



23 JANVIER 2022

# SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

PÉRIODE DE JUIN À DÉCEMBRE 2022

GONÇALVES David - KONTOUKAS Nedjma -  
RHETY Cathy-Anne

# ACTES

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* **Entrée en vigueur de la réforme des règles de publicité, d'entrée en vigueur et de conservation des actes.**

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2022, la majorité des dispositions de l'ordonnance n° 2021-1310 du 7 octobre 2021 et de son décret d'application du même jour (Décret n° 2021-1311 du 7 octobre 2021) réformant les règles de publicité, d'entrée en vigueur et de conservation des actes sont entrées en vigueur.

Cette réforme vise à simplifier les règles de publicité, d'entrée en vigueur et de conservation des actes administratifs et tend nettement à favoriser la dématérialisation de ces derniers. Ainsi, et pour l'essentiel, les mesures adoptées mettent fin au recueil des actes administratifs. Désormais, excepté pour les actes individuels, la seule publication par voie électronique des actes permet d'assurer, en lieu et place de la version papier, le respect par les collectivités locales de leurs obligations en termes d'affichage et de publicité (v. art. L. 221-2 et s. du CRPA). Par ailleurs, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, les plans locaux d'urbanisme et les schémas de cohérence territoriale devront désormais, pour leur entrée en vigueur, être publiés sur le portail national de l'urbanisme en ligne (v. art. L. 133-1 du code de l'urbanisme). Enfin, outre la suppression du compte rendu du Conseil municipal ou communautaire, la réforme simplifie et allège le contenu et les modalités de publicité et de conservation du procès-verbal des assemblées délibérantes locales.

Si ces mesures peuvent faire craindre des difficultés d'accès à l'information pour les personnes en situation d'exclusion numérique, il convient de noter que l'ordonnance prévoit la possibilité pour ces dernières de solliciter et de se voir communiquer une version papier de l'acte publié sous forme électronique.

## JURISPRUDENCES

### \* **Précisions sur l'encadrement du recours obligatoire aux téléprocédures.**

**CE, Sect., 3 juin 2022, Conseil national des barreaux, La Cimade et autres, n°452798.**

Le recours à un téléservice pour accomplir une démarche administrative peut-il être rendu obligatoire pour les usagers d'un service public ? À l'heure de la numérisation et de la dématérialisation des formalités administratives, c'est à cette question qu'a été amenée à répondre la section du contentieux du Conseil d'État saisie d'un litige relatif à la légalité des dispositions du décret du 24 mars 2021 et de ses arrêtés d'application qui imposent, pour le dépôt

des demandes de certains titres de séjour, le recours à un téléservice (Modifiant l'art. R. 431-2 du CESEDA).

Si l'objectif sous-tendant cette réglementation, visant à la réduction des longues files d'attente devant les préfectures pour procéder à la prise de rendez-vous et aux dépôts de demandes de titre de séjour est louable, celle-ci n'est pas sans risque pour l'accès au service public et la garantie des droits des administrés en situation d'exclusion numérique.

En l'espèce, si conformément à sa jurisprudence *Jamart* (CE, sect., 7 févr. 1936, *Jamart*) la Haute juridiction de l'ordre administratif reconnaît la compétence du pouvoir réglementaire pour instaurer, dans le cadre de ses pouvoirs généraux d'organisation des services, des procédures de téléservice pour la réalisation de certaines formalités administratives telles que la délivrance d'une autorisation, celle-ci précise toutefois que le recours à une telle procédure dématérialisée ne doit ni avoir pour effet de modifier les conditions légales subordonnant sa délivrance ni empiéter sur les compétences attribuées au législateur en vertu de la Constitution.

En outre, et surtout, le Conseil d'État affirme que, par principe, ni les dispositions des articles L. 112-8 et L. 112-9 du code des relations entre le public et l'administration ni les principes généraux applicables aux services publics, notamment celui d'égal accès au service public, ne font obstacle à l'édition d'une obligation de recourir à un téléservice. Toutefois, il précise que lorsque l'administration fait usage de cette faculté, celle-ci doit s'assurer – en tenant compte notamment de l'objet du service, de la complexité des démarches administratives qu'il recouvre, des caractéristiques propres à ses usagers et des conséquences qui peuvent résulter d'un défaut d'accès à ce service – que la procédure mise en place soit assortie de garanties suffisantes pour permettre à tous un accès effectif au service public.

Ce cadre général étant posé, et après avoir reconnu que le public concerné par les demandes de titre de séjour était particulièrement atteint par le manque d'accès à l'outil informatique, et que l'impossibilité de procéder au dépôt d'une demande de titre de séjour était susceptible de mettre en péril leur maintien sur le territoire français, les juges du Palais-Royal estiment que la mise en œuvre, par le décret du 24 mars 2021 et ses arrêtés d'application, d'un service d'accueil et d'accompagnement des personnes ne disposant pas d'accès aux outils numériques ou rencontrant des difficultés dans leur utilisation constitue une mesure suffisante pour garantir un accès effectif au service. En revanche, ces derniers ont censuré les dispositions litigieuses en tant qu'elles ne prévoient pas de solution de substitution tendant à pallier les éventuels dysfonctionnements de la plateforme numérique.

✱ La famille des décisions « *ni réglementaires ni individuelles* » s'agrandit !

CE, 3 juin 2022, *Sté Authenticia*, n° 457453.

CE, 3 juin 2022, *Ass. Pornostop*, n° 453794.

CE, 14 oct. 2022, *Ass. Réunissons Polangis*, n° 457980.

« *Il est souvent hasardeux d'affirmer qu'un acte [administratif unilatéral] a ou n'a pas une nature réglementaire* » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, réimpr. Dalloz, t.1, 2007, p. 246-251). Pourtant, il est acquis pour tout apprenti juriste dès la seconde année de Licence, que cette qualification n'est pas anodine puisqu'elle conditionne le régime juridique applicable à cet acte et en particulier la compétence juridictionnelle. En effet, l'article R. 311-1 du code de justice administrative prévoit notamment que le Conseil d'État a compétence pour connaître en premier et dernier ressort des « *recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale* ».

Saisie par des juridictions du fond en application de l'article R. 351-2 du code de justice administrative, c'est sur cette question de compétence juridictionnelle et de nature de l'acte, que le CE a été amené à se prononcer à trois reprises au cours de ce deuxième semestre 2022.

Dans la première affaire, portée par la société Authentifia, était en cause la décision par laquelle le ministre de l'Intérieur a décidé d'interdire, en vertu des dispositions de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 (Loi n° 49-956), la publicité, l'exposition à la vue du public et la vente aux mineurs de l'ouvrage intitulé « *Pour apprendre Le Tawhîd aux enfants* », tandis que dans la seconde, rendue le même jour, l'association Pornostop demandait l'annulation du refus du secrétaire d'État en charge de l'enfance et des familles de supprimer le renvoi par la plateforme [www.jeprotegemonenfant.gouv.fr](http://www.jeprotegemonenfant.gouv.fr) – plateforme qui a pour objet d'informer, prévenir et protéger les mineurs contre l'exposition aux contenus pornographiques en ligne - à certains sites internet, dont la plateforme « *onsexprime.fr* » (destiné à informer les jeunes sur la manière d'aborder la sexualité.)

Si par le passé le Conseil d'État avait reconnu – de façon implicite – le caractère réglementaire des décisions prises par le gouvernement ou par des autorités publiques nationales tendant à la diffusion d'informations (v. p. ex. CE, 6 oct. 2000, *Association Promouvoir*, n° 216901 et a.) ainsi que celle interdisant de proposer, donner ou vendre aux mineurs un journal satirique (v. p. ex. CE, 12 janv. 1972, *Société Éditions du Square*, n° 82382), c'est une position inverse que vont adopter les juges du Palais-Royal par les arrêts rendus le 3 juin 2022 en refusant expressément de reconnaître cette qualité aux actes litigieux, et par voie de conséquent sa compétence.

Il en ira de même dans la troisième affaire commentée dans laquelle était en cause le refus du ministre de l'Intérieur de modifier les limites territoriales d'une commune.

Ces solutions semblent cohérentes. En effet, aussi délicate soit la définition d'un acte réglementaire (v. F. MELLERAY, « Qu'est-ce qu'un acte réglementaire ? », *AJDA* 2018 p. 2082) il est largement admis que cette qualification s'applique aux décisions qui, soit édictent des règles générales et impersonnelles, soit qui sont elles-mêmes relatives à l'organisation du service public (CE, Sect. 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, n°76261 ; CE, Sect., 1er juill. 2016, *Institut*

*d'ostéopathie de Bordeaux, n°393082*). Or, ainsi que le fait valoir Laurent Domingo, rapporteur public dans les deux premières affaires, l'interdiction d'exposition, de publicité et de vente aux mineurs d'un ouvrage ne revêt pas un caractère général et abstrait dès lors qu'elle vise un livre spécifique et son éditeur. Il en va de même de la détermination du contenu d'un site internet puisque que la création de ce dernier n'a ni pour objet la réglementation d'un secteur, ni l'organisation du service public auquel il est associé. S'agissant de l'arrêt du 14 octobre 2022, celui-ci s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence antérieure qui refuse la qualification d'acte réglementaire au décret procédant au découpage d'un département en trois arrondissements (CE, Ass., 26 nov. 1976, *Sieur D*, n° 97328) aux actes dont résulte le découpage des cantons (CE, Sect., 30 nov. 1990, *Asso. « Les Verts »*, n° 103889) ou encore à la décision modifiant la carte cantonale (CE, 6 janv. 1999, *M. X*, n° 178608)

S'il résulte de ces trois arrêts l'absence de caractère réglementaire des décisions litigieuses, le Conseil d'État ne précise toutefois pas si ces dernières revêtent la qualité de décisions individuelles ou de décisions « ni réglementaires ni individuelles » au sens de l'article L. 200-1 du code des relations entre le public et l'administration. Si les premières sont des normes ayant pour destinataire « *une ou plusieurs personnes nominativement désignées* » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15e éd., 2001, § 699 et 698), les secondes, plus communément appelées « *décision d'espèce* » sont plus difficiles à identifier. Il s'agit, selon Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit de décisions qui « *sans être de portée générale car elles appliquent à des cas donnés une réglementation préexistante qu'elles ne modifient pas, produisent cependant des effets qui dépassent les situations individuelles* » (P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, 11e éd., 2017, § 149), autrement dit qui « *contiennent des normes impersonnelles [...] mais particulières* » (F. MELLERAY, « Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif unilatéral », *AJDA* 2015, p.2491)

Si le caractère individuel des décisions relatives à la création et au choix du contenu d'un site internet ainsi qu'à la modification des limites territoriales d'une commune peut aisément être écarté, faisant ainsi s'agrandir la famille déjà nombreuse et disparate des décisions d'espèce, la question est plus délicate s'agissant des décisions prises en vertu des dispositions de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949. En effet, si de telles décisions tendent à appliquer une réglementation préexistante à un ouvrage et son éditeur, elles peuvent cependant être regardées comme concernant un spectre plus large de personnes telles que les libraires, les mineurs, etc. (L. DOMINGO, ccl. CE, 3 juin 2022, *Sté Authentica*, n° 457453, mises en ligne sur Ariane web (conseil-etat.fr))

#### \* **Portée contentieuse d'un courrier électronique répondant à une demande d'information d'un syndicat.**

**CE, 21 juill. 2022, *Fédération des employés et cadres Force ouvrière*, n° 449388.**

Depuis sa jurisprudence GISTI (CE, Sect., 12 juin 2020, *Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s*, n° 418142) ouvrant l'accès au prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux documents de portée générale, émanant d'autorités publiques, susceptibles de produire des effets notables sur les droits ou la situation des administrés, le Conseil d'État n'a eu de cesse de

préciser, au cas par cas, les catégories d'actes émanant de l'Administration susceptibles d'entrer dans ce cadre.

À cet égard, les juges du Palais-Royal ont par exemple admis la recevabilité d'un recours formé contre une note du garde des Sceaux adressée aux membres de la juridiction judiciaire ayant pour objet de rappeler les conditions de délivrance de copies de décisions judiciaires civiles et pénales aux tiers à l'instance (CE, 21 juin 2021, *Sté Forseti*, n°428321), mais aussi celle d'un recours formé contre une prise de position de la CNIL dans une « foire aux questions » mise en ligne sur son site internet (CE, 8 avril 2022, *Syndicat national du marketing à la performance*, n°452668) ou encore celle du recours formé à l'encontre du communiqué de presse de la ministre de la Culture annonçant le cadre règlementaire à venir quant à la tenue des festivals en 2021 (CE, 25 mai 2022, *Asso. Territoire de Musiques et autres*, n°451846).

En revanche, dans l'affaire commentée, le Conseil d'État va refuser de reconnaître le caractère de « document de portée générale », « susceptible d'avoir des effets notables », à la réponse formulée par courrier électronique au syndicat requérant par les services du ministère de l'Intérieur quant à l'interprétation à retenir d'un arrêté relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, et par conséquent juger irrecevable le recours formé à son encontre.

- \* Les documents administratifs des personnes morales de droit public et des personnes de droit privé pris dans l'exercice d'une mission de service public doivent être rédigés en langue française.

CE, 22 juill. 2022, *Association de défense de la langue française et a.*, nos 455477 et 455486.

CE, 31 oct. 2022, *Association Collectif pour la défense des loisirs verts et autre et M. M...*, n° 444948.

L'article 2 de la Constitution, disposant que « *La langue de la République est le français* », impose l'usage de la langue française aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privées dans l'exercice de leurs missions de service public (Cons. const., 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC). Cependant cette affirmation des juges constitutionnels, régulièrement reprise par le Conseil d'État (V. p. ex CE, 27 juill. 2006, *Association avenir de la langue française*, n°281629 ou encore CE, 14 juin 2018, *M. B..A..*, n° 408261), n'interdit pas la diffusion d'une version d'un texte législatif ou règlementaire assortie d'une traduction en langue étrangère ou régionale (Cons. const., 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, n°99-412 DC ; Cons. Cosnt., 6 déc. 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, n° 2001-452 DC)

Ainsi, dans son arrêt du 22 juillet 2022, le Conseil d'État en a déduit qu'il n'y avait pas lieu d'annuler les décisions implicites portant refus par le ministre de l'Intérieur de la demande formulée par les associations « *Défense de la langue française* » et « *Francophonie Avenir* » tendant à la suppression des traductions en langue anglaise figurant sur les nouvelles cartes

nationales d'identité françaises (CE, 22 juill. 2022, *Association de défense de la langue française et a.*, n<sup>os</sup> 455477 et 455486)

Mais qu'en est-il des dispositions réglementaires, qui comportent directement en leur sein des mentions rédigées en langue régionale ?

Dans son arrêt rendu le 31 octobre 2022, le Conseil d'État était amené à s'interroger sur la légalité de la charte du parc naturel régional du Mont-Ventoux, approuvée par décret, comportant certains passages rédigés en langue provençale.

Dans la ligné de leur décision *société Amaya Service* (CE, 1 av. 2022, *Sté Amaya Service Ltd*, n<sup>o</sup> 450613) – selon laquelle, la circonstance qu'une décision de justice comporte la citation d'un texte en langue étrangère ne porte pas atteinte aux dispositions de l'article 2 de la Constitution dès lors que celle-ci est assortie de sa traduction ou d'une explication de sa teneur en française – le Conseil d'État juge de façon succincte que la présence ponctuelle, au sein de la charte litigieuse, de passages en langue provençale était insuffisante pour entacher, à elle seule, ce texte d'illégalité.

