



2 OCTOBRE 2023

SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

PÉRIODE DE JANVIER À AOÛT 2023

GONÇALVES David - KONTOUKAS Nedjma -
RHETY Cathy-Anne

SOMMAIRE

ACTES - <i>Cathy-Anne RHÉTY</i>	_____	P.2
RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE - <i>Cathy-Anne RHÉTY</i>	_____	P.7
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF - <i>Cathy-Anne RHÉTY</i>	_____	P.14
URBANISME - <i>Cathy-Anne RHÉTY</i>	_____	P.26
CONTRATS PUBLICS - <i>Nedjma KONTOUKAS</i>	_____	P.30
DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE - <i>Nedjma KONTOUKAS.</i>	_____	P.37
LIBERTÉS FONDAMENTALES - <i>Nedjma KONTOUKAS</i>	_____	P.40
ENVIRONNEMENT - <i>Nedjma KONTOUKAS</i>	_____	P.44
DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS - <i>David GONÇALVES</i>	_____	P.49
FONCTION PUBLIQUE - <i>David GONÇALVES</i>	_____	P.53
DROIT DES ÉTRANGERS - <i>David GONÇALVES</i>	_____	P.55

ACTES

JURISPRUDENCES

- ✳ **Le Conseil d'Etat ouvre son prétoire aux FAQ publiées sur le site internet d'un ministère**

CE, 3 févr. 2023, Mme B. A., n°451052

Le recours pour excès de pouvoir est désormais ouvert aux foires aux questions (FAQ) rédigées et publiées sur le site internet d'un ministère dès lors que celles-ci, en faisant part de l'interprétation du droit positif retenue par ses services, sont susceptibles de produire des effets notables sur la situation des personnes intéressées.

En l'espèce, était en cause la réponse négative apportée par les services du ministère de l'Économie, des finances et de la relance à la question de savoir si les loueurs en meublés non professionnels étaient éligibles au fond de solidarité Covid et mises en ligne sur la FAQ du site internet du ministère. Après avoir passé cette réponse au crible de sa jurisprudence *GISTI* (CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n°440258), le Conseil d'Etat admet la recevabilité *ratione materiae* du recours.

- ✳ **Recevabilité du recours contre les mises en garde et prise de position de la MILVITUDES**

CE, 10 février 2023, Assoc. Shri Ram Chandra Mission France, n°456954.

Deux organisations spirituelles, basées en Inde et promouvant une singulière méthode de yoga, demandaient au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir, au moins en partie, trois rapports de la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES). La décision du Conseil d'État traduit un reflux tant sur le fond que sur le fondement. Sur le fond, d'abord, on note une restriction à la recevabilité des recours dirigés contre des actes de droit souple, prisme par lequel sont logiquement analysés les rapports attaqués : pour une part, le Conseil estime que le rapport est trop ancien (2003) pour pouvoir emporter des effets notables ou influencer sur le comportement du public ; pour une autre, il considère que les mentions sont trop imprécises, notamment celles qui se contentent de soulever des interrogations sans appeler expressément à la vigilance. Or, on peut penser que la simple référence à un mouvement ou à une organisation dans un tel rapport nourrira la méfiance du public et nuira à ses activités ou à son développement. S'agissant du fondement, ensuite, le Conseil réitère partiellement les formulations issues des jurisprudences *Fairvesta-Numéricable* (CE, Ass., 21 mars 2016, nos 368082 et 390023) et brouille les pistes en citant pêle-mêle dans les *abstracts* l'ensemble des décisions de principe depuis 2016 jusqu'à 2020 (CE, Sect., 12 juin

2020, *GISTI*, n°440258), en passant par la jurisprudence *Mme Le Pen* (CE, Ass., 19 juillet 2019, n°426389).

Certes, la jurisprudence *GISTI* a la primeur, mais elle n'est précédée que d'un timide « Rappr. » et non d'un plus évocateur « Cf. », que l'on retrouvait dans la décision *Territoires de Musique* (CE, 25 mai 2022, n°451846). Il faudra donc encore attendre pour voir apparaître un « *considérant pour les recevoir tous* » (A. Oumedjkane, Newsletter du CREAM – Mai 2022, n° 38, mai).

Source : L. BOIJOUT, « Yoga et souplesse : le point de vue du droit », Newsletter du CREAM – Mars 2023, n°47, p.1

* Incidence de l'absence de publication d'une ligne directrice

CE, 1er mars 2023, *Société éoliennes des Cosmos*, n° 446826

Eolienne et équipements militaires ne font pas toujours bon ménage. Ainsi, la délivrance d'un permis de construire pour la réalisation d'un tel ouvrage, en dehors d'une agglomération et au-delà d'une certaine hauteur, nécessite l'accord du ministre chargé de l'aviation civile et du ministre de la Défense. Cependant quels sont les critères mobilisables par ces derniers pour apprécier le risque de perturbation du projet sur les équipements de défense ? Plus précisément, car telle était en l'espèce la principale problématique, ces derniers peuvent-ils se fonder sur des éléments d'appréciation contenus dans documents utilisés par l'Administration n'ayant pas fait l'objet d'une publication préalable ? Dans un considérant de principe à portée très générale, le Conseil d'Etat répond par la positive. Selon lui, si en principe l'Administration est tenue de publier au préalable les instructions et circulaires dont elle entend se prévaloir à l'égard de ses administrés une telle omission reste sans incidence sur la légalité de la décision prise sur des motifs repris ou identiques à ceux figurant dans le document litigieux.

* La caractérisation d'une situation de harcèlement morale fait perdre à une mesure de changement d'affectation d'un agent public sa qualification de MOI

CE 8 mars 2023, *Mme B...*, n° 451970

Espèce aujourd'hui en voie d'extinction, les mesures d'ordre intérieur (MOI) restent présentes au sein des relations entre l'Administration et ses agents. Si, en la matière, l'identification de ces vestiges d'un temps où l'ordre et la discipline prévalaient sur les droits des agents publics repose sur une grille de lecture désormais bien établie (v. CE, Sect., 25 sept. 2015, *Mme Bourjolly*, n° 372624), le Conseil d'Etat reste parfois amené à en préciser son contenu. Dans la présente affaire, était en cause la recevabilité du recours pour excès de pouvoir exercé par une attachée principale d'administration de l'Etat contre la décision de mutation d'office dont elle faisait l'objet. Si les juridictions administratives sont fréquemment saisies de litiges de cette nature, la particularité en l'espèce tenait au fait que ce changement d'affectation avait été retenu, lors d'une précédente affaire, comme un des éléments caractérisant une situation de harcèlement moral à son encontre de la part de son supérieur hiérarchique. Alors que les juridictions du fond avaient estimé qu'en

absence de modification de la situation tant que professionnelle que personnelle de l'intéressée et de caractère discriminatoire d'une telle mesure, celle-ci devait être qualifiée de MOI insusceptible de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat relève, en se référant aux dispositions de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (désormais reprises à l'article L. 133-2 du code général de la fonction publique), que le droit à ne pas être soumis à un harcèlement moral constitue un droit que les agents publics tiennent de leur statut pour l'application de la grille d'analyse *Mme Bourjolly*. Autrement dit, la caractérisation d'une situation de harcèlement moral fait perdre à une mesure de changement d'affectation prises à l'encontre d'un agent public sa qualification de MOI.

Cette solution est bienvenue, dès lors qu'il serait évidemment délicat d'empêcher la remise en cause d'une décision prise à l'encontre d'un agent dans le cadre d'agissement répétés et excédant les limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique.

✳ Précisions sur le contentieux des écoles privées hors contrat

CE, 20 mars 2023, *École en couleurs*, n°456984.

Le Conseil d'État considère qu'une mise en demeure adressée par un recteur d'académie à un établissement privé d'enseignement hors contrat fait grief, dès lors qu'elle ne se contente pas de demander des explications mais exige d'engager des actions précises et concrètes.

Les juges rappellent également que dans le cas où cette première mise en demeure n'est pas respectée, le rectorat avise le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale, puis met en demeure les parents des élèves de l'établissement d'inscrire leur enfant dans un autre établissement (art. L. 442-2, Code de l'éducation). Dans ce cas, le rectorat n'est pas en situation de compétence liée car il est amené, en amont de la saisine du procureur, à porter une appréciation sur les manquements éventuels à sa première mise en demeure. –

Source : S. HAMMOUDI, « Précisions sur le contentieux des écoles privées hors contrat », Newsletter du CREAM – Avril 2023, n°48, p. 2.

✳ Obligation de motivation et décision implicite

CE, avis, 21 avril 2023, *Mme Q. et M. C. A.*, n°468836

Comment concilier obligation de motivation des décisions prises sur RAPO et faculté pour l'administration de statuer de façon implicite ? C'est la question à laquelle ont été confrontés les juges du Palais Royal saisis d'une demande d'avis contentieux formulée en matière de refus de visa. Si tant les décisions de refus opposées par les autorités consulaires que celles de rejet du RAPO formé à leur encontre sont légalement soumises à obligation de motivation, la jurisprudence puis le législateur ont conjointement œuvré à la mise en œuvre d'un mécanisme consistant à regarder les décisions implicites nées du rejet d'un tel RAPO comme s'étant appropriées les motifs des décisions initiales (v. **CAA de Nantes, 17 nov. 2020, n° 20NT00588**,

repris par l'art. D. 312-8 du CESEDA issu du décret n°2022-963 du 29 juin 2022). Restait à préciser l'articulation entre ce mécanisme d'appropriation des motifs et celui de l'article L. 232-4 du CREPA permettant de « sauver » de l'annulation une décision implicite chaque fois que l'administré n'a pas expressément formulé une demande de communication de ses motifs auprès de son auteur (v. en ce sens **CE, 6 déc. 2002, Mlle X..., n° 200991**).

La solution apportée par le Conseil d'Etat distingue entre d'une part l'hypothèse dans laquelle la décision initiale serait dépourvue de toute motivation et d'autre part celle dans laquelle cette même décision initiale exposerait, de façon plus ou moins exhaustive les motifs de droit et de fait qui la fondent. Faisant application du mécanisme d'appropriation des motifs, le juge suprême de l'ordre juridique administratif explique que dans le premier cas, la décision implicite prise sur RAPO sera nécessairement affectée par l'absence de motivation de la décision initiale. Par conséquent, le requérant qui entend en obtenir l'annulation sur ce fondement sera tenu de faire jouer la procédure de communication de l'article L. 232-4 du CREPA. Il en va en revanche différemment dans le second cas dès lors que la motivation de la décision implicite prise sur RAPO par référence aux motifs de la décision initiale rend superflu toute demande de communication de motifs afin d'en contester la légalité. Dès lors, dans ce cas de figure, une telle demande devra être regardée comme un second recours administratif préalable exercé à titre facultatif et ne peut conduire qu'à la naissance d'une décision expresse de rejet du RAPO se substituant *ipso facto* à la décision implicite de rejet (v. en ce sens : **CE, 8 juin 2011, Mme B..., n°329537**).

Si cette solution permet de clarifier l'articulation entre deux mécanismes tendant à l'obtention d'une « décision implicite motivée », elle reste critiquable dès lors qu'elle conforte d'une part la possibilité pour l'Administration de se soustraire à son obligation de motivation des décisions prises sur RAPO (obligation expressément prévue au 8° de l'article L. 211-2 du CREPA), et d'autre part qu'elle prive de tout objet ce mécanisme précontentieux visant à assurer le réexamen d'un acte administratif par son auteur ou par son supérieur hiérarchique.

✱ L'écriture inclusive est-elle du français ?

TA Paris, 14 mars 2023, Assoc. FRancophonie AVenir, n°2206681

TA Grenoble, 11 mai 2023, M. A c/ Université Grenoble-Alpes, n°2005367

Dénoncée par l'Académie française dans une déclaration du 26 octobre 2017 comme « *mettant en péril mortel* » la langue française, l'écriture inclusive – pouvant se définir comme une pratique rédactionnelle et typographique « visant à substituer à l'emploi du masculin, lorsqu'il est utilisé dans un sens générique, une graphie faisant ressortir l'existence d'une forme féminine » (Circ., 21 nov. 2017, NOR : PRMX1732742C) – se retrouve de nouveau sur le banc des accusés. En effet, dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du 11 mai 2023, le tribunal administratif de Grenoble, saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une délibération du conseil d'administration de l'université Grenoble-Alpes, a été amené à s'interroger sur la conformité de ce document rédigé en langue dite « inclusive » avec l'article 2 de la Constitution – selon lequel « *la langue de la République est le français* » – et avec l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme (**Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC**). Invitée par son rapporteur public à juger, à rebours du tribunal administratif de Paris (**TA Paris, 14 mars 2023, n°2206681**), que l'écriture inclusive n'était pas du français (v. P. Journé, « L'écriture inclusive ne

garantit pas l'accessibilité immédiate d'un texte juridique », *AJDA* 2023, p. 1057), la juridiction grenobloise a fait le choix de ne pas contredire ouvertement son homologue parisien et d'annuler la délibération litigieuse au seul motif que le mode rédactionnel choisi avait pour effet de rendre malaisée la lecture de la délibération. La rédaction du jugement reste toutefois prudente. Celle-ci laisse en effet entendre que l'usage d'une telle pratique pourrait être admis en cas de « *nécessité en rapport avec l'objet de ce texte* ». Si cela semble ne pas fermer totalement la porte à l'écriture inclusive, nous voyons mal à quelle situation la juridiction entend faire référence. Une chose est sûre, dans un contexte de multiplication des contentieux devant les juridictions du fond tendant à s'opposer à toute forme d'atteinte à la langue française et à l'obligation incombant à l'Administration d'en faire usage (v. par ex. s'agissant de l'usage de langues régionales par des assemblées délibérantes, **TA Bastia, 9 mars 2023, n° 2200748** ou encore **TA Montpellier, 9 mai 2023, n°2204866**) une prise de position du Conseil d'État serait bienvenue.

* **Annonces publiques et recours pour excès de pouvoir**

CE, 9 août 2023, Assoc. Greenpeace France, n° 462777

Il est de longue date admis que les simples déclarations publiques ou communiqués par lesquels une autorité administrative exprime son intention d'adopter un acte juridique ne sont, en principe, pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (v. par ex. **CE, sect., 15 mai 1991, Assoc. Girondins de Bordeaux Football Club, n°124067**). Cette solution admet toutefois des exceptions dont on peine encore à dégager pleinement des critères d'identification. Il en va ainsi lorsque l'annonce litigieuse est de nature à produire des effets notables, notamment sur les conditions d'exercice de leurs fonctions par les intéressés (**CE, 15 déc. 2021, Assoc. de défense des libertés constitutionnelles, n° 444759**) ou encore lorsque celle-ci a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elle s'adresse (**CE, 25 mai 2022, Assoc. Territoire de Musique, n°451846**).

En l'espèce, sans se référer au critère des effets notables ou de l'influence significative sur le comportement des personnes visées, le Conseil d'Etat juge qu'un discours du président de la République annonçant sa volonté de prolonger la durée de fonctionnement de certaines centrales nucléaires et d'initier un programme de construction de nouveaux réacteurs ne constitue pas une décision administrative susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir dès lors que la mise en œuvre de telles intentions reste conditionnée à l'adoption de plusieurs mesures et au respect de procédures particulières.

RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE

JURISPRUDENCES

* Cumul de faute et condamnation de l'Administration au paiement de l'intégralité de la dette

CE avis, 20 janv. 2023, Groupe hospitalier du sud de l'Oise, n°468190,

En réponse à une demande d'avis formulée par le tribunal administratif d'Amiens sur le fondement des dispositions de l'article L. 113-1 du CJA, le Conseil d'Etat réaffirme classiquement qu'en cas de cumul de fautes commises indépendamment par des personnes distinctes ayant conduit à la réalisation d'un dommage, la victime peut obtenir réparation de son préjudice en demandant soit la condamnation exclusive de l'une d'entre elles soit la condamnation conjointe de ces dernières (v. **CE, 2 juillet 2010, Madranges, n° 323890**). Il précise toutefois, en réponse à la question qui lui avait été posée, que dans pareille hypothèse, une personne publique peut très bien être condamnée à réparer l'intégralité du préjudice, et ce alors même que le coauteur serait une personne privée étrangère à l'administration ; charge ensuite à elle, une fois la victime indemnisée, de former une action récursoire à l'encontre des coauteurs devant la juridiction compétente, en l'occurrence, la juridiction judiciaire.

Si l'interrogation formulée par le TA d'Amiens se conçoit au regard de la jurisprudence Mergui, qui, pour rappel, interdit la condamnation d'une personne morale de droit public au paiement d'une somme qu'elle ne doit pas (**CE, Sect., 19 mars 1971, n° 79962**), une telle solution s'inscrit logiquement dans la lignée jurisprudentielle antérieure, et en particulier dans celle de l'arrêt Delville (**CE, ass., 28 juill. 1951, n° 04032**) selon lequel si « *un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice subi soit à l'administration, devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable, devant les tribunaux judiciaires* »

* Responsabilité pour dommage de travaux publics et point de départ du délai de prescription

CE, 7 févr. 2023, Société Filia-MAIF et a., n°454109 :

Expliquant l'articulation des régimes de prescription applicables en matière de responsabilité extracontractuelle avant et après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (loi n°2008-561), le Conseil d'Etat rappelle que la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du code civil – tout comme d'ailleurs la prescription décennale antérieurement prévue à l'article 2270-1 du même code – court à compter de la date à laquelle la victime a une connaissance suffisamment certaine de l'étendue du dommage (v. **CE,**

20 novembre 2020, Société Suez Eau France, n° 427250). Il précise en outre, avant d'exposer les diverses causes d'interruption et de suspension de ce délai de prescription, que seule une aggravation du dommage est susceptible de reporter le point de départ de ce dernier. Il en va toutefois différemment en cas de survenance de nouveaux dommages apparaissant comme les « *conséquences futures et raisonnablement prévisibles* » des désordres initialement apparus.

