



L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Nelly SUDRES, Maître de conférences, UFR Droit et Sciences politiques, Université de Montpellier.

Le fonds « Érosion côtière » devra (encore) attendre

Symbole de l'érosion dunaire, l'affaire de l'immeuble du *Signal* sur la côte aquitaine a souligné l'absence de régime d'indemnisation des propriétaires affectés par le recul du trait de côte faute, pour l'expropriation dérogatoire de la loi Barnier, de couvrir ce risque naturel. Interrogé sur l'existence d'une rupture d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel l'a écarté (Déc. n° 2018-698 QPC) après avoir fermé la voie de l'indemnisation de l'incorporation d'office dans le domaine public maritime des biens atteints par l'évolution du rivage de la mer (Déc. n° 2013-316 QPC).

En réaction, des propositions de loi ont tenté d'instituer des outils pour la recomposition spatiale des côtes. Selon d'aucuns, la philosophie qui fonde le Fonds Barnier justifiait qu'il n'y soit pas recouru pour les financer : l'érosion côtière, phénomène progressif et anticipable, ne constituerait pas un risque. La loi Climat et Résilience épouse ce changement de paradigme en mettant fin à sa gestion par les Plans de prévention des risques littoraux. Lui est préférée l'intégration des nouvelles dispositions par les documents d'urbanisme des communes listées comme les plus touchées. Reste que le financement de ces dispositifs n'est prévu qu'à la marge, expliquant le peu d'enthousiasme des communes à intégrer cette liste.

Pour y remédier, S. Panonacle, députée de la Gironde, a porté un amendement au projet de loi de finances pour 2023 visant la création d'une taxe additionnelle aux droits de mutation à titre onéreux abondant un fonds « Érosion côtière » (quoique sa rédaction n'en garantisse pas l'affectation). Rejeté en Commission des finances, il a été adopté en 1^{ère} lecture malgré les critiques du ministre chargé des comptes publics pour qui cette question relève de la 2^{ème} partie de la loi traitant des crédits à allouer.

Nulle surprise alors à ce qu'il ait disparu du projet considéré comme adopté par l'Assemblée nationale en application de l'article 49, al. 3 de la Constitution.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Pollution de l'air et inaction climatique : nouvelle condamnation de l'État

CE, Ass., 17 octobre 2022, Association Les Amis de la Terre et a., n° 428409.

Saisie en 2017 par l'association *Les amis de la Terre* (n° 394254), la Haute-Juridiction avait ordonné à l'État la mise en place de mesures permettant de réduire la concentration de dioxyde d'azote (NO₂) et de particules fines (PM₁₀) dans 13 zones en France, en application de valeurs fixées dans une directive européenne 2008/50/CE. À la suite de l'inaction étatique en la matière, le Conseil d'État prononçait une astreinte de 10 millions d'euros par semestre, liquidée provisoirement une première fois en 2021.

Dans la présente décision, les juges procèdent à une nouvelle évaluation de l'exécution des obligations auxquelles l'État est soumis. Si une évolution globale est constatée, plusieurs zones présentent encore des taux de concentration en diazote d'oxygène supérieurs aux limites fixées. S'ensuit l'évaluation des mesures mises en place par l'État pour réduire la concentration de particules dans le « délai le plus court possible ». Bien que diverses et permettant « de poursuivre l'amélioration de la situation constatée à ce jour par rapport à 2019 », l'effectivité des mesures mises en place tant au niveau local que national est jugée insuffisante. L'État se voit alors contraint de verser deux astreintes de 10 millions d'euros, réparties entre

plusieurs associations et organismes engagés en matière de protection de l'air.

Un nouvel examen interviendra en 2023 pour vérifier l'évolution de l'exécution des décisions entre juillet 2022 et janvier 2023 - l'on peut déjà douter que le nuage de particules s'arrête à la frontière des zones soumises au contrôle des juges du Palais Royal... – Nedjma KONTOUKAS.

Au sommaire de ce numéro

- | | |
|---------------------------------------|------|
| • Contentieux administratif | p. 2 |
| • Droit de l'urbanisme | p. 2 |
| • Droits et libertés fondamentaux | p. 3 |
| • Régulation économique | p. 3 |
| • Droit des étrangers | p. 4 |
| • Chronique du Tribunal administratif | p. 4 |

À NOTER

Colloque « Les biens publics à l'étranger »

Date : 24 & 25 novembre 2022 ; Lieu : UFR Droit et Science politique, Bât. 1, Amphi. G. de Nogaret (D).

