



13 DÉCEMBRE 2021

# SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

PÉRIODE DE JUIN À NOVEMBRE 2021

*ASSOUAD Ugo - BALLAY-PETIZON Clémence - BOIJOUT Léon  
PY Fabien - YANG Yijian*

# ACTES

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Durcissement des conditions d'accès aux documents couverts par le secret de la défense nationale

#### Loi n°2021-998 du 31 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement

Les règles de communication des documents couverts par le secret de la défense nationale sont à rechercher à l'article L. 213-2 du code du patrimoine. D'abord exclus du champ des documents administratifs communicables (**loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public**), la réforme des archives de 2008 leur avait cousu un régime de communicabilité sur mesure, avec l'application de délais spéciaux assez longs, certes, mais dans une volonté certaine d'ouverture. En effet, ces documents devenaient communicables "*de plein droit*" - c'est l'ouverture consentie -, à l'expiration d'un délai de 50 ans, prolongé à 100 ans pour ceux "*dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes nommément désignées ou facilement identifiables*". Seules demeuraient en dehors de la communicabilité, les archives "*permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser*" des armes de destruction massive.

Aux côtés du code du patrimoine, le code pénal définit, pour les besoins du délit de compromission, les documents couverts par le secret de la défense nationale comme ceux ayant fait l'objet d'une mesure de classification (article L. 413-2 du code pénal). De cette définition, reposant sur un critère purement formel, le gouvernement avait tiré la conséquence que, malgré les dispositions très explicites du code du patrimoine, ces documents ne pouvaient être communiqués sans procédure préalable de déclassification. Tel était le sens de l'instruction générale interministérielle n°1300 du 30 novembre 2011, approuvée par un arrêté du 13 novembre 2020. L'arrêté insistait également sur l'infraction de compromission à laquelle s'exposait l'auteur d'une éventuelle communication, même passé les délais prévus par le code du patrimoine.

Le Conseil d'État n'avait pas été convaincu par cette articulation des dispositions du code du patrimoine et du code pénal, qui avait, en pratique, pour effet d'allonger considérablement les délais de communication voire de la rendre impossible. Dans une affaire qui devait donner lieu à l'annulation de l'arrêté précité, en tant qu'il valide la procédure de déclassification préalable en application depuis 2011 (**CE, 2 juillet 2021, Association des archivistes français et autres, n°444865**), le rapporteur public avait vu dans la manoeuvre un simple "*subterfuge*", destiné à empêcher la révélation d'archives relatives à la guerre d'Algérie, et avait remarqué que cette interprétation n'était soutenue par aucune décision du juge pénal en ce sens (A. Lallet, concl. sur l'arrêt précité, p. 5).

On ne saurait dire si la loi du 31 juillet 2021, qui, en matière d'archives, tend à en durcir l'accès, a pour objectif de surmonter cette annulation. Les rapports des deux assemblées évoquent principalement la nécessité de mettre un terme à un conflit de normes, lequel avait pourtant été levé par le Conseil d'État. En ce sens, l'article L. 213-2 du code du patrimoine dispose désormais que les mesures de classification mentionnées par le code pénal au titre du secret de la défense nationale et du délit de compromission, prennent "*automatiquement fin à la date à laquelle le document qui en a fait l'objet devient communicable de plein droit*". Toutefois, le texte prévoit une prolongation du délai - 50 ou 100 ans selon les cas - sans limite de temps, tant que l'accès au document est susceptible de révéler des informations non-obsolètes relatives aux caractéristiques techniques d'installations sensibles, de matériels de guerre ou aux procédures opérationnelles et capacités techniques des services de renseignement. La guerre d'Algérie ayant été évoquée par le rapporteur public dans l'affaire précitée, on songe, par exemple, aux documents portant sur des "interrogatoires" qui pourraient contenir des informations relatives à des techniques encore usitées par les services de renseignement, circonstance de nature à faire obstacle à leur communication...

Au-delà de cette prorogation, une autre difficulté tient à ce que la valeur opérationnelle des informations en question est laissée à l'appréciation de l'administration, tandis que leur obsolescence doit parfois être constatée par un acte, ce qui revient, *in fine*, à l'instauration d'une procédure de déclassification. Il suffira donc à l'administration d'opposer le caractère actuel des informations contenues dans un document, sans autre précision, pour empêcher sa communication et on peine à imaginer un contrôle juridictionnel efficace d'une telle décision.

Le Conseil constitutionnel a été saisi du nouveau cadre législatif. Si le secret de la défense nationale participe à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, exigeance constitutionnelle mentionnée par le préambule de la Charte de l'environnement de 2004 (CC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B.*, n°2011-192 QPC), le droit d'accès aux documents d'archives publiques est, quant à lui, garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (CC, 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, n°2016-738 DC). Par sa décision du 30 juillet dernier, le Conseil valide le nouveau dispositif mais l'assortit de deux réserves d'interprétation : d'une part, à l'expiration du délai de principe, il ne pourra être fait obstacle à la communication de documents ne contenant pas des "[*informations*] jusqu'alors [*inaccessibles*] au public" ; d'autre part, l'obsolescence de certaines informations n'a pas à être caractérisée par un acte mais peut résulter de toute "*constatation matérielle*" (CC, 30 juillet 2021, n°2021-822). Ces réserves restreignent quelque peu la totale liberté d'appréciation que s'était ménagée l'administration. Toutefois, c'est leur capacité à être mise en pratique qui interroge.

## JURISPRUDENCE

### ✱ Extension du contradictoire au profit des personnes publiques en matière de retrait

CE, 4 octobre 2021, *Agence de l'eau Rhône Méditerranée et Corse*, n°438695

De prime abord, la décision semble classique : était alléguée une méconnaissance du principe du contradictoire à l'occasion du retrait d'une subvention par une personne publique. Son originalité tient à ce que le bénéficiaire de cette subvention était également une personne publique.

La question se posait donc de savoir si cette personne publique, en l'espèce, une communauté d'agglomération, pouvait se prévaloir des dispositions combinées des articles L. 211-2 et L. 122-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), aux termes desquelles, le retrait d'une décision créatrice de droit, telle qu'une subvention, doit être motivé et précédé d'une procédure contradictoire. En d'autres termes, les dispositions de ce code, intéressant d'abord les relations entre les administrés et les administrations, peuvent-elles trouver à s'appliquer dans les rapports entre deux personnes publiques ?

La problématique ne connaît pas de réponse de principe, bien que la tendance semble pencher pour la négative (v. par ex., CE, 1 juillet 2005, *Ville de Nice*, n°258509). Toutefois, en l'espèce, le Conseil d'État accueille les prétentions de la collectivité requérante. Il confirme ainsi ce qui pouvait déjà se deviner d'une précédente décision (CE, 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, n° 308615).

On peut relever au moins trois raisons ayant justifié une extension du champ d'application des dispositions du CRPA au profit d'une personne publique (v. en ce sens, S. Hoynck, concl. sur l'arrêt). D'abord, d'un point de vue organique, la collectivité publique bénéficiaire n'est pas placée, ici, dans une situation différente de tout autre bénéficiaire d'une subvention. Ensuite, d'un point de vue matériel, le droit revendiqué par la collectivité, à savoir le bénéfice d'une procédure contradictoire, mérite, de par son importance, de recevoir une interprétation extensive lorsqu'aucune disposition ne s'y oppose expressément. Enfin, et en toute opportunité, le contradictoire, au-delà des garanties qu'il véhicule, demeure un utile mécanisme de prévention des litiges.

### ✱ Précision sur la nature et le régime de la contestation des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé

CE, 7 juillet 2021, *Association Adikia et autres*, n°438712

Le Conseil d'État était saisi d'un recours tendant à l'annulation du refus de la HAS d'abroger une recommandation de bonne pratique portant sur le « syndrome du bébé secoué ». Ces recommandations ont « pour objet de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins (...) sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édicition », rappelle, à dessein, le Conseil d'État.

Il s'agissait, en premier lieu, de déterminer si la légalité d'une telle recommandation était susceptible d'être contestée, fût-ce par voie d'exception. Le juge l'avait déjà admis en 2011 mais suivant un raisonnement qui n'avait pas entièrement convaincu : les recommandations étaient qualifiées d'actes réglementaires dès lors qu'elles se fondent sur l'état des connaissances scientifiques et que, par ailleurs, les professionnels de santé ont l'obligation « *d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science* » (**CE, 27 avril 2011, Association FORMINDEP, n°334396**). Les recommandations ne revêtent donc pas, par elles-mêmes, une portée impérative, pourtant essentielle à leur qualification d'actes réglementaires ; elles se fondent uniquement sur des éléments que les professionnels de santé doivent, par ailleurs, obligatoirement prendre en compte dans l'exercice de leur activité médicale.

En réalité, la souplesse des termes employés par les dispositions du code de la sécurité sociale portant sur ces recommandations, conférait à ces dernières une bonne capacité d'acclimatation au régime contentieux des actes de droit souple qui devait bientôt apparaître. L'évolution a été d'une rare discrétion. On pouvait déjà la présager du fait des nombreuses références à ces recommandations au sein de l'Étude annuelle du Conseil d'État de 2013 consacrée au droit souple. Elle est implicitement réalisée en décembre 2020 (**CE, 23 décembre 2020, Association Autisme Espoir vers l'école, n°428284**), soit quelques mois après l'importante jurisprudence *GISTI* (**CE, Sect., 12 juin 2020, GISTI, n°418142**). Implicitement car, le Conseil d'État se contente de rappeler l'objet des recommandations, leur portée plus informative qu'impérative et les obligations qui pèsent sur la HAS pour leur actualisation, sans signaler ni les conséquences juridiques de ces constatations, ni la jurisprudence de principe sur laquelle il s'appuie éventuellement. Ce sont les *abstracts* qui révèlent que le Conseil d'État s'est fondé sur la jurisprudence *Fairvesta* (**CE, Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmbH, n°368082**) et n'a pas voulu se dédire trop formellement, la référence à sa décision *FORMINDEP* de 2011 étant précédée d'un timide « *Cf.* » et non d'un « *Ab. Jur.* ». Le Conseil d'État réitère, dans l'arrêt commenté et sur ce point, tant la solution que la méthode adoptées en 2020.

Cette progression à pas de velours empêche de saisir la portée exacte de la solution retenue sur le second point. En effet, dès lors que la contestation de la légalité de la recommandation par voie d'exception est admise, le Conseil d'État s'est interrogé sur l'étendue des moyens opérants dans le cadre d'une telle contestation. La réponse qu'il apporte à cet égard traduit une importation de la jurisprudence *CFDT Finances* (**CE, Ass., 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, n°414583**) : ici aussi, les vices de forme et de procédure ne peuvent être utilement invoqués passé le délai de recours contentieux. On ne saurait dire, en revanche, s'il s'agit là d'une extension de ce verrou contentieux au cas des actes de droit souple ou d'un cas particulier fait des recommandations de bonne pratique de la HAS. Il est toutefois possible de penser que la diversité des actes de droit souple empêche l'adoption d'une solution de principe sur cette question.

# COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Dématérialisation de la publicité des actes des collectivités

#### Ordonnance n°2021-1310 du 7 octobre 2021 portant réforme des règles de publicité, d'entrée en vigueur et de conservation des actes pris par les collectivités territoriales et leurs groupements

L'ordonnance modifie en profondeur les articles L. 2131-1, L. 3131-1, L. 4141-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), relatifs à la publicité et à l'entrée en vigueur des actes, respectivement, des autorités communales, départementales et régionales.

Désormais, en dehors des actes individuels qui doivent toujours être notifiés à leur destinataire, les actes réglementaires et les décisions d'espèce devront être publiés sous forme électronique, laquelle doit permettre d'en *“garantir l'authenticité”* et *“d'assurer leur mise à disposition du public de manière permanente et gratuite.”* Cette transformation marque donc la fin du recueil des actes.

Plusieurs dérogations sont toutefois prévues. D'abord, des dérogations organiques. Les communes de moins de 3 500 habitants peuvent continuer de recourir à la publication sur papier et à l'affichage (article L. 2131-1, IV du CGCT). Les communes nouvelles dont le nombre d'habitants excède, à la suite de la fusion, le seuil fixé, bénéficient de cette dérogation pour un délai de 6 mois suivant leur création. Une dérogation matérielle, ensuite. En cas d'urgence, la collectivité pourra recourir à la publicité par affichage mais seule la publication électronique permettra de faire courir les délais de recours contentieux.

Il reste possible aux administrés n'ayant pas accès à internet de solliciter une copie papier des actes publiés sous format électronique. Toutefois, les collectivités ne seront pas tenues de répondre aux demandes qualifiées d'abusives *“par leur nombre ou par leur caractère répétitif ou systématique”*.

Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2022, ainsi que celles du décret d'application.

## JURISPRUDENCE

### ✱ **Appréciation du motif pouvant justifier un aménagement des objectifs en matière de logement social**

**CE, 2 juillet 2021, Commune de Neuilly, n°433733**

Pour la période triennale de 2005 à 2007, la commune de Neuilly-sur-Seine n'avait pas atteint ses objectifs en matière de construction de logements sociaux.

En pareil cas, le préfet peut réunir la commission départementale prévue à l'article L. 302-9-1-1 du code de la construction et de l'habitation. Si elle parvient à déterminer des possibilités de réalisation de logements sociaux correspondant à l'objectif triennal, elle adresse des recommandations en ce sens à la commune. Si, *a contrario*, elle décèle l'existence de "*raisons objectives*" expliquant cette défaillance, l'affaire est renvoyée à une commission nationale placée auprès du ministre chargé du logement. Si cette dernière est du même avis que la commission départementale, elle adresse au ministre des recommandations pour l'aménagement des obligations pesant sur la commune.

Dans cette affaire, le ministre a toutefois maintenu les objectifs initiaux et refusé l'aménagement. Contestant cette décision, la commune invoquait, au titre des raisons objectives justifiant un aménagement de ses obligations, la rareté et le coût anormalement élevé du foncier sur son territoire. Le Conseil d'État n'a pas été convaincu par cet argument. Il a reproché, d'une part, à la commune de ne pas avoir entrepris de démarche pour remédier aux difficultés alléguées, notamment par la modification ou la révision de son plan local d'urbanisme, et, d'autre part, à la Cour, qui avait fait droit à la demande d'annulation, de ne pas avoir recherché si ces difficultés ne résultaient pas de choix opérés par la commune elle-même.

Il donne ainsi toute sa consistance au caractère "*objectif*" des raisons pouvant justifier un aménagement de l'obligation des communes en matière de logement social.

### ✱ **L'absence d'intérêt public local (à Avignon) attaché à la reconstruction de Notre Dame**

**TA Nîmes, 15 juin 2021, n°1901791**

L'émotion suscitée par l'incendie dévastateur de la cathédrale Notre-Dame de Paris avait poussé la commune d'Avignon à accorder une subvention exceptionnelle de 100 mille euros à la Fondation du patrimoine pour la reconstruction de l'édifice.

Les requérants demandaient l'annulation de la délibération y procédant sur le fondement de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État. Si celle-ci interdit en son article 2 le subventionnement des cultes, il convient de noter que, d'une part, elle autorise le financement par la collectivité des travaux d'entretien et de conservation des édifices dont elle est

propriétaire et que, d'autre part, elle exclut les sommes allouées aux travaux de réparation des édifices affectés à un culte et classés ou non monuments historiques de la notion de subvention.

Le Conseil d'État avait donné une interprétation certes restrictive à ces dispositions, mais conforme à sa jurisprudence classique en matière de champ d'intervention des collectivités publiques au regard de leur compétence. Cette jurisprudence se fonde, en particulier, sur la notion d'intérêt public local, déclinaison du fondement de toute action publique à l'échelon territorial considéré. En ce sens, par exemple, un département ne saurait légalement attribuer une subvention pour des travaux d'embellissement d'une commune située sur le territoire d'un autre département, en l'absence "*d'intérêt départemental*" (CE, 16 juin 1997, *Département de l'Oise*, n°170069). L'intérêt public local ne condamne pas nécessairement la collectivité à demeurer recluse à l'intérieur de ses frontières et peut, *a contrario*, justifier qu'elle s'en évade. Ainsi, une commune du Cantal, "*géographiquement isolée à 1000 mètres d'altitude et défavorisée sur les plans culturel et économique*", souhaitant contribuer à "*l'ouverture vers l'extérieur de*" ses habitants, justifie d'un "*intérêt communal*" en organisant, grâce aux recettes exceptionnelles tirées de la résolution favorable d'un litige financier, un voyage en Guadeloupe au profit de ses habitants, ouvert en priorité aux enfants (CE, 7 juillet 2004, *Commune de Celoux*, n°254165).

En matière de subventions attribuées pour la réparation d'un édifice religieux, si la loi de 1905 ne s'y oppose donc pas, le Conseil d'État avait toutefois enserré cette possibilité dans le cadre de l'intérêt public local, "*lié notamment à l'importance de l'édifice pour le rayonnement culturel ou le développement touristique et économique de son territoire*" (CE, Ass., 19 juillet 2011, n°308817). La ville de Lyon pouvait, en ce sens, participer au financement d'un ascenseur pour permettre l'accès des personnes à mobilité réduite à la basilique de Fourvière, surplombant la ville, depuis le parvis.

Le tribunal réitère le considérant de principe posé en 2011. Il en déduit que la ville d'Avignon, située dans le département du Vaucluse, ne justifie pas d'un intérêt public local, en invoquant la circonstance "*tirée de ce que le Palais des Papes situé sur son territoire serait classé au patrimoine mondial de l'Unesco tout comme la cathédrale de Paris*", pour participer aux travaux de reconstruction de cette dernière.

Ultime précision, le tribunal juge que l'article 4 de la loi n° 2019-803 du 29 juillet 2019, autorisant les collectivités à participer à ces travaux en dehors de tout intérêt public local, ne saurait être utilement invoquée par la commune dès lors que cette loi n'emporte pas d'effet rétroactif et ne peut donc permettre la régularisation de la subvention litigieuse, accordée par une délibération en date du 24 avril 2019.

# CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

---

## JURISPRUDENCE

### \* Action en reconnaissance de droits et liaison du contentieux auprès d'une autorité incompétente

CE, avis, 15 novembre 2021, *Association UFC Que choisir*, n° 454125

Saisi pour avis en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État s'est confronté à la question de la recevabilité *ratione materiae*, d'une action en reconnaissance de droits. Si une réclamation préalable est nécessaire à l'introduction de l'action, le Conseil d'État devait se prononcer sur la question de savoir si la réclamation préalable adressée à une autorité incompétente pouvait avoir pour effet de lier le contentieux.

Sur cette première question, le Conseil d'État combine les dispositions des articles L. 100-1 du Code des relations entre le public et l'administration, définissant le champ d'application du code, de l'article L. 110-1 du même code, définissant, quant à lui, la notion de demande, et de l'article L. 114-2 du même code imposant à l'autorité incompétente de transmettre les demandes dont elle a été saisie à l'autorité compétente. À défaut de dispositions contraires, le Conseil d'État déduit que le Code des relations entre le public et l'administration est bien applicable aux demandes préalables à l'exercice d'une action en reconnaissance de droits. Tirant les conséquences de cette applicabilité, le Conseil d'État précise qu'il incombait *“à l'autorité saisie à tort de transmettre cette demande à l'autorité compétente, laquelle est réputée l'avoir rejetée au terme d'un silence de quatre mois gardé par elle à compter de la saisine de l'autorité incompétente”*. Il ajoute que cette décision implicite de rejet *“est de nature à lier le contentieux”*.

Une fois la recevabilité *ratione materiae* de l'action admise en son principe, le Conseil d'État a répondu à la question de savoir si la liaison du contentieux auprès d'une autorité incompétente pouvait tout de même avoir pour effet d'interrompre les délais de prescription et forclusion opposables aux personnes susceptibles de se prévaloir des droits dont la reconnaissance est demandée.

La difficulté tenait essentiellement à ce que les dispositions relatives à l'action en reconnaissance prévoient l'interruption des délais de prescription et de forclusion à la date à laquelle la réclamation préalable est formée. Le Conseil d'État écarte très rapidement cette difficulté en affirmant que *“pour l'application de cette règle, la date à laquelle la réclamation préalable est formée s'entend de la date à laquelle le demandeur l'a adressée à l'administration, peu important que cette administration soit ou non compétente.”*

✱ **Des conclusions à fin d'abrogation en REP : La jurisprudence *Association des américains accidentels* étendue à la voie d'action...**

**CE, Sect., 19 novembre 2021, *Association des avocats ELENA et autres*, n° 437141**

Les associations ELENA et Ardhis ont formé un recours pour excès de pouvoir contre la délibération par laquelle l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA) a fixé la liste des pays d'origine sûrs. Les associations requérantes en ont demandé, d'une part, l'annulation en tant qu'elle maintenait certains États dans la liste, et d'autre part, au cours de l'instruction, l'abrogation en tant qu'elle concernait d'autres États. Par une décision précédente, le Conseil d'État a fait droit aux conclusions à fin d'annulation, mais a renvoyé l'affaire à la Section du contentieux, en application de l'article R. 122-17 du Code de justice administrative, pour qu'elle statue sur les conclusions à fin d'abrogation.

La Section du contentieux y a vu l'opportunité de redessiner l'office du juge de l'excès de pouvoir, sans pour autant faire table rase du passé.

Dès lors, face à des conclusions à fin d'annulation d'un acte réglementaire, le juge de de l'excès de pouvoir continue d'apprécier la légalité de l'acte litigieux à la date de son édicton (pour exemple : **CE, Sect., 22 juillet 1949, *Société des automobiles Berliet*, n° 85735 et 86680**).

Reste alors la question des actes réglementaires devenus illégaux. Dans le cadre antérieur à cet arrêt, les administrés ne pouvaient que contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, le refus d'abroger un acte réglementaire devenu illégal et demander au juge à ce qu'il enjoigne à l'administration d'abroger ledit acte réglementaire. La légalité de l'acte réglementaire était donc appréciée à la date à laquelle l'administration a opposé le refus d'abroger l'acte (**CE, 10 mars 1997, *Association seine et marnaise de sauvegarde de la nature*, n° 163959**). Plus récemment, le Conseil d'État a décidé, dans une telle hypothèse, que la légalité de l'acte réglementaire devenu illégal, devait s'apprécier à la date à laquelle le juge statue (**CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des américains accidentels*, n° 424216**). Cette possibilité, pour le juge de l'excès de pouvoir, de se placer à une date différente de celle de l'édition de l'acte pour en apprécier la légalité n'était rendue possible que par la contestation, par voie d'action du refus de l'abroger. Et c'est sur ce point que l'arrêt du 19 novembre se révèle particulièrement novateur.

Le Conseil ajoute, qu'outre les conclusions tendant à l'annulation, le requérant peut présenter des conclusions, à titre subsidiaire, à fin d'abrogation de l'acte réglementaire si le requérant estime que celui-ci est devenu illégal. Pour reprendre les termes de Mme S. Roussel, rapporteure publique, le juge de l'excès de pouvoir se voit doté d'un "*nouvel outil*". S'il n'est pas fait droit aux conclusions à fin d'annulation, le juge se prononcera alors sur la demande d'abrogation "*au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision*". Il convient de relever, que le juge s'octroie la faculté de donner effet à l'abrogation "*qu'à une date ultérieure*".

## \* ... Mais pas à l'exception d'illégalité

### CE, 4 octobre 2021, SA Ceetrus France, n° 448651

Le pourvoi dirigé contre un jugement par lequel une société avait été déchargée de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères en raison de l'illégalité de la délibération fixant le taux de cette taxe allait permettre de voir si le Conseil d'État allait céder à la tentation d'une éventuelle appréciation dynamique de la légalité dans le cadre des contestations par voie d'exception.

Comme dit précédemment, traditionnellement, la date d'appréciation de la légalité d'un acte, en excès de pouvoir, est figée à la date d'édiction de l'acte contesté par voie d'action. Cette idée a connu des évolutions, les principales résultant des décisions *Association des américains accidentels* et *Association ELENA*. Pour systématiser, dans le cadre d'un recours contre un refus d'abroger un acte réglementaire, la légalité de ce dernier s'apprécie désormais à la date à laquelle le juge statue. Si l'acte réglementaire est contesté par voie d'action, la légalité ne s'appréciera à la date de la décision que dans le cas où des conclusions à fin d'abrogation ont été présentées en parallèle à des conclusions à fin d'annulation rejetées par le juge. Face à ce mouvement tendant à une approche dite dynamique de la légalité, se pose la question de la date d'appréciation de la légalité d'un acte réglementaire contestée par voie d'exception.

Si le litige se cantonnait à la matière fiscale, le Conseil d'État, par un *obiter dictum* plus général, a énoncé que la date à laquelle s'apprécie la légalité d'un acte réglementaire contesté par voie d'exception, est celle à laquelle s'apprécie la légalité de l'acte contesté par voie d'action. Autrement dit, elle s'apprécie à la date d'édiction de ce dernier.

Dès lors, si l'illégalité de l'acte réglementaire a cessé à la date de l'acte l'applicant, ou le tenant pour base légale, alors, l'exception d'illégalité doit être écartée.

