorney général de l'État de Washington, « *la Constitution a vaincu aujourd'hui. Personne n'est au-dessus de la loi, pas même le président* ».

La Cour suprême ne devrait pas être saisie du dossier ; admettant implicitement sa défaite, le gouvernement Trump prépare un nouveau projet de décret lequel, malgré quelques retouches formelles, n'en vise pas moins les mêmes pays. La vigilance demeure donc impérieuse pour la sauvegarde de l'héritage démocratique des États-Unis, mais aussi des droits fondamentaux des personnes désireuses de fouler le sol américain – terre d'immigration par excellence.

Floriane Beauthier, avocate au sein du cabinet Delaporte & Briard

Élection et pouvoir judiciaire

L'échauffement des esprits affaiblit le discernement et l'anathème suscite la confusion. Le trouble actuel du Peuple français exige un peu de paix, de silence et de recul ; il conduit aussi à dire quelques vérités essentielles en cette période où l'élection du Président de la République semble entrer en collision avec le fonctionnement de l'institution judiciaire. Ainsi que l'a très justement relevé voici quelques semaines le premier magistrat de notre pays, la Justice n'a besoin ni d'opprobre ni de soutien ou d'encouragements. La Justice est et doit demeurer un pouvoir, inaccessible, que nul ne peut atteindre. Depuis la fin du XVIII^e siècle, cette certitude constitue de part et d'autre de l'Atlantique l'un des piliers fondamentaux de l'équilibre démocratique. La France et les États-Unis ont toutefois suivi des chemins différents dans la déclinaison juridique de ce principe. Les Français hélas ne jouissent pas de la garantie constitutionnelle que proclame l'article III de la loi fondamentale de leurs cousins américains : « *Le pouvoir judiciaire des États-Unis, est dévolu à une Cour suprême et à telles cours inférieures dont le Congrès pourra de temps à autre ordonner l'institution* ». La Justice est un pouvoir en Amérique ; mais sur la terre de Montesquieu qui a pourtant conçu l'idée de la séparation des pouvoirs, elle n'est encore à ce jour, et selon le titre III de la Constitution de la V^e République, qu'une simple autorité, dont l'indépendance serait prétendument garantie par un autre pouvoir, exécutif celui-ci, le Président de la République. Cette formulation constitutionnelle est absurde et contraire au concept même de séparation. Imagine-t-on le Président des États-Unis d'Amérique « *garant* » de l'indépendance de la Cour suprême ? Cette seule idée ferait éclater de rire les membres de cette juridiction. L'approche française et la défiance traditionnelle vis-à-vis de la justice judiciaire peuvent certes s'expliquer par l'Histoire – Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements – mais la persistance de cette notion de simple « *autorité* » dans notre loi fondamentale n'est plus concevable aujourd'hui ; elle est source de désordre, de mises en cause inacceptables des juges ou du chef de l'État, de porosités malsaines, de malentendus et de conflits, dont l'esprit français se nourrit à l'envi. Alors le temps est venu de dire avec force que la Justice doit être désormais affranchie de tout lien, quel



François-Henri Briard

qu'il soit, qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, de la presse, des groupes de pression et des réseaux d'influence ; il est temps d'écrire dans la Constitution des Français que seule celle-ci, sommet de l'ordre juridique, garantit à la fois l'existence et l'indépendance de ce pouvoir qui lui préexiste, comme la Déclaration de 1789 garantit les droits naturels et les libertés qui la précèdent ; il est temps de promouvoir la Justice judiciaire et administrative au même niveau que celui des deux autres pouvoirs, législatif et exécutif. Plus l'esprit d'un peuple est mobile, plus les formes de ses institutions doivent être observées. Ne redoutons pas le gouvernement des juges dans une structure de pouvoirs forts et indépendants qui s'équilibrent mutuellement. Reconnaissons enfin que la Justice est un pouvoir à part entière, cessons de la remettre en cause, de la conspuer, de vouloir l'encadrer, la garantir ou la diriger. Alors de cette puissance et de cette indépendance qui doivent se manifester à tout instant, avant, pendant ou après une élection, naîtront le respect, l'équilibre et la sérénité, pour la poursuite du bonheur par une Nation qui le mérite...

*François-Henri Briard,
avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation,
président de l'Institut Vergennes
et membre de la Société historique
de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*

Compétition électorale et liberté éditoriale : le droit audiovisuel à la croisée des chemins

La campagne officielle pour l'élection du président de la République s'est ouverte le 10 avril dernier. Cette date a également marqué le début de l'obligation, à la charge des services de radio et de télévision, de garantir aux candidats déclarés un égal accès à l'antenne.

Il s'agit là d'un net renforcement des contraintes pesant sur les éditeurs audiovisuels en période électorale, contraintes révélatrices d'un régime juridique à la fois dense, soigneusement conçu et irréductiblement suspect. Ce dispositif est le fruit d'un mariage forcé entre deux impératifs contraires et pourtant fondamentaux au regard des enjeux du débat électoral.

I - À LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE

D'une part, le principe de pluralisme des courants de pensée et d'opinion exige de donner à chaque candidat à l'élection un accès à l'antenne dans une mesure suffisante pour assurer la défense de ses idées. Consacré de longue date par le Conseil constitutionnel en tant que fondement de la démocratie¹, ce principe implique notamment, en matière audiovisuelle, de garantir le respect des idées minoritaires dans la compétition électorale et de permettre l'irruption de projets nouveaux.

D'autre part, la libre communication a été reconnue par les sages de la rue Montpensier comme « *l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* »². Son volet audiovisuel, la liberté éditoriale, est protégé au même titre. Ainsi, en 2001, l'affaire Tibéri avait été l'occasion pour le Conseil d'État d'énoncer que le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) n'avait pas « *le pouvoir de se substituer aux services de communication audiovisuelle dans la définition et la mise en œuvre de leur politique éditoriale* »³.

Soumise à ces poussées contraires, la question de l'accès des personnalités politiques aux médias en période électorale a



« *Malgré son architecture ciselée, le régime applicable aux médias audiovisuels en période électorale produit des effets assez regrettables.* »

conduit le législateur⁴ et le régulateur⁵ à mettre en place un régime juridique nuancé, consistant en une montée en puissance des obligations imposées aux chaînes, par un agencement en trois temps.

Au cours de la première période précédant la campagne présidentielle officielle, c'est-à-dire du 1^{er} février 2017 à la publication de la liste des candidats, ceux-ci jouissent d'un accès équitable à l'antenne. Durant la seconde période, cette règle d'équité s'applique de manière renforcée, les intéressés bénéficiant d'un accès à l'antenne dans des conditions de programmation comparables. Enfin, durant la campagne officielle, ouverte le deuxième lundi précédant le premier tour, les éditeurs sont soumis à un strict principe d'égalité des temps de parole et d'antenne des candidats.

Le droit audiovisuel ménage ainsi, par un dispositif à triple détente, un équilibre assez subtil entre le principe de pluralisme et la liberté éditoriale. Cet arsenal pâtit néanmoins d'importants défauts qui posent la question de son opportunité.

II - ENTRE CARENCE ET EXCÈS

En premier lieu, s'agissant des périodes précédant la campagne officielle, ce régime revêt un caractère aléatoire, inhérent à la notion même d'équité. Ce principe charrie en effet le danger d'une justice arbitraire depuis l'Ancien Régime, qui a vu naître l'adage « *Dieu nous protège de l'équité des parlements* ». Si les temps de parole et d'antenne devant être attribués à chaque candidat sont certes déterminés au vu de critères définis par la loi, leur appréciation demeure assez subjective, ce qui est source de contestation, comme le montre la récente affaire Dupont-Aignan⁶.

En deuxième lieu, la mise en œuvre concrète de ce dispositif exige de la part des chaînes et du régulateur un décompte précis de l'ensemble des interventions des candidats, de leurs

1. CC, décision n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*.

2. CC, décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

3. CE, (ord. réf.), 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611, T. p. 1134.

4. Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel.

5. Délibération n° 2011-1 du CSA du 4 janvier 2011 relative au principe du pluralisme dans les services de radio et de télévision en période électorale ; recommandation n° 2016-7 du 7 septembre 2016 du CSA aux services de radio et de télévision en vue de l'élection du président de la République.

6. CE, (ord. réf.), 16 mars 2017, *Dupont-Aignan*, n° 408730.

soutiens et des séquences qui leur sont consacrées. Un tel travail se révèle en pratique lourd et surtout malaisé, en raison de modalités d'application parfois byzantines. À titre illustratif, ne doivent pas être prises en compte dans le temps d'antenne d'un candidat les séquences qui lui sont explicitement défavorables ni, si ce candidat est investi de fonctions publiques, ses interventions relevant uniquement de l'exercice de sa charge. Cette difficulté s'aggrave encore au cours de la seconde période, marquée par l'application du principe d'équité dans des conditions de programmation comparables. Cette exigence s'apprécie en distinguant les émissions d'information des autres programmes et selon des tranches horaires reflétant les mouvements quotidiens de l'audience. Un tel niveau de raffinement compromet la lisibilité de cet arsenal et paraît surdimensionné au regard de son utilité.

En troisième et dernier lieu, s'agissant de la campagne officielle, le principe d'égalité aboutit à une rigidité assez problématique, les chaînes étant contraintes de limiter l'exposition des candidats les plus importants pour ne pas désavantager ceux dont les interventions sont moins nombreuses. Il en résulte un traitement de la campagne électorale mécaniquement amoindri et surtout déconnecté des rapports de force politiques. Ce dispositif arithmétique, outre qu'il impose des sujétions particulièrement lourdes aux éditeurs, est donc pénalisant pour les électeurs.

Dès lors, malgré son architecture ciselée, le régime applicable aux médias audiovisuels en période électorale produit des effets assez regrettables. À cet égard, s'il existe chez la plupart de nos voisins européens des dispositions visant à garantir un accès équitable des candidats à l'antenne, aucun système ne se révèle aussi exigeant que celui adopté par la France. L'obligation de réaliser un décompte des temps de parole et d'antenne est rare : il n'y a guère qu'en Italie et au Portugal que les régulateurs effectuent un tel suivi, les autres régulateurs intervenant essentiellement sur la base de plaintes. En tout état de cause, l'équité demeurant en Europe le principe maître du pluralisme politique, la règle d'égalité des temps de parole constitue une exception française.