Organisation : Fanny TARLET (CREAM)

Programme sur <https://cream.edu.umontpellier.fr/actualites>

Contentieux administratif

Droit à un procès équitable : loué soit le revirement de jurisprudence !

CEDH, 3 novembre 2022, n° 3214/14, *Dahan c/ France*.

La mise à la retraite d'office d'un ambassadeur, contestée par ce dernier, avait été l'occasion pour le Conseil d'État de faire évoluer sa jurisprudence en matière de contrôle des sanctions disciplinaires infligées aux agents publics. Si le contrôle du juge administratif sur ces dernières était restreint et limité à l'erreur manifeste d'appréciation, les sanctions disciplinaires sont depuis lors soumises, en excès de pouvoir, à un contrôle entier du juge administratif (CE, Ass., 13 nov. 2013, *Dahan*, n° 347704).

Sa requête ayant été rejetée en cassation, M. Dahan s'était tourné vers la Cour de Strasbourg, faisant valoir la violation de son droit à un procès équitable (article 6§1 Convention EDH). Une procédure disciplinaire peut ne pas respecter les exigences de l'article 6§1, il n'existera pas de violation si elle fait l'objet d'un contrôle ultérieur par un organe judiciaire de pleine juridiction, présentant les garanties dudit article. L'organe judiciaire doit alors présenter une « plénitude de juridiction ».

La Cour rappelle d'abord que ni le conseil de discipline, ni l'autorité compétente en matière disciplinaire ne sont des organes juridictionnels : le droit à un procès équitable ne leur est donc pas applicable. La question de la plénitude de juridiction exercée par le Conseil d'État se pose alors : après avoir étudié l'objet du litige et les garanties procédurales, est passé au crible le contrôle juridictionnel opéré par le Conseil d'État. L'évolution de la jurisprudence et le renforcement de l'intensité du contrôle du juge administratif ont permis au requérant de bénéficier d'un contrôle de pleine juridiction, satisfaisant les exigences de la Cour en la matière. – **Nedjma KONTOUKAS**.

La rétroactivité *in mitius* devant le juge de cassation, ou quand une solution légitime chasse un dogme

CE, Sect., 07 octobre 2022, *Société KF3 Plus*, n° 443476.

À moins d'évoquer l'affaire, le juge de cassation n'a, en principe, pas à connaître du fond du litige. Censé se contenter de juger le jugement ayant fait l'objet du pourvoi, il n'a dès lors pas à appliquer une loi répressive plus douce intervenue au cours de l'examen de ce dernier. Logique, cette solution, implicitement ébauchée en 2008 (CE, 26 déc. 2008, n° 282995), puis explicitée en 2009 (CE, Ass., 16 fév. 2009, *Sté ATOM*, n° 274000), n'en était pas moins contestable au regard de la philosophie sur laquelle repose la rétroactivité *in mitius*. Pour reprendre les mots du doyen Vedel, que le rapporteur public cite dans ses conclusions (disponibles sur *Ariane*) : « quand une loi nouvelle atténue les rigueurs de la loi ancienne, c'est que le législateur reconnaît que les peines prévues par celle-ci sont devenues excessives et ne sont plus strictement et évidemment nécessaires ». Aussi était-il difficilement concevable pour le juge de cassation, « garant de la loi », d'ignorer cette « manifestation de la volonté du législateur » (C. FRIEDRICH, *JCP A* 2022, 610). Le maintien de ce refus aurait été d'autant moins compréhensible au regard des aménagements que le Palais-Royal avait déjà apportés à l'office du juge de cassation (CE, Sect., 16 fév. 2018, n° 395371), ainsi qu'au regard de l'admission – de longue date – par le juge du quai de l'horloge de l'applicabilité de la rétroactivité *in mitius* dans une telle situation (Cass. com., 21 mars 2000, n° 97-21-894). Cette solution, de surcroît, ne semblait pas tenable vu le contexte de l'affaire. En effet, en l'espèce, la loi nouvelle avait été adoptée consécutivement à l'abrogation différée d'une disposition que la société requérante avait contestée devant le Conseil constitutionnel, laquelle, de fait, n'avait pu lui profiter (Cons. const., déc. n° 2021-908 QPC, 26 mai 2021). Aussi, en jugeant que la loi répressive nouvelle plus douce devait être appliquée, le cas échéant d'office, non seulement par le juge du fond, mais également par le juge de cassation (v. pt. n° 5), le Conseil d'État pallie quelque part « l'effet inutile » (T. DUCHARME, *RDP* 2019, p. 107) de la déclaration d'inconstitutionnalité dont la requérante avait pourtant été à l'initiative suite au rejet de sa requête par la CAA de Douai (02 juill. 2022, n° 19DA02079).