La position du Conseil d'État se comprend aisément. Le contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire est seulement tourné vers l'avenir. Le recours contre un acte réglementaire est hybride, il peut être tourné vers le passé comme vers l'avenir. En revanche, le contentieux de l'exception d'illégalité a pour finalité l'annulation, et donc la disparition rétroactive de l'acte contesté par voie d'action. Cela implique nécessairement de porter une appréciation au moment de son édicition.

Entre passé et présent, la conjugaison des décisions *Association des américains accidentels*, *Association ELENA* et *SA Ceetrus France* met en lumière l'existence, au profit des justiciables, d'un droit d'option entre les différentes dates à laquelle peut s'apprécier la légalité. Ils pourront choisir la date d'édiction de l'acte en présentant des conclusions d'annulation, opter pour un passé plus proche en le contestant par voie d'exception, ou le présent en présentant des conclusions, à titre subsidiaire, tendant à l'abrogation ou en contestant le refus d'abroger l'acte. S'ils choisissent le temps présent, l'administration dispose d'une arme redoutable, la possibilité de remédier à l'illégalité par une simple modification. Cette crainte interroge quant à la nécessité d'introduire une exigence de loyauté entre les parties dans le procès administratif.

## \* Moyens opérants devant le juge de plein contentieux des pensions militaires d'invalidité

CE, avis, 9 juillet 2021, M. A, n° 451980

La Cour administrative d'appel de Marseille, en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, a soumis à l'examen du Conseil d'État, la question de savoir si, "lorsqu'il a à trancher un litige en matière de pensions militaires d'invalidité, il appartient au juge administratif, en sa qualité de juge de plein contentieux, d'apprécier, s'il est saisi de moyens en ce sens, la régularité de la décision en litige."

Les conclusions de Mme Sophie Roussel rappellent qu'en "*fonction de la nature de la décision attaquée, (...) les règles d'opérance des moyens tirés des vices propres de la décision attaquée varient*". Schématiquement, doivent être distingués les cas où le juge s'intéresse exclusivement au bien fondé de la décision - ceux qui invitent le juge à se prononcer sur des droits ou sur la reconnaissance d'une qualité - de ceux où les pouvoirs exorbitants dont dispose la personne publique justifient l'existence d'un contrôle juridictionnel sur leur mise en œuvre - ceux relatifs à la contestation d'un titre exécutoire. Dans cette dernière hypothèse, les parties peuvent discuter tant la régularité de la décision litigieuse, que son bien fondé.

Le cas d'espèce, portant sur la reconnaissance d'un droit à pension, semblait plutôt s'inscrire dans les hypothèses où les moyens de régularité sont inopérants. Pour autant, en suivant les conclusions de son rapporteur public, le Conseil d'État a affirmé que, s'il incombe au "*juge (...) de plein contentieux, de se prononcer sur les droits de l'intéressé en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction*", il lui appartient "*aussi, le cas échéant, d'apprécier, s'il est saisi de moyens en ce sens ou au vu de moyens d'ordre public, la régularité de la décision en litige.*"

Les magistrats du Palais Royal constatent également que les dispositions du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre conditionnent la recevabilité ratione materiae du recours contentieux à l'exercice d'un recours administratif préalable devant la Commission de Recours de l'Invalidité. Une difficulté liée à l'effet substitutif du recours administratif préalable obligatoire s'est présentée. Le Conseil d'État a contourné cette difficulté en affirmant que "*cette substitution ne fait toutefois pas obstacle à ce que soient invoqués à leur encontre des moyens tirés de la méconnaissance de règles de procédure applicables aux décisions initiales qui, ne constituant pas uniquement des vices propres à ces décisions, sont susceptibles d'affecter la régularité des décisions soumises au juge.*"

# CONTRATS PUBLICS

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Du nouveau du côté des accords-cadres

#### Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité

Ce décret effectue quelques modifications ponctuelles au sein du code de la commande publique. On peut citer ainsi le relèvement du seuil de dispense de procédure applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité à 100 000 euros HT, alors qu'il était initialement fixé à 90 000 euros HT (cf. art. 6).

On relèvera surtout l'obligation pour les acheteurs d'indiquer désormais « *dans les avis d'appel à la concurrence relatifs aux accords-cadres la quantité ou la valeur maximale des prestations qui pourront être commandées sur le fondement de l'accord-cadre* » (voir en ce sens l'art. 2 du décret précité). Tirant les conséquences de l'**arrêt *Simonsen & Weel A/S* rendue par la CJUE le 17 juin 2021 (aff. C-23/20)**, cette disposition entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022. Ce qui n'a pas empêché toutefois certaines juridictions du fond, saisies de référés précontractuels, de prendre immédiatement acte de l'arrêt précité. Ce qui est somme toute assez logique, « *la portée contraignante de l'interprétation de la directive donnée par la Cour [ayant] bien sûr vocation à être immédiatement applicable en droit français* » (M. UBAUD-BERGERON & L. COUTRON, « *Besoin d'un nouveau cadre pour l'accord-cadre ?* », CMP n° 12, décembre 2021, repère 11; v. par ex., **TA Bordeaux, ord., 23 août 2021, Sté COVED, n° 2103959**, v. not. cons. n° 9 ; **TA Paris, ord., 9 août 2021, n° 21156384**, v. not. cons. n° 15).

Si la Cour de Justice avançait plusieurs arguments démontrant la nécessité d'obliger les acheteurs à prévoir des maxima lors de la passation des accords-cadres, on émettra toutefois quelques doutes sur la viabilité d'une telle obligation pour ces derniers. A partir du moment où la conclusion d'un accord-cadre est précédée par la mise en œuvre d'une procédure formalisée, quel intérêt y-a-t-il à rigidifier l'exécution d'un tel contrat, qui a justement été pensé pour ménager une certaine souplesse au profit des acheteurs ?

### \* Nouveaux seuils de mise en concurrence à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022

Ainsi que l'a dévoilé la DAJ le 5 novembre dernier, la Commission européenne a fait connaître aux États les nouveaux seuils de mise en concurrence applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022. Ceux-ci sont en hausse de 0,6 % par rapport à la période précédente.

	2020-2021	2021-2022
<b>Marchés de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs centraux</b>	139 000 €	140 000 €
<b>Marchés de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs</b>	214 000 €	215 000 €
<b>Marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et de services de défense et de sécurité</b>	428 000 €	431 000 €
<b>Marchés de travaux et contrats de concession</b>	5 350 000 €	5 382 000 €

## JURISPRUDENCE

### ✱ **Recours « Tarn-et-Garonne » : qui peut le moins... peut le plus**

**CE, 9 juin 2021, CNB et M. B, n° 438047**

« *L’office du juge dans le cadre d’un contentieux “Tarn-et-Garonne” est-il limité par l’interdiction de l’ultra petita ?* » (Mireille Le Corre, concl.) On pourrait effectivement considérer que le juge étant lié par les conclusions des parties, il ne pourrait aller au-delà de ce qui est demandé. Cette approche – classique – jure pourtant en contentieux contractuel au regard de l’office du juge et ce essentiellement pour deux raisons.

En premier lieu, le recours “*Tarn-et-Garonne*” (CE, Ass., 4 avril 2014, **Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994**) est un recours en contestation de la validité du contrat et les conclusions des parties doivent être formulées comme tel. Au-delà, le juge du contrat, saisi d’un recours *Béziers II*, a déjà pu requalifier des conclusions soumises par les parties (en ce sens, CE, 27 février 2019, **Société Opilo, n° 410537**). De surcroît, les mesures que prend le juge confronté à un contrat illégal, doivent l’être au regard de la gravité du vice l’affectant et, plus largement, des intérêts en présence. Pas au regard des conclusions formulées par les parties.

En second lieu, il paraîtrait quelque peu contradictoire de lier le juge du contrat aux conclusions des parties, alors même que la “*révolution du contentieux contractuel*” initiée depuis 2007 consiste justement à étoffer substantiellement son office. Il serait effectivement difficilement compréhensible que le juge soit, du fait des conclusions en présence, contraint de résilier un contrat invalide, alors même que le vice affectant ce dernier en justifierait l’annulation. Il y a en somme un lien étroit entre les moyens en présence et les mesures que le juge du contrat est amené à prendre : « *les moyens justifient la fin* » (J. LAUER, Newsletter du CREAM n° 29, juillet/août 2021),

Le recours “*Tarn-et-Garonne*” suppose la saisine du juge du contrat par un tiers de conclusions en contestation de la validité du contrat ou de certaines de ses clauses. Il lui incombe, en ce sens, de choisir la mesure la plus appropriée afin de déterminer « *les conséquences des irrégularités du contrat qu'il a relevées [le cas échéant d'office], alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat.* » Ce choix n'appartient qu'au juge.

La solution était attendue, mais la portée de cet arrêt a de quoi surprendre, le Conseil d'État prenant soin de circonscrire cette jurisprudence au “*seul*” recours “*Tarn-et-Garonne*” (v. notamment en ce sens le fichage de la décision). Il aurait pourtant été imaginable, comme cela ressort des conclusions de la rapporteure publique, que le Conseil d'État étende cette solution au recours “*Béziers I*” (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802) qui, bien qu'intéressant les seules parties au contrat, n'en est pas moins guidé par la même logique.

### \* La saga Fosmax touche à sa fin

#### CE, 20 juillet 2021, *Société Tecnimont SpA et autre*, n° 443342

L'arrêt *Société Tecnimont SpA* (ou *Fosmax II*) marque sans doute la fin de l'affaire *Fosmax* (CE, 3 décembre 2015, *Société Fosmax LNG*, n° 388806 ; TC, 11 avril 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 4043 ; CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806). Il s'inscrit d'ailleurs dans le sillage qui avait été tracé par l'Assemblée du Conseil d'État cinq ans plus tôt. Relativement lacunaire, il témoigne du caractère « *distancié* » (M. LE CORRE, concl.) du contrôle de la sentence arbitrale internationale dans le cadre d'un tel recours, qu'il s'agisse de celui de la régularité de la procédure ou de celui portant sur le fond. Ce constat n'est cependant pas partagé par l'ensemble de la doctrine (v. en ce sens, M. LAAZOUZI, « *L'arbitre et l'internationalisation des contrats administratifs* » in P. COSSALTER & G.-J. GUGLIELMI (dir.), *L'internationalisation du droit administratif*, Ed. Panthéon-Assas, 2018, pp. 135 - 150, spé. p. 149 & 150).

La juridiction administrative suprême se contente ainsi d'écarter les moyens de façon sommaire sans autre forme de ménagement. Si le silence en dit long, les conclusions de la rapporteure publique sur cette affaire permettent de combler certains vides.

Il en va ainsi de la motivation de la sentence, les sociétés requérantes soutenant qu'elle était insuffisante. Or l'insuffisance n'étant pas assimilable à l'absence de motivation, un tel moyen ne saurait prospérer, et ce principalement pour deux raisons. Tout d'abord, l'auteur de la sentence contrôlée n'est pas une juridiction administrative. Ainsi, elle « *n'a pas pour vocation d'assurer sa publicité et son caractère explicatif à l'égard du public puisqu'elle n'est pas rendue “au nom du peuple français” et ne s'adresse qu'aux parties au litige* » (concl. *préc.*). La seconde raison est liée à l'arrêt d'Assemblée de 2016 et aux contours du contrôle qu'il a dessinés en cette occasion, le Conseil d'État ayant effectivement précisé que la sentence dépourvue de motivation devait être considérée comme rendue dans des conditions irrégulières. Insuffisance n'est pas absence. Seule la seconde peut donc justifier une annulation par la juridiction administrative : le contrôle de la motivation porte sur son existence et non sur sa consistance.

Venons-en maintenant aux moyens relatifs au contrôle sur le fond dont « *la seule boussole [...] consiste à s'assurer que la sentence n'est pas contraire à l'ordre public* », notion qui ici doit s'entendre de manière « *spécifique* » (concl. *préc.*). *Fosmax I* et *Fosmax II* donnent ainsi des illustrations de ce qui relève – ou de ce qui ne relève pas – de l'ordre public, de ce « *socle minimum* » (R. NOGUELLOU, « *L'arrêt Société FOSMAX : l'arbitrage international et le régime du contrat administratif devant le Conseil d'Etat* », *BJCP* 2017, p. 3) de règles dont le juge doit assurer le respect, et ce en toutes circonstances. Le Conseil d'État avait jugé en ce sens en 2016 que le pouvoir de mise en régie reconnu au profit du cocontractant public relevait justement de cet ordre public tel qu'entendu par la jurisprudence *Fosmax*. Il en va de même pour l'interdiction pesant sur les personnes publiques de consentir à des libéralités. A l'inverse, le Palais Royal refusa, il y a quelques mois, de voir comme un principe relevant de l'ordre public, le fait qu'une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Cette solution a tout son sens dans le cadre du contrôle opéré par le juge administratif d'une sentence arbitrale internationale. Sa transposition au-delà des frontières, pour le moins limitées, de ce seul recours semblerait également cohérente. Bien que la solution reste incertaine, les jurisprudences *CCI de Nîmes* (CE, 4 mai 2011, n° 334280) ou encore *Commune de Douai* (CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788) reconnaissant une liberté contractuelle à deux vitesses profitant pour l'essentiel au cocontractant public, semblent aller dans ce sens.

L'autre intérêt de cet arrêt concerne l'*exequatur*. L'Assemblée du Conseil d'État n'avait pas pris le soin de préciser en 2016 le fait que le rejet du recours en annulation de la sentence internationale octroyait *de facto* l'*exequatur* à cette dernière, comme l'y invitaient pourtant les conclusions du rapporteur public. Le pas est finalement franchi cinq ans plus tard. Ce qui est au fond assez logique quand on sait que le contrôle opéré par le juge saisi d'une demande en *exequatur* est peu ou prou le même. Bien que le tribunal administratif est en principe compétent pour connaître des demandes d'*exequatur* (CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, n° 352750), le fait pour une partie de devoir solliciter à nouveau le juge administratif afin de conférer la force exécutoire à la sentence arbitrale paraît quelque peu heurter la bonne administration de la justice. Le recours en annulation d'une sentence arbitrale internationale se traduira donc nécessairement par une action positive de la part du juge administratif : l'annulation ou l'*exequatur*. En définitive, et pour reprendre les mots de Mireille Le Corre dans ses conclusions : « *ce recours est tout sauf un appel au sens classique* ».

### ✱ La conception orthodoxe de la force majeure perdue au Palais Royal

#### CE, 4 octobre 2021, *Sté sportive professionnelle Olympique de Marseille*, n° 440428

En l'espèce, un contrat relatif à la mise à disposition du stade Vélodrome avait été conclu entre la ville de Marseille et la société sportive professionnelle Olympique de Marseille. Ce contrat avait été conclu en vue de l'organisation des matchs programmés du club de l'Olympique de Marseille pour une période allant du 1er juillet 2009 au 30 juin 2011. La commune de Marseille avait parallèlement conclu avec la société Live Nation France une convention de mise à disposition de cette même enceinte pour la période du 15 au 21 juillet 2009 en vue de l'organisation d'un concert de Madonna. Au cours des opérations de montage de la scène édifiée pour le concert, la structure métallique s'effondra, causant la mort de deux personnes. A la suite de cet incident, le match

opposant l'Olympique de Marseille au Lille Olympique Sporting Club, qui devait initialement se dérouler au Vélodrome, dut finalement se tenir au stade de la Mosson à Montpellier. La société Olympique de Marseille demanda en ce sens à la commune de Marseille de lui verser la somme de 1 003 325 euros au titre de la réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait de l'indisponibilité du stade Vélodrome à la date du 16 août 2009.

La Cour administrative d'appel de Marseille avait jugé que l'effondrement de la structure scénique prévue pour le concert et l'accident mortel en résultant devaient être regardés comme un cas de force majeure, exonérant la commune de sa responsabilité. Si la commune n'a pu, il est vrai, respecter ses obligations contractuelles vis-à-vis de la requérante, cela s'explique par la survenance de l'incident au cours des opérations de montage de ladite structure. Or cet incident, nous dit la Cour, n'était en rien de son fait : cet évènement, « *indépendant de sa volonté, qu'elle était impuissante à prévenir et empêcher* » n'était la résultante que de faits extérieurs à celle-ci, en l'occurrence des fautes commises par la société Live Nation France et ses sous-traitants. « *C'est cette focale restreinte au rôle de la ville dans la mise en place de la structure qui est à l'origine de l'annulation de l'arrêt d'appel* » (P. SOLER-COUTEAUX, « *Sur la force majeure et la condition d'extériorité en matière contractuelle* », CMP n° 12, décembre 2021, comm. 353), le Conseil d'État ayant effectivement considéré que l'incident à l'origine de l'indisponibilité de l'enceinte pour accueillir la rencontre sportive programmée « *n'aurait pu survenir sans la décision initiale de la commune de mettre le stade à disposition* » de la société Live Nation France. Puisant ses racines dans la décision de la personne publique, l'évènement ne lui était pas extérieur, et ne saurait être considéré comme un cas de force majeure. Ce faisant, le Palais Royal reste fidèle à une conception orthodoxe de la force majeure qui, au fond, ne jure pas avec le droit civil. Si l'extériorité n'est pas citée par l'article 1218 du code civil, on peut notamment y lire qu'il y a force majeure en matière contractuelle lorsque l'évènement échappe au contrôle du débiteur, ce qui, en définitive, n'est pas « *très éloigné de la condition d'extériorité* » rappelée par la juridiction administrative suprême dans le présent arrêt (F. LICHERE, « *Lettre juridique des contrats publics – Octobre 2021* », disponible sur le site de la Chaire de droit des contrats publics).

Statuant au fond, le Conseil d'État considéra dans un premier temps que la responsabilité de la commune devait être engagée sur le fondement de la convention d'occupation du domaine public qu'elle avait conclue avec la société requérante, pour se livrer ensuite à une appréciation fine du montant du préjudice effectivement subi par le club. Tel est le cas par exemple de l'évaluation de la perte des recettes liées à la vente de places aux spectateurs. Le Conseil d'État se référa, en ce sens à la rencontre qui avait opposé l'Olympique de Marseille à l'Association de la Jeunesse Auxerroise, match qui s'était tenu à une date similaire l'année précédente et qui était de surcroît, selon le Palais Royal, « *[représentatif] en termes de nombre de spectateurs [et] des matchs de l'Olympique de Marseille qui se sont déroulés au stade Vélodrome au cours des mois d'août des années 2006 à 2010* ».

L'autre point notable de cet arrêt concerne l'appel en garantie de la société Live Nation France, lequel, nous dit le Conseil d'État, n'est pas prescrit au sens de l'article 2224 du code civil. Ainsi peut-on lire dans le fichage de l'arrêt qu'un « *appel en garantie formé par une personne publique moins de cinq ans après la requête par laquelle la victime a sollicité la mise à sa charge de l'indemnisation contre laquelle cette personne publique demande à être garantie n'est pas atteint*

par la prescription prévue par l'article 2224 du code civil ». Alors que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile avait supprimé toutes mentions relatives aux personnes publiques (v. en ce sens l'ancien art. 2227 du code civil), le Conseil d'État remet par là-même ces dernières dans le giron des dispositions générales relatives à la prescription. Il le fait de surcroît sans recourir aux détours qu'il emprunte classiquement pour se ménager une certaine marge de manœuvre. Ainsi, alors qu'il aurait pu se contenter de faire référence aux principes dont s'inspire l'article 2224 du code civil, il s'est référé directement à ce dernier.

Admettant l'appel en garantie contre la société organisatrice du spectacle, le Conseil d'État constate que la convention de mise à disposition du stade conclue avec cette dernière prévoyait notamment qu'elle était responsable pour *“les dommages de toute nature pouvant survenir du fait ou à l'occasion de l'exécution de cette convention”*. Il en déduit ce faisant qu'il incombe à ladite entreprise de *“garantir la commune du montant total des sommes mises à sa charge”* – la circonstance selon laquelle les sous-traitants auxquels elle avait recouru auraient été à l'origine de la tragédie en cause important peu – en l'absence, comme c'est le cas en l'espèce, de négligences de la part de la personne publique qui auraient pu être de nature à atténuer sa responsabilité.

#### ✱ De la possibilité pour un tiers d'invoquer un manquement contractuel (et de quelques détours par la compétence juridictionnelle)

**CE, 11 octobre 2021, Sté Coopérative métropolitaine d'entreprise générale, n°438872**

La compétence juridictionnelle pour les litiges prenant racine dans une opération de travaux publics tend inexorablement vers une unification devant la juridiction administrative. Le principe est connu : les litiges opposant des participants à l'opération de travaux publics relèvent de la compétence du juge administratif (**TC, 24 novembre 1997, De Castro, n°3060**, mais déjà **TC, 15 janvier 1973, Sté Quillery-Goumy**). Sa mise en œuvre pratique a toutefois posé de nombreuses difficultés.

En premier lieu, des incertitudes ont longtemps pesé sur son champ d'application et donc, sur l'étendue de la compétence reconnue au juge administratif. Deux éléments semblaient, en particulier, devoir restreindre cette compétence : d'abord, l'attractivité naturelle du contrat de droit privé pour la compétence judiciaire, lorsque les parties au litige sont unies par un tel contrat ; ensuite, le principe en vertu duquel, en l'absence de rapport de droit public, la responsabilité délictuelle d'une personne privée ne peut être recherchée que devant le juge judiciaire, y compris si le demandeur est une personne publique (**TC, 12 avril 1976, Sté des Établissements Méhut, n°02014**).

Au premier, le Tribunal des conflits y a préféré le critère de l'attractivité des travaux publics. Ont donc rejoint le giron de la compétence administrative les appels en garantie entre membres d'un même groupement, y compris en présence d'une convention de droit privé définissant la répartition des tâches au sein du groupement (**TC, 9 janvier 2015, Ace european group limited,**

n°3983). Le juge judiciaire ne recouvre sa compétence qu'en cas de difficulté sérieuse relative à la validité ou à l'interprétation du contrat de droit privé. Le Tribunal des conflits a encore précisé que l'existence d'un contrat de droit privé entre les parties au litige n'emporte la compétence du juge judiciaire que si le litige porte directement sur l'exécution de ce contrat (TC, 8 février 2021, *Sté Fayat Bâtiment*, n°4203), jurisprudence récente dont il conviendra d'observer les conséquences sur la compétence de principe de ce même juge pour le recours entre un constructeur et son sous-traitant (TC, 16 novembre 2015, *Métropole européenne de Lille*, n°4209).

Au second, le Tribunal des conflits y a apporté de nombreuses dérogations, excluant *de facto* son application de la matière. Relèvent notamment de la compétence du juge administratif les recours d'un constructeur contre le sous-traitant d'un autre constructeur (TC, 10 juillet 1990, *Sté d'économie mixte d'aménagement et de rénovation du territoire de la commune de Levallois-Perret*, n°2622), du maître d'ouvrage contre un sous-traitant (TC, 2 juin 2008, *Souscripteurs des Lloyds de Londres*, n°3621) ou contre un fabricant, au sens de l'article 1792-4 du code civil (CE, 10 février 1982, *Sté Méthodes et pilotage*, n°18857), mais pas celui du fournisseur ou contre lui, faute pour ce dernier de disposer de la qualité de participant à une opération de travaux publics (TC, 22 mai 2006, *Sté Favior*, n°3484). Les constructeurs contractuellement liés au maître d'ouvrage - et non entre eux - étant des participants, les litiges qui les opposent relèvent encore de la compétence administrative (CE, 9 décembre 1977, *Sté Drouard Frères*, n°03899).

En second lieu, la compétence du juge administratif étant largement établie, il lui appartenait de définir les modalités d'engagement de la responsabilité de ces différents protagonistes. La difficulté tenait, ici, à ce que, contrairement à la Cour de cassation (Cass., Ass. Pl, 9 octobre 2006, n°05-13.255), le Conseil d'État n'admet pas la possibilité pour un requérant d'invoquer, à l'appui d'une action en responsabilité quasi-délictuelle, un manquement à un contrat auquel il n'est pas partie (CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n°339409). Cette réticence s'explique par un principe "*d'exclusivité de la responsabilité contractuelle*" (G. Pellissier, concl. sur CE, 7 décembre 2015, *Cme de Bihorel*, n°380419) en vertu duquel "*seules les personnes ayant passé avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage peuvent être condamnées envers le maître de l'ouvrage*" en présence de vices l'affectant (CE, 30 juin 1999, *Cme de Voreppe*, n°163435). Une telle restriction n'était pas compatible avec une compétence juridictionnelle largement définie, sauf à laisser cette dernière lettre morte et à priver les requérants de leur droit au recours effectif. Le Conseil d'État a consenti à tempérer sa rigueur selon deux modalités distinctes, dont l'une résulte - nous y arriverons enfin ! - de l'arrêt commenté.

Une première atténuation avait été apportée pour le recours du maître de l'ouvrage contre un sous-traitant. Le juge avait en effet invité le maître de l'ouvrage à rechercher, en priorité, la responsabilité de ceux des participants à l'opération de travaux publics avec lesquels il est contractuellement lié ou contre lesquels il dispose de garanties légales. Si une telle action est impossible, il pourra, à titre subsidiaire, rechercher la responsabilité de participants de rang subsidiaire, liés non pas avec le maître de l'ouvrage mais avec des cocontractants de ce dernier. L'interdiction posée par la jurisprudence *Mme Gilles* demeure et le requérant devra donc prouver l'existence de fautes extra-contractuelles, résultant de la violation des règles de l'art ou de dispositions législatives ou réglementaires (CE, 7 décembre 2015, *Cme de Bihorel*, préc.).

