



### Au sommaire du numéro II

**Page 1** *L'Edito !*

**Page 2** *Qui fait la Loi ?*

**Page 3** - Une revalorisation  
parlementaire par la biais  
du Traité de Lisbonne?

Par M. GELBLAT

**Page 11** - *Témoignage :*

l'activité d'un parlementaire

Par Mme KARAMANLI

**Page 17** *Tous fichés ?*

**Page 18** - Pourquoi fiché ?

Par Mme GOURCUFF

**Page 24** - L'utilisation et la pratique du  
fichage par l'employeur

Par M. REYNAUD

**Page 31** *Doctrine*

**Page 32** *Stocker, vous avez dit  
stocker ?*

Par Mme ROCHE

**Page 47** *Les Echos du CLUD*

### *L'Edito !*

Le Collectif l'unité du droit est heureux de vous présenter ses deuxièmes Cahiers. Ce deuxième *opus* recueille principalement les articles tirés d'interventions réalisées dans le cadre des **Conférences LEVASSEUR**, qui se tiennent en un rythme soutenu à l'Université du Maine. Ces conférences-débats sont organisées en collaboration avec les étudiants de Master II & de doctorat de l'UFR Droit et avec le soutien du laboratoire de recherches THEMIS-UM (EA 4333) ainsi que de l'École Doctorale Pierre COUV RAT (ED 88). Initiées par Juliette GATE & le pr. Mathieu TOUZEIL-DIVINA, elles visent à renouer le dialogue entre l'Université et la société civile, à ouvrir la Faculté et sa recherche sur le monde et la cité qui l'entourent. En ce sens, sont retenues des thématiques d'actualité(s) développées et traitées non seulement par des universitaires mais aussi par des acteurs (juristes ou politiques notamment) de la vie civile. Il nous semble en effet important et opportun d'ouvrir la Faculté sur le monde et de ne pas cantonner la recherche et sa diffusion aux seuls spécialistes académiques.

En choisissant des thématiques portant sur les libertés publiques (thème de la 2<sup>nde</sup> conférence ici reproduite) ou de la Loi en général, elles intéresseront le plus grand nombre et auront vocation à transcender la distinction des droits public / privé ; national & international : autrement dit, à interroger la génétique des normes et la confrontation des systèmes juridiques ce qui est l'un des fers de lance du Collectif. Afin de personnaliser celles-ci c'est le patronyme d'un célèbre manceau qui a été choisi à travers **René LEVASSEUR** (1747-1834), député de la Convention nationale et promoteur de la lutte contre l'esclavage.

*Pour le Collectif, MS & MTD*

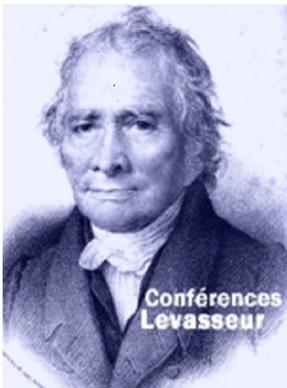
### *Comité de rédaction des CLUD*

Les cahiers de l'unité du droit sont élaborés sous la direction du bureau de l'association *COLLECTIF L'UNITE DU DROIT*. Les opinions exprimées n'y engagent que leurs auteurs. Le responsable légal de la rédaction est M. le professeur Mathieu TOUZEIL-DIVINA, Président du Collectif l'Unité du Droit. Pour ce numéro, a spécialement été mis en place un comité de lecture. Nous tenons en conséquence à remercier ses membres : Juliette GATE & Messieurs Morgan SWEENEY & Mathieu TOUZEIL-DIVINA.

## 1<sup>ère</sup> Conférence LEVASSEUR (18 mars 2011)

### Qui fait la loi ?

Sous un titre en forme d'interrogation, voire de provocation, s'est tenue la première conférence LEVASSEUR à l'initiative de l'Université du Maine et du Collectif l'Unité du Droit. Celle-ci s'est déroulée le 18 mars 2011 à l'Université du Maine (pour une présentation : [www.unitedudroit.org](http://www.unitedudroit.org)). Cette conférence a rassemblé quatre intervenants dont deux interventions sont ici publiées.



Le premier article, de Monsieur GELBLAT, doctorant à l'Université Paris Ouest, conclut qu'une valorisation du Parlement via l'Union européenne était envisageable. Sur le fond, le parlement, selon lui, resterait le principal défenseur de la souveraineté nationale aux yeux de l'Union européenne. Mais sur la forme, la mise en œuvre du Traité à travers les règlements des assemblées aboutirait à certaines difficultés : une rationalisation à l'extrême du temps mis à disposition des parlementaires pour exercer leurs droits.

Le second article est un témoignage de Mme KARAMANLI, députée de la Sarthe, qui nous apporte un éclairage précieux sur les pratiques parlementaires.

# *Une revalorisation parlementaire par la biais du Traité de Lisbonne?*

## *Les articles 88-6 et 88-7 de la Constitution*

*par Antonin GELBLAT, Doctorant à l'Université Paris Ouest Nanterre, Membre associé Themis-Um*

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 (et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009), confère aux Parlements nationaux de nouveaux droits visant à protéger les prérogatives nationales face aux possibles empiètements des institutions européennes. Ceux-ci avaient déjà été prévus par le Traité Établissant une Constitution pour l'Europe et pris en compte par le constituant<sup>1</sup> mais son rejet et remplacement par le Traité de Lisbonne a nécessité une nouvelle révision de la constitution en vertu d'une décision du Conseil constitutionnel en date du 20 décembre 2007<sup>2</sup>. La loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 a donc introduit les articles 88-6 et 88-7 au sein de la Constitution. L'article 88-6 ayant été révisé depuis par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Cette prise en compte du Traité de Lisbonne<sup>3</sup> est donc venue renforcer la constitutionnalisation du droit parlementaire français. Mais cette dernière semblait cette fois aller de pair avec une véritable revalorisation du Parlement, ce qui ne semble pas toujours, voir même rarement, être le

cas. En effet, lors de l'élaboration de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République, l'objectif premier était de mettre fin à la souveraineté parlementaire. Cet objectif s'est concrétisé par l'inscription au sein de la Constitution de nombreux articles, fort détaillés, intéressant le droit parlementaire et par l'instauration du Conseil constitutionnel, à l'origine (et peut-être toujours), « *canon braqué contre le Parlement* », selon la formule du professeur Eisenmann. Le Conseil constitutionnel a lui-même renforcé cette constitutionnalisation du droit parlementaire autant qu'il a réduit la marge d'autonomie des chambres. Or, l'objectif a sans doute été plus que rempli et le constituant contemporain a tenté d'inverser la tendance et de revaloriser le Parlement... mais en recourant au même outil : la constitutionnalisation du droit parlementaire. Aussi est-il peu probable que la révision constitutionnelle de 2008 puisse produire l'effet attendu mais elle risque au contraire de rationaliser le Parlement encore un peu plus<sup>4</sup>. Qu'en est-il alors de la constitutionnalisation du droit parlementaire occasionné par le Traité de Lisbonne ? Permet-elle, contrairement à l'usage

<sup>1</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 (JO du 2 mars 2005).

<sup>2</sup> Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, considérants 28 à 32.

<sup>3</sup> BELIGH Nabli ; DUBOUT Edouard ; « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne » ; *RFDA* 2010 p. 1021 et svt.

<sup>4</sup> Pour une étude complète des effets de la constitutionnalisation du droit parlementaire par la révision du 23 juillet 2008 voir : TOUZEIL-DIVINA Mathieu ; « Une dévalorisation parlementaire continue » in *Politéia* ; n° 18 (février 2012) ; p. 65 et s.

qui en a été fait jusqu'ici de véritablement revalorisé le Parlement ?

Pour répondre à cette question, il convient d'envisager la manière dont les parlementaires pourront concrètement faire usage des droits qui leur sont conférés par le Traité de Lisbonne. Il est donc nécessaire d'étudier les dispositions constitutionnelles en tant que telles mais aussi les règlements de chacune des chambres qui détaillent les procédures de mises en œuvre de ces droits et qui ont donc été récemment révisés à cette fin. L'Assemblée nationale a introduit ses nouvelles procédures à l'occasion de la révision d'ensemble de son règlement<sup>1</sup> (qui visait à prendre en compte la révision constitutionnelle de juillet 2008). Quant au Sénat, peut-être moins pressé de se saisir de ses nouveaux droits, il a préféré, selon les mots du rapporteur, « *privilégier une procédure par étape, guidée par la recherche du plus large consensus* »<sup>2</sup> et n'a donc modifié son règlement qu'à la veille de la trêve hivernale<sup>3</sup>. Le Sénat a en effet adopté le 20 décembre 2010, une résolution visant à « adapter le chapitre XI bis du Règlement du Sénat aux stipulations du traité de Lisbonne concernant les parlements nationaux » conformément à l'article 34-1 de la Constitution<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Article 138 de la résolution du 27 mai 2009.

<sup>2</sup> GELARD Patrice, Rapport du Sénat n°175 du 15 décembre 2010 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de résolution de MM. Gérard LARCHER, Président du Sénat, tendant à adapter le chapitre XI bis du Règlement du Sénat aux stipulations du traité de Lisbonne concernant les parlements nationaux ; p. 14 <http://www.senat.fr/rap/110-175/110-1751.pdf>.

<sup>3</sup> Les quelques métaphores footballistiques se veulent un complément à : TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.) & alii., « Coupe du monde de football & droit parlementaire ; éléments d'un dictionnaire doublement amoureux » in *Droit & coupe du monde* ; Paris, Economica ; 2011.

<sup>4</sup> Et non pas par une résolution « européenne » mentionnée par l'article 88-4 de la Constitution.

Cette modification ayant été entérinée sans surprise par le Conseil constitutionnel<sup>5</sup>, le Parlement est désormais doté de deux nouveaux pouvoirs qu'il conviendra d'étudier sous l'angle du droit parlementaire, celui de veiller au respect du principe de subsidiarité par l'Union européenne (I) et celui de s'opposer au changement du mode d'adoption de certains de ses actes (II).

### I – Le contrôle du respect du principe de subsidiarité (Article 88-6. C.)<sup>6</sup>

Le principe de subsidiarité veut que, dans les domaines où l'Union et les États membres exercent des compétences partagées, celles-ci ne soient exercées par l'Union que dans la mesure où l'action envisagée, par sa dimension ou ses effets, peut être mieux remplie par celle-ci<sup>7</sup>. Il peut désormais être contrôlé par les chambres via une procédure d'avis motivé (A) mais aussi grâce à la saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne (B).

<sup>5</sup> Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale et décision n° 2010-621 DC du 13 janvier 2011, Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat (on notera avec intérêt la mention par le Conseil de l'article 48 de la Constitution relative à l'ordre du jour, voir ci-après).

<sup>6</sup> L'article 88-6. C. dispose : « *L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne. Le Gouvernement en est informé. Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.*

*À cette fin, des résolutions peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, selon des modalités d'initiative et de discussion fixées par le règlement de chaque assemblée. À la demande de soixante députés ou de soixante sénateurs, le recours est de droit ».*

<sup>7</sup> Douzième considérant du Préambule du TUE.

### A – La procédure de l'avis motivé

Cette procédure de contrôle *a priori* du respect du principe de subsidiarité, appelée « *carton jaune* » par le rapporteur de la commission des lois<sup>1</sup> est désormais organisée par les articles 151-9, 151-10 et 151-11 du Règlement de l'Assemblée Nationale (RAN) et par l'article n°73 octies du Règlement du Sénat (RS). Chaque chambre peut donc seule, même en dehors de ses sessions, émettre un avis motivé à l'encontre de tout projet d'acte législatif européen. Le contrôle risquait donc de ne pas pouvoir être exercé au moment où les chambres n'étaient pas en sessions mais la commission européenne s'est engagée à ne pas prendre en compte le mois d'août dans le décompte du délai, or le Parlement siégeant souvent en session extraordinaire début juillet, cette question ne devrait pas, selon la commission des lois, poser de problème<sup>2</sup>. Il est également à noter que la définition des actes législatifs n'est pas la même en droit européen et en droit français. Ainsi le contrôle parlementaire est susceptible de porter sur des actes de nature réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution.

Pour émettre cet avis motivé, l'Assemblée comme le Sénat doivent adopter une résolution mais en tenant compte du délai de huit semaines pour adopter un avis motivé. Aussi, toutes deux ont prévu un mécanisme relativement similaire. À l'Assemblée, la proposition de résolution émane d'un député ou de la commission des affaires européennes qui dispose d'un délai d'un mois pour statuer (ramené à quinze jours si le Gouvernement, le président d'une commission

permanente ou le président d'un groupe le demande). Le projet est ensuite transmis à la commission permanente compétente au fond qui dispose d'un délai de 15 jours pour se prononcer. À défaut, la proposition de résolution est considérée comme adoptée par cette dernière. Si enfin, dans un délai de 15 jours, la Conférence des Présidents n'inscrit pas ce texte à l'ordre du jour, la proposition est réputée adoptée. Au Sénat, aucun délai n'est fixé pour répartir la durée de l'examen entre la commission des affaires européennes et la commission saisie au fond. Simplement, à l'expiration du délai de huit semaines, la proposition de résolution est considérée comme adoptée par la commission saisie au fond et donc comme adoptée par le Sénat. Les présidents de groupes peuvent, à tout moment de la procédure, demander à la conférence des présidents d'inscrire la proposition à l'ordre du jour de la séance publique qui doit se prononcer dans un délai de 7 jours. Si elle ne se prononce pas, la procédure poursuit son cours. Quelle que soit l'assemblée ayant adopté une telle résolution, son Président transmet l'avis motivé au président du Parlement européen, au président du Conseil de l'Union européenne et au président de la Commission européenne et en informe enfin le Gouvernement. Cette procédure peut aboutir, si elle est accompagnée d'un nombre suffisant d'avis motivés émanant d'autres parlements nationaux au réexamen du projet d'acte en cause.

Dans le sillage de la révision constitutionnelle de l'été 2008, le rôle des commissions est donc renforcé au détriment de la séance publique puisque ces résolutions portant avis motivé peuvent être adoptées sans même être discutées en séance publique. Les commissions des affaires européennes se voient donc reconnaître un rôle de défenseurs des prérogatives de l'État (et non

<sup>1</sup> GELARD Patrice, Rapport du Sénat n°175 du 15 décembre 2010, op. cit., p. 19.

<sup>2</sup> Compte rendu de la réunion de la commission des lois du Sénat du 15 décembre 2010. <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20101213/lois.html#toc4>.

seulement du Parlement national) face à l'Union européenne puisqu'elles peuvent de surcroît saisir la Cour de justice de l'Union européenne en cas de suspicion d'atteinte au principe de subsidiarité par les institutions de l'Union.

### *B – La procédure de saisine de la Cour de Justice de l'Union Européenne*

La procédure de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du principe de subsidiarité constitue l'innovation majeure introduite par le Traité de Lisbonne. Ce contrôle *a posteriori* ou « carton rouge » peut là encore être exercé en toute autonomie par l'une ou l'autre des assemblées dans un délai de deux mois. Les chambres disposent de deux procédures distinctes pour exercer ce recours.

Chaque assemblée peut tout d'abord adopter une résolution visant à saisir la Cour de Justice dans les mêmes conditions que les résolutions portant avis motivés évoqués plus haut. Mais de surcroît, à l'initiative du député de Paris, M. Caresche, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a permis d'amender l'article 88-6<sup>1</sup> de la Constitution afin de permettre à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir de droit la C.J.U.E. ; l'opposition est donc à même de la saisir seule. Cette procédure, inspirée de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel (article 61 alinéa 2 C.), peut-être rapprochée de celle qui existe en Allemagne où un quart des membres du Bundestag peut introduire un tel recours.

<sup>1</sup> AMENDEMENT N° 299 Rect. présenté par M. Caresche, M. Montebourg, M. Valls, M. Lambert, M. Urvoas, M. Vallini, M. Roman, M. Le Bouillonc, M. Le Roux, M. Derosier, Mme Guigou, Mme Karamanli et les membres du groupe Socialiste, radical, citoyen et divers gauche. Modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République, (Deuxième lecture) - (n° 993), 07 juillet 2008.

Quelle que soit la manière dont il a été formé, le recours interrompt les procédures d'adoption d'un avis motivé<sup>2</sup> sur le même projet d'acte européen. Une fois adopté, il est transmis par le président de l'Assemblée concernée non pas aux instances européennes mais au Gouvernement qui est alors en situation de compétence liée et se doit de déférer à la demande parlementaire de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Les chambres disposent donc, grâce à la modification de leurs règlements de nouveaux outils censés leur permettre de défendre les prérogatives étatiques face aux empiètements de l'Union européenne mais évidemment le recul manque pour juger de leur efficacité. Toujours est-il que ces armes se doublent de la reconnaissance au profit du Parlement d'un droit de s'opposer à un changement du mode d'adoption de certains actes européens.

