

2096 Droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives pendant l'état d'urgence sanitaire

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* a institué, notamment en son article 11, plusieurs habilitations au Gouvernement pour lui permettre de prendre des mesures relevant du domaine de la loi par ordonnance afin de faire face aux conséquences de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour la lutte contre sa propagation. Plusieurs ordonnances d'adaptation du droit ont ainsi été publiées depuis le 26 mars 2020, notamment relativement aux conséquences administratives de la lutte contre la propagation du virus.

À ce titre, l'ordonnance n° 2020-347 du 27 mars 2020 commentée a été prise sur le fondement de l'article 11, 2°, i), de la loi précitée, habilitant le Gouvernement à simplifier et adapter le droit applicable au fonctionnement de diverses institutions administratives ou organismes de droit privé et notamment les règles relatives à la tenue des réunions dématérialisées ou le recours à la visioconférence.

Le délai de ratification, prescrit à peine de caducité de l'ordonnance, est fixé à deux mois à compter de la publication et expirera ainsi le 28 mai 2020.

Ord. n° 2020-347, 27 mars 2020 : JO 28 mars 2020

NOTE

Au-delà de mesures d'ordre général (1), l'ordonnance du 27 mars 2020 institue les mesures d'adaptation du droit applicable à l'organisation et au fonctionnement des établissements publics et instances collégiales administratives rendues nécessaires pendant la période d'état d'urgence sanitaire ainsi que leurs conditions d'application et d'exécution (2), mais également des mesures d'ordre institutionnel relatives notamment à la prorogation des mandats au sein des organes délibérants et des instances exécutives de ces institutions et organismes (3).

1. Les mesures d'ordre général

L'ordonnance contient des dispositions relatives au champ d'application des mesures d'adaptation qu'elle édicte (A), et institue une exception au principe de suspension du cours des astreintes dans l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* (B).

A. - Le champ d'application de l'ordonnance quant aux mesures d'adaptation du droit édictées

Les articles 1^{er} et 7 de l'ordonnance procèdent à la définition du champ d'application temporel et territorial des mesures d'adaptation édictées, tant relatives au fonctionnement institutionnel ou à l'exercice des compétences matérielles par les institutions visées que les mesures institutionnelles prescrites, et qui seront respectivement commentées aux points 2 et 3 ci-après.

S'agissant du champ d'application temporel d'abord, l'article 1^{er} de l'ordonnance prévoit que les dispositions adaptant le droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives sont applicables durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à l'expiration de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée augmentée d'une durée d'un mois. Ainsi, et sauf fin anticipée ou prorogation de l'état d'urgence sanitaire décidées par décret en Conseil des ministres avant le 24 mai 2020 (conformément à l'article 4 de la loi précitée), la période de référence pour l'application des mesures prévues au fonctionnement des institutions publiques et administratives visées s'étend jusqu'au 24 juin 2020.

S'agissant du champ d'application territorial ensuite, l'article 7 de l'ordonnance étend l'application de ses dispositions sur l'ensemble du territoire de la République à l'exception de certaines institutions dans certains territoires. Sont ainsi exclus du champ d'application les établissements publics, instances et organismes relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution. Sont également exclus du champ d'application les groupements d'intérêt public de la Polynésie française ainsi que les groupements d'intérêt public (GIP) de Nouvelle-Calédonie qui ont été constitués entre la Nouvelle-Calédonie, les provinces et le cas échéant une ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé pour exercer ensemble des activités relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces ou gérer des équipements d'intérêt commun nécessaires à ces activités.