Par l'arrêt du 11 octobre 2021, relatif au recours entre deux constructeurs, titulaires de deux lots distincts dans le cadre d'un marché public de travaux, le Conseil d'État fait preuve d'une plus grande ouverture. Sans réitérer le fondement quelque peu artificiel défini par l'arrêt *Cme de Bihorel*, chemin qu'avait cru bon d'emprunter la Cour, la Haute juridiction admet directement que le requérant se prévale d'un manquement du défendeur à ses propres obligations contractuelles envers le maître de l'ouvrage. En l'espèce, la société requérante pouvait donc se prévaloir des fautes contractuelles commises par un autre constructeur et qui lui ont causé un préjudice, notamment en l'empêchant d'honorer ses propres obligations contractuelles envers le maître de l'ouvrage. Cette solution est présentée comme une exception ponctuelle au principe de la jurisprudence *Mme Gilles*, mais on peut présager qu'elle sera désormais préférée à celle proposée par l'arrêt *Cme de Bihorel*.

# DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Restitution de biens culturels : les principes du droit public plient sous le poids de l'Histoire

Arrêté du 5 novembre 2021 portant radiation de l'inventaire de biens affectés aux collections du musée du quai Branly-Jacques Chirac

Projet de loi n°4632 relatif à la restitution ou la remise de certains biens culturels aux ayants droit de leurs propriétaires victimes de persécutions antisémites

L'origine du patrimoine français n'est pas toujours aussi estimable que les œuvres qui le composent. Le droit administratif des biens, tout entier tourné vers la sauvegarde du domaine public, y est indifférent. En ce sens, les biens mobiliers composant les collections des musées de France bénéficient de multiples protections : une au titre du principe d'inaliénabilité attaché à l'appartenance de ces biens au domaine public (article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques), principe et appartenance rappelés par le code du patrimoine (article L. 451-5) ; une autre au titre des "*trésors nationaux*", interdisant leur exportation définitive à l'étranger (article L. 111-1 du code du patrimoine) ; et d'autres, encore, de nature procédurale, notamment l'impossibilité de déclasser des biens légués à des musées (article L. 451-7 du code du patrimoine) ou des biens culturels n'ayant pas perdu leur intérêt du point de vue de l'art, de l'histoire, de la science ou de la technique (article L. 2112-1 du CGPPP, rappelé par l'article R. 115-1 du code du patrimoine, issu du décret n°2021-979 du 23 juillet 2021).

La rigidité de ces dispositions ne prive pas la matière de toute souplesse. Le principe d'inaliénabilité n'a pas valeur constitutionnelle et le législateur peut donc aisément en tempérer l'application (CE, avis, 7 octobre 2021, n°403728). Il le fait notamment pour réparer les conséquences de certains épisodes - disons-le - peu reluisants de l'histoire de France, marqués par les pillages durant la colonisation et les spoliations sous le régime de Vichy et l'occupation. Pour l'heure, il n'existe aucune disposition générale permettant le déclassement et la restitution de biens culturels "mal acquis" et appartenant aux collections publiques ou placés sous la garde d'institutions dédiées. Cette carence explique la multiplication des lois de circonstance, autorisant une dérogation ponctuelle au principe d'inaliénabilité, comme c'est le cas dans les espèces, l'une portant sur la restitution de biens pillés durant la colonisation, l'autre sur celle d'œuvres spoliées au cours de la Seconde guerre mondiale.

Ce premier cas avait fait l'objet d'une tentative d'encadrement juridique général. Depuis 2010, en effet, la Commission scientifique nationale des collections était chargée de rendre un avis sur le déclassement d'œuvres pour leur éventuelle restitution. Toutefois, cette procédure ne permettait pas de débloquer le verrou législatif de l'intérêt de l'œuvre en question du point de vue de l'art, de l'histoire, de la science ou de la technique. La loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020, dite *ASAP*, et son décret d'application du 24 mai 2021 suppriment cette commission et renoncent à

l'adoption d'un cadre législatif général. Ainsi, comme en 2002 pour la restitution de la dépouille de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud ou en 2010 pour la restitution des têtes maories à la Nouvelle-Zélande, c'est le choix d'une loi spécifique de déclassement qui a été fait. Cette loi autorise la restitution au Bénin de 26 biens emportés en France à la chute du royaume du Dahomey en 1892, notamment le trône du roi Behanzin, ainsi que le sabre d'El Hadj Omar Tall au Sénégal (loi n°2020-1673 du 24 décembre 2020). L'arrêté du 5 novembre 2021 procède à leur déclassement : les œuvres originales du Bénin ont officiellement été remises au Président Talon lors de sa visite officielle, le 9 novembre dernier ; quant au sabre sénégalais, il était déjà exposé à Dakar depuis 2018. Reste que le musée du Quai Branly compte, à lui seul, encore environ 90 000 biens culturels en provenance des anciennes colonies du continent africain.

Le cas des œuvres spoliées durant la Seconde guerre mondiale par l'État français ou l'occupant ou acquis dans des conditions troubles à cette période bénéficie d'un cadre juridique plus étoffé. Trois possibilités sont ouvertes aux victimes de spoliation ou à leurs ayants droit.

D'abord, l'ordonnance n°45-770 du 21 avril 1945, prise en application de la Déclaration de Londres de 1943 sur la nullité des actes de spoliation accomplis par le régime nazi ou sous son contrôle, organise une procédure de restitution en référé ET devant le juge judiciaire permettant le constat de la nullité de l'acte translatif de propriété et la restitution du bien spolié (article 17). Cette procédure était ouverte pour une durée de six mois, à compter de la fin des hostilités, mais le juge conserve la possibilité de relever le requérant de la forclusion (article 21), ce qui explique l'existence d'affaires récentes mettant en oeuvre les dispositions de l'ordonnance de 1945 (par ex., **Cass, 1ère civ., 1<sup>er</sup> juillet 2020, n° 18-25.695, affaire de *La cueillette des pois de Pissaro***).

Ensuite, le classement des œuvres en MNR ("Monuments Nationaux Récupération") offre une plus grande latitude à l'administration. En effet, à la Libération, une Commission de récupération artistique (CRA) fut mise en place afin d'identifier et de récupérer les biens culturels transférés hors du territoire national. Cette récupération d'environ soixante mille oeuvres a été rendue possible par le travail d'espionnage de Rose Valland qui, sous couvert d'un poste de conservatrice au musée du Jeu du Paume, lequel servait alors à l'occupant de dépôt pour les oeuvres volées, répertoria les mouvements des oeuvres et avertit la Résistance des trains les transportant à l'étranger afin qu'ils fussent épargnés. Les œuvres ainsi récupérées mais non réclamées furent vendues par les Domaines ou, pour environ 2000 d'entre elles, inscrites sur une liste MNR et placées sous la garde des musées nationaux. Cette inscription empêche l'intégration aux collections publiques et autorise, par voie de conséquence, leur restitution sans limite de temps et par simple acte administratif, sous le contrôle du juge administratif (**CE, Ass., 30 juillet 2014, n°349789**).

Enfin, lorsque l'œuvre a pleinement intégré les collections publiques et est ainsi protégée par le principe d'inaliénabilité, seul le déclassement par la loi est possible. C'est cette troisième voie qui est empruntée dans le cas d'espèce. Le projet de loi vise à déclasser 14 œuvres, dont le tableau de Gustav Klimt, *Rosiers sous les arbres*, en vue de leur restitution aux ayants droit des propriétaires légitimes spoliés durant la Seconde guerre mondiale.

Notons que, dans ces deux derniers cas, et sans préjudice de la voie judiciaire, la demande de restitution est adressée à la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait de législations antisémites, créée en 1992 et chargée d'élaborer des recommandations pour le Premier ministre en matière de restitution.

## JURISPRUDENCE

### ✱ Le domaine public prend ses congés à Rome

CE, 25 juin 2021, *Société Mezzi & Fonderia SRL*, n° 438023

En l'espèce, l'Académie de France, établissement public administratif de l'État, avait pris la décision de résilier le contrat de concession du service de cafétéria et de restauration de la Villa Médicis, qu'elle avait conclu avec une société italienne. Or, ledit contrat, tout en stipulant le fait qu'il était soumis au droit italien ajoutait, par la même occasion, que *“tout litige qui naîtrait en relation avec celui-ci, y compris les litiges relatifs à son interprétation, à sa validité ou à sa résiliation, sera soumis à la compétence exclusive des juridictions de Paris”* sans donner davantage de précisions. Le litige tire donc ses origines d'un contrat conclu entre une personne publique française et une personne morale italienne, exécuté en Italie, faisant application du droit italien tout en prévoyant que seules les juridictions de Paris étaient compétentes pour connaître des différends pouvant en résulter.

Si la question de savoir qui du juge français ou du juge italien devait connaître du litige a pu se poser, celle de savoir qui – le cas échéant – du juge administratif ou du juge judiciaire était compétent, a été la seule à retenir l'attention du Conseil d'État. Conseil d'État qui n'est d'ailleurs *« pas la première cour suprême à connaître de l'affaire »* (R. VICTOR, *concl.*), la Cour de cassation italienne s'étant au préalable déclarée incompétente au profit des juridictions françaises (**Civ. sezioni unite, 26 novembre 2018, n° 30527**). Le problème – et pas des moindres – restait de savoir laquelle. A suivre l'arrêt *Tegos* (CE, Sect., **19 novembre 1999, n° 183648**), faisant du juge administratif, un *“juge d'attribution en matière de contrat international”*, incompétent de ce fait pour *“connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français”* (CE, **5 juillet 2013, Région Alsace, n° 348050**), la juridiction administrative ne serait pas compétente pour trancher un tel litige. Aussi, le contrat de concession étant soumis au droit italien, la compétence devrait-elle, en toute logique, revenir au juge judiciaire.

S'appuyant toutefois sur le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), le Conseil d'État jugea pour la première fois qu'un bien situé à l'étranger pouvait constituer une dépendance du domaine public. En soi, la question de savoir si la Villa Médicis remplissait les critères de la domanialité publique tels qu'énoncés par le Conseil d'État avant l'entrée en vigueur du CG3P (v. en ce sens CE, **19 octobre 1956, Sté Le Béton, p. 375**) ne posait que peu de difficultés. *“Ils sont à l'évidence remplis [...] : le bien est la propriété d'une personne publique ; il est affecté au service public ; il est spécialement aménagé à cette fin”*. En revanche, *“la question controversée et inédite de savoir si un bien situé à l'étranger peut constituer une dépendance domaniale”* (*ibid.*) posait bien plus de difficultés. Contrairement à ce que la rédaction de l'arrêt pourrait laisser penser, l'extraterritorialité de la domanialité publique n'allait pas de soi. Tout d'abord, au regard du principe selon lequel il doit être fait application de la loi du territoire où le bien se trouve, et ce indépendamment de la nationalité de son propriétaire (principe *lex rei sitae*). Principe que l'on retrouve en droit international privé, mais également en droit interne, l'article 3 du code civil disposant en son alinéa 2 que *“[l]es immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française”*.

Ensuite au regard du droit international public qui reconnaît “*une souveraineté pleine et exclusive à chaque État sur son territoire et exclurait la mise en jeu unilatérale par la France d’un régime de droit public sur le territoire d’un autre État*” (concl. *préc.*). La requérante soulignait d’ailleurs que les immeubles abritant les services diplomatiques et consulaires de la France à l’étranger ne devaient leur protection qu’à la coutume et aux conventions internationales ; en aucun cas aux règles de la domanialité.

Une fois l’extraterritorialité du domaine public admise, la compétence de la juridiction administrative allait de soi. Garant de sa protection aux termes de l’article L. 2331-1 du CG3P, le passage devant le juge administratif était inévitable pour les parties. Aussi, la circonstance qu’elles avaient prévu en l’espèce la soumission du contrat au droit italien ne pouvait empêcher le juge administratif de connaître du litige né de ce dernier. Libres de choisir le droit applicable au contrat, les parties ne peuvent donc se soustraire à sa compétence. Il incombera toutefois au juge administratif de faire application des règles de conflit choisies par les parties. Cette application se fera “*sous réserve des règles d’ordre public prévues par le code général de la propriété des personnes publiques en vue de garantir la protection et l’intégrité du domaine public.*” Déliant compétence et fond, le Conseil d’État consacre ce faisant une certaine distanciation entre l’application des règles de droit public et le règlement du litige considéré.

## ✱ Le prix de la renonciation

### CE, 13 septembre 2021, *Commune de Dourdan*, n° 439653

Peu avant le terme d’un bail emphytéotique entre une commune et une personne privée en vue de la construction et de l’exploitation d’un village de vacances, la société a souhaité acquérir les terrains. Par une délibération, le conseil municipal a approuvé la vente pour un montant de 1 000 000 euros, alors que les seuls terrains nus avaient été estimés à 994 000 euros par le service des domaines. Le Conseil d’État a été saisi de l’affaire dans le cadre d’un second pourvoi en cassation.

Le bail prévoyait, à son terme, le transfert à titre gratuit des biens construits par l’emphytéote à la commune. Dès lors, la vente emportait nécessairement renonciation à ce droit. Comme le souligne M. Romain Victor, dans ses conclusions, dans ce cadre, “*la valeur vénale du terrain d’assiette ne saurait constituer la seule mesure des sommes que le bailleur doit recevoir lors de la vente*”.

C’est pourquoi le conseiller municipal à l’origine du recours invoquait un moyen tiré de la méconnaissance du principe d’interdiction des cessions à vil prix. Très sommairement, le Conseil d’État rappelle l’apport des arrêts *Fougerolles* et *Commune de Châtillon-sur-Seine* (CE, Sect., 3 novembre 2017, *Commune de Fougerolles*, n° 169473 ; CE, 14 octobre 2015). Ainsi, la vente d’un bien public à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d’intérêt privé, ne tombe pas sous le coup du principe d’interdiction des cessions à vil prix dès lors qu’elle s’assortit de motifs d’intérêt général, et de contreparties suffisantes.

Ce n'est toutefois pas sur ce moyen que le juge va fonder sa décision, mais sur celui tiré d'une irrégularité procédurale affectant la délibération d'approbation. En effet, il rappelle que les dispositions de l'article L. 2121-12 du Code général des collectivités territoriales imposent, dans les communes de plus de 2 500 habitants (ce qui est le cas en espèce), la communication d'une note explicative accompagnant la convocation des conseillers municipaux. Il ajoute que l'absence ou l'insuffisance de cette note entache la délibération d'irrégularité. Le Conseil d'État profite de l'occasion pour préciser le contrôle du juge sur le caractère suffisant de la note. Le contenu de la note doit être *adapté à la nature et à l'importance des affaires*, elle doit également *“permettre aux intéressés (...) de mesurer les implications de leurs décisions”*. Il faut comprendre que le juge exercera un contrôle concret sur le caractère suffisant de la note.

Or, la note qui avait été communiquée aux conseillers municipaux ne comportait aucun élément *“permettant d'apprécier la valeur de la renonciation à ce droit”* pas plus que les avis du service des Domaines qui se bornaient *“à évaluer la valeur des terrains d'assiette”*. Dans ce cadre, dès lors qu'il n'a pu déterminer la valeur de la renonciation, le conseil municipal n'a pu apprécier si la cession devait être considérée comme une cession à vil prix. La délibération est donc annulée.

#### ✱ Occupation sans titre du domaine public : L'indemnité répare quand la majoration punit

**CE, 13 septembre 2021, Voies navigables de France et consorts Fournier-Quissac, nos 443019 et 450097**

Les anciens propriétaires d'un navire soumis à l'obligation d'immatriculation ont eu la surprise de recevoir plusieurs titres exécutoires émis par Voies Navigables de France (VNF) au titre de l'occupation irrégulière du domaine public fluvial du fait des acquéreurs.

Le Conseil d'État rappelle que la vente d'un bateau soumis à l'obligation d'immatriculation doit faire l'objet d'une mesure de publicité pour être opposable aux tiers. Constatant que les formalités de publicité n'avaient pas été accomplies par les acquéreurs, malgré les démarches contentieuses des vendeurs pour les y contraindre, le Conseil d'État déduit l'inopposabilité de la vente à VNF. Ce dernier pouvait donc poursuivre le cédant pour l'indemnisation du préjudice né de l'occupation sans titre. Le Conseil d'État valide donc le raisonnement de la Cour administrative d'appel sur ce point.

En revanche, le Conseil d'État censure l'arrêt rendu en appel sur la question de la majoration de l'indemnité. En effet, les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques prévoient que l'occupation sans titre du domaine public fluvial donne lieu au paiement d'une indemnité égale à la redevance qu'aurait dû payer l'occupant majorée de 100%. Or, le Conseil constitutionnel assimile cette majoration à une sanction ayant le caractère de punition (**CC, n° 2013-341 QPC, 27 Sept. 2013**). Cette qualification soumet les majorations au principe, découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait. Dès lors, l'inopposabilité de la vente aux tiers, dont VNF, ne permettait pas à cet établissement de majorer l'indemnité sans rechercher si les vendeurs étaient ceux ayant commis l'infraction de stationnement.

## \* L'interdiction des locations à vil prix consacrée

CE, 28 septembre 2021, CCAS de Pauillac, n°431625

Le Centre communal d'action sociale (CCAS) de Pauillac avait conclu avec une masseuse-kinésithérapeute un contrat de location de locaux professionnels, à des conditions préférentielles (loyer inférieur au prix moyen de la location sur la commune ; travaux de rénovation financés par le CCAS). D'autres membres de la profession, installés également à Pauillac, ont contesté, devant le juge administratif, la décision du président du CCAS de signer ce contrat.

L'espèce permet d'abord de rappeler le partage des compétences juridictionnelles pour les litiges prenant racine sur le domaine privé des personnes publiques. Si "*la contestation par une personne privée de l'acte (...) par lequel [le] gestionnaire du domaine privé, initié avec cette personne (...) une relation contractuelle, (...) relève (...) de la compétence du juge judiciaire*" (TC, 22 novembre 2010, *Brasserie du Théâtre*, n°10-03.764), il n'en va pas de même lorsque la contestation est portée par un tiers à ces relations contractuelles (TC, 5 mars 2012, *Dewailly*, n°12-03.833, plus clair CE, 7 mars 2019, *Commune de Valbonne*, n°417629). Cette compétence du juge administratif illustre, en outre, la survivance du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats de droit privé des personnes publiques, exception à la fermeture de cette voie de droit opérée en 2014 (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994). Comme sous l'empire des anciennes jurisprudences *Commune de Gorre* et *Martin*, relatives au recours contre les actes détachables des contrats, on continue toutefois de s'interroger sur l'efficacité d'un tel recours sur le contrat lui-même.

Au-delà de ces rappels bien connus, l'arrêt est surtout l'occasion pour le Conseil d'État d'étendre expressément le principe de la décision *Commune de Fougerolles* (CE, Sect., 3 novembre 1997, n°169473) au cas des locations à vil prix : comme en matière de cession, la location d'un bien d'une personne publique ne peut se faire à un prix inférieur à sa valeur réelle, sauf à démontrer l'existence d'un motif d'intérêt général et la présence de contreparties suffisantes. Pour rechercher l'existence d'un tel motif, le juge administratif s'est inspiré de l'article L. 1511-8 du code général des collectivités territoriales, lequel restreint la possibilité pour les collectivités territoriales d'accorder des aides pour l'installation de professionnels de santé dans les seules zones, définies par l'Agence régionale de santé (ARS), souffrant d'un déficit en matière d'offre de soins (v. en ce sens les conclusions sur cet arrêt de L. Cytermann). C'est sur cette base que le Conseil d'État écarte, en l'espèce, l'existence d'un motif d'intérêt général, nécessaire pour consentir une location à vil prix.

# DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* Du nouveau du côté de l'Autorité de la Concurrence

#### Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018

Cette ordonnance, comme son nom l'indique, transpose la directive (UE) 2019/1 dite "ECN+", visant à "*doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.*" Donnant davantage de moyens aux autorités de concurrence, cette directive ambitionne d'uniformiser les pratiques des différentes autorités en la matière en vue de créer un "espace commun de mise en œuvre des règles de concurrence" (cf. rapport au Président de l'ordonnance précitée).

L'ordonnance prévoit notamment la possibilité pour l'Autorité de la concurrence (ADLC) de juger de l'opportunité des poursuites en rejetant les saisines qu'elle considère comme n'étant pas prioritaires. De même, l'ADLC peut désormais agir de son propre chef afin d'ordonner l'imposition de mesures conservatoires. Son action n'est donc plus subordonnée à la saisine de cette dernière. Elle revient également sur les critères permettant de déterminer la sanction à prendre. Ainsi, le critère de la durée de l'infraction qui figurait jusqu'ici dans le communiqué de l'ADLC relatif à la détermination de la sanction, est aujourd'hui prévu par la loi. Elle supprime par la même occasion la mention de la réparation du dommage subi par la victime d'une pratique anticoncurrentielle : les sanctions pécuniaires qu'elle est susceptible de prononcer n'ont pas pour finalité de réparer le dommage subi par la victime d'une pratique anticoncurrentielle, mais bien de réprimer et dissuader de tels comportements. Est en ce sens prévu un régime de sanction pécuniaire plus dissuasif en ce qui concerne les associations d'entreprises. Le montant de la sanction peut désormais aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial réalisé par l'entreprise et n'est donc plus limité à trois millions d'euros : l'efficacité de la règle se mesure à la sanction dont elle est assortie.

Au-delà, la transposition de la directive "ECN+" permettra en toute vraisemblance d'accroître l'attrait de la procédure de clémence. En effet, dans l'hypothèse où une exonération totale des sanctions pécuniaires aurait été accordée à une entreprise en application de celle-ci, les personnes ayant joué un rôle déterminant « *dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques sanctionnées par l'Autorité sont exempts des peines pénales prévues par l'article L. 420-6 s'il est établi qu'ils ont activement coopéré avec l'Autorité de la concurrence et le ministère public* » (*ibid.*).

Cette ordonnance précise également la définition du terme “entreprise”, au sens du droit de la concurrence, l’article L. 410-1 du code de commerce disposant désormais qu’il doit être entendu comme désignant « *les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.* »

✱ **Passe sanitaire : « *Let’s go to the mall* »**

**CE, Section sociale, 19 juillet 2021, avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, n°403629**

**Loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire**

**Cons. const., 5 août 2021, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire, n°2021-824 DC**

Élaboré durant l’été, le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire entendait prolonger le régime établi par la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l’état d’urgence sanitaire jusqu’au 31 décembre 2021 ainsi qu’étendre le champ du passe sanitaire, entre autres aux “*grands centres commerciaux*”. Saisi pour avis, le Conseil d’État avait souligné les difficultés soulevées par cette mesure dont l’intérêt semblait limité au regard des éléments communiqués par le Gouvernement. Outre “*l’atteinte disproportionnée aux libertés des personnes concernées au regard des enjeux sanitaires poursuivis*”, la différence de traitement en résultant pour “*les établissements similaires selon qu’ils sont inclus ou non dans le périmètre d’un grand centre commercial [n’était] pas justifiée au regard du principe d’égalité, compte tenu des objectifs de santé publique poursuivis*” (point 17). Les libertés économiques ne sont donc pas directement convoquées ici. Ce sont effectivement les libertés individuelles et le principe d’égalité qui justifient les réserves formulées par le Conseil d’État. On rappellera toutefois que le principe d’égalité est souvent mobilisé afin de protéger l’activité économique des opérateurs (v. en ce sens, P. IDOUX, S. NICINSKI & E. GLASER, « *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation* », AJDA 2021, p. 1902). On observera, en outre, que le Conseil d’État a effectué un contrôle “*disjoint*” (*ibid.*) du projet de loi, celui-ci ayant préalablement jugé que l’obligation de présenter le passe sanitaire pour accéder “*à des activités de loisirs, à des établissements de restauration ou de débit de boissons et à des foires et salons professionnels*” était “*de nature à assurer une conciliation adéquate des nécessités de lutte contre l’épidémie de covid-19 avec les libertés*”, comme la liberté d’entreprendre (point 14).

Le projet de loi fut remanié dans la foulée afin de tenir compte des réserves émises par le Conseil d’État, l’obligation de présentation du passe sanitaire pour les grands centres commerciaux ayant été subordonnée à l’édition d’une “*décision motivée du représentant de l’État dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient*”. Ce sera toutefois à la condition que l’accès des personnes non titulaires d’un passe sanitaire aux biens et services de première nécessité soit garanti au sein de ces structures.

Saisi à son tour, le Conseil constitutionnel fut notamment amené à contrôler le texte au regard de la liberté d’entreprendre. Rappelant que le législateur poursuivait ici l’objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, le juge de la rue Montpensier considéra que le fait

d'obliger les opérateurs économiques à contrôler la détention par leurs clients d'un passe sanitaire faisait peser sur eux une contrainte, certes, mais une contrainte limitée dans le temps. Dès lors, déduit-il qu'en *“imposant une telle obligation, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.”* Cette recherche de conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et les droits et libertés constitutionnellement garantis transparaît très nettement dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 9 novembre 2021 (**Cons. const., 9 novembre 2021, Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, n° 2021-828 DC**).

