NEWSLETTER DU CREAM

N° 39 – JUIN 2022

EA 2038 - CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES ADMINISTRATIVES DE MONTPELLIER

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Ludivine CLOUZOT, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Montpellier.

INSP : les raisons de la colère

Après quelques mois d'existence seulement, l'INSP – Institut National du Service Public, créé le 1er janvier 2022 en remplacement de l'ENA – fait déjà face à ses premières tempêtes.

Le 9 juin 2022, les élèves de la promotion Germaine Tillion (2021-2022) ont lancé un appel à la grève, massivement suivi, afin de protester contre la réforme de la haute fonction publique et de la scolarité à l'ex-ENA découlant de l'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021. Les raisons de cette colère portent sur deux points essentiels.

D'une part, les élèves, entrants en 2021 de l'ENA et futurs sortants en octobre 2022 de l'INSP, pointent « l'impréparation » de la réforme de la haute fonction publique et ses conséquences supposément désastreuses sur leur scolarité, leur bien-être et plus largement sur l'attractivité de la fonction publique. D'autre part, ils pointent du doigt la liste récemment publiée des 90 postes offerts à l'issue de leur scolarité. Selon eux, certains « *ne correspondent pas à des fonctions d'encadrement supérieur de l'État* », sont déconnectés des besoins réels des administrations et répondent plus à une logique d'affichage qu'à des nécessités opérationnelles que la réforme était justement censée poursuivre.

On rappellera simplement que cette réforme, bâtie autour de la disparition de l'ENA, de la création du corps des administrateurs de l'État et de la fonctionnalisation des grands corps – dont celui des préfets désormais soumis à un statut d'emploi en application du décret 2022-491 du 6 avril 2022 – repose sur des piliers aussi fragiles qu'ambitieux. Le conflit actuel confirme, si besoin était, que cette mutation ne pourra être réalisée sans une meilleure association des parties prenantes au projet.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Port du burkini dans les piscines : entre délibération qui fait des vagues et suspension à contre-courant

TA de Grenoble (ord.), 25 mai 2022, n°2203163, Préfet de l'Isère c/ commune de Grenoble.

Depuis que le conseil municipal de Grenoble a approuvé, le 16 mai 2022, un nouveau règlement des piscines municipales autorisant le port de tenues de bain « *non près du corps* » à l'instar du burkini, un raz-de-marée de réactions a inondé le débat public national. Après saisine par le préfet, sur instruction du ministre de l'Intérieur et par un usage très politique du nouveau déféré-suspension-laïcité (art. L. 2131-6 du CGCT) créé par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, le TA de Grenoble ordonne la suspension en jugeant que « *si les usagers du service public peuvent exprimer librement, dans les limites fixées par la loi, leur appartenance religieuse, les dispositions de l'article 1er de la Constitution interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances pour s'affranchir des règles communes organisant et assurant le bon fonctionnement des services publics* ». Inédite, la décision est aussi critiquable : d'abord, parce que le Conseil d'État a déjà pu juger que des arrêtés interdisant le burkini constituent, en l'absence de trouble à l'ordre public, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales (CE, 26 août 2016, *LDH et a.*, n° 402742). Aussi, parce qu'en l'absence d'atteinte au fonctionnement du service public, le principe de laïcité n'interdit pas aux usagers d'arborer des signes religieux (CE, 2 nov. 1992, *Kherouaa*, n° 130394) et permet aux collectivités de tenir compte des convictions religieuses dans l'organisation du service public (CE, 11 déc. 2020, *Cne de Chalon-sur-Saône*, n° 426483). Enfin, parce que l'autorisation du burkini dans les piscines contribue tant à l'intégration sociale (CEDH, 10 janv. 2017, *Osmanoglu c/ Suisse*, n° 29086/12) qu'à la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe et la religion (Déf. des droits, 12 déc. 2018, n°2018-297). Au Conseil d'État de dire à présent si les piscines grenobloises ont réellement une longueur d'avance ou si le burkini doit changer de ligne… – **Thibault THUILLIER-PENA.**

Au sommaire de ce numéro

- Contentieux administratif p. 2
- Droit de l'urbanisme p. 3
- Droit administratif des biens p. 3
- Droit des contrats publics p. 3
- Droit des étrangers p. 4
- Droit de l'environnement p. 4 & 5

Contentieux administratif

L'harmonisation du contentieux du droit souple continue

CE, 25 mai 2022, Association Territoire de Musiques et autres, n° 451846.