Les critiques adressées à l'encontre de cette règle à l'occasion des scrutins présidentiels de 2007 et de 2012 ont d'ailleurs conduit à un récent assouplissement du dispositif applicable. En effet, alors que la seconde période relevait initialement d'un régime mixte alliant équité et égalité, la loi organique du 25 avril 2016 l'a placée sous le seul principe d'équité dans des conditions de programmation comparables⁷. Le juge constitutionnel a considéré à cet égard que le législateur avait, à juste titre, favorisé « la clarté du débat électoral » et conféré aux éditeurs « une liberté accrue dans le traitement de l'information en période électorale »⁸. Le point d'équilibre entre pluralisme des courants d'expression et libre communication s'est donc légèrement déplacé en faveur de cette dernière, même si les difficultés précédemment évoquées sont loin d'être résolues.

III - SOUS L'ŒIL DU RÉGULATEUR

Les règles gouvernant l'accès à la tribune audiovisuelle en période électorale interrogent également l'office du régulateur, dont les moyens d'intervention ont pu paraître insuffisants. Conformément à la liberté éditoriale, le CSA n'a pas le pouvoir de contraindre les chaînes à modifier dans un sens donné le format ou le contenu d'un programme à venir. Ainsi, face à un éditeur réticent à respecter les principes d'équité ou d'égalité, l'autorité de régulation peut-elle uniquement prendre des mesures de sanction, une fois le manquement survenu. Il lui est donc difficile de prévenir une éventuelle violation des prescriptions en vigueur, quand bien même ses conséquences seraient irréparables pour un ou plusieurs candidats.

En 2014⁹, le Conseil d'État a libéré l'autorité de régulation de cette contradiction, en énonçant qu'elle devait veiller en temps utile au respect du principe d'équité et, lorsqu'il apparaît, au vu des déséquilibres déjà constatés et des projets annoncés, qu'une chaîne ne respectera pas ce principe au terme de la période à apprécier, demander à celle-ci d'adopter les mesures appropriées. De la sorte, si une sanction ne peut certes être infligée qu'après la violation du principe d'équité, en revanche les recommandations, mises en garde et mises en demeure y afférent peuvent-elles être adressées antérieurement. Le Conseil d'État s'est donc inscrit, de manière assez habile, dans le cadre défini par le droit commun¹⁰ pour accroître les pouvoirs préventifs du régulateur.

Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'ordonnance rendue dans l'affaire Dupont-Aignan passe sous silence plusieurs considérations qui auraient pu conduire à une solution plus protectrice de la liberté éditoriale. En particulier, le Conseil d'État n'y fait aucune mention du motif d'intérêt général précité tenant à la clarté du débat électoral. De même, l'absence de toute référence à la marge d'appréciation du CSA, prise en compte dans l'affaire Lepage de 2007¹¹, laisse penser que le juge entend assurer avec vigilance le respect effectif des principes applicables.

En définitive, il semble qu'en matière de droit audiovisuel électoral, les éditeurs seront assujettis à un contrôle de plus en plus ferme de la part du régulateur et du juge. Ce durcissement s'accompagne paradoxalement, sur le fond, d'un mouvement inverse d'assouplissement des règles de temps d'antenne et de parole. Cette double tendance est révélatrice des difficultés auxquelles sont confrontés régulateurs et régulés à l'occasion des compétitions électorales. Peut-être la campagne actuelle fournira-t-elle d'autres enseignements à cet égard. **B. D.**

10 avril 2017

7. Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle.

8. CC, décision n° 2016-729 DC, 21 avril 2016, *Loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle*.

9. CE, réf., 7 mai 2014, *Lepage*, n° 379104 ; confirmé par CE, réf., 16 mars 2017, *Dupont-Aignan*, n° 408730.

10. Article 42 et 48-1 de loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

11. CE, (ord. réf.), 19 février 2007, *Lepage*, n° 305137, T. p. 865.



La laïcité, une exception française en Europe ? La paille et la poutre

Société

zSlideshow

Le 11 mai 2017, par mondeedition



Par deux récents arrêts, les juges européens ont remis au goût du jour une séparation du public et du religieux que leurs homologues français apprécient paradoxalement avec davantage d'indulgence.

L'Europe remet la laïcité au centre du village

C'est au cœur même de l'Europe, en Belgique, que s'est nouée une querelle banale et néanmoins chargée de symbole.

Une réceptionniste avait fait savoir à son employeur qu'elle avait l'intention de porter le foulard islamique pendant ses heures de travail ; celui-ci lui a fini par la licencier, car le règlement intérieur de l'entreprise précisait que le port visible de signes religieux était contraire à la neutralité à laquelle s'astreignait l'entreprise dans ses contacts avec ses clients.

Une fois saisie, la Cour de justice de l'Union européenne a donné raison à l'employeur, jugeant à la fois que la l'interdiction du port de ces signes ne constituait pas une discrimination religieuse directe, mais aussi, qu'à supposer même que l'on puisse y voir une discrimination indirecte, alors cela pourrait être justifié par les impératifs de neutralité vis-à-vis des clients [1].

Elle rejoint en cela la Cour européenne des droits de l'homme qui a considéré, dans son arrêt *Osmanoğlu c. Suisse*[2] du début de l'année, qu'une école pouvait infliger des amendes à des parents musulmans refusant que leurs filles participent à des cours de natation mixtes, dans la mesure où l'intérêt des enfants à une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie primait sur le souhait des parents, même motivé par des aspirations religieuses.

PARTAGER

Twitter 0

Facebook 0

Google+ 0

LinkedIn 0

Email this article

Print this article

TAGS

CJUE, droit européen, entreprise, laïcité, religion

PRÉSENTATION

Le *Courrier du Parlement*, fondé en 1960 par Michel Baroin, est un magazine d'actualité politique destiné aux parlementaires, aux élus locaux et régionaux ainsi qu'aux principaux acteurs de la vie économique française.

SUIVEZ-NOUS SUR TWITTER

Tweets de @CDParlement

CourrierDuParlement @CDParlement
Elie WEISS, Avocat au Barreau de Paris, du cabinet @scp_BRIARD s'exprime sur la #Laïcité, exception française ?
lecourrierduparlement.fr/?p=5582



51 min

CourrierDuParlement @CDParlement
Les #femmes à l'honneur dans la #CollectionKoplowitz du musée @jacquemartandre #art #peinture #Paris #culutre

Intégrer

Voir sur Twitter

Ce faisant, les juges européens consacrent moins le principe de laïcité qu'ils ne sauvegardent l'égalité.

La laïcité constitue en effet un principe fondamentalement politique qui revient à se poser une question d'opportunité telle que « *Faut-il interdire les signes religieux à l'école ?* »

Tandis que l'égalité reste, quant à elle, un principe proprement juridique, le juge prenant d'abord acte de la volonté du politique, sans en discuter la pertinence ou le bien-fondé, pour, ensuite, examiner cette volonté politique au prisme du principe d'égalité qui exige de traiter de façon similaire des situations similaires sauf à ce qu'une différence de traitement soit justifiée par un motif d'intérêt général.

Aussi, le principe d'égalité revient-il à se demander « *Peut-on interdire les signes religieux à l'école sans pour autant traiter différemment une catégorie de personnes ?* »

La France, fille aînée de la laïcité ?

Si les juristes hexagonaux aiment à dire que le principe de laïcité est unique en son genre voire « *inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* », la réalité s'avère nettement plus nuancée.

Au contraire de la Cour de Luxembourg, la Cour de cassation a ainsi jugé en 2014 dans l'affaire de la crèche Baby-loup que le règlement intérieur d'une entreprise ne pouvait restreindre la liberté religieuse de ses salariés seulement s'il s'agissait d'une entreprise de conviction promouvant et défendant des convictions religieuses, politiques ou philosophiques – ce qui n'était pas le cas de la crèche – alors même que cette dernière objectait que la laïcité était une conviction à défendre en tant que telle.

Une telle position est par ailleurs en accord avec l'idée classique selon laquelle le principe de laïcité n'oblige que les pouvoirs publics – et eux seuls – et n'est guère applicable aux personnes privées qui bénéficient d'une entière liberté sous réserve de l'interdiction des discriminations.

S'agissant du financement des nouveaux lieux de culte et bien que la loi de 1905 interdise que l'État subventionne un culte, le juge français tolère que la collectivité les finance au moyen de garanties d'emprunt, de baux emphytéotiques pour un loyer modique[3] ou de location à prix symbolique[4].

Alors que les pouvoirs publics ont en charge, depuis 1905, l'entretien et la conservation de certaines églises, ils vont bien au-delà de leur mission originelle en octroyant des subventions pour l'achat d'un orgue, l'installation d'un ascenseur dans une église ou l'acquisition de l'équipement nécessaire à l'abattage rituel.

Faisant preuve d'indulgence -et d'une subtilité presque byzantine-, le Conseil D'État valide ces pratiques en se fondant sur l'intérêt local pour la ville ou la région en cause et le rayonnement culturel propagé[5].

C'est cette dichotomie entre culturel et cultuel qui fonde la décision de novembre 2016 sur les crèches de Noël ; la haute juridiction y juge qu'elles présentent une pluralité de significations aussi bien religieuses que profanes et invite à examiner si, au cas par cas et en fonction des circonstances locales, le caractère religieux l'emporte ou non.

Évidemment, de tels accommodements mesurés peuvent paraître justifiés par des considérations historiques ou pratiques tenant au faible nombre de mosquées ou à la désaffectation croissante des églises ; il n'en reste pas moins qu'un *aggiornamento* de l'ensemble des textes régissant la séparation entre la collectivité et la religion serait nécessaire, ne serait-ce que pour éviter aux juges français de savants exercices de contorsionnisme et pour garantir aux citoyens et aux cultes eux-mêmes un cadre plus clair.

Tribune par Elie WEISS, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet BRIARD, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

[1] CJUE, 14 mars 2017, C-157/15, *Achbita, Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions*.

[2] CEDH, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, 10 janvier 2017, n° 29086/12

[3] Article L1311-2 du code général des collectivités territoriales.