Après le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, ce fut au tour des juridictions administratives du fond de connaître de la problématique liée à l'obligation de présenter un passe sanitaire afin d'accéder aux centres commerciaux, *via* les recours formés à l'encontre des arrêtés préfectoraux pris en application de la loi du 5 août 2021. Si les libertés individuelles des clients sont la plupart du temps en jeu, le juge des référés-libertés a également été saisi par les opérateurs économiques intéressés compte tenu de l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre (v. en ce sens, **TA Cergy-Pontoise, ord., 30 août 2021, Société Levallois Distribution n° 2110762**). En pareille hypothèse, l'urgence sera caractérisée par la menace pesant sur l'activité exercée et les perspectives d'évolution de cette dernière (par *ex.* **TA Montpellier, ord., 28 août 2021, n° 2104451**).

#### ✱ L'ARCOM, nouvel acteur clé de la régulation en matière audiovisuelle

##### Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

Il s'agit d'une *“réforme d'ampleur dans le secteur des médias et du numérique”* (T. THUILLER-PENA, Newsletter du CREAM n° 32, novembre 2021, « *Régulation des médias et du numérique : exit le CSA et l'HADOPI, bienvenue à l'ARCOM* »). Cette loi institue un nouvel acteur clé, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), né de la fusion entre la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). *“Compétent sur tout le champ des contenus audiovisuels et numériques, ce nouveau gendarme de la régulation des médias et du numérique sera également doté de pouvoirs très élargis”* (*ibid.*).

En ce sens, l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle, tel que modifié par la loi du 25 octobre 2021 précitée, prévoit, entre autres, que l'ARCOM assure *“une mission de protection des œuvres et des objets auxquels sont attachés un droit d'auteur, un droit voisin ou un droit d'exploitation audiovisuelle mentionné à l'article L. 333-10 du code du sport, à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne”*. Outre cette mission de lutte contre la contrefaçon, et tout particulièrement les sites de streaming illégaux à l'encontre desquels la HADOPI était mal armée, l'ARCOM doit encourager *“au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur, un droit voisin ou un droit d'exploitation audiovisuelle mentionné au même article L. 333-10 sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de*

communication au public en ligne”. Elle doit enfin assurer une “mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés.”

L'ARCOM peut prendre à cette fin toute mesure de nature à favoriser, d'une part, l'information du public et, d'autre part, la signature d'accords volontaires visant à remédier aux atteintes portées aux droits mentionnés ci-dessus. Il peut s'agir par exemple de recommandations ou encore de guides de bonnes pratiques.

A cet effet, la loi du 25 octobre 2021 donne à l'ARCOM les moyens d'agir, celle-ci disposant de pouvoirs d'enquête afin de s'assurer que les opérateurs concernés (des éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle aux plateformes de partages de vidéos, en passant par les opérateurs de réseaux satellitaires) respectent les obligations qui leur incombent. Ses agents sont ainsi en mesure d'obtenir de ces derniers la communication de tout document professionnel ou support jugé nécessaire pour l'enquête.

La loi prévoit par ailleurs la faculté pour l'ARCOM de saisir le président du tribunal judiciaire compétent d'un référé en vue de faire cesser la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives (cf. article L. 333-10 du code du sport).

Cette loi institue, en outre, une véritable procédure de dialogue entre l'ADLC et l'ARCOM, la première devant solliciter la seconde pour avis en cas d'opération de concentration concernant, directement ou indirectement, un éditeur ou un distributeur de services de radio et de télévision. Il en ira de même en cas de suspicions de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur concerné, l'ARCOM devant en tout état de cause saisir l'ADLC en pareille hypothèse. D'ailleurs, force est de constater que le législateur cherche ici à instituer un dialogue privilégié entre les deux autorités, le dernier alinéa de l'article 41-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication tel que modifié par la loi du 25 octobre 2021, précisant que les informations sont librement communicables, sans que le secret des affaires puisse y faire obstacle. Le projet de fusion entre TF1 et M6, sujet ô combien sensible au regard des enjeux en présence, fera assurément l'objet de nombreux échanges entre les deux institutions.

# DROIT ÉLECTORAL

## JURISPRUDENCE

### \* L'application des principes de « la matière pénale » dans le maniement par le juge de la sanction d'inéligibilité

CE, 9 juin 2021, *Élections municipales de Saint-Pierre-du-Vauvray*, n°445754

CE, 9 juin 2021, *Élections municipales et communautaires de Creutzwald*, n°449279

Par ces deux décisions, le Conseil d'État fait application des principes gouvernant la "matière pénale" en matière d'inéligibilité prévue par les articles L. 118-3 et L. 118-4 du code électoral. Cette application est la conséquence de l'assimilation de cette mesure à une sanction ayant le caractère d'une punition (CE, Ass., 4 juillet 2011, *Élections régionales d'Ile de France*, n°338033). Elle trouve ici deux illustrations.

La première concerne le champ d'application de l'article L. 118-4 du code électoral, aux termes duquel "*le juge de l'élection peut déclarer inéligible (...) le candidat qui a accompli des manoeuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin*". Il s'agissait en particulier de savoir si cette disposition était applicable à l'élection du maire et des adjoints par le conseil municipal, régie, quant à elle, par le code général des collectivités territoriales. Ce dernier se borne à indiquer, sur le plan contentieux, qu'elle peut être contestée "*dans les conditions, formes et délais prescrits pour les réclamations contre les élections du conseil municipal*" (article 2122-13 du CGCT). Le Conseil d'État était, en outre, confronté à un conflit de rédaction : l'alinéa 2 de l'article L. 118-4 du code électoral dispose que l'inéligibilité "*s'applique à toutes les élections*" mais, dans le même temps, est contenu dans un Titre portant sur "*l'élection des députés, des conseillers départementaux, des conseillers métropolitains de Lyon, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires*". Face à ces incertitudes, c'est la portée punitive de la sanction de l'inéligibilité qui emporta la conviction que la disposition en cause devait recevoir une interprétation restrictive, notamment dans son champ d'application. Ainsi, le moyen tiré de l'accomplissement de manoeuvres frauduleuses et tendant à ce que leur auteur soit déclaré inéligible sur le fondement de l'article L. 118-4 du code électoral ne pouvait être utilement invoqué.

La même logique est à l'œuvre dans la seconde espèce. Il était cette fois question de l'application dans le temps de la loi du 2 décembre 2019, dont l'apport en matière d'inéligibilité est substantiel : alors que, sous l'empire des anciennes dispositions de l'article L. 118-3 du code électoral, le juge était *tenu* de prononcer cette mesure en cas de fraude ou de manquement d'une particulière gravité ayant justifié le rejet des comptes de campagne, il ne s'agit désormais que d'une *faculté*. L'entrée en vigueur de cette modification était certes postérieure au scrutin litigieux. Toutefois, elle doit également s'analyser comme une loi nouvelle plus douce dont le juge doit faire application dans les instances en cours, sauf disposition législative expresse. C'est ici le principe de la rétroactivité *in mitius* qui est mobilisé.

## \* Précision sur les modalités d'élection du maire par le conseil municipal

**CE, 9 juillet 2021, M. Thiebaut, n°449223**

La précision porte sur la régularité de l'élection du maire par le conseil municipal. En l'espèce, l'élection de M. Thiebaut en qualité de maire de Fresnes-sur-Apance avait été annulée à la demande du préfet.

L'heureux élu l'avait été à l'issue du troisième tour du scrutin, alors que le premier tour, dont rien ne justifiait que le résultat fut écarté, avait porté au poste Mme Blanc. En effet, même si sur les 10 suffrages exprimés, 7 avaient déclaré nuls, "*la majorité requise par l'article L. 2122-7 du CGCT pour être élu maire se calcule non pas par rapport à l'effectif légal du conseil municipal mais par rapport aux suffrages exprimés*" (S. Roussel, concl. sur l'arrêt) et ce, en vertu d'une jurisprudence constante (**CE, 10 décembre 2001, Élections du maire et des adjoints de Santeau, n°235027**).

Tenant de sauver son siège, l'édile déchu argua que sa concurrente ne pouvait être déclarée vainqueur, faute pour elle d'avoir fait expressément et formellement acte de candidature. L'argument ne convainquit pas le Conseil d'État. D'une part, une telle formalité n'est prévue par le code général des collectivités territoriales que pour l'élection du président de région par le conseil régional (article L. 4133-1 du CGCT). D'autre part, la jurisprudence proscrit seulement, sur ce point, les manœuvres destinées à empêcher qu'un conseiller municipal ne se porte candidat (**CE, 20 février 2013, Élections du maire de la commune de Bagnols-les-Bains, n°364053**).

# ENVIRONNEMENT

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

\* « Choix et conscience sont une seule et même chose »

### Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

En la matière, l'on commence généralement par introduire des propos alarmistes. Il faut comparer l'objet d'étude - la mesure récemment adoptée ou la décision du juge - avec l'enjeu catalyseur. Souvent, il est l'urgence, le péril, la menace. Mais plus souvent encore, la conclusion divise. Tantôt la mesure paraît satisfaisante, tantôt inappropriée, ou encore fluette. Mais, il faut l'avouer, seuls les commentateurs un tant soit peu éveillés semblent réprouber la teneur des mesures ou décisions adoptées.

A bien des égards, la loi climat en est l'exemple typique. Barbara Pompili, la ministre de la Transition écologique et solidaire s'exclamait « Nous y sommes ! Après deux ans de travail intense, la transformation écologique de notre société va s'accélérer grâce à la loi Climat et Résilience. Riche de près de 300 articles, c'est un texte complet et ambitieux qui ancre durablement l'écologie dans notre modèle de développement ». Faut-il alors applaudir ce « texte complet et ambitieux » ? La réponse n'est pas si simple et les commentateurs ne sont pas unanimes. Toutefois, l'on peut dire que dans l'ensemble, « la loi climat se révèle décevante en ce qu'elle affiche des promesses qui ne pourront être tenues puisqu'elle ne permet pas d'atteindre ses propres objectifs de réduction de gaz à effet de serre » (Béatrice Parance, « Loi Climat et Résilience, beaucoup de bruit pour presque rien ! », La semaine du droit, ed. générale, n°41, 11 octobre 2021).

C'est ici qu'interviendront les propos alarmistes. Le 9 août 2021, quelques jours seulement avant la promulgation de la loi climat, le GIEC accouchait de son dernier rapport. L'on s'abstiendra ici d'énumérer les différents *scenarii* catastrophes. Il faut néanmoins, dans le cadre de cette étude, se remémorer le signal d'alarme : même dans le cadre d'un scénario très utopique – l'on pourrait presque dire fouriériste - il ne sera pas possible de contenir le réchauffement climatique en dessous des 1,5°C par rapport à 1990 si les émissions de gaz à effet de serre ne connaissent pas immédiatement et à large échelle une diminution drastique.

A titre de rappel, la trajectoire climatique s'articule en France à travers les budgets carbone et la stratégie nationale bas carbone (SNBC). A la lecture de ces documents, l'on atteindra – semble-t-il - les objectifs de réduction des émissions de GES produites en France de 40% en 2030 par rapport à leur niveau de 1990... La loi climat ne fait pas référence à cet objectif précis. Elle renvoie toutefois, en son Titre 1<sup>er</sup>, aux objectifs de l'Accord de Paris et du Pacte Vert pour l'Europe.

Selon les détracteurs de la loi, s'appuyant notamment sur le nouvel objectif européen de réduction des émissions à hauteur de 55% d'ici 2030, et sur les rapports produits par le Conseil économique, social et environnemental (rapport du 27 janvier 2021), et le Haut conseil pour le climat (rapport du 23 février 2021), en l'état et le cas échéant, même en application des nouvelles dispositions législatives et réglementaires, l'atteinte des objectifs s'avère bien compliquée ... Le CESE soulève notamment que « *considérées une par une (les mesures du projet de loi), sont en général pertinentes mais souvent limitées, souvent différées, souvent soumises à des conditions telles qu'on doute de les voir mises en œuvre à terme rapproché* », et ajoute sévèrement « *faute des moyens dans les services chargés de leur application et de leur contrôle, ces mesures resteront lettre morte* ».

Une loi « *obsolète* », qui « *ressemble à toutes les autres* », « *une loi d'apaisement social* », « *une loi fourre-tout* », « *un véritable compromis entre le gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat* », les critiques s'accumulent âprement. Mais, puisqu' « *il est impossible d'apprécier correctement la lumière sans connaître les ténèbres* », plongeons-nous cette fois dans les abîmes de cette loi, parcourons ces quelques trois cent cinq articles, peut-être trouverons-nous, au bas mot, une lueur d'espoir...

Plutôt, survolons et examinons les éléments les plus emblématiques, peut-être aussi les moins poussiéreux. La loi, organisée en thématiques (reprenant l'approche adoptée par la convention citoyenne), traite ainsi, et de façon assez peu systémique – malgré son nom, et son ambition originelle, il faut bien le dire – de la consommation, de la production et du travail, des déplacements, du logement, de l'alimentation, et du renforcement de la protection judiciaire de l'environnement.

**Concernant la consommation**, le chapitre 1<sup>er</sup> du Titre II est intitulé « *Informer, former et sensibiliser* » et contient quelques mesures intéressantes. Parmi elles, « *un affichage environnemental destiné à apporter au consommateur une information relative aux impacts environnementaux, ou aux impacts environnementaux et au respect de critères sociaux d'un bien, d'un service ou d'une catégorie de biens ou de services* » sur tout le cycle de vie de ces biens ou services. Par exemple, seront prises en compte les atteintes à la biodiversité et les émissions de GES. Un décret fixera prochainement la liste des catégories de biens et services concernés, ainsi que la méthodologie et les modalités d'affichage, bien que la loi précise déjà que cet affichage doit être visible pendant l'acte d'achat. A noter que tout manquement aux obligations d'affichage sera passible d'une amende administrative de 3000 euros maximum pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale.

L'article 7 de la loi prévoit quant à lui l'encadrement et la régulation de la publicité « *sur les produits et services ayant un impact excessif sur le climat* ». On ne manquera pas ici de remarquer la référence à l' « *impact excessif* », qui fera sans doute l'objet de précisions jurisprudentielles. En attendant, le législateur a strictement limité le champ d'application de cet encadrement. En effet, alors que la convention citoyenne avait proposé d'interdire sur tous les supports publicitaires les produits ayant un fort impact sur l'environnement, la loi restreint l'interdiction aux énergies fossiles et voitures neuves mentionnées à l'article 73 de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (LOM). En outre, comme dans la

très grande majorité des mesures adoptées, c'est un décret qui doit intervenir afin de fixer la liste des énergies et voitures concernées. De nouveaux arbitrages devront donc être réalisés, et il conviendra de mesurer la véritable teneur de cette interdiction dans les prochains mois.

Toujours en matière de publicité, l'article 18 prévoit que les maires pourront moduler et encadrer les horaires des publicités lumineuses afin de réduire la consommation énergétique et de lutter contre les nuisances lumineuses. En effet, jusqu'alors, l'article L. 581-14-2 du code de l'environnement prévoyait que les compétences en matière de police de la publicité étaient exercées par le préfet en cas de carence du maire ou en l'absence d'un règlement local de publicité. La loi climat abroge cet article et met en place une répartition différente, excluant l'intervention du préfet puisque cette compétence sera à présent exercée pleinement par le maire (sauf transfert à un EPCI). Quant au champ d'application, il est également élargi puisqu'en matière de publicité lumineuse, et par dérogation à l'article L. 581-2 du code de l'environnement, seront également concernées les vitrines et baies des locaux à usage commercial, destinées à être visibles d'une voie ouverte à la circulation publique, et ce même lorsque les locaux ne sont pas utilisés comme support de publicité à titre principal. Cette extension constitue, de toute évidence, un revirement intéressant (v. par exemple **CAA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2008, Sté Zara France, n°07PA02238**, confirmé par **CE, 28 octobre 2009, Ministère de l'Ecologie, n°322758**). Il faut toutefois préciser que les publicités et enseignes lumineuses mises en place avant l'entrée en vigueur d'un règlement local de publicité pris en application du même article L. 581-14-4 et qui contreviennent aux prescriptions posées par ce même règlement peuvent être maintenues pendant un délai de deux ans.

Enfin, dans un secteur différent, mais concernant toujours la thématique consommation, le chapitre III traite, entre autres, de l'accélération du développement de la vente en vrac. L'article 23 de la loi prévoit qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2030, les surfaces commerciales de plus de 400 m<sup>2</sup> devront consacrer à la vente de produits présentés sans emballage primaire (y compris la vente en vrac) « *soit au moins 20% de leur surface (...), soit un dispositif d'effet équivalent exprimé en nombre de références ou en proportion de chiffre d'affaires* ». Là encore, un décret devrait prochainement préciser les objectifs à atteindre en fonction des catégories de produits.

Pour mémoire il convient toutefois de préciser qu'à l'origine, cet article visait 50 % des surfaces de vente dédiées à la vente de produits en vrac, excluant les produits sans emballage primaire autres que ceux vendus en rayon vrac. Ainsi, le texte finalement adopté semble témoigner d'un compromis fâcheux. L'on peut comprendre les difficultés opérationnelles qu'auraient pu rencontrer les grandes surfaces, toutefois, il paraît regrettable que soient désormais inclus, par exemple, les fruits et légumes dans le calcul des 20% ...

**Concernant cette fois la lutte relative à la consommation énergétique**, la loi vise tout d'abord à éradiquer le phénomène des « *passoires thermiques* » (c'est-à-dire les logements très mal isolés classés F ou G selon le nouveau DPE en vigueur depuis juillet 2021). A cet égard, l'article 159 pose une exception générale au principe de libre fixation du loyer (article 17 de la loi du 6 juillet 1989) puisqu'il s'emploie à geler les loyers de ces logements quelles que soient les circonstances (nouvelle mise en location, reconduction ou encore renouvellement du bail) à compter d'août 2022. En outre, ces logements seront à terme considérés comme indécents et donc interdits à la

location (à partir de 2025 pour les logements classés G et 2028 pour les logements classés F), conformément à la lecture tirée de l'article 1719 du code civil.

Ainsi, en cas de mise sur le marché de ce type de logement, le locataire pourra, à compter de 2025, agir contre son bailleur. Il pourra en effet exiger de son propriétaire des travaux de mise en conformité, sous peine pour ce dernier de se voir contraint par le juge, qui pourra, en outre, imposer une réduction du loyer et des dommages-intérêts.

**Concernant l'alimentation**, il faut cette fois se référer au Titre VI « Se nourrir ». Son chapitre 1<sup>er</sup> « *soutenir une alimentation saine et durable pour tous peu émettrice de gaz à effet de serre* » débute par un article 252 imposant aux gestionnaires publics et privés des services de restauration collective scolaire de proposer au moins une fois par semaine un menu végétarien comme l'avait expérimenté la loi Egalim du 30 octobre 2018. Obligation étendue à toutes les cantines publiques à partir de 2023. Précisons toutefois l'exclusion implicite de tout repas de type végétalien puisque « *ce menu peut être composé de protéines animales ou végétales* ».

Finalement, peut-être faut-il regretter le faible degré d'ambition affiché dans cette mesure. L'instauration du repas végétarien quotidien dans les services de restauration dont les collectivités ont la charge est prévue seulement à titre expérimental, et pour ne pas le rappeler, la consommation de viande est la première cause du réchauffement climatique. Il faut donc également déplorer l'absence de toute mesure visant à limiter les produits issus d'élevages intensifs. L'on pourrait ici se rassurer puisque « *les gestionnaires veillent à privilégier des approvisionnements en produits agricoles et en denrées alimentaires répondant à des exigences en matière de qualité ou de préservation de l'environnement* », et que la loi Egalim prévoit, de son côté, qu'à compter de 2022, 50 % des produits servis dans la restauration collective soient bio ou « durables ». Toutefois, l'expérience tend à démontrer que certaines certifications n'emportent pas consensus...

**Concernant les transports**, la loi vient compléter la LOM du 24 décembre 2019. D'abord, un titre entier est consacré aux zones à faibles émissions mobilité (créées par cette même LOM) dont les dispositifs ont été précisés. Par exemple, l'article 119 étend le champ d'application de l'article L. 2213-4-1 du CGCT puisqu'il rend l'instauration de telles zones obligatoire avant le 31 décembre 2024 dans toutes les agglomérations de plus de 150 000 habitants situées sur le territoire métropolitain. Toutefois, il amorce aussi la possibilité de déroger à cette obligation par décret « *compte tenu de la faible proportion de population exposée aux dépassements des normes de qualité de l'air ou des actions alternatives mises en place afin de respecter ces normes dans des délais plus courts que ceux procédant la mise en place d'une zone à faibles émissions mobilité* ».

Quant aux restrictions à la circulation dans ces zones, elles sont explicitement énumérées et un cadre temporel est également fixé. Au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2023, « *les véhicules diesel et assimilés dont la date de première immatriculation est antérieure au 31 décembre 2000 ainsi que les véhicules essence et assimilés dont la date de première immatriculation est antérieure au 31 décembre 1996* ». Au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2024, « *les véhicules diesel et assimilés dont la date de première immatriculation est antérieure au 31 décembre 2005* », et au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier

2025 « les véhicules diesel et assimilés dont la date de première immatriculation est antérieure au 31 décembre 2010 ainsi que les véhicules essence et assimilés dont la date de première immatriculation est antérieure au 31 décembre 2005 ». La loi précise en outre que ces deux catégories de motorisation incluent aussi les véhicules comprenant une motorisation hybride, exception faite de ceux dont l'autonomie en mode tout électrique en ville est supérieure à cinquante kilomètres.

Enfin, une mesure très médiatisée concerne le transport aérien. Son recours sera interdit à partir de mars 2022 sur les lignes intérieures dès lors qu'existe une alternative ferroviaire sans correspondance de moins de 2h30 (article 145). Une mesure une fois encore décevante puisque la convention citoyenne avait proposé de sortir du trafic aérien sur les vols intérieurs d'ici 2025 lorsqu'une alternative bas carbone de moins de quatre heures existe. En effet, une fois encore, l'expérience tend à démontrer que rares sont les trajets en train de moins de 2h30 sans correspondance que l'on ferait de préférence en avion ...

**Quant aux mesures qui concernent la commande publique**, elles sont contenues au sein de l'article 35, dans le chapitre 1<sup>er</sup> « Verdir l'économie » du Titre III « Produire et travailler ». D'abord, de façon symbolique, un nouvel article préliminaire L. 3-1 a été introduit dans le CCP et affirme que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ».

Ensuite, pour citer seulement quelques mesures, l'article L. 2111-2 du code a été complété. Alors que, jusqu'à présent, le code prévoyait que seules la nature et l'étendue des besoins devaient prendre en compte des « *objectifs de développement durable* », le législateur a étendu cette obligation aux spécifications techniques. Une obligation assez conséquente car si le contrôle du juge est généralement réduit à l'erreur manifeste d'appréciation en matière de définition des besoins (v. par exemple **CE, 2 octobre 2013, n° 368846**), il n'en demeure pas moins qu'un besoin imprécis ou incomplet a déjà pu conduire le juge à annuler une procédure de passation (**CE, 17 novembre 2017, Commune du Havre, n° 412644**).

Ce changement de paradigme concerne également les conditions d'exécution du marché puisqu'un nouvel alinéa a été introduit à l'article L. 2112-2 du CCP. Si l'acheteur peut décider de ne pas prévoir de conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, c'est seulement dans certains cas expressément énumérés. En outre, en cas de dérogation, les acheteurs devront impérativement en indiquer les motifs au sein du rapport de présentation (pour les pouvoirs adjudicateurs) et, pour les entités adjudicatrices, « *par tout moyen approprié* ».

Enfin, il faut bien évidemment souligner ici la « mesure phare » de la loi en matière de commande publique : à présent, les clauses environnementales sont rendues obligatoires dans les marchés publics au niveau des critères d'attribution. Jusqu'à présent, et selon une jurisprudence constante, l'obligation d'intégrer une composante relative au développement durable dans la définition des besoins n'imposait pas à l'acheteur de prévoir un tel critère de sélection des offres (**CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570**). Désormais, l'article L. 2152-7 modifié (v. également l'article L. 3124-5 pour les concessions) précise que si

le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires, ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, *« un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre »*.

Évidemment, l'on connaît la grande prudence et les limites inhérentes aux principes directeurs du droit de la commande publique. Il s'agira donc à l'avenir pour les acheteurs de jongler et d'user d'imagination afin d'éviter les risques contentieux.

Toutefois, afin de les accompagner dans cette démarche, la loi impose par exemple à l'État de mettre à leur disposition, au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2025, *« des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût du cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat »*. Un élément intéressant eu égard aux difficultés que les acheteurs rencontrent dans l'appréhension et la mise en pratique de cet outil. Si le coût du cycle de vie est une possibilité prévue à l'article L.2112-3 du CCP, il n'en demeure pas moins que sa définition (article R. 2152-9 du CCP) mériterait d'être précisée. Il en va de même quant à son applicabilité. Un enjeu semble-t-il majeur eu égard à sa portée. En effet, pour rappel, contrairement au seul critère prix, le coût du cycle de vie permet de prendre en compte de manière complète les coûts supportés par la personne publique puisqu'il intègre dans son champ tout ou partie des coûts imputables à un produit, un service ou un ouvrage tout au long de son cycle de vie. Il s'agit donc de prendre en compte, d'abord, les coûts supportés directement par l'acheteur, ou « coûts directs » que constituent les coûts liés à l'acquisition, à l'utilisation, à la maintenance et à la fin de vie. Ensuite, les coûts indirects ou « coûts externes » supportés par l'ensemble de la société, tels que la pollution atmosphérique ou la déforestation.