B. - Les dispositions relatives au cours des astreintes dans le cadre de la prorogation des délais prévue par l'ordonnance n° 2020-306

Sans limitation de son champ d'application sur le territoire de la République, l'article 8 de l'ordonnance commentée complète les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*, qui prévoyaient deux catégories d'exception au principe de suspension des délais administratifs, par décret et pour des motifs de protection des intérêts fondamentaux de la Nation, de sécurité, de protection de la santé, de la salubrité publique, de préservation de l'environnement et de protection de l'enfance et de la jeunesse. Il est ainsi inséré un troisième alinéa à cet article 9, indiquant que les décrets instituant des exceptions au principe de suspension des délais pourront faire exception au principe posé à l'article 4 de la loi relatif à la suspension du cours des astreintes, afin de leur faire produire leurs effets y compris pendant la période d'état d'urgence sanitaire.

2. Les mesures relatives au fonctionnement institutionnel et à l'exercice des compétences des établissements publics et des instances collégiales administratives

Les mesures d'adaptation ainsi que les conditions d'application et d'exécution prescrites sont relatives à l'adoption des délibérations,

avis et décisions des établissements publics et instances collégiales administratives d'une part (A), et à la répartition des compétences en vigueur au sein de certains de ces organismes d'autre part (B).

A. - Les règles relatives à l'adoption des délibérations, avis et décisions

L'ordonnance prévoit des mesures permettant aux institutions publiques visées de recourir à des réunions dématérialisées (a) ainsi que des modalités d'adoption et de vote assouplies pour les mesures présentant un caractère d'urgence (b).

a) Le recours aux réunions à distance

L'article 2 de l'ordonnance détermine le champ d'application organique et matériel de la possibilité de recourir à des réunions dématérialisées ou à la visioconférence, ainsi que les conditions de sa mise en œuvre. L'article 4 permet le recours aux réunions à distance pour la tenue des audiences et les délibérés dans les procédures de sanction au sein des autorités administratives indépendantes (AAI) et des autorités publiques indépendantes (API).

S'agissant des réunions à distance, l'article 2 détermine d'abord le champ d'application organique de ces mesures à certaines personnes morales de droit public ou de droit privé. Au titre des personnes morales de droit public d'une part, la faculté de recourir aux réunions à distance au titre de l'ordonnance ne s'applique pas aux organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements mais uniquement aux institutions spécialisées qui sont visées.

Peuvent ainsi se voir appliquer les mesures prévues par l'ordonnance, d'abord, les établissements publics, quel que soit leur statut, le rapport au président de la République précisant à ce titre que les établissements publics couvrent également les établissements « *sui generis* » tels que la Caisse des dépôts et consignations.

Les syndicats mixtes fermés, lesquels bénéficient d'une qualification légale de groupement de collectivités (CGCT, art. L. 5111-1) doivent être regardés comme exclus du champ d'application ainsi défini. Semblent en revanche devoir figurer parmi cette catégorie les syndicats mixtes ouverts, qui constituent des établissements publics par qualification légale (CGCT, art. L. 5721-1), à l'exception toutefois des syndicats mixtes ouverts mentionnés à l'article L. 5721-8 du CGCT, c'est-à-dire ceux d'une part composés exclusivement des communes, des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), des départements et des régions, et ceux d'autre part associant exclusivement des communes, des EPCI, des départements, des régions et d'autres syndicats mixtes associant exclusivement des communes, des EPCI, des départements et des régions. Ces syndicats mixtes ouverts qualifiés de « restreints », s'ils constituent des établissements publics (CGCT, art. L. 5721-1) bénéficient également d'une qualification légale de groupement de collectivités territoriales (CGCT, art. L. 5111-1), de sorte qu'ils paraissent exclus à ce titre du champ d'application par l'article 2 sans considération de leur rattachement à la catégorie des établissements publics. Est également visée la Banque de France.