Le ministère de la Culture avait publié un communiqué de presse en date du 18 février 2021 fixant un « *cadre d'organisation des festivals* » dans le contexte d'incertitude qui présidait alors quant à la progression de l'épidémie de Covid-19. Le communiqué informait les organisateurs de l'adoption future de deux règles : la fixation d'une jauge à 5 000 personnes et l'obligation de posture assise pour le public.

Saisi d'un recours par plusieurs organisateurs de festival, le Conseil d'État élargit encore le champ du recours pour excès de pouvoir en jugeant qu'une annonce de règles peut être visée par un recours pour excès de pouvoir : « *Si, en principe, l'annonce publique de l'intention du Gouvernement d'édicter un acte réglementaire ne constitue pas en elle-même un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il en va différemment lorsque cette annonce a pour objet, comme en l'espèce, d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elle s'adresse pour leur permettre de se préparer au futur cadre juridique auquel elles seront soumises* ». Il s'agit surtout d'un nouveau pas en avant vers une convergence de la recevabilité du droit souple. Les actes de droit souple des autorités de régulation avaient déjà été accueillis au titre de la jurisprudence *GISTI* le mois dernier (v. newsletter de mai 2022). C'est maintenant ceux des autorités administratives traditionnelles qui se voient appliquer la notion d'influence significative tirée de la jurisprudence *Fairvesta* qui était uniquement applicable aux autorités de régulation.

Sur le fond, restreignant son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'État considère qu'à la date de publication du communiqué, la situation épidémique justifiait l'annonce de ces règles et refuse ainsi son annulation. – Antoine OUMEDJKANE.

Contentieux administratif

Précisions sur les conditions de retrait de l'aide juridictionnelle en cas de recours abusif

CE, 5 mai 2022, M. C. c/ Préfet de la Haute-Vienne, n° 455860.

Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles, en application des dispositions des articles 50 et 51 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, le juge administratif procède d'office au retrait de l'aide juridictionnelle dans l'hypothèse d'un recours qu'il juge abusif ou dilatoire. Nonobstant les exigences croissantes en termes de garanties des droits fondamentaux des justiciables, la haute juridiction refuse d'opérer une lecture extensive de ces dispositions et estime, à l'instar de sa solution retenue en matière d'amende pour recours abusif (CE, 27 février 1987, *M. Bertin*, n° 38482), que le juge, en tant qu'il fait usage d'un pouvoir qui lui est propre, n'est pas tenu d'informer le requérant de son intention de procéder d'office à ce retrait ni de recueillir ses observations dans le cadre d'une procédure contradictoire. En l'espèce, s'il infirme le caractère abusif des deux recours introduits par M. C., tendant à l'annulation du refus du préfet de lui attribuer un certificat de résidence, le Conseil d'État précise toutefois, dans la lignée de son avis *Mme Lanois-Flacelière* (CE, avis, 18 janvier 2017, n° 398918), que pour l'octroi de sa rétribution, l'avocat qui représente dans des instances distinctes un même bénéficiaire de l'aide juridictionnelle doit être regardé comme ayant été investi d'une seule et même mission à l'égard de son client dès lors que les recours introduits présentent des conclusions identiques et invitent le juge à trancher les mêmes questions de droit. – Cathy-Anne RHETY.

Droit de l'urbanisme

Précisions sur l'appréciation d'une atteinte au site environnant par un projet de construction

CE, 12 mai 2022, Société civile de construction vente Léane, n° 453959.

Le Conseil d'État relève que, pour rechercher l'existence d'une « *atteinte* » au sens de l'art. R. 111-27 du code de l'urbanisme (relatif aux modalités de préservation des éléments présentant un intérêt architectural, patrimonial, paysager ou écologique), il importe d'apprécier, d'abord, la qualité du site sur lequel une construction est projetée et d'évaluer, ensuite, l'impact que cette construction, compte tenu de sa nature et de ses effets, pourrait avoir sur le site (sans néanmoins se livrer, pour apprécier la légalité du permis de construire délivré, à une balance d'intérêts divers en présence, autres que ceux visés par ce texte). La haute juridiction précisant qu'il n'en va pas différemment lorsqu'il a été fait usage de l'art. L. 451-1 du code de l'urbanisme permettant que la demande de permis porte à la fois sur la construction et sur la démolition d'une construction existante, lorsque cette démolition est nécessaire à l'opération. Dans un tel cas, il appartient à l'administration d'apprécier l'impact, sur le site, non de la seule démolition de la construction existante mais de son remplacement par la construction autorisée. – Thibault THUILLIER-PENA.