En toute rigueur, cette position jurisprudentielle est discutable. En effet, comme le fait valoir le rapporteur public Nicolas Agnoux dans ses conclusions contraires rendues sur l'affaire commentée (publiées sur Ariane web (conseil-etat.fr)), certains extraits de la charte régionale, rédigés en langue provençale, étaient directement incorporés à la version officielle du texte réglementaire et ne pouvaient véritablement être regardés comme proposant une simple traduction en langue régionale des passages litigieux. Peut-être cette solution est-elle toutefois motivée par la volonté du Conseil d'État d'adopter une certaine souplesse à l'égard des textes dérogeant de façon très ponctuelle à l'usage obligatoire de la langue française ?

#### ✱ **Nouvelles précisions sur le régime des décisions rendues en matière d'aide juridictionnelle.**

**CE, 29 nov. 2022, *M. S...*, n<sup>o</sup> 443735.**

Depuis une série d'arrêts rendus par le Conseil d'État au début des années 2000, il est largement admis que les décisions prises en matière d'aide juridictionnelle revêtent le caractère de « *décision d'administration judiciaire* » (CE, 22 janv. 2003, *Issa M'trengoueni*, n<sup>o</sup> 244177 ; CE 12 mai 2004, *Hakkar*, n<sup>o</sup> 261826 ; CE 20 juill. 2005, *M. Serge A*, n<sup>o</sup> 282523).

Cette qualification – dont les contours restent encore flous (en ce sens : J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246) – a ainsi permis au juge suprême de l'ordre administratif d'exclure la possibilité pour les administrés de former un recours juridictionnel à l'encontre de la décision d'un président de juridiction réitérant le refus du bureau d'aide juridictionnelle d'octroyer à un administré le bénéfice de cette aide (CE, 22 janv. 2003, *préc.*) ou encore, plus récemment, d'écarter le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la procédure d'admission à l'aide juridictionnelle à défaut de mise en œuvre par le législateur d'un système d'assistance des demandeurs par un avocat (CE 8 avr. 2021, *M. Valéry Houdaille*, n<sup>o</sup> 448498).

S'il est ainsi clairement affirmé que le régime propre aux décisions juridictionnelles n'est pas applicable aux décisions prises en matière d'aide juridictionnelle, qu'en est-il de celui applicable aux demandes adressées à l'administration au sens des dispositions de l'article L. 110-1 du code des relations entre le public et l'administration ? En particulier, dans l'affaire commentée, se posait la question de l'application aux demandes d'aide juridictionnelle des dispositions de l'article L. 111-2 du CRPA prévoyant que « *Toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administrative de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne* ».

En l'espèce, était contesté le refus implicite du garde des Sceaux de procéder à l'abrogation des dispositions des articles 48 et 42 du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Selon le requérant, ces dispositions étaient entachées d'illégalité dès lors qu'elles ne prévoyaient pas d'obligation de faire figurer sur les décisions rendues en matière d'aide juridictionnelle les noms, prénoms et qualités de leur auteur.

Une fois encore, et sans grande surprise, c'est le caractère de « *décisions d'administration judiciaire* », attribué aux décisions prises en matière d'aide juridictionnelle, qui va permettre au Conseil d'État de juger inapplicable au cas d'espèce les dispositions de l'article L. 111-2 du CRPA et par conséquent d'écarter le moyen tiré de leur méconnaissance par les dispositions litigieuses.

Si cette décision s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle constante, il n'en demeure pas moins que les contours de la notion de « *décision d'administration judiciaire* » – notion davantage utilisée par la Cour de cassation (v. par ex. **Com.**, 4 mars 2008, n° 07-10.033 ; **Civ. 2e**, 18 juin 2009, n° 08-15.424 ; **Civ. 2e**, 25 févr. 2010, n° 09-10.403) et la doctrine civiliste – ainsi que le régime qui leur est applicable restent à éclaircir (v. par ex. N. HOFFSCHIR, « L'absence de formalisme des décisions concernant l'aide juridictionnelle », *Dalloz actu.*, 13 déc. 2022).

✳ **Précision sur les conditions de retrait d'une décision de réintégration d'un agent public prise en exécution d'une décision de justice postérieurement annulée par le juge d'appel ou de cassation.**

**CE, Sect., 9 déc. 2022, Département de Seine-Saint-Denis, n° 451500.**

« *La dialectique de la légalité des actes administratifs et de la stabilité des situations juridiques est l'une des plus délicates que le juge administratif ait à manier.* » (F. SENERS, « Le découplage du retrait et du recours », *RFDA* 2002, p.77, ccl. sur **CE, Ass.**, 26 oct. 2001, **Ternon**, n° 197018). Cette question est d'autant plus complexe lorsqu'il s'agit de définir les règles applicables au retrait ou à l'abrogation des actes administratifs. S'il convient d'admettre que, depuis le début des années 2000, la jurisprudence et le législateur ont œuvré pour la simplification et la rationalisation de ces régimes (v. G. EVEILLARD, « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2015, p. 2474) certaines hypothèses restent ponctuellement à préciser. Tel était notamment le cas du retrait des actes pris en exécution d'une décision de justice postérieurement annulée par une décision juridictionnelle.

En l'espèce, par une ordonnance et un jugement des 13 juillet 2017 et 22 janvier 2018, le Tribunal administratif de Montreuil a suspendu puis annulé une sanction de révocation prise à l'encontre d'un agent public. En exécution de ces décisions juridictionnelles, l'intéressé a été réintégré au sein de son service. Toutefois, par une décision du 19 janvier 2021, se fondant sur un arrêt du 4 décembre 2018 par lequel la Cour administrative d'appel de Versailles a prononcé l'annulation du jugement rendu par les juges du fond en première instance, le président du Conseil départemental de la Seine-Saint-Denis a entendu procéder au retrait de la décision de réintégration du requérant. Ce dernier a ainsi sollicité, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de cette dernière décision. À la complexité apparente de cette procédure, s'ajoute la circonstance qu'un pourvoi en cassation formé à l'encontre de l'arrêt du 4 décembre 2018 de la Cour administrative d'appel de Versailles est pendant devant le Conseil d'État.

Cette question du retrait ou de l'abrogation d'un acte administratif consécutif à une succession de décisions juridictionnelles contradictoires n'est pas nouvelle. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de retrait, suite à l'intervention d'un jugement au fond, d'un permis de construire délivré à titre provisoire en exécution d'une injonction du juge des référés (CE, Sect., 7 oct. 2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211), ou encore d'une décision de réintégration d'un agent public adoptée dans les mêmes conditions (CE, 23 mai 2018, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur c/ Mme B*, n° 416313). Cependant, ces solutions s'expliquaient en partie par le caractère provisoire des mesures prescrites par les premières décisions (v. art. L. 511-1 du CJA)

Dans le présent litige, la question soumise aux juges du Palais-Royal était un peu différente dès lors qu'elle amenait à traiter du cas d'une décision de réintégration d'un agent prise certes en exécution d'une ordonnance de référé, mais confirmée par un jugement en fond postérieurement annulé par le juge d'appel.

La solution retenue par la section du contentieux tend à assurer un équilibre entre le caractère exécutoire des décisions de justice, y compris non définitives, et l'effectivité des voies de recours juridictionnelles. En effet, afin d'éviter que puisse indéfiniment être remise en cause la situation juridique acquise par le requérant en exécution du premier jugement, les juges du Palais-Royal limitent le retrait de la décision de réintégration à un délai raisonnable de quatre mois à compter de la notification à l'Administration de la décision rendue en appel. Ce même délai peut toutefois être amené à courir de nouveau en cas d'intervention d'une nouvelle décision rendue par une juridiction supérieure, en l'occurrence le Conseil d'État. En revanche, le Conseil d'État précise que, malgré la disparition rétroactive de la décision de réintégration de l'agent consécutive à son retrait, les sommes versées à titre de rémunération dont ce dernier a bénéficié pendant sa période de réintégration ne peuvent être récupérées par l'Administration sauf à démontrer une absence de service fait par l'intéressé. Autrement dit, dès lors que l'agent a effectivement effectué les tâches qui lui ont été confiées, les conséquences du retrait de la décision litigieuse correspondent tout bonnement à celles d'une abrogation ...

# RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE

---

## JURISPRUDENCES

- ✳ Engagement de la responsabilité de l'État en cas de carence à assurer de façon effective le droit à l'éducation des enfants handicapés soumis à l'obligation scolaire.

CE, 19 juill. 2022, *Mme C... et M. C...*, n° 428311.

Rappelant qu'il résulte des art. L. 111-1 et s. du code de l'éducation que le droit à l'éducation étant garanti à chacun quelles que soient les différences de situation et que l'obligation scolaire s'appliquant à tous, les difficultés particulières que rencontrent les enfants en situation de handicap ne sauraient avoir pour effet ni de les priver de ce droit, ni de faire obstacle au respect de cette obligation (v. par ex. CE, 8 avril 2009, *Mme Laruelle*, n° 311434), le Conseil d'État confirme qu'il incombe à l'État, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants en situation de handicap, un caractère effectif (v. par ex. CE, 20 nov. 2020, *M. D... C...*, n°422248). Également, la Haute juridiction relève qu'il est aujourd'hui acquis qu'en cas de manquement, outre désormais la voie du référé-liberté (v. CE, ord., 15 déc. 2010, *Epx Peyrilhe*, n°344729), la carence de l'État à assurer effectivement le droit à l'éducation des enfants soumis à l'obligation scolaire est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité, et ce, sans que l'administration puisse utilement se prévaloir notamment de l'insuffisance des structures d'accueil existantes (v. CE, 8 avril 2009, *Mme Laruelle*, n°311434).

Par sa décision du 19 juillet 2022, le Conseil d'État consacre une double limite à cet engagement de la responsabilité de l'État : d'abord, cette dernière doit être appréciée en tenant compte du comportement des responsables légaux de l'enfant, lequel est susceptible d'exonérer l'État de sa responsabilité. Aussi, s'engouffrant opportunément dans une brèche récemment ouverte (v. CE, 8 nov. 2019, *M. D... A... et a.*, n°412440), la Haute juridiction estime que lorsque sa responsabilité est engagée à ce titre, l'État dispose, le cas échéant, d'une action récursoire contre un établissement social et médico-social auquel serait imputable une faute de nature à engager sa responsabilité à raison du refus d'accueillir un enfant orienté par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH). A n'en nul douter, dès lors que les décisions de la CDAPH sont prises au nom de la maison départementale des personnes handicapées (MDPH) et « *malgré la composition très hétérogène de la CDAPH et la part active qu'y prennent les services de l'État* » (H. RIHAL, « L'éventuelle responsabilité du département pour défaut de scolarisation d'un enfant handicapé », *AJDA* 2020, p. 1109), cette décision participe grandement au mouvement à l'œuvre sinon d'un transfert, au moins d'un réel partage, de la responsabilité de l'État aux départements en la matière.

Source : T. THUILLIER-PENA, « "A qui la faute ?" : quand le rap de Kery James devient l'interrogation du Conseil d'État à propos du défaut de scolarisation d'un enfant handicapé », *Newsletter du CREAM* – Septembre 2022, n°41, p.4

✳ **Impossibilité d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice ayant pour origine une faute commise par un collaborateur occasionnel**

**Cass. 1re civ., sect., 14 sept. 2022, n° 21-19.650.**

Un requérant entendait engager la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la Justice (art. L. 141-1 COJ) du fait de la non-restitution d'un véhicule, dérobé, ainsi que des dommages causés à deux autres véhicules, tout trois placés sous scellés par l'autorité judiciaire auprès d'un garagiste tiers. À cette occasion, et confirmant la position du juge d'appel, la Cour précise que, le garagiste en question étant un « collaborateur occasionnel du service public » de la justice et non un agent de ce dernier, la responsabilité de l'État ne peut être engagée du fait de son comportement, même lourdement fautif. Le publiciste relèvera l'usage de cette qualification de « *collaborateur occasionnel* », détournée du sens qu'en donne la jurisprudence administrative et de l'usage (unique) qu'elle en fait : ouvrir le droit à un régime de responsabilité bénéficiant à celui ou celle qui subirait un dommage dans le cadre de sa participation à des activités d'où il tire cette qualification. La Cour achève en relevant par ailleurs que le juge d'appel a retenu que le requérant ne rapportait la preuve d'aucune défaillance du magistrat instructeur, ni des officiers de police judiciaire dans le choix du garagiste, et rejette ainsi le pourvoi.

Source : S. HAMMOUDI, « Responsabilité de l'État et collaboration occasionnelle : la Cour met les mains dans le cambouis », *Newsletter du CREAM* – octobre 2022, n°42 p. 4

✳ **Répartition des compétences pour connaître des préjudices nés de travaux relatifs à des ouvrages de transport et de distribution d'électricité : électricité et jurisprudence, pas statiques mais dynamiques !**

**TC, 5 déc. 2022, Société d'exploitation agricole Ferme de Vauroisy et M. R... c/ Société Réseau de transport d'électricité, n° 4253.**

Saisi en application des articles L. 323-4, L. 323-6 et L. 323-7 du code de l'énergie – relatifs notamment aux modalités de traversée des propriétés privées par les des ouvrages de transport et de distribution électricité –, le Tribunal des conflits était appelé à déterminer les juridictions compétentes pour connaître d'une demande d'indemnisation des différents préjudices résultant de travaux relatifs à des ouvrages de transport et de distribution d'électricité. La situation d'espèce demeure relativement simple : la société Réseau de transport d'électricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, a décidé de mettre à double circuit une ligne à très haute tension survolant des parcelles de terres appartenant à un particulier et une société civile d'exploitation agricole (SCEA). Pour la réalisation de cette transformation, le préfet compétent a établi, par arrêté, des servitudes d'ancrage, d'appui, de passage et d'abattage d'arbres et

d'occupation temporaire des parcelles appartenant aux deux personnes privées ; lesquelles souhaitent obtenir réparation des multiples préjudices qu'elles estiment subir du fait tant des travaux eux-mêmes que de l'arrêté préfectoral grevant leurs propriétés.

C'est par la mobilisation de positions jurisprudentielles administratives et judiciaires établies que le Tribunal des conflits propose une efficace grille de répartition des compétences. En effet, il estime que, si les conséquences des dommages purement « *accidentels* » (v. notamment **CE, 7 août 2008, Société anonyme de gestion des eaux de Paris, n° 289329** sur le caractère accidentel du dommage de travaux ou d'ouvrages publics) causés par les travaux de construction, de réparation ou d'entretien des ouvrages relèvent de la compétence des juridictions administratives (conformément à la logique bien connue de répartition fondée sur le critère de l'anormalité du fonctionnement de l'ouvrage ; pour un exemple récent : v. **CE, 10 avril 2019, Compagnie nationale du Rhône, n°411961**), en revanche, les juridictions judiciaires sont seules compétentes pour connaître des dommages qui sont les conséquences « *certaines, directes et immédiates* » (reprenant ainsi les indices dégagés par une jurisprudence constante depuis **TC, 27 mai 1980, Brumpt c/ EDF, n° 02161**) des servitudes instituées au profit des concessionnaires de distribution d'énergie, tels que la dépréciation de l'immeuble, les troubles de jouissance et d'exploitation, la gêne occasionnée par le passage des préposés à la surveillance et à l'entretien.

Partant, le Tribunal des conflits applique très rigoureusement cette répartition pour statuer sur chacun des préjudices invoqués :

C'est ainsi qu'il juge d'abord que les dommages causés aux cultures et aux jachères par les travaux de reconstruction de la ligne et ceux causés par la création de pistes sur l'exploitation afin de permettre l'exécution de ces travaux présentent un caractère accidentel et relèvent, en conséquence, de la compétence de la juridiction administrative. De même, les parcelles dont la SCEA est propriétaire n'étant pas grevées de la servitude, le préjudice patrimonial invoqué par cette société, tiers par rapport à l'ouvrage public, du fait de la perte de valeur vénale de ces parcelles n'est pas la conséquence certaine, directe et immédiate de la servitude. Par suite, seule la juridiction administrative est compétente pour en connaître.