✳ **Nouvelles précisions sur la réparation des préjudices liés à l'aménagement du logement d'une victime d'un dommage corporel**

CE, 21 mars 2023, Mme T... et a., n° 435632,

CE, 21 mars 2023, Mme L..., n° 454374

Aujourd'hui, la prise en charge des victimes de dommages corporels semble s'imposer, en droit de la responsabilité civile comme en droit de la responsabilité administrative, comme une priorité (v. not. en ce sens S. Porchy-Simon, « La victime de dommage corporel : retour sur deux concepts fondamentaux du droit de la réparation », *D.* 2021, p. 296). Il est dès lors admis qu'ouvrent droit à réparation tant les atteintes à l'intégrité physique de la victime que les conséquences matérielles, financières et morales qui en résultent pour elle ou ses proches. A ce titre, sont notamment indemnisables les dépenses de santé, la perte de gain professionnels, les dépenses réalisées pour l'adaptation du logement ou du véhicule de la victime à son éventuel handicap, celles liées à l'assistance d'une tierce personne pour les actes de la vie quotidienne, *etc.* (v. **CE, Avis, 4 juin 2017, Lagier, n°303422** et **CE, 7 oct. 2013 Hamblin, n°337851**)

S'agissant des dépenses liées à l'aménagement du domicile, les juges du Palais Royal ont, par deux arrêts du 21 mars 2023, affiné leur jurisprudence. En effet, dans un premier arrêt (n°454374), ces derniers ont estimé que la réparation du préjudice impliquait de tenir compte des frais déboursés pour l'adaptation du logement de la victime mais aussi, si l'état de santé de cette dernière le justifie, pour l'adaptation du domicile d'un parent ou d'un proche.

Dans un second arrêt rendu le même jour (n°435632) le Conseil d'Etat expose la méthode à suivre lorsque le juge n'est pas en mesure, au jour du jugement, de déterminer si la victime résidera à son domicile – nécessitant alors un aménagement de ce dernier et le cas échéant, l'assistance d'une tierce personne – ou dans une structure spécialisée. Ce dernier explique que dans une telle situation, il appartient au juge d'envisager distinctement les deux hypothèses en prévoyant pour chacune d'elles l'octroi d'une rente avec des modalités de calcul propre et la possibilité de réactualiser régulièrement le montant de celle-ci en tenant compte de l'évolution de la situation de la victime (notamment au regard du nombre de jours de prise en charge de cette dernière par une institution spécialisée au cours du semestre et du montant des prestations versées à ce titre ou bien du montant des prestations versées au titre de l'assistance d'une tierce personne). Il termine par préciser que toutefois, l'actualisation du montant de la rente ne doit en aucun cas conduire à un versement différé de la somme ou à ce que la victime soit amenée à avancer les frais correspondant à cette indemnisation.

* Condamnation inédite de l'État pour carence fautive dans le contrôle de chaînes d'abattage d'ovins

TA Montpellier, 4 mai 2023, Association L. 214, n° 2024938.

S'il est indéniable que la protection des animaux d'abattoir contre la maltraitance – en admettant qu'il existe un bien-être des animaux d'abattoir – demeure en France un édifice frêle et lézardé, c'est une pierre inédite et prometteuse qui vient d'être posée par le tribunal administratif de Montpellier.

Fidèle à ses pratiques et objectifs, l'association L. 214 est parvenue à capter, en février 2020, des images au sein de l'abattoir de l'Arsac, à proximité de Rodez, attestant d'actes de cruauté – dont nous vous épargnons les pénibles détails – infligés aux brebis sur la chaîne d'abattage des ovins. Suite à la diffusion de ces vidéos, le ministre de l'Agriculture a suspendu temporairement l'agrément de la chaîne ovine et a ordonné une inspection. Dès lors que de graves et similaires manquements à la réglementation européenne et nationale en matière de bien-être animal avaient déjà été signalés dans cet abattoir par un rapport d'inspection de la DDCSPP de l'Aveyron en 2016 mais n'ont pas été corrigés depuis, le recours de l'association L. 214 pose aux magistrats du fond une question autant nouvelle que difficile : la carence de surveillance et de contrôle du bien-être animal par les services vétérinaires sur une chaîne d'abattage, contribuant à l'absence prolongée de respect par l'abattoir de la réglementation en vigueur, constitue-elle une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État ? Après un rappel du cadre législatif et réglementaire, tant sur la protection du bien-être animal que sur le contrôle en lui-même de cette protection dans les abattoirs, les juges confirment, d'abord, la réalité des graves manquements constatés de l'abattoir d'Arsac et estiment, ensuite, que les contrôles de l'État ont non seulement été absents en 2017 et 2018, mais aussi très insuffisants en 2019 pour prévenir le risque de maltraitance animale (alors même qu'à raison des non-conformités majeures relevées en 2016 une vigilance et un suivi particuliers s'imposaient) et que la carence fautive des services vétérinaires (notamment par l'absence de mesures correctrices suffisantes) a contribué à l'absence de respect de la réglementation relative au bien-être animal par la société exploitante.

La reconnaissance de cette carence fautive suffisait-elle néanmoins à engager la responsabilité de l'État ? Ce fut un point saillant du litige que de déterminer le degré de faute nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État : alors que le rapporteur public (que nous remercions pour la communication de ses riches conclusions) préconisait de « *distinguer, dans les missions des services vétérinaires au sein des abattoirs, le contrôle sanitaire qui se rattache à la santé publique* » (pour lequel, de jurisprudence constante, la faute simple est retenue lors de carences des services de l'État : v. not. **CAA Marseille, 16 févr. 2009, n°06MA00964, Min. de l'Agriculture** ; **CE, 16 nov. 2020, n°431159, Mme Karatepe**) « *et le contrôle du bien-être des animaux* » sur lequel il proposait de « *retenir la faute lourde en cas de carence* », le tribunal administratif fait preuve d'audace en retenant une responsabilité pour faute simple de l'État – en l'espèce effectivement constituée par l'insuffisance grave et prolongée des contrôles exercés par les services de l'État – alors condamné à verser 3 000€ à l'association L. 214 en réparation de son préjudice moral. Dépasant l'unique curseur de l'intérêt de la protection de la santé publique (à laquelle il ne fait ici même pas référence), le juge administratif rend une importante décision qui

ouvre la voie à une jurisprudence incluant dorénavant, au côté de « *l'enjeu le plus élevé qui soit, la vie humaine* » ainsi que l'écrit le rapporteur public, le bien-être animal parmi les critères de répartition entre les deux degrés de faute en matière de contrôle des abattoirs, nonobstant les difficultés de la mission.

Par cette décision, il est plus que jamais acquis que les abattoirs ne sont pas les seuls responsables des mauvais traitements sur les animaux desquels les services de l'État pourraient se défaire ou ignorer ; l'enjeu pour les défenseurs de la cause animale devient alors tout autant d'apporter la preuve de maltraitements animaux sur les chaînes d'abattage que de démontrer que les contrôles de l'État sont, sinon inexistantes, au moins insuffisants à corriger les manquements. Toutefois, lorsque l'on sait que, chaque année, de nombreux abattoirs sont pénalement condamnés pour actes de maltraitance et que la vidéosurveillance des chaînes d'abattage, instaurée par la loi Egalim du 30 oct. 2018, n'a été prévue qu'à titre d'expérimentation et sur la base du volontariat ... de 5 structures sur les 900 abattoirs de boucherie et de volailles de France, on ne peut que reconnaître que, malgré tous les efforts jurisprudentiels, le combat de l'association L. 214 est encore long.

Source : T. THUILLIER-PENA, « Condamnation inédite de l'État pour carence fautive dans le contrôle de chaînes d'abattage d'ovins », Newsletter du CREAM – Juin 2023, n°50, p.5

✳ **Persistance de la faute lourde dans les activités de contrôle l'Etat sur les plan de sauvegarde de l'emploi.**

CAA Versailles, 22 mai 2023, Société Pages jaunes, n° 20VE01947

La responsabilité de l'Etat peut-elle être engagée du fait de la validation fautive d'un plan de sauvegarde de l'emploi par les services des directions régionales de l'économie, de l'emploi du travail et des solidarités (DREETS) ? C'est la question à laquelle a été amenée à répondre la cour administrative d'appel de Versailles saisie d'un recours en responsabilité contre l'Etat formé par la société Pages jaunes. En l'espèce, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la société requérante avait signé un accord avec les principales organisations syndicales. Or, malgré la validation de cet accord par le directeur de la DIRECCTE d'Ile de France, ce dernier a fait l'objet d'une annulation contentieuse en raison de son illégalité. Estimant que les services de l'Etat avaient commis une faute en validant le plan de sauvegarde litigieux, la société Pages jaunes demande réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis.

Pour rejeter la requête, la cour administrative d'appel de Versailles estime qu'au regard des conditions dans lesquelles est organisé, par le code du travail, le pouvoir de contrôle de l'administration, qui n'intervient nullement dans le processus de négociation de l'accord collectif, seule la démonstration d'une faute lourde, en l'espèce non établie, de la part des services de l'Etat est susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier à l'égard de l'employeur.

✳ **Condamnation de l'Etat à réparer les préjudices écologique et moral résultant de ses carences en matière d'évaluation des risques et de mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques**

TA Paris, 26 juin 2023, n°2200534

Le 3 février 2021, le TA de Paris reconnaissait pour la première fois l'existence d'un préjudice écologique imputable à l'Etat en raison du non-respect de ses objectifs en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (**TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967**). Cette affaire, regardée comme une des premières « *grandes affaires climatiques* » (C. Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, éd. DICE, Confluences des droits, 2020) semble avoir inspiré toute une série de recours indemnitaires visant à mettre l'Etat face à ses responsabilités en matière environnementale. C'est d'ailleurs sur ce même modèle qu'au début de l'année 2022, cinq associations de défense de l'environnement ont demandé au TA de Paris de condamner l'Etat à réparer les préjudices écologique et moral résultant de ses carences en matière d'évaluation des risques et de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques. En l'espèce, après avoir admis que l'usage inadéquat de certains de ces produits entraînait des conséquences néfastes pour l'environnement et après avoir reconnu la normativité des objectifs de réduction de leur utilisation prescrit par le droit de l'Union et repris en droit français, le TA de Paris reconnaît la carence fautive de l'Etat dans le respect de ses engagements. Celui-ci lui enjoint en conséquent de prendre « *toutes les mesures utiles* » de nature à réparer les préjudices causés et à mettre fin aux manquements relevés avant le 30 juin 2024. Espérons que cette fois, l'Etat fera preuve de bonne volonté au stade de l'exécution de cette décision, de sorte à ne plus laissé entendre que la justice climatique est en France « *un concept illusoire* » (B. Seiller, « Justice climatique ou médiatique ? », *AJDA* 2023, p. 1081)

✳ **Reconnaissance inédite de la responsabilité de l'Etat dans un litige individuel en raison de la pollution de l'air**

TA Paris, 16 juin 2023, M. F. D. et a., n°2019924

Selon une étude publiée en avril 2021 par l'agence nationale santé publique France, la pollution atmosphérique serait responsable chaque année de près de 40 000 décès prématurés en France. Partant, des associations et des particuliers militent pour que soient strictement respectées par les autorités publiques les normes européennes, reprises en droit français, relatives à la qualité de l'air. Dans ce contexte, les procès climatiques se multiplient devant les juridictions administratives.

En l'espèce, le tribunal administratif de Paris a été saisi de deux recours indemnitaires portés par les parents de jeunes enfants souffrant de maladies respiratoires qu'ils imputent à la pollution atmosphérique de la région Ile-de-France et à l'action insuffisante de l'Etat pour y remédier.

Alors que l'illégalité de la carence des autorités gouvernementales à prendre toute mesure utile tendant à contenir le taux de pollution de l'air sur l'ensemble du territoire national avait précédemment été admise (**CE, 12 juill. 2017, Association les amis de la Terre, n°394254**), le

caractère fautif de cette dernière fut rapidement établi (v. **CE, sect., 26 janv. 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, n° 84768**). En revanche, plus délicate était la question de l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre la faute de l'Etat et les pathologies des jeunes victimes.

La solution retenue n'allait pas de soi. En effet, le juge administratif commence par rappeler la position de la cour de justice de l'Union européenne qui estime que les diverses directives fixant les normes sur la qualité de l'air en Europe, « n'ont pas pour objet de conférer des droits individuels aux particuliers susceptibles de leur ouvrir un droit à réparation à l'égard d'un Etat membre, au titre du principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union qui lui sont imputables » (**CJUE 22 déc. 2022, aff. C-61/21**). Toutefois, estimant que le cadre minimal de responsabilité des Etats membres à l'égard des particuliers ainsi posé n'excluait pas la possibilité d'engager la responsabilité de ces derniers sur le fondement du droit interne, le tribunal administratif s'affaire à fixer des critères d'appréciation de ce lien de causalité. Celui-ci indique « qu'il appartient à la juridiction saisie d'un litige individuel portant sur les conséquences pour la personne concernée d'une exposition à des pics de pollution résultant de la faute de l'Etat, de rechercher, au vu du dernier état des connaissances scientifiques en débat devant elle, s'il n'y a aucune probabilité qu'un tel lien existe. Dans l'hypothèse inverse, elle doit procéder à l'examen des circonstances de l'espèce et ne retenir l'existence d'un lien de causalité entre l'exposition aux pics de pollution subie par l'intéressée et les symptômes qu'elle a ressentis que si ceux-ci sont apparus dans un délai normal pour ce type d'affection, et, par ailleurs, s'il ne ressort pas du dossier que ces symptômes peuvent être regardés comme résultant d'une autre cause que l'exposition aux pics de pollution. »

* **Précisions sur le recours subrogatoire de l'Oniam et des tiers-payeurs en matière de contentieux transfusionnel**

CE, 20 juin 2023, *Oniam*, n° 460868

CE, 20 juin 2023, *EFS*, n° 455696.

Ces deux affaires jugées le même jour viennent préciser les modalités permettant aux organismes d'exercer un recours subrogatoire suite à l'indemnisation des victimes de certaines pathologies attribuées aux transfusions sanguines. Pour rappel, l'article L. 1221-14 du Code de la santé publique désigne l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux compétente pour réparer lesdits dommages, tandis que les tiers-payeurs peuvent aussi intervenir au titre des prestations obligatoires tels que les remboursements de frais de traitement médicaux. Ce n'est qu'à partir de là que ceux-ci peuvent exercer un recours subrogatoire contre l'Établissement français du Sang, lequel s'est substitué à tous les établissements de transfusions pour répondre aux demandes d'indemnisation.

Dans la première affaire, l'Oniam contestait l'annulation par le juge administratif, d'un titre d'exécution émis contre l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris qui visait à recouvrer les sommes versées à une victime transfusée dans l'une de ses structures. Le Conseil d'État se repose sur la convention signée en 1999 entre l'AP-HP et l'Établissement français de sang confiant à ce dernier l'indemnisation des victimes liées aux transfusions sanguines. Logiquement opposable à l'Oniam, cette convention l'oblige donc à diriger le recours subrogatoire contre l'EFS.

Dans la seconde affaire, c'est cette fois-ci la CPAM de Loire-Atlantique en sa qualité de tiers-payeur, qui s'était vu refuser par l'EFS le remboursement de sommes exposées auprès d'une victime de transfusion sanguine car l'Établissement n'avait pas été en mesure de déterminer lequel des deux établissements de transfusion avait fourni les produits infectés, l'empêchant de vérifier si ceux-ci étaient bien assurés, condition nécessaire pour que le recours subrogatoire soit exercé. Le Conseil d'État juge pragmatiquement que, dans cette hypothèse, l'EFS est libre d'exercer un appel en garantie envers l'un ou l'autre assureur, ou les deux, afin que ceux-ci garantissent les sommes qu'il a versées aux tiers-payeurs. Les assureurs ainsi appelés peuvent néanmoins se dégager de cette garantie s'ils « *apportent la preuve de l'innocuité des produits fournis par leur assuré* ». –

Source : A. OUMEDJKANE, « Précisions sur le recours subrogatoire de l'Oniam et des tiers-payeurs en matière de contentieux transfusionnel », Newsletter du CREAM – Juillet /Août 2023, n°51, p. 4

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

TEXTES ET DOCUMENTATION

* L'oralité à la conquête des juridictions administratives

Décret n°2023-10 du 9 janvier 2023 relatif aux procédures orales d'instruction devant le juge administratif

Après avoir expérimenté pendant près de deux ans la séance orale d'instruction et l'audience publique d'instruction devant le Conseil d'Etat (v. décret n° 2020-1404 du 18 nov. 2020), le Gouvernement pérennise et étend aux Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel ces procédures orales d'instruction (v. art. R. 625-1 et R. 625-2 CJA).

En vertu de ces dernières, les juridictions administratives peuvent désormais, en amont de l'audience de jugement, et afin de compléter l'instruction écrite des dossiers, convoquer les parties à l'occasion d'une séance d'instruction, publique ou non, afin de les entendre sur « *toute question de fait ou de droit dont l'examen paraît utile* » au règlement de l'affaire.

Outre le fait de laisser aux parties le sentiment d'être mieux écoutées et comprises, ces nouveaux instruments devraient permettre au juge de mieux appréhender certains points ou problématiques soulevés, notamment dans le cadre de dossiers complexes.

Cette faculté devrait également permettre d'accompagner le développement de la technique contentieuse de « *l'appréciation dynamique de la légalité* », initiée par la jurisprudence *Association des Américains accidentels* (CE, Ass., 19 juill. 2019, n° 424216), qui consiste pour le juge, afin de donner un « *effet utile* » à sa décision, de déplacer la date à laquelle il apprécie la légalité de l'acte administratif qui lui est soumis le long d'un curseur temporel. En effet, l'oralité devrait permettre à ce dernier, en convoquant les parties quelques jours seulement avant de statuer, d'obtenir des données actualisées afin, pour reprendre le titre d'un article de Clément Malverti et Cyrille Beaufiles, de « *juger avec son temps* » (C. Malverti, C. Beaufiles, « Juger avec son temps », *AJDA* 2021, p. 2582)

JURISPRUDENCES

* Actualité riche du côté des actes de gouvernement

CE, 28 déc.. 2022, *Union syndicale professionnelle des policiers municipaux*, n°460928

CE, 27 janv. 2023, *Assoc. Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et autres*, n°436098 436099,

CE, 24 févr. 2023, *M. B et autres*, n°463543,

CE, 7 avr. 2023, *Société Pacific Mobile Télécom*, n° 468496

Les actes de gouvernement sont des actes qui, adoptés par le pouvoir exécutif, « *échappent à tout contrôle juridictionnel* » (CE, *Ass.*, 29 sept. 1995, *Assoc. Greenpeace*, n°171277) et *a fortiori* à la compétence du juge administratif. Alors qu'aucun critère ne permet pour l'heure de définir ces derniers de façon générale et théorique (v. par ex. S.Roussel, C. Nicolas, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA* 2018, p. 491) et que leur immunité juridictionnelle totale est fréquemment remise en question au nom du droit au recours effectif, et plus largement de l'Etat de droit, la liste des actes relevant de cette catégorie continue de s'étoffer sans que l'on parvienne toujours à dégager une ligne juridique stable. En constituent une parfaite illustration trois arrêts rendus récemment par le conseil d'Etat.