[4] Conseil d'Etat, 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053

[5] Conseil d'Etat Assemblée, 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et autres*

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Journal Spécial des Sociétés n°41 - Composition du gouvernement

Publié le 24/05/2017



ACTUALITES

« Aux âmes bien nées, la valeur n'attend point le nombre des années » : Pierre Corneille se serait sans doute réjoui de voir un homme aussi jeune, brillant, éduqué et fier d'être Français accéder à la magistrature suprême. Les membres de l'institution judiciaire et les professionnels du droit en particulier sont-ils fondés à partager la liesse et la fierté que suscite l'élection de notre nouveau président de la République ? Ils ont été si nombreux celles et ceux qui, attachés à un passé immobile et dépassé, ont lutté contre les réformes indispensables et inachevées rendues possibles par la loi du 6 août 2015 dite « loi Macron ». Certains ont fini par suivre le sens du vent ; d'autres résistent encore au progrès. Le président Emmanuel Macron a de grandes ambitions pour la France ; puisse-t-il nourrir de fortes aspirations pour la Justice. Dans ce domaine comme ailleurs, le travail est immense et requiert un souffle de jeunesse : accomplir l'indispensable réforme constitutionnelle qui permettra à la France de disposer d'un véritable pouvoir judiciaire, dont l'indépendance sera garantie par la loi fondamentale des Français et non plus par le chef de l'État, inscrire les droits de la défense dans la Constitution, simplifier la dualité juridictionnelle en préservant la spécificité de la juridiction administrative, transformer le Conseil constitutionnel en juridiction suprême de plein exercice, sans les anciens présidents et seul maître des affaires qu'il décide d'examiner, renforcer de façon très significative le budget de la Justice, protéger nos juges et le respect qui leur est dû, mettre en œuvre une politique pénale à la hauteur de la situation contemporaine, et assurer l'avenir des professionnels du droit. Sur ce dernier point, il est indispensable de poursuivre l'oeuvre entreprise dans le sens de la liberté et de l'unité : formation commune des magistrats et des avocats, liberté d'installation, décloisonnement des professions juridiques, rapprochement des acteurs économiques et judiciaires, modernisation de l'offre de services... La tâche est belle et passionnante. Bonne route, Monsieur le président de la République !

François-Henri Briard,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La réforme de la délivrance des titres d'occupation du domaine public

Marine Ancel élève-avocat et Élie Weiss avocat à la Cour, Cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation



DR

Par une ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques prise à la suite de la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016, le gouvernement a réformé le code général de la propriété des personnes publiques dans le souci d'assurer une plus grande transparence dans la gestion des biens publics. Cette réforme affecte, entre autres, la délivrance des titres permettant l'occupation privative du domaine public désormais assujettie à des obligations de mise en concurrence et de publicité.

Quels titres d'occupation concernés ?

L'obligation de mise en concurrence et de publicité s'étend aux autorisations unilatérales comme aux conventions tendant à permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine public. Encore faut-il toutefois que le titre porte exclusivement sur l'occupation domaniale et n'ait pas pour objet concomitant

de conclure un contrat tel qu'une délégation de service public, auquel cas prévaut la procédure de passation propre à ce contrat¹.

L'ordonnance prévoit en outre une série d'exceptions, définies de façon plus ou moins précises², dans lesquelles l'autorité peut délivrer un titre à l'amiable : en cas d'urgence ou d'impératifs liés à la sécurité publique, lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse, au regard des caractéristiques particulières du domaine ou s'agissant d'une simple prolongation d'une autorisation existante³. Cela pourrait ainsi être le cas d'une terrasse située sur la portion du trottoir adjacente à un restaurant, et ce, en raison des caractéristiques particulières de cette occupation.

¹ CE, 21 juin 2000, Sarl Plage « Chez Joseph », n° 212100, p. 282.

² Art. L. 2122-1-2 et 2122-1-3 du même code.

³ Bien que cette dernière exception soit étonnamment contraire à l'arrêt Promoimpresa de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 14 juillet 2016, ayant directement motivé cette réforme, qui sanctionne justement l'absence de procédure de sélection en cas de prorogation d'une concession domaniale.



“ L’ordonnance prévoit des exceptions dans lesquelles l’autorité peut délivrer un titre à l’amiable. ”

néanmoins assurer une publicité préalable de nature à permettre aux tiers de se manifester.

Quels critères prendre en compte ?

L’ordonnance étant muette à ce sujet, les nouvelles conditions de sélection des candidatures peuvent s’inspirer des règles en vigueur en matière de commande publique, à savoir « *les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats* »⁵.

Quant à la sélection des offres, le choix des critères retenus revêt toute son importance dès lors qu’il aboutira à sélectionner le meilleur candidat. À ce titre, le recours à une pluralité de

critères est recommandé, notamment afin de préserver l’égalité de traitement entre les candidats ; le critère de la valorisation du domaine public ne devra pas être le seul critère retenu.

Ainsi que le préconisait l’ancêtre de l’Autorité de la concurrence en 2004, « *la publicité préalable à l’autorisation domaniale pourrait donner lieu à la remise par les entreprises intéressées de propositions portant sur leurs engagements quant à l’utilisation du domaine et sur un montant de redevance d’occupation du domaine* »⁶.

Dès lors, il convient d’établir une variété de critères dans la sélection des offres afin d’aboutir à un compromis ménageant à la fois l’intérêt général, la valorisation économique du domaine public, le respect des règles en matière de concurrence et bien évidemment la liberté de choix de la collectivité publique.

Quelles sanctions en cas de non-respect des nouvelles formalités ?

L’autorité gestionnaire du domaine peut être sanctionnée en cas de manquement si la délivrance d’un titre d’occupation est légalement assujettie à ces obligations, aussi bien que si elle s’y est volontairement soumise.

D’une part, la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence entache la procédure d’un vice dirimant et peut ouvrir droit à indemnisation pour le candidat irrégulièrement évincé.

D’autre part, si les règles nouvellement instituées s’inspirent de celles établies en matière de marché public, leur méconnaissance pourrait alors conduire au prononcé de sanctions pénales.

Peuvent, à ce titre, être évoqués le délit de favoritisme prévu à l’article 432-14 du code pénal, le délit d’atteinte à la liberté d’accès et à l’égalité des candidats dans les marchés publics et enfin, l’article L. 313-6 du code des juridictions financières sanctionnant le fait de procurer un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature.

À supposer même que l’autorité gestionnaire ne soit pas soumise à ces obligations de publicité et de mise en concurrence, elle n’en est pas pour autant exemptée de veiller à la bonne utilisation de la ressource et des deniers publics. ~

En l’état des textes, l’occupation du domaine privé des personnes publiques est quant à elle tout bonnement exclue du champ d’application de cette réforme⁴.

Quelle procédure mettre en œuvre ?

Dès lors que l’occupation domaniale satisfait les critères précités, l’autorité gestionnaire est désormais tenue d’organiser une procédure de sélection préalable des candidats présentant toutes les garanties d’impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester.

Aussi dispose-t-elle d’une difficile liberté dans le choix de la procédure, à savoir, soit opter pour l’une des procédures de passation prévues pour les marchés publics, les délégations de service public ou autres, soit créer d’elle-même une procédure *ad hoc* éventuellement inspirée des procédures existantes présentant plus de souplesse et mieux adaptée à ses besoins.

Toutefois, une procédure simplifiée peut être mise en œuvre uniquement pour les occupations de courte durée ou lorsque le nombre d’autorisations disponibles n’est pas limité. Dispensée de l’obligation de sélectionner les candidats, l’autorité devra

⁵ Art. 37 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

⁶ Avis n° 04-A-19, 21 octobre 2004.

⁴ Art. L. 2122-1-1 du CG3P.

Fraude fiscale : la croisade vise les avocats

04 juillet 2017

« *Panama Papers* », « *Football Leaks* », « *LuxLeaks* », « *Malta Papers* » ! Pas un jour ne se passe sans que des fuites dans les médias dévoilent les montages fiscaux plus ou moins frauduleux mis en place par des « *intermédiaires* » pour aider leurs clients à éluder l'impôt. Pour lutter contre ces pratiques, l'Union européenne vient de proposer de nouvelles règles de transparence strictes pour ces « *intermédiaires* » fiscaux.

L'avocat aurait pu penser être épargné. N'est-il pas celui qui agit dans le respect de la loi et selon des règles déontologiques établies ? Ce temps semble révolu pour la Commission européenne : l'avocat est un « *promoteur* » ou un « *intermédiaire* » de montages fiscaux au même titre que les banquiers, les comptables ou les agents sportifs !

Concrètement, les « *intermédiaires* » seront tenus de déclarer à leur autorité fiscale tous les montages fiscaux qu'ils ont mis en place pour des sociétés et pour des particuliers. Il peut s'agir de l'utilisation des pertes pour réduire la charge fiscale, du recours à des régimes fiscaux spéciaux favorables, du passage par des pays ne répondant pas aux standards internationaux de bonne gouvernance, etc. Cette déclaration devra avoir lieu dans les cinq jours suivant la mise en place du montage. Si l'intermédiaire est tenu à une forme de secret professionnel, alors le client lui-même sera chargé de communiquer ces données aux autorités ! Une base de données centralisée permettra aux Etats d'échanger automatiquement les informations.

L'exécutif européen laisse le soin aux Etats de définir eux-mêmes les sanctions « *effectives, dissuasives et proportionnées* » qu'ils appliqueront en cas de dissimulation de ces mécanismes d'optimisation aux autorités fiscales.

La proposition de l'Union européenne devra prendre la forme d'une modification de la directive sur la coopération administrative. Elle sera soumise au Parlement européen pour consultation et au Conseil pour adoption.

Ces nouvelles obligations déclaratives, qui devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2019, vont sans doute permettre de lutter contre la fraude fiscale. C'est bien. Mais jusqu'où l'optimisation fiscale est-elle acceptable et à quel moment on tombe véritablement dans le registre de l'évasion fiscale ?

Pierre Masquart



L'État est-il responsable du départ de mineurs vers la Syrie ?

Elie Weiss | Avocat à la Cour, Cabinet Briard, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

« Et puis est retourné, plein d'usage et raison,
Vivre entre ses parents le reste de son âge. »

Joachim du Bellay, « Heureux qui, comme Ulysse », *Les Regrets*

La frontière dérive étymologiquement du « front », la technique militaire consistant à aligner des soldats en position de bataille faisant face à l'ennemi. La connotation martiale du terme a longtemps prévalu jusqu'à céder le pas, au XIX^e siècle, à une conception plus spirituelle et pacifique. Il n'était en effet plus question d'étendre les frontières mais de les dépasser, de s'en aller aux confins du monde civilisé pour se retrouver, se construire et revenir, parmi les siens, en homme accompli. Il s'agit évidemment du mythe du voyage initiatique pratiqué par les jeunes aristocrates anglais qui parcouraient avec émerveillement un monde barbare. C'est cette seconde conception de la frontière qui prédomine désormais dans nos sociétés que ce soit d'un point de vue philosophique, économique, littéraire et bien sûr juridique.

Le début de ce siècle et les dangers qu'il charrie, au premier rang desquels figure le djihadisme, remettent drastiquement en cause ce système de représentation et tendent progressivement à réinvestir l'État de sa mission de « faire front », de rétablir les limites afin de protéger les plus faibles, parfois contre eux-mêmes.

L'absence d'obligation générale d'exiger une autorisation de sortie du territoire pour les mineurs

Le Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative, a eu à connaître par deux fois, en décembre 2015 et en avril 2017, de recours de parents dont les enfants mineurs étaient partis en Syrie. Ces requêtes visaient, d'une part, à ce que l'abrogation en 2012 du dispositif d'autorisation de sortie du territoire soit jugée illégale et, d'autre part, à ce que l'État soit condamné pour avoir laissé partir leurs enfants sur des théâtres d'opérations militaires.