Néanmoins, le préjudice patrimonial subi par les personnes privées en raison de la perte de valeur vénale des parcelles dont elles sont propriétaires constitue une conséquence certaine, directe et immédiate de la servitude, y compris pour les parcelles non grevées, qui constituent, avec les parcelles traversées par l'emprise de la servitude, une unité foncière d'un seul tenant (le Tribunal des conflits précisant qu'il en va de même pour le préjudice visuel subi par le propriétaire), il est jugé que l'indemnisation de ces préjudices relève, quant à elle, de la compétence de la juridiction judiciaire.

# CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

## JURISPRUDENCES

### \* Articulation des offices du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État en matière de contentieux des ordonnances non-ratifiées

**CE, Sect., 26 juill. 2022, UNSA Fonction publique, n° 449040.**

Le régime contentieux des ordonnances non-ratifiées prises sur le fondement de l'art. 38 de la Constitution n'a pas fini de faire parler de lui. S'il est désormais acté que le contrôle de ces dispositions est, une fois le délai d'habilitation du gouvernement expiré, partagé entre les deux ailes du Palais-Royal (CE, Ass., 16 déc. 2020, *Fédération CFDT des finances et a.*, n° 440258), reste en suspens la question de la superposition des offices du juge constitutionnel et du juge administratif. Dans son arrêt du 26 juillet 2022 et pour la première fois, le Conseil d'État était amené à connaître d'un recours en annulation d'une ordonnance non-ratifiée après que le Conseil constitutionnel en a prononcé l'abrogation. En l'espèce, les Sages, saisis d'une QPC par leur voisin de la rue de Montpensier, ont, par une décision du 11 juin 2021 (n° 2021-917 QPC) déclaré les dispositions de l'art. 7 de l'ordonnance du 25 novembre 2020 contraires à la Constitution et prononcé leur abrogation à effet immédiat avec application à toutes les affaires en cours. Si cette décision prononce la disparition pour l'avenir des dispositions litigieuses, elle laisse au Conseil d'État le soin d'en tirer les conséquences quant à leurs effets passés. Par la décision commentée, ce dernier a ainsi fait le choix de déduire de cette déclaration d'inconstitutionnalité l'illégalité de l'ordonnance soumise à son contrôle à compter de son édicton et d'en prononcer l'annulation, sans se prononcer sur les autres moyens soulevés par le requérant. Cependant, si dans la configuration d'espèce, cette solution semble cohérente et permet de purger l'ordonnancement juridique de l'ensemble des effets produits par des dispositions contraires à la Constitution, quid de l'hypothèse dans laquelle le juge constitutionnel choisira de différer dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité ?

### \* La Rétroactivité in mitus d'une loi nouvelle en matière de sanction administrative s'applique même devant le Conseil d'État

**CE, Sect., 7 oct. 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 mitus. Pour reprendre les mots du doyen

Vedel, que le rapporteur public cite dans ses conclusions (disponibles sur Ariane Web ((conseil-etat.fr)) : « *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, « Le juge de cassation admet sans restriction la rétroactivité in mitius », *JCP A* 2022, act. 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 févr. 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, « L'effet inutile des QPC confronté aux droits européens », *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.).

Source : U.ASSOUAD, « La rétroactivité in mitius devant le juge de cassation, ou quand une solution légitime chasse un dogme », *Newsletter du CREAM* – Novembre 2022, n°43, p.2.

### \* Conséquences procédurales d'une demande de production de pièces complémentaires par le président de la formation de jugement au cours de l'audience.

**CE, 10 oct. 2022, Société Firalis, n° 454460.**

« *Les productions des parties devant le juge administratif après la clôture de l'instruction [...] sont un enjeu majeur dans la conduite du procès et la décision finale du juge.* » (M. HEINIS, « *Les productions des parties après la clôture de l'instruction dans la jurisprudence* », *AJDA* 2022, p.1486). En effet, cela permet à la formation de jugement de rendre sa décision en ayant en sa possession l'ensemble des éléments nécessaires pour appréhender les faits et les enjeux du litige, y compris lorsque des événements nouveaux interviennent après la clôture de l'instruction. Il se peut toutefois que la délivrance de ces nouveaux éléments, postérieurement à la clôture de l'instruction, résulte d'une initiative du juge lui-même, ce dernier sollicitant d'une ou des parties, au cours de l'audience, la délivrance de pièces complémentaires.

À l'occasion d'un litige opposant la société anonyme Firalis et la fédération hospitalo-universitaire « *Remod-VHF* » gérée par le centre hospitalier universitaire de Rouen à propos de la décision de cette dernière de mettre fin, avec effet immédiat, à leur partenariat, le Conseil d'État a pu rappeler, en se fondant sur les dispositions de l'article R. 613-1-1 du code de justice administrative, que lorsque le président de la formation de jugement, invite, au cours de l'audience, une partie à produire des pièces complémentaires, ce dernier doit être regardé comme ayant rouvert l'instruction s'agissant de ces éléments (CE, 24 juill. 2019, *M. et Mme B...*, n° 419598). Or, ce dernier précise que, dans ces conditions, la formation de jugement ne peut rendre sa décision sans que l'instruction soit de nouveau close. Ainsi, après avoir informé les parties de la réouverture de l'instruction, il lui appartient de rayer l'affaire du rôle. Cela implique, avant qu'il ne soit statué sur le litige, l'intervention d'une nouvelle clôture d'instruction dans les conditions prévues par les dispositions de l'article R. 613-2 du code de justice administrative et, le cas échéant, la tenue d'une nouvelle audience.

En l'espèce, la présidente de la formation de jugement de la deuxième chambre de la Cour administrative d'appel de Douais avait sollicité, lors de l'audience, la production d'une pièce complémentaire. Or, la Cour avait rendu son arrêt, après réception des éléments demandés, sans que soit intervenue une nouvelle clôture de l'instruction. Ainsi, le Conseil d'État fait droit à la requête présentée par la société Firalis et prononce l'annulation de l'arrêt rendu en appel.

✳ **Usage par le juge administratif des dispositions de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme postérieurement à la clôture de l'instruction.**

**CE, 10 oct. 2022, *Société Horizon et autre*, n°455573.**

Saisie d'un litige relatif à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme (en l'occurrence d'un permis de construire valant autorisation de démolir), le Conseil d'État précise que le fait pour le juge administratif d'informer les parties, après la clôture de l'instruction, de sa volonté de faire usage de ses pouvoirs qu'il tient des dispositions de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme (sursis à statuer en vue de la régularisation de l'acte attaqué) n'a pas pour effet, malgré l'invitation faite aux parties de produire des observations, et le cas échéant, la communication de ces observations à la partie adverse, de rouvrir l'instruction.

La solution ainsi formulée s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle cohérente. En effet, par un arrêt du 25 janvier 2021, la section du contentieux avait déjà eu l'occasion d'indiquer que l'information faite par le juge aux parties de son intention de soulever d'office un moyen d'ordre public, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, n'entraînait pas, en elle-même, la réouverture de l'instruction dans l'hypothèse où elle serait close (CE, Sect., 25 janv. 2021, *Mme Lebret et autres*, n° 425539)

Les juges du Palais-Royal rappellent toutefois que le juge administratif est tenu de rouvrir l'instruction si les observations formulées par l'une ou l'autre des parties font état d'une circonstance de fait ou de droit susceptible d'exercer une influence sur la solution du litige et dont

la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de se prévaloir avant l'intervention de la clôture de l'instruction (CE, 27 févr. 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila*, n°252988).

### ✱ Semestre riche en précisions sur l'office du juge administratif d'appel

CE 7 nov. 2022, *Cne de Biscarrosse*, n° 461418.

CE, 7 nov. 2022, *Cne de Gometz-le-Châtel*, n° 455195.

Le juge d'appel peut être amené à connaître d'un jugement à deux égards. Il est en effet susceptible de connaître d'une part de sa régularité « externe » – et en cas d'irrégularité de se saisir du litige par la voie de l'évocation – et d'autre part du fond de l'affaire en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, dans la double limite de ce qui a été jugé et de ce qui est appelé. Dans deux arrêts du 7 novembre 2022, le Conseil d'État apporte des précisions sur ces deux techniques d'appel.

Dans l'affaire commune de Biscarrosse, les juges du Palais-Royal ont été amenés à se prononcer sur l'office du juge d'appel lorsque celui-ci fait le choix, après avoir constaté une omission des premiers juges à répondre à un moyen, de statuer sur le litige par la voie de l'évocation.

L'affaire à l'origine de cet arrêt concernait l'adoption du nouveau plan local d'urbanisme (PLU) de la commune de Biscarrosse. En première instance, le Tribunal administratif de Pau a partiellement fait droit à la requête présentée par plusieurs associations et personnes physiques en prononçant l'annulation de la délibération du Conseil municipal approuvant le PLU en tant qu'elle avait autorisé la création d'une zone naturelle et rejeté le surplus de leurs conclusions.

Saisie en appel de ce jugement, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a constaté que le Tribunal avait omis de répondre à l'un des moyens présentés devant lui (ce moyen soulevait l'illégalité d'une dérogation accordée afin de permettre, en dépit de l'absence de schéma de cohérence territoriale, l'ouverture à l'urbanisation de certaines zones). Tirant les conséquences de cette irrégularité (CE, Ass., 1er avr. 1988, *Mlle Vadsaria*, n°55232 ; CE 5 nov. 1990, *Péan*, n° 79657), la Cour a annulé la décision des premiers juges en tant qu'elle rejette le surplus des conclusions à fin d'annulation présentées par les requérants. Ainsi, statuant, par la voie de l'évocation, sur l'ensemble de ces conclusions, les juges du second degré ont prononcé l'annulation de la délibération litigieuse en tant cette fois-ci qu'elle autorise la création de plusieurs zones urbaines ou à urbaniser, parmi lesquelles la zone UCg « secteur urbain du golf ».

Or, à l'occasion de son pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt, la commune fait valoir que l'omission à statuer commise par le Tribunal ne concernait qu'une partie des conclusions rejetées en première instance, divisible du reste du litige, justifiant une annulation seulement partielle du jugement.

Sur proposition de son rapporteur public (mises en ligne sur Ariane web (conseil-etat.fr)), le Conseil d'État va suivre ce raisonnement. Ainsi, en présence d'une irrégularité commise par le Tribunal qui n'affecte pas la totalité de la décision, cette dernière ne peut être annulée que partiellement. Dès lors, le juge d'appel ne peut statuer par la voie de l'évocation que sur la partie

divisible de la décision touchée par cette irrégularité. S'agissant du reste du litige, il ne peut en revanche que « *rejuger* » l'affaire (expression empruntée au professeur René Chapus : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12e éd., 2006, coll. Domat Droit public, Montchrestien, p.1199) en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, dans la limite des conclusions et moyens repris par l'appelant (voir par ex : **CE, 10 juill. 2015, n°371469**)

En l'espèce, les juges du Palais-Royal constatent que le moyen sur lequel les juges de première instance ont omis de se prononcer était divisible du reste du litige. Il s'en suit que le moyen tiré de l'illégalité de la délibération en tant qu'elle autorise la création de la zone UCg « secteur urbain du golf », n'étant pas concerné par l'annulation partielle de jugement, ne pouvait être examiné que dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel. Or, il s'avère qu'en l'espèce, ce moyen n'avait pas été repris par les appelants. Par conséquent, le Conseil d'État casse l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux.

Cette solution pragmatique s'ancre dans une jurisprudence constante tendant à ce que ne soit remis en cause par le juge d'appel ni plus ni moins que ce qui est nécessaire. Ainsi, le Conseil d'État a déjà pu admettre une annulation seulement partielle d'un jugement entaché d'une incompétence portant sur une partie seulement de la demande (**CE, 7 déc. 1984, Centre d'étude marines avancées, n° 16900**) ou encore d'une irrégularité résultant de la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure sur un aspect unique du litige (**CE, 18 mai 1984, Ministre de l'Environnement et du cadre de vie c/ S.C.I. "Les Hortensias", n°19414, B**). En outre, s'agissant de l'évocation, les juges du Palais-Royal ont également eu l'occasion de statuer par cette voie sur certaines dispositions d'un arrêté municipal, tout en se prononçant, par la voie de l'effet dévolutif de l'appel, sur ses autres dispositions (**CE, 11 déc. 1985, Ville d'Annecy, n°67115**).

Concernant l'office du juge d'appel dans le cadre de l'effet dévolutif, c'est la seconde affaire commentée, l'arrêt commune de Gometz-le-Châtel, qui vient apporter de nouvelles précisions, en particulier dans le cas où le juge d'appel serait saisi d'une décision reposant sur plusieurs motifs dont certains d'entre eux ont, en application de la technique de la neutralisation des motifs, été censurés par les juges de première instance.

En l'espèce, ce second litige concernait une décision de sursis à statuer opposée par le maire de la commune de Gometz-le-Châtel à la demande de permis de construire formulée par les requérants. Cette décision était fondée sur deux motifs, tenant d'une part à ce que le projet était susceptible de compromettre les objectifs du futur plan local d'urbanisme en matière de création de logements sociaux et d'autre part à ce que ce même projet risquait de porter atteinte à l'objectif de préservation des zones humides poursuivi par ce même document.

En première instance, faisant usage de la technique de la neutralisation de motif (**CE, Ass., 12 janv. 1968, Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dame Perrot**), les juges du Tribunal administratif de Versailles ont, bien que relevant l'illégalité du premier motif, rejeté la demande des requérants estimant que la décision litigieuse aurait été la même si le maire s'était exclusivement fondé sur le second motif. Toutefois, saisie par les demandeurs de première instance du « fond » du litige, dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, la Cour administrative

d'appel de Versailles a prononcé l'annulation de ce jugement ainsi que celle de la décision de sursis à statuer litigieuse après avoir retenu, contrairement aux premiers juges, l'illégalité du second motif fondant cette décision.

Dans le cadre de son pourvoi en cassation formé contre cet arrêt, la commune de Gometz-le-Châtel reprochait aux juges d'appel de s'être bornés à censurer le second motif fondant la décision de sursis à statuer, sans avoir réexaminé le bien-fondé du premier, censuré par les juges de première instance. La question qui se posait alors était celle de savoir si l'appel formulé par le demandeur débouté en première instance, après que le juge ait procédé à une neutralisation de moyen, avait pour effet de rouvrir le débat contentieux sur le motif neutralisé par les premiers juges.

À cette interrogation, le Conseil d'État va répondre par la positive en affirmant que dans de telles circonstances, il appartient au juge d'appel, lorsqu'il souhaite remettre en cause le ou les motifs fondant l'acte administratif litigieux n'ayant pas été censurés en première instance, d'apprécier la légalité des autres motifs fondant cette décision non censurés en première instance.

Cette solution est cohérente. En effet, et comme le fait remarqué Arnaud Skrzyerbak dans ses conclusions sur cette affaire (mises en ligne sur Ariane web (conseil-etat.fr)), la jurisprudence a conçu l'effet dévolutif de l'appel dans un sens très favorable au défendeur de première instance devenu intimé. Ce dernier, n'étant pas tenu, contrairement à l'appelant, de reprendre expressément devant le juge d'appel les moyens présentés devant les premiers juges. Ainsi, en concluant devant le Tribunal administratif au rejet de la requête, la commune a implicitement, mais nécessairement soulevé le moyen tiré du bien-fondé de l'ensemble des motifs fondant sa décision. Ce moyen de défense devait dès lors être réexaminé par le juge d'appel.

### ✱ **L'annulation partielle d'un acte administratif n'est pas d'office**

**CE, 23 nov. 2022, Société Parc éolien de la Vallée du Paradis Embres, n° 442732.**

Lorsqu'il n'est pas expressément saisi de conclusions à fin d'annulation partielle d'une décision administrative (en l'occurrence décision de refus d'autorisation unique d'exploiter un parc éolien) le juge de plein contentieux n'est pas tenu d'y procéder.