En effet, les juges du Palais royal estiment que sont exempts de toute possibilité de contestation, car non « *détachable[s] de la conduite des relations internationales de la France* », le refus du Premier ministre de suspendre des licences d'exportation de matériel de guerre (CE, 27 janv. 2023, *Association Action des chrétiens pour l'abolition de la torture et autres*, n°436098 436099), ainsi que celui du Gouvernement de revenir sur une déclaration prise conjointement avec un autre Etat à propos d'un tunnel routier transfrontalier et application d'une convention internationale (CE 24 févr. 2023, *M. B et autres*, n° 463543)

Il en va de même, et cette fois-ci car touchant aux rapports entre les « *pouvoirs publics constitutionnels* », du refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi portant, en l'occurrence, sur l'équipement des policiers municipaux d'une arme à feu (v. CE, 28 dec. 2022, *Union syndicale professionnelle des policiers municipaux*, n°460928). Il convient toutefois d'indiquer que cette solution ne s'applique pas au refus du président de la Polynésie française de faire procéder à l'abrogation d'une « loi du pays » (CE, 7 avr. 2023, *société Pacific Mobile Télécom*, n° 468496). En effet, malgré les termes utilisés, les « loi du pays » adoptées par l'Assemblée de la Polynésie revêtent non pas un caractère législatif, mais une valeur réglementaire. Ainsi, et en application d'une jurisprudence constante (v. CE, *ass.*, 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052), le refus d'abroger un tel acte administratif est susceptible d'être déféré devant le juge de l'excès de pouvoir.

✱ MOP et clôture d'instruction : le CE affine sa jurisprudence.

CE, 6 janv. 2023, *M. Kohler c/ Communauté de communes du Pays du Grésivaudan*, n° 449405.

CE 14 avr. 2023, *Mme Gallimard*, n° 460040

En principe le juge administratif ne peut fonder sa décision que sur les moyens soulevés devant lui par les parties au litige relevant d'une cause juridique ouverte avant la cristallisation des causes juridiques (CE, Ass., 15 juil.1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, n° 4190) et avant la clôture de l'instruction (v. art. R. 613-1 et s. du CJA). Il en va toutefois différemment des moyens d'ordre public qui peuvent être soulevés à tout moment soit à l'initiative d'une des parties, soit à l'initiative du juge. Dans cette seconde situation, et lorsque le juge entend fonder sa décision sur un moyen relevé d'office, l'article R. 611-7 du Code de justice administrative lui impose d'en informer les parties et de leur laisser un délai suffisant pour présenter des observations. La règle ainsi posée, qui s'applique y compris postérieurement à la clôture de l'instruction, amène toutefois quelques interrogations, nécessitant ponctuellement une prise de position jurisprudentielle.

Ainsi, après avoir exposé les cas dans lesquels le juge était tenu, suite à la communication d'un moyen qu'il envisage de relever d'office, de rouvrir l'instruction, (CE, Sect., 25 janvier 2021, *Mme Lebret et autres*, n° 425539), le Conseil d'Etat est récemment venu préciser, à l'occasion d'un litige relatif à un licenciement pour insuffisance professionnelle, que les observations formulées par l'une des parties en réaction à une telle information devaient obligatoirement être communiquées à la parties adverse, et ce, malgré la clôture de l'instruction (CE 6 janv. 2023, *M. Kohler*, n° 449405)

En outre, et de façon plus implicite, les juges du Palais-Royal semblent admettre, qu'au-delà même de la clôture d'instruction, les parties puissent soulever une QPC en réaction à la communication d'un moyen d'ordre public relevé d'office. En effet, amené à statuer sur une demande de suspension d'une autorisation d'urbanisme sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'Etat a estimé que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme – prévoyant l'irrecevabilité du recours en référé suspension déposé au-delà d'un délai de deux mois à compter de la communication du premier mémoire produit par l'un des défendeurs à l'instance devant le juge du REP – était un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office par le juge administratif. En réponse à la communication de ce MOP, et postérieurement à la date de clôture de l'instruction, la requérante a entendu soulever l'inconstitutionnalité de l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme, au regard notamment du droit au recours effectif. Si en l'espèce, le Conseil d'Etat refuse *in fine* de transmettre, pour défaut de caractère sérieux, la QPC au Conseil constitutionnel, il convient de relever que ce dernier accepte tout de même d'instruire la demande. (CE 14 avr. 2023, *Mme Gallimard*, n°460040)

* Durcissement de la jurisprudence Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT

CE, 1er mars 2023, M. S... et autre, n° 462648

Assurer la soumission de l'Administration au principe de Légalité, et préserver autant que peut la stabilité des situations juridiques sont deux objectifs que le Conseil d'Etat cherche, par sa jurisprudence à garantir. La question de la remise en cause des actes réglementaires, se trouve au cœur de cette recherche constante d'équilibre entre deux principes, souvent antinomiques.

Ainsi, si au-delà du délai de recours contentieux, un acte réglementaire ne peut plus être attaqué par voie d'action, celui-ci reste contestable par voie d'exception, c'est-à-dire à l'occasion du recours formé contre un acte administratif pris pour son application ou pour lequel il constitue la base légale, ou bien à l'occasion du recours formé contre le refus de son auteur de faire droit à une demande tendant à ce qu'il soit procédé à son abrogation (**CE, Assemblée, 3 février 1989, Compagnie Alitalia, n° 74052**)

Si le recours à la voie d'exception permet d'atteindre des actes réglementaires potentiellement illégaux et, le cas échéant, de purger l'ordonnancement juridique de ces illégalités, la possibilité de remettre en cause, sans condition de délai, un acte administratif est susceptible de porter atteinte aux situations juridiques préexistantes.

Ainsi, par son arrêt *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, le Conseil d'Etat est venu limiter les vices de légalité invocables à l'encontre d'un acte réglementaire contestés par voie d'exception. Désormais, seuls « *la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées* ». Il en va en revanche différemment des vices de forme et de procédure. Ces derniers ne peuvent dès lors être utilement invoqués que dans le cadre d'un REP dirigé contre l'acte réglementaire lui-même (v. **CE, Ass., 18 mai 2018, Féd. des finances et affaires économiques de la CFDT, n° 414583**)

Dans l'arrêt du 1^{er} mars 2023, le Conseil d'Etat vient ajouter que l'impossibilité d'invoquer par voie d'exception un vice de procédure à l'encontre d'un acte réglementaire (en l'espèce, une délibération du conseil municipal décidant d'exercer le droit de préemption urbain en vue d'acquérir un bien immobilier) vaut y compris si le délai de recours contentieux contre cet acte n'est pas expiré.

* La jurisprudence Eden ne s'impose par au Conseil d'État saisi en tant que juge de cassation

CE, 15 mars 2023, Mme S..., n°452953

Par sa jurisprudence *Eden* du 21 décembre 2018 (**CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678**), la section du contentieux du Conseil d'Etat est venue tempérer la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir – et le juge de plein contentieux s'agissant des litiges relatifs aux titres exécutoires (**CE,**

5 avr. 2019, Société mandataires judiciaires associés, n° 413712) – de recourir à la technique de l'économie des moyens. En effet, les parties disposent désormais de la possibilité de hiérarchiser leurs prétentions en fonction, non seulement de l'injonction sollicitée par le requérant, mais également en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent ses conclusions principales. Ainsi, lorsque le requérant assortit ses conclusions à fin d'annulation de conclusions à fin d'injonction et que plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation de l'acte administratif en litige, le juge est tenu d'examiner en priorité celui qui serait le plus à même de justifier le prononcé de l'injonction sollicitée. Il en va de même, lorsqu'avant l'expiration du délai de recours contentieux, le requérant choisit d'établir une hiérarchie entre ses diverses prétentions en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation. A défaut, et y compris dans l'hypothèse où le juge de première instance aurait fait droit à sa demande d'annulation, le requérant est recevable à relever appel ou à se pourvoir en cassation contre le jugement ainsi rendu en tant qu'il ne fait pas droit à sa demande principale.

Si au fil du temps, le Conseil d'Etat s'est efforcé de poursuivre son œuvre, en précisant notamment l'office du juge d'appel (**CE 4 oct. 2019, n° 417617**) et de cassation (**CE, 5 avr. 2019, n° 420608**) amené à connaître de la bonne application par le juge du fond des principes posés par la jurisprudence *Eden*, des « *angles morts* » (J.-M. Pastor, « Les angles morts de la jurisprudence Eden », *AJDA* 2019, p. 787) subsistent.

Dans la présente affaire, se posait notamment la question de savoir si le Conseil d'Etat était lui aussi soumis, lorsqu'il est amené à annuler, sur le fondement de l'article L. 821-1 du code de justice administrative, une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, de se prononcer en priorité sur le moyen le plus à même de satisfaire le requérant. Refusant de se soumettre à sa jurisprudence *Eden*, le Conseil d'Etat répond par la négative, en indiquant que dans cette configuration, il lui « revient de fonder l'annulation sur le moyen relatif à la régularité ou au bien-fondé de la décision juridictionnelle contestée, soulevé devant lui ou d'ordre public, qui lui paraît, eu égard à son office de juge de cassation, le plus approprié pour statuer sur le pourvoi. Il n'est pas tenu, pour faire droit aux conclusions d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui ou ceux qu'il retient explicitement comme étant fondés, ni de se conformer à la hiérarchie de ses prétentions éventuellement faite par l'auteur du pourvoi en fonction de la cause juridique sur laquelle elles reposent ».

✳ **Possibilité de procéder à l'exécution d'une décision de justice en adoptant des mesures au moins équivalentes à celles prescrites**

CE, 27 mars 2023, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 452354

Selon la Cour européenne des droits de l'homme l'exécution des jugements et arrêts fait partie intégrante du droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la convention (**CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, n° 107/1995/613/701**). Devant les juridictions administratives, ce droit à l'exécution des décisions est notamment garanti par la procédure juridictionnelle d'exécution prévue aux articles L. 911-4 (s'agissant des décisions rendues par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) et L. 911-5 (s'agissant des arrêts rendus par le

Conseil d'Etat) du code de justice administrative. Cette procédure permet, en cas d'inexécution d'une ordonnance, d'un jugement ou d'un arrêt définitif, à la partie intéressée de demander à la juridiction ayant rendu la décision d'en assurer l'exécution. Pour cela, le juge de l'exécution dispose de la possibilité, notamment lorsque ladite décision ne prévoit pas de mesures d'exécution, d'en définir lui-même, de fixer un délai d'exécution et de prononcer une astreinte, provisoire ou définitive à l'encontre de la partie réfractaire. S'agissant de l'astreinte, l'article L. 911-7 du code de justice administrative prévoit la possibilité pour le juge de l'exécution de procéder à sa liquidation dès lors qu'il constate, l'inexécution totale ou partielle ou encore l'exécution tardive des mesures prononcées par lui ou par le juge du fond.

Si en vertu de ces mêmes dispositions, ce dernier est en mesure de modérer, voire de supprimer, l'astreinte prononcée, il ne dispose toutefois pas du pouvoir de remettre en cause les mesures décidées par le dispositif de la décision juridictionnelle dont l'exécution est demandée (**CE, 5 sept. 2011, ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, n° 351710**). Cependant, et c'est là qu'est l'apport de l'arrêt du 27 mars 2023 commenté, le Conseil d'Etat estime que si l'administration justifie avoir adopté, en lieu et place des mesures ordonnées, des mesures au moins équivalentes à celles qu'il lui a été enjoint de prendre, le juge de l'exécution peut, compte tenu des diligences ainsi accomplies, constater que la décision juridictionnelle litigieuse a été exécutée.

En l'espèce, par une ordonnance du 19 février 2020 – postérieurement confirmée et complétée en appel par le Conseil d'Etat par des décisions du 19 octobre et 18 novembre 2020 –, le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, saisie par la section française de l'OIP sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative a enjoint à l'administration pénitentiaire de prendre un certain nombre de mesures tendant à améliorer les conditions de détention des personnes détenues au centre pénitentiaire de Nouméa. Par une décision du 11 février 2022, le Conseil d'Etat, saisi par la section française de l'OIP sur le fondement des dispositions des articles L. 911-4 et L. 911-5 a prononcé une astreinte fixée à 1000 euros par jour de retard à l'encontre de l'Etat s'il n'était pas justifié, dans le délai d'un mois suivant la notification de cette décision, de l'exécution des injonctions précédemment prononcées et non encore exécutées. Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat était saisi, une fois encore par la section française de l'OIP afin qu'il soit procédé à la liquidation de l'astreinte. S'il estime qu'une partie des mesures enjointes à l'administration pénitentiaire avaient été exécutées ou étaient en cours d'exécution, ce dernier relève que les salles d'enseignement n'étaient toujours pas équipées de moustiquaires tendant à faire face à l'invasion de moustiques et considère que l'équipement de ces salles d'une climatisation ne peut être regardé comme une mesure aux effets au moins équivalents à celle enjointe. Cela étant dit, il procède à la liquidation de l'astreinte en fixant le montant dû par l'Etat à 10 000 euros.

* Pas d'appréciation dynamique de la légalité en matière de CGV

CE, avis, 31 mars 2023, Association de protection de la plage de Boisvinet et son environnement, n° 470216

Interrogé par le tribunal administratif de Nantes sur la date à laquelle le juge de l'excès de pouvoir est tenu de se placer pour apprécier la légalité du refus de l'autorité compétente de poursuivre la répression d'une contravention de grande voirie (CGV) alléguée par un tiers, le Conseil d'Etat écarte pour la première fois le recours à la technique de l'appréciation dynamique de la légalité.

Rappelant le principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton (CE, sect., 22 juill. 1949, *Société des Automobiles Berliet*, n° 85735), et soulignant le fait que, pour l'heure, le recours à l'appréciation dynamique de la légalité initié par l'arrêt *Association des Américains accidentels* (CE, ass., 19 juill. 2019, n° 424216) reste l'exception, les juges du Palais Royal affirment que « l'effet utile de l'annulation du refus de l'autorité compétente de procéder, à la demande d'un tiers, à la constatation d'une contravention de grande voirie et à la transmission du procès-verbal au tribunal administratif impose que le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une demande d'annulation de ce refus, en apprécie la légalité au regard de la situation de droit et de fait à la date à laquelle cette décision de refus est intervenue, et non au regard de la situation de droit et de fait à la date de sa propre décision »

Dans le présent avis, le Conseil d'Etat justifie sa position par l'existence d'une obligation incombant aux autorités publiques – sous réserve des autres intérêts généraux dont elles ont la charge (CE, Sect., 23 fév. 1979, *Association des amis des chemins de ronde*, n° 04467) – de poursuivre les atteintes aux textes ayant pour objet la protection de l'intégrité ou de l'utilisation du domaine public ; obligation qui ne saurait s'éteindre par l'effet de l'écoulement du temps.

Si cette solution semble pleinement justifiée par la spécificité du contentieux des CGV, contentieux prenant racine dans deux actions distinctes : l'action domaniale – tendant à la remise en état du domaine public – et l'action publique – tendant à la condamnation pécuniaire du contrevenant – elle ne fait qu'amorcer de nouvelles interrogations quant au champ d'application et aux critères déjà flous de mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité.

Le Conseil d'Etat réaffirme le caractère nécessairement provisoire des mesures prononcées par le juge des référés saisie sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du CJA
CE, 14 avril 2023, *Cuisine éco-logique et diététique caribéenne*, n°466993.

Prévu à l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le référé « mesure utile » permet au juge d'ordonner, sur simple requête et même en l'absence de décision préalable, toute mesure utile pour mettre fin à une situation préjudiciable, que ce soit à la demande d'un administré ou à la demande de l'Administration.

Point commun à l'ensemble des référés d'urgence, la mesure prononcée par le juge doit toutefois présenter un caractère provisoire (v. art. L. 511-1 du CJA). C'est d'ailleurs ce que rappelle le Conseil d'Etat dans son arrêt du 14 avril 2023 en jugeant que si le juge des référés peut ordonner le déplacement ou le démontage d'un ouvrage immobilier implanté sans droit ni titre sur le domaine public, il ne peut en aucun cas enjoindre la destruction d'un tel ouvrage.

Abrogation d'un décret prononçant la dissolution d'une association ou d'un groupement de fait
CE, 20 avril 2023, *Association Pupu Here Ai'Ia Te Nunaa Ia'Ora*, n°458602, :

Par un décret du 5 novembre 1963, le président de la République avait prononcé, en application de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1936 (aujourd'hui repris à l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure), la dissolution du parti politique Polynésien « *Rassemblement démocratique*

des populations tahitiennes » (RDPT). Plus d'un demi-siècle plus tard, souhaitant obtenir l'abrogation de ce décret, l'association Pupu Here Ai'Ia Te Nunaa Ia'Ora, parti politique créé en 1965 pour poursuivre l'action du RDPT, a formulé une demande en ce sens auprès du chef de l'Etat. En absence de réponse de la part de ce dernier, l'association demande au Conseil d'état d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet née du silence gardé par le président de la République sur sa demande d'abrogation.

Après avoir rappelé l'obligation qui incombe à l'autorité administrative de procéder à l'abrogation d'un acte non réglementaire non créateur de droit devenu illégal en raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicition (v. art. L. 243-2 du CRPA), le Conseil d'Etat précise que cette règle ne s'applique qu'à condition que l'acte litigieux continue de produire ses effets. Or, s'il en va par exemple ainsi d'un décret procédant au découpage d'un canton (**CE, Sect., 30 nov. 1990, Assoc. Les Verts, n°103889**) il en va différemment d'un décret prononçant la dissolution d'une association ou d'un groupement de fait, dès lors qu'un tel décret produit « *tous ses effets directs dès son entrée en vigueur* ». Ainsi, la requête présentée par l'association requérante, tendant à l'abrogation d'un acte définitif qui ne produit plus d'effet est irrecevable, et ce, « *alors même que, ainsi que le prévoit l'article 431-15 du code pénal, la participation au maintien ou à la reconstitution d'une association ou d'un groupement de fait dissous constitue un délit* »

✳ **Motivation des décisions implicites : sur quel pied danser ?**

CE, avis, 21 avril 2023, Mme Q... et M. C... A..., n° 468836

Les décisions rejetant un RAPO formé à l'encontre d'une décision des autorités consulaires refusant l'octroi d'un visa doivent être motivées en application des dispositions de l'article L. 211-2 du CRPA. Si le respect d'une telle règle de forme est relativement aisé à contrôler s'agissant d'une décision expresse, qu'en est-il lorsque cette décision de rejet n'est qu'implicite ? Si la réponse à cette question est globalement apportée par les dispositions de l'article L. 232-4 du CRPA permettant de « sauver » de l'annulation une décision implicite – par définition non motivée – à chaque fois que le requérant n'a pas expressément formulé le souhait, auprès de son auteur, de se voir communiquer ses motifs (v. **CE, 6 déc. 2002, Mlle X..., n° 200991**), la problématique intéressant en l'espèce les juges du Palais Royal concernait l'articulation de ce mécanisme avec celui de l'article D. 312-8-1 du CESEDA prévoyant en la matière une motivation des décisions implicites de rejet des RAPO par référence aux motifs des décisions initiales.