Sont ensuite visés les GIP, puis les AAI et les API. Il est précisé « y compris notamment l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution », à laquelle ne s'applique pas le statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes institué par la loi n° 2017-54 du 20 janvier 2017 mais un régime prévu aux articles L. 612-1 à L. 612-3 du Code monétaire et financier. L'on peut ainsi s'interroger sur l'emploi du terme « *notamment* », qui pourrait ici indiquer qu'est inclus dans le champ d'application organique de l'ordonnance l'ensemble des AAI et API qui exercent des attributions au titre de compétences relevant de l'État (par combinaison avec le dernier alinéa de l'article 7 de l'ordonnance), tant celles relevant du statut général des autorités administratives indépendantes et des ins-

tutions publiques indépendantes que celles relevant, à l'instar de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, d'un régime légal qui leur est propre dans le cadre des textes de référence les instituant.

Au titre des personnes morales de droit privé d'autre part, peuvent organiser les réunions à distance en application de l'ordonnance les organismes de droit privé chargés d'une mission de service public administratif. Il s'agit donc d'une extension partielle du champ des personnes pouvant bénéficier des dispositions de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 *relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial*, laquelle ne s'appliquait qu'aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux organismes de sécurité sociale et aux autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif.

L'article 2 permet ensuite d'identifier le champ d'application matériel des mesures en précisant les catégories d'actes pour lesquels l'organisation de réunions dématérialisées est possible.

Il s'agit d'abord des délibérations des conseils d'administration ou organes délibérants en tenant lieu, ainsi que les organes collégiaux de direction ou collèges des institutions et organismes visés. Il s'agit ensuite des avis et décisions des commissions administratives et de toute autre instance collégiale administrative ayant vocation à adopter des avis ou des décisions. L'ordonnance précise que figurent notamment dans cette catégorie les instances de représentation des personnels, quels que soient leurs statuts, et les commissions mentionnées à l'article L. 441-2 du Code de la construction et de l'habitation, à savoir la commission d'attribution des logements et d'examen de l'occupation des logements créée dans chaque organisme d'habitations à loyer modéré. Elle précise également que les commissions administratives et instances collégiales administratives ayant vocation à adopter des avis ou des décisions pourront ainsi organiser des réunions à distance et ce « quels que soient leurs statuts ».

REMARQUE

La référence à ces « statuts » peut interroger au regard de la circonstance que la plupart des commissions administratives et autres instances collégiales administratives n'en sont pas dotées (notamment les instances paritaires des collectivités) : l'on pourrait ainsi se demander si les instances non dotées de tels statuts seraient exclues du dispositif à ce titre. Une telle interprétation ne paraît toutefois pas devoir être retenue à ce stade, car les instances représentatives du personnel, bien que n'ayant pas de statuts, sont expressément visées par le texte. Cette mention des « statuts » pourrait ainsi avoir été ajoutée en vue de permettre la plus large application possible du texte, dans l'hypothèse où des règles statutaires existeraient au sein de certaines commissions ou instances collégiales administratives.

Ces délibérations, avis et décisions pourront être pris à distance par l'utilisation des technologies de la communication par voie téléphonique, audiovisuelle ou électronique, même lorsque les dispositions législatives ou réglementaires propres à ces organismes ou instances, y compris leurs règles internes, ne prévoiraient pas de telles possibilités de réunion à distance ou les excluraient. Le recours à ces mesures est ainsi largement facilité et ce même si leurs règles de fonctionnement auraient prévu des modalités d'organisation différentes.

Le recours à ces modalités d'adoption à distance des délibérations, avis et décisions pourra être décidé à l'initiative de la personne chargée de convoquer les réunions de l'organe ou de l'instance. Les modalités de mise en œuvre de la dématérialisation des réunions sont définies à l'alinéa un de l'article 2 de l'ordonnance par renvoi aux dispositions de l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 et à ses mesures réglementaires d'application. Le recours à ces procédés s'effectue ainsi dans les conditions prévues par ces textes qui fixent les

modalités d'organisation des délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial. L'ordonnance commentée en adapte toutefois certaines règles et précise ainsi que, pour l'application du deuxième alinéa du I de l'article 4 de l'ordonnance du 6 novembre 2014, relatif à l'enregistrement et à la conservation des débats ou à l'audition de tiers, les modalités d'enregistrement et de conservation des débats ou échanges ainsi que les modalités selon lesquelles des tiers peuvent être entendus peuvent être fixées par une délibération organisée au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle ou par tout procédé assurant l'échange d'écrits transmis par voie électronique permettant un dialogue en ligne ou par messagerie. Cette délibération, qui sera exécutoire dès son adoption, devra néanmoins faire l'objet d'un compte rendu écrit.