Ainsi, dans le cas d'espèce, la Cour administrative d'appel de Marseille, saisie du refus d'autorisation unique d'exploiter un parc éolien opposé aux requérants par le préfet de l'Aude n'a commis aucune erreur de droit en ne recherchant pas si le projet litigieux pouvait, par son caractère divisible, justifier une annulation partielle de cette décision dès lors qu'aucune conclusion n'avait été présentée à cette fin devant lui.

Cette solution semble s'ancrer dans un courant jurisprudentiel récent tendant à impliquer – et par conséquent responsabiliser – davantage les parties quant à l'issue du litige. Ce mouvement se caractérise notamment par la jurisprudence Société Eden (CE, Sect., 21 déc. 2018, *Société Eden*, n° 409678), transposée au plein contentieux objectif par l'arrêt Société mandataires judiciaires associés (CE 5 avr. 2019, n° 413712), permettant au requérant d'indiquer précisément au juge les

moyens issus de la cause juridique la mieux à même de satisfaire sa demande principale, mais également de présenter des conclusions subsidiaires sur lesquelles le juge devra se prononcer si aucun moyen invoqué ne lui permet de faire droit à sa demande principale.

✱ **Autorité de chose jugée attachée aux jugements rendus en matière indemnitaire et recours subrogatoires du coauteur d'un dommage.**

**CE, 20 déc. 2022, Société Pacifica, n° 445319.**

A l'occasion d'un litige indemnitaire faisant suite à un malheureux accident de la circulation ayant conduit la victime à subir, suite à sa prise en charge par un centre hospitalier, une amputation de la jambe, les juges des 5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies du Conseil d'État ont, pour la première fois, été amenés à se demander si l'autorité de la chose jugée attachée au jugement rendu sur une demande indemnitaire était opposable au recours subrogatoire formé par l'auteur d'un dommage ou à son assureur à l'encontre de la collectivité publique coauteur.

En l'espèce, afin d'obtenir réparation de ses multiples préjudices, la victime de l'accident a formé, d'une part, un recours indemnitaire à l'encontre du conducteur responsable et de son assureur devant les juridictions judiciaires et, d'autre part, un recours aux mêmes fins à l'encontre du centre hospitalier devant les juridictions administratives. Condamné par le juge judiciaire à payer une importante somme d'argent, la société Pacifica, assureur du conducteur, subrogée dans les droits de la victime et dans ceux du conducteur responsable (également subrogé dans les droits de la victime) a formé devant la juridiction administrative un recours subrogatoire tendant au remboursement par la collectivité publique, reconnue coauteur, des indemnités préalablement versées à la victime.

Pour censurer le raisonnement mené par la Cour administrative d'appel de Lyon opposant à la société Pacifica l'autorité de chose jugée attachée au jugement rendu par le Tribunal administratif de Dijon quant à la demande indemnitaire de la victime formulée à l'encontre du centre hospitalier, le Conseil d'État commence par indiquer que l'autorité de chose jugée attachée au jugement rendu sur une demande indemnitaire porte sur l'ensemble des chefs de préjudice auxquels se rattachent les dommages invoqués par la victime, causés par le même fait générateur et dont elle supporte la charge financière. Il précise cependant, dans l'esprit de ses jurisprudences Département de l'Isère et Mme B (CE, Sect., 8 juill. 1998, *Département de l'Isère*, n° 132302 ; CE, 19 fév. 2021, *Mme B*, n° 439366) que cela vaut à l'exception des dommages qui, tout en étant causés par le même fait générateur, sont nés, se sont aggravés ou ne se sont révélés dans toute leur ampleur que postérieurement à la première réclamation préalable de la victime ou de ceux qui ont été expressément réservés dans sa demande.

Surtout, les hauts juges de la juridiction administrative ajoutent que malgré une identité de cause et de parties (l'auteur du dommage et l'assureur étant subrogés dans les droits de la victime), le recours indemnitaire formé par la victime à l'encontre de la collectivité publique qu'elle estime être coauteur de son dommage a pour objet l'indemnisation de la part de son préjudice non réparé par l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage par le juge judiciaire, tandis que le recours subrogatoire de ce dernier ou de son assureur a pour objet le remboursement par celle-ci

des indemnités préalablement versées à la victime en exécution du jugement du juge judiciaire. Ainsi, l'autorité de chose jugée attachée au jugement rendu à la suite du recours indemnitaire de la victime ne peut être opposé au recours subrogatoire formé par la personne coauteur du dommage condamnée par le juge judiciaire ou son assureur.

# URBANISME

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

- ✳ **Prolongation du dispositif temporaire prévu aux dispositions de l'article R. 811-1-1 du code de l'urbanisme.**

Décr. n° 2022-929, 24 juin 2022 (JO 25 juin 2022)

Créé par les dispositions du décret du 1<sup>er</sup> octobre 2013 relatif au contentieux de l'urbanisme (Décr. n° 2013-879, 1<sup>er</sup> octobre 2013, JO 2 oct.), l'article R. 811-1-1 du code de justice administrative donne compétence en premier et dernier ressort aux tribunaux administratifs pour connaître des recours contre certaines autorisations d'urbanisme visant à la réalisation d'opérations de logement sur le territoire d'une commune dans laquelle existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements.

Ce dispositif tendant à réduire les délais de recours en matière d'urbanisme dans les zones les plus touchées par la crise du logement était initialement censé s'appliquer jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2018. Après une première prolongation par le décret n° 2018-617 du 17 juillet 2018, l'application de ces dispositions temporaires a de nouveau été prorogée jusqu'au 31 décembre 2027.

Cette suppression du degré d'appel qui concernait à l'origine « *les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement* » est en outre étendue à d'autres litiges en matière d'urbanisme tels que ceux relatifs aux principaux actes tendant à la création et à la mise en œuvre d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) qui « *porte principalement sur la réalisation de logements* » ainsi qu'aux décisions adoptées en matière environnementale relatives à des opérations d'aménagement et réalisées dans le cadre des grandes opérations d'urbanisme ou d'intérêt national, dès lors que ces projets sont situés en tout ou partie sur une commune en zone tendue.

## JURISPRUDENCES

- ✳ **Élargissement du champ matériel du permis de construire modificatif.**

CE, Sect., 26 juill. 2022, *Mme E... D...*, n°437765.

La section du contentieux du Conseil État, invitée à connaître d'un litige relatif à la délivrance, par le maire de Montreuil, d'un permis de construire modificatif pour la construction d'un ensemble immobilier, s'est saisie de l'occasion pour procéder à un alignement entre le champ matériel du permis de construire modificatif et celui, plus étendu, du permis de régularisation délivré en application des articles L. 600-5 ou L. 600-5-1 du code de l'urbanisme (CE, Sect., avis, 2 oct. 2020, *Barrieu*, n° 438318) et ainsi abandonner sa jurisprudence de section *M. Le Roy* (CE, Sect., 26 juill. 1982, *M. Le Roy*, n° 23604) – réaffirmée en 2015 dans un arrêt commune de

Toulouse (CE, 1<sup>er</sup> oct. 2015, *Commune de Toulouse*, n° 374338) – limitant la délivrance d'un permis de construire modificatif à l'hypothèse où les modifications apportées par ce biais au projet initial n'en remettraient pas en cause, par leur nature ou leur ampleur, « *sa conception générale* ».

Désormais, un permis de construire modificatif peut être délivré à la double condition que la construction autorisée par le permis initial ne soit pas déjà achevée et que les modifications envisagées « *n'apportent pas à ce projet un bouleversement tel qu'il en changerait la nature même* ».

Cette harmonisation, appelée de ses vœux par la doctrine (V. p. ex. N. BOUKHELOUA, « La régularisation juridictionnelle des autorisations d'urbanisme », *AJDA* 2022, p. 1197 ; P. SOLER-COUTEAUX, « Un permis de régularisation peut modifier le projet au-delà de la couverture du vice », *RDI* 2021, p. 293) est bienvenue dès lors que désormais, les possibilités de modifications du projet par le recours à un permis de construire modificatif, technique de régularisation spontanée d'une autorisation d'urbanisme, égalent celles permises par la délivrance d'un permis de régularisation suite à une intervention du juge (v en ce sens, O. LE BOT, « Le nouveau permis de construire modificatif », *RFDA* 2022, p. 889 ; L. BOIJOUT, « Réalignement du permis de régularisation et du permis modificatif », *Newsletter du CREAM* – septembre 2022, n°41, p.2)

#### ✳ **Date d'appréciation de l'intérêt à agir du requérant en matière de recours contre une autorisation d'urbanisme**

##### **CE, 21 sept. 2022, Société Maison Camp David, n° 461113.**

Si le Conseil d'État n'hésite plus à s'affranchir de la règle selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité des actes administratifs qui lui sont soumis au regard des circonstances de droit et de fait existantes à la date de leur édicition (CE, 19 nov. 2021, *Association Elena et autre*, n° 437141), il en va autrement s'agissant de la date de l'appréciation de l'intérêt à agir du requérant en matière de contestation des autorisations d'urbanisme. En l'espèce, pour refuser de retenir l'intérêt à agir de la société Camp David à l'occasion de son recours en suspension contre le permis de construire délivré pour la création d'un restaurant de bord de plage sur une parcelle située à proximité non immédiate de son terrain, le Tribunal administratif de St-Barthélemy avait jugé bon de prendre en considération la densification du bâti, au jour de son ordonnance, dans le secteur d'implantation du projet. Censurant pour erreur de droit le raisonnement mené par les juges de première instance, les juges du Palais-Royal ont préféré à cette approche pragmatique, une lecture littérale de l'art. L. 600-1-3 du code de l'urbanisme et ainsi affirmé que l'intérêt à agir d'un requérant, dans un tel litige, devait s'apprécier uniquement au regard des circonstances de droit et de fait existantes à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des circonstances postérieures, quelles qu'en soient leurs incidences sur ses conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de son bien (art. L. 600-1-2 du code de l'urbanisme).

✳ **L'accomplissement des formalités requises par l'art. R. 600-1 du code de l'urbanisme s'impose aux décisions refusant de retirer un permis de construire**

**CE, 27 sept. 2022, Association de défense du quartier Montplaisir, n° 456071.**

Un collectif de requérants avait demandé au maire de Toulouse de retirer un permis de construire et un permis modificatif accordés à la société Sogeprom pour la réalisation d'un projet immobilier comprenant une vingtaine de logements. Saisi en cassation sur renvoi de la CAA de Bordeaux, le Conseil d'État rappela d'abord que la règle de procédure spéciale instituée par l'article R. 811-1 du code de justice administrative s'appliquait au recours dirigé contre une décision refusant de procéder au retrait d'une autorisation d'urbanisme (**CE, 26 avril 2022, *Sté Aire Saint Michel*, n° 452695**). Le tribunal avait donc bien statué en premier et dernier ressort, mais au terme d'une procédure irrégulière, faute pour lui de s'être assuré du respect des formalités requises par l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme, lequel dispose que tout recours, contentieux ou administratif, à l'encontre d'une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation des sols doit être notifié par le requérant à l'auteur de la décision et au bénéficiaire de l'autorisation, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux. Pour ce même motif, le pourvoi est rejeté. Par sa décision, le Conseil d'État assimile donc la décision attaquée aux décisions visées par cet article, pour appliquer au recours dirigé contre elle l'exigence de notification qui en résulte. Ce sont les changements successifs de rédaction qui convainquirent le Conseil d'État de la possibilité de retenir une lecture extensive d'une formalité procédurale dérogatoire, dont l'interprétation doit, en principe, demeurer stricte. Si la règle était, à l'origine, d'application large, elle avait ensuite fait l'objet d'une énumération limitative, contraignant le Conseil à opérer un revirement de jurisprudence (**CE, 17 mars 2017, n° 396362**). L'ultime modification opérée en 2018 avait gommé cette énumération pour y préférer la référence malléable aux décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols.

Source : L. BOIJOUT, « Extension du champ de la notification obligatoire du recours », *Newsletter du CREAM* – octobre 2022, n°42, p.4

✳ **Extension de la régularisation d'une autorisation d'urbanisme irrégulièrement délivrée**

**CE, 10 oct. 2022, Groupement de défense de l'environnement de l'arrondissement de Montreuil-sur-Mer et du Pas-de-Calais, n°451530.**

Fidèle à une ligne constante (v. **CE, 2 févr. 2004, *SCI La Fontaine de Villiers*, n°238315**), le Conseil d'État rappelle que, lorsqu'une autorisation d'urbanisme a été délivrée en méconnaissance des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'utilisation du sol ou sans que soient respectées des formes ou formalités préalables à la délivrance de l'autorisation, l'illégalité qui en résulte peut être régularisée par la délivrance d'une autorisation modificative dès lors que celle-ci assure le respect des règles de fond applicables au projet en cause, répond aux exigences de forme ou a été précédée de l'exécution régulière de la ou des formalités qui avaient été omises. Dépassant cette faculté, le juge estime qu'une telle autorisation peut, de même, être régularisée

par une autorisation modificative si la règle relative à l'utilisation du sol qui était méconnue par l'autorisation initiale a été entretemps modifiée ou si cette règle ne peut plus être regardée comme méconnue par l'effet d'un changement dans les circonstances de fait de l'espèce. Dès lors, classiquement, les irrégularités ainsi régularisées ne peuvent plus être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'autorisation initiale.

### \* Précisions sur les pouvoirs du maire en matière de raccordement au réseau électrique

**CE, 23 nov. 2022, Commune d'Esbly, n°459043.**

Précisant opportunément l'article L. 111-12 du code de l'urbanisme disposant que « *Les bâtiments, locaux ou installations soumis aux dispositions des articles L. 421-1 à L. 421-4 ou L. 510-1* », c'est-à-dire soumis à permis de construire, permis d'aménager, permis de démolir, déclaration préalable ou à agrément, « *ne peuvent, nonobstant toutes clauses contractuelles contraires, être raccordés définitivement aux réseaux d'électricité, d'eau, de gaz ou de téléphone si leur construction ou leur transformation n'a pas été, selon le cas, autorisée ou agréée en vertu de ces dispositions* », le Conseil d'État juge qu'il résulte de ces dispositions que le maire peut, dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale destinés à assurer le respect des règles d'utilisation des sols, s'opposer au raccordement définitif au réseau d'électricité, d'eau, de gaz ou de téléphone des bâtiments, locaux ou installations qui, faute de disposer de l'autorisation d'urbanisme ou de l'agrément nécessaire, sont irrégulièrement construits ou transformés. Plus encore, la Haute juridiction souligne que la circonstance que le raccordement demandé dans une telle hypothèse soit présenté comme provisoire ne fait pas obstacle à ce que le maire fasse usage des pouvoirs d'opposition qu'il tient de l'article L. 111-12 du code de l'urbanisme dès lors qu'il estime qu'au vu des circonstances de l'espèce, ce raccordement doit être regardé comme présentant un caractère définitif. La situation d'espèce concernant des membres de la communauté des gens du voyage arguant d'un mode de vie itinérant, le juge estime, en toute logique, que doit être regardé comme présentant un caractère définitif un raccordement n'ayant pas vocation à prendre fin à un terme défini ou prévisible, quand bien même les bénéficiaires ne seraient présents que lors de séjours intermittents et de courte durée.

### \* Effets d'une demande illégale de pièces complémentaires : une (r)évolution.

**CE, Sect., 9 déc. 2022, Société Télédiffusion de France, n° 454521.**

Par cette décision, le Conseil d'État entérine un saisissant revirement de jurisprudence quant à ce qu'il doit advenir des demandes d'autorisations d'urbanisme rejetées lorsque, au cours de leur instruction, l'autorité administrative a demandé une pièce qui n'est pas exigée par le code de l'urbanisme. Alors que dans de telles hypothèses le refus est évidemment illégal, le Conseil d'État avait néanmoins exclu de considérer que le demandeur pouvait être regardé comme étant implicitement titulaire de l'autorisation (v. pour une opposition à travaux concernant l'implantation d'une antenne-relais : **CE, 9 décembre 2015, n° 390273**). Cette position, défendue par Xavier Domino dans ses conclusions sous la décision précitée, était assez largement combattue par de nombreuses juridictions inférieures. Celles-ci semblent être arrivées à leurs

fins. En l'espèce, dans le cadre d'une demande préalable relative à l'implantation d'une antenne-relais, le Conseil d'État énonce un considérant de principe selon lequel, dans le cas d'une demande illégale de pièces complémentaires, « *une décision de non-opposition à déclaration préalable ou un permis tacite naît à l'expiration du délai d'instruction, sans qu'une telle demande puisse y faire obstacle* ».