La solution rendue par le Conseil d'Etat distingue deux hypothèses : d'une part, celle dans laquelle la décision initiale serait dépourvue de toute motivation et, d'autre part, celle dans laquelle cette même décision initiale exposerait, de façon plus ou moins exhaustive les motifs de droit et de fait qui la fondent. Faisant application du mécanisme d'appropriation des motifs, le juge suprême de l'ordre juridictionnel administratif explique que dans le premier cas, la décision implicite prise sur RAPO sera nécessairement affectée par l'absence de motivation de la décision initiale. Par conséquent, le requérant qui entend en obtenir l'annulation sur ce fondement sera tenu de faire jouer la procédure de communication de l'article L. 232-4 du CRPA.

En revanche, il en va différemment dans le second cas dès lors que la motivation de la décision implicite prise sur RAPO par référence aux motifs de la décision initiale rend superflu toute demande de communication de motifs afin d'en contester la légalité. Dès lors, dans ce cas de figure, une telle demande devra être regardée comme un second recours administratif préalable exercé à titre facultatif et ne pourra conduire qu'à la naissance d'une décision expresse de rejet du RAPO se substituant *ipso facto* à la décision implicite de rejet (v. CE, 8 juin 2011, *Mme B...*, n° 329537).

* Émissions de gaz à effet de serre : encore un effort !

CE, 10 mai 2023, Commune de Grande-Synthe et a., n° 467982

Nouveau rebondissement dans la saga *Commune de Grande-Synthe* !

Pour rappel, l'affaire a pour origine une requête en excès de pouvoir introduite en 2018 par la Commune de Grande-Synthe, située sur les côtes Dunkerquoises, et son maire, Damien Carême, à l'encontre de la décision implicite de rejet du Gouvernement de prendre « *toutes mesures utiles* » permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de sorte à enregistrer, conformément aux engagements de la France, une baisse de 40% des émissions d'ici 2030 par rapport à l'année 1990.

Après deux arrêts largement médiatisés rendus par le Conseil d'État les 19 novembre 2020 (CE, 19 nov. 2020, n° 427301, v. newsletter CREAM n°22, déc. 2020, p.1) et 1er juillet 2021 (CE, 1^{er} juill. 2021, n°427301, v. newsletter CREAM n°29, juillet-août 2021, p.1) ayant conduit à l'annulation de la décision litigieuse et à l'injonction au Premier ministre d'adopter des mesures nécessaires pour y remédier avant le 31 mars 2022, le scénario se poursuit au stade de l'exécution de ces décisions.

Dans ce troisième opus, le juge administratif fait preuve d'audace dans la définition de son office. Dans la lignée de son arrêt *commune de Grande-Synthe II*, il accepte de se placer en « *juge de l'amont* » (v. ccl de S. Hoyneck, disponibles sur Arianeweb) de sorte à vérifier si, à la date à laquelle il statue, la trajectoire empruntée à la suite des mesures adoptées par les pouvoirs publics depuis le 1er juillet 2021 permet de regarder comme « *raisonnablement atteignables* » les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'échéance de 2030. Dans le cas présent, s'il constate une tendance à la baisse des émissions de gaz à effet de serre, il est heureux de constater que le Conseil d'État fait le départ entre la part des résultats imputable à des événements conjoncturels – tel que la baisse d'activité causée par les mesures prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19 – et celle qui résulte véritablement des mesures structurelles mises en œuvre par les pouvoirs publics.

Ce faisant, tout en reconnaissant la volonté du Gouvernement d'atteindre les objectifs fixés, le juge suprême de l'ordre juridictionnel administratif estime que les efforts réalisés restent pour l'heure insuffisants pour regarder la décision du 1er juillet 2021 comme complètement exécutée et enjoint à la Première ministre de prendre « *toutes mesures supplémentaires utiles* » pour y

remédier avant le 30 juin 2024, avec un point d'étape au 31 décembre 2023. Le Conseil d'État refuse toutefois de prononcer l'astreinte sollicitée par les requérants. Il y a ainsi fort à parier que la série Grande-Synthe soit reconduite pour une quatrième, voire une cinquième saison. Des indications sur le futur synopsis nous parviendront peut-être de son spin-off devant la grande chambre de la cour EDH dans lequel l'épilogue se fait attendre (v. **affaire Carême c. France – req. n°7189/21**). –

✱ **Nature du recours formé à l'encontre d'une lettre informant un agent public d'une retenue sur traitement pour absence de service fait.**

CE avis, 25 mai 2023, Société La Poste, n° 471035.

Saisi par la Cour administrative d'appel de Versailles d'une demande d'avis sur le fondement des dispositions de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat a été amené à s'interroger sur la nature d'un litige ayant pour objet l'annulation d'une lettre par laquelle l'administration informe un agent public que des retenues pour absence de service fait vont être effectuées sur ses traitements en raison de l'exercice injustifié de son droit de retrait et tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de rembourser la somme prélevée.

Si la question se pose, c'est parce qu'est *a priori* en jeu une décision à objet pécuniaire. En effet, à travers sa jurisprudence *Lafage* de 1912, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité pour les agents publics de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de décisions qui, du fait de leur objet pécuniaire, devraient ressortir du contentieux de pleine juridiction, lorsque le requérant se contente d'en demander l'annulation en invoquant son illégalité (**CE 8 mars 1912, Lafage**). L'agent dispose ainsi d'une option entre former un recours de plein contentieux, nécessitant de former une réclamation préalable afin de lier le contentieux et de se faire assister d'un avocat, ou former un recours en excès de pouvoir, le juge devant alors déterminer la nature du recours dont il est saisi tant au regard des conclusions formulées par le requérant que de la nature des moyens présentés à l'appui de ses conclusions.

Si plus d'un siècle plus tard, la voie ouverte par la jurisprudence *Lafage* n'a pas disparu, son accès s'est toutefois vu restreindre par l'accroissement de la liste des contentieux relevant, selon le Conseil d'Etat, « par nature », du plein contentieux. Ainsi, se retrouvent notamment exclus du champ du REP les recours en annulation contre les états exécutoires (**CE, Sect. 27 avr. 1988 Mbakam**) ou contre les ordres de versement ou de reversement (**CE, Sect. 23 dec. 1988, Cadilhac**), catégories d'actes aujourd'hui regroupées sous une seule : celle des titres de perception.

Cela étant dit, qu'en est-il d'une lettre informant un agent public que des retenues vont être effectuées sur son traitement ? En d'autres termes, une telle lettre doit-elle être assimilée à un titre de perception dont le recours en annulation relève par nature du plein contentieux ?

La réponse du Conseil d'Etat semble distinguer deux situations.

En effet, ce dernier affirme que si la lettre se borne à informer l'agent que des retenues vont être effectuées sur son traitement sans comporter d'indications quant au montant de la créance, ou que cette lettre émane d'un organisme employeur qui n'est pas doté d'un comptable public, les conclusions présentées à fin d'annulation à l'encontre de cette dernière et de la décision de rejet du recours gracieux formé à son encontre doivent être regardées comme présentées en excès de pouvoir, et ce y compris si de telles conclusions sont assorties, à titre accessoire, de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'Administration de rembourser la somme prélevée. Autrement dit, dans une telle hypothèse, la jurisprudence *Lafage* trouve à s'appliquer. Toutefois, encore faut-il qu'une telle lettre puisse être regardée comme un acte administratif faisant grief et non comme une simple mesure préparatoire (v. en ce sens **CE, avis, 25 juin 2018, M. Gallet, n° 419227** ou encore **CE, 29 déc. 2020, Université de Savoie Mont-Blanc, n° 425728-429165**)

En revanche, il est possible de déduire d'une lecture *a contrario* du présent avis, que dans l'hypothèse où la lettre serait assimilable, par son contenu, à un titre de perception – notamment parce qu'elle indique précisément le montant de la retenue sur traitement allant être effectuée et que l'employeur de l'agent est soumis à la comptabilité publique – seule la voie du recours de plein contentieux restera ouverte.

Pour finir, le Conseil d'État rappelle que dans l'hypothèse où le juge du fond aurait méconnu tout ou partie de son office en raison d'une erreur quant à la nature du recours dont il était saisi, il appartient au juge d'appel ou de cassation de relever d'office un tel moyen qui est d'ordre public (v. **CE, 27 avril 2007, n° 274992** ou plus récemment, s'agissant du caractère d'ordre public d'un tel moyen : **CE, 24 janvier 2023, Sté K... n° 450834**). Il est intéressant de relever que ce dernier refuse ici de suivre la solution proposée par son rapporteur public tenant pour le juge d'appel ou de cassation à ne censurer l'erreur commise par les premiers juges sur la nature du contentieux que dans le cas où cette erreur aurait eu une incidence sur les réponses apportées aux conclusions et moyens dont ils étaient saisis, ou du moins si elle avait été susceptible d'en avoir eu une (v. F. Ranquet, ccl. sur **CE avis, 25 mai 2023, n°471035**, point 4.1 et s.). Une telle évolution jurisprudentielle est toutefois à prévoir dans les mois ou années à venir dès lors qu'elle rejoint la tendance visant à façonner la nouvelle figure du juge administratif : celle d'un juge pragmatique (v. C. Teitgen-Colly (Dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ 2015, coll. Grands colloques, 165 p.)

✳ **Le Conseil d'Etat étend l'application de la jurisprudence *Czabaj* au recours en contestation de validité du contrat ouvert aux tiers**

CE, 19 juillet 2023, Société Seateam aviation, n°465308

Depuis son désormais célèbre arrêt *Czabaj* du 13 juillet 2016 (**CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763**) le Conseil, d'Etat ne cesse de rappeler que le principe de sécurité juridique – reconnu comme étant un PGD (**CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, n°288460**) – fait obstacle à ce que puissent être remises en cause sans condition de délai des situations juridiques consolidées par l'effet du temps.

Par un arrêt du 19 juillet 2023, le Conseil d'Etat est venu étendre cette jurisprudence au recours en contestation de validité du contrat ouvert aux tiers.

Ainsi, si l'absence d'accomplissement des mesures de publicité adéquate (devant au minimum renseigner l'objet du contrat, l'identité des parties contractantes et les coordonnées, postales ou électroniques, du service auprès duquel le contrat peut être consulté) rend inopposable le délai de recours contentieux à l'encontre du contrat fixé à deux mois par la jurisprudence (v. **CE, Ass., 16 juill. 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545** et **CE, Ass., 4 avr. 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n°358994**), le recours en contestation de la validité du contrat devra tout de même être présenté dans « *un délai raisonnable à compter de la date à laquelle il est établi que le requérant a eu connaissance, par une publicité incomplète ou par tout autre moyen, de la conclusion du contrat.* » Ce délai raisonnable, ne saurait, sauf circonstance particulière excéder un an.

* Délais Czabaj et recours administratif

CE, avis, 12 juillet 2023, M. D... G..., n°474865.

Comme la Cour de Paris avant lui, dans un contentieux relatif au refus de validation d'un diplôme de master (**CAA Paris, 11 mars 2022, n°20PA01269**), le Conseil d'État confirme le possible doublement du délai raisonnable de recours posé par la jurisprudence *Czabaj* (**CE, Ass., 13 juillet 2016, n°387763**), en présence d'un recours administratif préalable facultatif (RAPF). Il s'agit des conséquences du durcissement du formalisme imposé à l'administration dans ses relations avec les administrés, notamment en ce qui concerne les réponses apportées aux RAPF. En plus de proroger le délai de recours initial, un tel recours administratif conduit à ce que la nouvelle décision devienne pleinement le point de référence pour la computation des délais. L'opposabilité du délai de deux mois est alors subordonnée à la présence, au sein de la nouvelle décision ou de l'accusé de réception, des mentions prévues à l'article R. 421-5 du CJA (**CE, 7 décembre 2015, Felouki, n°387872**), ce qui n'était pas le cas avant 2015 (**CE, 7 octobre 1988, Asso. nat. de réadaptation sociale, n°98868**). Il s'ensuit que, outre que de disposer d'un délai raisonnable pour adresser son RAPF à l'administration en l'absence d'information quant aux voies et délais de recours, le requérant disposera encore d'un délai raisonnable pour saisir la juridiction administrative si la nouvelle décision, ou, en cas de décision implicite, l'accusé de réception de la demande, est affectée du même défaut que la décision initiale.

Source : L. BOIJOUT, « Possible dédoublement du délai raisonnable de recours », Newsletter CREAM – Septembre 2023, n°52, p. 3.

URBANISME

JURISPRUDENCES

- ✳ **Le mécanisme de régularisation prévu à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme ne peut être utilisé qu'une seule fois par instance.**

CAA Marseille, 5 janv. 2023, *SCI Demeure Sainte-Croix*, n°19MA03660 :

Le mécanisme de régularisation des autorisations d'urbanisme en cours d'instance prévu à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme peut-il être utilisé plusieurs fois au cours d'une même instance ? Autrement dit, le juge administratif peut-il prononcer un second sursis à statuer, si à la suite du premier des vices n'ont pas été régularisés, ou si la mesure de régularisation en a fait naître de nouveaux ? C'est la délicate question, jusque-là inédite, à laquelle a dû répondre la Cour administrative d'appel de Marseille. Question qui se pose d'autant plus que le Conseil d'Etat admet l'utilisation successive des mécanismes de régularisation prévu aux articles L. 600-5-1 et L. 600-5 du code de l'urbanisme (v. **CE 17 mars 2021, n° 436073**).

Suivant la position de son rapporteur public (v. G. Roux, « Le dispositif de régularisation de l'article L. 600-5-1 : un fusil à un coup », *AJDA* 2023, p. 579), la Cour répond par la négative. Elle estime en effet que « aucune disposition légale ou réglementaire ne permet d'appliquer de manière successive l'article L. 600-5-1 pour la régularisation d'un même vice affectant le permis de construire initial, que la première mesure de régularisation transmise n'a pas permis de " purger ". »

- ✳ **Dark stores et droit de l'urbanisme : le Conseil d'Etat apporte des précisions.**

CE, 23 mars 2023, *Ville de Paris*, n° 468360.

Nouvelle génération de supermarché sans client, les « dark stores », que l'on peut définir comme des « *locaux d'entreposage permettant la livraison rapide de produits de consommation courante commandés par internet* » (v. « Urbanisme ("dark stores") : qualification d'"entrepôts" pour la livraison rapide », *D.* 2023, p.645), interrogent les juridictions administratives quant à la façon de les appréhender au regard des règles d'urbanisme.

En effet, par plusieurs arrêtés datés du début de l'été 2022, la ville de Paris a mis en demeure, sur le fondement des dispositions de l'article L. 481-1 du code de l'urbanisme, les sociétés Frichti et Gorillas Technologies, exploitant de « dark stores » de remettre dans leur état d'origine les locaux qu'elles occupent dans divers lieux de la capitale, initialement utilisés pour des activités de commerces traditionnels. Suite à la suspension de ces arrêtés par le juge des référés du tribunal administratif de Paris, la mairie de Paris interjette appel devant le Conseil d'Etat.

Cette affaire est l'occasion pour les juges du Palais-Royal d'apporter des précisions tant sur le champs d'application des dispositions de l'article L. 481-1 du code de l'urbanisme, que sur le statut des « dark stores » en droit de l'urbanisme.

S'agissant du premier point, le conseil d'Etat, considère que les dispositions de l'article L. 481-1 du code de l'urbanisme, introduites par la loi du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique – qui permettent à l'autorité compétente pour la délivrance d'autorisations d'urbanisme, de prononcer une mise en demeure, assortie le cas échéant d'une astreinte, dans diverses hypothèses d'infraction au droit de l'urbanisme en vue de faire procéder à la régularisation de la situation – sont applicables, malgré la référence par le texte aux termes de « travaux », « *à l'ensemble des opérations soumises à permis de construire, permis d'aménager, permis de démolir ou déclaration préalable ou dispensée, à titre dérogatoire, d'une telle formalité et qui auraient été entreprises ou exécutées irrégulièrement* ». Il en est dès lors ainsi des « *changements de destination qui, en vertu de l'article R. 421-17 du code de l'urbanisme, sont soumis à déclaration préalable lorsqu'ils ne sont pas soumis à permis de construire.* »

S'agissant du second point, les juges du Conseil d'Etat affirment, après avoir relevé que le plan local d'urbanisme de Paris demeurerait régi par les dispositions de l'article R. 123-9 du code de l'urbanisme dans sa rédaction antérieure au 1er janvier 2016, que l'existence d'un changement de destination permettant à la ville d'exiger une déclaration préalable de la part des sociétés Frichti et Gorillas doit d'abord être apprécié au regard des cinq destinations identifiées à l'article R. 151-27 du code de l'urbanisme. En cas de changement de destination constaté, ce n'est que dans un second temps qu'il convient d'apprécier si, au regard des règles sur les destinations fixées par le plan local d'urbanisme, ce changement de destination peut donner lieu à la délivrance d'une décision de non-opposition à déclaration préalable, de sorte à régulariser la situation litigieuse.

Appliquant ce raisonnement au cas d'espèce, le Conseil d'Etat relève un changement de destination des locaux exploités par les société Frichti et Gorillas, antérieurement utilisés par des commerces traditionnels. En effet, ce dernier estime qu'au regard de la nature de l'activité de « dark stores » exercée en leur sein, ces derniers ne constituent plus des locaux « *destinés à la présentation et vente de bien directe à la clientèle* », mais des « *entrepôts* ». Dès lors, le changement de destination des lieux nécessitait le dépôt d'une déclaration préalable. Or, si aucune décision n'a pour l'instant été rendue au fond sur cette affaire, il y a fort à parier, au regard des dispositions de l'article UG.2.2.2 du règlement du plan local d'urbanisme de Paris, qui interdisent la transformation en entrepôt de locaux existant en rez-de-chaussée, qu'un tel changement de destination puisse être autorisé, et partant, que la situation des entreprises intéressées puisse être régularisée.

✳ **La cristallisation des moyens s'applique aux permis valant autorisation d'exploitation commerciale**

CE, 4 avril 2023, Société Distribution Casino France, n°460754,

Se fondant sur les articles L. 425-4 (relatif aux modalités de délivrance du permis de construire tenant lieu d'autorisation d'exploitation commerciale), L. 600-13 et R. 600-5 du code de l'urbanisme, le Conseil d'Etat juge que la cristallisation des moyens prévue par les dispositions de ce dernier article s'applique – conformément à ce que laissait présager l'article L. 600-13 précité – au recours formé contre un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale par une personne mentionnée à l'article L. 752-17 du code de commerce.