### **II – L'opposition au changement du mode d'adoption de certains actes européens (Article 88-7 C.)<sup>3</sup>**

L'article 88-7 de la Constitution permet en substance au Parlement national de s'opposer à une décision des institutions européennes visant à accroître le processus d'intégration. Ce droit de véto, s'il est plus substantiel que celui reconnu en matière de subsidiarité, est également plus difficile à mettre en œuvre. Son champ d'application est relativement restreint (A) et sa procédure d'adoption plus contraignante (B).

<sup>2</sup> Voir *supra*.

<sup>3</sup> Art 88-7. C. : « Par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Parlement peut s'opposer à une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne dans les cas prévus, au titre de la révision simplifiée des traités ou de la coopération judiciaire civile, par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

### A – *Le champ d'application du droit d'opposition*

Le droit d'opposition du Parlement national s'exerce à l'encontre des « clauses passerelles » qui permettent la révision simplifiée des traités, sans que soit nécessaire la réunion d'une conférence intergouvernementale, afin de changer le mode d'élaboration de certains actes. Le Parlement peut donc exercer son droit d'opposition à l'encontre d'une modification du mode d'adoption de certains actes dans trois cas différents prévus par le Droit de l'Union<sup>1</sup>.

Les parlements nationaux peuvent s'opposer à une initiative du Conseil visant au passage à la majorité qualifiée dans un domaine où le vote à l'unanimité du Conseil est requis.

Les parlements nationaux peuvent s'opposer à une initiative visant au passage à une procédure législative normale (de codécision) pour des actes soumis à une procédure législative spéciale.

Les parlements nationaux peuvent s'opposer aux propositions de la commission permettant au Conseil d'adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire.

Après transmission des initiatives aux Parlements nationaux, ceux-ci disposent d'un délai de six mois pour exercer leur droit d'opposition. Celui-ci s'analyse en un véritable droit de veto puisque l'opposition d'un seul des parlements nationaux suffit à clore la procédure et à empêcher

les instances européennes d'approfondir le processus d'intégration dans les domaines concernés. Ce droit d'opposition s'exerce donc certes sur un champ restreint mais demeure susceptible de revêtir une portée non négligeable. Aussi, et à la différence des prérogatives en matière de défense du principe de subsidiarité reconnues à chacune des deux chambres de manière autonome, le droit d'opposition doit lui être exercé conjointement par l'Assemblée nationale et le Sénat qui ont donc du élaborer une procédure commune d'adoption des motions d'opposition.

### B – *La procédure d'adoption conjointe*

Arguant du nécessaire parallélisme entre cette motion d'opposition et la révision constitutionnelle, l'article 88-7 prévoit que la procédure d'adoption de la motion d'opposition est conjointe. Ce « *bicamérisme inversé* »<sup>2</sup> implique que « *le refus du Sénat d'approuver une motion votée par l'Assemblée nationale entraîne ipso facto l'acquiescement du Parlement à la révision de la Constitution française impliquée par la nouvelle procédure européenne* »<sup>3</sup>. Ce « *veto au veto* »<sup>4</sup> détenu par le Sénat et calqué sur la procédure de révision prévue à l'article 89 se justifie toutefois mal, car le Parlement intervient « *non en qualité d'autorité participant au processus de révision de la Constitution mais en qualité d'autorité participant au processus de révision des traités. Autrement dit, le constituant aurait du*

<sup>2</sup> AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, « Chroniques constitutionnelles françaises », Pouvoirs, 2005/3, n°114, p. 170-171.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> BLANC Didier, « Droit constitutionnel et droit international. Contribution à l'étude du « traité-constitutionnel » européen vu par le constituant : les pouvoirs du Parlement français entre continuités et ruptures. À propos de la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 », RFDC, 2005/4, n°64, p. 873.

<sup>1</sup> Les uns résultent de l'article 48-7 alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne, l'autre de l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

*s'inspirer de l'article 53, puisqu'il ne peut en principe que donner ou refuser l'autorisation de souscrire un engagement international sans pouvoir l'amender. Seulement, la loi de ratification est soumise pour l'essentiel à la procédure législative ordinaire, l'Assemblée nationale peut conséquemment avoir le dernier mot »<sup>1</sup>. Mais quoi qu'il en soit, la procédure étant conjointe, l'initiative de la motion peut émaner soit de l'Assemblée nationale (Article 151-12 du RAN) soit du Sénat (article 73 decies du RS).*

Si la motion émane de la chambre basse, elle doit être introduite (mais surtout adoptée) dans un délai de six mois à compter de la transmission à l'Assemblée de la proposition de modification par les instances de l'Union et signée par un dixième des députés au moins et peut donc être à l'initiative de l'opposition. Cette motion doit contenir le visa de cette proposition. Il est à noter qu'elle ne peut-être amendée, en effet, *« en dépit de l'expression "en termes identiques", qui paraît suggérer l'idée d'un texte susceptible d'être amendé, voire soumis à une sorte de "navette parlementaire", c'est bien d'une motion qu'il s'agit. Comme la motion référendaire ou la motion de censure devant l'Assemblée nationale, elle a vocation à faire l'objet d'un vote d'approbation ou de rejet, mais non à être amendée, comme pourrait l'être une résolution »*<sup>2</sup>. Les parlementaires voient ainsi leur droit d'amendement mis à mal une fois de plus<sup>3</sup>. La motion est ensuite transmise à la commission permanente compétente qui conclut, dans un délai d'un mois, à son rejet ou à son

adoption. Si cette dernière option est retenue, la motion est inscrite à l'ordre du jour (sous réserve des priorités gouvernementales) et le débat en séance publique est organisé par la conférence des présidents. Chaque groupe pourra présenter un orateur qui disposera de cinq minutes pour défendre sa position sur la motion. Si la motion est adoptée en séance publique, elle est ensuite transmise au Sénat. Celui-ci transmet alors la motion à la commission des affaires étrangères (et non pas à la commission des affaires européennes puisqu'il s'agit d'une modification du droit primaire de l'Union et non plus du droit dérivé comme en matière de subsidiarité). Or si le règlement du Sénat n'impose pas à la commission de délai pour examiner la commission, le rapport de la commission des lois précise que celui-ci devra être inférieur à un mois puisqu'*« en tout état de cause, la motion devrait être discutée avant l'expiration du délai de six mois à compter de la transmission de l'initiative ou de la proposition de décision à laquelle elle s'oppose »*<sup>4</sup>. Si la motion est adoptée par le Sénat, son Président notifie sans délai au Président du Conseil européen le texte d'une motion s'opposant à une initiative et au président du Conseil de l'Union européenne le texte d'une motion s'opposant à une proposition de décision. Il en informe le Président de l'Assemblée Nationale et le Gouvernement. Si au contraire, la motion est rejetée, le Président du Sénat en informe le Président de l'Assemblée nationale et aucune autre motion portant sur les mêmes dispositions ne peut plus être introduite.

Si la motion émane du Sénat elle peut l'être, différence notable, à l'initiative de tout sénateur et ce dans un délai de 4 mois suivant transmission du projet de modification par les instances

<sup>1</sup> *Ibid.* p.872.

<sup>2</sup> Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi modifiant le titre XV de la Constitution, Assemblée nationale, XIIe législature, n° 2033, 19 janvier 2005, p. 69.

<sup>3</sup> Rappelons à titre d'exemple que le temps de discussion des amendements a été réduit à l'Assemblée nationale comme au Sénat (Article 100 du RAN et 49 al. 6 du RS), sans « compter » l'instauration du « temps législatif programmé ».

<sup>4</sup> GELARD Patrice, Rapport du Sénat n°175 du 15 décembre 2010; op. cit. ; p. 18.

européennes. Le transfert des pouvoirs des parlementaires eux-mêmes, vers les groupes politiques semble donc moins prononcé au Sénat qu'à l'Assemblée. La motion est ensuite transmise à la commission des affaires étrangères qui dispose d'un délai d'un mois pour rendre son rapport. La motion est enfin débattue dès la première séance publique suivant la publication du rapport (dans le respect de la priorité gouvernementale) puis, si elle est adoptée, transmise par le Président du Sénat au Président de l'Assemblée nationale. La procédure d'examen est similaire à celle en œuvre lorsque la motion est à son initiative et les modalités de notification et d'information devant la chambre basse est alors identique à celles ayant lieu devant le Sénat.

Dès lors, les nouveaux droits introduits par les articles 88-6 et 88-7 de la Constitution permettront-ils une véritable revalorisation du Parlement ? La constitutionnalisation d'origine européenne semblait certes plus prometteuse en la matière, bien que plus limitée dans son ampleur et dans ses effets que la constitutionnalisation d'origine interne. Elle témoignait notamment du fait que, pour l'Union européenne, le principal défenseur de la souveraineté nationale et peut être aussi son principal lieu d'expression était le Parlement. On pouvait certes regretter que les nouveaux droits reconnus au Parlement ne soient que « défensifs », et ne concernent que la fonction de contrôle du Parlement et non sa fonction législative (ces nouveaux droits ne permettant pas d'associer le Parlement à l'élaboration des actes de l'Union mais seulement de s'y opposer), elle constituait donc bien une avancée. Toutefois, il

serait illusoire d'espérer que cette constitutionnalisation d'origine européenne permette une revalorisation du Parlement car tant leurs modalités de mises en œuvre que leur coût politique limitent la portée des droits qui lui sont reconnus.

La mise en œuvre à travers le règlement des assemblées reste soumise aux travers inhérents à la constitutionnalisation contemporaine du droit parlementaire : à savoir une rationalisation à l'extrême du temps mis à disposition des parlementaires pour exercer les droits qui leurs sont reconnus, une limitation de leurs droits d'amendements et d'initiative, un transfert de leurs pouvoirs vers leurs groupes politiques et enfin la promotion des commissions au détriment de la séance publique. Il est pour le moins paradoxal que des textes visant à défendre la souveraineté nationale puissent être adoptés sans même que la représentation nationale ne se manifeste solennellement dans l'hémicycle.

Certes l'article 88-6 paraît prometteur dans la mesure où, le dialogue entre les Parlements nationaux et la commission quant à la défense du principe de subsidiarité donnait des résultats encourageants lorsqu'il se pratiquait de manière informelle<sup>1</sup>. Par contre, le coût politique de l'usage par le parlement du veto issu de l'article 88-7 rend son effectivité quasiment illusoire. Sur le plan interne d'abord, il est fort peu probable, fait majoritaire oblige, que le Parlement désavoue la volonté présidentielle telle qu'elle se serait exprimée lors d'un Conseil européen. Sur le plan européen ensuite, le Parlement français s'avérera peut-être réticent à apparaître comme le responsable du blocage de l'intégration

<sup>1</sup> Selon CARCASSONNE Guy, *La Constitution (introduite et commentée par)* ; Paris, Seuil ; 2011 (10<sup>ème</sup> édition), p. 384-385.

communautaire aux yeux des autres États membres. L'importance du droit reconnu risque fort de limiter son usage<sup>1</sup>.

En définitive, le principal écueil demeure avant tout dans le fait qu'il n'est en rien acquis que les parlementaires se saisissent de leurs nouveaux droits. Mais gardons-nous des procès d'intention et gageons que la pratique qui naîtra des textes participera d'une revalorisation parlementaire que chacun semble aujourd'hui appeler de ses vœux.



---

<sup>1</sup> Voir : BLANC Didier, *op. cit.*, p. 873.

## Témoignage : Qui fait la Loi ?

### L'activité d'un parlementaire

par Marietta KARAMANLI, *Députée de la 2<sup>ème</sup> circonscription de la Sarthe*

(...) Tout d'abord<sup>1</sup> je souhaite vous remercier pour cette invitation à venir échanger sur un sujet qui me tient à cœur car il est central dans nos institutions et fondamental pour les citoyens et la démocratie même si rarement et paradoxalement peu évoqué.

Le droit constitutionnel s'intéresse toujours beaucoup aux principes et aux règles de procédure fondamentales mais somme toute assez peu à la question de ceux qui pèsent le plus et qui sont déterminants dans l'élaboration et l'adoption de la loi.

De leurs côtés la science et la sociologie politiques évoquent beaucoup les questions de représentation et de représentativité (je suis destinataire d'un nombre étonnant de demandes d'entretiens et de questionnaires à ce sujet! ) mais elles abordent peu la question de comment se forme l'opinion des députés et sénateurs et peu la question du ou des rapports de force entre les pouvoirs.

Voilà pour mon intérêt de fond sur cette question !

Faire la loi !

Je me suis posée la question de ce qu'on pouvait et de ce que je devais retenir comme définition.

Pour la commodité de l'exposé, je retiendrai trois moments de la confection de la loi : le « avant », le « pendant » et le « après » du moment où comme députés nous intervenons.

Je peux traduire ces trois moments en trois questions :

« Qui prend l'initiative ? »

« Qui élabore ? »

« Qui arbitre ? »

J'ajouterai à ces trois questions, trois dimensions qui sont celles de la confection de la loi aujourd'hui : l'intervention en amont de l'Europe et des institutions internationales ; l'intervention en aval du Conseil Constitutionnel ; la place de l'opinion y compris celle organisée sous la forme de lobbies qui interviennent de façon récurrente sur un sujet et qui peuvent être des lobbies économiques ou d'État.

Vous êtes d'éminents juristes, je ne reviendrai que très ponctuellement sur les dispositions constitutionnelles applicables.

#### Qui prend l'initiative ?

Je crois qu'il faut distinguer l'initiative en droit et l'initiative en fait.

Sans conteste le Gouvernement a l'initiative des lois.

Les dispositions constitutionnelles encadrent le droit de proposition des députés et des sénateurs.

Si l'initiative de la loi appartient concurremment au Gouvernement et aux membres des députés, le dépôt d'une proposition de loi ne vaut pas automatiquement ni systématiquement d'abord son examen en commission puis son inscription à l'ordre du jour.

Vous le savez l'article 48 de la Constitution dispose que deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et aux débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour et qu'un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de

<sup>1</sup> Le style oral de l'intervention a été conservé.

l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires.

Très concrètement cela veut dire que le nombre de propositions de lois examinées par le Parlement (et je n'évoque pas celles adoptées) est faible.

Plus de 90 % des textes adoptés sont des textes gouvernementaux. Ainsi, le dépôt d'une proposition de loi sur un sujet même important n'équivaut pas à son examen et ne préjuge en rien d'une adoption rapide.

L'initiative « en fait » relève de l'opportunité politique et là les choix présidentiels, les choix du Président de la République, Chef de la majorité sont essentiels : on l'a vu en matière de loi sur la sécurité où l'abondance des projets et dispositions tient à la volonté de montrer que l'on est actif sur le sujet...ce qui ne veut pas dire efficace !

## Qui élabore ?

Le premier élément à avoir à l'esprit est que s'agissant majoritairement de projets c'est-à-dire de textes venant du gouvernement les services et l'administration jouent un rôle déterminant même s'ils doivent suivre les orientations politiques.

L'administration a pour elle la permanence et l'expérience et peut essayer de « recaser » des dispositions qu'elle a, permettez-moi l'expression, « en stock » depuis longtemps.

L'élaboration va faire intervenir trois types d'acteurs :

- Le ministre et ses services ministériels,
- Le groupe majoritaire,
- Les députés que je qualifierai de chefs de file : pour la majorité ce sont les présidents de commissions permanentes, les rapporteurs et les responsables politiques qui sont en quelque sorte ceux qui font entendre la voix du groupe majoritaire au sein de la commission compétente ; pour l'opposition ce sont les responsables du groupe au sein de la commission compétente et les députés spécialisés c'est-à-dire ceux qui s'investissent dans un sujet.

Les textes sont l'objet et le résultat d'une véritable « alchimie »...au sens de recours à des instruments bizarres et à des manipulations compliquées.

L'alchimie en question résulte des interventions de ces différents acteurs ou responsables sachant que le texte peut, lui-même, être impacté par des manifestations d'opinion soit publique soit organisée.

Il convient aussi de dire que parfois au niveau de l'élaboration ministérielle, les parlementaires sont déjà sollicités.

Je ne parle pas ici de la pratique visant à faire porter un amendement d'initiative gouvernementale par un député ou un sénateur de la majorité.

Il arrive en effet qu'un député de l'opposition puisse être sollicité dans un groupe technique. Je fais ainsi partie d'un groupe de quelques personnes qui discutent d'une possible version de la réforme du Code civil et notamment de sa partie « contrats » dans la perspective de l'adoption d'une version du Code civil qui pourrait servir de modèle à une directive européenne portant droit européen des contrats.

De façon pratique pour faire comprendre « l'alchimie » à laquelle je faisais allusion, je citerai un texte, encore en cours de discussion, qui est une proposition de loi et qui intéressera de nombreux juristes puisqu'il s'agit d'un texte qualifié par son rapporteur et initiateur président de la commission des lois de l'Assemblée Nationale de « simplification et d'amélioration de la qualité du droit »...

Cette proposition de loi a été adoptée par l'Assemblée Nationale fin 2009.

Le Sénat l'a modifiée et votée le 14 décembre dernier 2010.

Le Gouvernement l'a fait largement amender par sa majorité.

Ce sont 217 articles en navette qui sont parvenus à la commission des lois de l'Assemblée Nationale.