Source : A.OUMEDJKANE, « Demande illégale de pièces complémentaires vaut désormais autorisation tacite ! », *Newsletter du CREAM* – décembre 2022, n°44, p.2

✳ **Appréciation stricte des termes de « confirmation de la demande d'autorisation initiale » au sens de l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme.**

**CE, 14 déc. 2022, Société Eolarmor, n° 448013.**

Par principe, les dispositions légales et réglementaires applicables aux demandes d'autorisation d'urbanisme sont celles en vigueur à la date de la décision rendue par le service instructeur. Cependant, en vertu des dispositions de l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme, l'annulation juridictionnelle d'un refus d'autorisation d'utilisation des sols permet au pétitionnaire, sous certaines conditions, et lorsqu'il confirme sa demande, de ne pas se voir opposer les éventuelles modifications des règles d'urbanisme intervenues postérieurement à la date d'intervention de la décision annulée. Cette garantie légale en faveur du pétitionnaire tend à éviter que ce dernier, s'étant initialement vu refuser à tort une autorisation d'urbanisme, ne se voie opposer, lors du réexamen de sa demande (le cas échéant, à la suite d'une injonction du juge administratif), des dispositions d'urbanisme nouvelles, intervenues postérieurement à la date de sa demande initiale.

En l'espèce, à la suite d'une longue procédure contentieuse devant les juridictions administratives s'étant soldée par l'annulation du refus de permis de construire initialement opposé à la société Eolarmor, et après confirmation par la société pétitionnaire de sa demande, l'autorité municipale a délivré à cette dernière l'autorisation d'urbanisme sollicitée. Si cette procédure aurait pu s'arrêter là, c'était sans compter l'intervention d'un nouveau recours introduit par des associations de défense du littoral et de l'environnement à l'encontre de cette dernière décision. Ce nouveau litige va donner au Conseil d'État l'occasion de dresser les contours des termes de « *confirmation de la demande d'autorisation initiale* » au sens de l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme. Ce dernier va en effet préciser que ne peut être considérée comme telle une demande impliquant une modification du projet « *dépassant de simples ajustements ponctuels* ».

Ainsi, confirmant l'annulation du permis de construire délivré à la société Eolarmor prononcée par la Cour administrative d'appel de Nantes, les juges du Palais-Royal estiment qu'au regard de l'ampleur des modifications apportées au projet, sa dernière demande devait non pas être considérée comme une confirmation de sa demande initiale, mais comme portant sur un nouveau projet. Dès lors, le service instructeur était tenu de faire application des règles d'urbanisme en vigueur à la date de sa décision et non de celles applicables à la date de l'annulation juridictionnelle du refus de permis de construire initialement opposé.

✳ **Exercer un droit de préemption urbain renforcé pour réaliser un équipement culturel ? Oui, mais prière de respecter le cadre de la loi du 9 décembre 1905 !**

**CE, 22 déc. 2022, Commune de Montreuil, n° 447100.**

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre la décision d'un maire exerçant un droit de préemption urbain renforcé sur une parcelle, propriété des requérants, afin d'y construire un équipement collectif d'intérêt général à vocation culturelle, le Conseil d'État apporte d'utiles renseignements, tant sur les conditions d'exercice du droit de préemption urbain lui-même, que sur sa compatibilité avec les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

D'abord, la Haute juridiction précise qu'il résulte des articles L. 210-1 et suivants (relatifs aux droits de préemption) et L. 300-1 du code de l'urbanisme (relatif aux conditions de mise en œuvre des actions et opération d'aménagement) que, pour exercer légalement ce droit, les collectivités titulaires du droit de préemption urbain doivent, d'une part, justifier, à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date, et, d'autre part, faire apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption ; précision étant faite que la mise en œuvre de ce droit doit répondre à un intérêt général suffisant.

Ensuite, rappelant la portée aujourd'hui bien connue des articles 1<sup>er</sup>, 2, 13 et 19 de la loi du 9 décembre 1905, le Conseil d'État juge que le principe constitutionnel de laïcité ne fait pas obstacle à ce qu'une décision de préemption soit prise, dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité, en vue de permettre la réalisation d'un équipement collectif à vocation culturelle. S'il est clair, pour le juge administratif, qu'une telle décision n'est pas par elle-même constitutive d'une aide à l'exercice d'un culte prohibée par les dispositions de la loi du 9 décembre 1905, en revanche, ces dispositions impliquent, sauf à ce que la collectivité se fonde sur des dispositions législatives dérogeant aux dispositions de la loi du 9 décembre 1905, que la mise en œuvre d'un tel projet soit effectuée dans des conditions qui excluent toute libéralité et, par suite, toute aide directe ou indirecte à un culte.

✳ **Précision des pouvoirs de l'autorité chargée de la police de l'urbanisme pour lutter contre les infractions aux règles d'urbanisme**

**CE, 22 déc. 2022, Commune de Villeneuve-lès-Maguelone, n° 463331.**

Mobilisant les dispositions des articles L. 480-1 et L. 481-1 (relatifs aux contrôles, aux sanctions et aux mesures administratives) du code de l'urbanisme, ainsi que les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique dont elles sont issues, le Conseil d'État précise les nouveaux pouvoirs du maire en cas d'infractions aux règles d'urbanisme. En effet, il explique que, dans le but de renforcer le respect des règles d'utilisation des sols et des autorisations d'urbanisme, le législateur a entendu, que, lorsqu'a été dressé un procès-verbal constatant que des travaux soumis

à permis de construire, permis d'aménager, permis de démolir ou déclaration préalable ou dispensés, à titre dérogatoire, d'une telle formalité ont été entrepris ou exécutés irrégulièrement, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'urbanisme puisse, dans le cadre de ses pouvoirs de police spéciale et indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées pour réprimer l'infraction constatée, mettre en demeure l'intéressé, après avoir recueilli ses observations, selon la nature de l'irrégularité constatée et les moyens permettant d'y remédier, soit de solliciter l'autorisation ou la déclaration nécessaire, soit de mettre la construction, l'aménagement, l'installation ou les travaux en cause en conformité avec les dispositions dont la méconnaissance a été constatée, y compris, si la mise en conformité l'impose, en procédant aux démolitions nécessaires. Afin de donner leur plein effet à ces pouvoirs, le Conseil d'État confirme la lettre de l'article L. 481-1 du code de l'urbanisme en soulignant que cette mise en demeure peut être assortie d'une astreinte, prononcée dès l'origine ou à tout moment après l'expiration du délai imparti par la mise en demeure, s'il n'y a pas été satisfait, en ce cas après que l'intéressé a de nouveau été invité à présenter ses observations.

# CONTRATS PUBLICS

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Précisions bienvenues sur les prix pour les contrats de la commande publique

**CE, Avis, 15 sept. 2022, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n° 405540.**

L'actualité a forcé l'évolution des pratiques en matière de contrats de la commande publique. La situation de crise sanitaire, puis la hausse des prix ont mené à une situation dans laquelle les cocontractants de l'administration ne peuvent plus tenir les prix fixés au moment de la passation du contrat. Nombreuses sont alors les demandes de modification des contrats en cours. S'est posée la question de l'utilisation de la théorie de l'imprévision dans certaines situations spécifiques.

Si diverses circulaires du Ministère de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique ainsi que la direction des affaires juridiques (DAJ) avaient tenté d'orienter la pratique des acheteurs publics, l'avis rendu par le Conseil d'État permet de sécuriser et apporter des solutions aux problèmes liés à la hausse des prix.

Les questions traitées sont celles des possibilités laissées par le CCP de modifier le prix ou les tarifs des contrats en cours, afin de compenser les surcoûts subis par le cocontractant ; le seuil à partir duquel la modification est possible ; la possibilité d'application de la théorie de l'imprévision ; et son articulation avec les différents contrats de la commande publique.

Le Conseil d'État revient notamment sur les deux cas dans lesquels il est possible de modifier les causes financières du contrat : soit en cas de circonstances imprévues (R. 2194-5 et R. 3135-5 CCP), soit pour des modifications de faible montant (R. 2194-8 et R. 3135-8 CCP).

## JURISPRUDENCES

### \* Rien de nouveau sous le soleil toulousain : le titulaire d'un contrat de concession n'est toujours pas mandataire de la personne publique

**TC, 4 juill. 2022, *Sté Allianz global corporate et Specialty et Sté Aéroport Toulouse Blagnac c/ Sté Spie industrie tertiaire et Sté Ingérop conseil et ingénierie*, n°C4247.**

Si les contrats conclus entre deux personnes privées bénéficient d'une présomption de contrat de droit privé, certaines exceptions conduisent le juge administratif à connaître de contrats conclus

entre deux personnes privées. C'est notamment le cas lorsque l'un des deux cocontractants est le mandataire d'une personne publique. Même si le critère organique de présence d'une personne publique n'est pas rempli, le contrat peut être administratif parce que le contrat est conclu « *au nom et pour le compte de la personne publique* ».

En l'espèce, la société concessionnaire de l'Aéroport Toulouse-Blagnac avait conclu un contrat de maîtrise d'œuvre et un marché de travaux en vue de la rénovation des approches des pistes des aérodromes (marques et balises permettant d'identifier la piste). Un accident est intervenu par la suite, un aéronef a heurté une balise temporaire d'une piste. Suite à l'accident, l'assureur de la société Aéroport Toulouse Blagnac a conclu un accord transactionnel avec la compagnie d'aviation et son assureur et a indemnisé le préjudice subi par celui-ci.

La société Allianz a recherché devant le Tribunal administratif de Toulouse la responsabilité des sociétés maître d'œuvre et chargée des travaux. Ces dernières ayant été condamnées en première instance, elles ont interjeté appel. Ce sont les juges d'appel qui ont rejeté le recours, le considérant porté devant une juridiction incompétente pour en connaître. Le Conseil d'État, saisi du pourvoi tendant à l'annulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel, renvoie au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence.

Le Tribunal des conflits revient sur la notion de mandataire d'une personne publique, qu'il distingue rapidement de celle du concessionnaire. Une personne morale de droit privé chargée d'une concession n'a pas la qualité de mandataire, sauf à ce que le contrat qui unit les deux parties soit un contrat de mandat, l'État demandant à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment en vue de la conclusion de contrats nécessaire à l'exécution de la mission avec d'autres personnes privées.

Le contrat de mandat est un contrat unissant une personne publique et un cocontractant, qui agira en son nom et pour son compte. Il existe deux types de mandats, le contrat de mandat au sens civiliste du terme, codifié aux articles 1984 et suivants du code civil, et le mandat administratif, notion essentiellement jurisprudentielle. Si les deux comportent des différences, ils ont une matrice commune de la représentation (selon une expression de Marguerite Canedo, *Le mandat administratif*, Thèse, 2001).

Le contrat de mandat civiliste est parfois appliqué par le juge administratif (par exemple, **CE, 16 février 1966, Bernard, n°51026**). Mais la plupart du temps, lorsque le juge administratif a à faire avec la notion de mandat, il s'agira de la notion plus spécifique de « *mandat administratif* », dans laquelle le mandataire agit comme s'il était la personne publique qu'il représente, il agit « *en son nom et pour son compte* ». Les professeurs François Lichère et Laurent Richer le décrivent comme une « *sur-représentation* » (F.LICHERE, L.RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 12<sup>e</sup> édition, p.131).

La question que commence par se poser le Tribunal des conflits est la suivante : pour qui agit la société en passant un contrat de maîtrise d'œuvre et un marché de travaux ?

Le juge qualifie rapidement le contrat comme étant bien un contrat de concession, aucune des clauses du contrat ne laissant transparaître qu'elle agit au nom et pour le compte de la personne publique. Dans une décision *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* (**TC, 16 juin 2014, Société d'exploitation de la Tour Eiffel, C3944**), il avait mis en exergue les critères permettant de

distinguer le concessionnaire du mandataire administratif : l'autonomie de gestion, le simple contrôle de la collectivité publique et le financement privé permettent de qualifier un contrat de contrat de concession. Par conséquent, les contrats passés par cette société sont des contrats de droit privé qui relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire.

S'inscrivant ainsi dans la droite lignée de sa jurisprudence ainsi que celle du Conseil d'État (v. par exemple, **TC, 9 mars 2015, Mme Rispal, C3984**), le Tribunal des conflits continue de restreindre le critère du mandat administratif.

Il est intéressant de noter également le deuxième temps de l'arrêt, dans lequel le juge des conflits se penche sur la compétence en matière de responsabilité extracontractuelle. Pour finir par considérer le juge judiciaire compétent, le Tribunal des conflits commence par qualifier le service public aéroportuaire de service public industriel et commercial (SPIC), et la compagnie lésée d'usager de ce service public.

En procédant ainsi, les juges s'épargnent l'étude de la qualification de travaux publics et de l'ouvrage public, faisant « *primer la qualité d'usager du service sur celle d'usager de l'ouvrage* » (G. ECKERT, *CMP*, Octobre 2022, n°274, n°10). En effet, la réparation de dommages causés à l'usager d'un SPIC ressort de la compétence de la juridiction judiciaire, y compris lorsqu'est en cause un ouvrage public (**TC, 17 déc. 2007, Sté d'assurances Pacifica, n°3647**).

Rien de nouveau donc dans cette décision du Tribunal des conflits, qui a toutefois le mérite de rappeler l'étendue de la qualité de concessionnaire, qui ne pourra se cacher derrière la personne publique pour des dommages causés de leur fait.

#### ✳ **Rupture du contrat : l'indemnisation ne peut désormais plus excéder le préjudice subi**

**CE, 16 oct. 2022, Société Grasse-Vacances, n°455186.**

Le contrat unissant une personne publique et son cocontractant peut faire l'objet d'une résiliation amiable, décidée d'un commun accord par les deux contractants. Dans la présente décision du Conseil d'État, un bail emphytéotique administratif d'une durée de 60 ans avait été conclu entre la commune de Grasse et la SNC Grasse-Vacances. Sur demande de la société contractante, le bail est rompu, en contrepartie d'un versement de 1 700 000 euros par la commune de Grasse. L'affaire est portée devant la juridiction administrative du fait d'un recours formé par des tiers, contre la délibération du Conseil municipal prononçant la résiliation du contrat et le montant de l'indemnisation.

Le bail emphytéotique administratif étant un contrat de droit privé, c'est au juge judiciaire d'en connaître en cas de litige. Ici, c'est au moyen du recours contre l'acte détachable du contrat – la délibération du Conseil municipal – que le contrat se retrouve devant le juge administratif.

Dans cet arrêt le Conseil d'État vient préciser les droits à indemnisation du cocontractant de l'administration, dans le cas d'une résiliation conventionnelle du contrat. S'il existe une certaine

marge de liberté dans la détermination de l'indemnité accordée au cocontractant, le Conseil d'État affirme que l'indemnité est limitée par « *l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat* ». Les juges du Palais-Royal dégagent donc deux critères permettant d'évaluer le préjudice subi par le cocontractant : pour l'évaluer, il faut prendre en compte le gain qu'aurait pu percevoir le contractant si le contrat n'avait pas été résilié, et les dépenses qui ont été engagées pour mener à bien le contrat.