✱ **Régularisation et intervention en cours d'instance d'une réglementation ayant pour conséquence de faire disparaître l'irrégularité.**

CE, 4 mai 2023, Sté Octogone, n°464702 :

Introduit par l'ordonnance du 18 juillet 2013 (n°2013-638), l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme prévoit un mécanisme de régularisation des autorisations d'urbanisme en vertu duquel, le juge peut en cours d'instance, lorsqu'il identifie un vice susceptible d'être régularisé, sursoir à statuer en vue de laisser au titulaire de l'autorisation litigieuse la possibilité de présenter une demande de régularisation.

Cependant, qui dit régularisation en cours d'instance, dit également risque qu'intervienne une nouvelle réglementation susceptible d'avoir une incidence sur la légalité de l'autorisation objet du litige. Ainsi, le Conseil d'Etat a progressivement été amené à préciser ce régime.

Il estime notamment que si les vices de procédure, « dont l'existence et la consistance sont appréciées au regard des règles applicables à la date de la décision litigieuse, doi[vent] en principe être réparé[s] selon les modalités prévues à cette même date », le caractère régularisable des vices entachant le bien-fondé de l'autorisation d'urbanisme doit en revanche être apprécié au regard « des dispositions en vigueur à la date à laquelle [le juge] statue » (**CE 3 juin 2020, SCI Alexandra, n°420736**)

Par son arrêt du 4 mai 2023, le Conseil d'Etat précise toutefois, s'agissant de la seconde hypothèse, qu'une autorisation d'urbanisme initialement entachée d'illégalité ne peut être régularisée par la seule intervention en cours d'instance d'une nouvelle réglementation plus favorable ayant pour conséquence de faire disparaître l'irrégularité. Dans une telle situation, il est nécessaire que le pétitionnaire « *notifie en temps utile au juge une décision individuelle de l'autorité administrative compétente valant mesure de régularisation* » attestant dès lors que cette dernière a bien pris acte de la nouvelle réglementation.

✱ **La décision tacite, c'est pas automatique !**

CE, 20 juillet 2023, Sté DEFI, n° 467318

S'il est constant que le silence gardé par l'autorité compétente au-delà du délai prévu pour l'instruction d'une demande de permis de construire vaut, sauf exceptions (C. urb., art. R*424-2), autorisation tacite (C. urb., art. R*424-1), il en va différemment, selon le Conseil d'État, du

silence gardé par l'Administration à la suite d'une ordonnance du juge des référés lui enjoignant de procéder au réexamen d'une telle demande. Cette solution, doit être lue en parallèle de celle retenue par la jurisprudence *Association VTMA* (CE, 28 déc. 2018, n° 402321) par laquelle, après avoir rappelé que l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision portant refus de délivrance d'une autorisation d'urbanisme impliquait une nouvelle instruction du dossier sans que le pétitionnaire ne soit tenu de confirmer sa demande (CE, 23 févr. 2017, *SARL côte d'Opale*, n° 395274), les juges du Palais-Royal ont estimé que la formulation expresse d'une telle confirmation était toutefois nécessaire pour faire courir le délai au terme duquel serait constatée la naissance d'une autorisation tacite. Dit autrement, et malgré l'injonction prononcée par le juge, la naissance d'une autorisation tacite est conditionnée à une manifestation directe du demandeur en faveur du réexamen de sa demande. Une telle solution, bien que s'inscrivant dans une lignée jurisprudentielle constante, semble aller à contre-courant de l'objectif recherché par le principe du « *silence vaut acceptation* » tendant à sanctionner l'inertie de l'Administration.

CONTRATS PUBLICS

JURISPRUDENCES

✱ Précision de la notion de « différend » en marchés publics

CE, 29 décembre 2022, Grand Port maritime de Marseille, n°458678

À l'occasion d'un contentieux entre le Grand Port maritime de Marseille et une entreprise cocontractante suite à la résiliation du contrat qui les liait, les juges du Palais-Royal ont précisé l'interprétation des articles 46.2.1 et 50.1.1 du CCAG Travaux.

Les juges du Conseil d'État ont été amenés à interpréter les dispositions du CCAG Travaux comme imposant l'obligation pour le titulaire du marché de produire un mémoire en réclamation avant de saisir le juge du contrat dès l'apparition d'un différend. Le différend est défini comme « *résultant d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de [l'acheteur] et faisant apparaître le désaccord* ».

Les juges reprennent ici un considérant de principe posé dans **CE, 22 nov. 2019, Éts Paris La Défense, n° 417752**. Cette décision avait permis de poser une définition jurisprudentielle de la notion de différend en matière de marché public – en l'espèce de fournitures courantes et services. Dans la décision nous intéressant, les juges étendent cette définition aux marchés publics de travaux.

✱ Délai de jugement du référé précontractuel devant le juge judiciaire

Cass. Com. 11 janv. 2023, Société TBS, n° 21-10.440

L'article 1441-2 du Code de procédure civile met en place un délai de 20 jours au juge judiciaire des référés précontractuels pour juger des litiges dont il est saisi.

Le même délai de 20 jours est appliqué au juge administratif des référés précontractuels. La jurisprudence précisait que le dépassement du délai par le juge n'emportait pas dessaisissement de l'affaire (**CE, 2 juill. 1999, Sté anonyme Bouygues, n° 206749**). Un dessaisissement de l'affaire signifierait le renvoi à la juridiction immédiatement supérieure.

Dans cette décision, les juges du quai de l'Horloge affirment l'application d'une règle similaire au juge judiciaire : « *Le délai de vingt jours dans lequel, en application de l'article 1441-2 I° du code de procédure civile, le président du tribunal judiciaire doit statuer sur les demandes qui lui sont présentées n'est pas prescrit à peine de nullité, de sorte que son inobservation ne peut pas donner lieu à cassation* ». Le dépassement du délai de 20 jours ne signifie donc pas un dessaisissement du juge saisi. Cette solution permet de ne pas rallonger les délais de procédure, et ainsi de rassurer à la fois l'acheteur public, qui sera fixé dans un temps restreint sur la validité de sa procédure, ainsi que le cocontractant qui a tout intérêt à voir le contrat signé rapidement.

✱ **Le juge des référés précontractuels est également tenu au secret des affaires !**

Cass., com., 11 janv. 2023, SA Aéroportuaire Guadeloupe pôle Caraïbes, n° 21-16.739,

La protection du secret des affaires est un impératif vital pour les entreprises candidates aux appels d'offres ; et contraignant pour les acheteurs devant assurer la communication des documents relatifs à la consultation auprès des candidats évincés.

La notion de secret des affaires est définie à l'article L.151-1 du Code commerce. Il s'agit de « [...] toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

Dans le cadre des procédures de passation de contrat de la commande publique, les acheteurs sont tenus de notifier les concurrents évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre (articles L.3125-1 et R.3125-1 CCP). Quel que soit le type de procédure choisi, les soumissionnaires évincés peuvent faire des demandes d'informations à l'acheteur, qui est tenu de leur communiquer « les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue » (art. R.3125-3 CCP), en application du principe d'accès aux documents administratifs (art. L.300-1 et suiv. CRPA).

La communication de ces informations doit faire l'objet d'une particulière vigilance pour l'acheteur, qui doit s'assurer que les informations relatives au secret des affaires sont occultées, et donc non transmises aux concurrents de l'entreprise retenue pour le marché public. Le Conseil d'État a par exemple jugé que le bordereau unitaire des prix est susceptible d'être protégé par le secret commercial (CE, 30 mars 2016, *Centre hospitalier de Perpignan*, n°375529). Cela oblige donc en pratique l'acheteur à communiquer les « caractéristiques et avantages de l'offre retenue », tout en occultant toutes les informations relatives au secret des affaires de l'entreprise – BPU, et détails de l'offre financière compris.

Le respect du secret des affaires tient une place capitale dans la vie des entreprises. Du fait de l'importance qu'il revêt, un référé a été créé en la matière par décret en 2019 (décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019), codifié à l'article R.557-3 CJA. Ainsi, le candidat ou soumissionnaire qui participe à une procédure de passation d'un marché public est en droit d'obtenir du juge du référé en matière de secret des affaires toutes mesures provisoires et conservatoires proportionnées afin de prévenir une « atteinte imminente » ou « faire cesser une atteinte illicite » à un secret des affaires le concernant.

La décision ici commentée est l'occasion pour le juge judiciaire de rappeler que la protection du secret des affaires, en plus de s'appliquer aux acheteurs publics, doit également être observée par le juge judiciaire des référés précontractuels lorsqu'il ordonne la communication de documents.

En l'espèce, le juge avait enjoint la communication des « *caractéristiques et avantages de l'offre retenue, les montants relatifs à la partie prix unitaires du BPU et la part du taux de marge constituant respectivement les 2e et 3e sous-critères financiers de l'offre* ». C'est une nouvelle fois l'offre financière qui est le nœud du problème : elle est une information capitale pour les entreprises concurrentes, mais sa transmission porte atteinte au secret des affaires, que l'entreprise attributaire a tout intérêt à protéger. Le juge des référés pré contractuels -judiciaire ou administratif- doit donc lui aussi prêter attention à ne pas y porter atteinte.

* Rappel des recours recevables contre les contrats de l'administration

CE, 17 janv. 2023, C. E. e. a, n° 462893

Était en cause la demande d'annulation par trois membres du conseil municipal de deux délibérations du conseil municipal de Versailles. La première délibération approuvait un avenant au traité de concession d'aménagement, et la seconde approuvait la cession d'une parcelle par l'établissement public foncier d'Île-de-France à la société Versailles Pion, concessionnaire d'aménagement, au prix de 12 500 000€.

La désormais célèbre décision *Département du Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avr. 2014, n°358994) a ouvert aux tiers un recours en contestation de la validité des contrats administratifs. Le recours formé par les conseillers municipaux contre les avenants étant un recours en excès de pouvoir, les juges du Palais-Royal ont logiquement rejeté le REP comme étant irrecevable au sujet de la première délibération : « *la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours [en contestation de la validité du contrat].* »

Concernant la deuxième délibération, l'approbation par le conseil municipal de la cession par un établissement public foncier correspond à un acte d'approbation contre une autorité tierce. Le Conseil d'État accueille logiquement le recours, rappelant ainsi les décisions *ATTAC Montpellier* (CE, 23 déc. 2016, *ATTAC Montpellier*, n°392815) et *Danthony* (CE, 2 déc. 2022, *Danthony*, n°454318).

* Règle de proportionnalité du paiement et du service rendu

CE, 27 janvier 2023, M.B..., n°462752 465060

Le contentieux en question intéresse tout particulièrement la région montpelliéraine : était en cause le dix-huitième avenant à la convention conclue le 10 janvier 1992 entre l'État et la société ASD pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes. L'avenant en question concerne la réalisation d'un nouveau tronçon permettant le contournement par l'ouest de Montpellier (aussi appelé « COM », pour « *Contournement Ouest Montpellier* »), projet particulièrement critiqué au demeurant.

Cet avenant consistait en une modification des dispositions financières du contrat afin que les usagers empruntant l'ensemble du réseau autoroutier géré par la société ASF prennent en charge le surcoût de travaux dû au COM. Cette modification signifiait en pratique une hausse des tarifs des péages ASF entre 2023 et 2026. Cela signifie donc que l'avenant prévoyait que le surcoût des 6 km du COM était « *à la charge de l'ensemble des usagers de la totalité des 2 714 km du réseau autoroutier concédé à la société ASF* ».

Ce point de tension avait déjà été relevé par l'ART dans son avis rendu en 2021 (**Avis n° 2021-056, 18 oct. 2021, archives de l'Autorité de régulation des transports**), qui conseillait de privilégier une « *mise en concession autonome du COM afin de sécuriser juridiquement la réalisation de cet aménagement dans son ensemble au bénéfice des usagers* ». L'on notera par ailleurs que l'avis de l'autorité de régulation proposait différentes solutions de financement alternatives.

L'un des points intéressants de l'arrêt consiste en la recevabilité du recours : la clause réglementaire du contrat est jugé divisible de celui-ci, un recours pour excès de pouvoir peut donc valablement être formé contre ce dernier (**CE, 8 avr. 2009, Assoc. Alcaly, n° 290604**).

Ensuite, c'est précisément sur le terrain de la légalité de la clause tarifaire que le Conseil d'État fera droit à une partie des prétentions du requérant, usager particulier du réseau ASF : « *la disposition tarifaire attaquée méconnaît la règle de proportionnalité entre le montant du tarif et la valeur du service rendu* ». Les juges s'appuient pour cela sur l'article L.122-4 du code de la voirie routière.

La copie est donc à revoir concernant le financement du projet. Mickaël Delafosse, président de Montpellier Méditerranée Métropole a toutefois déclaré lors de ses vœux à la CCI de l'Hérault le 30 janvier 2023 que « *Le contournement ouest se fera. J'ai été en contact avec les représentants du gouvernement. L'Etat ne se dédira pas de ses engagements, il va trouver une solution avec le concessionnaire* ». L'engagement est pris, reste à voir d'où proviendra le financement.

* La loyauté des relations contractuelles, une exigence qui ne perd rien de sa cohérence

CE, 8 mars 2023, SIPPAREC, n°464619

S'inscrivant dans la logique de l'arrêt Béziers I (**CE, Ass., 28 déc. 2009, n° 304802**), cette décision relative au pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général reconnu au cocontractant public, tire les conséquences de la jurisprudence *Sté Comptoir négoce équipements* (**CE, 10 juill. 2020, n° 430864** ; v. notre newsletter n° 20) lorsqu'il y est recouru afin de corriger une irrégularité tenant au contenu illicite d'une stipulation contractuelle. Précisant en ce sens qu'elle est subordonnée à la divisibilité de la clause du reste du contrat, le Conseil d'État exclut par voie de conséquence la possibilité de la mise en œuvre de cette « *règle générale applicable aux contrats administratifs* » pour celles « *déterminantes dans sa conclusion ou essentielles à son équilibre* » (D. Pouyaud, *RFDA* 2015, 227). En pareille hypothèse, la personne publique, « *sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles* », et dans la mesure où

« l'irrégularité [entachant] le contrat [serait] d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation », ne pourra que procéder à sa résiliation unilatérale.

Cette décision n'est pas sans faire écho à l'arrêt *Ctre hospitalier d'Ajaccio* (CE, 13 juin 2022, n°453769 ; v. notre newsletter n° 40) qui fait de la résiliation unilatérale le remède le plus fort à disposition du cocontractant public face à une clause illicite, sa disparition rétroactive ne pouvant être obtenue qu'après prescription du juge. Or l'existence du contrat en tant que tel n'était absolument pas compromise dans les faits qui avaient conduit le Palais-Royal à se prononcer en 2022. Concernant uniquement l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale pour les clauses divisibles de celui-ci, la loyauté des relations contractuelles n'y était, à ce titre, mentionnée à aucun moment. En distinguant selon que l'existence du contrat est remise en cause ou non et en n'évoquant l'exigence de loyauté que dans l'hypothèse où le sort de la clause serait, en définitive, lié à celui du contrat, la décision SIPPAREC explicite ce que l'on pouvait lire entre les lignes de l'arrêt *Ctre hospitalier d'Ajaccio* : la loyauté des relations contractuelles ne doit être prise en compte que lorsqu'une des parties entend y mettre un terme. En ce sens, filtre procédural dans le contentieux contractuel entre les parties – le renvoi à la décision *SMIRGEOMES* (CE, 3 oct. 2008, n°305420) opéré dans les analyses de l'arrêt *Béziers I* n'est pas anodin – dont les implications rejaillissent sur l'exercice par le cocontractant public de ses pouvoirs exorbitants, la loyauté des relations contractuelles constitue assurément une exigence originale du droit des contrats administratifs.

Source : Ugo ASSOUAD, « La loyauté des relations contractuelles, une exigence qui ne perd rien de sa cohérence » - Newsletter du CREAM n°47, Mars 2023, p.3

✳ **Recours *Tarn-et-Garonne* contre une convention d'occupation du domaine public**

CE, 8 mars 2023, *Association les amis des Tuileries*, n°462550

Outre les questions de domanialité publique (not. E. Muller, « Compatibilité d'une convention d'occupation domaniale avec la destination du jardin des Tuileries », *CMP* n°6, Juin 2023, Comm.182), le contentieux opposant l'association Les amis des Tuileries et l'établissement public du Louvre a permis au juge du Palais-Royal de rappeler le champ d'application de sa jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avr. 2014, n°358994).

Était ici en cause une convention d'occupation du domaine public au profit l'association Le Monde festif en France, l'autorisant à occuper l'esplanade des Feuillants du jardin des Tuileries pendant la période des fêtes de Noël.

Même si ce n'était pas le fond du litige, le Conseil d'État rappelle implicitement que les conventions conclues après mise en œuvre des procédures issues de l'ordonnance de 2017 ne peuvent être contestées par les tiers que dans les mêmes conditions. Les conclusions du rapporteur public Romain Victor sont particulièrement éclairantes : « le contrat litigieux entre en effet dans le champ de votre jurisprudence d'Assemblée [*"Tarn-et-Garonne"*] : d'un point de vue

matériel, puisque les conventions domaniales en font partie, et d'un point de vue temporel, s'agissant d'une convention conclue (plus de quatre ans) après la lecture de cette décision ».

✳ Pas de clauses exorbitantes dans le contrat de cession de biens du domaine privé

T. confl., 13 mars 2023 n°4226

Suite à la cession d'une parcelle du domaine privé de la commune de Phalsbourg à une entreprise en vue de l'implantation d'un bâtiment, le tribunal des conflits a été amené à trancher la question de l'administrativité du contrat de cession, afin de déterminer le juge compétent.

La question était donc la suivante : le contrat de cession comporte-t-il des clauses exorbitantes ?

Une réponse positive aurait donné compétence au juge administratif, en application d'une jurisprudence constante (**T. confl., 6 juin 2016, *Cne Aragnouet c/ Cne Vignec*, n° 4051**).

La qualification inverse au contraire, donne compétence au juge judiciaire, puisqu'il est acquis que ce dernier est compétent pour connaître des litiges relatifs aux cessions des biens du domaine privé (**T. confl., 15 nov. 1999, *Cne Bourisp*, n° 3144**).

En l'espèce, le contrat de cession imposait diverses obligations à la société en cause, notamment à « *déposer un permis de construire et à réaliser un bâtiment dans certains délais* ». Ces obligations ne suffisent pas à emporter la conviction du juge, et les clauses ne sont pas jugées exorbitantes du droit commun. Ainsi, le litige échappe à la compétence du juge administratif.