À bien des égards ce texte est une sorte de « voiture balai » de diverses dispositions législatives

Je peux citer par exemple :

- celles modifiant l'ensemble de la réglementation applicable, pour ne prendre que ces deux exemples, le statut des groupements d'intérêt public ou GIP, et celles harmonisant diverses dispositions en matière pénale comme celles relatives à la récidive pour les délits de tromperie sur les aliments...

ou encore :

- celles réglant les conséquences d'une décision politico-administrative comme la fin du classement à la sortie de l'ENA .

À bien des égards, ce texte est un exemple ou plutôt un contre-exemple.

L'un des rapporteurs au Sénat l'a qualifié de « fourre-tout » .

Au moment de la discussion j'ai pensé à vous, étudiants et enseignants en droit et encore plus aux citoyens qui devront se retrouver dans l' « entre-lac » des dispositions finales du texte voté avec celles qu'elles vont modifier partiellement ou totalement un peu de droit administratif ici, un peu de droit civil là, du droit fiscal ailleurs, du droit de la construction un peu plus loin, du droit de la consommation à quelques endroits, des modifications visant le droit de la santé ou le régime disciplinaire et pénal de la marine marchande pour terminer, et j'en passe...

Je ne parle pas de la façon dont le texte initial a été conçu et écrit...

Son origine est une forme novatrice de « partenariat public-privé » au terme de laquelle a été délégué à un cabinet privé un travail d'identification et d'élaboration d'une première ébauche de la loi. Évidemment, le motif invoqué par le président de la commission des lois à savoir simplifier la loi était censé purger le texte de son « vice » initial et des aspects « chaotiques » de son examen.

À bien y regarder le texte change le fond de certaines matières puis s'arrête au milieu du gué...le sujet en cause est ainsi un peu traité mais pas complètement.

Le président de commission et les rapporteurs n'en sont pas les seuls responsables...les nombreux

parlementaires intervenant ont pu laisser cours à leur imagination ou à leurs préoccupations, la plupart du temps, légitimes mais pas tout à fait cohérentes vis-à-vis de l'objet qui était de simplifier...

Si l'objet de la loi « simplifier certains dispositifs » se voulait vaste, sa mise en œuvre a été focalisée sur certains domaines.

Par la suite son périmètre est devenu fluctuant en fonction de demandes variées ou nouvelles y compris celles du Gouvernement, qui a déposé au Sénat plus de quarante amendements.

Les occasions de donner une unité aux sujets traités dans le sens d'une simplification réelle au profit des usagers du droit et des consommateurs ont dès lors été abandonnées au profit d'un exercice de « patchwork » qui modifie au fond certaines dispositions tout en laissant en l'état des questions importantes au fond.

J'ai pu qualifier en séance ce texte de loi « papillon »

- effleurant un sujet,

- passant à un autre,

- sans permettre au législateur de s'y arrêter suffisamment pour en apercevoir les tenants principaux et d'identifier les sources d'incertitude et les difficultés d'application.

Au final l'élaboration de cette loi, sorte de coproduction de multiples acteurs, s'est révélée à mon sens erratique et dégradant la qualité du texte en question.

Qu'inférer de ceci en termes de décision?

### Qui arbitre ?

C'est à l'évidence le Gouvernement.

Il dispose de multiples outils pour le faire et notamment quand sa majorité, je ne parle même pas de l'opposition, hésite ou pose des conditions.

Je ne prendrai que deux exemples d'outils, peu cités par les manuels de droit constitutionnel à savoir l'utilisation de la procédure accélérée et la demande de nouvelle délibération.

Je prendrai deux textes de lois qui ont été adoptés en utilisant ces deux outils.

*La loi portant réforme de l'Hôpital et relative aux Patients, Santé, Territoires (« HPST » pour les spécialistes)*

Celui-ci a été discuté selon la procédure dite « accélérée ». (Au terme de cette procédure, un projet ou une proposition de loi peuvent être adoptés après une seule lecture par chacune d'entre elles cf article 45 de la Constitution))

En première lecture ce texte a fait l'objet de 29 séances de discussion en séance publique à l'Assemblée Nationale.

1973 amendements ont été déposés.

Le texte est parti au Sénat et y a été largement réécrit. Le rapporteur de la commission mixte a évoqué « l'ampleur des modifications apportées au texte ».

Il y a fait l'objet de 1295 amendements sachant que le texte final fait à peine quarante articles !

Il a fait l'objet de moitié moins de discussions en séance publique qu'à l'Assemblée Nationale soit quinze.

Examiné selon la procédure accélérée, ce texte n'est revenu devant l'Assemblée Nationale que pour y être adopté en une seule séance sans véritable possibilité pour les députés de discuter, je ne parle même pas de modifier, le texte qui avait fait l'objet d'un accord, après réunion d'une commission mixte entre l'Assemblée Nationale et le Sénat.

Seul un amendement du gouvernement a été discuté et adopté.

Voici un texte censé modifier profondément l'organisation des soins en France dont l'Assemblée a discuté mais dont elle n'aura discuté que peu des dispositions en vigueur !

Le gouvernement peut faire valoir les statistiques relatives aux nombres d'heures de débats dans l'hémicycle.

Il n'empêche que le recours systématique à la procédure dite accélérée (ancienne procédure d'urgence) finit par poser un véritable problème démocratique et constitutionnel.

Que le Gouvernement ait systématiquement recours à la procédure d'urgence revient à vider complètement de son sens la procédure, prévue par la Constitution, de la double lecture par chacune des assemblées.

Pourquoi existe-t-elle, si le Gouvernement peut systématiquement s'en dispenser sans porter atteinte à la qualité et à la nature des débats ?

Autre exemple, celui de la loi de finances pour 2011.

*La loi de finances initiale pour 2011*

Ce texte a été marqué par de très longs débats à l'Assemblée Nationale. Près de 40 séances publiques en première lecture hors les réunions de commissions !

Le 17 novembre au moment du vote en première lecture du projet de loi de finances pour 2011 le gouvernement a demandé une nouvelle délibération sur une dizaine d'articles (l'article 48 et état B, articles 52, 56, 59, 60 bis, 60 decies, 66 ter, 86 quinquies et 90 de la seconde partie du projet de loi de finances).

Il l'a fait sur la base de l'article 101 du règlement de l'Assemblée Nationale (RAN) qui dispose que la seconde délibération est de droit à la demande du Gouvernement<sup>1</sup>. Il a par ailleurs demandé la réserve des votes<sup>2</sup>.

À cette occasion la majorité (UMP) est revenue sur ses précédents votes.

Si l'Assemblée (majorité et opposition) a consacré de très longues heures à débattre de sujets importants (et à obtenir parfois des consensus pendant la discussion

<sup>1</sup> L'article 119 du RAN précise, lui, que « si, conformément à l'article 101, il est procédé avant le commencement des explications de vote sur l'ensemble à une seconde délibération de tout ou partie du projet de loi de finances de l'année ou d'un projet de loi de finances rectificative, il ne peut être apporté d'autres modifications aux dispositions de la première partie que celles nécessitées, pour coordination, par les votes intervenus sur les articles de la seconde partie ».

<sup>2</sup> L'article 95 du RAN prévoit la « réserve » d'un article ou d'un amendement, dont l'objet est de modifier l'ordre de la discussion qui est de droit quand elle est demandée par le gouvernement.

parlementaire), le Gouvernement a pu remettre en cause une large partie de ce travail en une seule séance !

Plusieurs parlementaires de la majorité ont d'ailleurs exprimé leur désarroi face à l'utilisation de cette procédure<sup>1</sup>.

### **En guise de conclusion sur « qui propose, élabore et arbitre » la loi**

Il y a une logique institutionnelle forte.

Dans le système français : le Président est élu au suffrage universel, le Premier Ministre est l'exécutant du Président (sauf cohabitation), enfin le fait majoritaire condamne à « la subordination » les députés de la majorité présidentielle et exclut le plus souvent l'opposition de la discussion productive quant aux mesures finalement adoptées.

Le dispositif est de nature « orthopédique », c'est-à-dire, étymologiquement, de nature à « rendre droits les enfants ». En l'occurrence, celui-ci vise à corriger les éventuelles défaillances d'une majorité.

J'ajouterai trois observations sur l'équilibre général en évoquant

- l'intervention en amont de l'Europe et des institutions internationales,
- l'intervention en aval du Conseil Constitutionnel,
- la place de l'opinion y compris celle organisée sous la forme de lobbies qui interviennent de façon rémanente sur un sujet et qui peuvent être des lobbies économiques ou d'État, voire cumuler les deux qualités !

<sup>1</sup> M Carrez rapporteur général (UMP) « J'ai pu suivre les discussions sur les crédits...autre volet de l'intervention du ministre touche aux recettes et à un certain nombre de dispositifs. Les accords pris ne correspondent pas aux différents amendements proposés dans la liasse et que vient de présenter le ministre. Je demande donc une suspension de séance. (Applaudissements sur plusieurs bancs des groupes SRC et NC.) »

M Sauvadet ( Nouveau centre) « Je tiens à vous dire solennellement, monsieur le ministre, en tant que président d'un groupe qui appartient à la majorité, que le respect dû au Gouvernement est lié au respect par le gouvernement du travail du Parlement. (Applaudissements sur les bancs des groupes NC, SRC et GDR et sur quelques bancs du groupe UMP.)

Cet exemple est de nature à faire comprendre que la pratique du fait majoritaire est déterminante !

### *Tout d'abord l'Europe*

Je suis membre de la commission des affaires européennes à l'Assemblée Nationale.

Je suis amenée à rapporter sur des projets de textes européens élaborés par divers acteurs : conseil, commission et parlement. Je propose alors des résolutions afin d'influer sur les acteurs qui vont, eux-mêmes, élaborer les textes à Bruxelles et Strasbourg.

Pour ne prendre que cet exemple, la commission a sur ma proposition adopté un rapport qui a été envoyé au gouvernement et aux parlementaires européens afin de mieux préserver les droits des consommateurs français mais aussi des autres pays en proposant une harmonisation maximale ciblée de façon à ce que chaque État puisse renforcer sa législation nationale tout en maintenant le principe de dérogation aux dispositions communes.

Il y a là un jeu subtil qui nécessite de nombreux contacts entre Institutions mais aussi de la concertation avec les acteurs de la vie économique et sociale que j'ai entendu au travers de nombreuses auditions.

### *Le Conseil Constitutionnel*

Celui-ci a rendu une décision importante sur la loi dite « LOPSI 2 ».

Les interventions des députés de l'opposition lors de la discussion en séance publique ont nourri sa décision.

À titre personnel j'avais souligné les risques de la délégation faite par l'autorité publique à des entreprises privées qui pourraient surveiller la voie publique.

Il est clair que la loi est celle adoptée par le Parlement dans le domaine qui lui est réservé, mais encore faut-il ajouter, sous le contrôle du Conseil Constitutionnel.

### *L'opinion*

C'est à l'évidence un acteur majeur !

Je ne parlerai pas de l' « opinion publique » en général qui n'existe peut-être pas mais de l' « opinion organisée ».

Celle-ci est capable de peser dans le débats, les médias, la rue, ou encore directement auprès des décideurs.

Concernant cette dernière fraction on parle de « lobbies ».

S'ils sont écoutés cela ne veut pas dire qu'ils sont entendus.

Je suis favorable à ce que tous les organisations et groupes d'intérêts reçus et auditionnés soient identifiés et enregistrés de façon publique.

Par ailleurs je suis favorable à ce que parlementaires déclarent :

- tout intérêt ou activité qu'ils ont dans une entreprise, une organisation même non lucrative qui bénéficierait d'aides matérielles ou financières, directes ou indirectes, d'entreprises ou d'organisations elles-mêmes financées par le secteur privé ou public,

- tout cadeau ou présent y compris les invitations à des déjeuners ou voyages de travail, à partir d'un certain montant...

- toute aide directe ou indirecte dont ils bénéficieraient par une entreprise dans le cadre de leurs fonctions électives.

Je terminerai par une réflexion à caractère disons plus philosophique.

J'ai tenté de répondre à la question de « Qui fait la loi ? », mais je pense que les parlementaires devraient avoir pour interrogation principale « pourquoi fait-on des lois ? ».

Historiquement et pour faire simple « faire des lois » a été jugé nécessaire pour assurer l'ordre et la sécurité et préserver l'État et protéger les membres de la société.

Plus récemment, la recherche de la justice, « ce qui revient à chacun » comme le disait l'Empereur Justinien, s'est imposée progressivement !

La loi n'est pas seulement une technique juridique, elle devrait être une doctrine de justice, une sorte de canon universel de la pratique sociale comme le rappelle l'éminent historien Aldo SCHIAVONE, auteur de « l'invention du droit en Occident ».

À ce titre le tryptique

- moins de lois,

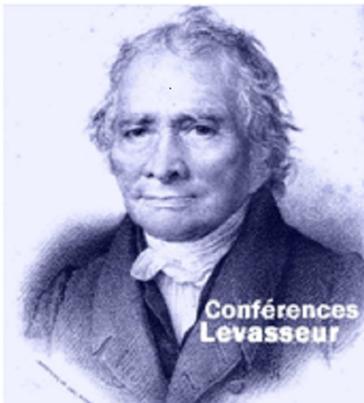
- plus de lois accessibles et intelligibles,

- des lois moins indifférentes aux questions de justice

devrait guider notre façon de faire.

## 2<sup>ème</sup> Conférence LEVASSEUR (22 avril 2011)

### *Tous fichés ?*



La deuxième conférence LEVASSEUR a été réalisée à l'initiative de Mme Juliette GATE et de M. le Pr. Mathieu TOUZEIL-DIVINA, enseignants-chercheurs à l'Université du Maine, par l'association Collectif l'Unité du Droit, avec le soutien du laboratoire Themis-Um et de l'UFR droit & sciences économiques et de gestion et des éditions LexisNexis ainsi qu'avec la collaboration des étudiants du M2 « juriste de droit public ».

Cette conférence, qui avait pour thème « **Tous fichés ?** » s'est tenue le 22 avril 2011 à l'Université du Maine.

Les présents cahiers contiennent les interventions de M. REYNAUD et de Mme GOURCUFF.

## Pourquoi ficher ?

par Mariane GOURCUFF, Doctorante à l'U-POND

« Comme la mémoire des hommes a la faculté d'oublier et qu'elle disparaît avec leur mort, la conservation matérielle de ce que l'on appelle ici les données (...) est devenue l'un des moyens indispensables au Gouvernement des États comme à la gestion des entreprises, au travail scientifique ainsi qu'à la culture et à la santé ». Cette phrase de M. Jean FOYER, rapporteur pour le projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés, projet qui créa la CNIL en 1978 fournit une bonne introduction en ce qu'elle émet l'idée que la première finalité du fichier est de permettre à la mémoire humaine de s'offrir un support, un moyen de conservation, permettant de garantir la fiabilité des informations qui pourraient être altérées avec le temps.

Ainsi, à la question « pourquoi ficher ? », la réponse première semble être celle-ci : pallier l'oubli humain et conserver des informations les plus exactes possible.

Lorsque l'on s'interroge sur les intérêts, les finalités recherchées par l'État, on s'intéresse finalement à l'intérêt que celui-ci pourrait avoir à fixer et à rendre inaltérables, ou en tout cas moins volatiles, des informations détenues par les diverses administrations concernant les administrés.

Le fichier est donc un outil. Ce qu'il convient de se demander ici, c'est : un outil à quoi? Et surtout en quoi cet outil peut être utile? Quelles missions,

quelles volontés politiques pourraient être mieux atteintes si l'on avait la faculté de détenir, de conserver mais aussi de confronter diverses informations sur les résidents d'un territoire.

Même si l'on observe un développement assez similaire des fichiers dans les démocraties « modernes », le cas de la France s'avère intéressant en ce qu'il met en lumière de manière significative la multiplication du recours au fichage dans des domaines très variés et surtout l'évolution de cette technique.

Concernant cette évolution, qu'on se chargera de retracer dans ses grandes lignes, on aurait tort d'en déduire une réelle rupture de la logique de l'État dans ce domaine.

En effet, on observe certes une multiplication des fichiers et de leur champ de création, au sein d'organismes très divers et qui en font un outil pour atteindre des finalités différentes mais cette évolution semble se comprendre aussi et surtout comme une continuité et la technique reste motivée par des préoccupations assez proches de celles qui inspiraient la création des premiers fichiers, c'est à dire, de manière large, la protection de l'ordre public.

Ce qui est surtout à relever à ce stade, c'est l'importance éminemment centrale du perfectionnement des techniques de fichage, et particulièrement de l'informatique, qui vont finalement presque « provoquer », presque faire

« naître », en tout cas largement étendre l'utilisation du fichier jusqu'à en faire un outil indispensable pour remplir certaines missions.

Ainsi, on observe que la première « raison d'être » du fichier, est avant tout la préservation de l'ordre public qui s'interprète forcément selon la période historique donnée. Ce que l'on observe cependant, c'est le passage d'une utilisation contextuelle avant la fin de la seconde guerre mondiale (I) à l'avènement d'un outil qui devient indispensable non seulement pour la sécurité des personnes, mais également pour l'exercice de missions extrêmement diversifiées si bien qu'aujourd'hui on peut le qualifier de véritable outil de « gestion » (II).