Pour terminer sur les dispositions de la loi climat relatives à la commande publique, quelques lignes s'imposent à propos du schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER). En vertu de l'article L. 2111-3 du CCP, le SPASER doit être rendu public. Une obligation de publication qui a été précisée par la loi climat puisqu'il devra à présent être rendu public *« notamment par une mise en ligne sur le site internet, lorsqu'il existe, des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices »*. En outre, l'article L. 2111-3 du CCP précise à présent que *« ce schéma comporte des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné »*. Enfin, les SPASER devront préciser *« les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories, notamment ceux relatifs aux achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale agréées au sens de l'article L. 3332-17-1 du code du travail d'une part, ou par des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables d'autre part »*. Deux insertions bienvenues tant la réussite et l'effectivité d'un tel document de planification sont corrélées à l'instauration d'une véritable démarche itérative. Or, si de nombreux SPASER affichent déjà cette ambition d'évaluation fréquente, la véritable difficulté en la matière réside dans la création d'indicateurs pertinents.

**Enfin, concernant le domaine de l'urbanisme**, il s'agira ici de s'épancher sur deux éléments en particulier. Il faudra plus tard évoquer les dispositions visant à adapter les territoires côtiers et leurs documents d'urbanisme au recul du trait de côte. Un sujet particulièrement d'actualité notamment eu égard à la récente décision du Conseil d'État *Commune de Grande-Synthe*, par laquelle ce dernier avait justement reconnu l'intérêt à agir de la commune en estimant que celle-ci était, entre autres, « *exposée à moyenne échéance à des risques accrus et élevés d'inondations* ». Toutefois, il faut déjà évoquer les dispositions relatives à la lutte contre l'artificialisation des sols.

Alors que depuis 1983 le législateur rappelle constamment que les pouvoirs publics doivent poursuivre l'objectif d'utilisation économe de l'espace, l'article 191 de la loi climat pose un principe général. Plutôt, il pose un objectif national « d'absence de toute artificialisation nette des sols en 2050 ». Dans le cadre de cette trajectoire, un premier pallier est prévu par le législateur puisque « *l'artificialisation des sols dans les dix années suivant la promulgation de la présente loi doit être tel que, sur cette période, la consommation totale d'espace observée à l'échelle nationale soit inférieure à la moitié de celle observée sur les dix années précédant cette date* ».

Le texte précise enfin que la réalisation de ces objectifs s'appréciera à l'échelle nationale, mais que leur mise en œuvre sera « *différenciée et territorialisée* ». C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il appartiendra aux documents d'urbanisme de décliner les modalités de concrétisation de ces objectifs. Plus précisément, un nouvel objectif est introduit au sein de l'article L. 101-2 du code, par ailleurs déjà très fourni, pour ne pas dire illisible. Quoi qu'il en soit, les collectivités publiques devront en effet participer à « *la lutte contre l'artificialisation des sols, avec un objectif d'absence d'artificialisation nette à terme* ». Pour rappel, selon une jurisprudence désormais constante, les objectifs contenus au sein de l'article L. 101-2 n'ont pas seulement valeur symbolique et s'imposent aux auteurs des documents d'urbanisme dans un rapport de compatibilité (CE, 10 février 1997, *Association de défense des sites de Théoule*, n° 125534 ; Cons. constit., 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC ; CE, 15 mai 2013, *Commune Gurmençon*, n° 340554).

En réalité, la loi climat est assez bavarde sur cet objectif. Elle insère en effet un nouvel alinéa à l'article L. 101-2-1 afin d'orienter les collectivités qui devront, le cas échéant, atteindre l'objectif assigné en mettant en équilibre divers éléments (la maîtrise de l'étalement urbain, le renouvellement urbain, la qualité urbaine, l'optimisation de la densité des espaces urbanisés, la protection des sols et espaces naturels agricoles et forestiers, la préservation et la restauration de la biodiversité et de la nature en ville, et la renaturation des sols artificialisés). En son article 192, la loi s'attache également à définir de façon précise l'artificialisation des sols en tant qu'« *altération durable de tout ou partie des fonctions écologiques d'un sol, en particulier de ses fonctions biologiques, hydriques et climatiques, ainsi que de son potentiel agronomique par son occupation ou son usage* ».

Concrètement, la loi climat pose de nouvelles obligations de mise en œuvre dans de nombreux documents d'urbanisme tout en tenant compte des contraintes et dynamiques propres à chaque territoire.

D'abord, la loi climat fait de la région un acteur pilote dans la concrétisation des objectifs. Elle prévoit en effet que si le SRADDET ne prend pas déjà en compte les objectifs de lutte contre l'artificialisation des sols, sa modification doit être engagée dans un délai d'un an. En outre, il est précisé que *« ces objectifs sont traduits par une trajectoire permettant d'aboutir à l'absence de toute artificialisation nette des sols ainsi que, par tranches de dix années, par un objectif de réduction du rythme de l'artificialisation »*, lequel doit être *« décliné entre les différentes parties du territoire régional »*. Enfin, pendant ces dix premières années, *« le rythme d'artificialisation est traduit par un objectif de réduction de la consommation des espaces naturels, agricoles et forestiers par rapport à la consommation réelle de ces espaces observée au cours des dix années précédentes »*.

Ensuite, au niveau inférieur, les SCOT sont eux aussi concernés. Ils doivent effectivement être modifiés pour intégrer ces objectifs et entrer en vigueur dans un délai de 5 ans. Plus précisément le PAS doit fixer, par tranches de dix ans, des objectifs de réduction du rythme d'artificialisation. Ces objectifs de réduction seront ensuite déclinés par secteur géographique dans le DOO. A cet égard, le nouvel article L. 141-8 du code permet de tenir compte de plusieurs paramètres parmi lesquels les besoins en matière de logement et d'implantation d'activité économique, ou en matière de développement rural. Toutefois, comme le souligne Elise Carpentier *« on peut s'étonner (...) que la réécriture de l'article L. 141-8 du Code de l'urbanisme emporte la suppression de la possibilité qu'il offrait jusqu'alors au SCOT de subordonner l'ouverture à l'urbanisation de certains secteurs à l'utilisation prioritaire des friches urbaines et des zones déjà ouvertes à l'urbanisation, et à la réalisation d'une étude de densification des zones déjà urbanisées »* (« Loi Climat, document d'urbanisme et lutte contre l'artificialisation des sols », LSJ Notariale et Immobilière, 5 novembre 2021).

Toutefois, si les auteurs de SCOT semblent écartés en ce qui concerne la promotion de la densification, c'est au sein du PLU que les communes pourront assurer cette densification, à travers les OAP (depuis la loi ELAN) mais également au sein du règlement où elles pourront fixer une densité minimale de constructions au sein des zones d'aménagement concerté (article L. 151-27 alinéa 2).

Dans les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants figurant sur une liste prévue à l'article 232 du CGCT, et dans les communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique figurant sur la liste prévue au dernier alinéa du II de l'article L. 302-5 du Code de la construction et de l'habitation, les règlements devront en outre obligatoirement imposer *« une part minimale de surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables »* afin de contribuer au maintien de la biodiversité et de la nature en ville.

Ensuite, concernant les PADD, ils ne pourront plus prévoir l'ouverture à l'urbanisation dans les espaces naturels, agricoles ou forestiers sauf justification selon laquelle la capacité d'aménager et de construire est déjà mobilisée dans les espaces urbanisés.

Toujours au niveau communal, il faut également souligner la mise en valeur des continuités écologiques. En effet, les OAP devront obligatoirement définir, en cohérence avec le PADD, les actions et opérations nécessaires pour mettre en valeur ces continuités écologiques (article L. 151-6-2). Et de façon facultative cette fois, les OAP pourront également définir « *les actions et opérations nécessaires pour protéger les franges urbaines et rurales* » ainsi que « *les conditions dans lesquelles les projets de construction et d'aménagement situés en limite d'un espace agricole intègrent un espace de transition végétalisé non artificialisé entre les espaces agricoles et les espaces urbanisés, ainsi que la localisation préférentielle de cet espace en transition* ».

Pour conclure sur les PLU, ces derniers devront entrer en vigueur avant le mois d'août 2027. A défaut, aucune autorisation d'urbanisme ne pourra être délivrée, dans une zone à urbaniser jusqu'à l'entrée en vigueur du PLU.

Enfin, plus globalement, il faut évoquer en dernier lieu l'insertion dans la loi de mécanismes de suivi périodique portant sur l'efficacité des mesures mises en place en vue de lutter contre l'artificialisation des sols. L'article 206 prévoit en effet que « le maire d'une commune ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale doté d'un plan local d'urbanisme, d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale présente au conseil municipal ou à l'assemblée délibérante, au moins une fois tous les trois ans, un rapport relatif à l'artificialisation des sols sur son territoire au cours des années civiles précédentes un rapport devra être remis au conseil municipal ou à l'assemblée ». Ce rapport a pour objet de présenter dans quelle mesure les objectifs de lutte contre l'artificialisation des sols ont été atteints au cours des années civiles précédentes. Il donnera lieu à un débat puis à un vote au sein du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante.

L'article 207 prévoit quant à lui la création d'un article L.2231-2 dans le Code général des collectivités territoriales obligeant le Gouvernement à rendre un rapport d'évaluation périodique sur sa politique de réduction de l'artificialisation des sols une fois tous les cinq ans au moins.

Finalement, la grande majorité de mesures en la matière relève du mécanisme planificateur et coordinateur. A une exception près toutefois puisque la loi climat énonce le principe d'interdiction de toute nouvelle surface commerciale artificialisante. Et si l'on s'en tient à la rigueur du texte, il suffira - semble-t-il - que le projet engendre « une artificialisation » pour qu'il se retrouve soumis au principe d'interdiction. Mais sans surprise, de larges motifs de dérogations au cas par cas seront toutefois possibles, pourvu que certaines conditions (parfois cumulatives, parfois alternatives) soient respectées. Très rapidement, la première condition est relative à la localisation du projet puisque le pétitionnaire devra démontrer « *que son projet s'insère en continuité avec les espaces urbanisés* ». Un principe de continuité bien connu en la matière. Toutefois, le texte ajoute « *dans un secteur au type d'urbanisation adéquat* », ce qui laisse un peu dubitatif. Ensuite, la deuxième condition tient en ce que le projet doit répondre « *aux besoins du territoire* ». Ici, on ne peut s'empêcher de déchanter eu égard à la sévérité du droit européen en la matière. En effet, ce dernier interdit notamment de subordonner l'exercice d'une activité de service à « *l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché* » (Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil). Quant à la troisième condition, elle comporte en réalité un

certain nombre de critères alternatifs au regard desquelles les autorités pourront apprécier la demande de dérogation. A savoir, l'insertion de ce projet dans le secteur d'intervention d'une opération de revitalisation de territoire ou dans un quartier prioritaire de la politique de la ville, ou l'insertion dans une opération d'aménagement au sein d'un espace déjà urbanisé, « *afin de favoriser notamment la mixité fonctionnelle du secteur concerné* », ou l'insertion au sein d'un secteur d'implantation périphérique ou d'une centralité urbaine identifiés dans le DOO du SCOT entré en vigueur avant la publication de la loi climat ou au sein d'une zone d'activité commerciale délimitée dans le règlement du PLUi entré en vigueur avant la publication de la même loi, ou encore, si « *la consommation foncière est compensée par la transformation d'un sol artificialisé en sol non artificialisé, au sens de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 101-2-1 du code de l'urbanisme* ».

A noter enfin que ces dérogations ne pourront être accordées qu'à certains projets, cette fois en fonction de leur taille. A savoir, « la création d'un magasin de commerce de détail ou d'un ensemble commercial d'une surface de vente inférieure à 10 000 mètres carrés (...) l'extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail ou d'un ensemble commercial dès lors que la surface de vente totale dudit magasin ou ensemble commercial reste inférieure à 10 000 mètres carrés (...) l'extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail ou d'un ensemble commercial ayant déjà atteint le seuil des 10 000 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet, dans la limite d'une seule extension par magasin ou ensemble commercial et sous réserve que l'extension de la surface de vente soit inférieure à 1 000 mètres carrés ».

A ce propos l'on peut regretter la référence constante à « *la surface de vente* ». En effet, comme le soulève Jonathan Waltuch (« Aménager sans artificialiser : le défi de l'aménagement commercial après la loi climat », *RDI 2021* p.523) cette référence « *ne repose pourtant sur aucune logique pertinente en lien avec l'objectif poursuivi par la mesure* », la surface de vente n'ayant en effet aucun rapport avec le degré d'artificialisation...

Peu mises en avant, les mesures relatives à l'adaptation des territoires au dérèglement climatique (Titre V) sont pourtant - semble-t-il – parmi les seules véritables forces de résilience de la loi climat. Si la lutte contre l'artificialisation des sols est une mesure majeure en ce sens, d'autres dispositions de la loi climat doivent à cet égard être mentionnées.

Depuis la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, l'article L. 321-13 du code de l'environnement prévoit, qu' « afin d'anticiper l'évolution du trait de côte et de prendre en compte les phénomènes hydrosédimentaires entraînant l'érosion et l'accrétion littorale dans les politiques publiques, l'État établit une cartographie fondée sur un indicateur national d'érosion littorale ». En outre, lorsqu'une région comporte des territoires littoraux, le SRADDET ou le schéma régional valant SMVM doit fixer des objectifs en la matière. Notamment, il doit préciser « les règles générales d'un projet de territoire qui permet d'anticiper et de gérer les évolutions du trait de côte, portant notamment sur les mesure d'amélioration des connaissances, de préservation et de restauration des espaces naturels ainsi que de prévention et d'information des populations » (article L. 321-14 du code de l'environnement).

Toutefois, depuis lors, le sujet n'a jamais réellement été au cœur des préoccupations et les acteurs se sont souvent limités à l'élaboration de rapports ou d'études sans qu'un véritable cadre synoptique et raffiné ait été conçu.

La loi climat vient pallier ces défauts. Entre autres, en son article 237, elle prévoit d'abord l'élaboration d'une stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte qui sera définie dans un document élaboré par l'État en concertation avec les collectivités territoriales ainsi qu'avec la communauté scientifique, les acteurs socio-économiques, les associations de protection de l'environnement concernés, et le Conseil national pour l'aménagement, la protection et la mise en valeur de la mer et des littoraux, organe nouvellement créé et se substituant au Conseil national de la mer et des littoraux (article 238 de la loi climat).

Cette stratégie nationale, qui devra être révisée tous les six ans, paraît intéressante à bien des égards. D'abord, quant à sa procédure d'élaboration puisque les acteurs directement concernés œuvrent de plein droit à sa définition. Un modèle de concertation qui a souvent fait ses preuves. Ensuite, du point de vue de sa déclinaison au niveau local et de son articulation avec d'autres documents. En effet, l'article 237 de la loi climat permet l'adoption de « *stratégies locales de gestion intégrée du trait de côte* ». En outre, par exemple, lorsqu'une stratégie locale de gestion des risques d'inondation prévue à l'article L. 566-8 du code de l'environnement existe, ces deux documents devront non seulement être mis en cohérence, mais pourront également former, *in fine*, un document unique. L'on regrettera simplement le manque de précision concernant les méthodes d'évaluation, les indicateurs et objectifs (qui devront être compatibles avec le SRADDET). Toutefois, en règle générale, c'est l'expérience acquise et les observations empiriques qui permettent l'amélioration des documents de planification. A noter que cette stratégie locale pourra faire l'objet d'une convention conclue avec l'État. Une convention établissant « *la liste des moyens techniques et financiers mobilisés* » par chacune des parties afin d'accompagner les actions de gestion du trait de côte. Parmi elles, sont par exemple mentionnées « *la construction, l'adaptation ou le maintien en l'état d'ouvrages de défense contre la mer* » ou encore « *les opérations d'aménagement liées au recul de la mer* ».

Ensuite, en son article 239, la loi climat impose l'établissement par décret d'une liste (révisée au moins tous les neuf ans) des communes devant s'adapter à l'érosion du littoral. A ce titre, elles seront obligatoirement soumises aux nouvelles dispositions prévues dans le code de l'urbanisme. D'abord, elles devront obligatoirement cartographier le recul du trait de côte. En effet, un alinéa a été ajouté à l'article L. 121-22 du code. Ainsi, pour ces communes, « *le plan local d'urbanisme ou le document en tenant lieu ou la carte commune porte la largeur de la bande littorale (...) à plus de cent mètres* ». En outre, le 1° bis de l'article 121-21 a été complété de termes assez originaux. En effet, désormais, pour déterminer la capacité d'accueil des espaces urbanisés ou à urbaniser, les documents d'urbanisme doivent également tenir compte « *de la projection du recul du trait de côte* ».

L'on voit ainsi se mettre en place un véritable principe d'adaptation et de prévision des documents d'urbanisme à l'échelle locale, puisqu'en outre, les communes pourront également établir une carte locale de projection du recul du trait de côte si elles ne sont pas couvertes par le plan de prévention des risques littoraux (PPRL). En cas inverse, elles devront établir une carte

locale d'exposition au recul du trait de côte. Enfin, le document graphique du PLU ou du document en tenant lieu doit délimiter sur le territoire de ces communes « *la zone exposée au recul du trait de côte à l'horizon de trente ans* », puis à plus long terme, « *entre trente et cent ans* ».

Pour terminer, il faut bien sûr évoquer ici les nouvelles restrictions importantes relatives aux constructions situées dans ces zones. Pour résumer, c'est le principe d'inconstructibilité qui prévaut dans les zones d'exposition à l'horizon de trente ans. Plus précisément, au sein des espaces urbanisés situés dans ces zones, seules trois types d'opérations pourront être autorisés. D'abord, les travaux de réfection et d'adaptation des constructions existantes à la date d'entrée en vigueur du PLU définissant les zones précitées. Ensuite, les constructions ou installations nouvelles nécessaires à des services publics ou activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau, mais à la condition qu'elles présentent un caractère démontable (ces dernières sont en outre les seules à pouvoir être autorisées dans les espaces non urbanisés de la zone d'exposition). Enfin, les extensions des constructions existantes à la date d'entrée en vigueur du PLU délimitant ces zones, à la même condition de démontabilité.

Enfin, dans les zones d'exposition à l'horizon compris entre trente et cent ans, la constructibilité n'est pas à proprement dite limitée. Toutefois, un régime très particulier s'appliquera. En effet, un nouvel article L. 121-22-5 est intégré au code de l'urbanisme et dispose qu'en l'espèce « la démolition de toute construction nouvelle à compter de la date d'entrée en vigueur du plan local d'urbanisme (...) et celle des extensions de constructions existantes (...) ainsi que la remise en état du terrain, sous la responsabilité et aux frais de leur propriétaire, sont obligatoires lorsque le recul du trait de côte est tel que la sécurité des personnes ne pourra plus être assurée au-delà d'une durée de trois ans ». Ces démolitions et remise en état du terrain, qui doivent être ordonnées par arrêté du maire, sous la responsabilité et aux frais du propriétaire, étonnent quelque peu. En effet, comme le fait remarquer Elise Carpentier (« Loi Climat, documents d'urbanisme et recul du trait de côte », LSJ Notariale et Immobilière, n°45 du 12 novembre 2021), « il est remarquable que cet ordre de démolition échappe à toute intervention du gardien constitutionnel de la propriété immobilière et puisse porter sur des constructions parfaitement régulières au regard du droit de l'urbanisme, tandis que les constructions irrégulières y échappent dès lors qu'elles sont antérieures à la délimitation des zones ».

Voilà pour l'essentiel de cette loi. Il n'était pas ici question de dresser un inventaire exhaustif, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle aucune référence n'a été faite en amont à propos des mesures visant à renforcer la protection judiciaire de l'environnement. L'on peut simplement et rapidement dire à cet égard que la loi a modestement durci l'échelle des peines déjà existantes, à l'exception de la création du délit général d'atteintes aux milieux physiques et du délit de mise en danger de l'environnement qui sont d'ailleurs qualifiés injustement d'écocides lorsqu'ils ont été accomplis de manière intentionnelle.

Il faut préférer, semble-t-il, conclure différemment et nuancer les critiques formulées relatives à la dimension planificatrice du texte. En effet, nombreux sont les commentateurs qui estiment que le législateur a surtout fixé des objectifs chiffrés et des dates auxquelles ils devront être atteints en estimant par ailleurs qu'en ce qui concerne les « *dispositions programmatiques, il n'en résulte*

*aucune obligation juridique pour les pouvoirs publics* ». De toute évidence, eu égard aux récentes décisions du juge administratif, il semble qu'il faille tempérer cette affirmation.

En outre, si certains estiment que la loi comporte davantage de dispositions programmatiques qu'opérationnelles, il ne faut pas oublier que, dans la définition même de la planification stratégique, est privilégié justement l'opérationnel par rapport à la réflexion prospective. En effet, les planifications stratégiques s'inscrivent ainsi dans une logique d'adaptabilité et d'amélioration continues, ce qui implique notamment que soient réalisées des études diagnostiques en amont des politiques, afin d'évaluer l'état initial d'un territoire ou d'une problématique ciblée par la planification. Cette exigence est en outre complétée par l'obligation d'évaluation des actions mises en œuvre au sein de ladite politique, permettant de confirmer ou d'infirmer le bien fondé des actions entreprises. D'ailleurs, les dispositifs d'évaluation, très nombreux dans la loi, sont à saluer. En effet, dans presque toutes les thématiques de la loi, est prévue la rédaction de rapports afin de faire état de l'avancement de l'atteinte des objectifs ou afin de préciser les trajectoires et de les adapter. Mieux encore, un dernier et huitième titre est entièrement consacré à l'évaluation ex-post. L'article 298 de la loi prévoit qu' « *au titre de sa mission d'assistance du Parlement dans l'évaluation des politiques publiques, la Cour des comptes évalue annuellement la mise en œuvre des mesures prévues par la présente loi, avec l'appui du Haut Conseil pour le climat* ». Ce rapport d'évaluation devra être rendu public et faire l'objet d'une réponse du Gouvernement, elle-même rendue publique. Quant à l'article 299, il instaure le même mécanisme d'évaluation à l'égard des collectivités territoriales en matière de réduction des GES et d'adaptation au changement climatique.

Reste donc finalement à savoir si les pouvoirs publics prendront acte de ces évaluations et opéreront dans le cadre d'une véritable planification stratégique et opérationnelle. En outre, espérons encore que les mesures introduites ou renforcées par la loi climat permettront *in fine* l'atteinte des objectifs fixés... Quoi qu'il en soit, les associations et organisations non gouvernementales de protection de l'environnement ne manqueront pas de s'en assurer. En tout cas, nul doute que le juge sera amené à se prononcer et à contrôler la compatibilité de ces mesures au regard des trajectoires définies...

## JURISPRUDENCE

### ✱ De l'inconvénient d'être jugé en 2021

#### CE, 1<sup>er</sup> juillet 2021, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301

Alors que les maires se sont vu déposséder à de nombreuses reprises de toute possibilité d'action en matière environnementale, et en dépit de leur pouvoir de police administrative générale, certains d'entre eux empruntent une autre voie verdissante et font d'ailleurs entendre la leur. C'est le cas de la commune de Grande-Synthe qui a saisi le Conseil d'État d'un recours contre les refus implicites du Président de la République, du Premier ministre et du ministre chargé de l'environnement de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de manière à respecter les objectifs que l'État s'était lui-même fixé dans le cadre de l'Accord de Paris.

Dans une première décision en date du 19 novembre 2020 (n°427301) le Conseil d'État, saisi par la commune, avait d'abord reconnu l'intérêt à agir de cette dernière en évoquant sa proximité immédiate avec le littoral et les caractéristiques physiques de son territoire. En effet, le Conseil d'État juge qu'« *eu égard à son niveau d'exposition aux risques découlant du phénomène de changement climatique et à leur incidence directe et certaine sur sa situation et les intérêts propres dont elle a la charge* », la commune de Grande-Synthe « *justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation des décisions implicites attaquées* ». Plus précisément, le Conseil d'État constate que la commune « *est exposée à moyenne échéance à des risques accrus et élevés d'inondations, à une amplification des épisodes de fortes sécheresses (...) mais aussi des dégâts significatifs sur les espaces bâtis* ». Ainsi, et alors même que « *ces conséquences concrètes du changement climatique ne sont susceptibles de déployer tous leurs effets sur le territoire de la commune qu'à l'horizon 2030 ou 2040* », la Haute juridiction constate tout de même le caractère inéluctable de ces conséquences « *en l'absence de mesures efficaces prises rapidement pour en prévenir les causes* ». Un premier élément préjugeant, peu s'en faut, de la décision finale...

En effet, sur le fond, le Conseil d'État avait d'abord relevé que l'Accord de Paris emportait force interprétative. Ensuite, pour sa mise en œuvre efficace, la France avait bel et bien adopté par voie législative une trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) devant permettre de parvenir en 2030 à une baisse de 40% par rapport à leur niveau de 1990. Pour atteindre cet objectif, le Gouvernement avait également adopté par décret une trajectoire de réduction s'étendant sur quatre périodes chacune comportant un plafond d'émissions appelé « budget carbone ».