©

Droit administratif des biens

Dix ans après l'arrêt *Commune de Douai*, la jurisprudence sur les biens de retour continue de faire des émules

CE, 16 mai 2022, Commune de Nîmes, n° 459904.

Si l'on peut légitimement douter de la réalité de l'exorbitance du régime des contrats administratifs aujourd'hui, il n'en demeure pas moins qu'il est des points où celle-ci reste particulièrement visible. Sont principalement concernés les contrats intéressant l'exécution d'une mission de service public. En ce sens, les biens de retour, qui doivent, au terme de la délégation de service public, intégrer gratuitement le patrimoine de la personne publique délégante, en ce qu'ils sont nécessaires à la continuité et au bon fonctionnement de ladite mission, en fournissent un bon exemple. En effet, et depuis 2012 (CE, Ass., 21 déc. 2012, *C^ne^ de Douai*, n° 342788 ; décision dont la portée a été codifiée au sein de l'art. L. 3136-10 du code de la commande publique), la jurisprudence relative aux biens de retour s'est notablement étoffée, et témoigne d'une franche inclination en la faveur des personnes publiques. Que l'on songe aux règles relatives à l'indemnisation du concessionnaire public lorsque la concession de service public arrive prématurément à son terme, conduisant dans les faits à la reconnaissance d'une liberté contractuelle à deux vitesses (CE, 25 oct. 2017, *C^ne^ de Croisic*, n° 402921). Que l'on songe encore aux biens devant être regardés comme des biens de retour, le Palais Royal ayant jugé que devaient être considérés comme tels ceux dont le délégataire était propriétaire avant même la conclusion dudit contrat, dès lors qu'ils étaient utiles au fonctionnement du service public, celui-ci ajoutant qu'aucune stipulation contractuelle ne saurait faire obstacle à leur intégration au sein du patrimoine de l'autorité délégante (CE, Sect., 29 juin 2018, *C^té^ de c^nes^ de la vallée de l'Ubaye*, n° 402251). Précisons enfin que la « *restitution par le délégataire de biens de retour est au nombre des mesures utiles et urgentes qui peuvent être prises sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative afin d'assurer la continuité du service public et son bon fonctionnement* » (CE, 5 févr. 2014, *S^tés^ Equalia et Polyxo*, n° 371121). L'arrêt *Commune de Nîmes* s'inscrit clairement dans la continuité de la jurisprudence initiée en 2012. Il rappelle effectivement la possibilité pour le délégant de saisir le juge des référés dans ce cadre. Il rappelle également l'impossibilité pour les parties d'exclure qu'un bien nécessaire au fonctionnement du service public retourne gratuitement dans le patrimoine de la personne publique, le juge devant systématiquement rechercher si les biens en cause sont nécessaires à son fonctionnement. Il apporte néanmoins quelques précisions qui attestent de la place singulière occupée par les biens de retour. En effet, après avoir écarté (sommairement) l'application du droit de la propriété littéraire et artistique en l'espèce – le Conseil d'État estimant qu'il était seulement demandé à ce qu'il soit enjoint au délégataire de restituer les « *différents supports, matériels ou non, ainsi que des droits d'administration de pages hébergées sur les réseaux sociaux, sans préjudice des éventuels droits de propriété intellectuelle relatifs à ces supports ou aux contenus hébergés par ces pages* » (précisons que la solution inverse aurait abouti à l'incompétence du juge administratif [TC, 7 juil. 2014, *Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle*, n° 3954]) – le Palais Royal considéra que « *les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat étant nécessaires au fonctionnement du service public tel qu'institué par la commune, ils [devaient] lui faire retour gratuitement au terme du contrat.* » Appréciant l'importance du bien vis-à-vis du service public au regard de l'objet de la convention considérée, le Conseil d'État a pu estimer que les droits d'administration des pages des réseaux sociaux devaient être regardés comme des biens de retour. – **Ugo Assouad.**

Contrats administratifs

Les jours s'en vont, le contrat demeure

CAA Marseille, 25 avril 2022, n° 19MA05387 & CAA Versailles, 23 mai 2022, n° 19VE01271.