Depuis 1952, un mineur ne pouvait en effet quitter le territoire national en l'absence de ses parents sans être muni d'un passeport ou d'une carte d'identité et d'une autorisation de sortie du territoire. Après l'abrogation de cette autorisation en 2012, la seule détention d'une carte d'identité suffisait donc pour passer les frontières dès lors que le pays de destination n'exigeait pas de visa. Le caractère abrupt et pour le moins inconséquent de la suppression des autorisations de sortie du territoire au moment même où des jeunes gens ont commencé à partir vers la Syrie ne manque pas de surprendre.

Pour ne rien arranger, il convient de préciser que le passage au passeport biométrique en 2006 a entraîné la fin de la possibilité d'inscrire les enfants sur les passeports de leurs parents et donc la multiplication des passeports individuels de mineurs. Cependant aucune loi ni aucun règlement n'imposaient un tel encadrement de la liberté de circulation des mineurs, l'autorisation de sortie procédait en effet d'une simple circulaire du 25 août 1952 et a disparu de la même manière en 2012. Pas plus qu'un principe constitutionnel, européen ou international issu de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la convention de New York sur les droits de l'enfant n'exige l'institution d'une telle restriction.

Trouvaient dès lors à s'appliquer les articles du Code civil qui fondent l'autorité parentale et précisent que « *l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale* » ([Article 371-3 du Code civil](#)). De telles dispositions n'impliquent pas pour autant que l'État ait l'obligation de contrôler systématiquement le consentement des parents à ce que leur enfant quitte le territoire, et ce, pour deux raisons.

D'une part, parce que la possession d'un passeport, qui n'est délivré qu'en présence d'un titulaire de l'autorité parentale, indique l'accord du principe de celui-ci pour que le mineur passe les frontières, d'autre part, car le contrôle exercé par la police des frontières est proportionnel à l'âge du mineur et à la dangerosité de sa destination.

S'il n'existe donc pas d'obligation *générale* de mettre en place un système d'autorisation de sortie du territoire, subsiste en revanche, à la charge de l'administration, le devoir de surveiller *individuellement* les mineurs quittant le territoire.

Dans l'affaire jugée en 2015 par le Conseil d'État, une jeune fille de 17 ans récemment convertie à l'islam était brusquement partie en Turquie munie d'un passeport et d'un billet d'avion à son nom. Après avoir relevé ces deux éléments, la haute juridiction a constaté que les fonctionnaires en charge du contrôle avaient bien vérifié le fichier national des personnes recherchées sur lequel elle ne figurait pas encore. Le Conseil d'État a par conséquent jugé que l'administration n'avait pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité et que les parents ne pouvaient donc voir indemniser leur préjudice.

La restriction récente de la liberté de circulation du mineur

Abrogée en 2012, l'autorisation de sortie du territoire est de nouveau obligatoire depuis janvier 2017, pour tous les mineurs souhaitant se rendre à l'étranger sans une personne détentrice de l'autorité parentale. Cette volte-face législative s'inscrit dans un mouvement général de restriction de la liberté d'aller et venir des mineurs.

D'une part, **l'interdiction de sortie du territoire** avait été initialement conçue pour prévenir les risques d'enlèvement d'enfant en cas de litige et de séparation de parents de nationalités différentes ; c'est pourquoi elle n'était prononcée que par le juge des enfants ou le juge aux affaires familiales. Toutefois, et pour les raisons déjà évoquées, la **loi du 3 juin 2016** (sur le terrorisme et le crime organisé) a habilité le procureur de la République à prononcer de telles mesures non seulement pour des raisons de conflits familiaux mais dès lors que la sortie du territoire pourrait exposer le mineur à un danger quelconque, en ce évidemment compris, le risque qu'il rejoigne une zone de conflits.

Concernant indifféremment les mineurs et les majeurs, le ministre de l'Intérieur lui-même peut prononcer une interdiction de sortie du territoire pour ce même motif de prévention de déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes (**Article L. 224-1 du code de la Sécurité intérieure**). Cette dernière mesure est indubitablement plus attentatoire aux libertés dans la mesure où elle est prononcée par une autorité administrative et non par un juge ainsi qu'en raison de sa durée de 6 mois renouvelables qui excède de beaucoup l'interdiction de 2 mois maximum que peut prendre le procureur de la République en attente de la décision du juge des enfants.

D'autre part, **l'opposition à la sortie du territoire** constituait à l'origine une mesure provisoire et de courte durée destinée à attendre une décision judiciaire d'interdiction de sortie. À l'instar de cette dernière, elle vise désormais davantage les mineurs radicalisés que les risques d'enlèvement et sa durée est passée de 15 jours non renouvelables à 6 mois.

Le contrôle des mineurs en voie de radicalisation, charge grandissante pour l'État

Comme le veut un cliché popularisé par les *comics* américains, un grand pouvoir implique de grandes responsabilités. Ainsi, un tel renforcement de l'arsenal législatif et réglementaire tendant à un encadrement nettement plus strict des franchissements de frontières par les mineurs octroie certes des pouvoirs exorbitants à l'administration mais aussi le devoir de les utiliser à bon escient, sans quoi sa responsabilité peut être recherchée.



En matière de responsabilité de l'État, on distingue classiquement la faute simple de la faute lourde. Alors que les activités de service public présentant peu de difficultés peuvent conduire à ce que l'État dédommage l'administré lésé pour la commission d'une faute simple, les activités de service public plus délicates ne peuvent donner lieu à l'indemnisation qu'en cas de faute lourde.

Alors que l'ensemble des branches du droit de la responsabilité administrative converge vers un abandon de l'exigence d'une faute lourde, par exemple en matière d'activités de secours incendie (CE, 29 avril 1998, commune de Hannapes, n° 164012) ou de sauvetage en mer (CE, Sect., 13 mars 1998, Améon, n° 89370), les services de lutte contre le terrorisme n'ont pas connu une telle évolution.

C'est à l'occasion de l'attentat ayant coûté la vie à l'ambassadeur de Turquie sur le pont Bir-Hakeim à Paris que le Conseil d'État a précisé que la responsabilité des services de police pour carence dans la protection contre l'acte de terrorisme nécessitait de prouver l'existence d'une faute lourde de ces services (CE, 29 avril 1987, consorts Yener, n° 46313). Cette exigence a récemment été maintenue par la cour administrative d'appel de Marseille alors que la responsabilité de l'État était engagée pour les attentats de Toulouse perpétrés par Mohammed Merah. Le rapporteur public de la cour administrative de Marseille, magistrat extérieur à la formation de jugement chargé de donner un avis sur l'affaire, a considéré que le maintien de l'exigence d'une faute lourde était souhaitable en raison, d'abord, de l'éclatement de la menace et de sa matérialisation qui contribuent à la difficulté de la tâche incombant aux services et, ensuite, de l'existence d'un fonds d'indemnisation des victimes de terrorisme, lesquelles n'ont donc pas à attaquer l'État pour être indemnisées. De sorte que la faute lourde découlerait ici d'une déduction en cascades, à savoir non seulement que les services aient eu la connaissance préalable d'un risque d'attentat mais aussi la connaissance de l'intensité de ce risque (CAA Marseille, 4 avril 2017, Chennouf, n° 16MA03663).

Si la mission consistant à prévenir le départ de mineurs vers la Syrie n'est pas *stricto sensu* assimilable à la prévention d'activités terroristes, elle n'en est pas moins parente et s'est donc inévitablement posée la question de l'exigence d'une faute simple ou d'une faute lourde. Comme précédemment esquissé, l'obligation de rapporter une faute simple facilite grandement l'indemnisation de la personne ayant subi un dommage et sanctionne plus aisément les dysfonctionnements du service. Dès 2015, le Conseil d'État avait fixé le cadre applicable en optant pour la faute simple et, pour le cas particulier qui lui était soumis, n'avait pas retenu celle-ci au regard des éléments précédemment exposés. L'affaire jugée en 2017 présente des atours bien différents. La jeune fille avait déjà fugué à plusieurs reprises en compagnie d'un jeune homme recherché par la brigade antiterroriste, elle avait fait l'objet d'une audition par un magistrat avant d'être remise à ses parents, non sans avoir été inscrite sur le fichier des personnes recherchées.



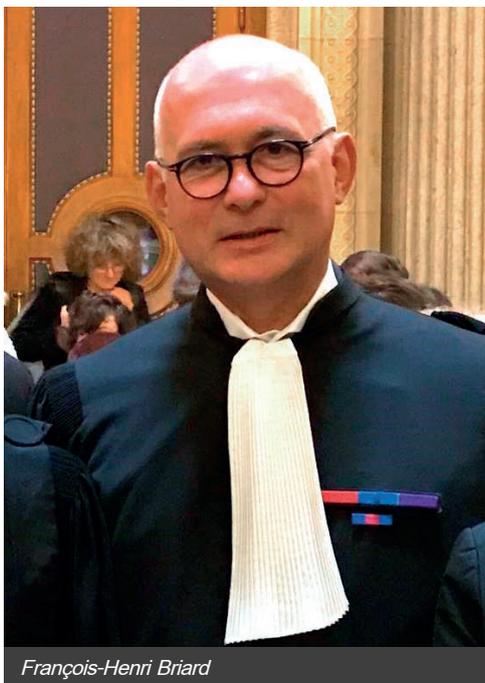
Lors de sa nouvelle fuite la conduisant à prendre un vol à destination de la Turquie, ses parents avaient bien signalé sa disparition et vérifié que leur fille se trouvait bien sur ce fichier. Or, les services chargés du contrôle des frontières ne se sont pas opposés à son embarquement faute d'avoir consulté ledit fichier alors même qu'il s'agissait d'une mineure voyageant seule.

C'est cette carence que sanctionne le Conseil d'État et l'indemnité de 15 000 euros octroyée aux parents n'est aucunement la marque d'une déresponsabilisation des individus au profit du collectif. Elle signifie au contraire que pèse, dans un premier temps, sur les détenteurs de l'autorité parentale la lourde charge de veiller aux risques de radicalisation de leurs enfants ainsi que de la signaler aux autorités compétentes afin que, dans un second temps, l'État et ses services, parfaitement informés des risques, assument cette charge.