A ce propos, le Conseil d'État avait estimé que pour la période 2015-2020, le plafond prévu avait été dépassé. En outre, le juge remarque que le Gouvernement avait, en conséquence, modifié par décret les trois autres budgets carbone en revoyant à la baisse l'objectif de réduction des émissions de GES pour la période 2019-2023, entraînant ainsi un report d'une partie de l'effort de réduction des émissions devant être réalisé. Ce qui, comme le relèvent à juste titre les juges, « *imposera alors de réaliser une réduction des émissions en suivant un rythme qui n'a jamais été atteint jusqu'ici* ». Un doute est ainsi né.

Toutefois, le Conseil d'État avait estimé qu'il ne disposait pas des éléments nécessaires pour juger si le refus de prendre des mesures supplémentaires pouvait être compatible avec le respect de la nouvelle trajectoire pour parvenir à l'objectif de 2030. Il avait donc ordonné un supplément d'instruction.

C'est ainsi qu'il s'est prononcé définitivement le 1<sup>er</sup> juillet dernier dans une décision par laquelle il condamne *in fine* l'État français en raison de son inaction en matière climatique.

Dans cette décision définitive, le Conseil d'État pose d'abord strictement le cadre : il rappelle qu'il ne statuera pas sur les objectifs fixés par le Gouvernement. En effet, il n'est pas question pour lui de se positionner sur la définition de la trajectoire, mais bien d'analyser si l'atteinte de l'objectif est réalisable eu égard à « *la démonstration de mener un tel effort* ». En effet, il s'agit plus précisément « *d'établir la compatibilité du refus opposé avec la trajectoire de réduction des*

*émissions de gaz à effet de serre* ». Pour guider la réflexion, le rapporteur public use de l'image à plusieurs reprises. Et ici, la question est donc de savoir « *est-ce que ça marchera ?* »

Le juge était placé dans une situation nouvelle et devait adapter son contrôle. Alors que la ministre de l'Environnement préconisait un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et la commune un contrôle normal, le juge administratif a finalement opté pour un contrôle à mi-chemin, suivant ainsi le rapporteur public qui précisait à juste titre que « *les choses sont plus nuancées* ».

En effet, en raison de l'incertitude qui entoure l'avenir, l'évaluation d'un événement futur invite le juge à s'appuyer sur l'absence ou l'insuffisance des éléments de justification apportés par le gouvernement, comme en témoignent d'ailleurs aussi les jugements climatiques récents à travers l'Europe (v. par exemple **Federal Constitutional Court, 24 mars 2021, Neubauer v. Allemagne, n° 1 BvR 2656/18, 1 BvR96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20**).

Ainsi, et afin de ne pas substituer son appréciation à celle de l'administration quant aux moyens à mettre en œuvre, le juge devait estimer si le refus de prendre certaines mesures était compatible avec l'objectif à long terme. Il était donc ici question d'un contrôle du caractère tangible d'une politique climatique dont la teneur exacte n'est pas évidente à la lecture de la décision. Quelques indices permettent toutefois d'observer un contrôle normal mais nuancé et subtil en relation avec les circonstances particulières de la situation d'espèce. Un contrôle finalement assez proche de celui que la CJUE avait développé concernant les actes de la Commission en matière économique. Elle avait en effet jugé que « *si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées* » (CJUE, **gde ch., 15 févr. 2005, aff. C-12/03 P, Commission c/ Tetra Laval**).

Quoi qu'il en soit, il faut remarquer, à l'instar d'Agathe Van Lang que se profile depuis quelques années déjà dans les jurisprudences du Conseil d'État, une « *obligation d'action efficace* » (A. Van Lang, « Protection de la qualité de l'air : de la transformation d'un droit gazeux en droit solide », *RFDA* 2017, p. 1135), et en l'espèce, la Haute juridiction soulève le caractère insuffisant et incomplet des mesures déjà adoptées. S'appuyant sur le large consensus scientifique en matière de réchauffement climatique et sur les rapports du GIEC ou encore du Haut Conseil pour le climat, le juge estime en effet que ces mesures sont incompatibles avec la trajectoire fixée.

Plus précisément, le Conseil d'État considère, d'une part, que la baisse des émissions en 2019 est faible et que celle de 2020 est insignifiante, « *transitoire* » et « *sujette à rebond* » en raison de la crise sanitaire qui a engendré une baisse de l'activité économique. Ainsi, cette baisse ne peut être regardée comme suffisante pour établir une évolution des émissions de gaz à effet de serre respectant la trajectoire fixée pour atteindre les objectifs de 2030.

D'autre part, il estime que le respect de la trajectoire, qui prévoit notamment une baisse de 12% des émissions pour la période 2014-2028, paraît inatteignable si de nouvelles mesures ne sont pas adoptées rapidement et ce, alors que l'accord entre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne a relevé en avril 2021 l'objectif de réduction des émissions de GES de 40 à 55% par rapport à leur niveau de 1990.

Une analyse qui semble paradoxalement partagée par le Gouvernement lui-même puisque ce dernier, en invoquant en défense les nouvelles mesures prévues par le projet de loi « climat et résilience », admet implicitement que les mesures en vigueur au moment de la décision ne permettent pas d'atteindre l'objectif de réduction...

Par suite, le Conseil d'État a donc annulé le refus implicite de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre, et enjoint au Gouvernement de prendre des mesures supplémentaires d'ici le 31 mars 2022, sans davantage de précisions.

#### \* « Principe qui roule n'amasse pas mousse »

##### CE, 9 juillet 2021, *Association pour la Défense de l'Environnement des Riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, n°439195

Le principe de non-régression est défini à l'article L.110-1 du code de l'environnement comme le principe « *selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* ».

Principe essentiel, car si depuis sa naissance le droit de l'environnement a connu un développement considérable tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, il s'inscrit nécessairement dans un système globalisé et de marché. Ainsi, la non-régression se présente comme un rempart face à la pression constante engendrée par le système lui-même, et par ses représentants. La présente affaire en témoigne amplement.

Vecteur de nombreuses polémiques, la portée de ce principe a toutefois été largement amoindrie depuis sa consécration législative par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Il a d'abord été limité par le juge constitutionnel (**Cons. const., 4 août 2016, n°2016-737 DC**) qui avait considéré que le principe de non-régression ne devait s'imposer qu'au seul pouvoir réglementaire. Quant au juge administratif, saisi à de nombreuses reprises par des requérants qui avaient cru bon d'invoquer le principe, il en a tracé les contours, parfois en le diminuant de façon assez libérale... La décision du 9 juillet 2021 semble à première vue déjouer cette sombre chronique. Toutefois, si l'on s'attache à en faire une lecture plus attentive, il semblerait bien finalement que la portée de ce principe soit en passe de connaître une nouvelle contraction.

En l'espèce, l'association de Défense de l'Environnement des Riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé avait demandé au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du secrétaire d'État auprès de la ministre de la Transition écologique et solidaire, chargé des transports du 26 décembre 2019 relatif aux restrictions d'exploitation de l'aérodrome de Beauvais-Tillé.

Les requérants estimaient que cet arrêté de 2019 méconnaissait le principe de non-régression puisqu'il octroyait au ministre chargé de l'aviation civile le pouvoir d'accorder des dérogations, au cas par cas pour certains aéronefs respectant certaines normes acoustiques, dont le dernier atterrissage était programmé entre 21 heures et 23 heures et dont le décollage était prévu le lendemain après 5 heures. Ce alors qu'un précédent arrêté du 25 avril 2002 interdisait à tout aéronef d'atterrir ou de décoller entre 0 heure et 5 heures sur l'aire de stationnement, et aux avions les plus bruyants, d'atterrir ou de décoller entre 22 heures et 7 heures du matin.

Suivant les conclusions de sa rapporteure publique Sophie Roussel, le Conseil d'État, toutefois très peu bavard, annule l'arrêté en cause au motif qu'il méconnaissait le principe de non-régression, « *faute pour l'administration, d'une part, d'avoir encadré le surcroît du trafic aérien nocturne qui pourrait résulter de l'octroi de ces dérogations et d'autre part, d'avoir indiqué les motifs d'intérêt général qui pourraient le cas échéant les justifier* ».

Une formulation atypique en la matière et qui ressemble étrangement à celle qu'avait auparavant employée le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2020-809 DC du 10 décembre 2020. Pour rappel, le juge constitutionnel avait été saisi par des sénateurs qui l'invitaient à déduire de l'article 2 de la Charte de l'environnement un principe de non-régression en matière environnementale pouvant ainsi, contrairement à ce qu'il avait déclaré en 2016, s'appliquer aux normes à valeur législative. Dans cette décision, le juge refuse cette analyse, mais consacre néanmoins un contrôle de proportionnalité sur les limitations portées par le législateur au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé consacré par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte. Il s'attache ainsi à vérifier que ces limitations législatives sont bien « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objet poursuivi* ».

Faut-il réellement commenter ? La ressemblance est frappante. En effet, dans cette affaire, le Conseil d'État indique que le principe de non-régression n'impose pas de renoncer définitivement à autoriser des pratiques auparavant interdites (ce qui de ce point de vue n'est pas inédit car le principe n'est pas entendu en France comme figeant un standard de protection de l'environnement à la manière d'une clause de « *standstill* ») si l'auteur motive son acte et justifie que cette autorisation poursuit des motifs d'intérêt général, et d'autre part, s'il encadre les conséquences environnementales afin de limiter autant que faire se peut les impacts (éviter, en somme, une « *incidence notable* » ce qui n'est pas non plus inédit).

Quoi qu'il en soit, c'est cette solution qui constitue peut-être une régression jurisprudentielle... Pour preuve, le Conseil d'État semble reprendre à sa guise, pour vérifier si un acte réglementaire méconnaît le principe de non-régression, la méthodologie développée par le Conseil

constitutionnel dans une décision où il avait de nouveau explicitement écarté un contrôle à l'appui de ce principe à l'encontre d'une norme à valeur législative.

Alors, certes, la décision peut être saluée. D'abord car le Conseil d'État fait une nouvelle application du principe de non-régression. En effet, il confirme que les mesures de lutte contre le bruit constituent bien des normes relatives à l'environnement. Une solution peu surprenante eu égard aux dispositions contenues dans le code de l'environnement (v. notamment Livre V, Titre VII « Prévention à la pollution sonore ») mais qui permettra potentiellement pour l'avenir un élargissement du champ d'application du principe (peut-être même une application pour des problématiques connexes à la protection de l'environnement ?). En outre, le Conseil d'État ne s'abrite pas derrière le caractère limité des effets de la dérogation et ne se laisse pas bernier par le potentiel « *tour de passe-passe* » qui aurait pu avoir pour effet de contourner ce principe inopérant à l'encontre des décisions individuelles (celles délivrées au cas par cas, aux termes de l'arrêté contesté). En effet, la rapporteure publique avait très justement emprunté la voie de la prévoyance en estimant qu'il ne fallait pas se laisser convaincre par « *une analyse qui consisterait à minimiser la portée de l'arrêté en le présentant comme se bornant à donner au ministre le pouvoir d'accorder au cas par cas des dérogations à l'interdiction d'atterrir en pleine nuit* ».

Pour résumer, si l'on peut voir se dégager du principe de non-régression, une plus forte obligation d'évaluation et de motivation des décisions pouvant avoir un impact notable sur l'environnement, semble néanmoins se profiler un contrôle encore plus mesuré qu'auparavant, notamment quant aux actes pour lesquels l'administration aura pris soin de justifier son action et d'encadrer la dérogation...

### \* « Polluera bien qui polluera le dernier »

#### CE, 4 août 2021, *Association les amis de la Terre et autres*, n° 428409

Dans une première décision n°394254 du 12 juillet 2017, le Conseil d'État qui avait été saisi par plusieurs associations, avait annulé les décisions implicites du Président de la République, du Premier ministre et des ministres de la santé et de l'environnement par lesquelles ils avaient refusé de prendre toutes mesures utiles et d'élaborer des plans conformes à l'article 23 de la directive 2008/50/CE du 21 mai 2008 relative à la qualité de l'air ambiant et à un air pur pour l'Europe.

Transposée au sein du Code de l'environnement, la directive de 2008 régit la concentration en dioxyde d'azote et en particules fines PM10. En cas de dépassement des valeurs limites, son article 23 oblige les États membres à mettre en place des plans de protection de la qualité de l'air comportant « *des mesures appropriées pour que la période de dépassement soit la plus courte possible* ».

En conséquence, le Conseil d'État avait enjoint au Gouvernement de prendre « *les mesures nécessaires pour que soit élaboré et mis en œuvre, pour chacune des zones (...) un plan relatif à la qualité de l'air permettant de ramener les concentrations en dioxyde d'azote et en particules*

*fines PM10 sous les valeurs limites fixées par l'article R. 221-1 du code de l'environnement dans le délai le plus court possible et de le transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018 ».*

Par la suite, dans sa **décision n°428409 du 10 juillet 2020**, le juge avait estimé que l'injonction n'avait été que partiellement exécutée et en avait ainsi prononcée une nouvelle, cette fois assortie d'une astreinte semestrielle de 10 millions d'euros dont la liquidation serait prononcée si l'État ne justifiait pas avoir exécuté la décision de 2017 dans un délai de six mois. La décision du 4 août 2021 était donc particulièrement attendue puisque la Haute juridiction devait se prononcer sur la liquidation de cette astreinte.

Le Conseil d'État estime - après avoir fait fi de tout élément conjoncturel lié à la gestion de la crise sanitaire ou encore de nature météorologique - que les dépassements de la valeur limite fixée à l'article R. 221-1 du code de l'environnement persistent et que ces zones *« ne peuvent être regardées comme présentant une situation de non-dépassement consolidée »*.

La Haute juridiction s'est ensuite attachée à évaluer si les mesures prises par le gouvernement pouvaient permettre d'améliorer la qualité de l'air dans le délai le plus court possible. Une évaluation plutôt superficielle compte tenu de l'évidence de la situation. En effet, en défense, la ministre a apporté peu de justifications puisque à l'appui de sa démonstration, elle a exposé des mesures déjà adoptées ou en cours d'adoption. Autrement dit, des mesures ne constituant pas des mesures d'exécution... En outre, le Conseil d'État relève que certaines mesures invoquées dépendent *in fine* non pas de l'État mais des collectivités territoriales puisque ce sont ces dernières qui sont chargées de les mettre en œuvre.

Enfin, c'est la condition du *« délai le plus court possible »* qui paraît centrale dans le contrôle du juge, rejoignant ainsi la jurisprudence de la CJUE (v. **affaire C-336/16 du 22 février 2018, Commission c/ Pologne**). En effet, le juge pointe à plusieurs reprises l'absence ou le manque de précision des calendriers de mise en œuvre des mesures adoptées. Plus encore, il remarque qu'*« il résulte de l'instruction qu'aucun nouveau plan de protection de l'atmosphère n'a été adopté ou révisé depuis la décision du 10 juillet 2020 »* alors même qu'il avait précisément enjoint au gouvernement d'adopter un tel plan dans sa première décision de 2017. Ainsi, la Haute juridiction semble intransigeante quant à ces outils de planification prévus notamment par le droit de l'Union. En outre, elle en fait des instruments à privilégier *« pour synthétiser les mesures prises ou à prendre ainsi que le calendrier attendu pour revenir sous les valeurs limites dans le délai le plus court possible »*.

Pour ces raisons, le Conseil d'État prononce finalement la liquidation de l'astreinte. Quelques remarques méritent d'être soulevées à ce propos, notamment en ce qui concerne la clé de répartition de cette dernière.

Il faut rappeler que l'article 911-8 du CJA prévoit que la juridiction peut décider que l'astreinte ne sera pas versée au requérant, notamment afin d'éviter son enrichissement indu. Dans ce cas, le même article prévoit que la part non versée peut ainsi être affectée au budget de l'État. Déjà dans sa décision de 2020, le Conseil d'État avait réglé le problème bien apparent. Il avait en effet

estimé que « *l’astreinte ayant pour finalité de contraindre la personne morale de droit public (...) à exécuter les obligations qui lui ont été assignées par une décision de justice, ces dispositions ne trouvent pas à s’appliquer lorsque l’État est débiteur de l’astreinte en cause* ». Il avait en sus prévu que dans ce cas, la possibilité pour la juridiction d’affecter cette somme « *à une personne morale de droit public disposant d’une autonomie suffisante à l’égard de l’État et dont les missions sont en rapport avec l’objet du litige ou à une personne morale de droit privé, à but non lucratif, menant, conformément à ses statuts, des actions d’intérêt général également en lien avec cet objet* ».

En outre, le Conseil d’État refuse de donner des instructions quant à l’utilisation des fonds. Comme l’indique le rapporteur public dans ses conclusions, il paraît en effet important « *de garder à l’esprit la finalité de l’astreinte, qui est de contraindre l’État à exécuter une décision de justice comme il lui appartient de le faire dans un État de droit (...) il ne s’agit pas pour le Conseil d’État (...) de prétendre assurer la bonne allocation budgétaire des ressources nécessaires à la réalisation d’une politique de lutte contre la pollution de l’air efficace* ».

Quoi qu’il en soit, l’on peut espérer que cette noble somme soit utilisée à bon escient. Quant au gouvernement, le Conseil d’État évaluera à nouveau ses actions pour le second semestre de l’année 2021 au début de l’année 2022, et décidera si l’État devra verser une nouvelle astreinte.

#### ✱ « Rien ne sert de prévoir, il faut partir à point »

**TA Paris, 14 octobre 2021, Association Oxfam France et autres, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976**

Saisi par plusieurs associations de protection de l’environnement d’un recours indemnitaire, le TA de Paris avait admis la carence de l’État en matière de lutte contre le réchauffement climatique dans une décision du 3 février 2021. Estimant que ce dernier n’avait effectivement pas respecté ses engagements dans le cadre du premier budget carbone, le tribunal avait retenu sa responsabilité pour faute dans l’aggravation du préjudice écologique (articles 1246 et s. du code civil) résultant d’un surplus de gaz à effet de serre (GES) dans l’atmosphère, reconnaissant d’ailleurs ainsi la possibilité d’appliquer le régime de réparation du préjudice écologique issu du code civil aux relations de droit public.

Embrassant la logique de l’article 1249 du code civil, le juge avait toutefois rejeté – à juste titre – la demande de réparation monétaire introduite par les requérants pour lui substituer une réparation en nature. C’est d’ailleurs pour cette raison qu’il avait ordonné avant-dire droit un supplément d’instruction. Un jugement particulièrement attendu puisque le juge devait à présent se prononcer sur les mesures pouvant donner lieu à la réparation du préjudice, mais également sur celles permettant de faire cesser pour l’avenir son aggravation dans le délai le plus court possible. Ainsi, dans sa décision du 14 octobre 2021, le TA de Paris procède en deux temps. Il s’attache d’abord à évaluer le préjudice écologique pour prononcer ensuite, dans un second temps, une injonction dans une logique réparatrice et compensatrice.

Dans son évaluation, le juge suit une logique comptable très proche de celle adoptée avant lui par le Conseil d'État (**CE 1<sup>er</sup> juill. 2021, Commune de Grande-Synthe, n°427301** et **CE 4 août 2021, Association les amis de la Terre et autres, n°428409**). A une différence près toutefois puisque le TA de Paris qui devait s'attacher à évaluer le préjudice réparable à la date de son jugement a ainsi pris en compte dans son calcul la réduction des émissions due aux effets de la crise sanitaire (évaluée à 47 Mt CO<sub>2</sub> eq). En somme, il estime, après s'être appuyé sur diverses données scientifiques établies notamment par le Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (CITEPA) et le Haut Conseil pour le Climat, que le préjudice devait finalement s'élever à hauteur de 15 Mt CO<sub>2</sub> eq.

A cet égard, il faut peut-être déplorer le manque de précision et de profondeur dans la recherche de ce préjudice, à l'instar de Julien Betaille (« Le préjudice écologique à l'épreuve de l'affaire du siècle : un succès théorique mais des difficultés pratiques », *AJDA* 2021, p. 2228) et Mathilde Hautereau-Boutonnet (« Jugement de « l'affaire du siècle » - Une logique comptable et correctrice », *LSJ*, ed. générale n° 46, 15 novembre 2021, p. 1195). En effet, peut-être aurait-il été bienvenu de qualifier quels types de dommages sont susceptibles d'être causés concrètement par un tel dépassement des seuils d'émission de gaz à effet de serre (v. par exemple, sur la caractérisation des fonctions de la biodiversité dans l'évaluation d'un préjudice écologique : **TJ Marseille, 6 mars 2020, n° 16253000274**).

Quoi qu'il en soit, le TA de Paris devait ensuite se prononcer sur les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte. En effet, en substituant la réparation en nature à la réparation monétaire initialement demandée par les associations requérantes, le juge devait ainsi indiquer les méthodes de réparation du préjudice écologique à l'instant évalué, mais également celles permettant de prévenir pour l'avenir l'aggravation du dommage.

Ainsi, le TA ordonne au Premier ministre et aux autres ministres compétents « *de prendre toutes les mesures sectorielles utiles de nature à réparer le préjudice à hauteur de la part non compensée d'émissions de gaz à effet de serre au titre du premier budget carbone* », rejetant ainsi l'argumentation de la ministre selon laquelle l'injonction prononcée par le Conseil d'État dans la décision *Commune de Grande Synthe* permettait déjà de réparer ce préjudice. Entre autres, le juge estime en effet que cette décision du Conseil d'État portait sur l'objectif global de réduction des émissions de GES à l'horizon 2030 et qu'il ne s'agissait donc pas de réparer un préjudice né du dépassement du premier budget carbone.

En réalité, cette injonction recouvre à elle seule la logique réparatrice et compensatrice. Il demeure malheureusement impossible – il faut en convenir – de retirer le surplus de GES engendré. Par conséquent, la réparation de ce préjudice implique non seulement l'adoption de mesures propres à le faire cesser mais également que celles-ci soient mises en œuvre dans un délai suffisamment bref pour prévenir l'aggravation des dommages constatés.

## \* « L'important, c'est de participer »

## CE, 15 novembre 2021, Association Force 5, n°434742

Le Conseil d'État a jugé, sinon proclamé, que « *le paragraphe 4 de l'article 6 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 doit être regardé comme produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne* ».

En l'espèce, l'association estimait que les dispositions de l'article L. 311-5 du code de l'énergie prévoyant les critères que l'autorité administrative doit prendre en compte lors de la procédure d'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, ne prévoyaient pas de procédure permettant l'information et la participation du public. Ainsi, elle demandait au Conseil d'État d'annuler un arrêté du 10 janvier 2013 par lequel le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie avait autorisé une société à exploiter une centrale de production d'électricité de type cycle combiné à gaz dans le Finistère, en application de cet article L. 311-1.

Après quelques péripéties procédurales et notamment quelques renvois juridictionnels, l'association s'était pourvue en cassation devant le Conseil d'État, lequel avait, en outre, renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC soulevée à cette occasion par l'association.

Dans sa décision du 15 novembre 2021, le Conseil d'État rappelle d'abord la solution du juge constitutionnel (**Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC**). Ce dernier avait dans un premier temps estimé que la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité constituait bien une décision publique ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Toutefois, il avait ensuite relevé qu'était intervenue une ordonnance du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public, codifiée à l'article L. 120-1 du code de l'environnement et applicable à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2013 aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement n'appartenant pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières auraient déjà prévues une participation du public. Ainsi, les dispositions, dans leur rédaction contestée devaient être déclarées contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013 mais conformes à la Constitution à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2013. Toutefois, afin d'éviter les effets manifestement excessifs pouvant découler de cette solution, le Conseil constitutionnel avait jugé que les mesures prises en application de l'article L. 311-5 avant cette date ne pouvaient être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Le moyen d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement ne pouvait donc pas être accueilli. C'est la raison pour laquelle, le Conseil d'État, cherchant peut-être une solution plus satisfaisante, s'est tourné vers le droit conventionnel et a estimé que le paragraphe 4 de l'article 6 de la convention d'Aarhus de 1998, selon lequel « *chaque partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence* », contient des « *stipulations [qui] doivent être*

*regardées comme produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne* ». Une petite phrase isolée mais qui n'est pas sans importance.

Ainsi ou malgré tout, le Conseil d'État a jugé qu'en l'espèce, si les dispositions de l'article L. 311-5 du code de l'énergie alors en vigueur ne prévoyaient pas de procédure permettant l'information et la participation du public le projet de création de la nouvelle unité de production d'électricité avait permis la satisfaction du principe de participation du public. En effet, selon la Haute juridiction, le type de centrale, sa puissance et sa localisation avaient bien été présentés dans le cadre d'une Conférence réunissant partenaires économiques et associatifs de l'État et de la région. En outre, plusieurs réunions avaient été organisées, ainsi qu'une concertation avec les élus et le public, ou encore l'ouverture d'un espace participatif consacré au projet sur le site internet de la préfecture. Enfin, le Conseil d'État rappelle qu'une enquête publique se tiendra prochainement en vue de la délivrance de l'autorisation requise au titre de la législation sur les ICPE.

Dès lors, les mesures prises en l'espèce étaient suffisantes pour assurer la mise en œuvre des objectifs fixés par l'article 6 de la Convention d'Aarhus puisque *« la concertation, qui avait eu lieu à un stade précoce de la procédure, avait permis au public de faire valoir ses observations et ses avis en temps utile, alors que la décision d'autorisation n'était pas encore prise »*.