Comme le Tarn sous le pont de Montvert, les jours ont passé depuis l'auguste jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avril 2014) relative au recours des tiers en contestation de la validité du contrat et l'onde si lasse de la jurisprudence a continué son cours. On pense, en particulier, à la décision *Czabaj* (CE, Ass., 13 juillet 2016) qui, faisant que le temps ne suspende plus nécessairement son vol en cas de méconnaissance des exigences formelles de publicité ou de notification des actes, pose le principe d'un délai raisonnable de recours, lequel ne peut, sauf circonstances particulières, excéder un an. Les deux arrêts commentés marquent l'adaptation du contentieux contractuel à l'initiative des tiers à ce nouveau verrou temporel. Par le premier, est transposé le délai raisonnable de recours à la contestation directe du contrat par un tiers. Par le second, nécessairement plus anecdotique, est opérée la même transposition pour la contestation d'un acte détachable d'un contrat conclu avant la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, laquelle n'emportait d'effet que pour l'avenir à la différence de la décision *Czabaj*. Dans les deux cas, malgré l'insuffisance constatée dans les modalités de publicité mises en œuvre, les jours s'en vont, le contrat demeure. – **Léon Boijout.**

Droit des étrangers

Dématérialisation sous conditions

CE, 3 juin 2022, nos 452798, 452806 et 454716.

Dans le cadre de trois recours en excès de pouvoir, le Conseil d'État est amené à se prononcer sur la légalité du décret du 24 mars 2021 rendant obligatoire le recours à un téléservice pour le dépôt des demandes de titres de séjour.

Les juges précisent en premier lieu que l'obligation de recourir à un téléservice pour accomplir une démarche administrative auprès d'un service de l'État ne relève pas du domaine de la loi, et peut donc être librement fixée par le pouvoir réglementaire. Ils ajoutent néanmoins qu'une telle obligation ne saurait être mise en œuvre que si l'accès normal des usagers au service public ainsi que les garanties des personnes concernées dans l'exercice effectif de leurs droits sont assurés. Les juges proposent alors un faisceau d'indices permettant de vérifier la réalisation de cette condition : le pouvoir réglementaire doit tenir compte de l'objet du service, du degré de complexité des démarches dématérialisées en cause ainsi que leurs conséquences pour les administrés. Il doit également prendre en compte les caractéristiques de l'outil numérique et, le cas échéant, les difficultés d'accès ou de maniement des services en ligne. S'agissant du téléservice concerné, le Conseil relève la complexité des démarches liées aux demandes de titres de séjour et formule deux conditions pour qu'une telle plateforme puisse être obligatoire: d'une part, un accompagnement doit être prévu pour les personnes ne disposant pas d'un accès aux outils numériques ou ayant des difficultés avec ceux-ci, d'autre part, une solution de substitution doit être prévue en cas d'impossibilité pour un usager de recourir au téléservice pour des raisons tenant soit à la conception de l'outil, soit à son fonctionnement. Par manquement à ce dernier point, le décret est entaché d'illégalité. – **Sabrina Hammoudi.**

Droit de l'environnement

Le Grand coq chantera encore cinq ans

CE, 1er juin 2022, Assoc. FNE Midi-Pyrénées et a., n°453232.

Le Grand Tétras est le plus gros oiseau des forêts d'Europe. On le trouve principalement dans les Pyrénées, les Vosges, et le Jura. Sa population a fortement diminué depuis les années 1960, mais il figure encore à l'annexe II de la directive « Oiseaux » en tant qu'espèce chassable, et l'arrêté du 29 octobre 2009 n'en interdit la destruction que dans certaines régions.

Sur le fondement de l'article R. 424-14 du code de l'environnement, l'association FNE Midi-Pyrénées avait demandé à la ministre de la Transition écologique de prendre un arrêté suspendant la chasse de cet oiseau sur l'ensemble du territoire métropolitain pour une durée de cinq ans. Suite à son refus, l'association avait saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir, et lui avait demandé d'enjoindre à la ministre de prendre un tel arrêté dans un délai d'un mois.