Cette solution, comme cela ressort du fichage de l'arrêt, ne saurait toutefois être étendue au cas des lois de validation (CE, Ass., 27 oct. 1995, *Ministre du logement c/ Mattio*, n° 150703) ; sans doute en raison des exigences constitutionnelles auxquelles elles sont susceptibles de porter atteinte, à savoir, selon Céline Guibé, l'indépendance des juridictions et le principe d'égalité des armes (concl. préc.). – **Ugo ASSOUD**.

Droit de l'urbanisme

Précisions sur le contrôle du juge face à la régularisation des autorisations d'urbanisme

CE, 10 octobre 2022, *Groupement de défense de l'arrondissement de Montreuil-Sur-Mer*, n° 451530.

À l'occasion d'un contentieux mettant en jeu la contestation d'un permis modificatif d'aménagement, le Conseil d'État précise la date à laquelle le juge peut apprécier la bonne régularisation des autorisations d'urbanisme. Le juge rappelle d'abord, classiquement, qu'un permis modificatif peut venir régulariser les illégalités, qu'il s'agisse d'une méconnaissance des règles de fond ou de forme et procédure. En ce sens, le permis modificatif peut être regardé comme ayant régularisé les illégalités relatives aux règles de fond à la condition, soit que ces règles aient été modifiées depuis l'édition de l'autorisation initiale, soit que leur respect ait été affecté par un changement de circonstances de fait. En conséquence, il convient donc pour le juge de se prononcer, non pas à la date de l'autorisation initiale, mais bien à celle où l'autorisation modificative a été édictée. C'est notamment sur ce fondement que l'arrêt de la CAA de Douai est annulé. – **Antoine OUMEDJANE**.

Action Femen dans une église : une communion des seins au bénéfice d'un débat sociétal

CEDH, 13 octobre 2022, *Bouton c/ France*, n°22636/19.

« Nudité, Lutte, Liberté ». Tel est l'un des slogans du mouvement des « Femen », organisation internationale de défense des droits des femmes créée en Ukraine en 2008, qui milite notamment pour le droit des femmes à disposer librement de leur corps et, à ce titre, de celui de recourir à l'avortement. C'est à cette fin qu'Éloïse Bouton, militante Femen, s'introduit en 2013, en dehors de tout office et accompagnée de journalistes, dans l'église de la Madeleine à Paris en se présentant devant l'autel, la poitrine dénudée et le corps couvert de slogans, afin de mimer, à l'aide d'un morceau de foie de bœuf, ce qu'elle présente comme « l'avortement de l'embryon de Jésus ». Condamnée à une peine de prison avec sursis pour exhibition sexuelle (art. 222-32 du code pénal) par les juridictions internes, elle saisit la Cour EDH d'une violation de l'article 10 de la Convention. Si la Cour admet sans difficulté l'ingérence, prévue par la loi, que constitue cette condamnation dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, elle relève que cette ingérence poursuivait des buts légitimes (la protection de la morale et des droits d'autrui, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales). Toutefois, au titre du contrôle de la nécessité de la restriction dans une société démocratique et conformément aux principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 10 (v. not. CEDH, 7 déc. 1973, *Handyside c/ RU*, n° 549374), la Cour relève qu'alors même que la performance de la requérante a pu offenser les convictions religieuses, cette dernière devait bénéficier d'un niveau suffisant de protection, allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités nationales atténuée dès lors que le contenu de son message relevait d'un sujet d'intérêt général (v. CEDH, 17 juil. 2018, *Mariya Alekhina et a. c/ Russie*, n° 38004/12). Par conséquent, conformément à une jurisprudence constante suivant laquelle une peine de prison infligée dans le cadre d'un débat politique ou d'intérêt général n'est compatible avec la liberté d'expression que dans des circonstances exceptionnelles (v. CEDH, 13 mars 2018, *Stem Taulats and Roura Capellera c/ Espagne*, n° 51168/15), la Cour indique que l'action de la requérante avait pour seul objectif de contribuer, par une performance certes délibérément provocante mais non « gratuitement offensante » (CEDH, 20 sept. 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, n° 13470/87, §49), au débat public sur le droit à l'avortement. Enfin, vérifiant la mise en balance des intérêts divergents par un opportun contrôle *in concreto*, la Cour souligne que les juridictions françaises se sont bornées à examiner la question de la nudité de la poitrine dans un lieu de culte, sans prendre en considération les explications fournies par la requérante, entre autres sur le sens donné à leur nudité par les militantes des Femen dont la poitrine dénudée sert d'« étendard politique ». Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la Cour conclut que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante que constitue la peine d'emprisonnement avec sursis n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » et qu'il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention. Notons que, par une opinion concordante qui mérite la lecture, la juge Šimáčková relève avec beaucoup de pertinence que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante n'était, selon elle, pas prévue par la loi en ce que l'objectif de la pénalisation de l'exhibition sexuelle réprimée par l'article 222-32 du code pénal est d'offrir une protection contre les agressions sexuelles, non de protéger la liberté de conscience et de religion. Pour elle, il ne saurait donc être soutenu qu'un moyen d'expression purement politique, qui n'a pas été sexualisé de quelque manière que ce soit, constitue une ingérence dans le droit d'être protégé contre les agressions sexuelles. La juge concluant par l'incohérence de la France sur la poitrine féminine dénudée : liberté de Marianne chez Delacroix, agression des Femen pour les tribunaux... Et si ce n'était finalement que le spectre du retour de l'interdiction du blasphème qui planait dangereusement derrière cette sanction pénale ?