S'agissant de la tenue des audiences et des délibérés dans les procédures de sanction au sein des AAI et des API, l'article 4 de l'ordonnance énonce en son second alinéa que, par dérogation à l'article 5 de l'ordonnance du 6 novembre 2014, une commission des sanctions ou de règlement des différends et des sanctions d'une des autorités en cause peut également tenir une audience ou délibérer dans le cadre, soit d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle, soit de tout procédé assurant l'échange d'écrits transmis par voie électronique permettant un dialogue en ligne ou par messagerie.

b) Les modalités d'adoption et de vote des délibérations, avis et décisions présentant un caractère d'urgence

L'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance prévoit un assouplissement des modalités d'adoption et de vote des mesures ou avis présentant un caractère d'urgence au sein des établissements publics, des GIP, de la Banque de France, des AAI et des API, ainsi que des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public administratif : il est en effet prévu que, pour l'adoption de tels mesures ou avis, les organes, collèges, commissions et instances concernés peuvent se réunir et délibérer valablement alors que leur composition est incomplète et nonobstant les règles de quorum qui leur sont applicables. Les catégories d'actes bénéficiant de cet assouplissement sont ainsi largement visées puisque c'est un critère de l'urgence qui s'attache à leur édicition qui est retenu, sans toutefois définir les modalités de caractérisation de cette urgence.

B. - La dérogation aux règles de répartition des compétences pour l'adoption de mesures présentant un caractère d'urgence

La possibilité de déroger aux règles de répartition des compétences en vigueur au sein de certaines institutions ou de certains organismes afin de garantir la continuité de leur fonctionnement est encadrée par l'ordonnance tant sur un plan organique que matériel.

S'agissant du champ d'application organique de la mesure, celui-ci est plus restreint que celui qui a été retenu pour le recours aux réunions à distance. Ainsi l'article 3 de l'ordonnance ne vise pas la Banque de France, laquelle ne constitue pas un établissement public mais une personne publique *sui generis* (*T. confl.*, 16 juin 1997, *Sté la Fontaine de Mars c/ Banque de France* : *Rec. CE*, p. 532 ; *CE*, 22 mars 2000, n° 203854, 203855, 204029, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*). Sont ainsi visées les personnes morales constituées sous la forme d'un établissement public, d'un GIP, d'un organisme de sécurité sociale ou de tout autre organisme chargé de la gestion d'un service public administratif. Ces dernières pourront ainsi bénéficier de dérogations aux règles de répartition des compétences entre leurs organes (a). Les AAI et les API bénéficient également de règles dérogatoires mais font quant à elles l'objet, pour les délégations qu'elles sont susceptibles d'accorder à leur organe exécutif, de dispositions particulières prévues à l'article 4 de l'ordonnance (b).

a) Les dérogations au sein des établissements publics, GIP, organismes de sécurité sociale ou de tout autre organisme chargé de la gestion d'un service public administratif

L'ordonnance organise pour ces institutions deux possibilités de déroger aux règles de répartition des compétences : il peut s'agir de l'octroi, dans le cadre d'une délibération adoptée à distance, d'une délégation de l'organe délibérant à l'organe exécutif ou, subsidiairement, de la possibilité pour le président de l'organe délibérant ou son remplaçant d'exercer pleinement les compétences de celui-ci en cas d'impossibilité avérée de se réunir y compris par voie dématérialisée.