## **I - Le fichier : réponse partielle à une problématique contextuelle**

*A- Une réponse au contrôle des déplacements : le livret ouvrier et le carnet anthropométrique.*

L'apparition des premiers fichiers se fait au croisement de l'idée républicaine et de la sécurité nationale. En effet, dès le début du 19<sup>ème</sup> siècle se généralise le livret ouvrier, un des tout premier fichage, institué par la loi du 22 Germinal an XI ( 12 avril 1803). Ce document était délivré et contrôlé par la Police. Il y figurait la date d'entrée et de sortie de l'ouvrier chez les patrons et l'appréciation de ces derniers. Généralisé par Napoléon, ce document avait pour objectif de contrôler les horaires et les déplacements des ouvriers par les autorités auxquels il devait être présenté à de nombreuses occasions. Ce qui est intéressant de souligner ici, c'est qu'il a été voulu non seulement

par les services de police, mais aussi par les corporations. Par les corporations car le livret est perçu comme un moyen de soumettre les ouvriers à leurs patrons ( par le risque de notation négative inscrite sur le carnet). Par la police car le carnet est un outil permettant de contrôler une la population mouvante des ouvriers sur le territoire, ceux-ci étant contraints à un face à face constant avec les représentants de l'État, notamment par la technique du visa.

Ce contrôle du nomadisme, cette volonté de surveiller les déplacements sur le territoire lorsque l'on ne peut les interdire, se traduit par la mise en œuvre du carnet anthropométrique à destination des nomades en 1912. Sous la III<sup>ème</sup> République, le fichier et plus spécifiquement ce carnet anthropométrique va constituer un des dispositifs matériels d'identification d'un groupe spécifique de personnes. Cette technique vise surtout à pallier les difficultés des pouvoirs publics à assurer une surveillance étroite des nomades auxquels il est reproché de former une organisation concurrente, parallèle à la société dominante et portant atteinte au principe d'unité proclamé par la République. C'est ce contrôle de l'emploi du temps des personnes réputées troubler l'ordre public qui pousse les autorités à concevoir un instrument permettant une identification précise de ces groupes et les saisir dans leur individualité, afin de les rendre plus saisissables. De plus, le développement des villes à cette époque rend la reconnaissance visuelle de plus en plus difficile et permet plus aisément de se fondre dans la population. La question de l'identification des nomades étant devenue un véritable enjeu politique, on institue finalement un carnet anthropométrique. Ce carnet contenait, outre la nationalité et l'état civil, l'empreinte digitale des

doigts des deux mains, le signalement anthropométrique et la photographie de face et de profil. Le fichier se constitue ainsi grâce au report des informations contenues dans ce document sur des « doubles » à destination des services de police et de la Direction de la Sûreté du Ministère de l'Intérieur. Le carnet permet alors d' « assurer une répression plus efficace des crimes et des délits imputables aux nomades » ( circulaire du 13 décembre 1920 adressée par le Préfet de police, F.RAUX aux commissariats de police de son ressort).

Ainsi, le livret ouvrier et le carnet anthropométrique, qui constituent les premiers fichiers, répondent à une finalité clairement identifiable: l'identification de certains groupes de la population qui se déplacent sur le territoire, dans une logique de surveillance, de prévention des infractions, plus généralement la préservation de l'ordre public contre les menaces identifiées comme telles à cette période.

#### *B- L'élargissement de la technique de fichage à des finalités « de contexte »*

Dans un second temps, et parallèlement à cette volonté d'asseoir le contrôle de l'État sur le territoire, on observe pendant la même période la création de fichiers mis en place comme un moyen de répondre à des objectifs précis dans un contexte particulier. Il faut ainsi évoquer un « fichage des suspects », un « fichage politique » et de « fichage des étrangers ». Ce qu'il s'agit de mettre en lumière, c'est surtout l'utilisation contextuelle, et pas encore centralisée du fichage.

Tout d'abord, la création des carnets A et B mis en place pour la surveillance des étrangers et de

l'espionnage renvoie à un des premiers fichage des suspects. Ils sont créés par l'instruction ministérielle du 9 décembre 1886 à destination des gendarmeries qui créent elles-mêmes ces carnets. Les carnets A recensent, dans chaque département, les noms des étrangers résidents en France en âge de servir les armées et les carnets B ceux des étrangers et des Français soupçonnés d'espionnage et d'antimilitarisme. Ces carnets vont connaître plusieurs évolutions et leur contenu va s'élargir, et on inclura notamment les anarchistes dans le carnet B. On observe ici encore que le fichage est utilisé comme un outil de surveillance d'une « population à risque », pouvant troubler l'ordre public de l'époque. En l'espèce, les personnes visées sont supposées former un corps menaçant pour la cohésion nationale ( étrangers) et l'autorité de l'État ( anarchistes, antimilitaristes).

À la même période, l'affaire « des fiches » constitue un exemple significatif en ce qu'il met en valeur une utilisation de fichier ciblée. Entre 1901 et 1904, le Grand Orient de France organisa un système de fichage qui recense les officiers français. Les fiches contenaient les opinions politiques et religieuses des officiers. La finalité du recueil de ces informations est ici intéressante puisque celui-ci est mis en place avec une idée de « républicanisation » du corps militaire engagée depuis une vingtaine d'années en distinguant ceux qui partagent les opinions républicaines en leur offrant des promotions plus rapides. Le fichier, finalement découvert, conduit finalement le Général ANDRE, qui avait donné son accord pour la création du fichier, à démissionner. Il s'agit donc ici d'un véritable fichage politique créé dans un esprit de « conversion » aux idées républicaines en

faisant indirectement pression sur la carrière des officiers.

Enfin, il paraît indispensable d'évoquer ici le fichier dit « TULARD », nom de son créateur, mis en place en 1940 par la première ordonnance allemande du 27 septembre permettant le recensement de toute personne juive dans chaque sous-préfecture. Sur cette base sont créés quatre sous-fichiers, pour un total d'environ 600 000 fiches. La finalité est ici assez claire : ce recensement permet de savoir qui est juif et qui ne l'est pas. Il sera utile à l'occupant pour faciliter la déportation des juifs résidents sur le territoire, en ce que les informations reçues facilitent la localisation des personnes visées et leur appréhension.

À cette période, ce qu'il convient de souligner, c'est le développement de la technique des statistiques dans les années 40. Selon L. GREILSAMER, il existerait une « concomitance entre le désir de perfectionner l'identification numérique des individus et les procédures contre une fraction de la population ». Ce lien entre le progrès technique et les utilisations du fichage, et la multiplication de ses domaines d'intervention va trouver sa plus nette illustration avec le développement de l'outil informatique qui fera du fichier un outil adapté et performant dans des champs dépassant celui de l'ordre public et qui, en tout état de cause, ne peut plus s'analyser comme une réponse ciblée à une réponse particulière.

## **II - Le fichier, outil du contrôle généralisé : la multiplication des finalités du fichage par l'outil informatique**

### *A- La persistance du maintien de l'ordre public comme finalité du fichage*

Après 1945 et grâce à l'expérience acquise par l'Administration dans la technique du fichage, on observe une nette généralisation de cet outil. Celui-ci va particulièrement se développer dans un domaine particulier, jusqu'à être considéré comme la principale réponse pour identifier les auteurs d'infractions, les localiser plus facilement et plus rapidement, et prévenir les atteintes à l'ordre public. De plus, les progrès dans la technique biométrique pourra offrir une aide substantielle pendant l'enquête et permettre de réduire les risques d'erreur grâce à une identification plus fiable. Outre le fichage établi par la Direction centrale des Renseignements généraux ( Direction centrale du renseignement intérieur depuis 2008), c'est dans le domaine pénal que se multiplient les fichiers et il est permis d'affirmer que ces derniers répondent à trois grandes finalités.

Le fichier permet tout d'abord une identification scientifique des personnes. A titre d'exemple, le FAED ( Fichier automatisé des empreintes digitales) permet de s' « assurer de la véritable identité des personnes mises en cause dans une procédure pénale ou condamnées à une peine privative de liberté , notamment grâce à une identification par comparaison des traces des personnes inconnues relevées sur les traces de l'infraction ». De la même manière le FNAEG ( Fichier national automatisé des empreintes

généétiques), créée en 1998 facilite quant à lui l'identification et la recherche d' « auteurs d'infractions » à l'aide de leur profil génétique, mais aussi des personnes disparues à l'aide du profil génétique, mais aussi des personnes disparues à l'aide du profil génétique de leur descendants ou de leurs ascendants ».

Ensuite, le fichier peut offrir une aide de taille pour localiser les auteurs d'infractions. Le fichier judiciaire FIJAS, créée en 2004 ( Fichier automatisé des auteurs d'infractions sexuelles), facilite la localisation rapide de personnes sexuelles déjà condamnées afin de prévenir la récidive: les personnes inscrites dans le fichier doivent en effet justifier leur adresse une fois par an (voire tous les six mois et tous les mois) et déclarer leur changement d'adresse dans les quinze jours.

Enfin, le fichier est un outil utilisé pour la prévention des troubles à l'ordre public. En effet, ce qui avait poussé les autorités à prendre les premières mesures de fichage au 19ème siècle reste une préoccupation constante qui a largement utilisé les possibilités offertes par l'informatique pour accroître son efficacité. Le fichier n'est cependant plus utilisé uniquement envers un groupe particulier de la population et se généralise considérablement. On peut ici évoquer le STIC ( système de traitement des infractions constatées) qui contient les informations provenant de comptes-rendus d'enquêtes effectuées après l'ouverture d'une procédure pénale ( personnes mises en cause et victimes). Par ailleurs, le fichage dans le domaine de la protection de l'ordre public est utilisé contre les nouvelles menaces, pour répondre aux nouvelles préoccupations sécuritaires. On peut prendre pour exemple le

fichier créée par décret le 18 octobre 2009 pour prévenir les violences collectives en particulier en milieu urbain et manifestation sportive ( Fichier de prévention des atteintes à la sécurité publique).

Ainsi, le fichier facilite l'enquête, l'identification et l'arrestation des suspects, dans un délai plus court, avec un taux d'erreur plus faible, et la prévention de la récidive pour les infractions considérées comme les plus graves. Ici, c'est du point de vue de l'efficacité que doit s'analyser le succès dans le domaine du maintien de l'ordre public.

#### *B- La généralisation du fichage : vers une logique de gestion*

On observe aujourd'hui une généralisation significative des fichiers dans des domaines qui leur étaient restés étrangers. La création du numéro NIR sous Vichy va accélérer ce processus en créant un identifiant attribué à tous les résidents français. Cette individualisation systématique va largement étendre les possibilités d'usage du fichier pour en faire un outil présenté comme neutre, mais surtout efficace et même présenté comme « pratique ». En d'autres termes, le fichier devient un instrument de gestion.

Ainsi, Le RNIPP (Répertoire national d'identification des personnes physiques) créée en 1947 permet de vérifier si une personne est en vie ou décédée et de connaître son numéro NIR. Il permet par ailleurs la gestion du fichier électoral.

C'est aussi, par exemple, grâce à l'identifiant NIR que les organismes de sécurité sociale, les organismes d'allocations ou encore le Pôle Emploi

peuvent avoir accès aux fichiers concernant la situation sociale des bénéficiaires. Créée par décret pris le 16 décembre 2009, le RNCPS est un répertoire commun de la protection sociale. Les finalités de ce fichage sont clairement exprimées dans le texte réglementaire : il vise à « simplifier les démarches des bénéficiaires des droits et prestations », « améliorer l'appréciation des conditions d'ouverture, la gestion et le contrôle des droits et prestations des bénéficiaires », « rationaliser et fiabiliser (...) les échanges de données entre les organismes de protection sociale » et enfin « produire des statistiques anonymes ». Ce fichier vise ainsi à lutter contre les fraudes aux prestations sociales, mais aussi de faciliter la gestion des organismes sociaux et les démarches des administrés : le fichier vise donc aussi à « rendre service ».

Dans une logique présentée également comme gestionnaire, la Base élève est un fichier permettant un suivi administratif et pédagogique des élèves qui fréquentent une école maternelle ou primaire, publique ou privée, y compris ceux

recevant une instruction dispensée hors de l'école et permet également d'effectuer des statistiques.

Évoquons également le développement des fichiers dans le domaine de la santé en matière de gestion administrative et financière ou encore de gestion des données médicales et de gestion des connaissances médicales censés améliorer la qualité des soins).

Ainsi, parce que l'outil informatique permet un recueil massif d'informations, leur conservation et leur échange, il dote l'État d'un outil réputé jugé « indispensable » non seulement pour améliorer la fiabilité et la rapidité des forces de sécurité dans des domaines liés à la sécurité des personnes, mais aussi de faciliter les échanges d'informations, faciliter les démarches des administrés, et dépasser la lourdeur bureaucratique, c'est-à-dire un instrument purement gestionnaire. Les dangers du fichage doivent ainsi s'analyser à travers la nouvelle place accordée à cette technique, c'est-à-dire à sa généralisation grandissante, non seulement au sein des services étatiques, mais aussi dans le domaine privé.

## *Une application en droit du travail :*

### *L'utilisation et la pratique du fichage par l'employeur*

par Morgan REYNAUD, étudiant à l'Université du Maine

La question du respect de la vie privée du salarié par son employeur n'est pas une question nouvelle. Cependant, l'usage des nouvelles technologies de l'information et des communications facilite le fichage de chacun, et en particulier du salarié. Cela amène le juriste et le citoyen à s'interroger sur l'impact que cette nouvelle situation a sur la vie du salarié. Cette problématique est d'autant plus sensible que dans de très récentes et médiatiques affaires, les juridictions prud'homales ont considéré que des licenciements peuvent être fondés sur la publication de propos sur des réseaux sociaux (Facebook notamment). Or, qu'est-ce qu'un réseau social à part une méthode de fichage qui ne dit pas son nom ?

Il est important de rappeler, et on l'oublie parfois, que le lieu de travail est un lieu où les libertés individuelles sont, en principe, protégées. Ainsi, le Code du travail prévoit-il la protection des libertés fondamentales en entreprise ; cette protection restant toutefois encadrée et limitée pour les besoins du service.

Néanmoins, l'on assiste, du fait du développement des NTIC, et des « méthodes de fichages » à une « fusion » de deux sphères *a priori* distinctes que sont la sphère privée et la sphère professionnelle. De plus en plus, le travail a un impact sur la sphère privée, la vie de famille etc. *A contrario*, la vie privée du salarié se projette de plus en plus dans sa vie professionnelle. Le web ne

connaît pas cette frontière pour le moins ténue entre vie de travailleur... et vie tout court !

Cette interférence entre les deux sphères pose des questions en terme de droit du travail ; assez classiquement, lorsque l'employé est sur son lieu de travail (I), beaucoup moins lorsqu'il est en dehors (II).

#### **I - La protection de la vie privée du salarié sur le lieu de travail.**

L'évocation des difficultés nées des interactions entre vie privée et professionnelle fait spontanément penser aux risques que représente, pour le salarié, l'usage de l'outil informatique. S'il est vrai que cet outil peut poser de nombreuses questions (A), il en va plus largement de toutes les nouvelles technologies qui permettent la surveillance des employés (B).

##### *A - Protection de la vie privée du salarié et outil informatique.*

###### *1) Le cas spécifique des courriels*

L'arrêt considéré comme « fondateur » en matière de vie privée du salarié a été rendu par la Cour de cassation le 2 octobre 2001 dans l'affaire

Nikon<sup>1</sup>. L'employeur d'un salarié de Nikon avait pris connaissance des messages personnels reçus et émis par celui-ci à partir d'un ordinateur mis à sa disposition dans le cadre de son travail. La Cour de cassation a, affirmé, dans un attendu de principe « *que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* », ce qui implique le respect de la correspondance privée. Les juges en déduisent ainsi que l'employeur ne peut, sans violer cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce aux outils informatiques mis à sa disposition pour son travail. Cette prohibition reste valable **quand bien même l'employeur aurait interdit une utilisation non-professionnelle de l'ordinateur.**

Néanmoins, cette liberté n'est pas protégée de manière absolue et doit être conciliée avec les intérêts de l'entreprise. Ainsi, la cour d'appel de Nîmes reconnaît que « *Si cette ouverture [de boîte mail] grâce à Internet représente une véritable révolution, elle ne permet plus de distinguer de façon claire les frontières entre vie privée et vie professionnelle ce qui nécessite de ce fait de trouver un équilibre entre la protection des intérêts de l'entreprise et la protection de la vie privée des salariés*<sup>2</sup> ». La Cour admet donc, assez traditionnellement, qu'il puisse être porté atteinte à la vie privée du salarié et au secret de sa correspondance, dès lors que cette atteinte est proportionnée au motif légitime qu'elle poursuit.

## 2) L'informatique au sens large

Outre la boîte mail, l'informatique au sens large s'avère être une source d'information, et donc de fichage, au profit de l'employeur. Ainsi, la Cour de cassation a étendu à l'ensemble de la matière informatique la position qui était la sienne concernant les mails.