Le Conseil d'État, l'État de droit et le contentieux fiscal

L'interview de l'avocat Nicolas Duboille au journal Gestion de fortune, consacrée à l'État de droit en matière fiscale prêterait à sourire si elle ne contenait pas, au-delà des rodomontades et des fariboles qu'elle exprime, une grave mise en cause du Conseil d'État statuant au contentieux, sinon de véritables injures qui ne peuvent demeurer sans réponse. C'est un avocat, qui est depuis 30 ans la voix de la défense indépendante et libre, qui tient à formuler à cet égard quelques mises au point indispensables.

Le Conseil d'État et plus largement la juridiction administrative seraient composés de membres incompétents qui statuent en opportunité, ne connaissant pas grand-chose à la fiscalité : juridiction suprême de l'ordre administratif français, héritier d'une histoire illustre et artisan bi-séculaire d'une jurisprudence exceptionnellement riche, qui est à la fois protectrice des libertés fondamentales et attentive à l'intérêt général, le Conseil d'État statuant au contentieux est une juridiction indépendante et impartiale ; il est le sommet de l'ordre de la juridiction administrative, dont la place a été consacrée par le Conseil constitutionnel au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. C'est à lui, et à lui seul, que les Français doivent la soumission de la puissance publique au principe de légalité et la protection de la séparation des pouvoirs s'agissant du contrôle de l'action publique. C'est bien mal connaître les membres du Conseil d'État que de prétendre qu'ils seraient des énarques peu soucieux de la garantie des droits, des règles essentielles du procès et des situations individuelles. Tout avocat pratiquant sa profession devant la juridiction du Palais Royal sait au contraire qu'y règnent un sens du débat et une indépendance d'esprit peu communs, ainsi qu'une attention particulière portée au justiciable. Dans le cadre de la procédure contradictoire, une large place est faite aux droits de la défense, et l'oralité des débats s'est considérablement accrue ces dernières années. Aucun avocat ne s'est jamais vu refuser de plaider, les conseils des parties peuvent prendre la parole après le rapporteur public (et ils le font fréquemment) et les procédures de référé ont consacré la pratique d'audiences où le débat oral peut durer plusieurs heures, sans parler des enquêtes à la barre qui permettent aussi un échange approfondi avec les parties. Quant à la matière fiscale, la formation intellectuelle des membres du Conseil d'État – issus de l'ENA, école d'une qualité unique du service de la nation, mais aussi d'HEC, ou du monde de l'entreprise grâce au tour extérieur – ainsi que la continuité des compétences internes de la juridiction suprême, les préparent mieux que quiconque à traiter



François-Henri Briard

avec compétence des questions fiscales, qui sont aux confins du droit, de la comptabilité et de l'économie. Soutenir à cet égard que le Conseil d'État traiterai mieux les grandes entreprises que les « petits » contribuables est une insulte faite au soin que la juridiction porte au traitement équitable et impartial de tous les dossiers, quelle que soit la situation de fortune du contribuable ou sa place dans l'économie.

Les membres du Conseil d'État seraient des bureaucrates non spécialistes de la fiscalité : l'accusation est indigne. Autant dire que la Cour de cassation ne connaît rien au droit civil ou la Cour européenne des droits de l'homme aux libertés individuelles. Quelle est la juridiction qui depuis plus d'un siècle illumine par sa jurisprudence d'une densité remarquable la matière fiscale ? Qui sont ces juristes exceptionnels, quels sont ces noms illustres dont le droit fiscal français s'honore, Marie-Aimée Latournerie, Olivier Fouquet, Jérôme Turot, Philippe Martin et tant d'autres qui mériteraient d'être cités ? Qui sont... ces commissaires du gouvernement et ces rapporteurs publics qui ont contribué pendant des décennies à forger le droit fiscal ? Vers quels juges se tournent les contribuables pour voir sanctionner la violation de leurs droits ?

Quelle juridiction suprême possède un centre de documentation fiscale, pas moins de quatre chambres spécialisées en matière fiscale, une formation de plénière fiscale et rend 1 500 arrêts par an en matière fiscale ?

Quelle juridiction suprême n'hésite pas à ébranler des piliers du droit fiscal interne s'ils ne sont pas compatibles avec le droit de l'Union ou le droit conventionnel ? À toutes ces questions une seule réponse : le Conseil d'État et ses membres. Il faut méconnaître gravement le contentieux fiscal pour affirmer péremptoirement le contraire.

La sélection drastique des pourvois en cassation par le Conseil d'État (70 % de non-admissions selon l'auteur) serait au service de l'arbitraire et de l'inégalité des armes, à la différence des pays anglo-saxons : là encore, cette affirmation est fautive et tendancieuse. Comme toutes les juridictions suprêmes du monde, le Conseil d'État juge de cassation en matière fiscale sélectionne les pourvois. Il s'agit là d'une procédure indispensable au bon fonctionnement de la juridiction et à la lisibilité de la jurisprudence. Contrairement à ce qui est affirmé, la procédure d'admission est entourée de garanties particulièrement fortes : le contribuable est représenté par un avocat, au moins trois membres de la chambre instruisent le dossier, rapporteur, réviseur et rapporteur public, l'affaire est examinée en séance publique au cours de laquelle l'avocat peut plaider, dans des conditions qui emportent parfois l'admission, et cette même admission ne repose que sur un seul critère : le caractère sérieux du ou des moyens de cassation invoqués. À la différence de nombreuses Cours suprêmes et notamment de la Cour suprême fédérale américaine qui n'admet que moins de 1 % des requêtes de façon totalement discrétionnaire, le Conseil d'État ne pratique absolument pas la sélection en opportunité ; son analyse n'est que juridique et elle est pour chaque dossier toujours approfondie. C'est ainsi qu'en 2017, tous contentieux confondus, et malgré une forte augmentation des pourvois en cassation, plus d'un pourvoi sur deux a été admis par le Conseil d'État juge de cassation (56 % au 31 août 2017, hors désistements, non-lieu et irrecevabilités).

La sélection des pourvois serait assurée par de jeunes stagiaires irresponsables et sans expérience : cette assertion est outrageante et évidemment inexacte. Comme toutes les juridictions, le Conseil d'État accueille généreusement des stagiaires, dans l'intérêt de ces derniers et par souci d'ouverture à la communauté universitaire. Une soixantaine de stagiaires sont actuellement en fonction. Formés par le Conseil d'État, ils sont tous affectés à des tâches simples d'aide à la décision : recherches, rédaction des visas, mises en forme, etc... Ils ne sont bien

évidemment en aucune façon intégrés au processus juridictionnel, qui relève de la seule responsabilité des membres du Conseil d'État appelés à instruire les pourvois.

Les délais de jugements seraient excessifs : là encore, l'affirmation est fautive. La durée moyenne des instances devant les tribunaux administratifs est d'un an et devant les cours administratives d'appel, cette durée est inférieure à une année. Quant aux pourvois en cassation, la procédure d'admission prend rarement plus de six mois, et le

règlement des affaires intervient dans un délai moyen de neuf mois.

Ce ne sont pas les pratiques du Conseil d'État qui « dégradent les libertés » (conclusion de l'article susvisé), mais bien les attaques mensongères contre cette juridiction suprême dont la France peut être fière qui en déconsidèrent les auteurs.

*François-Henri Briard,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
2017-3292*

Interview |||||

Entretien avec Gérard Sentis

Directeur de l'École nationale des greffes



Gérard Sentis a été nommé par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, en date du 4 mai 2016, directeur de l'École nationale des greffes (ENG) de Dijon. Il succède ainsi à Monsieur Michaël Janas appelé à exercer au tribunal de grande instance de Grasse. En cette période de rentrée, il revient pour le Journal Spécial des Sociétés sur sa carrière, ses missions et ses objectifs pour l'École.

Pouvez-vous revenir sur votre parcours ?

Après quatre années d'activité dans le secteur privé (milieu bancaire), j'ai intégré en 1984 la fonction publique au ministère du Travail et de la Formation professionnelle au sein de la direction régionale du travail et de l'emploi de l'Île de France où j'étais plus particulièrement chargé de la formation professionnelle des demandeurs d'emplois.

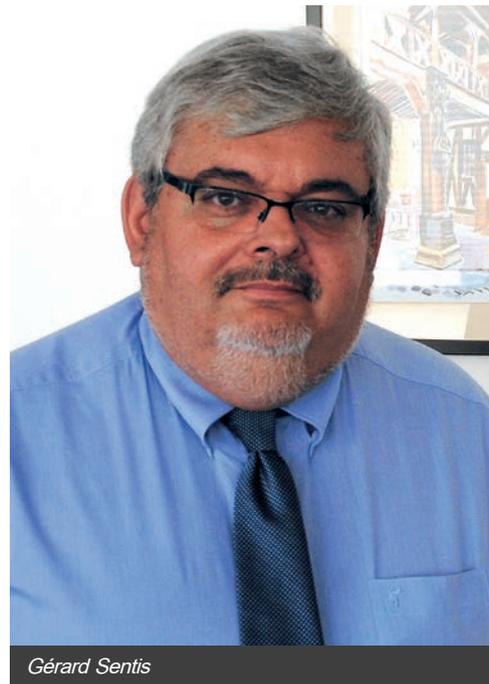
En 1988, j'ai été admis au concours de greffier en chef des conseils de prud'hommes (CPH), ce qui m'a permis d'avoir un premier contact avec l'École nationale des greffes dans le cadre de ma formation initiale.

J'ai exercé ensuite différentes fonctions au sein des greffes : directeur de greffe (CPH), chef de service (tribunal de grande instance et CPH), responsable service informatique et formation (cour d'appel), directeur délégué à l'administration régionale judiciaire (DDARJ) dans des ressorts de différentes cours d'appel (Rouen, Pau, Grenoble).

En 2009 j'ai pu intégrer le corps de la magistrature au sein duquel j'ai été affecté dans les fonctions de vice-procureur, vice-procureur placé et secrétaire général de parquet général. Depuis mai 2016 j'occupe les fonctions de directeur de l'École nationale des greffes.

Quelles sont vos principales missions en tant que directeur de l'ENG ?

Mes principales missions consistent à mettre en œuvre la formation initiale des directeurs des services de greffe et des greffiers des services



Gérard Sentis

judiciaires ainsi que la formation continue au bénéfice de l'ensemble des agents des greffes des services judiciaires.

Le rôle de directeur est également d'assurer une bonne gestion et organisation de l'ensemble des services de l'École en collaboration avec la directrice adjointe chargée des activités pédagogiques et la secrétaire générale.

Pour information, l'École occupe aujourd'hui une surface de 25 000 m², compte 375 places d'hébergement et 42 salles de cours, avec un effectif théorique de 140 permanents.

L'École a aussi une dimension internationale et collabore actuellement avec 13 pays différents dans de nombreux programmes dont certains financés par l'Union européenne.

Quels atouts vous apparaissent nécessaires pour occuper cette fonction ?