– Thibault THULLIER-PENA.

Régulation économique

Recours contre le refus de la CNIL de donner suite à une plainte : du contrôle normal à l'entier il n'y a qu'un pas

CE, 21 octobre 2022, *Mme C.*, n° 459254.

Une déléguée à la protection des données, licenciée, qui arguait, ironiquement, que son ancien employeur avait porté atteinte à son droit à la protection des données personnelles, avait vu sa plainte classée sans suite par la CNIL. S'il ne fait pas de doute que le Conseil d'État accepte d'examiner les recours pour excès de pouvoir dirigés contre de tels actes des autorités de régulation indépendantes (déjà pour la CNIL : CE, 19 juin 2017, n° 398442 et v. pour l'ARCOM, dans le cas d'un refus de mettre en garde une chaîne de télévision : CE, 14 février 2018, n° 406425), la juridiction profite de cette affaire pour préciser l'intensité de son contrôle dans le cas précis de la CNIL.

Ainsi, malgré le « large pouvoir d'appréciation » reconnu à la Commission, les refus de donner suite à des plaintes fondées sur « des droits garantis par la loi à la personne concernée à l'égard » des données personnelles feront l'objet d'un contrôle entier par le juge de l'excès de pouvoir. Plusieurs remarques peuvent être formulées. D'abord, ce contrôle entier concernera la grande majorité des plaintes de la CNIL qui émanent, la plupart du temps, de particuliers qui arguent d'une violation de leur droit à la protection des données personnelles. Ensuite, reste à savoir si ce contrôle changera fondamentalement la donne, eu égard à la motivation extensive de ces décisions et leur attention à la proportionnalité. En l'espèce, d'ailleurs, après un contrôle particulièrement approfondi, le Conseil d'État rejette le recours. Ce n'est qu'à partir de là que pourra enfin se poser la question de l'opportunité d'étendre une telle jurisprudence à d'autres autorités de régulation indépendantes. – Antoine OUMEDJANE.

Retour aux sources pour le contentieux des visas long séjour

CE, 7 novembre 2022, n° 449990.

Le domaine des visas est traditionnellement regardé comme une matière de haute police, caractérisée par un large pouvoir d'appréciation des autorités consulaires et un contrôle pour le moins retenu du juge administratif (CE, 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, n° 41550). Une intensification de ce dernier avait toutefois été initiée l'année dernière (CE, 4 février 2021, n° 434302). Le Conseil d'État s'était en effet timidement engagé dans un recensement limitatif des motifs pouvant justifier le refus d'un visa long séjour, à savoir une menace pour l'ordre public, un risque de détournement de l'objet du visa ou, si le demandeur entendait s'installer durablement en France, le visa de long séjour ayant la particularité de pouvoir déboucher sur l'octroi d'un titre de séjour, le motif tiré de ce que l'intéressé n'était manifestement pas susceptible de remplir les conditions lui permettant d'obtenir un tel titre.