S'agissant de la délégation, d'abord, pour assurer la continuité du fonctionnement des organismes concernés, il est prévu par l'article 34 de l'ordonnance que leur instance de délibération, qu'il s'agisse d'un conseil d'administration ou tout organe délibérant en tenant lieu, ainsi que toute instance collégiale disposant d'un pouvoir de décision, peut déléguer certains pouvoirs à l'organe exécutif c'est-à-dire selon le cas au président-directeur général, au directeur général ou à la personne exerçant des fonctions comparables.

L'article 34 précise ensuite les conditions d'adoption d'une telle délégation, qui ne peut porter que sur certains pouvoirs et non sur l'ensemble de ceux détenus par l'organe délibérant, et ce exclusivement en vue de l'adoption de mesures présentant un caractère d'urgence. Elle ne peut donc avoir une portée générale. La durée de la délégation est laissée à l'appréciation de l'instance délégante mais devra prendre fin au plus tard à l'expiration du délai d'un mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire. Sous réserve du respect de ces conditions, le recours aux délégations accordées à distance est donc largement facilité par l'ordonnance qui prévoit des conditions d'adoption particulièrement souples : celle-ci prévoit ainsi que cette possibilité est ouverte nonobstant toute disposition contraire des statuts de l'institution concernée et précise que la délégation, qui est accordée par une délibération adoptée à distance, est exécutoire dès son adoption. L'ordonnance encadre également les conditions d'exécution de la délégation en énonçant que le titulaire de la délégation doit rendre compte des mesures prises sur son fondement au conseil d'administration, à l'organe délibérant ou à l'instance collégiale qui lui a donné délégation, et ce par tout moyen.

Le deuxième alinéa de l'article 3 de l'ordonnance va plus loin en envisageant même l'hypothèse d'une impossibilité d'accorder la délégation, en cas d'impossibilité avérée pour l'organe délibérant de tenir les réunions de manière dématérialisée et ainsi d'accorder la délégation dans les conditions précitées. Dans ce cas, il est prévu que le président de l'organe délibérant ou, en cas d'empêchement, l'un de ses membres qui est alors spécialement désigné par l'autorité de tutelle à cette fin, peut exercer les compétences de l'organe délibérant afin d'adopter les mesures présentant un caractère d'urgence. Ce pouvoir s'exerce jusqu'à ce que l'instance puisse de nouveau être réunie, et prend fin au plus tard à l'expiration du délai d'un mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire. Les conditions d'exécution de ce pouvoir sont toutefois durcies par rapport à celles de la délégation, puisque l'ordonnance prévoit que, par tout moyen et dans les plus brefs délais, le président ou le membre désigné pour le remplacer tient informée de sa décision de mettre en œuvre cette disposition l'autorité de tutelle ou l'autorité dont il relève, ainsi que les membres de l'instance et l'organe exécutif c'est-à-dire le directeur général ou la personne exerçant des fonctions comparables. Une obligation de rendre compte à l'organe délibérant dès que cette instance peut de nouveau être réunie est par ailleurs prescrite, mais l'ordonnance ne précise pas, contrairement au cas des délégations, que cette obligation porte sur les mesures prises par le président ou son remplaçant. Cette obligation paraît donc plus étendue qu'en matière de délégations à l'exécutif puisque cela pourrait indiquer qu'il doit être rendu compte de la manière la plus large possible, c'est-à-dire non seulement des

mesures prises mais également, à titre non exhaustif, des conditions du recours à ce pouvoir (tenant à l'impossibilité avérée) et des conditions d'exécution de celui-ci.