Ainsi, si l'employeur ne peut, en l'absence de son salarié, ouvrir les fichiers spécialement identifiés comme personnels par celui-ci<sup>3</sup>, la Cour de cassation fait peser, sur ces informations, une « *présomption d'identification professionnelle*<sup>4</sup> ». En d'autres termes, tous les fichiers qui n'auront pas été spécifiquement qualifiés de personnels par le salarié pourront être ouverts par l'employeur sans avoir à convoquer l'employé.

De même, la chambre sociale considère qu'Internet étant mis à disposition de l'employé dans un but professionnel, l'employeur peut, sans demander l'accord du salarié, consulter la liste des sites auquel il s'est connecté afin de les « *identifier*<sup>5</sup> ». La Cour de cassation fait, là encore, peser une présomption d'identification professionnelle sur les sites consultés par l'employé.

L'outil informatique est cependant « *doublé* » par l'avènement d'autres technologies de surveillance... et donc de fichage.

<sup>1</sup> Soc. 2 oct. 2001: D. 2001. IR 2944; Dr. soc. 2001. 920, obs. Ray; JCP E 2001. 1918, note Puigelier; RJS 2001. 948, no 1394; CSB 2001, A. 40, obs. Jez; JS Lamy 2001, no 88-2; Sem. soc. Lamy 2001, no 1045, p. 6, concl. Kehrig.

<sup>2</sup> CA Nîmes, 8 décembre 2009, Ass district de football Rhône Durance, n°09/02007.

<sup>3</sup> Soc. 17 mai 2005: D. 2005. IR 1448, obs. Chevrier; D. 2006. Pan. 30, obs. Escande-Varniol; RJS 2005. 589, no 799; Dr. soc. 2005. 789, obs. Ray; JCP S 2005. 1031, note Favennec-Héry; JS Lamy 2005, no 170-5.

<sup>4</sup> Soc. 18 oct. 2006: RDT 2006. 395, obs. de Quenaudon; D. 2006. IR 2753; JS Lamy 2006, no 200-4; RJS 2006. 928, no 1241; Sem. soc. Lamy 2006, no 1279, p. 10.

<sup>5</sup> Soc. 9 juill. 2008: D. 2008. 2228, obs. Ines; RJS 2008. 893, no 1071; Dr. soc. 2008. 1082, note Ray; JCP S 2008. 1638, note Boubli, 18 mars 2009: D. 2009. AJ 1093, obs. Dechristé.

## B - Autres technologies, libertés fondamentales et le lieu de travail.

### 1) La vidéo-surveillance

L'article L1222-4 du Code du travail pose le principe selon lequel « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». Mais est ménagée la possibilité d'installer de tels dispositifs dès lors que le procédé n'apparaît pas comme « clandestin<sup>6</sup> ». La violation de ces règles entraîne l'impossibilité pour l'employeur de se fonder sur des enregistrements obtenus par le biais de tels dispositifs pour prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre d'un employé<sup>7</sup>.

Cependant, la jurisprudence de la chambre sociale n'est pas toujours aussi protectrice avec les salariés. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'installation d'un dispositif de vidéo-surveillance visant à protéger un local dans lequel les salariés n'ont pas à pénétrer pour effectuer leurs missions, était légale et qu'ainsi, l'employeur pouvait utiliser les enregistrements réalisés pour licencier son employé<sup>8</sup>.

Il convient de rappeler que la CNIL est compétente pour vérifier la légalité de tout dispositif de vidéo-surveillance placé dans un lieu privé. Dans ce cas, la déclaration préalable est obligatoire. Outre ce contrôle *a priori*, la CNIL peut

se prononcer, *a posteriori*, sur la légalité d'un tel dispositif. C'est ainsi qu'elle a ordonné l'interruption d'urgence de l'usage, par un employeur, d'un dispositif de vidéo-surveillance manifestement illégal pour une durée de 3 mois<sup>9</sup>. La CNIL a, de plus, mis en demeure la société en cause de se conformer aux dispositions de la loi informatiques et liberté. Dans cette récente affaire, le dispositif permettait la surveillance permanente de certains salariés, sans que cette permanence soit proportionnée à la poursuite d'un motif légitime.

### 2) La géolocalisation

Le GPS est un précieux allié pour les salariés ayant à effectuer des déplacements dans leur cadre professionnel. Ceci-étant, cet outil peut aussi être utilisé, à mauvais escient, pour « surveiller », localiser et suivre le trajet des salariés qui en usent. Là encore, les juridictions et la CNIL veillent à la proportionnalité de tels dispositifs.

Ainsi, la cour d'appel d'Agen<sup>10</sup> a considéré que « la géolocalisation d'un véhicule doit être proportionnée au but recherché et la mise sous surveillance permanente des déplacements des salariés est disproportionnée lorsque des vérifications peuvent être faites par d'autres moyens » (ex. : consultation des clients sur la ponctualité du VRP).

La cour d'appel de Dijon est même allée plus loin en considérant que l'installation d'un système de géolocalisation à bord du véhicule d'un salarié, sans que l'employeur pourvoie à ses obligations légales, s'assimile à une exécution déloyale du

<sup>6</sup> Soc, 14 mars 2000. Instinet France. n°98.42090 : Bull Civ V n°101 ; D2000.IR 105 ; CSB 2000.550, A.22 ; RJS 2000.281 n°386.

<sup>7</sup> Ex : Soc, 20 novembre 1991 Néocel, n° 88-43120 : Bull civ V n°519 ; D 1992.73 ccl Chauvy ; Dr Soc, 1992.28 rapp. Waquet ; RJS 1992.25 n°1 ; Soc 7 juin 2006. Sté Continent France, n° 04-43866 : D2006, IR1704 ; RJS 2006.853 n°1143 ; JS Lamy 2006 n°194-3 ; JCP S 2006.1614 obs Corrignan-Carsin.

<sup>8</sup> Soc. 31 janvier 2001, Sté Italexpress, n°98-44290 : D2001 Somm.2169 obs Paullin.

<sup>9</sup> CNIL, 18 mars 2010 : Sem soc Lamy 2010 n°1450 p2 : la durée de 3 mois est la durée maximale !!!

<sup>10</sup> CA Agen, 3 aout 2005, SAS ICO n°04/00356.

contrat de travail par celui-ci<sup>11</sup>. Ceci vaut ainsi à l'employeur d'être condamné à payer des dommages et intérêts à l'employé lésé<sup>12</sup> ; voire même la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur<sup>13</sup> (ce qui équivaut à un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

## II - Les NTIC, nouveaux DRH ?

Toutes les questions que nous venons d'aborder se sont posées à propos de faits commis sur le lieu de travail ; ou tout du moins, dans le cadre du travail. L'on comprend donc assez bien que droit du travail, nouvelles technologies et vie privé du salarié soient autant mêlés. Cependant, ces NTIC ont vocation à être utilisées en tout lieu et en tout temps. De ce fait, la sphère privée a, quelques fois, intégré une partie de la sphère professionnelle ; si bien que les distinctions entre ces deux espaces sont parfois troubles. Ces impacts réciproques posent les NTIC comme une méthode de recrutement (A), mais aussi, comme une méthode de licenciement (B).

### A - Les NTIC comme méthode de recrutement ?

Internet permet aussi aux employeurs de recueillir des informations personnelles sur les candidats et d'effectuer, sur cette base, la sélection des futurs employés. Cet état de fait pose la question du droit à l'oubli, non seulement sur

Internet (1) mais également dans le cadre des fichiers de police (2).

#### 1) Droit à l'oubli et outil informatique.

Le Code du travail prévoit que le candidat doit être informé des méthodes de recrutement qui lui seront opposées. De plus, aucune information ne pourra être recueillie par un dispositif qui n'a pas été porté à la connaissance de ce candidat. Enfin, le Code impose que les informations recueillies devront être pertinentes en vue d'assurer le recrutement.

Néanmoins, si tous ces textes apparaissent comme des barrages nécessaires à certains débordements, il n'est pas sûr qu'ils soient totalement efficaces pour éviter l'utilisation d'informations collectées sur Internet pour évincer un candidat.

La seule possibilité qui pourrait justifier la condamnation d'un employeur ayant évincé un candidat en se fondant sur des éléments collectés sur Internet, serait de réussir à prouver la discrimination à l'embauche. Là encore, cette possibilité est limitée puisque le candidat ainsi évincé n'accédera pas à l'emploi convoité. De plus, si la preuve d'une telle discrimination n'est pas impossible à produire<sup>14</sup>, dans les faits, les « victimes » d'une telle discrimination n'arrivent que rarement à rassembler les preuves suffisantes.

La question principale que pose cette difficulté est relative à l'absence d'un « droit à l'oubli » sur Internet. Aussi, nos textes ne permettent pas la prise en compte de cette incapacité technique à réguler l'internet : une information postée sur le

<sup>11</sup> CA Dijon, 14 septembre 2010. Sté Mille services, n°09/00570 : Boiron, Haultfoeuille et Umhoefer, Lexbase Hebdo ed Affaires 11/11/2010 n°227.

<sup>12</sup> Ex : CA Bordeaux, 23 novembre 2010. Sté Velda n° 09/05704.

<sup>13</sup> CA Bordeaux. 25 novembre 2008, Sté Périgord Armatures n°07/05964.

<sup>14</sup> Katell Berthou, La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine, Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010, RDT 2010.635.

web peut être reprise par tous et dupliquée à l'infini. Il est ainsi très difficile de lutter contre ces pratiques de fichage. Rien, aujourd'hui, ne permet, en droit, d'imposer un « droit à l'oubli sur l'Internet ».

## 2) Droit à l'oubli et fichiers de police.

Pour nombre de professions privées, le candidat doit, pour pouvoir être employé, recueillir l'agrément d'une autorité administrative. Il en va ainsi, par exemple, des agents de sécurité. Pour ce faire, une enquête administrative est diligentée.

Il est prévu que l'agrément en cause est accordé à une personne, après l'enquête administrative, dès lors que celle-ci révèle que l'intéressé n'a pas eu un comportement incompatible avec les fonctions qu'il entend mener. Or, le préfet peut se fonder, pour délivrer l'agrément, sur des éléments contenus dans les fichiers de police.

Chaque individu partie à une procédure pénale, qu'il soit reconnu coupable ou non, ou qu'il s'agisse d'une victime, est fiché dans ce genre de base (Judex, STIC, ARIANE). Or, cela peut conduire à des dérives dont quelques-unes sont bien connues.

Premièrement, ces bases ne sont pas alimentées par les décisions de justice mais par les policiers et gendarmes eux-mêmes<sup>15</sup>. En conséquence, certaines personnes qui, à un moment de l'enquête, ont été considérés comme suspectes font leur entrée dans ces bases (bien souvent sans le savoir) pour ne pas nécessairement

en ressortir ; quand bien même la justice les aurait ensuite disculpées. Le manque d'actualisation de ces bases a été dénoncé par la CNIL à plusieurs reprises<sup>16</sup>, la commission observant que certaines informations « peuvent être conservées au niveau local de manière illimitée<sup>17</sup> ». Cette carence est en partie due à la non-transmission des suites judiciaires par les parquets en vue d'actualiser la base STIC... La Commission rappelle également l'importance de respecter les durées de conservations des données.

La Commission, dans son rapport de 2009, pointe encore bien d'autres carences (erreurs matérielles, distinctions dans les conditions d'enregistrement etc.). La consultation systématique de ces fichiers pose un réel problème en matière de droit du travail ; les préfets n'accordant pas l'agrément tant convoité sur le fondement d'informations erronées ou dépassées. Ces difficultés sont à mettre en relief avec le rappel de la CNIL qui tient, dans son rapport, à signifier que plus d'un million d'emplois font l'objet d'une enquête administrative donnant lieu à la consultation du STIC...

## B - Les NTIC comme cause de licenciement ?

Cette dernière partie est peut-être la plus connue tant le traitement médiatique autour de ce qu'il convient d'appeler l'« affaire Facebook » a été fort. L'opinion publique a, en effet, pris conscience de la difficulté de séparer clairement la vie privée et la vie professionnelle : un salarié peut être licencié pour des déclarations publiées sur des sites internet, blogs, ou réseaux sociaux. Les

<sup>15</sup> Voir Décret n°2001-583 du 5 juillet 2001 pris pour l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 31 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création du système de traitement des infractions constatées.

<sup>16</sup> Ex : Rapport de la CNIL, 2004 pour l'année 2003 ; Conclusions du contrôle du STIC 20 janvier 2009 etc.

<sup>17</sup> CNIL, Art I) A) 1) a) des conclusions du contrôle du STIC, 20 janvier 2009.

réseaux sociaux s'imposent ainsi comme de véritables fichiers publics utilisables par l'employeur.

Le principe posé par le Code du travail semble pourtant clair : les libertés individuelles des salariés sont protégées sauf lorsque leur usage dérive en abus.

Les faits de l'espèce<sup>18</sup> sont connus mais il convient de les rappeler pour comprendre les implications juridiques qui en découlent : plusieurs employés avaient publiés sur leurs « murs » Facebook des propos dénigrants pour leur hiérarchie et incitant à la « rébellion » contre celle-ci. Les personnes en cause ont ainsi fait l'objet d'une mesure de licenciement pour faute grave.

La requérante invoquait le fait qu'en se fondant sur les propos tenus sur sa page Facebook pour justifier le licenciement, son employeur avait violé son droit au respect de la vie privée. La juridiction rejette cet argument. Elle fait ainsi observer que la requérante s'est contentée, dans la programmation de son compte Facebook, d'une protection minimum. La page en cause était donc visible, non seulement par ses « amis » mais également par les « amis de ses amis ». La juridiction relève que dans ces circonstances, la requérante ne pouvait pas arguer de la violation du droit à la vie privée dès lors que ces informations étaient publiquement accessibles.

---

<sup>18</sup> C. Prud'homme Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, sté Alten Sir, n°10/00853 : J Le Clainche, Licenciement pour des propos tenus sur Facebook ou les dangers de la porosité des sphères publique et privée, Revue Lamy droit de l'immatériel 2011 n°67 p 51-53 ; R Hardouin, Facebook ou l'établissement de la frontière entre espace public et sphère privée, ibid p 54-55 ; PY Verkindt, Les « amis » de nos « amis »..., JCP E 2010 n°48 p 3-5 ; P Vilbert, Réseaux sociaux et droit social, Expertises des systèmes d'information 2010 n°354 p 20-23 ; E Sordet, Facebook, néfaste pour la vie privée (des salariés) ?, JCP G 2010 n°48 p 2228.

Cette position est intéressante puisque, quelques mois auparavant et dans des circonstances assez semblables, la cour d'appel de Reims<sup>19</sup>, considérait, dans un attendu lapidaire que « nul ne peut ignorer que Facebook, [...] ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire ». Dans cette affaire, les juges se sont livrés à un véritable cours d'informatique pour expliquer que les informations publiées sur Facebook ne relèvent pas du domaine privé ; et ce, quand bien même le salarié avait configuré un mode de protection rigoureux de ses données (Accès bloqué aux personnes non-désirées). Les juges vont même plus loin en considérant que si l'intéressé « voulait envoyer un message privé non accessible à d'autres personnes que le destinataire ou quelques amis choisis, il pouvait utiliser la boîte mail individuelle de Facebook, ce qu'il n'a pas fait ». Les juges en déduisent que les informations publiées n'entrent pas dans la sphère privée et peuvent donc être légalement lues et utilisées par l'employeur.

### Conclusion

Cette jurisprudence est cependant jeune et non encore fixée par la Cour de cassation. Ceci-étant, elle montre que les réseaux sociaux s'imposent, du fait de la fusion des sphères, en de véritables fichiers publics que l'employeur peut utiliser pour licencier un salarié, et ce, sans risquer de voir le licenciement annulé par les juridictions prudhommales. En tout état de cause, il convient de conseiller à chacun, à l'heure des réseaux

---

<sup>19</sup> CA Reims, 9 juin 2010, SAS L'Est Eclair, n°09/03209 : RJS 2011 n° 1 p 25-28, note sous Cour d'appel de Reims, 9 juin 2010, arrêt numéro 09-3209, SAS l'Est Éclair contre Callendreau ; Conseil des prud'hommes de Boulogne Billancourt, 19 novembre 2010, arrêt numéro 10-853, Southiphong contre Société Alten Sir.

sociaux de veiller à l'intégrité de son espace privé...  
sous peine de voir sphère privée et sphère  
professionnelle s'entremêler en de dangereuses  
liaison.



## *Doctrine*



Les Cahiers de l'Unité du droit ont également vocation à publier des points de vue doctrinaux.

L'article inaugural de cette rubrique est celui de Mme Catherine **ROCHE**, membre honoraire du Conseil d'administration de l'association Collectif l'Unité du droit, qui nous présente une analyse des enjeux juridiques du stockage géologique de CO<sub>2</sub>.