Le Conseil d'État, bien que rejetant le pourvoi, permet néanmoins pour l'avenir d'invoquer une nouvelle disposition du traité directement devant une juridiction nationale à l'occasion d'un recours. Une solution largement encouragée par le rapporteur public dans ses conclusions. Il y citait d'ailleurs Alexandre Lallet (conclusions sur CE, 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, n°342409), pour qui *« l'intention des parties à la convention d'Aarhus et l'économie générale de ce traité consistent très certainement à garantir un certain nombre de droits au profit du public en matière de participation et d'information environnementale, plutôt qu'à créer des obligations entre États »*, ce à quoi Olivier Fuchs ajoutait que *« la stipulation invoquée est précise et prescriptive, puisqu'elle prévoit que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence »*.

Un revirement certain car, s'il avait déjà pu faire application de la Convention (v. par exemple, très récemment, **CE, 6 octobre 2021, n°446302**) le Conseil d'État n'avait jamais reconnu expressément l'effet direct de ce paragraphe. Dans une **décision n°292942 du 06 juin 2007**, il avait, au contraire, estimé que ces dispositions *« créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne ; qu'elles ne peuvent par suite être utilement invoquées »*. Et un revirement bienvenu en ces temps où les procédures de participation du public sont parfois malmenées, et font l'objet de vives critiques, en témoigne le saisissant rapport du Conseil général de l'environnement et du développement durable du 29 octobre dernier.

# DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

---

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### ✳ Encadrement du Service national universel : les conditions de recrutement et d'emploi des encadrants du SNU

Ordonnance n° 2021-1159 du 8 septembre 2021 relative aux conditions de recrutement et d'emploi des personnes chargées d'encadrer les volontaires du service national universel

Cette ordonnance précise les conditions de recrutement et d'emploi des personnes chargées d'encadrer les volontaires du service national universel.

En vertu de son article 1<sup>er</sup>, les encadrants du SNU devront satisfaire à des conditions d'honorabilité. Ils ne pourront participer à la préparation et à l'encadrement des séjours de cohésion du service national universel qu'en l'absence de condamnation définitive pour crime ou délit mentionnés à l'article L. 133-6 du code de l'action sociale et des familles (en cas d'agression sexuelle, de mise en péril des mineurs...).

L'article 2 de cette ordonnance modifie les dispositions des lois relatives aux statuts de la fonction publique d'État, territoriale et hospitalière et prévoit un congé spécial avec traitement pour les fonctionnaires qui souhaitent « *accomplir une période d'activité en qualité de personnel encadrant du service national universel* », d'une durée maximale de soixante jours par année et sous réserve des nécessités de service. La même possibilité est offerte aux fonctionnaires des communes, des groupements de communes et des établissements publics administratifs de Polynésie française.

### ✳ La magistrature administrative à l'heure de la réforme de l'encadrement supérieur de l'État

Ordonnance n°2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État

*« Il existe une différence fondamentale entre un fonctionnaire et un politique : le fonctionnaire, en principe, est assujéti à une obligation de mobilité.*

*[Quand t]el député aura exercé son métier d'origine durant quelques brèves années, puis, par la grâce confirmée du suffrage universel, l'intégralité de sa vie active se sera déroulée à l'Assemblée nationale jusqu'à ce que, l'âge de la retraite venu ou largement dépassé, il aille jouir de celle-ci au Sénat. »*

Ces mots que l'on doit à Guy Carcassonne, et que l'on retrouve dans la contribution qu'il a écrite au sein du rapport public publié par le Conseil d'État en 2003 – intitulé « *Perspectives pour la fonction publique* [G. CARCASSONNE, « *Fonction publique et fonction politique* », in *Perspectives pour la fonction publique* (Rapport public publié par le Conseil d'État, La Documentation Française, 2003, p. 427)] – ne manquent pas de sel quand on s'intéresse à la récente réforme de la haute fonction publique, et plus spécifiquement au sort réservé aux magistrats administratifs et financiers.

Le 25 avril 2019, à l'occasion de son discours de clôture du grand débat national, le Président de la République avait appelé à une « *réforme ambitieuse* » de la haute fonction publique. C'est ainsi que quelques mois plus tard naquit le « *rapport Thiriez* », rapport mettant à l'honneur une « *haute fonction publique plus agile, plus attractive et plus représentative* » (Rapp., F. THIRIEZ (*dir.*), 30 janv. 2020, p. 3). Certaines de ses préconisations seront ainsi reprises par l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État, à commencer par la suppression de l'École Nationale d'Administration (ENA), à laquelle succédera l'Institut National du Service Public (INSP). Cette réforme, bien entendu, ne s'arrête pas là. On peut citer par exemple la suppression des « *grands corps* » comme le corps de l'inspection générale (même si sur ce point, l'ordonnance ne brille pas par sa clarté), ou le corps préfectoral ; la création du corps des administrateurs de l'État ou encore la mention de lignes directrices de gestion interministérielles qui seront édictées par le Premier ministre. Au-delà, c'est la juridiction administrative dans son ensemble qui est concernée, qu'il s'agisse du Conseil d'État ou des juridictions du fond, mais également des juridictions financières.

L'accès à la magistrature administrative ne sera désormais possible qu'après avoir effectué deux ans au sein du corps des administrateurs de l'État à la sortie de l'INSP. L'accès à la magistrature est donc subordonné à une expérience préalable au sein de l'administration « *active* ».

Cette réforme a prévu par ailleurs une procédure spécifique pour intégrer le Conseil d'État. Désormais, l'auditorat ne correspond plus à un grade mais à un emploi. Emploi dont l'accès ne sera pas ouvert aux membres des corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ces derniers n'étant pas visés par le décret n° 2021-1216 du 22 septembre 2021 (v. en ce sens le communiqué du Syndicat de la Juridiction Administrative en date du 24 septembre 2021 dénonçant « *l'exclusion des magistrats administratifs des corps d'accès aux fonctions d'auditeur au Conseil d'État et la rupture de l'unité de la juridiction administrative dont cette exclusion témoigne* »).

Une commission d'intégration devra ensuite proposer la nomination de ces auditeurs au grade de maître des requêtes. La question de la présidence de cette commission a d'ailleurs suscité des débats assez houleux entre le Gouvernement et le Conseil d'État, comme cela ressort de l'éditorial du Vice-Président du Conseil d'État au sein du rapport annuel de l'année 2020 publié au mois de juin dernier (v. plus précisément : p. 12, § 6).

On constate néanmoins que, dans l'ensemble, le Conseil d'État a été épargné par la réforme. Malgré certains « *obstacles* » (fin de l'accès direct, mobilité statutaire...), et malgré la question de la présidence des commissions d'intégration, l'esprit de l'auditorat, cher au Palais Royal,

demeure, celui-ci ayant souvent fait valoir cette logique du “*compagnonnage*” au cours de la réforme.

Il n'en va pas de même pour le corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dont le déroulé de la carrière a connu des changements substantiels, à commencer par l'institution d'une double mobilité statutaire. Jusqu'ici, la mobilité n'était imposée que pour devenir président d'une formation de jugement, en sachant que les magistrats ayant exercé trois ans en Cour administrative d'appel en étaient dispensés. Il sera désormais obligatoire d'effectuer une mobilité de deux ans pour acquérir le grade de premier conseiller, ainsi qu'une seconde en vue d'acquérir celui de président, étant précisé que la dispense précitée a été supprimée.

C'est d'ailleurs cette mesure qui a conduit près de 25% des magistrats à faire grève les 18, 19 et 20 mai 2021, le syndicat de la juridiction administrative et l'union syndicale des magistrats administratifs soulignant avoir été « *les victimes collatérales d'une réforme qui n'a pas été pensée pour eux* ».

Officiellement, cette obligation faite aux magistrats de passer deux ans dans l'administration active a pour objet d'améliorer la qualité de la justice rendue. Le but étant de permettre aux magistrats de mieux comprendre l'Administration et de mieux juger, puisque, comme le disait Henrion de Pensay, « *juger l'administration, c'est encore une fois administrer* ». Était également invoquée la nécessité pour le juge de se former aux fonctions d'encadrement et de gestion. S'il est difficile de porter un regard sur le second aspect, le premier pose toutefois question. En soi, comme le dit le Benoît Plessix, « *on ne demande pas à un juge aux affaires familiales d'être lui-même divorcé pour bien juger de la séparation d'un couple* ». Le fondement est donc douteux. On peut au-delà redouter certaines conséquences de cette réforme, qui sur ce point en tout cas, semble aller à contre-courant, que ce soit à l'égard de l'image renvoyée par la Juridiction administrative ou à l'égard des contraintes pesant sur son fonctionnement.

## JURISPRUDENCE

### ✱ Réitération du standard de « l'exercice normal du pouvoir hiérarchique »

#### CE, 27 septembre 2021, *Ministre des Armées*, n° 440983

En l'espèce, après avoir reçu son entretien annuel d'évaluation professionnelle, une agente du ministère des Armées a consulté son médecin traitant qui lui a prescrit un arrêt de travail pour un syndrome anxio-dépressif, avec risque suicidaire. L'intéressée a sollicité la reconnaissance de l'imputabilité au service de cet arrêt de travail. Par une décision du 7 mars 2016, le ministre de la Défense a refusé de faire droit à sa demande. Cette décision a été annulée par le tribunal administratif de Rennes. Saisie en appel par le ministère des armées, la Cour administrative de Nantes a confirmé le jugement du tribunal.

Il appartenait au Conseil d'État de déterminer si un entretien d'évaluation avec le supérieur hiérarchique était susceptible de constituer à « *un accident de service* », au sens de l'article 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

En principe, un entretien d'évaluation, « *ne saurait être regardé comme un événement soudain et violent susceptible d'être qualifié d'accident de service, quels que soient les effets qu'il a pu produire sur l'agent* ». Toutefois, dans un souci de protection, le Conseil d'État ajoute qu'il en ira autrement en cas de « *comportement ou [de] propos excédant l'exercice normal du pouvoir hiérarchique* ». Il réitère ainsi ce standard qui avait été mobilisé en matière de protection fonctionnelle et qui marque la prise en compte de la dimension également humaine des rapports hiérarchiques. En effet, si, en principe, la protection fonctionnelle ne peut être accordée pour un différend entre un agent et son supérieur hiérarchique (CE, 26 novembre 1975, n°94124), « *il en va différemment lorsque les actes du supérieur hiérarchique sont, par leur nature ou leur gravité, insusceptibles de se rattacher à l'exercice normal du pouvoir hiérarchique* » (CE, 29 juin 2020, M. Ledoux, n°423996).

#### ✱ Rémunération : modalités de la prescription d'un indu

##### CE, 1<sup>er</sup> juillet 2021, Mme B, n° 434665

La question de la prescription des créances résultant de paiements indus en matière de rémunération de ses agents par l'administration est réglée par l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Aux termes des dispositions de cet article, l'action en répétition de l'indu est enserrée dans un délai de deux ans à compter du premier jour du mois suivant le versement.

Le Conseil d'État avait, par un avis contentieux, apporté d'utiles précisions à cet égard : d'une part, les cas prévus par ce même article, dans lesquels le délai de deux ans n'est pas opposable à l'administration, sont tout de même couverts par le délai de prescription de droit commun prévu à l'article 2224 du code civil ; d'autre part, les causes d'interruption de la prescription sont, à défaut de précision sur ce point, celles qui résultent des principes dont s'inspirent les dispositions du titre XX du livre III du code civil (CE, avis, 31 mars 2017, *Dittoo et Holterbosch*, n°405797).

Ces principes directeurs n'avaient pas encore eu l'occasion d'être appliqués. En l'espèce, une agente du ministère de l'Éducation nationale, placée en congé de longue maladie, a continué de percevoir sa rémunération. L'administration a émis des titres de perception pour récupérer les sommes indûment versées. Ces titres ont été annulés par le tribunal administratif de Toulouse pour un vice de légalité externe. Le tribunal prononça également une décharge à l'égard de la requérante et enjoignit l'administration à restituer les sommes déjà récupérées. La Cour confirma le jugement de première instance dès lors que l'administration ne pouvait, en tout état de cause, régulariser les titres annulés, la prescription étant acquise et l'action en justice de la requérante n'ayant pu interrompre le cours.

Le Conseil d'État rappelle que l'annulation d'un tel titre pour vice de légalité externe n'implique pas nécessairement la restitution des sommes déjà récupérées. Saisi de conclusions en ce sens, le juge est invité à accorder à l'administration un délai de régularisation, sauf si la prescription y fait effectivement obstacle. La solution du Conseil d'État diverge toutefois sur l'interruption de la prescription. Contrairement au tribunal et à la Cour avant lui, il estime que l'exercice d'un recours juridictionnel, *“quelqu'en soit l'auteur”*, interrompt le délai de prescription jusqu'au terme de l'instance.

#### ✳ **Discipline : l'obligation pour le conseil de discipline d'auditionner les témoins séparément**

**CE, 20 juillet 2021, n° 445843**

En l'espèce, un agent de l'État affecté en préfecture est licencié pour insuffisance professionnelle. Si, en première instance, le requérant est débouté, les juges d'appel lui donnent raison. La Cour a en effet relevé que, aux termes du premier alinéa de l'article 5 du décret du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État, *“le conseil de discipline entend séparément chaque témoin cité”*, et jugé, dès lors, que l'audition de deux témoins simultanément, et non séparément, était constitutive d'un vice de procédure de nature à priver l'intéressé d'une garantie.

Le Conseil d'État se montre plus restrictif que la Cour dans l'appréciation de l'existence d'un tel vice de procédure. Réitérant la jurisprudence Danthony (**CE, Ass., 23 décembre 2011, n°335033**), il censure la Cour qui s'était livrée à une appréciation purement abstraite, sans rechercher si, en l'espèce, le vice allégué *“avait, eu égard aux fonctions exercées par les témoins, à l'origine de leur citation et à la teneur de leurs propos, effectivement privé l'intéressé de la garantie”*.

#### ✳ **Droits et garanties : conciliation de la nécessaire publicité de la nomination avec l'exigence de protection des données personnelles**

**CE, 10 juin 2021, M. A, n° 431875**

En l'espèce, un agent avait bénéficié du dispositif de recrutement ouvert aux travailleurs handicapés, dans le cadre du décret du 25 août 1995. L'arrêt de nomination, publié sur le site internet du ministère, comportait son nom et sa date de naissance et visait le décret en question, révélant indirectement la situation de handicap dans laquelle il se trouve. Le requérant a donc demandé la suppression des mentions relatives à son identité.

Il appartenait d'abord au Conseil d'État de déterminer si la publication de ces informations pouvait être assimilée à un traitement de données à caractère personnel, entrant dans le champ d'application du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD). Pour censurer la Cour, il rappelle que *“la seule publication sur un site internet de données à caractère personnel suffit à (...) rendre applicables”* les dispositions du RGPD.

Le Conseil d'État devait, ensuite, déterminer si, en application de ces règles, le requérant pouvait exiger la suppression des informations relatives à son identité. S'il est, en principe, interdit de traiter des données concernant la santé, la mise en ligne des informations en question ne révèle qu'indirectement que le requérant souffre d'un handicap, sans donner directement aucune information sur la nature ou la gravité de ce handicap. Elle *“ne saurait, par suite, être regardée comme procédant au traitement d'une donnée relative à la santé”*, tombant sous le coup de l'interdiction.

Toutefois, le traitement de données personnelles ne doit pas être excessif au regard des finalités poursuivies. Or, la publication de la nomination *“vise à garantir les droits des tiers et le respect du principe d'égal accès aux emplois publics”*. Dès lors, son *“maintien permanent”* sur le site du ministère excède les finalités du traitement de données litigieux et *“il appartient ainsi à l'autorité compétente, saisie d'une demande en ce sens, une fois expiré le délai de recours contre un tel acte, de prendre des mesures de nature à limiter le traitement des données (...), en ne maintenant cette publication que sous la forme d'un extrait ne mentionnant pas le fondement juridique de l'arrêté de nomination”*.

# LIBERTÉS FONDAMENTALES

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* La loi « séparatisme », une loi aux intentions à peine voilées

#### Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

Les rédacteurs de cette loi recherchaient à l'évidence une filiation historique permettant de légitimer ce texte. Quoi de mieux que la loi de 1905 qui fût promulguée le 9 décembre, soit tout juste 115 ans avant la présentation du projet de loi en 2020 au conseil des ministres ? Sauf que là où la loi sur la séparation des Eglises et de l'Etat – souvent invoquée à des fins qui n'étaient pas les siennes – poursuivait un objectif d'apaisement dans un contexte marqué par une vive hostilité à l'égard de la religion catholique, le discours adopté par la loi confortant le respect des principes de la République adopte, à l'inverse, un discours ouvertement offensif. Il suffit de lire le communiqué de presse du Conseil des ministres en date du 9 décembre pour s'en convaincre. Ainsi, le terme « *séparatisme* » y figure pas moins de six fois quand celui d'« *Islam* » s'y retrouve trois fois. L'exposé des motifs ne fait pas non plus dans la demi-mesure. Pointant du doigt un « *entrisme communautaire insidieux mais puissant [pour l'essentiel d'inspiration islamiste peut-on lire plus loin], [qui] gangrène lentement les fondements de notre société dans certains territoires* », ce projet de loi entend lutter contre ce « *travail de sape* » qui affecterait le bien-vivre ensemble. Déplorant un « *arsenal juridique* » (nous soulignons) insuffisant face à ce phénomène « *qui [malmène] la cohésion nationale et la fraternité, qui méconnaît la République et bafoue les exigences minimales de vie en société* », l'exposé des motifs cherche à éclairer les consciences : « *la République n'a pas suffisamment de moyens d'agir contre ceux qui veulent la déstabiliser.* » Difficile d'y voir une influence quelconque de la loi de 1905. Difficile également d'y voir la conception classique de la laïcité, pourtant abondamment mentionnée dans le texte.

En soi, ce texte s'inscrit dans le cortège de ceux qui l'ont précédé à compter de 2004 avec la loi n° 2004-228 du 15 mars « *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.* » Il se veut toutefois « *plus systématique et porte sur des objets plus larges* », celui-ci embrassant « *tous les aspects de la vie en société, dans différents domaines, le tout assorti de sanctions pénales* » (RFDA 2021, dossier spécial, p. 815). Il est donc peu aisé d'en faire un exposé exhaustif. On citera néanmoins les éléments suivants.

On retrouve dans le premier titre – intitulé sobrement « *Garantir le respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie en société* » – un article 1<sup>er</sup> imposant à l'organisme, de droit public ou de droit privé, en charge d'une mission de service public, de veiller au respect des principes de neutralité et de laïcité. Cette obligation s'étend aux contrats de la commande publique ayant pour objet la réalisation d'une mission de service public. Aussi, lorsque le contrat porte sur l'exécution d'une mission de service public, son titulaire sera

désormais tenu de s'assurer que ses salariés « *s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité.* » Le titulaire n'est du reste pas le seul concerné puisque l'article 1<sup>er</sup> entend aussi s'appliquer à toutes les personnes auxquelles le titulaire confie pour partie l'exécution de la mission de service public, comme les sous-traitants ou les sous-concessionnaires.

Dans la continuité, l'article 2 prévoit que tout agent de la police nationale, de la gendarmerie nationale ou de l'administration pénitentiaire devra désormais prêter serment en déclarant « *solennellement servir avec dignité et loyauté la République, ses principes de liberté, d'égalité et de fraternité et sa Constitution* » préalablement à leur prise de fonctions. On précisera toutefois que les agents de la gendarmerie nationale et de l'administration pénitentiaire étaient déjà soumis à une telle obligation.

Dans la même logique, l'article 3 prévoit la création d'un référent laïcité. Il devra dans ce cadre apporter « *tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte.* » Il sera par ailleurs chargé d'organiser une « *journée de la laïcité* » tous les 9 décembre, date d'anniversaire de la promulgation de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat. Cette obligation, pour le moins « *originale* », revêt une dimension éminemment symbolique. Censée manifester le « *partage des valeurs républicaines communes* », la circonstance pour un agent de refuser d'y participer serait susceptible d'être interprétée comme un signe de refus de ce partage (C. DEFFIGIER & H. PAULIAT, « Le service public », *RFDA* 2021, p. 816).

On retrouve également dans ce titre certaines dispositions relatives à l'instruction en famille (l'école à la maison, pour le dire autrement) et aux écoles hors contrat (articles 49 à 55). La loi opère en ce sens un glissement de l'instruction obligatoire vers la scolarisation obligatoire (N. SILD, « L'éducation », *RFDA* 2021, p. 845). Jusqu'ici soumise à un régime de déclaration, l'instruction en famille sera désormais subordonnée à la délivrance d'une autorisation préalable, dans les conditions fixées à l'article L. 131-5 du code de l'éducation. Supprimant l'alternative qui était jusqu'alors reconnue aux parents la loi « séparatisme » fait ainsi de « *la scolarisation le principe, l'instruction en famille l'exception* » (*ibid.*).

La loi instaure également un régime de fermeture administrative de ces établissements privés d'enseignement hors-contrat, l'enjeu étant de permettre aux autorités d'agir dans les meilleurs délais lorsque des « *manquements graves et réitérés à la réglementation* » sont constatés. Sont aggravées, dans ce cadre, les peines encourues par les directeurs desdits établissements ayant agi en méconnaissance des dispositions du code de l'éducation.

Le titre II de cette loi est intitulé : « *Garantir le libre exercice du culte* ». Ce qui est assez ironique au regard des dispositions qu'il comporte, étant donné qu'il est plus question d'encadrer que de garantir l'exercice de ce dernier (P. DELVOLLE, « Les cultes », *RFDA* 2021, p. 856). Les articles 68 et suivants s'intéressent ainsi aux règles régissant la vie des associations cultuelles, de leur création jusqu'à leur organisation en passant par leur financement. L'association cultuelle doit ainsi déclarer sa qualité cultuelle au représentant de l'Etat dans le département. Ce dernier devra également être tenu au courant de tout avantage ou don étranger dont le montant excéderait 10 000 € (art. 77).

## \* Conservation des données de connexion

### Décrets du 20 octobre 2021 n° 2021-1361, n° 2021-1362 et n° 2021-1363

Les données de connexion, aussi appelées « métadonnées » sont des données relatives à l'identité de l'utilisateur, au trafic et à la localisation des communications, mais qui ne portent pas sur le contenu même de ces communications. En droit français, un principe général est posé à l'article 34-1 du CPCE selon lequel les opérateurs de communication électroniques effacent ou rendent anonymes ces données « *traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou en vue de sa facturation* » (au sens du 18° de l'article L.32 du même code).

Toutefois, sans surprise, puisque tout principe connaît des exceptions, le législateur impose aux opérateurs de communications électroniques, aux fournisseurs d'accès à internet et aux hébergeurs l'obligation de conserver de manière générale et indifférenciée les données de connexion pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions notamment pénales, mais également pour les missions de défense et de promotion des intérêts fondamentaux de la Nation confiées aux services de renseignement, sous certaines conditions et limites fixées par la loi et les dispositions réglementaires prises en application.

Le Conseil Etat, saisi par plusieurs associations qui lui demandaient d'annuler pour excès de pouvoir plusieurs de ces dispositions réglementaires relatives à la conservation de ces données, avait rendu, le 21 avril 2021, une décision (n° **393099, 394922, 397844, 397851, 424717**) par laquelle il devait examiner la conformité des règles françaises au droit européen. Il faut dire que le droit de l'Union, tel qu'interprété par la CJUE est très strict en la matière (v. notamment **CJUE, gr.ch, 8 avril 2014, aff. C-293/12 et 594/12, « Digital Rights Ireland »** et **CJUE, gr.ch, 21 décembre 2016, Tele2 Sverige, aff. C-203 et 698/15**). Pour résumer, toute conservation généralisée et indifférenciée des métadonnées des utilisateurs des communications électroniques est prohibée. Cette interdiction est même étendue à la sauvegarde de la sécurité nationale (**CJUE, gr.ch, 6 octobre 2020, « La Quadrature du net », aff. C-511 et 512** et du même jour, « **Privacy International** », **aff. C-623/17**). C'est en effet ce qu'avait répondu la Cour au Conseil d'Etat suite à la question préjudicielle qu'il avait posée dans le cadre de cette affaire.

Bien sûr, ces interdictions peuvent être surmontées lorsque certaines conditions sont réunies. C'est ce que rappelle et précise la Cour dans ses décisions d'octobre 2020. En premier lieu, la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion (autres que les données d'identité) ne peut être imposée aux opérateurs que pour les besoins de la sécurité nationale en cas de menace grave, et si l'accès à ces données par les services de renseignement est soumis au contrôle préalable d'une autorité indépendante et au contrôle d'un juge. En second lieu, pour la lutte contre la criminalité grave, les États peuvent imposer la conservation ciblée de données, mais seulement dans certaines zones ou pour certaines catégories de personnes pré-identifiées comme présentant des risques particuliers. En outre, les autorités peuvent demander aux opérateurs de geler les données de trafic et de localisation relatives à une personne, pour les besoins d'une enquête pénale, sur une courte période, c'est-à-dire en utilisant la méthode dite de « conservation rapide » des données. En dernier lieu, la Cour rappelle ainsi que la conservation

des données de connexion n'est pas permise pour d'autres motifs, notamment pour la recherche des infractions ne relevant pas de la criminalité grave.