En l'espèce, les juges considèrent que le préjudice doit être limité « *à la perte du bénéfice qui pouvait être escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir* ». Les juges d'appel auraient dû tenir compte du prix que la société pouvait tirer de la cession des droits qu'elle tenait du bail, afin de comparer le montant avec le bénéfice escompté de l'exploitation du bail pour la période à courir. En comparant les deux, la Cour administrative d'appel aurait dû retenir le plus élevé des deux montants, et ainsi en déduire le préjudice de la SNC Grasse-Vacances.

Le contrôle par le juge administratif de l'indemnisation allouée au cocontractant est justifié par l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, qui empêche ces dernières à payer une somme qu'elles ne doivent pas (**CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui n°79962**). L'étendue de ce contrôle a été notamment posé dans un arrêt de principe *CCI de Nîmes, Bagnols, Uzès, et Le Vigan* (**CE, 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Bagnols, Uzès et Le Vigan, n°344280**). Il était alors question d'une résiliation pour motif d'intérêt général, prérogative contractuelle de puissance publique dont disposent toutes les personnes publiques (**CE, Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval ; Rec. p.246**). L'arrêt *CCI de Nîmes* autorise la conclusion d'une clause modulant l'indemnité de résiliation allouée au cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, à la condition qu'elle « *ne soit pas manifestement disproportionnée au préjudice représenté par le gain perdu et les dépenses exposées* ».

La décision ici commentée revient sur la jurisprudence de principe précitée. L'exigence d'absence de « *disproportion manifeste* » a disparu, au profit d'une interdiction claire d'allouer une indemnisation supérieure au préjudice. Si la décision Commune de Grasse concerne une résiliation conventionnelle, il ressort clairement des conclusions du rapporteur public la volonté de faire évoluer l'ancienne décision de principe. Ce dernier avance notamment la justification d'une harmonisation avec la jurisprudence constitutionnelle, qui était alors plus stricte en la matière (**Cons. const., 20 janv. 2011, n° 2010-624 DC, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel**).

Si la jurisprudence *CCI de Nîmes* avait été étendue à différents cas de résiliation du contrat (**CE, 19 déc. 2012, Sté AB Trans, n° 350341** dans le cas d'une résiliation du contrat par la personne publique, non motivée par un motif d'intérêt général ; **CE, 11 mai 2016, Rouveyre, n° 383768** dans le cas d'une annulation du contrat), « *il y a donc tout lieu de penser que la limite tirée des dépenses exposées et du bénéfice manque concerne également tous les modes de rupture : résiliation contractuelle, unilatérale pour motif d'intérêt général ou pour illégalité, juridictionnelle, ou annulation* » (J. MARTIN, « La fin de la générosité de l'Administration dans la stipulation des indemnités de résiliation », *JCP A*, n° 2, 2023).

Le juge fait ainsi un pas de plus en avant vers la protection des deniers publics, mais un pas en arrière pour la liberté contractuelle des personnes publiques, le contrôle desdites clauses étant apprécié plus strictement par le juge.

# DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* L'interopérabilité, solution à la libre concurrence en matière numérique

Règlement (UE), 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE), 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

Le marché du numérique mondial est aujourd'hui contrôlé par quelques opérateurs, qui règnent sur le marché et sont dans une situation de quasi-monopole. Ce sont notamment les GAFAM (Google, Amazon, Apple, Microsoft) qui possèdent une très grande partie des parts du marché, et captent une grande majorité des utilisateurs. A l'exception de l'entreprise néerlandaise *Booking*, les opérateurs européens peinent à les concurrencer.

Le Digital Market Act (DMA), publié au JOUE le 12 octobre 2022, vise à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles de ces grandes plateformes en ligne, qui, du fait de la place qu'elles occupent sur le marché, empêchent les plus petits acteurs de se développer.

Pour ne viser que les géants du net le règlement ne vise que les « contrôleurs d'accès » (aussi appelés « *gatekeepers* »), qui répondent à des conditions strictes. Plus large que le DSA (qui ne cible que les plateformes en ligne), le DMA concerne les entreprises qui « *visent le cœur du service des plateformes* » (C. CRICHTON, « Le Digital Market Act, un cadre européen pour la concurrence en ligne », *Dalloz Actualité*, 8 janvier 2021) concernant ainsi à la fois les services d'intermédiation en ligne, mais aussi les moteurs de recherche en ligne, les réseaux sociaux en ligne, les plateformes de vidéos partagées en ligne, les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation, les systèmes d'exploitation (ci-après « OS »), les services d'hébergement dans le nuage (*cloud computing*) ou les services de publicité. L'article 3 du règlement met en place un ensemble de critères objectifs stricts permettant de qualifier une entreprise de contrôleur d'accès.

Ainsi, une entreprise sera qualifiée de « contrôleur d'accès » lorsque :

- Elle a un ponds important sur le marché intérieur : ce critère est présumé rempli lorsque l'entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de plus de 6,5 millions d'euros dans l'EEE au cours des trois derniers exercices fiscaux.
- Elle assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux : ce critère est présumé satisfait lorsque l'entreprise a enregistré plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs enregistrés par mois établis dans l'Union Européenne et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an et établies dans l'Union Européenne.

- Elle jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche : ce critère est présumé rempli lorsque les deux conditions citées ci-dessus sont remplies.

Les trois critères énoncés sont particulièrement stricts, et permettent de ne viser que les plus grands opérateurs du réseau. Ainsi, les règles mises en place par le DMA pourront parfaitement rétablir l'objectif de concurrence sur ce marché, aujourd'hui dominé par les plus grands opérateurs.

C'est la Commission Européenne qui est chargée de désigner les entreprises « contrôleurs d'accès », soit après notification de l'entreprise elle-même (§4), soit après examen approfondi de la situation individuelle de l'entreprise (§6). Les entreprises ainsi désignées se verront incomber plusieurs obligations, et ce, dès mars 2024.

La principale visée de ces obligations est l'interopérabilité. Les *gatekeepers* devront permettre aux utilisateurs d'utiliser aussi bien leurs propres services, que des services concurrents, proposés par des opérateurs plus modestes. Diverses obligations sont mises en place par le règlement pour permettre à un utilisateur de pouvoir choisir simplement d'avoir recours à d'autres opérateurs que ceux qui lui sont habituellement imposés.

Concrètement, cela signifie que les logiciels les plus importants ne pourront plus être imposés à l'utilisateur, et un écran multi-choix devra laisser à ce dernier une variété de choix, lui permettant de choisir un opérateur autre que celui installé habituellement par défaut.

*Par exemple :*

*Un utilisateur Android aura le choix entre différents services, et ne se verra pas imposer les services Google, contrairement à ce qui est mis en place aujourd'hui.*

*Un utilisateur Mac pourra accéder plus facilement à d'autres navigateurs web que Safari, et aura le choix d'utiliser le moteur de recherche Google ou non.*

Si aujourd'hui un utilisateur et averti et débrouillard peut réussir à contourner les logiciels accessibles par défaut, le DMA devrait permettre de démocratiser et simplifier à l'ensemble des utilisateurs le choix d'avoir recours à d'autres opérateurs.

Des sanctions sont mises en place par le DMA pour s'assurer de l'application de ces règles, qui imposent de grands changements aux opérateurs désignés. La Commission Européenne peut prononcer contre le contrôleur d'accès récalcitrant des amendes allant jusqu'à 10% de son chiffre d'affaires mondial total (!), et en cas de récidive, jusqu'à 20% de ce chiffre d'affaires. En cas de violation systématique du règlement, des pouvoirs plus étendus sont mis en place, permettant à la Commission de procéder à des mesures correctives comportementales ou structurelles.

Ces règlements adoptés par l'Union Européenne sont intéressants du fait de leur impact extraterritorial (v. not. B. BERTRAND « Le champ d'application du droit européen du numérique », Chronique Droit européen du numérique, *RTD Eur.*, 2021, p.181). : malgré le fait que la plupart des contrôleurs d'accès ne soient pas des entreprises européennes, ces dernières seront forcées de changer leurs pratiques et manières de fonctionner, les usagers et opérateurs situés en Europe devant bénéficier des dispositions du règlement ici commenté, au risque de

perdre une grande partie de leur marché ou de se voir imposer de lourdes sanctions par la Commission Européenne.

## JURISPRUDENCES

### \* Étendue du contrôle du juge administratif sur les actes de la CNIL

**CE, 21 oct. 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 févr. 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.

Source : A. OUMEDJKANE, « 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 » - *Newsletter du CREAM*, Novembre 2022, n°43, p.3

### \* La Commission Européenne rappelée à l'ordre en matière de contrôle des aides d'État

**CJUE 10 nov. 2022, Commission c/ Valencia Club de Fútbol SAD, aff. C-211/20 P.**

Dans le cadre de son contrôle des aides d'État, la commission Européenne a eu à connaître des garanties apportées par l'Instituto Valenciano de Finanzas, un établissement financier du

gouvernement de la communauté autonome de Valence, à la Fundació Valencia, association reliée au club de football de Valence.

La Fundació Valencia, en besoin d'argent, avait sollicité un prêt bancaire, lequel lui avait été garanti par l'Instituto Valenciano de Finanzas. L'affaire se présente devant la CJUE du fait d'un pourvoi de la Commission contre la décision défavorable rendue en première instance. En rejetant le pourvoi et en désavouant le contrôle de la Commission Européenne, la Cour en profite pour préciser quelques obligations auxquelles est tenue la Commission.

La Commission Européenne doit faire preuve de diligence : son contrôle doit procéder d'une vérification du montant de la prime de garantie de référence correspondante sur les marchés financiers. Également, elle doit vérifier l'applicabilité du principe de « *l'opérateur privé en économie de marché* » (not. **CJCE 21 mars 1991, Rép. Italienne, C-303/88**).

La Cour termine en rappelant l'obligation d'impartialité à laquelle est tenue la Commission : son contrôle doit être mené de manière diligente et impartiale (**CJUE 11 nov. 2021, Autostrada Wielkopolska c/ Commission et Pologne, aff. C-933/19 P**). Cette exigence se traduit notamment par l'obligation de regarder plus loin que la seule difficulté qui ressortait de la situation du club de football concerné.

# LIBERTÉS FONDAMENTALES

---

## JURISPRUDENCES

- ✱ **Droit au respect de la vie privée ou lutte anticorruption, le juge administratif a choisi son camp !**

**CE, Sect., 7 oct. 2022, Association Anticor, n° 443826.**

L'association Anticor, qui a pour vocation la « *lutte contre la corruption et le rétablissement de l'éthique en politique* » avait vu sa demande de communication des comptes annuels de la fondation Louis Vuitton refusée par le préfet de la région Île-de-France. Ayant formé un recours devant la juridiction administrative, sa demande est rejetée en première instance.

Selon l'article L. 311 du CRPA, « *les administrations sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent* ». Cela signifie donc que les documents administratifs, qu'ils soient produits ou détenus par l'administration, peuvent être communiqués dès lors qu'en est fait la demande.

Ainsi, et c'est là-dessus que se fonde la demande de l'association Anticor, les documents produits par une personne privée non investie d'une mission de service public deviennent des documents administratifs au sens du CRPA dès lorsqu'ils ont été reçus par une autorité administrative dans le cadre de sa mission de service public.

Malgré cette obligation, certains documents peuvent échapper à l'obligation de communication, dès lors que la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée.

C'est là que la solution du Conseil d'État prend tout son sens : en reconnaissant une vie privée à la fondation, le juge fait rentrer les documents comportant des informations relatives au fonctionnement interne ou à la situation interne de la personne morale de droit privé dans le périmètre protecteur de l'article L. 311-6 du CRPA. Le refus de communication est justifié, car la communication porterait atteinte à la protection de sa vie privée.

La fondation Louis Vuitton est une fondation d'entreprise, personne morale créée en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général. Les fondations doivent établir chaque année un bilan constitué d'un compte de résultat et d'une annexe, qui sont communiqués à un commissaire aux comptes. Le bilan et le rapport du commissaire aux comptes sont ensuite communiqués à l'autorité administrative, qui vérifie la régularité du fonctionnement de l'entreprise. L'autorité administrative reçoit donc les comptes annuels des fondations, dans le cadre de sa mission de service public de contrôle administratif des fondations d'entreprises, dévolue par l'article 19-10 de la loi du 23 juillet 1987. Le compte annuel des fondations prend donc la forme d'un document administratif par ce biais.

Un point seulement vient nuancer l'étendue de la protection de la vie privée des personnes morales : lorsque celles-ci reçoivent une subvention publique, leurs comptes sont communicables à toute personne qui en fait la demande (article 10 de la loi du 12 avril 2000).

Constatant rapidement que la fondation Louis Vuitton n'a bénéficié d'aucune subvention publique en 2016 et 2017, le Conseil d'État valide la position des juges du fond, et confirme que l'obligation de communication ne s'applique pas aux documents demandés.

Bien qu'étant longuement discutée par le rapporteur public, la reconnaissance d'une protection de la vie privée des personnes morales avait déjà été consacrée par le Conseil d'État dans un arrêt de 2013 (**CE 17 avr. 2013, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé c/ Cabinet de La Taille*, n° 344924**). C'est plutôt la portée donnée à l'affirmation de l'existence d'une vie privée reconnue aux personnes morales qui importe dans la décision ici commentée.

La reconnaissance d'une telle protection aux personnes morales ne va pas de soi, et la Cour de cassation retient la solution totalement inverse, refusant de reconnaître une protection de la vie privée aux personnes morales (**Civ. 1re, 17 mars 2016, n° 15-14.072, D. 2016. 1116**).

En statuant contre la communication de ces documents au moyen de la reconnaissance étendue d'une protection de la vie privée des personnes morales, le Conseil d'État entrave clairement la lutte anti-corruption, menée notamment par l'association Anticor.

Les juges du Palais-Royal semblent toutefois faire un appel du pied au législateur, utilisant la formule « *en l'absence de disposition législative le prévoyant expressément* » lorsqu'ils concluent au rejet de la demande.

L'avenir nous dira si de nouvelles dispositions élargiront le champ des documents communicables, ou si la vie privée des personnes morales a de beaux jours devant elle, et continuera à freiner la communication de tels documents.

## ✱ La liberté d'expression devant la CEDH

**CEDH, 13 oct. 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, *Stern 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 ?

Source : T. THUILLIER-PENA, « Action Femen dans une église : une communion des seins au bénéfice d'un débat sociétal », *Newsletter du CREAM* - Novembre 2022 - n°43, p.3

✱ **Atteintes à la protection des données personnelles : *ciltius, altius, fortius***

**CNIL, Délibération 2022-118 du 8 déc. 2022 portant avis sur un projet de loi portant sur les Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.**

La tenue des Jeux Olympiques à Paris en 2024 forçant une évolution des dispositifs de sécurité, un projet de loi en ce sens avait été préparé. Devant porter atteinte de diverses manières au droit à la protection des données, la CNIL en était alors saisie. Son avis prend la forme d'une « *alerte* » pour ce qui constitue selon elle « *un tournant qui [contribuera] à définir le rôle qui sera confié dans notre société à ces technologies, et plus généralement à l'intelligence artificielle* ». Le projet de loi porte sur des traitements de données divers, tels que la collecte des échantillons génétiques des sportifs ou encore le recours à des traitements algorithmiques sur les images captées par des caméras ou des drones.

Cet avis est l'occasion de revenir sur des points fondamentaux du droit à la protection des données. La CNIL revient par deux fois sur le recueil d'un consentement éclairé, nécessaire et indispensable au traitement des données (articles 6 et 7 RGPD), et la mise en place de garanties pour permettre aux personnes concernées de refuser un tel traitement. Dans le cas du scanner corporel placé à l'entrée des enceintes sportives, il est nécessaire de prévoir un autre dispositif de contrôle. Un tel dispositif permet à la personne s'opposant au traitement de ses données de rentrer malgré son refus. La durée de conservation des données récoltées fait également l'objet de précisions : celle-ci ne doit pas être excessive au regard de la finalité recherchée (article 17 RGPD). La CNIL incite notamment l'exécutif à réduire la durée de conservation des données issues des procédures de criblage visant les fans-zones et les participants aux grands événements : si 5 ans étaient prévus par le projet de loi, la CNIL considère que la durée de conservation ne doit pas excéder celle des événements.