## Stocker, vous avez dit stocker ?

### (Le développement du stockage géologique du CO<sub>2</sub>)

par Catherine ROCHE, *Maître de conférence (HDR) à l'Université de Poitiers*

*Directrice du Master 2 Droit de l'environnement industriel*

*CERETE EA 4237*

Sur le chemin d'une économie à faible émission de CO<sub>2</sub>, l'UE a déjà adopté de nombreuses mesures visant à atténuer/limiter le changement climatique et plus pragmatiquement à s'y adapter. Et alors que les émissions de CO<sub>2</sub> ont connu une augmentation historique<sup>1</sup>, une technique fait actuellement l'objet de tous les intérêts : le captage et stockage du dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>)<sup>2</sup>.

La directive 2009/31<sup>3</sup> établit un cadre juridique pour le stockage géologique du dioxyde de carbone. Elle fait partie du paquet climat-énergie de 2009, qui fixait comme objectif ce qui a été appelé couramment l'objectif des 3x20 : réduire les émissions de gaz à effet de serre de 20% par rapport à 1990, gagner 20% en termes d'efficacité énergétique et faire passer la part des énergies renouvelables dans la consommation totale d'énergie à 20%, et elle a été adoptée en lien notamment avec la directive 2009/29 du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système

communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

La transposition de la directive s'est effectuée en 3 phases : par la loi Grenelle II (pour la phase de recherche) puis par l'ordonnance 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement (pour la phase d'exploitation) et enfin par le décret 2011-1411 du 31 octobre 2011 relatif au stockage géologique de dioxyde de carbone afin de lutter contre le réchauffement climatique.

La loi Engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) à son article 80 a complété le Code de l'environnement par une section 5 (du livre II, titre II, chapitre IX) intitulée « Recherche de formations souterraines aptes au stockage géologique du dioxyde de carbone ».

Le stockage géologique du dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>) est une technologie qui doit permettre de diminuer les émissions de gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère. Elle consiste à « isoler le CO<sub>2</sub> de l'atmosphère sur le long terme »<sup>4</sup>. Le CO<sub>2</sub> peut être

<sup>1</sup> Agence Internationale de l'Énergie, mai 2011.

<sup>2</sup> Il existe aujourd'hui environ 140 installations de captage et/ou stockage de CO<sub>2</sub> dans le monde. <http://www.universcience.fr/>

<sup>3</sup> Du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) 1013/2006.

<sup>4</sup> Rapport spécial du GIEC : Piégeage et stockage du dioxyde de carbone », 2005.

stocké à différents endroits<sup>1</sup> : sous terre (gisements de pétrole et ou de gaz épuisés, veines de charbon inexploitable, aquifères salins), en mer (dans la colonne d'eau ou en sous-sol, dépôt sur le fond de l'océan).

La directive et les textes de transposition portent uniquement sur le stockage, mais l'opération en elle-même est plus complexe puisqu'elle comprend le captage puis le transport et enfin le stockage.

Captage > transport > stockage

Le captage (ou piégeage) consiste à récupérer le CO<sub>2</sub> au lieu de production. Pour cela le piégeage doit « produire un flux concentré de CO<sub>2</sub> à haute pression qui puisse être acheminé aisément sur le lieu de stockage »<sup>2</sup>. Ce CO<sub>2</sub> doit être purifié avant d'être stocké.

L'opération de captage est soumise à la directive 2008/1 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (IPPC)<sup>3</sup> et le captage et le transport<sup>4</sup> par pipeline<sup>5</sup> à la directive 85/337/CE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Rapport du GIEC, *op-cit.*

<sup>2</sup> Rapport du GIEC, *op-cit.*

<sup>3</sup> Qui codifie la directive 96/61/CE. À noter que la directive 2010/75/UE du 24 nov. 2010 abrogera cette directive notamment, au 7 janvier 2014, mais que l'article 36 qui porte sur le captage de CO<sub>2</sub>, devra être transposé et appliqué pour le 7 janvier 2013.

<sup>4</sup> Sur cette question, voir la proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant des orientations pour les infrastructures énergétiques transeuropéennes et abrogeant la décision n° 1364/2006/CE du 19.10.2011. COM(2011) 658 final.

<sup>5</sup> Le transport peut aussi s'effectuer par bateau ou par route.

<sup>6</sup> L'art. L229-31 C. env. énonce que « Le transport par canalisations de dioxyde de carbone à des fins de réduction des émissions de gaz à effet de serre, y compris dans le cadre d'essais d'injection autorisés conformément à l'article L. 229-30, constitue une opération d'intérêt général au sens de l'article L. 555-25 C. env. ».

Les installations de captage doivent faire l'objet d'une autorisation qui ne sera accordée que si toutes les mesures de prévention appropriées sont prises contre les pollutions<sup>7</sup>. Ces installations sont soumises en France à la réglementation des ICPE<sup>8</sup>. Les installations de captage, de transport et de stockage doivent faire l'objet d'une évaluation et d'une procédure de demande d'autorisation. Sont donc visés les pipelines d'un diamètre supérieur à 800 mm et d'une longueur supérieure à 40 km, y compris les stations de décompressions, les sites de stockage, les installations de captage des flux de CO<sub>2</sub> provenant d'installations soumises à la même annexe 1 de la directive 85/337/CE en vue du stockage, conformément à la directive 2009/31 ou qui captent annuellement une quantité totale de CO<sub>2</sub> égale ou supérieure à 1,5 mégatonne (Mt)<sup>9</sup>. Relèvent de l'annexe II de la directive 85/337/CE, les installations de captage des flux de CO<sub>2</sub> provenant d'installations non soumises à l'annexe 1 de la directive. Ces dernières ne font l'objet d'une évaluation que si l'État le juge nécessaire sur la base d'un examen au cas par cas ou sur la base de seuils ou critères qu'il fixe<sup>10</sup>.

La loi Grenelle II a modifié les dispositions relatives à l'étude d'impact et à l'enquête publique et les décrets 2011-2019 et 2011-2018 du 29 décembre 2011 complètent les procédures. Font l'objet d'une étude d'impact la recherche de formations aptes au stockage géologique de CO<sub>2</sub>, l'ouverture d'essais d'injection et de soutirage, ainsi que certaines canalisations pour le transport de CO<sub>2</sub><sup>11</sup>, de même bien entendu que les ICPE

<sup>7</sup> Art. 3 de la directive IPPC qui énumère les « principes généraux des obligations fondamentales de l'exploitant ».

<sup>8</sup> Aux titres des installations de combustion et des installations de compression. Pour les différentes méthodes de captage voir par exemple : <http://www.metstor.fr/>

<sup>9</sup> 1 mégatonne = 1 million de tonnes.

<sup>10</sup> Art. 4. 2 Directive IPPC.

<sup>11</sup> Canalisations dont le produit du diamètre extérieur avant revêtement, par la longueur est supérieur ou égal 500

soumises à autorisation<sup>1</sup>. Font l'objet d'une enquête publique environnementale, les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements soumis à étude d'impact.

À noter que le CO<sub>2</sub> ainsi capté et stocké n'est pas un déchet au sens de la directive 2008/98<sup>2</sup> et que l'article L 541-4-1 C. env. prévoit que le CO<sub>2</sub> capté et transporté en vue de son stockage géologique et effectivement stocké dans une formation géologique « n'est pas soumis aux dispositions du présent chapitre » (déchets).

Le stockage géologique de CO<sub>2</sub> (tout comme le captage) ne peut être qu'une technologie de transition, et non une incitation en faveur d'un accroissement des centrales électriques fonctionnant avec des énergies fossiles ou à réduire les efforts en matière d'économies d'énergie<sup>3</sup>. Le captage et le stockage ne doivent donc être employés qu'en tant que moyens auxiliaires de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES).

La directive définit les obligations liées à l'exploitation, à la fermeture et à la post-fermeture que ce soit pour l'État ou pour l'exploitant. Les États membres restent libres de ne pas autoriser le stockage de CO<sub>2</sub> sur l'ensemble ou sur certaines parties de leur territoire comme ils sont libres de déterminer les régions dans lesquelles de tels sites seront autorisés. Mais lorsque les États souhaitent autoriser ce stockage, ils doivent procéder à une évaluation de la capacité de stockage disponible, notamment en autorisant l'exploration<sup>4</sup>.

## I – L'exploration

Avant de passer à l'exploitation en elle-même, une phase exploratoire est nécessaire afin de déterminer quelles formations géologiques sont aptes au stockage, ce qui implique de mener également des opérations expérimentales de stockage.

Les nouveaux articles L229-27 à 229-31 du Code de l'environnement encadrent ces opérations expérimentales qui ne peuvent être industrielles. En effet ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer à l'exploitation mais seulement à l'exploration. Cependant cette phase de recherche peut comprendre des essais d'injection sans vocation industrielle. De plus le stockage à destination industrielle fait déjà l'objet d'une réglementation spécifique adaptée à ses particularités (art. L112-1 du nouveau Code minier)<sup>5</sup>.

Le Code de l'environnement définit le champ d'application spatial de cette législation, conformément à la directive<sup>6</sup> : l'exploration peut avoir lieu sur le territoire national (c'est-à-dire le territoire terrestre, les eaux intérieures et territoriales), le Plateau Continental et la Zone Économique Exclusive, sans préjudice des dispositions particulières applicables aux régions d'outre-mer et « sans préjudice des dispositions internationales ratifiées par la France ».

---

mètres carrés ou dont la longueur est égale ou supérieure à 2 km.

<sup>1</sup> Les sites de stockage de CO<sub>2</sub>.

<sup>2</sup> Directive du 19 novembre 2008 relative aux déchets.

<sup>3</sup> Considérant 4 de la directive 2009/31.

<sup>4</sup> Art. 4.

---

<sup>5</sup> Le stockage souterrain de gaz naturel, d'hydrocarbures liquides ou liquéfiés ou de produits chimiques à destination industrielle a vu un développement croissant au cours de la deuxième moitié du XXème siècle. Cette pratique constitue aujourd'hui, avec d'autres outils (...) un moyen essentiel pour les pays industrialisés de pallier les écarts entre l'offre et la demande d'énergie et de garantir en toutes circonstances la sécurité d'approvisionnement. INERIS, Synthèse de l'état des connaissances et des pratiques en matière d'abandon des stockages souterrains. Rapport d'étude 11/01/2010 DRS-08-86168-00481D.

<sup>6</sup> Art. 2.1.

En effet le protocole de Londres de 1996 annexé à la convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets a été modifié afin d'autoriser le stockage des flux de CO<sub>2</sub> dans le sous-sol marin. La convention OSPAR (Convention pour la protection du milieu marin de l'atlantique nord est) a également subi une modification dès ses annexes afin d'autoriser le stockage de CO<sub>2</sub> dans le sous-sol marin ; en revanche elle interdit ces dépôts dans la colonne d'eau de l'océan ainsi que sur le sol marin. Le stockage dans la colonne d'eau s'il est techniquement possible pourrait à long terme poser des problèmes tels que des risques d'acidification des océans, des conséquences négatives sur les organismes marins et le fait que ce CO<sub>2</sub> remonterait progressivement vers l'atmosphère (même si ce n'est sans doute pas avant plusieurs siècles)<sup>1</sup>. Le stockage en mer ne peut donc être effectué qu'en sous-sol.

Le CO<sub>2</sub> pouvant faire l'objet d'un stockage est défini<sup>2</sup> notamment par rapport aux substances qu'il peut contenir et aux qualités que doivent présenter les formations souterraines aptes au stockage. Cette définition reprend globalement celle de l'art. 12 de la directive et énonce que le flux de CO<sub>2</sub> ne doit pas contenir de déchets ou autres matières, mais qu'il peut contenir des substances associées (accidentellement selon la directive) ou des substances traces permettant de contrôler la migration du CO<sub>2</sub>. Ces substances ne doivent pas compromettre l'intégrité du stockage ou des infrastructures de transport ou présenter un risque significatif<sup>3</sup> pour la santé ou l'environnement<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Rapport du GIEC, *op-cit.*

<sup>2</sup> Art. L 229-28 C. env.

<sup>3</sup> L'art. 3.18 de la directive définit le risque significatif comme « la combinaison entre la probabilité de survenance d'un dommage et la gravité de celui-ci, qu'il est impossible

Les formations souterraines aptes au stockage doivent présenter les qualités requises pour le confinement sûr et permanent du CO<sub>2</sub> à des fins de lutte contre le réchauffement climatique. Cette définition reste toutefois assez vague, tout comme d'ailleurs dans la directive<sup>5</sup>.

Le Code de l'environnement assimile ces formations souterraines à des mines ou gisements miniers, les travaux de recherche à des travaux de recherche miniers et le périmètre de recherche à un périmètre minier et renvoie donc au nouveau Code minier pour les formalités.

En effet les travaux de recherche ne peuvent être menés qu'en vertu d'un permis accordé en application des articles L122-1 et s., L 621-11, et L142-1 du nouveau Code minier<sup>6</sup>.

L'obtention du permis de recherches ne permet pas d'effectuer les travaux. Il faut pour cela disposer d'une autorisation (art. L162-4 C. minier) : l'arrêté d'ouverture de travaux de recherche est adopté conformément au décret 2006-649 du 2 juin 2006<sup>7</sup> sous réserve des dispositions particulières prévues aux articles R229-59 et s. C.env.

L'arrêté d'ouverture de travaux peut également autoriser des essais d'injection de CO<sub>2</sub> mais uniquement pour une durée limitée et sous

---

de méconnaître sans remettre en cause l'objet de la présente directive pour le site de stockage concerné ».

<sup>4</sup> La directive y ajoute « d'enfreindre les dispositions de la législation communautaire applicable ».

<sup>5</sup> Art. 4.4.

<sup>6</sup> Conformément à la directive, l'art L 229-30 prévoit que les travaux de recherche ne peuvent être menés que conformément à un permis de recherches. Sur cette question, l'art. R229-57 C. env. renvoie au titre I. et sections 1 et 4 du chapitre 1 titre II du décret modifié 2006-648 du 2 juin 2006 relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain. Le permis de recherches vaut autorisation d'exploration ou de l'exploitation des ressources naturelles du plateau continental. Le chapitre II du titre II et les titres III, IV, V, VII et IX du décret 2006-648 sont applicables aux permis exclusifs de recherches de formations aptes au stockage géologique de dioxyde de carbone.

<sup>7</sup> Titre I, chapitres I à V du titre 2, chapitres I, II, III et V du titre III.

condition qu'une commission de suivi de site soit créée (art. L 125-2-1 C. env.). Cette disposition est conforme à l'art 3.3 de la directive qui prévoit que l'exploration comprend diverses activités « telles que les forages en vue d'obtenir des informations géologiques » et « s'il y a lieu, la réalisation de tests d'injection » et à l'art. 5 selon lequel la surveillance des tests d'injection peut être mentionnée dans le permis d'exploration. L'arrêté qui autorise les essais d'injection fixe notamment les critères relatifs à la composition du flux, les modalités de surveillance, la quantité maximale pouvant être injectée qui « ne dépasse pas la quantité strictement requise pour la caractérisation de la formation et ne peut pas (...) excéder 100 000 tonnes »<sup>1</sup>. Ces injections permettent simplement de définir si le site envisagé pourra être exploité, (ce qui nous allons le voir fait l'objet d'une procédure différente) et non pas de commencer une véritable exploitation. Ces essais sont inscrits au registre permanent des permis de stockage et sites fermés de l'art. L 229-52 C. env. Les art. R 229-61 à 63 C.env. définissent les dispositions relatives aux dossiers, aux modalités de surveillance administrative, et à l'arrêt définitif des travaux de recherche.

Les dispositions insérées au Code de l'environnement par la loi Grenelle II ne font pas état de la question de la fin de la période exploratoire, mais le principe posé par le Code de l'environnement (conformément à la directive) est qu'une demande d'autorisation d'exploiter ne peut être demandée que sous réserve que l'exploration soit achevée dans le périmètre visé.

<sup>1</sup> Art. R229-60 et s. C.env.

## II - L'exploitation

L'ordonnance 2010-1232 a complété le Code de l'environnement<sup>2</sup> sur la question de l'exploitation des sites de stockage de CO<sub>2</sub>. Là encore, la réglementation exclut le stockage à destination industrielle<sup>3</sup>, mais définit les règles relatives au stockage de CO<sub>2</sub> « afin de contribuer à la lutte contre le changement climatique » et l'accès des tiers aux sites et réseaux de transport. Le CO<sub>2</sub> pouvant être stocké est redéfini, dans les mêmes termes qu'à l'art. L 229-28 C. env.<sup>4</sup> Un arrêté des ministres chargés des mines, des ICPE, et de la santé peut fixer les principales caractéristiques des fluides.

Le site de stockage fait ici l'objet d'une définition précise qui prend en compte des éléments géologiques ainsi que les installations de surface, d'injection et de surveillance qui y sont associés<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> En créant la Section 6 : Stockage géologique de dioxyde de carbone et accès des tiers. Art. L 229-32 à 229-54.

<sup>3</sup> Mais s'applique aussi aux sites avec une capacité de stockage inférieure à 100 ktonnes entrepris à des fins de recherche et développement ou d'expérimentation de nouveaux procédés, ce qui va au-delà de la directive qui ne s'applique pas dans ce cadre (art 2.2). A noter également que le champ d'application est légèrement différent de celui prévu pour l'exploration ; on y retrouve la référence au territoire national, Plateau Continental et Zone Économique Exclusive mais *sans préjudice des dispositions particulières applicables aux départements, régions et autres territoires d'outre-mer* (et non plus uniquement régions d'outre-mer). L'art. L229-35 précise également que le stockage ne peut avoir lieu dans la colonne d'eau.