La Haute juridiction rappelle que « *le refus de prendre une mesure déterminée est illégal dans l'hypothèse où l'édiction de cette mesure se révèle nécessaire au respect des obligations qui s'imposent aux autorités compétentes et où l'abstention de la prendre fait obstacle à ce qu'elles puissent être respectées* » (CE, 27 novembre 2019, *Droits d'urgence et a.*, n° 433520). Ainsi, contrairement à ce que soutenait la ministre, si d'autres mesures sont prévues par le code (R. 424-6 et L. 425-16 et 17), elles n'ont pas « *par leur portée et leur durée (…) le même effet que la mesure de suspension* ». Il appartenait donc à la ministre de faire usage des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article R. 424-14, « *les données scientifiques disponibles sur l'espèce et sa conservation ne [permettant] pas de s'assurer que la chasse est compatible avec le maintien de la population et respecte une régulation équilibrée de l'espèce du point de vue écologique.* » (*CE 17 décembre 2020, Association LPO France, n° 433432*).

Le Conseil d'État a donc enjoint au ministre chargé de la chasse de prendre un arrêté de suspension pour une durée de cinq ans. Il précise néanmoins qu'une telle mesure pourra « *être abrogée avant son terme si de nouvelles données rendent compte d'une évolution suffisamment favorable de l'état de conservation du grand tétras* ». – **Clémence Ballay-Petizon**

Droit de l'environnement

Continuité écologique des cours d'eau : les moulins, c'était mieux à vent ?

Cons. constit., 13 mai 2022, n° 2022-991 QPC.

L'article L. 214-17 du Code de l'environnement prévoit un certain nombre d'obligations au titre de la continuité écologique des cours d'eau. Pour autant, l'article L. 214-18-1 dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-227 du 24 février 2017 organise un régime d'exonération totale (CE, 31 mai 2021, *MDC Hydro*, n° 433043) pour les moulins à eau régulièrement installés (CE, 22 octobre 2018, *MDC Hydro*, n° 408663 et *SARL Saint-Léon*, n° 402480) équipés pour produire de l'électricité, et qui existaient à la date de publication de la loi. Plusieurs associations contestaient la conformité de cet article au motif qu'il méconnaîtrait le droit de vivre dans un environnement sain garanti par l'article 1er de la Charte.

Ce n'est pas l'avis du Conseil constitutionnel qui, reprenant les termes de sa décision du 10 décembre 2020 n° 2020-809, estime que les limitations en cause étaient liées à deux motifs d'intérêt général : la préservation du patrimoine hydraulique, et le développement des énergies renouvelables. Sur ce dernier point, on est bien tenté de raisonner par analogie. Alors certes, cette décision ne se situe pas tout à fait dans le même cadre, mais rappelons tout de même qu'en matière de dérogation espèces protégées, le Conseil d'État entretient vis-à-vis des installations ENR une jurisprudence beaucoup plus sévère (v. notamment CE, 15 avril 2021, n° 432158 et n° 430500 ; *CE, 10 mars 2022, Association sauvegarde des Avants-Monts*, n° 439784).

Place du Palais-Royal, la contribution d'un projet ENR doit revêtir une réelle importance au regard des objectifs fixés par la politique énergique. Rue Montpensier, on vient en revanche d'apprendre qu'un moulin à eau équipé pour produire de l'énergie contribue par lui-même au développement des énergies renouvelables, quel que soit le volume d'électricité produit – quelle que soit l'importance de sa contribution à la réalisation de la politique publique.

À vent ou à eau, les projets ENR seront encore probablement réinterrogés à l'aune de la préservation de la biodiversité. Mais à l'heure où la souveraineté énergétique est plus que jamais d'actualité, semble s'esquisser à contre-courant de la jurisprudence administrative, une dynamique qui leur est plutôt favorable. S'ajoute en effet à la décision rendue par les Sages, le Plan REPowerUE de la Commission européenne (Recommandation 2022/822 du 18 mai 2022) qui propose notamment que les énergies renouvelables soient présumées d'intérêt public supérieur). – **Clémence Ballay-Petizon.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Ugo Assouad, *DCCE* / Clémence Ballay-Petizon, *DCCE* / Léon Boijout, *DCCE* / Alexandre Bellotti, *avocat, docteur* / Antoine Oumedjkane, *ATER* / Cathy-Anne Rhety, *Assistante de justice au TA de Montpellier* / Thibault Thuillier-Pena, *ATER*.

CREAM, UFR Droit et Science Politique ; 39 Rue de l'Université – 34060 Montpellier / Contact : newsletter.cream@gmail.com
Retrouvez le CREAM sur son site internet (http://cream.edu.umontpellier.fr) et sur les réseaux sociaux Twitter (@CREAM_UMontpell) et Facebook