Les fonctions de directeur de l'ENG nécessitent une bonne connaissance du fonctionnement et de l'organisation des greffes et des juridictions en général.

Le sens de l'écoute et du dialogue est nécessaire dans une structure de cette taille.

L'ouverture de l'École vers l'extérieur comprend des partenariats divers et variés (relations entre Écoles : École nationale de la magistrature (ENM), École nationale d'administration pénitentiaire (ENAP), École nationale de protection judiciaire de la jeunesse (ENPJJ), Réseau des écoles de service public (RESP...) et avec d'autres structures (Universités...) et nécessite un sens de la communication certain.

Quelles actions souhaitez-vous mettre en place dans les prochaines années pour l'École ?

De nombreuses actions sont déjà en cours et doivent être consolidées dans les prochaines années. Cela correspond à quatre axes principaux :

- adapter en permanence le contour de la formation initiale des directeurs des services de greffe et des greffiers des services judiciaires en lien avec les réformes en cours ;

Obstination déraisonnable : le juge est-il un médecin imaginaire ?

Réflexions d'avocats sur les contentieux liés à l'arrêt des traitements médicaux

Stéphane BONICHOT

Avocat à la Cour¹
Cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Elie WEISS

Avocat à la Cour¹
Cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La juridictionnalisation
de la fin de vie

Résumé

L'analyse des récentes décisions de justice portant sur l'opportunité d'arrêter ou de ne pas entreprendre de soins curatifs, qui apparaissent, au regard des chances limitées de guérison, comme une obstination déraisonnable, permet de constater l'implication croissante des familles de patients incapables de s'exprimer. Il n'en résulte pas moins une prépondérance de l'avis médical au détriment tant de la volonté de l'entourage que du pouvoir d'appréciation du juge lui-même.

Mots-clés

Fin de vie – Obstination déraisonnable – Consentement – Expertise médicale – Rôle du juge – Droit à la vie

Abstract

The article addresses the judge's role and method when deciding whether or not curative treatments can be qualified as unreasonable medical obstinacy, particularly in the case of patients unable to express themselves. French case law illustrates that medical opinion has considerable impact on judges' decisions, compared to the will of patients' families.

Keywords

End of life – Unreasonable obstinacy – Consent – Medical expertise – Judge's role – Right to life

1. Les auteurs ont plaidé, avec maître Fabiani, devant le Conseil d'État dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance de référé *Marchetti c. CHU de Montpellier*, 26 juillet 2017, n° 412618.

Sommaire

- I. L'OFFICE DU JUGE CONFRONTÉ AUX REVENDICATIONS CROISSANTES DE L'ENTOURAGE DU PATIENT HORS D'ÉTAT D'EXPRIMER SON CONSENTEMENT
 - A. Le périmètre extensible des personnes incapables d'exprimer leur consentement
 - B. Les pouvoirs du juge chargé de déterminer le caractère déraisonnable d'un traitement
- II. L'AVIS MÉDICAL COMME PALLIATIF AU DÉFAUT DE CONSENTEMENT
 - A. L'importance de l'appréciation du médecin
 - B. Le recours à une expertise médicale supplémentaire

La loi du 2 février 2016 a renforcé les droits des malades et des personnes en fin de vie, marquant ainsi une nouvelle étape de l'évolution législative propre au traitement des personnes dont l'état présente des chances de guérison quasi inexistantes. Dans ce dispositif, le consentement du malade tient une place déterminante. Des difficultés apparaissent cependant lorsque celui-ci n'est plus en mesure de communiquer. Confronté aux revendications croissantes de l'entourage des patients hors d'état d'exprimer leur volonté, le juge est alors conduit à contrôler la stratégie thérapeutique décidée par les médecins (I). Toutefois il ressort des dernières décisions prises en la matière que l'appréciation médicale, *in fine*, prépondérante (II).

I. L'OFFICE DU JUGE CONFRONTÉ AUX REVENDICATIONS CROISSANTES DE L'ENTOURAGE DU PATIENT HORS D'ÉTAT D'EXPRIMER SON CONSENTEMENT

Les exigences accrues de l'entourage du patient hors d'état d'exprimer son consentement, en particulier du mineur, (A) obligent le juge à opérer un contrôle sur la qualification par le médecin de l'obstination déraisonnable (B).

A. Le périmètre extensible des personnes incapables d'exprimer leur consentement

Si le Code de la santé publique prévoit, en son article L. 1111-4 alinéa 1^{er}, que « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé », ce même article distingue selon que la personne est, ou non, en état d'exprimer sa volonté.

Lorsque celle-ci peut s'exprimer, le médecin a l'obligation de la respecter après avoir informé la personne des conséquences de ses choix et de leur gravité, tandis que la limitation ou l'arrêt de traitement, susceptible d'entraîner le décès de la personne hors

d'état d'exprimer sa volonté, ne peut être réalisé sans avoir respecté une procédure collégiale et les directives anticipées du patient ou, à défaut, sans que la personne de confiance, la famille ou les proches aient été consultés².

La situation est plus complexe lorsque la personne inconsciente n'a pas donné de directives anticipées ou quand il s'agit d'un mineur.

À l'occasion de deux affaires récemment soumises au juge des référés du Conseil d'État, *Bouchenafa* et *Marchetti*, datant respectivement de mars et juillet 2017, portant sur les traitements curatifs administrés à une très jeune fille âgée de 10 mois et à un enfant de 11 ans, la question s'est ainsi posée de savoir si un mineur devait être assimilé à un majeur incapable de s'exprimer³.

Alors que les centres hospitaliers soutenaient, dans les deux cas, que ces patients étaient assimilables à des majeurs hors d'état d'exprimer une volonté et que les médecins devaient, en conséquence, mettre en œuvre la procédure collégiale prévue par le Code de la santé publique, se bornant à consulter pour avis les membres de la famille du patient, ces derniers avançaient une tout autre thèse. Ils considéraient que seuls les titulaires de l'autorité parentale étaient habilités à prendre les décisions médicales lourdes pour un mineur et qu'à supposer même que leur enfant se soit trouvé assez âgé ou en assez bonne santé pour exprimer leur volonté au sujet du traitement envisagé, seuls les parents étaient en mesure de prendre une telle décision.

Une telle position n'était pas dénuée de fondement juridique⁴. Il résulte en effet, tant du Code civil que du Code de la santé publique, que l'autorité parentale vise à protéger, entre autres, la santé de l'enfant⁵. Aussi appartient-il, en principe, aux personnes qui sont titulaires de l'autorité parentale de choisir un traitement, de demander l'admission de l'enfant à l'hôpital⁶ ou de consentir à une opération⁷.

Cette autorité parentale a été, du reste, confirmée s'agissant de domaines plus particuliers où le législateur est récemment intervenu, tels que le prélèvement d'organes⁸, la protection des personnes se prêtant à des recherches impliquant la personne humaine⁹ et la conservation des gamètes¹⁰.

2. Art. L. 1111-11 CSP et art. L. 1111-6 CSP.

3. CE, 8 mars 2017, *Assistance publique-hôpitaux de Marseille c. Bouchenafa*, n° 408146, à publier au recueil Lebon, *AJDA* 2017. 497 ; *AJ fam.* 2017. 218, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2017. 698, note D. THOUVENIN ; *JCP G* 2017, 382, F. VIALLA ; *Dr. famille* 2017, comm. 114, A. MIRKOVIC ; CE, 26 juillet 2017, *Marchetti c. CHU de Montpellier*, n° 412618, *AJDA* 2017. 1591 ; *AJ fam.* 2017. 435.

4. V. au soutien de cette thèse GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (G.), *Répertoire Dalloz de droit civil*, « Autorité parentale », avril 2017, n° 68 et s.

5. Art. 371-1 Code civil.

6. Art. R. 1112-34 CSP.

7. Art. R. 1112-35 CSP.

8. Art. L. 1241-3 CSP.

9. Art. L. 1122-2 CSP.

10. Art. L. 2141-11 CSP.

Certaines dispositions législatives prévoient, certes, que le médecin peut s'abstenir de rechercher le consentement des titulaires de l'autorité parentale, notamment dans le cas où une action de prévention, de dépistage, de diagnostic, de traitement ou d'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure¹¹ ou s'agissant des contraceptifs¹². Mais une telle dérogation au principe de l'autorité parentale est alors expressément inscrite dans ces articles.

Le corpus de règles propre à la procédure de la loi Claeys-Leonetti¹³ ne comporte que peu de normes régissant spécifiquement le cas des mineurs.

Seul l'alinéa 7 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, dispose depuis 2002, que « le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision », ajoutant que « dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».

Faisait aussi obstacle à la thèse selon laquelle seuls les parents étaient à même de décider d'un traitement médical lourd, l'article R. 4127-37-2 du même code, qui dispose: « Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation. » (III, al. 2).

Un tel argument réservant aux titulaires de l'autorité parentale la faculté de prendre les décisions médicales lourdes pour le mineur dont ils ont la charge, au-delà de son intérêt doctrinal certain, emportait, selon nous, avocats dans l'affaire *Marchetti*, une conséquence considérable: dès lors que les titulaires de l'autorité parentale sont seuls admis à prendre les décisions médicales lourdes pour leur enfant, alors le médecin se trouve en présence d'une personne en état d'exprimer clairement sa volonté et aurait dû, en vertu de l'économie de l'article L. 1111-4, procéder au traitement sollicité nonobstant sa propre appréciation divergente.

11. Art. L. 1111-5 CSP.

12. Art. L. 5134-1 CSP.

13. Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JO 3 février 2016, texte n° 1.

Toutefois, le juge a écarté la possibilité que l'autorité parentale s'impose au médecin.

Dans les deux affaires précitées, *Bouchenafa* et *Marchetti*, le Conseil d'État a en effet évité de répondre de front à la question de l'autorité parentale et a précisé que si l'avis des parents revêtait une importance particulière, le praticien demeurait libre, cependant, de prendre une décision contraire.

Une telle position n'est pas surprenante. Il convient, à ce titre, de rappeler que le juge administratif est non seulement juge de la régularité des actes de l'administration mais également garant de la bonne gestion de cette administration et par conséquent du service public hospitalier ainsi que du contentieux y afférent.

De telle sorte qu'une décision conférant aux seuls titulaires de l'autorité parentale le pouvoir de choisir ce type de traitement, et ce, sans être contredits par un médecin, aurait, sans nul doute, déclenché une vague de recours contentieux et de conflits intra-familiaux sur la décision à prendre.

B. Les pouvoirs du juge chargé de déterminer le caractère déraisonnable d'un traitement

Dès la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite « loi Leonetti », a été esquissée la notion d'« obstination déraisonnable » justifiant de suspendre ou de ne pas entreprendre certains traitements.