# ENVIRONNEMENT

---

## JURISPRUDENCES

### \* **Qualité de l'air : l'État doit passer une nouvelle fois à la caisse**

**CE, 17 oct. 2022, Association Les amis de la Terre France et autres, n° 428409.**

Saisie en 2017 par l'association Les amis de la Terre (**CE, 12 juill. 2017, 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 (NO<sub>2</sub>) et de particules fines (PM<sub>10</sub>) 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 une décision **CE, 10 juill. 2020, n°428409**.

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.

### \* **Une nouvelle liberté fondamentale invocable en référé-liberté : le Conseil d'État se met à la page**

**CE, ord., 20 sept. 2022, n°451129.**

Sans doute poussé par la jeune ferveur des Sages de la rue Montpensier (v. par ex. **CC, déc. n° 2019-794 DC, 20 déc. 2019** ; **CC, déc. n° 2019-823 QPC, 31 janv. 2020** et **CC, déc. n°2022-843 DC, 12 août 2022**), le Conseil d'État s'est enfin jeté à l'eau. Dix-sept ans après l'adoption de la Charte, les juges du Palais-Royal ont mis un terme aux contradictions entretenues par les commentateurs et les juges des référés des tribunaux administratifs (v. par ex. **TA de Châlons-en-Champagne, ord. n° 0500828 du 29 avr. 2005** et **TA de Strasbourg, ord.**

n° 0503540 du 19 août 2005) en reconnaissant au « *droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » le caractère de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521- 2 du CJA. Pour autant, dans ce cadre, si la référence aux normes et à la jurisprudence constitutionnelles revêt une utilité particulière, généralement, se sont surtout les considérations fonctionnelles qui apparaissent déterminantes.

Spécifiquement, on aurait ici pu craindre que l'imprécision des termes de l'article 1<sup>er</sup> s'oppose à une telle reconnaissance, mais c'est précisément en adoptant une approche restrictive de ce droit où s'imbriquent dimensions collective et individuelle que le Conseil d'État a pu admettre son invocabilité. Comme le prévoyait il y a bien longtemps déjà Karine Foucher (K. FOUCHER, « Le droit à l'environnement est-il utilement invocable dans le cadre du référé-liberté ? », *AJDA* 2007, p. 2262), c'est en abordant ce droit dans sa dimension individuelle que le juge des référés a pu ainsi lui accorder le caractère de liberté fondamentale. À cela s'ajoute le critère de la proximité, par analogie aux exigences traditionnelles relatives à l'intérêt à agir.

En somme, à l'avenir, « *toute personne justifiant, au regard de sa situation personnelle, notamment si ses conditions ou son cadre de vie sont gravement et directement affectés, ou des intérêts qu'elle entend défendre, qu'il y est porté une atteinte grave et manifestement illégale du fait de l'action ou de la carence de l'autorité publique* », pourra saisir le juge des référés en faisant état « *de circonstances particulières caractérisant la nécessité pour elle de bénéficier, dans le très bref délai prévu par [les dispositions de l'article L. 521-2 du CJA], d'une mesure de la nature de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de cet article* ».

Est-ce à dire que cette voie sera inefficace en matière environnementale ? Probablement, la demande des requérants a d'ailleurs été rejetée en l'espèce. Rappelons encore que l'impuissance généralisée du référé-liberté a été maintes fois dénoncée (v. par ex. **CEDH, 31 janv. 2020, J.M.B. et a. c/ France, n° 9671/15**). En revanche, l'espoir est permis pour les associations, qui n'hésiteront pas à se saisir pleinement de cette procédure, lesquelles contribuent vraisemblablement à déjouer et à rendre plus effectifs les instruments contentieux qui ne permettent pas toujours de rendre compte des spécificités d'un droit qui entend protéger, malgré tout, « *le patrimoine commun des êtres humains* » comme le rappelait récemment le Conseil constitutionnel.

Source : C. BALLAY-PETITZON, « Le référé-liberté entre greenwashing et impuissance généralisée » - *Newsletter du CREAM* - Octobre 2022 - n°42, p.2

### ✳ **Nécessité de dépôt de demande d'une dérogation « espèces protégées » : le Conseil d'État esquisse les contours applicables**

**CE, Avis, 9 déc. 2022, Association Sud-Artois pour la protection de l'Environnement, n°493563.**

Saisie par la Cour administrative d'appel de Douai en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, deux questions étaient posées à la Haute juridiction administrative, sur la nécessité de déposer une demande de dérogation « espèces protégées ».

Il résulte de l'article L. 411-1 du code de l'environnement une interdiction de détruire ou perturber les espèces animales concernées, ainsi qu'une interdiction de détruire ou dégrader leurs habitats. Une demande dérogation « espèce protégées » est prévue par l'article L.411-é du même code. Pour l'obtenir trois conditions cumulatives sont nécessaires, rappelées par les juges du Palais-Royal : « trois conditions distinctes et cumulatives tenant d'une part, à l'absence de solution alternative satisfaisante, d'autre part, à la condition de ne pas nuire au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle et, enfin, à la justification de la dérogation par l'un des cinq motifs limitativement énumérés et parmi lesquels figure le fait que le projet réponde, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, à une raison impérative d'intérêt public majeur ».

Dans la présente affaire, la première question portait sur le seul à partir duquel le pétitionnaire est tenu de déposer une demande de dérogation « espèces protégées ». La seconde question portait sur la prise en compte ou non par le Conseil d'État, dans son appréciation de la nécessité de déposer une demande de dérogation, des mesures prises par le pétitionnaire tendant à éviter, réduire ou compenser les incidences du projet.

Pour déterminer si le pétitionnaire doit déposer ou non une demande de dérogation, le Conseil d'État énonce deux conditions cumulatives : la demande doit être déposée dès lors que des spécimens sont « *présents dans la zone du projet* », et si le « *risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé* ». La nécessité du dépôt de la demande doit être appréciée en tenant compte des mesures d'évitement et de réduction proposées, qui peuvent permettre de diminuer le risque « *au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé* ».

# DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS

---

## JURISPRUDENCES

### \* Le possesseur dépossédé, indemnisé !

CE, 22 juill. 2022, *Min. Culture c/ de V*, n°458590.

A travers cette décision qui s'inscrit dans un contentieux foisonnant en matière d'œuvre d'art, les juges du Palais-Royal entendent protéger les possesseurs, de bonne foi, de biens acquis irrégulièrement. Bien souvent, les *propriétaires* actuels sont dans l'impossibilité de connaître les histoires passionnantes - ou moins passionnantes - qui ont permis leur première appropriation. Ces mêmes *propriétaires*, qui se considèrent pourtant de bonne foi, subissent le joug de l'État sur ces biens, qui à ce moment-là « *se rappelle régulièrement à leur bon souvenir, en leur opposant les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public pour en réclamer la restitution gratuite* » (G.EVEILLARD, « L'indemnisation conditionnée du possesseur irrégulier d'un bien du domaine public en cas de récupération du bien par son propriétaire », *RDA* n°12, Déc. 2022, comm. 48).

En l'occurrence, il s'agissait d'un manuscrit du XVe siècle contenant un texte attribué à Saint-Thomas d'Aquin, les *Commentaria in evangelium senti Lucae*. Déposé aux archives publiques en 1991, puis, par restitution, rendu aux *propriétaires* en 2016, il ne pourra pas être vendu par ces derniers à l'international car la ministre de la Culture refuse de leur donner le certificat permettant d'exporter le bien, sous couvert de sa prétendue domanialité publique.

Après que la Cour administrative d'appel de Paris ait indemnisé M. de V. (**CAA Paris, 21 sept. 2021, n° 20PA02713**), la ministre de la Culture se pourvoit en cassation devant le Conseil d'État. Ce dernier, par un revirement de jurisprudence bienvenu, admet l'existence d'un droit à indemnité, au profit des détenteurs de bonne foi d'un bien du domaine public acquis irrégulièrement, mais conditionné par des règles d'évaluations très strictes.

Finalement, le *propriétaire* présumé du manuscrit n'était bien que son *possesseur* de bonne foi, en ce qu'il se comportait comme un propriétaire (v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11e édition, 2016, p. 778-779), mais ne l'était pas régulièrement, la propriété du bien étant dévolue à l'État.

## \* La petite maison dans la forêt

Cour de cassation, civ., 21 sept. 2022, n° 21-10895.

C'est une véritable histoire d'amour à en faire pâlir les séries américaines entre l'office national des forêts (ONF) et un de ses agents. D'abord mis à la retraite d'office, radié des cadres de la fonction publique et expulsé de son logement, l'agent réussit à obtenir sa réintégration au sein de la même unité territoriale, sur un emploi correspondant à son grade et dans sa chère et tendre maison. Le même jour, il est suspendu et peu de temps après, de nouveau mis à la retraite d'office et radié. Deux années plus tard, l'ONF l'expulse encore de son logement et ne tardera pas à l'assigner devant le juge judiciaire en vue d'obtenir sa condamnation au paiement d'une redevance d'occupation pour les deux ans d'occupation sans droit ni titre, conformément à l'article R. 2124-74, alinéa 2, du code général de la propriété des personnes publiques, sur une maison forestière lui ayant été concédée à titre précaire et révocable.

Le requérant, M. N. soulève deux moyens, un premier tiré de l'incompétence de la juridiction judiciaire et un second tiré de sa réintégration défectueuse.

La Cour de cassation estime d'abord, à l'instar de la Cour d'appel avant elle, que cette maison forestière concédée à l'agent de l'ONF est directement et indivisiblement rattachée à l'exploitation des bois et forêts. L'agent aura beau soutenir que l'ONF a fait aménager dans cette maison une pièce servant de bureau administratif nécessaire à l'exécution des missions de service public, il n'apporte aucune preuve concernant cet aménagement qui permettrait de considérer, conformément au code général de propriété des personnes publiques entrée en vigueur au 1er janvier 2016, que ce bien - outre son affectation à un service public - était spécialement aménagé en vue de celui-ci. De surcroît, poursuit la Cour, le droit d'occupation de la maison forestière lui avait été concédé à titre précaire et révocable, la Cour d'appel, devant laquelle le requérant n'a pas soutenu que cette maison lui avait été concédée par une convention comportant des clauses exorbitantes du droit commun, en a exactement déduit qu'elle n'appartenait pas au domaine public. De ce fait, la maison appartient au domaine privé de l'État et le litige d'espèce ayant pour but le paiement d'une redevance pour l'occupation sans droit ni titre relève bel et bien du juge judiciaire.

En outre, la Haute juridiction ajoute que, « *ayant relevé que la réintégration de M. N. s'était effectuée au sein de la même unité territoriale que celle dans laquelle il était précédemment employé et sur un emploi correspondant à son grade, mais sans qu'il retrouvât le poste qui lui ouvrait spécifiquement droit à bénéficier de la jouissance de la maison forestière [...] à titre de logement de fonction, la cour d'appel [...] en a déduit, à bon droit, que la demande de l'ONF tendant au paiement d'une redevance d'occupation [...] devant être accueillie* ».

Non seulement M. N. a perdu sa petite maison dans la forêt, mais devra, de surcroît, payer une redevance pour ses deux années d'occupation sans droit ni titre.

## \* Dépoussiérage de la jurisprudence *Steeple Chase de France*

TA Grenoble, 6 oct. 2022, n°2205492.

La société de restauration Le Panoramique était implantée sur l'emprise du domaine public affecté à la gestion et l'exploitation du train de la Mure, dans le cadre d'une délégation de service public dévolue par le département de l'Isère. Après un conflit l'opposant à la société exploitant le train, elle perd le contrat et par la même occasion, perd la possibilité de se prévaloir du titre l'autorisant à occuper le domaine public et le département de l'Isère l'invite à quitter les lieux.

Se pose alors la question de la compétence de la juridiction.

Conformément à la traditionnelle jurisprudence du Tribunal des conflits *société Steeple Chase de France* (TC, 10 juill. 1956, *Société Steeple Chase de France*, Rec. p.557), maintenant codifiée à l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques, le juge administratif est compétent pour connaître des contrats d'occupation du domaine public passés entre personnes privées. Exception faite du concessionnaire n'ayant pas de service public à gérer (TC, 14 mai 2012, *Mme Gilles*, n°C3836).

Les juges grenoblois font, timidement, une nouvelle et originale application de la décision *Société Steeple Chase de France* précitée, en incluant - sans le dire expressément et sans se prononcer sur la nature du contrat d'exploitation de la ligne ferroviaire - la délégation de service public, là où seule la gestion d'un service public était retenue et exigée.

## \* Tempête en prévision à Biarritz et grand soleil à Paris

CE, 2 déc. 2022, *Hôtel du Palais*, n°460100.

CE, 2 déc. 2022, *Société Paris Tennis*, n°455033.

À travers ces deux décisions, les juges du Conseil d'État restreignent l'obligation de mise en concurrence préalable imposée par la directive « Services » du 12 décembre 2006 aux seules autorisations d'occupation du domaine public, excluant les baux d'occupation du domaine privé.

Ce sera donc le prestigieux Hôtel du Palais à Biarritz (n°460100) qui accueillera la très attendue réponse à la question suivante : la conclusion d'un bail en vue de l'occupation du domaine privé doit-elle être précédée d'une procédure de sélection en vertu de la directive « Services », tel qu'interprété par la Cour de justice dans son arrêt *Promoimpresa* (CJUE, 14 juill. 2016, C-458-14) ? On sait qu'à la suite de cet arrêt, avait été adoptée l'ordonnance du 19 avril 2017 qui prévoyait une telle procédure mais uniquement pour l'occupation du domaine public aux fins d'y exercer une activité économique.

Pour écarter également l'application du droit européen, le Conseil d'État emprunte un détour balisé par la Cour avant lui et ayant reçu un accueil positif des commentateurs autorisés (N.

FOULQUIER, « Pas de procédure de sélection pour la location du domaine privé », *RDI* 2022, p. 171). Il estime qu'en donnant à bail une dépendance de son domaine privé, la personne publique n'agit pas en tant que puissance publique et ne confère pas d'autorisation, au sens de la directive, mais agit comme pourrait le faire tout opérateur privé pour la gestion et la valorisation de ses biens. Attention toutefois, la solution du Conseil d'État est susceptible de recevoir une interprétation tout aussi restrictive que celle qui est retenue du droit européen, dès lors qu'elle peut être regardée comme limitée aux seuls contrats de bail de droit privé, sans trancher le cas d'un contrat similaire quant à l'objet mais contenant, en outre, une clause exorbitante du droit commun, redonnant à l'autorité administrative ses habits de puissance publique.

A l'autre bout du pays, à propos de l'autorisation d'occupation des terrains de tennis du jardin du Luxembourg, le Conseil d'État se positionne différemment (n°455033), jugeant que le contrat d'espèce s'incorpore bien dans l'article 12 de la directive car son objet permet d'identifier « *une activité de services au sens de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 et non un service d'intérêt général non économique qui ne relèverait pas de son champ d'application en vertu du a) du paragraphe 2 de son article 2* ». De ce fait, il doit répondre à l'obligation de procédure de mise en concurrence préalable.

Cette fois-ci, le Conseil d'État estime qu'en « *autorisant l'occupation d'une partie du jardin du Luxembourg, qui appartient au domaine public, le Sénat doit être regardé comme exerçant un rôle de contrôle ou de réglementation, et donc comme constituant une autorité compétente au sens de cette directive* » et reconnaît donc que la personne publique a agi en tant que puissance publique délivrant un titre d'occupation assimilable à une autorisation au sens de la directive.