✳ Marché de substitution : le droit de regard de l'entreprise défaillante est limité !

CE, 5 avril 2023, *Ministre des armées c/ Société Iveco France*, 463554

Dans le cas d'une défaillance trop importante du titulaire du marché, une mise en régie peut être effectuée par l'acheteur public (**CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*, n° 388806** en matière de marché de travaux ; **CE, 18 déc. 2020, *Sté Treuils et Grues Labor*, n° 433386** en matière de marché de fournitures), même lorsque cette sanction n'est pas prévue au contrat.

Les CCAG font mention d'un droit de suite sur l'exécution du marché de substitution. Aussi étonnant que cela puisse paraître, ce droit de suite permet à l'entreprise défaillante de veiller à la « *sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge* » (not. **CE, 27 avr. 2021, *Sté Constructions Bâtiments Immobiliers*, n° 437148**).

Ce « droit de regard » (F. Brenet, « Précisions relatives au droit de suivi du cocontractant défaillant sur le marché de substitution en cas de mise en régie », *Droit Administratif* n°6, Juin 2023, comm.26) de l'entreprise défaillante implique ainsi de nombreuses obligations pour l'acheteur public.

L'arrêt en présence est l'occasion pour le Conseil d'État de préciser ces obligations. Ainsi, l'administration « *doit dans tous les cas notifier le marché de substitution au titulaire du marché*

résilié ». Toutefois, « *elle n'est tenue de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat qu'à la condition d'être saisie d'une demande en ce sens* ».

L'acheteur public n'est donc pas tenu d'informer l'entreprise défaillante à chaque nouvelle prestation effectuée, l'information est due dès lors que l'entreprise en fait la demande.

* Pouvoir de modulation des pénalités par le juge dans le cas d'un groupement solidaire d'entreprises

CE, 12 avril 2023, Société Art et Build Architectes, 461576

Le recours à un groupement -conjoint ou solidaire- est fréquent en matière de contrat publics, notamment dans le cas de marché de travaux. Dans la décision ici commentée, il s'agissait d'un marché de maîtrise d'œuvre de l'opération de construction d'un pôle « femme – mère – enfant » et d'un nouveau bâtiment médico-technique. La réalisation avait été confiée à un groupement momentané d'entreprises solidaires composé notamment de la société Art & Build Architectes en qualité de mandataire.

Le juge administratif dispose d'un pouvoir de modulation des pénalités lorsque les pénalités présentent un caractère manifestement excessif (CE, 29 déc. 20080, *OPHLM de Puteaux*, n°29693), notamment au regard du montant du marché.

La décision du 12 avril 2023 posait une question nouvelle puisque le marché était conclu avec un groupement solidaire d'entreprises, et que seule l'une des sociétés membre du groupement se voyait infliger les pénalités. Les juges décident qu'il leur appartient, « *pour apprécier [le] caractère manifestement excessif [des pénalités] eu égard au montant du marché, de prendre en compte la seule part de ce marché qui est attribuée [au membre du groupement] en application de cette convention* ».

La spécificité du groupement solidaire d'entreprise est justement qu'il lie chacun des membres pour la totalité du marché (Art. R. 2142-20 CCP). Notamment en raison de la spécificité contractuelle de ce groupement, la décision des juges du Palais-Royal ne manque pas d'interroger. De plus, il est fait mention de la notion de « part de marché » qui seraient spécifiquement attribuées à chacun des membres du groupement et qui constitueraient alors des « *infra-contrats* » conclus avec chacun des co-titulaires ». (F. Linditch, « Modulation des pénalités encourues par les co-traitants, le Conseil d'État impose une appréciation au cas par cas, même en cas de groupement solidaire », *JCP A* n°23, 12 juin 2023, 2183).

Cette décision ne manquera pas d'interroger, et de complexifier les litiges en matière de responsabilité lorsque sont en cause des groupements d'entreprises solidaires. Le Conseil d'État aurait-il signé la fin du régime solidaire des groupements d'entreprises en matière de marchés publics ?

DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

* Validation du dispositif ARENH+

CE, 3 février 2023, *Fédération Chimie Energie FCE-CFDT et autres et Société EDF*, n°462840

Mis en place en 2011, l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) est un dispositif permettant aux fournisseurs alternatifs d'accéder, à un prix régulé, à l'électricité produite par les centrales nucléaires historiques d'EDF en service. Les volumes d'ARENH souscrits par les fournisseurs alternatifs sont limités : ils ne peuvent excéder 100 TWh sur une année, soit environ 25 % de la production du parc nucléaire historique. (Glossaire en ligne, Commission de Régulation de l'Énergie).

Plusieurs décrets et arrêtés ont mis en place en 2022 un dispositif ARENH+, organisant l'augmentation de 100 à 120 TWh du volume maximal d'électricité vendu par EDF à ses concurrents. L'objectif de ce rehaussement temporaire du plafond de l'ARENH visait à limiter la hausse des prix de l'électricité. Le bilan tiré par la CRE au sujet de ce dispositif sur l'année 2022 est par ailleurs positif : « *pour les consommateurs français d'électricité ayant signé leur contrat d'électricité avant septembre 2022, la protection issue du dispositif ARENH+ a été efficace. En incluant les tarifs réglementés de vente, 96,8% des consommateurs ont eu un prix de l'électricité équivalent à ou très proche des prix moyens d'avant la crise. [...] L'ARENH additionnel a joué un rôle majeur dans ce résultat et a réduit fortement le coût du bouclier tarifaire pour le budget de l'Etat.* » (CRE, Communiqué de presse du 14 sept. 2023, « La CRE publie le bilan de la répercussion du dispositif ARENH+ dans les prix de fourniture d'électricité », disponible en ligne)

Par la décision ici commentée, les juges du Conseil d'État refusent d'annuler les décrets et arrêtés organisant l'augmentation, dite ARENH +, de 100 à 120 TWh du volume maximal d'électricité vendu par EDF à ses concurrents. Ils valident le dispositif, affirmant notamment sa compatibilité avec le droit des aides d'État : « *l'ARENH doit être regardé comme un mécanisme opérant un rééquilibrage des charges entre opérateurs sur le marché de l'électricité français aux fins de favoriser la concurrence, et ne saurait par suite caractériser l'existence d'une aide au sens du paragraphe 1 de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

* Infrastructures essentielles et pratique anticoncurrentielle

CJUE, 12 janvier 2023, *Lietuvos Gelezinkeliai c/ Commission Européenne*, n° C-42/21.

Suite au retrait d'une voie ferrée reliant la Lituanie et la Lettonie, la société nationale de chemins de fer lituanienne, également gestionnaire d'infrastructure, a été considérée par la Commission

Européenne dans une situation d'abus de position dominante. Après un recours devant le TUE, la CJUE est saisie de l'affaire, et finit par rejeter le pourvoi de la société lituanienne.

Ce faisant, elle restreint l'application de la jurisprudence *Bronner* (CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*, aff. C-7/97). Le « test *Bronner* » s'applique dans les cas d'une restriction d'accès à des infrastructures essentielles par l'entreprise dominante. Il permet de déterminer les cas où le refus de ladite entreprise est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, l'entreprise en situation de position dominante n'est tenue d'accorder « l'accès que si son refus est de nature à éliminer toute concurrence sur le marché de la part du demandeur de l'accès, si ce refus ne peut être objectivement justifié et si l'accès en lui-même est indispensable à l'exercice de l'activité de cette personne » (Conclusions, Athanasios Rantos, Avocat général). La Cour considère ainsi que la destruction de l'infrastructure par la société ne peut pas se voir appliquer la jurisprudence *Bronner*, puisque l'infrastructure est devenue inutilisable pour tous les opérateurs, entreprise dominante comprise. La Cour confirme alors la pratique anticoncurrentielle dont s'est rendue coupable la société, son action ayant de nombreux effets anticoncurrentiels sur les entreprises tributaires de l'utilisation de la voie ferrée.

* **Marivaudage à la Française des Jeux : le monopole comme jeu de l'amour, pas du hasard**

CE, 14 avril 2023, *European gamings and betting association et a.*, n°436434 et a.

Qui s'intéresse au droit public de l'économie sait que, depuis 2019, le législateur a autorisé le transfert de la majorité du capital de la Française des Jeux (FDJ) au secteur privé et lui a confié le monopole de l'exploitation des paris sportifs et des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et (sauf pour les paris sportifs) en ligne (v. loi n° 2019-486 du 22 mai 2019) ; le corollaire de cette privatisation ayant notamment été, pour l'État s'octroyant un étroit contrôle, l'attribution de droits exclusifs à la FDJ pour 25 ans (v. ord. n° 2019-1015 du 2 oct. 2019). Saisi par plusieurs sociétés concurrentes, le Conseil d'État rappelle d'abord qu'une législation nationale autorisant les jeux d'argent dans le cadre de droits spéciaux ou exclusifs accordés à certains organismes, en ce qu'elle restreint l'exercice d'une activité économique, porte atteinte à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services (v. not. **CE, 15 mai 2000, *CFA*, n° 202666**), mais relève, conformément à la jurisprudence européenne (v. not. **CJCE, 8 sept. 2009, C-42/07, *Bwin Int. Ltd et a.***), que cette atteinte est justifiée, en l'espèce, par des raisons impérieuses d'intérêt général que sont la protection de la santé et de l'ordre public en raison des risques avérés de jeu excessif et de fraude. Partant, le monopole octroyé à la FDJ sur certains segments de jeux, même s'il restreint l'activité des autres acteurs du secteur, est conforme au droit de l'Union. Toutefois, un point demeure en suspens : l'ouverture d'une procédure formelle d'examen par la Commission (v. déc. SA.56399 et SA.56634 du 26 juillet 2021) sur la proportionnalité des 380 millions d'euros reçus par la France – en contrepartie des droits exclusifs accordés – au regard du droit européen des aides d'État conduit le Conseil d'État à surseoir à statuer sur ce point jusqu'à la décision finale de la Commission.

Chaque jour est une chance disiez-vous ? Une fois n'est pas coutume, c'est à la FDJ d'y croire....

Source : Thibault THUILLIER-PENA, « Marivaudage à la Française des Jeux : le monopole comme jeu de l'amour, pas du hasard », Newsletter du CREAM n°49, Mai 2023, p.1

✳ Sur le front de la QPC, Orange perd définitivement sa bataille contre l'ARCEP

CE, 21 avril 2023, Société Orange, n° 464349.

Cette décision sonne le glas d'un véritable feuilleton entre l'ARCEP et l'entreprise Orange. Pour mémoire, en 2013, le Conseil Constitutionnel avait censuré les dispositions encadrant le pouvoir de sanction de l'ARCEP au motif que l'organisation de la procédure n'assurait pas une séparation satisfaisante entre les fonctions de poursuite et d'instruction (**QPC n° 2013-331 du 5 juillet 2013**). Complètement refondue par l'ordonnance relative à l'économie numérique du 12 mars 2014, la nouvelle procédure de sanction s'articulait autour d'un collège de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (dit formation RDPI) et un collège de poursuite distinct, modèle inspiré de la CNIL, dont la constitutionnalité avait été reconnue par le Conseil Constitutionnel.

Cela n'a pas empêché la direction d'Orange d'adopter une stratégie consistant à menacer d'assortir un recours pour excès de pouvoir du dépôt d'une QPC. Pointée du doigt par la formation RDPI en 2019 pour le non-respect des engagements qu'elle avait souscrit en matière de déploiement de la fibre en milieu peu dense, la direction de l'entreprise avait, à plusieurs reprises et notamment par voie de presse, menacé de faire tomber l'édifice répressif de l'autorité par une QPC. Il aura fallu attendre une mise en demeure – laquelle marque formellement l'ouverture d'une procédure de sanction – par cette même formation RDPI en 2022, à la demande du secrétaire d'État chargé des télécommunications, pour qu'elle s'exécute.

Le Conseil d'État rejette néanmoins le recours. Se reposant sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (n° **2012-280 QPC**, récemment réaffirmée dans la **QPC n° 2023-1035**), il juge que la compétence de l'ARCEP pour sanctionner le non-respect des engagements volontairement pris par les opérateurs auprès du ministre chargé des télécommunications ne présente pas de caractère sérieux. D'une part, le fait que l'ARCEP soit amenée à rendre un avis sur la qualité des engagements proposés par les opérateurs au ministre chargé des télécommunications alors même qu'une partie de ses membres se retrouveraient chargés d'instruire et de poursuivre ultérieurement les manquements à ces engagements dans la formation RDPI n'est pas contraire aux exigences d'impartialité et d'indépendance, dans la mesure où cet avis ne « *préjuge pas de la réalité et la qualification des faits* » susceptibles d'être reprochés aux opérateurs en cas de manquement. D'autre part et plus classiquement, la procédure offre également des garanties suffisantes à la constitutionnalité de ce pouvoir de sanction, notamment par la voie du contrôle juridictionnel, permettant de vérifier le respect du principe du contradictoire ou des droits de la défense.

Source : Antoine OUMEDJKANE, « Sur le front de la QPC, Orange perd définitivement sa bataille contre l'ARCEP » - Newsletter du CREAM n°49, Mai 2023, p.5

LIBERTÉS FONDAMENTALES

JURISPRUDENCES

* Les notes de frais doivent être communiquées

CE, 8 février 2023, Ville de Paris, n°452251

Après le refus de communication de divers documents concernant la maire de Paris et les membres de son cabinet opposé par la Ville de Paris au requérant, journaliste parlementaire, ce dernier avait saisi la commission d'accès aux documents administratifs (CADA). L'autorité avait émis un avis favorable à la communication des notes de frais et reçus de déplacement et des notes de frais de restauration. Malgré l'avis favorable de la CADA, la commune avait maintenu son refus de communication, et le litige a ainsi été porté devant la juridiction administrative.

En matière de communication de documents, plusieurs régimes d'accès existent et peuvent être identifiés par le requérant. Toutefois, si la CADA et l'administration doivent procéder d'office à l'examen de cette demande au regard de l'ensemble des régimes (S. Hammoudi, « Budgets et comptes des mairies : Libérez, délivrez, communiquez vos notes de frais ! » - Newsletter du CREAM n°47, MARS 2023, p.5). Le juge de l'excès de pouvoir ne peut, au contraire, se prononcer que sur le fondement avancé par le requérant. Le tribunal administratif avait ainsi, en première instance, commis une erreur de droit en s'étant prononcé sur le fondement de l'article L.2121-26 CGCT.

Une fois l'erreur de droit du TA identifiée, le Conseil d'État s'attache à qualifier les documents demandés comme étant des documents administratifs, « *communicables à toute personne qui en fait la demande dans les conditions et sous les réserves prévues par les dispositions du code des relations entre le public et l'administration* ». L'une des réserves prévues à l'article L.311-6 du CRPA est l'atteinte « à la protection de la vie privée, au secret médical, et au secret des affaires [...] ». C'est après avoir affirmé que la communication de ces documents ne met pas en cause la vie privée des personnes concernées -la maire de Paris et les membres de son cabinet-, que le Palais-Royal conclut que le refus de communiquer les documents doit être annulé, et que la Ville de Paris est enjointe de réexaminer la demande.

C'est à la faveur d'un contentieux porté à bout de bras par un journaliste que la transparence de l'action publique avance un peu plus.

* Pas de hidjab lors des matchs organisés par la FFF

CE, 29 juin 2023, Association Alliance citoyenne et autres, n°458088, 459547, 463408

Les fédérations sportives, chargées d'assurer le bon fonctionnement du service public dont la gestion leur est confiée, peuvent imposer à leurs joueurs une obligation de neutralité des tenues lors des compétitions et manifestations sportives afin de garantir le bon déroulement des matchs et prévenir tout affrontement ou confrontation.

L'article 1^{er} des statuts de la Fédération Française de Football interdit : « - *tout port de signe ou tenue manifestant ostensiblement une appartenance politique, philosophique, religieuse ou syndicale, / - tout acte de prosélytisme ou manœuvre de propagande* ». Le contentieux se lie alors que l'Alliance citoyenne et la Ligue des Droits de l'Homme forment plusieurs demandes au président de la FFF tendant à l'abrogation de ces interdictions.

Le principe de neutralité du service public qui s'impose aux agents publics de manière tout à fait classique. De manière plus originale, les juges du Palais-Royal étendent cette obligation de neutralité à deux catégories de personnes. Tout d'abord les personnes sur lesquelles elle exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, parmi lesquels les agents qui participent à l'exécution du service public, mais également de manière plus originale « *aux personnes que la Fédération sélectionne dans les équipes de France, mises à sa disposition et soumises à son pouvoir de direction pour le temps des manifestations et compétitions auxquelles elles participent à ce titre et qui sont, dès lors, soumises au principe de neutralité du service public.* »

Les juges affirment ensuite que sont également concernés par l'obligation de neutralité les licenciés de la Fédération française de football. Pour poser une telle obligation aux licenciés, le Palais-Royal se fonde sur le pouvoir réglementaire délégué à la fédération, pour « l'organisation et le fonctionnement du service public qui lui a été confié ». C'est sur le fondement de ce pouvoir réglementaire que les règles mises en place par la fédération peuvent légalement avoir « pour objet et pour effet de limiter la liberté de ceux des licenciés qui ne sont pas légalement tenus au respect du principe de neutralité du service public, d'exprimer leurs opinions et convictions si cela est nécessaire au bon fonctionnement du service public ou à la protection des droits et libertés d'autrui, et adapté et proportionné à ces objectifs ». Ainsi, le Conseil d'État valide l'interdiction, au motif qu'elle est motivée par le fait que le port d'équipements ostensiblement religieux permet de prévenir des affrontements ou confrontations sans lien avec le sport. L'interdiction, « adaptée et proportionnée » selon les juges est validée.

✳ **Suspension de la dissolution des Soulèvements de la Terre : revers pour un Beauvau à vau-l'eau**

CE, Ord., 11 août 2023, Collectif Les soulèvements de la Terre, n°476385

Trois jours à peine après les affrontements qui ont émaillé la manifestation contre les méga-bassines de Sainte-Soline le 25 mars 2023, le ministre de l'Intérieur G. Darmanin annonçait son intention de dissoudre le collectif Les Soulèvements de la Terre – constitué en janvier 2021 pour « *lutter contre la bétonisation, l'artificialisation et l'accaparement des sols, en vue de la protection des terres nourricières, de l'eau et des autres ressources naturelles* » – qu'il tenait pour responsable des violences commises et afin d'endiguer ce que le ministre nomme, non sans

polémique et abus de langage, l'« écoterrorisme » de ses membres. Par décret du 21 juin 2023, la dissolution du collectif est prononcée sur le fondement de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure (CSI).