Cette qualification figurait déjà, en 1995, dans l'article 37 du Code de déontologie médicale, recodifié depuis dans le Code de la santé publique à l'article R. 4127-37 et consacré au soulagement des souffrances ainsi qu'à la limitation ou à l'arrêt des traitements. La nouvelle mouture, modifiée, à la marge, par le décret n° 2016-1066 du 3 août 2016¹⁴, énonce que le médecin « doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable » (l'ancienne version ajoutait ensuite « dans les investigations ou la thérapeutique ») et « peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le maintien artificiel de la vie ».

Ces trois critères de l'inutilité, de la disproportion ou du seul maintien artificiel de la vie ont ainsi été intégrés en 2005 dans le Code de la santé publique et notamment en son article L. 1110-5 qui a précisé que les actes médicaux ne devaient pas être poursuivis par une obstination déraisonnable et que, s'ils « apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire »¹⁵.

14. Modifiant le Code de déontologie médicale et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès prévus par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : *JO*, 5 août 2016, texte n° 40.

15. Art. L. 1110-5 CSP devenu art. L. 1110-5-1 suite à la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 précitée.

Ces dispositions ont été examinées par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par l'Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés et renvoyée par le Conseil d'État¹⁶.

Selon l'association requérante, les articles L. 1110-5-1, L. 1110-5-2¹⁷ et L. 1111-4 du Code de la santé publique ne garantissent pas le respect de la volonté du patient, lorsque ce dernier est hors d'état de l'exprimer, dans la mesure où, à l'issue d'une procédure collégiale dont la définition est renvoyée au pouvoir réglementaire, le médecin décide seul de l'arrêt des traitements sans être lié par le sens des avis recueillis. De telle sorte que ce processus violerait le droit à la vie, la liberté personnelle et l'obligation pour le législateur d'épuiser sa compétence.

Si la décision n° 2017-632 QPC en date du 2 juin 2017 conclut à une conformité sous réserve des dispositions légales contestées, ses motifs sont à bien des égards décevants et on en viendrait même à reprocher au Conseil constitutionnel de ne pas avoir été au bout de son office.

Le Conseil constitutionnel a en effet écarté les griefs opposés au quadruple motif que le médecin peut recueillir l'avis du patient, que l'absence de directive anticipée n'emporte aucune présomption dans un sens ou un autre, que la décision du médecin n'est prise qu'à l'issue d'une procédure collégiale destinée à l'éclairer et enfin que la décision du médecin peut être soumise au contrôle du juge.

Il est ajouté, à titre de réserve d'interprétation, qu'un tel recours doit par ailleurs pouvoir être examiné dans les meilleurs délais par la juridiction compétente aux fins d'obtenir la suspension éventuelle de la décision contestée¹⁸.

Ce faisant, le juge de la loi n'a pas répondu à la question pourtant fondamentale qui lui était posée. Il s'est contenté, d'une part, d'énumérer les étapes du processus de décision sans expliquer en quoi un tel processus empêchait de porter atteinte au droit à la vie et, d'autre part, de formuler une réserve d'interprétation qui n'ajoute rien au droit positif, le juge administratif s'appliquant déjà à statuer dans un délai très réduit en matière de référé-liberté¹⁹.

16. Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*.

17. « [...] Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie. La sédation profonde et continue associée à une analgésie prévue au présent article est mise en œuvre selon la procédure collégiale définie par voie réglementaire qui permet à l'équipe soignante de vérifier préalablement que les conditions d'application prévues aux alinéas précédents sont remplies [...] ».

18. Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*, n° 17.

19. TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 11 mai 2013, *Rachel Lambert*, D. 2013. Actu. 1216, obs. A. MIRKOVIC; JCP 2013. 614, note F. VIALLA; CE, 24 juin 2014, *Mme Rachel Lambert et autres*, préc.

Ainsi, comme l'a noté une partie de la doctrine spécialisée, le Conseil constitutionnel est demeuré « silencieux sur la compatibilité avec les droits constitutionnels fondamentaux de la personne du principe même issu de loi contestée qui permet de fonder sur une décision humaine, de surcroît médicale et réfléchie, la mort d'une personne incapable de s'exprimer et dont la volonté passée demeure inconnue ou incertaine »²⁰.

La décision n° 2017-632 QPC laisse donc le juge administratif face à la délicate mission de contrôler la qualification d'obstination déraisonnable telle qu'opérée par le médecin et de vérifier que la stratégie thérapeutique suivie ne présente pas les caractères d'inutilité, de disproportion ou qu'elle ne constitue pas un maintien artificiel de la vie.

Si l'affaire *Lambert*, abondamment commentée²¹, a permis d'établir que la décision prise par un médecin d'interrompre les soins donnés à un patient, ne devait être regardée comme étant d'une nature strictement médicale, qui la ferait, comme telle échapper au contrôle du juge, la décision *Bouchenafa* précitée, datant de mars 2017, a encore parfaitement illustré cette situation.

Comme déjà évoqué, le Conseil d'État avait été saisi du cas d'une très jeune enfant admise au centre hospitalo-universitaire Lenal à Nice, en septembre 2016, en raison d'une forte fièvre, puis admise en réanimation pédiatrique en raison d'un choc cardiogénique. Elle avait bénéficié d'une assistance circulatoire, avait été placée en coma artificiel et avait été transférée dans le service de réanimation pédiatrique de l'hôpital de La Timone à Marseille.

Suivant sa réanimation et plusieurs examens réalisés notamment à l'aide de scanner et d'IRM, il a été établi, au cours du mois d'octobre 2016, que l'enfant avait été victime d'une rhombencéphalomyélite à entérovirus ayant entraîné des lésions neurologiques définitives au niveau de la protubérance, du bulbe et de la moelle cervicale haute, entraînant un polyhandicap majeur, avec paralysie motrice des membres, de la face et sa dépendance à une ventilation mécanique et une alimentation par voie entérale.

Dans ces circonstances, le médecin en charge au sein du service d'anesthésie-réanimation pédiatrique de l'hôpital de La Timone avait engagé la procédure collégiale prévue. L'arrêt de la poursuite des thérapeutiques actives avait été décidé à l'unanimité, en raison du caractère irréversible des lésions neurologiques constatées et d'un état de conscience difficile à évaluer mais probablement fortement altéré.

20. « Euthanasie, soins et traitements de fin de vie », *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Éditions Législative, 2017.

21. CE, ass., 24 juin 2014, *Mme Rachel Lambert et autres*, n° 375081, *AJDA* 2014. 1484, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *Ibid.* 1669, note D. TRUCHET ; *D.* 2014. 1856, note D. VIGNEAU ; *Ibid.* 2021, obs. A. LAUDE ; *Ibid.* 2015. 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJfam.* 2014. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2014. 657, concl. R. KELLER ; *Ibid.* 702, note P. DELVOLVÉ ; *RDSS* 2014. 1101, note D. THOUVENIN.

Saisi par les parents, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a suspendu à titre conservatoire l'exécution de la décision tendant à mettre un terme aux thérapeutiques actives, a enjoint à l'équipe médicale de reprendre les soins appropriés et a ordonné une expertise médicale aux fins de se prononcer sur l'état actuel de l'enfant et de donner au juge des référés toutes les indications utiles en l'état de la science sur ses perspectives d'évolution.

Après la réalisation de cette expertise le 23 décembre 2016, par une seconde ordonnance du 8 février 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a suspendu la décision du 4 novembre 2016 tendant à mettre un terme aux thérapeutiques actives et a enjoint à l'équipe médicale de reprendre les traitements.

Sur l'appel du centre hospitalier, le Conseil d'État a retenu que les circonstances de l'affaire, malgré le pronostic extrêmement péjoratif établi par les experts médicaux, et compte tenu des éléments d'amélioration constatés de l'état de conscience de l'enfant et de l'incertitude à la date de l'ordonnance sur l'évolution future de cet état, l'arrêt des traitements ne pouvait être regardé comme pris au terme d'un délai suffisamment long pour évaluer de manière certaine les conséquences de ses lésions neurologiques. L'on observera, en effet, que la décision issue de la procédure collégiale était intervenue moins d'un mois après le diagnostic.

Le Conseil d'État a pris soin de signaler, au passage, que « la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode de suppléance des fonctions vitales ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable »²².

En suspendant la décision du praticien, le juge administratif de l'urgence a donc pleinement exercé les pouvoirs mis à sa disposition et a concrètement fait échec à la décision du corps médical.

Cette situation demeure toutefois exceptionnelle, la notion d'obstination déraisonnable conduisant généralement le juge à faire prévaloir les conclusions des médecins.

22. CE, 8 mars 2017, *Assistance publique-hôpitaux de Marseille c. Bouchenafa*, n° 408146, considérant n° 13.

II. L'AVIS MÉDICAL COMME PALLIATIF AU DÉFAUT DE CONSENTEMENT

À l'analyse, en effet, il apparaît que le juge se détermine *in concreto*, en fonction principalement de l'appréciation du médecin (A) et en se réservant la possibilité de solliciter, à titre complémentaire, une expertise médicale (B), plaçant ainsi le consentement du patient ou de sa famille au second plan.

A. L'importance de l'appréciation du médecin

Les éléments précédemment mentionnés pourraient laisser penser que l'avis médical n'est pas systématiquement prépondérant.

Pourtant, si le juge est poussé par les proches du patient à remettre en cause l'appréciation des médecins et qu'il détient le pouvoir d'annuler les décisions prises, les données médicales et l'avis du médecin restent décisifs pour caractériser l'obstination déraisonnable.

Dans l'affaire *Marchetti* précitée, un jeune garçon se trouvait atteint d'une forme grave de leucémie. Au vu de l'état de l'enfant, l'équipe médicale avait décidé d'assurer une prise en charge palliative et de ne pas réaliser une chimiothérapie à visée curative. Sollicité pour avis par le père de l'enfant, le service d'hématologie pédiatrique de l'assistance publique des hôpitaux de Marseille a confirmé le choix du traitement effectué par l'hôpital de Montpellier. Ultérieurement, la situation du jeune patient a été évoquée lors d'une réunion de concertation pluridisciplinaire interrégionale, à laquelle ont participé les équipes de différents CHU. Cette réunion a conduit à valider la stratégie thérapeutique retenue par ce dernier. Le père de l'enfant a néanmoins demandé à l'hôpital de Montpellier la mise en place en urgence d'un traitement de chimiothérapie à visée curative. Face au refus du centre hospitalier, il a saisi le juge administratif en référé.

Le Conseil d'État a rappelé que le choix du traitement administré au jeune garçon résultait de l'appréciation comparée, par les médecins du CHU de Montpellier, des bénéfices escomptés des deux stratégies thérapeutiques en débat (curatives et palliatives) ainsi que des risques qui y sont attachés.