<sup>4</sup> Les substances associées ne doivent pas compromettre l'intégrité du site de stockage (art. L 229-33) au lieu de compromettre l'intégrité du stockage (art. L 229-28) ce qui semble plus logique.

<sup>5</sup> Art. L 229-34 qui reprend la définition de l'art 3 paragraphes 3 et 4, laquelle ne prend toutefois pas en compte les installations de surveillance.

Article L229-34 C. env.

Un site de stockage géologique de dioxyde de carbone est constitué d'un volume défini au sein d'une formation géologique, celle-ci s'entendant d'une division lithostratigraphique au sein de laquelle s'observent des couches de roche distinctes pouvant faire l'objet d'une cartographie ainsi que des installations de surface, d'injection et de surveillance qui y sont associées.

Les sites de stockage géologique de CO<sub>2</sub> sont assimilés à des mines et soumis au droit minier et l'exploitation du site doit prévenir les dangers ou inconvénients pour les intérêts protégés de l'art. L 511-1 C. env. relatif aux ICPE et ceux de l'art. L 161-1 du nouveau Code minier<sup>1</sup>.

Art. L 161-1 C. minier

Les travaux de recherches ou d'exploitation minière doivent respecter, sous réserve des règles prévues par le Code du travail en matière de santé et de sécurité au travail, les contraintes et les obligations nécessaires à la préservation de la sécurité et de la salubrité publiques, de la solidité des édifices publics et privés, à la conservation des voies de communication, de la mine et des autres mines, des caractéristiques essentielles du milieu environnant, terrestre ou maritime, et plus généralement à la protection des espaces naturels et des paysages, de la faune et de la flore, des équilibres biologiques et des ressources naturelles

(...), à la conservation des intérêts de l'archéologie (...), ainsi que des intérêts agricoles des sites et des lieux affectés par les travaux et les installations afférents à l'exploitation. (...).

L'exploitation des sites<sup>2</sup> est soumise à autorisation délivrée en application de l'art. L 512-1 C. env. ; les sites relèvent donc du régime des ICPE sous réserve des dispositions particulières prévues aux art. L 229-37 et s. C. env. La demande d'autorisation au titre de la législation ICPE devra être complétée par les éléments cités à l'art. R 229-65 C. env. Le pétitionnaire devra notamment joindre à sa demande, le décret en CE octroyant la concession de stockage ou si la demande est en cours, la notification du préfet, ainsi que différents éléments relatifs aux travaux miniers et travaux de forage, l'emplacement et la délimitation précis du site de stockage et du complexe de stockage.

Art. R229-65-I-d) C. env.

Le complexe de stockage comprend le site de stockage et le domaine géologique environnant qui est susceptible d'influer sur l'intégrité et la sécurité globales du stockage, c'est-à-dire les formations de confinement secondaire ; (...)

Si la formation géologique comprend des nappes d'eau souterraines, le demandeur doit démontrer que la nature l'a rendue de façon permanente impropre à d'autres utilisations.

Le dossier devra également inclure, différents projets de plans : un projet de plan de surveillance

<sup>1</sup> Art. R 229-36 C. env. : « Pour l'application des articles du code minier mentionnés dans la présente section, les sites de stockage géologique de dioxyde de carbone sont assimilés à des mines ou gisements miniers, les concessions de stockage géologique de dioxyde de carbone à des concessions de mines, les travaux de création, d'essais, d'aménagement et d'exploitation de sites de stockage géologique de dioxyde de carbone aux travaux d'exploitation de mines et le périmètre fixé par la concession de stockage géologique de dioxyde de carbone à un périmètre minier ».

<sup>2</sup> À noter que si la directive ne s'applique pas aux sites d'une capacité de stockage inférieure à 100 kilotonnes entrepris à des fins de recherche, de développement ou d'expérimentation de nouveaux produits ou procédés, la réglementation mise en place par le Code de l'environnement s'applique quant à elle à ces sites.

élaboré conformément à l'annexe II de la directive 2009/31 et aux lignes directrices élaborées conformément à la directive 2003/87. Ce plan prévoit que l'exploitant procède à la surveillance du site et du complexe y compris de la zone de diffusion du flux et du milieu environnant ; un projet de plan de mesures correctives à mettre en œuvre en cas d'incident ou d'accident<sup>1</sup> ; un projet de plan de postfermeture provisoire établi d'après les meilleures pratiques et conformément aux exigences énoncées à l'annexe II de la directive 2009/31 du 23 avril 2009. Il fixe les conditions de fermeture du site de stockage selon les dispositions de l'article L. 229-46 et de sa surveillance durant la période définie au 1 de l'article L229-38.

L'art. R 229-65 précise aussi les éléments supplémentaires de l'étude d'impact, et les éléments que comprend notamment l'étude de dangers,

Si un forage de puits est prévu, la demande d'autorisation sera accompagnée d'un document exposant les principales caractéristiques des travaux, une étude d'impact et un document prévisionnel sur les conditions d'arrêt des travaux de forage.

La demande d'autorisation d'exploiter le site fait l'objet des consultations de droit commun prévues à l'art. R512-21, mais doit également être communiquée par le préfet à la Commission européenne. Cette disposition est conforme à l'article 10 de la directive 2009/31.

L'autorisation d'exploiter est nécessaire mais non suffisante, le demandeur doit également être titulaire d'une concession. Cette dernière sera demandée dans les conditions posées par le Code minier<sup>2</sup> et le décret 2006-648 avec une particularité lorsque le projet de stockage inclut des formations aquifères. Le pétitionnaire doit alors joindre à son dossier la justification apportée à la demande d'autorisation sur le fait que la nature a rendu le site impropre à toute autre utilisation et doit de plus apporter les éléments permettant d'apprécier la prise en compte par ce projet du SDAGE<sup>3</sup> de l'art. L212-1 C. env. La concession est accordée par décret en CE, après enquête publique.

La demande d'autorisation ne pourra être examinée que si le demandeur est titulaire d'une concession de stockage géologique (ou qu'il a déposé sa demande de concession)<sup>4</sup>.

Le Code de l'environnement tout comme le Code minier crée un régime favorisant le titulaire du permis exclusif de recherche. En effet celui-ci est prioritaire pour l'obtention de la concession sur le périmètre de recherches tant que le permis est valide et à condition que l'exploration ait été achevée et que les conditions prévues dans le permis exclusif de recherches aient été respectées<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Voir art. L229-44 et 45 C.env.

<sup>3</sup> Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux.

<sup>4</sup> Art. L229-37 C.env. et R 229-74 C.env.

<sup>5</sup> Art. L229-37 al.2 C.env. et L 132-6, L132-12 et L142-4 C. minier.

---

<sup>1</sup> Sans préjudice des dispositions de l'art R512-69.

Article L 132-6 C. minier.

Pendant la durée de validité d'un permis exclusif de recherches, son titulaire peut seul obtenir une concession portant, à l'intérieur du périmètre de ce permis, sur des substances mentionnées par celui-ci.

(...)

L'institution de la concession entraîne l'annulation du permis exclusif de recherches pour les substances mentionnées et à l'intérieur du périmètre institué par cette concession, mais le laisse subsister à l'extérieur de ce périmètre. Le droit exclusif du titulaire d'effectuer tous travaux de recherches à l'intérieur du périmètre de cette concession est maintenu.

Dès réception du dossier de concession complet, le préfet notifie sa recevabilité au demandeur et c'est cette notification qui lui permet en tant que détenteur du permis exclusif de recherches de demander à bénéficier en priorité de l'autorisation d'exploiter. Il a 6 mois pour demander son autorisation, passé ce délai la demande de concession sera ouverte à la concurrence et la demande d'autorisation suivra<sup>1</sup>.

L'autorisation ne peut être délivrée que si :

- il n'existe pas de risque significatif de fuite ou pour la santé ou l'environnement
- les éventuelles nappes d'eau souterraines incluses dans la formation géologique sont par nature et de façon permanente, impropres à toute autre utilisation.

Elle n'est délivrée qu'à une seule personne physique ou morale par site, qui présente les capacités techniques et financières dans le respect des intérêts protégés de L511-1 C. env. et art. L

161-1 C. minier. Elle fait l'objet d'un réexamen après 5 ans puis tous les 10 ans au plus<sup>2</sup>.

Nous l'avons vu, la procédure d'autorisation est celle prévue pour les ICPE aux art. L512-1 et s. C. env. sous réserve des dispositions prévues aux art. L229-38 et s et R229-72 et s C. env.

Ces dispositions particulières portent sur la définition du périmètre d'affichage de l'avis d'enquête publique qui correspond à la projection en surface du périmètre souterrain du complexe de stockage<sup>3</sup>. L'étude d'impact devra être soumise pour avis à la Commission de suivi de site si elle existe et au conseil municipal de la commune d'implantation<sup>4</sup>. Elles prévoient également que le préfet envoie au ministre chargé des mines et à la Commission européenne sa proposition concernant soit le refus de la demande, soit les prescriptions envisagées<sup>5</sup>. Le préfet ne peut pas prendre de décision avant un délai de quatre mois, qui est le délai prévu à l'article 10 de la directive. La Commission européenne « peut émettre un avis non contraignant ». Le préfet notifie ensuite sa décision à la Commission européenne, décision qu'il doit motiver s'il s'écarte de l'avis que la Commission a éventuellement rendu<sup>6</sup>. La motivation de la décision préfectorale est une formalité importante dans la mesure où l'article 8 de la directive prévoit que le permis de stockage ne peut être délivré que si certaines conditions sont réunies et notamment que « l'autorité compétente a pris en considération tout avis de la Commission sur le projet de permis rendu conformément à l'article 10 ».

<sup>2</sup> L 229-42 C. env.

<sup>3</sup> Art. R229-72 C. env.

<sup>4</sup> Art. R512-19 C. env.

<sup>5</sup> Art. R512-25 al. 2 C. env.

<sup>6</sup> Art. R229-73 C. env.

<sup>1</sup> Art. R 227-70 C.env.

La durée de l'autorisation est fixée en application de L 512-4 C. env. Elle est fixée par l'autorisation dans la limite de celle de la concession de stockage ; en application du Code minier celle-ci ne peut excéder 50 ans<sup>1</sup>.

Article L512-4 C. env.

Pour les installations dont l'exploitation pour une durée illimitée créerait des dangers ou inconvénients inacceptables pour les intérêts visés à l'article L. 511-1, du fait d'une utilisation croissante du sol ou du sous-sol, l'autorisation doit fixer la durée maximale de l'exploitation ou de la phase d'exploitation concernée et, le cas échéant, le volume maximal de produits stockés ou extraits, ainsi que les conditions du réaménagement, de suivi et de surveillance du site à l'issue de l'exploitation.

Un décret en Conseil d'État définit les conditions d'application de cet article, et notamment les catégories d'installations visées par celui-ci.

L'autorisation est renouvelée dans les mêmes conditions<sup>2</sup>.

L'autorisation fixe des obligations en matière de composition du flux de CO<sub>2</sub>, d'information, de garanties financières<sup>3</sup> fixées par l'art. L229-38, « sans préjudice » des art. L 512-3 à 5 C. env. Des mesures complémentaires peuvent donc être intégrées à l'autorisation et le ministre peut par arrêté, adopter des prescriptions complémentaires.

Les garanties financières sont mises en place et révisées conformément aux art. R516-1 à 6 C. env. et art. R229-76 C. env.

<sup>1</sup> Art. L132-11 C. env.

<sup>2</sup> Art. R229-81 C. env.

<sup>3</sup> Les garanties financières couvrent également, en cas de fuite, la restitution des quotas de GES, art. L 229-39 C. env.

Art. R229-76 C. env.

Les modalités d'actualisation périodique du montant des garanties financières, telles que fixées par l'arrêté d'autorisation, tiennent compte de l'évolution du risque de fuite évalué et des coûts estimés de toutes les obligations qui découlent de l'octroi de l'autorisation d'exploiter ainsi que de celles qui résultent de l'inclusion des sites de stockage géologiques de dioxyde de carbone dans le système des quotas d'émission de gaz à effet de serre.

En cas de retrait de l'autorisation d'exploiter, les garanties financières sont maintenues jusqu'à la délivrance d'une nouvelle autorisation d'exploiter ou jusqu'au transfert de responsabilité mentionné à l'article R. 229-100.

L'autorisation vaut approbation des différents plans (surveillance, mesures correctives, postfermeture provisoire) mis à jour au moins tous les 5 ans. Ces plans ont été éventuellement modifiés à la demande du préfet<sup>4</sup>.

L'art. R229-75 donne une liste non limitative des conditions d'aménagement et d'exploitation, et l'art. L515-12 C. env. prévoit que les servitudes prévues aux articles L. 515-8 à L. 515-11 peuvent être instituées (...) dans le voisinage d'un site de stockage géologique de dioxyde de carbone<sup>5</sup>.

Pendant la durée de fonctionnement de l'installation, l'exploitant doit adresser au préfet, un rapport annuel contenant des informations relatives à l'exploitation du site. Ce rapport est adressé en copie à la Commission de suivi de site qui sera créée<sup>6</sup> et mis à dispositions du public. L'art. R229-77 C. env. dresse une liste non

<sup>4</sup> Art. R229-75 II et R229-79 C. env.

<sup>5</sup> Ces servitudes peuvent être des limitations ou des interdictions du droit d'implanter des constructions, la subordination des autorisations de construire au respect de prescriptions techniques...

<sup>6</sup> Art. L229-40 C. env.

limitative des éléments devant figurer dans ce rapport, parmi lesquels une analyse des résultats de la surveillance du site, les quantités et caractéristiques des flux de CO<sub>2</sub> injectés, toute autre information utile pour évaluer le respect des prescriptions fixées par l'arrêté d'autorisation ...

Le préfet peut actualiser, compléter, modifier l'autorisation par des arrêtés complémentaires<sup>1</sup> ou la suspendre dans les conditions prévues à l'art. L514-1 C. env.<sup>2</sup>

L'autorisation peut également, mais « en dernier recours » être retirée par le ministre, pour les raisons et dans les conditions fixées à l'art. L 514-7 C. env. et lorsque les conditions fixées par l'autorisation ne sont pas respectées.

Article L514-7 C. env.

(...)

Un décret en Conseil d'État, pris après avis du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, peut ordonner la fermeture ou la suppression de toute installation, figurant ou non à la nomenclature, qui présente, pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1, des dangers ou inconvénients tels que les mesures prévues par le présent titre ne puissent les faire disparaître.

En cas de retrait de l'autorisation, l'État peut décider de fermer le site, ou de délivrer une nouvelle autorisation<sup>3</sup>. Le retrait peut être décidé en cas de faute de l'exploitant, notamment en cas de transmission incomplète des données, dissimulation d'informations pertinentes, négligence, tromperie délibérée, ou manque de

diligence<sup>4</sup>. L'État assurera la surveillance sur site, la mise en œuvre de mesures correctives si nécessaire et la restitution de quotas en cas de fuites. Les équipements, études, registres (...) sont transmis gratuitement par l'exploitant, à l'État qui récupère tous les frais engagés auprès de l'exploitant.

Sauf si une nouvelle autorisation est octroyée, le site est alors mis à l'arrêt définitif selon le plan de postfermeture<sup>5</sup>.

À noter que l'exploitation des sites de stockages relève du régime de responsabilité pour dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant des articles L161-1 et s. C. env.<sup>6</sup>

Enfin, les exploitants informent l'État, au maximum tous les 3 ans, de leurs projets de développement<sup>7</sup> et que les sites autorisés avant la publication de l'ordonnance devront se conformer à ses obligations au plus tard le 25 juin 2012<sup>8</sup>.

### III - L'accès au site

L'accès aux réseaux de transport et sites de stockage est bien entendu ouvert aux personnes soumises au système d'échange des quotas d'émission de GES même si, ni la directive, ni le Code de l'environnement ne définissent les « utilisateurs potentiels » qui peuvent être des personnes non soumises à cette obligation. L'article L229-49 C. env. envisage d'ailleurs cette

<sup>4</sup> Art. L 229-47- V C. env.

<sup>5</sup> Art. R229-99 C. env.

<sup>6</sup> En application de la directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux puisque l'exploitation d'un site de stockage de CO<sub>2</sub> est une activité inscrite à l'annexe III de la directive.

<sup>7</sup> Art. L229-53 C. env.

<sup>8</sup> Sauf stockage de – de 100 kilotonnes en vue de la recherche. Art. 9 de l'ordonnance. Le Groupe Total expérimente le stockage de CO<sub>2</sub>, sur le site de Lacq, depuis janvier 2010.

<sup>1</sup> Art. L512-3 C. env.

<sup>2</sup> Art. L229-42, al.2 C.env.