En définitive, si à travers ces arrêts le Conseil d'État sauvegarde le régime protecteur des preneurs à bail, qui auraient nécessairement perdu leur droit à renouvellement en cas d'application d'une procédure de sélection, cela n'est peut être pas le point final d'une controverse qu'il risque au contraire d'attiser en faisant « *couler beaucoup d'encre* » (v. Tribune F. MELERAY, « Retour à Biarritz », *AJDA*, 2022, p. 2369).

Commentaire croisé : L. BOIJOUT, « Tempête en prévision à Biarritz » - *Newsletter du CREAM* - Décembre 2022 - n°44, p.1 et D. Gonçalves, janv. 2022.

## ✳ Aller-retour dans le domaine public : un retour déshabillé

### CE, 21 déc. 2022, Commune de Saint-Félicien, n°464505.

Le conseil municipal de la commune de Saint-Félicien, exploitant d'un camping municipal appartenant à son domaine public, se réunit en février 2019 pour constater la désaffectation des biens utilisés, puis procède à leur déclassement. Quelques mois plus tard, la commune conclut un bail commercial avec une société pour exploiter ce même camping mais de nouvelles élections municipales s'interposent. Le conseil municipal fraîchement élu fait machine arrière et reprend l'exploitation du camping, abroge la délibération de 2019, constate l'extinction du bail commercial et le maire demande à la société exploitante de libérer les lieux. Cette dernière n'y consent pas, le juge des référés du Tribunal administratif est saisi d'une demande d'expulsion.

Conformément à la célèbre jurisprudence sur le domaine public virtuel, *Commune de Baillargues* (CE, 13 avr. 2016, n°391431), un bien est une dépendance du domaine public dès lors que le propriétaire public décide de l'affecter à un service public et, dans cette continuité, entreprend de façon certaine l'aménagement indispensable à l'exécution des missions dudit service public. Les juges du Palais-Royal, pour valider l'aller-retour d'un bien dans le domaine public, vont étendre cette jurisprudence en acceptant des aménagements indispensables préexistants à l'affectation « *alors même qu'un droit d'occupation de ce bien serait, à la date de cette décision d'affectation, conféré à un tiers par voie contractuelle* », en l'espèce un bail.

En septembre 2020, le Tribunal administratif annule la délibération du nouveau conseil municipal, mais ce dernier - pris d'un élan de courage ou d'impertinence - décide en mai 2022, à travers une nouvelle délibération, d'abroger à nouveau celle de 2019 et d'affecter les biens au domaine public à travers le service public de camping municipal. De ce fait précisent les juges, « *il en résulte qu'à la date à laquelle l'ordonnance attaquée a été prise et quand bien même un tiers aurait disposé à cette date de droits contractuels d'occupation de celui-ci, le terrain de camping occupé par la société Domaine de Pierrageais ne pouvait plus être regardé comme faisant partie du domaine privé de la commune de Saint-Félicien mais constituait une dépendance de son domaine public* ».

Le bail commercial existant, ajoutent les juges du Palais-Royal, avait valeur de titre d'occupation « *jusqu'à son éventuelle dénonciation* ». Dès lors qu'il a été inclus dans le domaine public « *et indépendamment de la possibilité pour son titulaire de rechercher, devant le juge administratif, l'indemnisation du préjudice en résultant* » il ne pouvait pas conserver son caractère de bail commercial « *en tant que celui-ci comporte des clauses incompatibles avec la domanialité publique* ».

A travers ce titre d'occupation toujours existant, la demande d'expulsion fait donc face à une contestation sérieuse.

Ainsi, si le retour dans le domaine public d'un bien *déshabille* un bail conclu sur celui-ci, en lui retirant son caractère commercial, le contrat a néanmoins valeur d'autorisation d'occupation du domaine public et la commune ne peut pas expulser l'occupant avant d'avoir véritablement mis fin à cette autorisation.

# FONCTION PUBLIQUE

---

## JURISPRUDENCES

### \* Constitutionnalité de la suppression des régimes dérogatoires au temps de travail dans la fonction publique territoriale

Cons. const., 29 juill. 2022, *Commune de Bonneuil-sur-Marne et a*, n°2022-1006 QPC.

L'article 47 de la loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique mettait fin à la faculté accordée aux collectivités territoriales par l'article 7-1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, de conserver les régimes de temps de travail antérieurs au régime des *35 heures* issu de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001. Elle obligeait par la suite les collectivités ayant usé de cette faculté, de fixer par délibération dans un délai d'un an à compter du renouvellement des assemblées délibérantes, les règles relatives au temps de travail des agents tout en restant dans les limites applicables à ceux de l'État.

C'est sur cette même suppression que, par renvoi du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel est saisi. Les requérants et intervenants reprochent à cette disposition d'être contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales, ce à quoi les juges du Palais-Royal répondent que l'objectif poursuivi par le législateur à travers cette tentative d'harmonisation de la durée de travail au sein des fonctions publiques territoriale et d'État était d'intérêt général, en ce qu'elle tentait de réduire les inégalités entre les agents et facilitait leur mobilité. En outre, ils ajoutent d'une part, qu'en matière d'emploi, d'organisation du travail et de gestion du personnel ces dispositions « *se bornent à encadrer la compétence des collectivités territoriales pour fixer les règles relatives au temps de travail de leurs agents* » ; d'autre part, que les collectivités ayant maintenu ces régimes dérogatoires, comme les autres collectivités « *demeurent libre de définir des régimes de travail spécifiques pour tenir compte des sujétions liées à la nature des missions de leurs agents* ».

De fait, le juge constitutionnel écarte le grief tiré de la méconnaissance du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Dans un second temps les requérants et intervenants tentent le coup classique du grief tiré de la méconnaissance du principe de liberté contractuelle. Sans surprise, le Conseil constitutionnel s'aligne sur la jurisprudence établie du Conseil d'État selon laquelle, ce n'est pas parce que les agents contractuels sont recrutés par contrat, qu'ils n'en demeurent pas placés dans une situation légale et réglementaire eu égard à leur administration d'attache.

✳ **Inconstitutionnalité de la condition de représentativité des organisations syndicales pour assister le fonctionnaire dans l'exercice de son recours administratif contre une décision individuelle défavorable**

*Cons. const., 5 août 2022, Synd. national de l'enseignement action et démocratie, n° 2022-1007 QPC.*

Depuis le 25 octobre 2021 et une circulaire fixant les lignes directrices de gestion ministérielles propres à la mobilité des personnels, tout agent souhaitant contester un refus de mutation ou une décision d'affectation, ne pouvait solliciter qu'une organisation syndicale dite « représentative ». Cette circulaire prohibait ainsi par principe toute sollicitation de syndicats dits « non-représentatifs » et obligeait les agents de ce fait à passer par des syndicats dont ils n'étaient pas membres.

Saisi par le demande écrite du 9 novembre 2021 du syndicat national action et démocratie, le juge des référés du Conseil d'État, par ordonnance du 10 février 2022, fait droit à la demande et suspend la condition de représentativité estimant qu'il y avait un doute sérieux quant à sa légalité (**CE, 10 févr. 2022, Synd. national de l'enseignement action et démocratie, n°460761**). Ce dernier, fait droit à une demande envoyée par mémoire distinct et renvoi le 1er juin 2022 au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 14 *bis* de la loi du 11 janvier 1984, codifiées à l'article L. 216-1 du Code général de la fonction publique (**CE, n°460761, préc.**).

Le 5 août 2022, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution le mot « *représentative* » présent aux articles précités, décloisonnant ainsi les possibilités de recours administratif d'un agent public. En effet, les sages de la rue Montpensier estiment qu'il existe une différence de traitement dans la représentation syndicale des intérêts de l'agent, différence palpable par l'impertinence de la condition de représentativité du syndicat et par le caractère injustifié de la dérogation au principe d'égalité devant la loi protégé par la Constitution. Ils jugent alors d'une non-conformité totale à la Constitution des articles visés avec effet immédiat.

✳ **Un kebab ? Avec ou sans révocation ?**

**TA Toulon, 18 nov. 2022, Mme B., n° 2103453.**

Si être fonctionnaire octroie des garanties propres telles que la sécurité de l'emploi et l'avancement, cela implique nécessairement des obligations renforcées, la première d'entre elles étant de se consacrer à sa fonction (article L. 121-3 du Code général de la fonction publique). C'est ce que semble avoir oublié la requérante dans l'arrêt d'espèce.

En l'espèce, une fonctionnaire de la mairie de Saint-Tropez a fait l'objet d'une mesure de révocation fondée sur le fait qu'elle ait pris part à une activité commerciale sur un stand de restauration en dehors de toute autorisation de cumul et pendant ses congés maladie.

Après avoir rappelé scrupuleusement les différentes sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires ainsi que le principe visé à l'article L. 121-3 précité, il rappelle « *[qu'] il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes, en tenant compte de la manière de servir de l'intéressé et de ses antécédents disciplinaires* ». Il suit alors une jurisprudence posée en 1990 affirmant que l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative demeure applicable alors même que le fonctionnaire est en congé maladie (CE, 8 oct. 1990, *Ville de Toulouse c/ Mirguet*, n°107762).

Mme B. était bien en arrêt maladie lorsqu'elle a été prise en photo par un agent de la commune prenant des commandes sur un bloc-note derrière le comptoir de l'établissement « *L'as du kebab* ». Pour les juges du Palais-Royal, pas de souplesse même pour les amateurs de ce fin mets, les explications de la gérante et de l'intéressée sont confuses et ne permettent pas d'écarter la matérialité des faits. Ils rejettent la requête formée par Mme B. en ces termes : « *Compte tenu de la gravité des faits reprochés, de l'attitude Mme B qui a précédemment fait l'objet de poursuites disciplinaires, la sanction de révocation, même si elle est la plus lourde des sanctions disciplinaires susceptibles d'être infligées à un agent public, a pu légalement être décidée par le maire de la commune de St Tropez* ».

# CONTENTIEUX ÉLECTORAL

## JURISPRUDENCES

### \* Doucement le matin, pas trop vite l'après-midi pour la démocratie

**CE, 15 nov. 2022, *Election départementale dans le canton de Marseille-6*, n°461959.**

Tant qu'une majorité de bureaux de vote ouvrent à l'heure, il semblerait que le principe d'universalité du scrutin ne soit pas atteint.

C'est ce que semble affirmer le Conseil d'État à propos de l'élection des conseillers départementaux du canton de Marseille-6 où pas moins du tiers des bureaux de vote a ouvert avec du retard. Certains avec un quart d'heure, d'autres avec plus de trois heures de retard. A l'issue des élections, le binôme étant arrivé à la quatrième position lors du premier tour obtient l'annulation des élections auprès du Tribunal administratif de Marseille, jugeant entre autres, qu'à l'instar d'un pastis laissé au soleil, la démocratie n'attend pas. Mais c'était sans savoir que les juges du Palais-Royal avaient un goût bien particulier. En effet, avec une pointe de paternalisme, le Conseil d'État estime que, « *pour regrettable que soit cette circonstance et nonobstant la durée de fermeture d'un nombre important de bureaux à une heure de potentielle affluence des électeurs, il n'est pas établi qu'un nombre conséquent d'entre eux ont été empêchés de prendre part au vote* ». Le jugement du TA est ainsi annulé et l'élection des conseillers départementaux du canton de Marseille-6 validée.

### \* Mise au point sur les délais de saisine et de jugement en contentieux électoral

**CE, 19 déc. 2022, n°465814.**

Le Conseil d'État fait machine arrière sur le délai imparti à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques [CNCCFP] pour se prononcer sur un compte de campagne ou saisir le juge électoral (CE, 9 juill. 2015, *CNCCFP*, n°388767). Alors qu'il était de six mois francs, le délai est désormais de trois mois et n'est plus franc.

Il va toutefois encore plus loin concernant le délai de jugement en contentieux électoral. En effet, il résulte d'une décision précédente (CE, 23 juill. 2010, *Élections municipales d'Athis-Mons [Essonne], Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, n°337835) que le délai imparti au Tribunal administratif « *pour statuer à peine de dessaisissement s'applique tant au jugement des protestations électorales qu'à celui des saisines de la CNCCFP, que le candidat ait été élu ou non* ». Le Conseil d'État confirme d'abord cette jurisprudence avant d'augmenter les délais de deux à trois mois, cette fois-ci, francs.

## \* Un cluster d'honnêteté

CE, 20 déc. 2022, *Société Cluster 17*, n°461279.

La commission des sondages avait exigé du journal Marianne de publier en ligne et sur papier une mise au point alertant les lecteurs sur la « pertinence » des sondages réalisés par la société Cluster 17, mesurant les intentions de vote pour la présidentielle de 2022. Cette même société demande l'annulation de cette décision sur le fondement de l'excès de pouvoir.

Selon les articles 5 et 9 de la loi n°77-808 du 19 juillet 1977 et de l'article 13 du décret n°78-79 du 25 janvier 1978, la commission des sondages peut ordonner, à tout moment et à toute personne qui publie ou diffuse un sondage, la publication d'une mise au point dès lors que ce dernier semble violer les principes énoncés dans ces textes.

Le Conseil d'État vient préciser cette prérogative. Cette mise au point doit se faire « *dans des termes appropriés, dès lors que, au vu des éléments d'information dont elle dispose à la date de sa décision et en tenant compte, le cas échéant, de l'urgence qui s'attache à son intervention eu égard en particulier à la proximité du scrutin auquel un sondage se rapporte, elle n'est pas en mesure de s'assurer de la conformité d'un tel sondage aux exigences de la loi du 19 juillet 1977 et de ses décrets d'application* ».

En outre, il importe peu que, postérieurement à la publication de la mise au point, des éléments nouveaux soient transmis à la commission et permettent de fragiliser voire de rendre injustifiée ou inadaptée la décision prise. Cela oblige simplement la commission à l'abroger ou à la modifier conformément aux dispositions de l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration.

La société Cluster 17 voit son recours rejeté, ses méthodes et moyens n'offrant pas une réelle garantie de représentation dans l'échantillon utilisé pour le sondage.

# COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

---

## JURISPRUDENCES

### \* Pas de compétence liée du préfet pour déterminer le nom d'une nouvelle commune

CE, 7 juill. 2022, *Association de défense de la Chapelle-Basse-Mer et autres*, n°460445.

La préfète de Loire-Atlantique avait nommé « Divatte-sur-Loire » une nouvelle commune née d'un rapprochement des communes de la Chapelle-Basse-Mer et Barbechat. Le Conseil d'État devait se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 2113-6 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dans sa rédaction issue de la loi n°2015-292 du 16 mars 2015 relative aux communes nouvelles. A la lecture de l'article, pouvait-on comprendre que le préfet est en situation de compétence liée si les délibérations sont concordantes ou, peu important la concordance des délibérations, la décision du nouveau nom ne s'impose pas au préfet ? Le Conseil d'État tranche en suivant une position précédemment adoptée par la Cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, **21 juin 2019, Commune de Saint-Aignan, n°17NT03686**) et précise « *qu'il appartient au représentant de l'État dans le département de déterminer le nom d'une commune nouvelle, aussi bien en l'absence d'accord des conseils municipaux sur ce point qu'en présence de délibérations concordantes* ».

Il précise également que l'article visé n'est pas contraire au principe d'égalité protégé par la Constitution : « *Si les requérants soutiennent, à titre subsidiaire, que les dispositions de l'article L. 2113-6 du code général des collectivités territoriales méconnaissent le principe d'égalité en ce qu'elles prévoient que le nom de la commune nouvelle est déterminé par arrêté du représentant de l'État dans le département alors que le changement de nom d'une commune existante doit être adopté par un décret en Conseil d'État en vertu des dispositions de l'article L. 2111-1 du code général des collectivités territoriales citées au point 5, cette différence de traitement, instituée entre des communes qui se trouvent dans des situations différentes, est en rapport direct avec l'objet des dispositions contestées, qui visent à faciliter le regroupement de communes au sein de communes nouvelles* ».