Dans ces conditions, et dès lors qu'une prise en charge thérapeutique était assurée par l'hôpital, il a considéré qu'il n'appartenait pas au juge des référés, saisi d'une demande tendant à ce que soit ordonnée une mesure de protection du droit au respect de la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de prescrire à l'équipe médicale que soit administré un autre traitement que celui qu'elle avait choisi de pratiquer²³.

Or, précisément, le centre hospitalier avait décidé d'interrompre les traitements curatifs pour se concentrer sur des soins palliatifs jusqu'à la mort inévitable de l'enfant au regard de la gravité de sa maladie.

23. CE, 26 juillet 2017, *Marchetti c. CHU de Montpellier*, n° 412618, considérant n° 5.

Confronté à une telle situation et à une issue fatale inéluctable, le juge administratif a opéré un contrôle restreint, se fondant dans les pas des médecins pour rappeler que, selon eux, « une chimiothérapie curative ne constituait pas le traitement le plus approprié, compte tenu de la très forte probabilité de son inutilité, d'une part, et des grandes souffrances ainsi que des risques élevés qu'il entraînerait, d'autre part »²⁴.

Il est intéressant d'observer, dans cette affaire, que le juge s'est également appuyé sur l'état physique dégradé du jeune patient pour alimenter sa démonstration, en ajoutant que « les conditions requises pour la réussite d'une greffe ne sont pas remplies en l'absence de coopération envisageable avec le patient et eu égard aux risques graves qu'elle ferait courir à celui-ci ».

La Cour européenne des droits de l'Homme a validé cette méthodologie pragmatique, en écartant un recours formé sur le fondement du droit à la vie dans une affaire où les juridictions anglaises avaient validé la décision d'un hôpital tendant à interrompre la mise sous respiration artificielle d'un enfant atteint d'une maladie génétique rare et mortelle ainsi que de le dispenser des soins palliatifs. La Cour de Strasbourg a retenu que les parents avaient pu solliciter un médecin-expert de leur choix, dont les conclusions avaient été minutieusement examinées par les juridictions internes. Elle a ajouté que tous les avis des membres du personnel soignant concernés avaient fait l'objet d'un examen approfondi et que les juridictions internes avaient aussi consulté une équipe de spécialistes continentaux. Enfin, elle a relevé que les juges internes avaient entendu un médecin américain qui s'était déclaré disposé à administrer des soins à l'enfant, et qu'ils l'avaient invité à débattre de ses recommandations professionnelles avec les médecins britanniques de l'enfant²⁵.

Une importance décisive est ainsi réservée à l'avis du médecin, le juge administratif se limitant à valider les démarches médicales entreprises lorsqu'il s'estime suffisamment renseigné. Si tel n'est pas le cas, il sollicite des informations complémentaires, qui émaneront, elles aussi, de médecins, sans plus tenir compte du consentement du patient ou de sa famille.

24. *Ibid.*

25. CEDH, 27 juin 2017, *Gard et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 39793/17, pt. n° 85 à 98.

B. Le recours à une expertise médicale supplémentaire

L'on sait que, lors des premières décisions relatives à l'affaire *Lambert*²⁶, le Conseil d'État avait prescrit l'accomplissement d'un bilan neurologique complet avant de se prononcer sur l'arrêt des traitements.

Il avait ainsi indiqué qu'en « l'état de l'instruction, nécessaire, avant que le Conseil d'État ne statue sur les appels dont il est saisi, que soit ordonnée une expertise médicale, confiée à des praticiens disposant de compétences reconnues en neurosciences, aux fins de se prononcer, de façon indépendante et collégiale, après avoir examiné le patient, rencontré l'équipe médicale et le personnel soignant en charge de ce dernier et pris connaissance de l'ensemble de son dossier médical, sur l'état actuel de M. Lambert et de donner au Conseil d'État toutes indications utiles, en l'état de la science, sur les perspectives d'évolution qu'il pourrait connaître »²⁷.

Le Conseil d'État avait précisé, à cette occasion, que le juge, saisi d'un référé liberté, devait exercer ses pouvoirs « de manière particulière » dès lors qu'il se trouvait confronté à une décision prise par un médecin et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie²⁸.

Dans cette hypothèse, le juge des référés ou la formation collégiale à laquelle il a renvoyé l'affaire peut, après avoir suspendu à titre conservatoire l'exécution de la mesure et avant de statuer sur la requête dont il est saisi, prescrire une expertise médicale et solliciter, en application de l'article R. 625-3 du Code de justice administrative, l'avis de toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à éclairer utilement la juridiction.

Dans l'affaire *Lambert*, le Conseil d'État s'est déterminé à la lumière de l'expertise qu'il avait ordonnée puisqu'il a statué qu'au vu de « l'ensemble des circonstances de l'affaire et de l'ensemble des éléments versés dans le cadre de l'instruction contradictoire menée devant lui, en particulier du rapport de l'expertise médicale »²⁹.

26. À la suite de l'engagement de la procédure collégiale prévue par le II de l'article R. 4127-37 du Code de la santé publique, il a été question, devant le juge administratif, de déterminer si la poursuite de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de M. Vincent Lambert était constitutive d'une obstination déraisonnable au sens de l'article L. 1110-5 du même code. Le Conseil d'État, après avoir notamment ordonné avant-dire-droit une expertise médicale, a jugé que la décision médicale d'interruption de l'alimentation et de l'hydratation artificielles n'était pas illégale, analyse corroborée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a jugé qu'il n'y avait pas de violation de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

27. CE, 14 février 2014, *Mme Rachel Lambert et autres*, n° 375081, considérant n° 20, *AJ fam.* 2014. 145, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

28. CE, 24 juin 2014, *Mme Rachel Lambert et autres*, n° 375081, considérant n° 5.

29. CE, 24 juin 2014, *Mme Rachel Lambert et autres*, n° 375081, considérant n° 23.

La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 n'a pas modifié cette méthode utilisée en pratique, comme en témoigne une décision du tribunal administratif de Nancy.

Confrontés à la demande d'arrêter les appareils respiratoires soutenant leur fille âgée de 14 ans, des parents ont saisi le juge administratif d'un référé liberté. Ce dernier a considéré, qu'en l'état de l'instruction, il apparaissait nécessaire d'ordonner une expertise médicale, « confiée à trois praticiens dont un médecin-réanimateur et deux neuro-pédiatres, aux fins de se prononcer, de façon indépendante et collégiale, après avoir, en présence de ses parents, examiné la patiente, rencontré l'équipe médicale et le personnel soignant en charge de cette dernière et pris connaissance de l'ensemble de son dossier médical et de donner au juge des référés toutes indications utiles, en l'état de la science, sur les perspectives d'évolution selon les thérapeutiques actives mises ou à mettre en œuvre qu'ils pourraient connaître »³⁰.

Dans une autre affaire³¹, un homme majeur avait été admis au centre hospitalier universitaire de Saint-Étienne afin de subir, le lendemain, une intervention chirurgicale au cours de laquelle il a présenté un arrêt cardio-respiratoire. Celle-ci a entraîné une anoxie cérébrale d'une dizaine de minutes, à l'origine de troubles neurologiques très importants. Une évaluation clinique et neuro-physiologique de l'état de ce malade a été effectuée dans le service de rééducation post-réanimation de l'hôpital Pierre Wertheimer de Lyon. Au vu des conclusions de cette évaluation, selon laquelle « la probabilité d'une évolution péjorative vers un état végétatif permanent est quasi certaine », le médecin responsable du service de réanimation-soins continus du centre hospitalier de Roanne a informé la famille du patient de la décision, prise à l'issue d'une procédure collégiale, d'interrompre les traitements, c'est-à-dire la nutrition et l'hydratation artificielles.

Cette décision collégiale a été contestée par la famille devant le juge administratif, qui a saisi cette occasion pour préciser l'étendue de son contrôle. Selon le Conseil d'État, l'appréciation sur le point de savoir « si la poursuite des traitements traduit une obstination déraisonnable doit se fonder sur un ensemble d'éléments, médicaux et non médicaux, qui doivent couvrir une période suffisamment longue, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, dont la situation doit être appréhendée dans sa singularité. Une importance toute particulière doit être donnée, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et que celle-ci demeure inconnue faute de directives anticipées ou d'indications données de son vivant, aux avis émis par la famille qui doit alors être placée en situation de comprendre, au regard de ses propres perceptions et interprétations à cet égard, dans quel état se trouve réellement le patient et quelles sont les perspectives d'évolution de cet état »³².

30. TA de Nancy, 14 septembre 2017, n° 1702368.

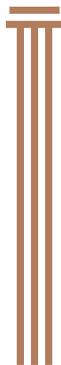
31. CE, 13 juillet 2017, *M. Garcia et autres*, n° 412267, considérant n° 14 et 15.

32. CE, 13 juillet 2017, *M. Garcia et autres*, n° 412267, considérant n° 14.

Il en a conclu qu'en l'état des données médicales à sa disposition, il importait d'ordonner une mesure d'instruction consistant « en une nouvelle évaluation clinique et électro-physiologique de la conscience [...], à l'effet non seulement de confirmer ou infirmer à l'issue de la nouvelle période de temps écoulée les résultats de celle-ci, et d'affiner si possible le pronostic d'évolution de l'état du patient, mais aussi d'entendre la famille à l'issue des examens et de répondre à ces interrogations sur l'interprétation que l'on peut donner, au vu des résultats de l'évaluation, des réactions du patient à des stimuli qu'elle a constatées ».

L'on voit ici encore l'importance primordiale des données médicales, le juge administratif n'hésitant pas à ordonner une mesure d'instruction pour identifier une situation d'obstination déraisonnable.

Sans dogmatisme mais avec pragmatisme, le juge administratif cherche à évaluer l'état de conscience du patient et les chances de succès des traitements au regard de la souffrance qu'ils engendrent. La caractérisation de l'obstination déraisonnable apparaît alors comme le produit d'une analyse médicale renforcée, à laquelle le juge administratif refuse de se substituer. L'obstination déraisonnable fait ainsi l'objet d'une appréciation « *in concreto* », dont les contours varient selon la qualité des informations médicales transmises au juge.



AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION



**Le cabinet Briard est titulaire d'un office d'avocat
au Conseil d'État et à la Cour de cassation.**

Il est composé d'un associé et de plusieurs équipes
d'avocats spécialisés dans différentes disciplines,
toutes ordonnées à l'exercice du contrôle de cassation
en matière civile, pénale et administrative.



**9-11 avenue Franklin Roosevelt,
75008 Paris**

Tél : 01 44 09 04 58

www.cabinet-briard.com