L'affaire commentée, qui se déroule dans un contexte diplomatique tendu avec l'Algérie, est l'occasion pour le Conseil d'État de rebrousser chemin, en abandonnant explicitement le précédent de 2021, ainsi qu'en témoignent les mentions du fichage. En dehors des stipulations particulières d'éventuelles conventions bilatérales, le large pouvoir d'appréciation des autorités consulaires est fermement réaffirmé, le refus pouvant être motivé par « toute considération d'intérêt général » ou « par l'absence de preuve de la nécessité d'un séjour de longue durée ». Quant au juge, il doit maintenir son contrôle dans les frontières de l'erreur manifeste d'appréciation et, en l'espèce, n'a pas été convaincu par les arguments du requérant tirés de ses attaches familiales en France ou des intérêts immobiliers et financiers qu'il y détient. Les visas demeureront donc une arme juridique peu encadrée au service de la politique extérieure du moment. – **Léon BOUJOUT**.

Chronique du Tribunal administratif

Quand cessera-t-on de scier la branche sur laquelle nous sommes assis ?

TA Montpellier, ord., 5 octobre 2022, *Assoc. Bancs Publics*, n° 2204788.

En 1522, le roi Henri II ordonnait la plantation d'arbres le long des voies ouvertes à la circulation publique. En 1970, le Président Pompidou rappelait à l'ordre son ministre de l'Équipement qui avait ordonné l'abattage systématique de ces arbres. En 2016, le législateur entendait sauvegarder ce patrimoine, en interdisant, par l'article L. 350-3 du code de l'environnement, ces opérations sauf dérogation accordée par « l'autorité compétente », dans le cadre notamment d'un projet de construction. Le Conseil d'État avait estimé que l'autorité compétente en question était celle en charge de la délivrance de l'autorisation d'urbanisme, laquelle valait octroi de la dérogation (CE, avis, 21 juin 2021, n° 446662). Le pont ainsi jeté entre la législation sur l'urbanisme et celle relative à l'environnement était louablement justifié par la nécessité d'assurer un contrôle effectif de cette interdiction et des dérogations accordées dans le cadre du contentieux de l'autorisation d'urbanisme (pour un ex., v. CE, 7 juillet 2021, *Assoc. Patrimoine et Environnement*, n° 445431). On pouvait également saluer la simplification ainsi opérée au bénéfice du pétitionnaire. Tel était l'état du droit avant la loi 3DS du 21 février 2022 qui modifie en profondeur l'article L. 350-3 du code de l'environnement et neutralise l'interprétation qu'en avait retenu le Conseil d'État, dans un souci de simplification se défend l'étude d'impact. Désormais, l'autorité compétente pour accorder une éventuelle dérogation est le préfet et les « opérations » d'abattage sont subordonnées à sa saisine, les modalités pratiques de cette obligation et la sanction de sa méconnaissance étant renvoyées à un décret que l'on attend toujours. On pouvait ainsi douter de la possibilité pour le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier de suspendre, sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article L. 350-3 du code de l'environnement, l'autorisation accordée à la ville de Sète pour la rénovation de la place Aristide Briand, projet impliquant l'abattage des quelques platanes qui subsistent encore autour du kiosque Franke. D'une part, leur applicabilité directe est désormais discutable. D'autre part, si les opérations d'abattage sont bien soumises à la saisine du préfet, la légalité de l'autorisation d'urbanisme n'y est pas subordonnée et le principe d'indépendance des législations semblait devoir être réactivé. Qu'on ne s'y trompe pas : en scindant la compétence pour autoriser un projet de construction et octroyer une dérogation, en évoquant les « opérations » d'abattage plutôt que l'autorisation d'urbanisme et en demeurant silencieuses sur la chronologie des autorisations à obtenir, les nouvelles dispositions du code de l'environnement, loin de mettre un terme aux ambiguïtés du dispositif initial, lesquelles avaient été adéquatement levées par le Conseil d'État, simplifient non pas le cadre législatif mais bien la possibilité de porter atteinte au patrimoine naturel, au moyen d'une méthode regrettamment insidieuse consistant à maintenir le flou et à neutraliser le contrôle juridictionnel. –

Léon BOUJOUT