Cet article, hérité de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées et maintes fois modifié depuis, dispose notamment que « *Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait : 1° Qui provoquent à des manifestations armées ou à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens* ». Originellement pensée pour lutter contre les groupements d'extrême-droite (pour une analyse historique, v. not. R. Rambaud, « La loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées : l'arme de dissolution massive », *RDLF* 2015, chron. n°20), cette procédure de dissolution administrative vise davantage, depuis sa réforme par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, à lutter tant contre les associations séparatistes (v. not. **CE, 8 févr. 2023, *Ass. Al Qalam et a.*, n°462120**) que contre les « groupements d'extrême-gauche actuels (...) et leur utilisation de la violence » (v. C. Rouillier, « L'antifascisme au Conseil d'État », *AJDA* 2022, p. 2350) ; c'est précisément la voie par laquelle G. Darmanin a entendu dissoudre Les Soulèvements de la Terre.

Saisi en référé-suspension, y compris par des membres du collectif justifiant de ce seul fait d'un intérêt, conférant qualité, à agir (v. **CE, 21 juill. 1970, *Boussel Dit Lamber et a.*, n° 76230**), le Conseil d'État reconnaît d'abord aisément (conformément à une jurisprudence constante ; v. not. **CE, 29 avril 2022, *Collectif Palestine Vaincra*, n°462982**) que « *l'atteinte qui est nécessairement portée à la liberté d'association par l'exécution d'un décret prononçant la dissolution d'une association ou d'un groupement de fait est, en principe, constitutive d'une situation d'urgence* ». Ensuite, s'il ne bute pas sur la qualification – appréciée largement (v. not. **CE 17 nov. 2006, *Capo Chichi*, n°296214**) – de groupement de fait, c'est sur la qualification juridique des faits que se place le juge des référés pour relever un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de ce décret. En effet, s'il est admis que les termes « *agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens* » figurant au 1° de l'article précité sont conformes à la Constitution (v. **CC, 13 août 2021, n°2021-823 DC**, consid. 42), encore faut-il prouver tant la caractérisation des agissements en cause que leur imputabilité au groupement visé. Péremptoire sur les violences alléguées à l'égard des personnes en relevant qu'aucune preuve ne démontre « *que ce collectif cautionne d'une quelconque façon les violences à l'encontre des personnes* » commises lors des affrontements, le Conseil d'État apparaît plus vétilleux concernant les violences alléguées à l'égard des biens. Admettant l'existence de ces dernières, s'inscrivant dans les prises de position des Soulèvements de la Terre « *en faveur d'initiatives de désobéissance civile et de désarmement de dispositifs portant atteinte à l'environnement, dont il revendique le caractère symbolique* », le Conseil d'État attache une importance dirimante, non seulement « *au caractère circonscrit* » et « *limité* » de ces violences, mais aussi « *à la nature et à l'importance des dommages [en] résultant* » pour disqualifier ces actes de provocation à des agissements troublant gravement l'ordre public de nature à justifier l'application de l'article L. 212-1 (1°) du CSI.

En définitive, au-delà de suspendre l'exécution du décret du 21 juin 2023 jusqu'à ce qu'il soit statué au fond, cette ordonnance permet de rappeler l'exigence d'une certaine « *gravité des*

dangers » (v. not. CE, 25 nov. 2020, *Ass. Barakacity*, n°445774) pour procéder à une dissolution administrative sur laquelle le juge du fond exercera invariablement un entier contrôle sur les motifs (v. CE, 21 juill. 1970, *Krivine et Franck*, n°76179) notamment au regard des exigences découlant des articles 10 et 11 de la Convention EDH. Ainsi, de la même manière que le Conseil d'État a récemment suspendu la dissolution d'un collectif d'extrême-gauche en pointant notamment « le contexte et le caractère isolé » des violences alléguées (CE, 16 mai 2022, *Groupe antifasciste Lyon et environs et a.*, n°462954), la juridiction administrative, une fois encore, « prend soin d'enrayer la tentation autoritaire du gouvernement en neutralisant la portée liberticide des nouveaux motifs de dissolution » (C. Rouillier, art. cité) dirigés cette fois, de façon inédite en France, contre un mouvement écologiste.

Source : Thibault THUILLIER-PENA, « Suspension de la dissolution des Soulèvements de la Terre : revers pour un Beauvau à vau-l'eau », Newsletter du CREAM n°52, Septembre 2023, p.5.

* Force publique et drones : un envol encadré

CE (ord.), 25 juillet 2023, *Association Avocats pour la défense des étrangers*, n°476151

En matière de maintien de l'ordre public, l'autorité administrative sait se saisir des dernières technologies pour renforcer ses moyens de contrôle. C'est particulièrement le cas des drones, et notamment depuis mai dernier. En effet, suite à de nombreux arrêtés préfectoraux autorisant les forces de l'ordre à utiliser ce moyen pour surveiller les manifestations, la jurisprudence des tribunaux administratifs était apparue particulièrement dissonante en la matière (v. newsletter n°49).

Saisi d'un référé-liberté suite à la mise en place d'une surveillance de la frontière franco-espagnole par drones, le Conseil d'État en profite pour clarifier le cadre d'utilisation de ces dispositifs par la force publique.

Les juges du Palais-Royal commencent par affirmer que l'atteinte portée au « droit au respect de la vie privée, qui comprend le droit à la protection des données personnelles, et la liberté d'aller et venir » constitue une liberté fondamentale au sens de L.521-2 CJA, ce qui justifie le recours au référé-liberté dans un tel cas d'espèce. Est à noter également la prise en compte explicite de la décision du **Conseil constitutionnel n° 2021-834 DC du 20 janvier 2022** (v. newsletter n°50), et notamment de ses réserves d'interprétation.

Le Conseil d'État confirme la suspension de la mesure prononcée par le tribunal administratif de Pau. Le recours à des drones par la force publique est donc possible par principe (art. L.242-5 du Code de la sécurité intérieure), mais uniquement s'il est démontré que d'autres moyens moins intrusifs au regard de la vie privée ne s'avèreraient pas efficaces; et que l'usage de ces dispositifs apparaît proportionné par rapport à la finalité poursuivie.

ENVIRONNEMENT

JURISPRUDENCES

* Précisions sur les subtilités de l'exigence d'autonomie réelle

CE, 25 janvier 2023, Société Haut-Vannier et ministre de la transition écologique, n° 448911 449054

Dans la Haute-Marne, la société du Haut Vanier s'était vue accorder l'autorisation d'exploiter 17 éoliennes, et refuser l'exploitation de 11 autres. Un recours a alors été formé par l'association Van d'Osier, la société pour la protection des paysages et de l'esthétique de France et plusieurs particuliers pour contester cette autorisation. L'autorisation préfectorale présentait effectivement un vice tenant à l'incomplétude du dossier soumis à enquête publique concernant les capacités financières de l'exploitant. Il est ainsi enjoint au préfet de la Haute-Marne de « *prendre les mesures nécessaires à l'organisation de la phase d'information du public sur les capacités financières de la société Haut-Vannier et d'en assurer la publicité* » afin de régulariser l'autorisation. Les requérants relèvent appel de l'arrêté modificatif.

C'est sur l'autonomie de l'autorité appelée à rendre un avis sur l'évaluation environnementale -ici le préfet de région- que se noue cette fois le litige. En effet, l'avis sur l'évaluation environnementale et l'instruction du projet ont été menés par le même service, à savoir la DREAL, ce qui est contraire à la directive du 13 décembre 2011 (directive « projets » 2011/92 du 13 décembre 2011).

Une exigence d'autonomie réelle est en effet nécessaire, dont les subtilités des jurisprudences ont été mises en évidence par le rapporteur public dans ses conclusions (N.AGNOUX, concl. disponibles sur Arianeweb) : « *si le préfet de région est l'autorité qui autorise le projet, les services placés sous son autorité hiérarchique ne peuvent être regardés comme une entité interne disposant d'une autonomie réelle* » (CE, 20 sept. 2019, **Ministre de la transition écologique e solidaire c/ Association « Sauvons le Paradis et a., n°428274**). « *En revanche, lorsque le préfet de région émet un avis en qualité d'autorité environnementale et que le projet est autorisé par un préfet de département autre que le préfet de région, l'avis doit en principe, être regardé comme ayant été émis par une autorité disposant d'une autonomie réelle.* » (CE, 5 févr. 2020, **Association Des Évêques aux Cordeliers, n°425451**). Toutefois, « *les exigences de la directive ne sont pas satisfaites lorsque le projet a été instruit pour le compte du préfet de département par la DREAL et que l'avis environnemental émis par le préfet de région a été préparé par la même direction, à moins que l'avis n'ait été préparé, au sein de cette direction, par le service mentionné à l'article R. 122-21 du code de l'environnement qui a spécialement pour rôle de préparer les avis des autorités environnementales* » (CE, 5 févr. 2020, **Association des Évêques aux Cordeliers, n°425451**).

✳ **Respect des procédures de participation du public : vignette Crit'air 5 pour l'État !**

CE, 25 janvier 2023, Société Gaz'up et autres, n° 465058

C'est à l'occasion de la contestation de l'arrêté fixant la nomenclature pour l'attribution des vignettes « Crit'air » par trois sociétés fournisseuses de gaz naturel pour véhicule que les juges du Palais-Royal ont été amenés à rappeler que la participation du public constitue un préalable indispensable dès lors que la décision a une « incidence directe et significative sur l'environnement ».

La création de Zones à Faibles Émissions mobilités (ZFE-m) est obligatoire dans toutes les intercommunalités de plus de 150 000 habitants d'ici 2024, depuis la loi climat et résilience (L. 2021-1104 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets). Dans ces zones, un système de vignettes classant les véhicules en fonction de leur niveau d'émission de polluant atmosphériques a été mis en place. Les voitures les plus polluantes sont ainsi identifiées et interdites de circuler à certains horaires dans la ZFE-m, voire dans la région si le préfet de région instaure une « circulation différenciée » lorsque la pollution de l'air est trop conséquente.

En l'espèce, était contesté l'arrêté 11 avril 2022 établissant la nomenclature des véhicules classés en fonction de leur niveau d'émission de polluants atmosphériques par trois sociétés fournisseuses de gaz naturel, car il classait les véhicules biodiesel au même niveau que les véhicules roulant à l'essence.

Les juges du Palais-Royal ont été amenés à se prononcer sur le fait de savoir si la classification Crit'air avait une « incidence directe et significative sur l'environnement ». Une telle qualification était celle défendue par les trois sociétés requérantes, qui sur ce fondement, arguaient d'un non-respect de la procédure de participation du public.

Le but de la classification Crit'air étant justement de distinguer les véhicules plus ou moins émetteurs de polluants atmosphériques, la Haute-Juridiction administrative retient facilement cette qualification, fait ainsi droit aux prétentions des sociétés, et annule l'arrêté du 11 avril 2022 établissant la nomenclature des véhicules classés en fonction de leur niveau d'émission de polluants atmosphériques en application de l'article R. 318-2 du code de la route.

✳ **Listes d'espèces animales exotiques envahissantes : le contrôle du juge de l'excès de pouvoir est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation**

CE, 25 janvier 2023, Association Réunion Biodiversité, 460440

C'est à la suite de l'inscription de différentes espèces d'oiseaux et de reptiles sur la liste des espèces animales exotiques envahissantes par l'arrêté du 28 juin 2021 relatif à la prévention de l'introduction et de la propagation des espèces animales exotiques envahissantes sur le territoire de la Réunion que l'association Réunion Biodiversité a formé un recours.

Lorsque des listes d'espèces nuisibles sont fixées par arrêté ministériel, le juge administratif opère habituellement un contrôle normal (CE, 9 mai 1975, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n°95713 ; CE, 20 avril 2005, *ASPAS*, n°271216).

Ici, le Conseil d'État restreint le contrôle du juge de l'excès de pouvoir à l'erreur manifeste d'appréciation. Le Palais-Royal s'appuie ainsi uniquement sur « *les forts risques invasifs que ces espèces présentent pour le territoire réunionnais* » pour valider l'inscription de ces petits volatiles sur la liste des espèces animales exotiques envahissantes, et débouter l'association Réunion biodiversité.

* Droit d'accès à l'information relative à l'environnement

CE, 15 mars 2023, *Association Réseau "Sortir du nucléaire"*, 456871

C'est au gré des contentieux que le droit d'accès à l'information en matière d'environnement (art. L.124-10 du Code de l'environnement) dévoile son envergure et ses subtilités. En l'espèce, le contentieux s'est lié après la communication par EDF de la version contenant de nombreuses informations occultées du dossier d'options de sûretés d'un projet de piscine centralisée d'entreposage de combustibles usés à l'association « Sortir du nucléaire ». L'association demande la communication de la version non occultée du document.

Toute la question était de savoir ici si la société EDF avait le droit d'occulter des passages du document, en arguant de la protection du secret des affaires. En effet, le secret des affaires ne peut être avancé si les documents contiennent des informations relatives aux « *émissions dans l'environnement* », notion sur laquelle le juge revient longuement, s'appuyant sur deux décisions de la CJUE (**Arrêts C-442/14 et C-673/13 P du 23 novembre 2016**).

C'est ainsi au moyen du secret des affaires que contiennent les portions du document occultées ne correspondant pas à des informations relatives à des émissions dans l'environnement et du risque d'atteinte à la sécurité publique que constituerait la divulgation des informations que l'occultation de divers passages du document par la Société EDF est validé.

* Un grand pas en avant pour la protection des cétacés dans le golfe de Gascogne

CE, 20 mars 2023, *AFNE*, N°449788

La juridiction administrative avait été saisie par trois associations de défense de l'environnement, Association Défense des milieux aquatiques, Association France Nature Environnement et Sea Sheperd France par deux requêtes différentes mais demandant toutes deux à ce qu'il soit enjoint à l'État de prendre des mesures pour assurer la conservation de plusieurs espèces de cétacés se trouvant dans le golfe de Gascogne.

C'est à cause de la pêche que ces trois espèces (dauphin commun, grand dauphin et marsouin commun) sont particulièrement menacées. Suite à leur classement en tant qu'espèce protégée au titre de l'article L.411-1 du Code de l'environnement, plusieurs dispositifs ont été mis en place

pour réduire les cas de pêches accidentelles de cétacés. Toutefois, les mesures mises en place n'ont pas été suffisantes.

Il est à noter que le juge précise l'étendue de son office en ayant recours à la notion « d'effet utile » (CE, Ass, 19 juill. 2019, *Ass. des américains accidentels*, n°424216).

Le contrôle du juge est méthodique, et il conclut que « *les associations requérantes sont fondées à soutenir que le système de contrôle des captures et mises à mort accidentelles des espèces protégées de petits cétacés, en l'État, ne satisfait pas aux objectifs de l'article 12 de la directive « Habitats* » ». Le Palais-Royal ordonne ainsi à l'État de prendre des mesures de fermeture spatiales et temporelles de la pêche dans le golfe de Gascogne dans un délai de 6 mois, afin de garantir la préservation des trois espèces de cétacés menacées.

* Injonction une nouvelle fois, cette fois-ci sans astreinte

CE, 10 mai 2023, *Commune de Grande-Synthe et autres*, n°467982

Tous les 6 mois, le même rendez-vous : l'examen par le Palais-Royal du respect par le gouvernement des injonctions auquel il est soumis en matière de protection de l'air (v. not. Séminaire d'actualité juin à décembre 2022, p.41).

Pour rappel, le gouvernement s'est vu ordonner en 2017 la mise en place de mesures permettant de réduire la concentration de dioxyde d'azote et de particules fines dans différentes villes de France (CE, 12 juill. 2017, *Association les amis de la Terre*, n° 394254). Le bilan n'étant pas satisfaisant, le Conseil d'État enjoint depuis régulièrement le gouvernement à mettre en place des mesures, auquel il assortit une astreinte de 10 millions d'euros par semestre de retard.

Dans la décision du 10 mai 2023, l'astreinte disparaît, mais le bilan satisfait toujours insuffisamment la Haute-Juridiction administrative. Des points positifs sont néanmoins relevés : les prévisions montrent que les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre devraient être atteints d'ici à la fin de 2023. Ensuite, le Palais-Royal salue les différentes mesures mises en place par le Gouvernement, qui « *doivent être regardés comme manifestant la volonté du Gouvernement d'atteindre les objectifs de réduction des émissions fixés en l'état à l'échéance 2030 et d'exécuter, ce faisant, la décision du 1^{er} juillet 2021* ». Toutefois, le bilan ne suffit pas à convaincre complètement la Haute-Juridiction « *quant à la capacité des mesures prises à ce jour et des modalités de coordination stratégique et opérationnelle de l'ensemble de l'action publique mises en œuvre, à rendre suffisamment crédible l'atteinte d'un rythme de diminution des émissions territoriales de gaz à effet de serre cohérent avec les objectifs de réduction fixés pour 2030 par les dispositions législatives nationales ou par le droit de l'Union européenne pertinents.* ».

C'est pourquoi la décision n'apparaît toujours pas comme pleinement exécutée, et que l'astreinte est prononcée à nouveau. Le gouvernement doit prendre de nouvelles mesures, à savoir : « *prendre toutes mesures supplémentaires utiles pour assurer la cohérence du rythme de diminution des émissions de gaz à effet de serre* » et produire un bilan d'ici à la fin de l'année.

La suite au prochain épisode ?

✱ Pas de double degré de juridiction : le verdict est sans appel

CE, 14 juin 2023, Fédération nationale des unions de jeunes avocats et autres, 466933

Les juges du Palais-Royal, saisis en première instance, étaient amenés à se prononcer sur l'article 1er du décret du 24 juin 2022, qui prolonge et étend la suppression du degré d'appel pour certains contentieux de l'urbanisme, dans l'objectif de « *réduire le délai de traitement des recours pouvant retarder la réalisation d'opérations de construction de logements ou d'opérations susceptibles de favoriser le développement de l'offre de logements* », pour des constructions situées dans des zones où l'offre et la demande de logement sont fortes.

Le contentieux est d'abord l'occasion pour la Haute-Juridiction de rappeler l'absence de norme protectrice consacrant le double degré de juridiction. Ensuite, sont écartés les moyens invoquant l'atteinte au principe d'égalité : la différence de situation induite par l'absence de double degré d'appel pour les projets situés sur certaines communes est justifiée par le déséquilibre entre l'offre et la demande.

Pour finir, est précisé que le principe de non-régression ne peut être utilement invoqué « *pour contester des dispositions aménageant en matière contentieuse la règle de l'appel* ». Ce principe issu du droit de l'environnement (article L. 110-1 du code de l'environnement) vise une amélioration constante des règles en matière d'environnement. Par cette décision, le champ d'application de ce principe se voit une nouvelle fois restreint.

DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS

TEXTES ET DOCUMENTATION

* Naissance du BRSA

Ord. n°2023-80 du 8 févr. 2023 relative au bail réel solidaire d'activité

Depuis 2014 et la création des organismes de foncier solidaire (OFS) par la loi *ALUR*, l'offre de logements pour les foyers les plus modestes se développe progressivement. En 2016, par une ordonnance n°2016-985, cet effort continue avec la création du bail réel solidaire (BRS) et ne cesse de grandir. D'abord timidement, l'accession à la propriété de ces foyers modestes ne cesse de croître grâce à ce mécanisme qui permet aux OFS de consentir ce type de bail, avec constitution de droits réels, pour une durée allant de 18 à 99 ans. Concrètement, l'accès au logement est proposé avec des prix de 30 à 50% moins chers que sur le marché classique. Mais c'est véritablement avec la loi 3DS du 21 février 2022 et son article 106 que la palette d'action des OFS est étendue avec la création du bail réel solidaire d'activité (BRSA). De fait, ces derniers peuvent désormais réaliser et céder des locaux d'activité, à titre subsidiaire, à des entreprises privées ou publiques, à diverses activités ainsi qu'à des établissements publics à des conditions plus favorables. L'objectif est clair : stimuler les différents secteurs en peine. Seule condition, ce type de bail n'est ouvert qu'aux entreprises privées de moins de 10 salariés et qui justifient d'un chiffre d'affaires annuel inférieur à deux millions d'euros. En tout état de cause, les établissements publics ou entreprises publiques locales qui seraient titulaires du BRSA, auront la possibilité de mettre en location leurs droits réels auprès de ces mêmes micro-entreprises.

JURISPRUDENCES

* Arrêtés successifs de cessibilité et expropriation

CE, 25 janv. 2023, *Établissement public Paris-Saclay*, n°458930

Par un arrêté du 24 mars 2014, le préfet de l'Essonne déclare d'utilité publique le projet d'aménagement de la ZAC du quartier de l'école Polytechnique au profit de l'établissement public d'aménagement de Paris-Saclay, sur les communes de Saclay, Palaiseau et Orsay. Par plusieurs arrêtés successifs il déclare cessibles diverses parcelles sur la commune de Palaiseau, au profit de ce projet d'aménagement. Après avoir demandé l'annulation de ces arrêtés et obtenu gain de cause devant le tribunal administratif de Versailles puis la cour administrative d'appel de Versailles, la société civile immobilière SL Saclay Lab et les sociétés anonymes Finamur et Nord Europe Lease sont tirées devant le Conseil d'Etat par l'établissement public.

Finalement, la solution ne reviendra qu'à une question de lecture de l'article L. 132-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, ce dernier disposant que « *l'autorité compétente déclare cessibles les parcelles ou les droits réels immobiliers dont l'expropriation est nécessaire à la réalisation de l'opération d'utilité publique. Elle établit la liste, si celle-ci ne résulte pas de la déclaration d'utilité publique* ».

Là où la cour administrative d'appel de Versailles aperçoit une obligation de réunir l'ensemble des immeubles à exproprier pour la réalisation d'un projet dans un seul et même arrêté de cessibilité, les juges du Palais-Royal constatent que « *ni cette disposition, ni aucune autre disposition* » n'oblige l'autorité compétente à établir un unique arrêté de cessibilité. Ils ajoutent que la prise d'arrêtés successifs de cessibilité est possible si ces derniers se révèlent « *nécessaires pour la réalisation de l'opération déclarée d'utilité publique* », et écartent la circonstance d'espèce où un propriétaire unique est concerné par ces arrêtés.

Ainsi, pourrait-on voir que là où la cour administrative d'appel a tenté de préserver le propriétaire public local et son patrimoine, le Conseil d'État à travers son interprétation stricte de la loi, fait état lui, d'une volonté d'assurer la pérennité des projets d'aménagement du territoire et/ou certainement, d'assurer l'intérêt général en protégeant ce qui fait la singularité de l'expropriation.

* Application de la théorie des actes détachables aux décisions refusant d'affecter un bien au domaine privé

T. confl., 13 mars 2023, SARL Boucherie Cannoise, n° 4260

Quand un bien devient *propriété publique*, il entre automatiquement et de prime abord dans le domaine privé, se voyant ainsi soumis par principe au droit privé et à la compétence du juge judiciaire. Certains actes, qualifiés de *détachables*, se soumettent cependant à la compétence du juge administratif en ce qu'ils sont dissociables de la gestion du domaine privé. Cette théorie de la détachabilité a abondé dans un premier temps la jurisprudence administrative notamment en matière d'actes contractuels, lorsque ces derniers ne comportaient pas de clause exorbitante du droit commun (T. confl., 15 nov. 1999, *Cne de Bourisp*, n°3144) ou n'étaient pas requalifiés en contrats administratifs. Dans un deuxième temps, la célèbre jurisprudence *Brasserie du Théâtre* (T. confl., 22 nov. 2010, n°3764) vient contraindre cette théorie en excluant de la détachabilité non seulement les actes de gestion, mais l'acte contractuel lui-même, alors que ce dernier était le terreau de la détachabilité jusque-là (CE, 29 déc. 2014, *Cne Uchaux*, n°372477).

En cela, la jurisprudence commentée ne vient pas bousculer l'ordre établi. En l'espèce, une société exploitant une boucherie à Cannes décide de céder son fond de commerce. La commune, étant dans son droit, décide dans un premier temps d'utiliser sa faculté de préempter, avant de changer d'avis. Ce retournement pousse la société à engager la responsabilité de la commune près le tribunal administratif de Nice pour obtenir réparation. Ce même tribunal estime qu'une question de compétence se pose et saisit le Tribunal des conflits. En effet, dans l'éventualité d'une acquisition du fond de commerce, celui-ci serait automatiquement entré dans le domaine privé de la commune. Quid alors de la nature de l'acte de refus et donc du juge compétent ?

L'acte unilatéral modifiant le périmètre ou la consistance du domaine privé nous dit le juge en son deuxième considérant, est un acte administratif soumis à la compétence du juge administratif. Ce qui fait tout l'intérêt de cette décision est l'extension de ce principe à tout « *refus de prendre un tel acte ou de son retrait ainsi que du litige par lequel est recherchée la responsabilité* » de la personne publique de ce fait. au-delà d'étendre le champ des possibles, cette décision remet en

balance les différents motifs permettant d'appliquer la théorie de la détachabilité, ce qui, pour certains auteurs, « appelle [...] le questionnement » (G. Eveillard, *Droit Administratif* n°7, Juillet 2023, comm. 29).

* Des liens entre droit pénal et droit administratif des biens

Cass., crim., 1er juin 2023, n°22-81.075

Lors d'un contrôle d'un véhicule par la brigade des douanes, une cache aménagée a été trouvée et sa fouille a permis d'y trouver du cannabis et de la cocaïne. Déclaré coupable de plusieurs chefs d'accusation (blanchiment, blanchiment douanier, importation de marchandises prohibées, etc), le tribunal correctionnel ordonne la confiscation du véhicule au profit de l'administration des douanes. Suite à l'appel formé par le prévenu et le ministère public, la cour d'appel confirme la confiscation mais en change son affectation au profit de la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA) estimant que le droit pénal ne distingue pas les saisies selon l'infraction ou l'autorité ayant appréhendé le bien. En ce sens, précise la cour, il n'existe pas de *confiscation douanière*. Partant, l'administration des douanes se pourvoit en cassation.

L'article 131-21 du code pénal énonce que « *la chose confisquée est, sauf disposition particulière prévoyant sa destruction ou son attribution, dévolue à l'Etat* ». Et son homologue du droit administratif, l'article L. 1124-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), de prévoir que « *les biens à caractère mobilier ou immobilier, dont la confiscation a été prononcée par la décision de justice sont, sauf disposition particulière prévoyant leur destruction ou leur attribution, dévolus à l'Etat [...]* ». En application aux faits d'espèces un premier constat s'impose, si aucune disposition ne prévoit l'attribution d'un bien confisqué, celui-ci ne peut être affecté spécialement par la juridiction qui prononce la condamnation pénale du prévenu, ce qui a pourtant été fait et par le tribunal correctionnel et par la cour d'appel.

Paradoxalement en effet, la cour d'appel énonce bel et bien qu'il n'existe pas de « *confiscation douanière* » mais affecte elle-même le bien à la MILDECA commettant exactement la même erreur qu'elle reproche au tribunal. La Cour de cassation sermonne la cour d'appel et le tribunal correctionnel en leur rappelant que leur office se limite purement et simplement à décider de la confiscation ou de la restitution d'un bien saisi. Après application des articles 41-5 et 99-2 du code de procédure pénal permettant de remettre les biens meubles confisqués à l'Agence de gestion et recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) - établissement public - c'est à cette dernière et à elle seule d'affecter le bien en vertu de l'article L. 2222-9 du CGPPP. Cette affectation peut se faire au profit de services judiciaires, de services de police, à la gendarmerie, à des services de l'administration des douanes ou encore à des services de l'Office français de la biodiversité lorsque ces derniers effectuent des missions de police judiciaire.

Premier constat qui s'avère être récurrent : tant les juridictions, que les professionnels du droit sont mal formés et informés sur la pratique du droit des saisies et confiscations pénales, ce qui amène à un ping-pong de décisions paradoxales où différents degrés de juridiction se contredisent tout en reproduisant les mêmes erreurs ; ce qui pousse les requérants à formuler des demandes

originales en comptant bien jouer sur cette méconnaissance des juridictions en étant parfois eux-mêmes, incertain de leur démarche.

Second constat tenant à l'originalité : la tendance s'essouffle petit à petit au profit d'une meilleure appréhension de ce droit et cette décision vient confirmer ce changement progressif. De fait, si ce n'est pas la première fois que la chambre criminelle énonce qu'il n'existe pas de confiscation douanière (**Cass, crim., 15 mai 1997, n°96-81.046**), c'est la première fois qu'elle utilise à son visa l'article L. 1124-1 du CGPPP et la première fois qu'elle reproduit intégralement l'article dans sa décision, au détriment de l'article 131-21 qui est relégué au second plan. Si certains auteurs (M. Hy, « Prohibition de l'attribution du bien confisqué par la juridiction de jugement », *AJ Pénal* Juillet/Août 2023, p. 345) estiment qu'il s'agit là d'un choix de parallélisme des formes - les requérants s'étant fondé sur la particularité du droit des douanes pour s'écarter de l'article 131-21 du code pénal, le juge pénal suivrait le même raisonnement - il serait certainement plus pertinent d'y voir un progrès, une meilleure connaissance d'un droit, *en cours d'édification* (L. Ascensi, Droit et pratique des saisies et confiscations pénales, *Dalloz* 2022-2023, p. 1), par le juge pénal du moins par la Cour de cassation.

Progrès, peut-être même volonté sous-jacente de la chambre criminelle d'inciter à un changement plus profond en la matière en visant un article du CGPPP, et de rassurer sur la compréhension des mécanismes de droit pénal et de droit public, surtout, sur la relation que ces mécanismes entretiennent entre eux en cette matière.

FONCTION PUBLIQUE

JURISPRUDENCES

* Liberté d'expression renforcée et syndicalisme

TA Versailles, 2 févr. 2023, n°2102509

« Pour être directe, tout n'est pas permis, et tout est question de limites », entame la rapporteure public dans l'affaire commentée. En cause, un gardien de la paix qui s'avère également être le secrétaire général du syndicat de police VIGI-MI. Ce dernier a, dans le cadre de ses fonctions syndicales et sur le site du VIGI-MI, publier un tract mettant en cause le directeur général de la police nationale. A la suite de quoi une procédure disciplinaire a été engagée et des sanctions disciplinaires ont été prises. Ce sont ces mêmes décisions qui font l'objet du présent recours.

L'équilibre entre liberté d'expression, syndicalisme et obligations déontologiques semble fragile à tenir et pourtant le Conseil d'Etat s'est déjà positionné sur ce sujet en affirmant que « *l'exercice du droit syndical doit se concilier avec le respect de la discipline nécessaire au bon fonctionnement du service public* » (CE, 27 mai 1991, *OPHLM de la communauté urbaine de Lille*, n°111790). Les agents publics sont donc bel et bien tenus, malgré leur appartenance à un syndicat, au respect d'un certain devoir de réserve, quand bien même les propos tenus ne seraient pas constitutifs d'une infraction pénale (CE, 27 janvier 2020, *Mme A*, n°426569).

Au vu des propos tenus, tout laissait donc penser que le juge allait confirmer les sanctions disciplinaires prises à l'encontre du gardien de la paix (révocation) et pourtant. Et pourtant, attachée à la nuance autant qu'à la liberté d'expression, c'est avec minutie que la rapporteure publique invite le juge à faire preuve de tolérance et de précision. Ce que ce dernier fera. Tout en précisant que les propos tenus ont bel et bien porté atteinte « *au crédit et à la réputation de la police nationale* » et que l'agent a méconnu « *le devoir de réserve* » qui s'impose aux agents publics (considérant 9), le juge versaillais estime que la sanction prise est disproportionnée et que la décision est entachée d'erreur d'appréciation.

Tout en s'inscrivant dans une droite ligne jurisprudentielle cette décision apporte de la nuance, nuance qui probablement, fait du bien à la liberté d'expression.

* Altération du discernement et sanction disciplinaire

CE, 17 févr. 2023, *Région Occitanie*, n°450852

Par un arrêté du 3 février 2017, la présidente de la région Occitanie révoque un fonctionnaire des suites de manquements disciplinaires répétés sur une période de six mois. L'intéressé se défend en affirmant que son discernement était altéré au moment des faits (il avait notamment échappé à une première révocation en 2008 du fait de troubles mentaux) ce qui est rejeté dans un premier temps par le tribunal administratif de Montpellier, puis retenu par la cour administrative d'appel

du fait d'un certificat médical établi en 2016 notamment et confirmant des troubles déjà établis antérieurement. La région Occitanie se pourvoit alors en cassation.

Tout en s'inspirant du droit pénal, les juges du Palais-Royal estiment d'abord que l'état de santé d'un agent peut le rendre irresponsable de ses faits, ce qu'ils avaient déjà affirmé par le passé (CE, sect., 15 oct. 1971, n°75258, *Mme B.*), quand bien même l'irresponsabilité n'ayant pas d'impact sur la qualification juridique, une faute s'apprécie objectivement. Ils précisent surtout que cette irresponsabilité doit être le fruit d'une altération du discernement au moment précis des faits et non d'une quelconque pathologie antérieure. De ce fait, seules des pathologies graves pourraient laisser place à une irresponsabilité pleine et entière. Une simple altération du discernement ne provoquant pas l'irresponsabilité mais forçant à adapter la sanction à la gravité de la faute (considérant 14).

DROIT DES ÉTRANGERS

TEXTES ET DOCUMENTATION

* Un projet de loi sur l'immigration qui fait couler beaucoup d'encre

Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration

« Le parcours chaotique de la loi immigration », voilà comment s'intitule un article paru dans Les Echos le 17 avril dernier, titre qui, à plusieurs points de vue fait état d'une réalité concrète, tant politique que juridique.

Politique d'abord. En effet, à la simple lecture du nom que porte cette loi il est impossible de ne pas crier au fameux « *en même temps* » si propre à la majorité présidentielle. La droite veut serrer la vis en matière d'immigration, la gauche veut renforcer l'intégration. C'est à partir de ce constat que toutes les propositions de ce projet de loi ont été conçues, en dépit d'une réalité sociale et juridique.

Juridique ensuite. Pour faire simple, le droit français doit se conformer à quatre règlements : le code des visas, le code frontière Schengen, le règlement Dublin III et le règlement Eurodac II. Ce à quoi s'additionne les stipulations de la convention d'application de l'accord de Schengen, seize directives en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement de ressortissants des pays tiers, toute la politique de lutte contre l'immigration clandestine et des centaines de décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dont presque deux cent ont moins de dix ans. La simplicité ici a le goût de l'ironie.

Premier constat des auteurs en la matière, au-delà de l'absence d'impact politique des centaines de décisions jurisprudentielles françaises et européennes, il y aurait une « *certaine légèreté des pouvoirs publics à l'égard des obligations de transposition* » (C. Pouly, « Immigration et asile : le droit français à l'épreuve du droit de l'Union », *AJDA* 20 mars 2023), notamment avec la directive Regroupement familial qui n'a visiblement pas fait l'objet de mesures de transposition du simple fait que notre droit national serait substantiellement similaire, quand bien même la procédure diffère en de nombreux points.

Autre constat, le projet de loi « *instrumentalise* » (M.-C. de Montecler, « La charge du défenseur des droits contre le projet de loi immigration - intégration », *AJDA* 6 mars 2023) l'obtention du droit au séjour, en conditionnant son obtention à une certaine maîtrise de la langue française mais sans prendre en considération les variables inhérentes à l'humain (âge, santé, handicap, etc). De même, en matière de protections contre l'éloignement, celles-ci pourraient être désormais levées non en raison de la peine prononcée mais en raison de la peine encourue, ce qui change significativement la donne et va à l'encontre du principe pénal bien connu d'individualisation de la peine. Ces diverses propositions et d'autres encore ont alerté la Défenseure des droits qui a rendu, le 23 février dernier, un avis très hostile sur ce projet de loi. Elle énonce notamment que le

législateur « *ne disposera pas des informations suffisantes pour apprécier le caractère adapté, nécessaire et proportionné des restrictions des droits et libertés fondamentaux provoquées [...]* ».

Enfin et surtout, ce projet de loi prévoit que le juge de droit commun de l'asile sera un juge unique et plus une formation collégiale. Objectif affiché : accélérer la procédure devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et la rendre plus efficace. Réponse sans demi-mesure de la doctrine : « *Non le juge unique n'est pas la solution* » [...] (X. Vandendriessche, « Non le juge unique n'est pas la solution pour améliorer l'efficacité du contentieux de l'asile », *AJDA* 27 mars 2023). Concrètement, le juge unique aura un choix cornélien à faire : la qualité ou la quantité. Le chemin de la qualité permet de s'assurer de faire humainement son travail dans le respect du droit en vigueur mais a pour conséquence un ralentissement de la justice qu'il rendra. La quantité, elle, permet de traiter le plus grand nombre de demandes mais rend de fait la justice, « *expéditive* ». Et le renvoi possible du président à une formation collégiale avec un potentiel nouvel article L. 131-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne vient en rien offrir une voie alternative mais accable plutôt une procédure qui suffoque déjà.