b) Les délégations au sein des AAI et API

L'article 4 de l'ordonnance organise un régime spécifique de délégation à distance des compétences au sein des AAI et des API. Il permet ainsi au collègue ou à l'organe délibérant de ces autorités de déléguer à leur organe exécutif certaines de leurs compétences, à l'exception des compétences exercées en matière de sanction. Les mêmes conditions de fond que les délégations accordées par les autres institutions et organismes précités, tenant à ce que la délégation ne puisse porter que sur certains pouvoirs et non sur l'ensemble de ceux détenus par l'organe délibérant et ce exclusivement en vue de l'adoption de mesures présentant un caractère d'urgence, sont applicables. La durée de la délégation, qui est laissée à l'appréciation de l'instance délégante, est-elle aussi encadrée et devra là encore nécessairement prendre fin au plus tard à l'expiration du délai d'un mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire. Les conditions d'exécution de la délégation sont en revanche assouplies puisque l'ordonnance prévoit à la charge de l'organe exécutif titulaire de la délégation une simple obligation d'information du collègue ou organe délibérant de l'autorité qui lui a donné délégation s'agissant des décisions prises, et ce par tout moyen.

3. Les mesures d'ordre institutionnel relatives notamment à la prorogation des mandats dans les établissements publics et les instances collégiales administratives

L'ordonnance comporte également quelques dispositions d'ordre institutionnel, relatives aux nouveaux comités d'agence dans les agences régionales de santé (ARS) et à la prorogation de certains mandats dans les institutions et organismes qu'elle vise.

S'agissant des mesures relatives au comité d'agence dans les ARS, l'article 5 de l'ordonnance a pour objet de reporter au 1^{er} janvier 2021 la mise en place, initialement prévue au 16 juin 2020 au plus tard en application du II de l'article 7 de la loi n°2019-828 du 6 août 2019 *de transformation de la fonction publique*, des nouveaux comités d'agence et des conditions de travail institués dans chaque agence régionale de santé en application de l'article L. 1432-11 du Code de la

santé publique dans sa rédaction résultant de ladite loi. Pour tenir compte de ce report, sont prolongés jusqu'à cette date les mandats des membres des actuels comités d'agence et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail des ARS.

Plus substantiellement, l'article 6 de l'ordonnance prévoit quant à lui une mesure générale de prorogation des mandats au sein des organes délibérants et des instances exécutives des établissements publics, des GIP, de la Banque de France, des AAI et des API, ainsi que des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public administratif. S'agissant d'abord des organes délibérants, l'alinéa premier de l'article 6 proroge les mandats des membres des organes, collèges, commissions et instances, qui arrivent à échéance à compter du 12 mars 2020, pour leur permettre de continuer à siéger jusqu'à leur remplacement et ce nonobstant toute limite d'âge ou interdiction de mandats successifs. Cette prorogation est effective jusqu'à la désignation des nouveaux membres et au plus tard jusqu'au 30 juin 2020, sauf si le remplacement implique de procéder à une élection auquel cas la date limite est reportée au 31 octobre 2020. L'ordonnance prévoit en outre qu'un décret adaptera en tant que de besoin la durée des mandats des membres des organes délibérants désignés à la suite de cette prorogation afin que les dates d'échéance de ces mandats soient compatibles avec les règles de renouvellement partiel ou total de ces instances. S'agissant ensuite des instances exécutives, l'alinéa trois proroge dans les mêmes conditions de durée les mandats des dirigeants de ces institutions et organismes. L'article 6 précise toutefois en ses deux derniers alinéas, dans un souci de coordination avec les autres actes pris durant la période d'urgence sanitaire, qu'il ne s'applique qu'à titre subsidiaire, à défaut d'autres mesures de prorogation dont pourraient avoir fait l'objet certains mandats : ainsi les instances relevant des comités d'agence et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail des ARS, qui font l'objet d'une mesure spécifique de prorogation à l'article 5 de l'ordonnance, ne sont pas visés, et la mesure de prorogation ne s'applique pas non plus aux organes délibérants des établissements publics et aux instances collégiales administratives qui auraient fait l'objet d'adaptations particulières poursuivant le même objet par la loi du 23 mars 2020 ou par des ordonnances prises en application de celle-ci.

Mélissa GOASDOUÉ,

avocat au Barreau de Paris, Cabinet Seban & associés

MOTS-CLÉS : *organisation administrative - Instance collégiale administrative*