<sup>3</sup> Art. L229-43 C. env.

possibilité : pour les installations non soumises aux quotas d'émission de GES, le contrat doit être préalablement présenté au ministre chargé de l'environnement qui peut s'opposer à son entrée en vigueur pour des raisons tenant aux obligations de réduction de la France en application du droit international ou européen.

L'accès aux réseaux de transport et sites de stockage doit faire l'objet de procédures transparentes et non discriminatoires et il est défini par un contrat passé entre l'exploitant et l'utilisateur.

L'accès aux infrastructures ne peut être refusé aux utilisateurs potentiels par l'exploitant, que pour un motif légitime comme un manque de disponibilité de stockage, des incompatibilités techniques, un respect des besoins raisonnables de l'exploitant<sup>1</sup>... Ce refus doit être motivé et notons que la directive 2009-31 prévoit que si la cause du refus est un manque de capacité ou un défaut de raccordement, l'exploitant<sup>2</sup> devrait procéder à « tout aménagement nécessaire à condition qu'il soit économiquement réalisable » ou que le coût soit assumé par le client potentiel.

Les litiges relatifs aux refus d'accès ou aux contrats sont portés devant le CORDIS qui est l'organe de règlement des différends et des sanctions de la Commission de Régulation de l'Énergie<sup>3</sup>, dont les décisions peuvent être contestées devant la Cour d'Appel de Paris.

<sup>1</sup> Art. L229-50 C. env.

<sup>2</sup> En fait c'est l'État qui doit prendre des mesures afin de garantir que l'exploitant procède aux aménagements nécessaires.

<sup>3</sup> Qui est une autorité administrative indépendante. V. aussi art 22 de la directive 2009/31.

#### IV- La Mise à l'arrêt définitif de l'installation

La mise à l'arrêt à la demande de l'exploitant consiste notamment en l'arrêt définitif des opérations d'injection. Elle doit être effectuée conformément aux dispositions de l'art. L 512-6-1 C. env. et R512-39-1 et par les arrêtés délivrés en vertu des art R512-28 et 31.

Art. L512-6-1 C. Env. (extrait).

L'exploitant place son site dans un état tel qu'il ne puisse porter atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 et qu'il permette un usage futur du site déterminé conjointement avec le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'urbanisme et, s'il ne s'agit pas de l'exploitant, le propriétaire du terrain sur lequel est sise l'installation.(...).

À noter qu'en application de l'art. L512-6-1 al.4 C. env., l'arrêté d'autorisation aura déterminé l'état dans lequel le site sera remis à son arrêt définitif.

L'exploitant notifie au préfet la date d'arrêt de l'installation au moins 6 mois à l'avance.

Cette notification qui indique les mesures prises ou prévues pour assurer la mise en sécurité du site est éventuellement complétée à la demande du préfet et envoyée aux services intéressés<sup>4</sup> et aux maires des communes qui peuvent présenter des observations<sup>5</sup>.

La notification est accompagnée d'un document justifiant la demande de fermeture et

<sup>4</sup> Agence régionale de santé...

<sup>5</sup> Art. R229-83 C. env.

du plan de postfermeture provisoire approuvé et mis à jour.

Au plus tard 8 mois après la notification le préfet approuve le plan et édicte éventuellement des prescriptions complémentaires.

Dès réception de la décision qui approuve le plan de postfermeture définitif, l'exploitant procède aux travaux de mise à l'arrêt. Il adresse ensuite au préfet un mémoire descriptif des mesures et travaux effectués et le préfet, après récolement des travaux donne acte par arrêté de l'exécution des mesures prescrites<sup>1</sup>.

L'exploitant reste toutefois responsable du site<sup>2</sup>. Cela signifie qu'il assure notamment la surveillance, prévention, réparation des risques ou fuites de CO<sub>2</sub>, la mise en œuvre des mesures correctives qui sont prévues par le plan de postfermeture ou bien nécessaires au maintien de la sûreté du site ou à l'arrêt de fuites, la restitution en cas de fuite des quotas de CO<sub>2</sub>. Il faut en effet rappeler que la directive 2009/31 met en place un cadre juridique pour le captage et le stockage de CO<sub>2</sub> dans le cadre de la politique de réduction des émissions de GES.

La directive 2009/29 modifiant la directive 2003/87 du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (...) a intégré la question du captage du CO<sub>2</sub> dans le système d'échange de quotas d'émissions de GES. La directive 2009/29 devra être transposée pour le 31 décembre 2012 et les modifications qu'elle entraîne pour la directive 2003/87 seront applicables à partir de 2013.

Tout d'abord, le captage des GES produits par les installations couvertes par la directive en vue de leur transport et de leur stockage géologique dans un site de stockage agréé, leur transport par pipelines en vue de leur stockage dans un site de stockage agréé et le stockage lui-même sont soumis aux dispositions de la directive 2003/87<sup>3</sup>. Ces activités ne sont donc pas dispensées à compter de 2013 de l'achat de quotas puisqu'aucun quota gratuit ne sera délivré pour elles<sup>4</sup>.

En revanche ces quotas n'auront pas à être restitués<sup>5</sup> puisque par définition cette technologie vise à stocker les GES pour ne pas les émettre dans l'atmosphère. De plus la réserve pour les nouveaux entrants, réserve jusqu'à 300 millions de quotas jusqu'au 31 décembre 2015 afin d'encourager le lancement d'au plus douze projets commerciaux de démonstration, non viables d'un point de vue commercial et utilisant des technologies innovantes. L'allocation est subordonnée à la condition que les émissions de CO<sub>2</sub> soient évitées de façon avérée<sup>6</sup>. Enfin les États membres réservent au moins 50 % des recettes tirées de la mise aux enchères des quotas à des projets listés à l'article 10.3 de la directive, dont le captage et stockage géologique « en particulier en provenance des centrales à combustibles fossiles solides et d'une gamme de secteurs et de sous-secteurs industriels, y compris dans les pays tiers ».

L'article L229-7 C. env. reprend certaines de ces dispositions :

<sup>3</sup> Annexe 1.

<sup>4</sup> À compter de 2013 les quotas ne seront plus délivrés gratuitement, sauf exceptions des articles 10 bis et 10 ter, mais mis aux enchères.

<sup>5</sup> Art. 12.3bis Directive 2003/87.

<sup>6</sup> Art. 10bis.8 Directive 2003/87.

<sup>1</sup> Si elles sont conformes aux prescriptions.

<sup>2</sup> Art. L229-46 C. Env.

Aucun quota n'est alloué à titre gratuit aux installations de captage, aux pipelines destinés au transport ou aux sites de stockage de dioxyde de carbone.

L'exploitant (...) n'est en revanche pas tenu de restituer les quotas correspondant aux émissions de CO<sub>2</sub> ayant été vérifiées comme faisant l'objet d'un captage et d'un transport en vue d'un stockage permanent vers un site de stockage géologique de CO<sub>2</sub> exploité conformément aux dispositions de la section 6 du chapitre IX du titre II du livre II.

Pendant ce qui est appelé la période de surveillance, l'exploitant doit, conformément au plan de postfermeture, continuer à adresser au préfet le rapport annuel de l'art. R229-77 C. Env. Ce rapport est transmis à la Commission de suivi de site et mis à la disposition du public. Il comporte notamment des éléments d'information sur l'évolution réelle du dioxyde de carbone stocké ainsi que l'évaluation de la conformité de cette évolution avec le comportement attendu<sup>1</sup>.

La durée de la période surveillance n'est pas spécifiée, cependant l'art. L229-47-III C. env. précise qu'une période minimale de 30 ans doit s'écouler entre l'arrêt de l'installation et un transfert de responsabilité au profit de l'État<sup>2</sup>. À noter que l'article 18 de la directive prévoit « une période minimale à définir par l'autorité compétente (...). Cette période ne peut être inférieure à 20 ans, sauf si l'autorité compétente est convaincue que le CO<sub>2</sub> restera confiné parfaitement et en permanence ».

<sup>1</sup> Art. R229-84 C. Env.

<sup>2</sup> Cette période peut être réduite à 10 ans si l'exploitant a bien démontré dans son rapport (*infra*) que le CO<sub>2</sub> stocké ne restera de façon permanente et sûre. À l'inverse la période peut être rallongée de 10 ans maximum si cette certitude n'est pas donnée.

Ce transfert de responsabilité peut être demandé par l'exploitant ou les ministres chargés des mines et des ICPE<sup>3</sup>.

Pour cela il faut que le site ait été mis à l'arrêt définitif et qu'il soit scellé avec ses installations d'injection démontées et que l'exploitant ait mis en œuvre les mesures prescrites par le plan de postfermeture<sup>4</sup>. L'exploitant doit adresser aux ministres concernés un rapport qui démontre que le comportement réel du CO<sub>2</sub> est conforme au comportement modélisé, qu'il n'y a pas de fuite détectable, et que le site évolue vers une stabilité à long terme<sup>5</sup>.

L'exploitant a également versé une soule à l'État dont le montant couvre au moins le coût prévisionnel de la surveillance pendant 30 ans et il a transmis ou s'engage à le faire, à titre gratuit à l'État les équipements, études, registres...

Ces deux derniers éléments conditionnent la fin de la garantie financière lors du transfert du site<sup>6</sup>.

Les ministres mettent le rapport et toute autre information pertinente à disposition de la Commission européenne, avant de transmettre le dossier au préfet qui dispose d'un délai de 2 ans pour l'instruire puis rendre un avis aux ministres. Ceux-ci, après avis du Conseil Général de l'Industrie, de l'Industrie et des Technologies et de la Mission Interministérielle de l'Eau, élaborent un projet de décision<sup>7</sup>. Ce projet est soumis pour avis à la Commission européenne.

Le projet de décision de transfert est ensuite transmis à la Commission de suivi des sites et mis à

<sup>3</sup> Art. L 229-47 et R229-89 et R229-91 C. env.

<sup>4</sup> Approuvé dans les conditions prévues aux art L513-3, 512-5, 512-6-1 C. env.

<sup>5</sup> Ces conditions sont énumérées à l'art. 18 de la directive, qui énonce également que « la Commission peut adopter des lignes directrices concernant l'évaluation » de ces éléments.

<sup>6</sup> Art. L 229-47-V C. env.

<sup>7</sup> Dans un délai de 6 mois

disposition du public<sup>1</sup> avec le rapport de l'exploitant démontrant que les conditions du transfert sont remplies, l'avis « non contraignant » de la Commission européenne, un rapport des ministres exposant éventuellement les conditions complémentaires qu'ils mettent au transfert<sup>2</sup>.

La décision finale ne peut être prise par les ministres qu'après un délai de 4 mois suivant la transmission du projet à la Commission européenne.

En cas de rejet de la demande<sup>3</sup>, les ministres fixent une nouvelle période minimale de surveillance qui ne peut être supérieure à 10 ans<sup>4</sup>.

S'il est accepté, le transfert porte sur la surveillance, prévention, réparation des fuites, la mise en œuvre des mesures correctives nécessaires au maintien de la sûreté du stockage<sup>5</sup>, et la restitution en cas de fuite des quotas de GES<sup>6</sup>.

Si l'autorisation a fait l'objet d'un retrait, ce sont les ministres chargés des mines et des ICPE qui élaborent un projet de décision constatant le transfert effectif de responsabilité une fois qu'il est prouvé que le CO<sub>2</sub> restera parfaitement confiné, que le site est scellé et les installations d'injection démontées. Le projet de décision est soumis à la Commission de suivi de site et est communicable au public. La décision finale est adoptée par décret en CE<sup>7</sup>.

Quelle que soit la raison de la fermeture du site, l'État récupère les frais engagés après le transfert, auprès de l'ancien exploitant<sup>8</sup> sauf pour les frais engagés afin de surveiller, mettre en œuvre des mesures correctives ou restituer des quotas de CO<sub>2</sub><sup>9</sup>.

Après le transfert de responsabilité, « la surveillance peut être réduite à un niveau permettant la détection des fuites ou tout incident ou accident concernant le stockage qui implique un risque de fuite ou un risque pour l'environnement ou la santé humaine (...)»<sup>10</sup>.

Le transfert de responsabilité se justifie par la très longue durée du stockage de CO<sub>2</sub>. Une entreprise privée risque de ne pas pouvoir assurer le suivi du site sur une période qui sera largement supérieure à 30 années.

La technique du captage et stockage de CO<sub>2</sub> est loin de faire l'unanimité. Réglementée par l'UE en tant que technique transitoire de réduction des émissions de CO<sub>2</sub>, elle pourrait cependant permettre de développer le recours aux énergies fossiles, surtout dans l'optique d'un abandon du nucléaire par certains pays<sup>11</sup>. Les associations de protection de l'environnement (et les associations de riverains), sont quant à elles largement opposées au développement de cette technique. Plusieurs problèmes se posent en effet : la sécurité pour l'environnement et les personnes, le coût financier et énergétique de l'opération et

<sup>1</sup> Dans les conditions définies à l'art. L124-1 C. env. et art. R229-97 C. env.

<sup>2</sup> Art. L229-47-e) C. env.

<sup>3</sup> La décision est motivée et l'exploitant a 2 mois pour présenter des observations par écrit. Art. R229-96 C. env.

<sup>4</sup> Art. L229-47-III et R 229-96 C. env.

<sup>5</sup> Pour ces deux procédures l'État peut faire application des art. L153-3 et s. du Code minier sur l'occupation des terrains.

<sup>6</sup> Rappelons que si l'autorisation a fait l'objet d'un retrait, le transfert ne pourra être effectif que si le site est scellé et les installations d'injection sont démontées et qu'il est certain que le CO<sub>2</sub> stocké le restera de façon permanente et sûre.

<sup>7</sup> Art. R229-99 et 100 C. env.

<sup>8</sup> Art. L229-47-V. C. env.

<sup>9</sup> Art. R229-102 C. env.

<sup>10</sup> Art. R229-101 C. env.

<sup>11</sup> « Les méthodes de captage et de stockage du carbone (CSC), si elles sont commercialisées, auront une contribution importante à apporter dans la plupart des scénarios, particulièrement dans l'hypothèse d'une production nucléaire limitée, auquel cas elle pourra atteindre 32 % dans le secteur de la production d'électricité », cf. Commission européenne : Feuille de route pour l'énergie à l'horizon 2050, décembre 2011, COM(2011)885/2.

l'acceptabilité des projets par les riverains. Cependant si l'Union européenne souhaite effectivement réduire de 80 % les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050 par rapport aux niveaux de 1990, le captage et le stockage de CO<sub>2</sub> devront nécessairement prendre place dans les politiques menées.

(Très) bref récapitulatif de la procédure.

<b>Etape 1 : Exploration</b>	<b>Etape 2 : Exploitation</b>	<b>Etape 3 : Cessation d'activité et période de surveillance</b>	<b>Etape 4 : Transfert de responsabilité</b>
*Permis de recherches  *Ouverture de travaux	*Concession  *Autorisation	*Plan de postfermeture approuvé et prescriptions complémentaires  *Rapport	Arrêté interministériel

## Bibliographie

Arnaud, Agnès Captage et stockage de CO<sub>2</sub> : une réelle avancée réglementaire pour une technologie en devenir. BDEI, 26/2010, p 37.

Calas, Guillaume : Le transport de dioxyde de carbone par canalisation, Mémoire de Master 2 Recherche, Économie de Développement Durable, de l'Environnement et de l'Énergie, Octobre 2010.

Delsaux, Amandine : Captage et stockage de CO<sub>2</sub> : Un premier pas franchi par l'encadrement juridique de la recherche de formations souterraines, JCP E 48/2010 p 33.

Fournier, Élise : Captage et stockage de CO<sub>2</sub> : le cadre juridique naissant d'une technique prometteuse contre le réchauffement climatique. Environnement 10/2009, p9.

Lanoy, Laurence : Le changement climatique à l'heure de Copenhague : les réponses communautaires propres au marché de quotas et de stockage de CO<sub>2</sub>. BDEI, 26/2010, p 32.

## Sites internet :

<http://www.zeroemissionsplatform.eu/>  
<http://blog.captagestockageco2.eu/>  
<http://www.csforum.org/>  
<http://www.captureready.com/EN/Channels/Home/index.asp>  
[http://ec.europa.eu/clima/policies/lowcarbon/ccs/implementation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/lowcarbon/ccs/implementation/index_en.htm)

*Les échos du CLUD / Le CLUD en écho*



**LA SPECIFICITE PUBLIQUE**

**A L'EPREUVE DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE : MODELES & AVENIR ?**



**29 MARS 2012, INSET D'ANGERS (CNFPT)**

3<sup>ème</sup> journée de colloques « *Droits du travail & des fonctions publiques* »  
après : 30 septembre / 01 octobre 2010, Université de Paris Ouest Nanterre



COLLOQUES ORGANISES SOUS LA DIRECTION DE M. SWEENEY & DE M. LE PR. TOUZEIL-DIVINA

**INFORMATIONS** : [UNITEDUDROIT.ORG](http://UNITEDUDROIT.ORG) & [INSET-ANGERS.CNFPT.FR](http://INSET-ANGERS.CNFPT.FR) - [COLLOQUE@UNITEDUDROIT.ORG](mailto:COLLOQUE@UNITEDUDROIT.ORG)