En conséquence, le Conseil d'Etat – tout en vérifiant que l'application du droit européen ne compromettrait pas les exigences constitutionnelles de la France - relève que la conservation généralisée aujourd'hui imposée aux opérateurs par le droit français est bien justifiée par une menace pour la sécurité nationale, comme cela est requis par la CJUE.

Toutefois, en ce qui concerne l'obligation de conservation généralisée des données (hormis les données peu sensibles : état civil, adresse IP, comptes et paiements) pour les besoins autres que ceux de la sécurité nationale, notamment la poursuite des infractions pénales, le juge constate toutefois que les dispositions en litige sont illégales.

Prenant acte de cette décision, le Gouvernement a donc adopté une série de trois décrets le 20 octobre 2021. D'abord, un décret n° 2021-1363 enjoint aux opérateurs de communications électroniques de conserver les données de trafic et de localisation « *vu la menace grave et actuelle contre la sécurité nationale* » pour une durée d'un an.

Quant aux deux autres décrets (n° 2021-1361 et n° 2021-1362) ils viennent énumérer et préciser la teneur de ces données. Plus précisément, le décret n°2021-1361 vise à préciser les catégories de données de connexion, définies aux II bis et III de l'article L. 34-1. Il détermine ainsi quelles sont les informations relatives à l'identité civile de l'utilisateur, les informations fournies par l'utilisateur lors de la souscription d'un contrat et les informations relatives au paiement, les données techniques permettant d'identifier la source de la connexion ou celles relatives aux équipements terminaux utilisés ainsi que les autres données de trafic et les données de localisation. Parmi ces données (conservées pendant un an) l'on trouve notamment, les nom et prénom, la date et le lieu de naissance ou la raison sociale, les adresses postales associées, les numéros de téléphone, mais aussi l'identifiant, les pseudonymes, le type de paiement utilisé, la référence du paiement ainsi que la date, l'heure et le lieu en cas de transaction physique, ou encore l'adresse IP attribuée à la source de la connexion et le port associé.

Quant au décret n°2021-1362, il abroge et remplace le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Il précise ainsi les catégories de données de connexion devant être conservées, pendant une durée de 5 ans, par les personnes visées aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

## JURISPRUDENCE

### ✱ « Tu aimeras ton *pro-chien* comme toi même »

**CE, 16 juillet 2021, Association Ligue française pour la défense des droits du citoyen, n°434254**

La décision rendue le 16 juillet 2021 par le Conseil d'État n'est ni inédite, ni surprenante, et elle s'inscrit pleinement dans la lignée jurisprudentielle relative au contrôle de proportionnalité des arrêtés « anti-mendicité » au regard de la liberté d'aller et venir. Il semble toutefois important de rappeler une fois encore les contours des limitations qui peuvent être apportées à ce principe, tant ce type d'arrêté semble proliférer, abîmant ainsi substantiellement l'image colorée des valeurs de la République, pourtant si chère aux élus de la Nation...

Bien sûr, il faut se souvenir que la liberté de mendier ne constitue pas une liberté fondamentale découlant du principe de fraternité (**TA Besançon, ord. 28 août 2018, M. Guardano, n°1801454**). La légalité d'un arrêté « anti-mendicité » est néanmoins strictement contrôlée par le juge, notamment au regard de la liberté d'aller et venir (reconnue par le **Cons.constit., 12 juillet 1979, n°79-107 DC** en tant que principe de valeur constitutionnelle, qui lui avait ensuite offert un fondement textuel dans sa **décision du 13 mars 2003, n°2003-467 DC** ; et qui avait déjà été qualifiée par le Conseil d'État de liberté fondamentale par sa décision **CE, Ass., 8 avril 1987, Peltier, n°55895**).

En l'espèce, le maire de Saint-Etienne avait pris, sur le fondement des pouvoirs de police qui lui sont conférés par le CGCT, un arrêté par lequel il avait interdit, d'abord, dans un article 1<sup>er</sup>, toute occupation abusive et prolongée des rues et autres dépendances domaniales accompagnées ou non de sollicitations à l'égard des passants, lorsqu'elles sont de nature à entraver la libre circulation des personnes ou de porter atteinte à la tranquillité, au bon ordre et à l'hygiène publics, du 16 octobre 2015 au 15 janvier 2016, sauf autorisation spéciale.

Selon ce même article, sont notamment considérés comme des comportements troublant l'ordre public la station assise ou allongée lorsqu'elle constitue une entrave à la circulation des piétons ou une utilisation des équipements collectifs de nature à empêcher ou troubler un usage partagé, le regroupement de plus de deux chiens et les regroupements de plus de trois personnes sur la voie publique occasionnant une gêne immédiate aux usagers par la diffusion de musique audible par les passants ou par l'émission d'éclats de voix.

En outre, l'arrêté prohibait également en son article 2, pour la même période et sur le même secteur géographique, la consommation de boissons alcoolisées et, en son article 4, la fouille des poubelles.

L'association Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen avait, à l'encontre de ces trois articles, saisi le TA de Lyon, lequel avait annulé exclusivement l'article 2. Puis, par un arrêt du 4 juillet 2019, contre lequel l'association s'était pourvue en cassation, la cour

administrative d'appel de Lyon avait rejeté l'appel qu'elle avait formé contre ce jugement. Devant le Conseil d'État, l'association demandait l'annulation de l'article 1 de l'arrêté en litige.

D'abord, le juge rappelle que si le maire doit, en vertu de ses pouvoirs de police qui lui sont conférés, entre autres, par l'article L.2212-2 du CGCT, assurer la sécurité et salubrité publiques, et qu'il peut réprimer les atteintes à la tranquillité publique, en apportant des limitations à la liberté d'aller et venir, ces restrictions sont toutefois conditionnées.

Plus précisément, le juge s'attache à examiner, selon une jurisprudence constante (v. par exemple **CE, 9 juillet 2003, M. Lecomte, Association AC Conflent c/ Cne de Prades, n°229618 et 229619**) que ces restrictions sont limitées dans l'espace et dans le temps, compte tenu des circonstances.

En l'espèce, le Conseil d'État relève que l'article 1<sup>er</sup> contesté ne précise ni la durée de l'interdiction, ni l'intensité. En effet, si les mesures sont édictées pour une durée de trois mois, il n'en demeure pas moins que l'arrêté prévoit l'interdiction pour tous les jours de la semaine, « *sans aucune limitation de plage horaire* », et ce dans « *un vaste périmètre géographique correspondant à l'ensemble du centre-ville de la commune* ». Par suite, la Haute juridiction conclut que ces dispositions portent atteinte à la liberté personnelle, et en particulier à la liberté d'aller et venir « *du fait du caractère général et absolu des interdictions* » par conséquent disproportionnées au regard de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public poursuivi, et ce alors même que la commune invoquait en défense l'augmentation de la délinquance et des incivilités dans son centre-ville.

#### \* « Qui va à la chasse, partage sa place »

#### Cons. const., 4 novembre 2021, Association de chasse des propriétaires libres, n°2021-944 QPC

Le 4 août 2021, le Conseil constitutionnel avait été saisi par le Conseil d'État (décision n°452327), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée pour l'association de chasse des propriétaires libres relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dernier alinéa de l'article L. 422-18 du code de l'environnement, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019.

Par principe, les associations de chasse communales agréées (ACCA) couvrent tout le territoire communal. Des exceptions sont toutefois prévues à l'article L. 422-10 du code de l'environnement, et c'est l'article L. 422-18 du code qui pose les conditions de mise en œuvre de ce droit d'opposition à l'inclusion de terrains dans le territoire d'une ACCA. En particulier, deux situations sont prévues à titre dérogatoire. D'abord, au nom des convictions personnelles (retrait pour des motifs de conscience, dit « *droit de non-chasse* » inséré au sein du code suite à l'arrêt de la CEDH, **29 avril 1999, Chassagnou et autres c/ France**. V. aussi CE, **9 novembre 2007, Mme Lasgrezas et ASPAS, n°296858** et CEDH, **22 septembre 2011, n°29953/08**). Ensuite, lorsqu'au contraire, des propriétaires souhaitent conserver l'exercice de leurs droits de chasse, ce droit

d'opposition est réservé à ceux qui disposent d'un territoire suffisant (minimum vingt hectares) pour pratiquer une « gestion cynégétique ». En tout état de cause, l'association de chasse des propriétaires libres ne s'opposait pas à l'apport de leurs terrains au nom de leurs convictions personnelles...

En effet, c'est le dernier alinéa de l'article L. 422-18 que l'association requérante estimait contraire à la Constitution en ce qu'il dispose que le droit d'opposition « *est réservé aux propriétaires et aux associations de propriétaires ayant une existence reconnue lors de la création de l'association* ».

Selon la requérante, ces dispositions constituent une différence de traitement contraire au principe d'égalité puisque, si elles privent les associations propriétaires disposant d'un terrain atteignant la superficie minimale requise de la possibilité de se retirer du périmètre de l'ACCA lorsqu'elles sont constituées après la création de cette dernière, ce droit est en revanche reconnu aux propriétaires et aux associations de propriétaires dont la création est antérieure à celle de l'ACCA. Enfin, l'association requérante soutenait par ailleurs que ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée au droit de propriété.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel examine si les dispositions contestées sont contraires au principe d'égalité. A cet égard, il rappelle que si l'article 6 de la DDHC de 1789 pose le principe d'égalité devant la loi (principe à valeur constitutionnelle depuis sa **décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973**), ce dernier a une valeur relative (expression reprise depuis sa **décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979**) notamment en ce qu'il « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (**Cons. constit., 18 mars 2009, n°2009-578 DC**).

Il rappelle ensuite que les ACCA ont justement une mission d'intérêt général consistant, « *dans les communes des départements soumis à un fort morcellement foncier où elles sont constituées, d'assurer une bonne organisation technique de la chasse et de favoriser une gestion équilibrée du gibier, de la faune sauvage et des biotopes, en organisant la pratique de la chasse sur des territoires d'une superficie suffisamment stable et importante* ».

Ainsi, le juge constitutionnel estime qu'une nouvelle association de propriétaires constituée dans le seul but d'organiser leur activité cynégétique ne peut avoir pour but de retirer les terrains de ces propriétaires du périmètre de l'ACCA alors même que lesdits propriétaires avaient auparavant transmis leurs droits de chasse à une ACCA lors de sa création.

Une solution peu surprenante eu égard au rigorisme dont ont toujours fait preuve les juges en la matière. En effet, ils ont invariablement considéré, malgré quelques assouplissements, que les regroupements de propriétaires avaient vocation à ruiner les ACCA et à aller à l'encontre de la volonté du législateur (**CE, 7 juillet 1978, Min. de la qualité de la vie c/ de Vauxmoret, n°99333** ; **CE, 5 octobre 2018, Assoc. Saint-Hubert, n°407715**). C'est d'ailleurs en ce sens que le juge constitutionnel précise au sein de cette décision qu'il « *il résulte des travaux*

*préparatoires que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu prévenir le morcellement et le rétrécissement des territoires de chasse des associations communales et assurer ainsi la stabilité et la viabilité de ces territoires ».* In fine, le Conseil estime que la différence de traitement est fondée sur une différence de situation, et qu'elle est en rapport avec l'objet de la loi.

En second lieu, le Conseil vérifie si les dispositions contestées portent atteinte au droit de propriété. A cet égard, il rappelle d'abord que si le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété, *« il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice de ce droit de propriété des personnes privées (...) des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».*

Classiquement, le juge opère donc son contrôle du caractère proportionné de la limitation. Il avait d'ailleurs déjà jugé dans une **décision n°2000-434 DC du 20 juillet 2000** (cons. 24) que le droit de chasse sur un bien foncier peut subir des restrictions à des fins d'intérêt général à condition d'être sans caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient ainsi dénaturés.

En l'espèce, comme le précise le Conseil, *« les propriétaires tenus d'apporter leurs terrains à l'association communale sont privés non pas de leur droit de chasse, mais seulement de l'exercice exclusif de ce droit sur ces terrains ».* En outre, il rappelle l'objectif d'intérêt général assigné par le législateur aux ACCA, et juge ainsi qu' *« en privant les propriétaires du droit de retirer leurs terrains de l'association communale lorsqu'ils créent une association à cette fin, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Le grief tiré de la méconnaissance du droit de propriété doit donc être écarté ».* Le dernier alinéa de l'article L. 122-18 du code de l'environnement est donc conforme à la Constitution.

Bien que l'on préfère sans aucun doute Bambi au vilain chasseur, l'on peut toutefois s'interroger sur cette décision, notamment en ce qui concerne les limitations au droit de propriété. En effet, si l'on comprend bien, le droit de propriété n'est pas disproportionnellement atteint puisqu'en réalité, les propriétaires ne perdent uniquement le libre usage individuel... Reste donc l'usage collectif, et cela sans aucun choix discrétionnaire quant aux personnes avec qui les propriétaires partageront le bénéfice...

Quoi qu'il en soit, la Cour européenne des droits de l'homme se prononcera bientôt sur ce sujet. En effet, dans une décision du 15 avril 2021, le Conseil d'État avait, pour la première fois, adressé une demande d'avis consultatif à la Cour en application du protocole n°16 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018. Une demande portant exactement sur les mêmes dispositions. Plus précisément, sur les critères pertinents pour apprécier leur conformité au regard des articles 14 de la convention et 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel.

# RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE

## TEXTES ET DOCUMENTATION

### \* La responsabilité de l'État du fait des conditions d'accueil indignes réservées aux rapatriés d'Algérie

**Projet de loi portant reconnaissance de la Nation et réparation des préjudices subis par les harkis, par les autres personnes rapatriées d'Algérie anciennement de statut civil de droit local et par leurs familles du fait des conditions de leur accueil sur le territoire français**

Le projet de loi, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale en novembre 2021, entend clore une partie douloureuse de l'histoire de France en Algérie, celle du rapatriement, après les accords d'Évian, de plusieurs dizaines de milliers de personnes ayant combattu ou servi auprès de l'armée régulière.

Comprendre les enjeux du texte nécessite un bref rappel historique. Après l'annexion en 1830 de la *Régence d'Alger*, État autonome rattaché à l'Empire ottoman, par la France, un statut particulier fut mis en place pour les personnes originaires du territoire. Certes, ce statut assurait la continuité de certaines coutumes locales et garantissait la liberté religieuse mais, il maintenait surtout leur titulaire dans une situation d'infériorité quant aux droits civils et politiques qui y étaient attachés. Il faut attendre une ordonnance du 7 mars 1944 - publiée dans un Journal officiel de la République française alors hébergé à Alger - pour que la citoyenneté française soit plus largement étendue aux "*Français musulmans d'Algérie*". Toutefois, l'inégalité persiste : d'abord la pleine citoyenneté n'est étendue qu'aux personnes occupant certaines fonctions civiles ou militaires, la situation des "*autres Français musulmans d'Algérie*" étant renvoyée à plus tard ; ces derniers restent exclus du collège électoral normal et sont inscrits dans un collège électoral spécial ne permettant pas leur égale participation à la vie démocratique ; un statut civil particulier de droit local, dérogeant au statut civil de droit commun, était maintenu à l'égard de l'ensemble de ces Français. La pleine accession aux droits politiques et civils était rendue difficile.

Cette différence de statut, caractérisée par une infériorité de droits à raison de la religion et de l'origine, a eu une incidence certaine sur le traitement réservé aux harkis et aux autres rapatriés. D'abord, ces Français n'intégraient pas, pour la plupart, l'armée mais des formations supplétives, constituées à partir de 1954, à la suite des attentats de la Toussaint rouge, pour faire face à l'insurrection qui, organisée par le FLN, prenait de l'ampleur. Le terme "*harki*" est alors emprunté à celui de "*harka*" qui désigne, dans la tradition maghrébine, une milice menée par une autorité politique. Ensuite, et une fois la guerre perdue, ces Français ont dû faire face à des conditions d'accueil indignes à l'occasion de leur rapatriement. Le prix Goncourt des lycéens 2017, *L'Art de perdre*, de Alice Zeniter, en donne un aperçu particulièrement frappant. Ce sont environ 90 000 rapatriés qui ont été parqués dans des camps, lesquels avaient pu servir au régime

de Vichy pour l'internement des tziganes, républicains espagnols ou juifs, ou encore, à la Libération, à la détention des prisonniers allemands et des collaborateurs. Serge Klarsfeld qualifia ainsi le camp Joffre de Rivesaltes, à proximité de Perpignan, de "*Drancy du Sud*". Les rapatriés étaient déplacés d'un camp à l'autre, en fonction des places disponibles et de la rigueur des hivers. Les familles étaient parfois séparées. Certaines d'entre elles pouvaient être placées dans des "hameaux de forestage", construits de manière rudimentaire, isolés de tout, pour participer à des chantiers de reboisement ou d'exploitation forestière sous l'égide de l'ONF, avant d'être de nouveau déplacées une fois le travail achevé. Au déracinement suivit donc l'errance. Les privations de liberté et la tutelle administrative durèrent jusqu'à environ 1975, les gouvernements craignant que ces rapatriés n'aillent grossir les troupes de l'OAS. Ils avaient, en revanche, mésestimé la rancœur que de tels traitements devaient faire naître.

L'État n'avait certes pas laissé ces populations totalement démunies. Depuis 1962, les différents dispositifs d'aide à l'insertion ont coûté plus de 1,5 milliards d'euros (Étude d'impact sur le projet de loi). Restait toutefois à réparer cette "*blesure de l'Histoire*" (M.-C. de Montecler, *AJDA* 2021) qui résulte des conditions d'accueil précédemment rappelées. Le Président Hollande avait, en 2016, reconnu la responsabilité de l'État à cet égard. Le Conseil d'État avait donné un prolongement juridique et concret à cette proclamation symbolique dans une affaire *Tamazount* (CE, 3 octobre 2018, n°410611).

Le nouveau dispositif se propose donc de réparer les préjudices subis du fait de l'internement dans les camps d'accueil ou du placement dans des hameaux de forestage, sans que ne puisse y faire obstacle l'application de la prescription quadriennale, par l'allocation d'une somme forfaitaire variant en fonction du nombre d'années passées dans de telles conditions. Les demandes seront traitées, sur la base d'une présomption de préjudice, par une commission spéciale instaurée au sein de l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre. Au-delà, le projet de loi prévoit l'extension de certaines aides financières à destination des conjoints survivants d'un membre d'une formation supplétive.

## JURISPRUDENCE

### \* Articulation des différents régimes de responsabilité du fait des produits de santé défectueux

**CE, 27 mai 2021, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)*, n°433822**

Par cet arrêt, le Conseil d'État réalise une synthèse des différents régimes de responsabilité en matière de produits de santé défectueux et en précise l'articulation.

En l'espèce, une patiente avait souffert d'un grave oedème, causé par les défaillances d'un pantalon anti-G, acquis par l'hôpital auprès de la société Dumont Sécurité et utilisé dans le cadre de certaines pathologies pour améliorer la circulation sanguine.

La victime dispose, en la matière, d'une alternative (**CE, 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, n°327449**), à laquelle ne s'est pas opposée la Cour de justice (**CJUE, 21 décembre 2011, n°C-495/10**). Elle peut d'abord se prévaloir du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, issu de la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 et transposé aux articles 1245 et suivants du code civil, à l'encontre du producteur ou du fournisseur, étant précisé que l'hôpital n'est pas regardé comme un fournisseur mais comme un prestataire de services (**CJUE, 21 décembre 2011, préc.**), auquel ces dispositions ne s'appliquent donc pas (**CE, Sect., 25 juillet 2013, *Falempin*, n°339922**). Elle peut également engager la responsabilité sans faute de l'établissement (**CE, 9 juillet 2003, *Marzouk*, n°220437**). Le Conseil d'État maintient cette alternative dans l'arrêt commenté, malgré l'introduction de l'article 1142 du code de la santé publique, issu de la loi dite Kouchner de 2002, qui avait fait peser un doute sur sa survivance.

Il précise également l'articulation de ces deux régimes. Lorsque l'établissement a été condamné, il peut se retourner contre le producteur (ou le fournisseur du produit), notamment sur le fondement de la responsabilité contractuelle, si celle-ci demeure, ou sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. Lorsque cette seconde voie est empruntée, c'est la question de la nature de l'action qui se pose. En effet, si l'action avait été qualifiée de subrogatoire, l'assureur du centre hospitalier aurait pu échapper à la prescription décennale, courant à compter de la mise sur le marché du produit défectueux, de l'article 1245-15 du code civil. Or, il s'agit bien d'une action récursoire, reposant sur un fondement distinct que celui sur lequel la responsabilité de l'établissement avait été retenue. Dès lors, cette action récursoire doit être exercée dans le délai de 10 ans, sans que l'action de la victime directe du produit défectueux à l'encontre de l'établissement, sur le fondement de sa responsabilité sans faute, ne puisse l'interrompre ou le suspendre. En l'espèce, la prescription était acquise et, en tout état de cause, la victime avait obtenue l'engagement de la responsabilité de l'établissement à la suite d'une procédure d'indemnisation amiable, laquelle ne présente le caractère d'une action en justice, précise le Conseil d'État, seule à même, aux termes de l'article 1245-15 du code civil, d'interrompre ou de suspendre le délai de prescription.

## \* Modalités de la réparation d'un préjudice résultant d'un aléa thérapeutique et d'une faute

**CE, 15 octobre 2021, Agence de la biomédecine, n°431291**

Un patient du CHU de Bordeaux était en attente d'une greffe hépatique. Un donneur a été sélectionné par l'Agence de la biomédecine au CHU du Havre. Alors que de premiers actes chirurgicaux irréversibles avaient été réalisés, une adénopathie cancéreuse a été détectée chez le donneur, faisant obstacle à la poursuite de l'intervention. Un autre greffon a pu être trouvé en urgence mais, à la suite de l'opération, le receveur a développé une myélinolyse et souffre désormais de graves troubles neurologiques.

L'intervention chirurgicale ayant été réalisée avec toutes les diligences normales, deux faits générateurs restaient identifiables : l'aléa thérapeutique, résultant du développement d'une pathologie rare à la suite d'une greffe ; la faute dans la sélection du premier greffon, n'ayant pas permis la détection à temps d'une pathologie de nature à le rendre impropre à l'opération projetée. Il convenait donc, pour le Conseil d'État, de déterminer les modalités de réparation du préjudice subi par la victime.

En principe, aux termes de l'article 1142-1 du code de la santé publique, l'indemnisation d'un accident médical par l'ONIAM, au titre de la solidarité nationale, n'est possible qu'en l'absence d'acte fautif imputable à un professionnel de santé ou à un établissement. Toutefois, lorsque l'acte fautif n'est pas la cause directe du dommage mais a concouru à sa réalisation, notamment en faisant perdre à la victime une chance d'échapper à l'accident médical ou de se soustraire à ses conséquences, l'indemnisation par l'ONIAM n'est pas écartée. Elle sera réduite à hauteur de la part de responsabilité imputable au professionnel de santé ou à l'établissement en cause. Telle est la solution retenue par le Conseil d'État par l'arrêt commenté.

Pour être tout à fait exhaustif, notons que le juge administratif apporte une utile précision en matière d'imputabilité de la faute. En effet, il relève que les établissements de santé accueillant le donneur et le receveur participent, avec l'Agence de la biomédecine, à la sélection du donneur, si bien que la faute leur est également imputable. Le Conseil d'État pose ainsi, en la matière, un principe de responsabilité solidaire entre l'Agence de la biomédecine et les établissements impliqués. La victime n'aura donc pas à établir la faute propre à chacun des intervenants et ceux-ci pourront exercer entre eux des actions en garantie.

## \* Responsabilité et vaccination obligatoire

CE, 26 septembre 2021, M. B. D., 435323

À la suite d'une vaccination obligatoire contre le virus de l'hépatite B, au cours de son service militaire, le requérant avait développé certains troubles en lien avec une myofasciite à macrophages. Outre la pension militaire qu'il avait obtenue, il réclamait l'allocation d'indemnités supplémentaires en réparation de divers préjudices qu'il imputait au vaccin. En première instance et en appel, ses prétentions avaient été rejetées au motif qu'aucun lien de causalité n'avait été, scientifiquement et de manière certaine, établi entre les troubles du requérant et le vaccin, notamment les adjuvants aluminiques dont il était composé.

Ce n'est pas la première fois que le vaccin contre l'hépatite B, en lien avec la responsabilité en cas d'obligation vaccinale, se retrouve devant le Conseil d'État. Par deux précédentes décisions, le juge avait reconnu l'imputabilité au service de troubles médicaux apparus ou aggravés à la suite de l'injection de ce vaccin. Elles traduisaient déjà, non pas un retournement de la charge de l'établissement du lien de causalité, mais un allègement au profit du requérant, semble-t-il justifié par le caractère obligatoire de la vaccination pour l'exercice de l'activité professionnelle. Dans la première espèce, le Conseil d'État avait estimé que le lien de causalité devait être retenu "*dès lors que les rapports d'expertise, s'ils ne l'ont pas affirmé, n'ont pas exclu l'existence d'un tel lien de causalité*" (CE, 9 mars 2007, n°267635). Dans la seconde, il avait indiqué que pour apprécier l'existence d'un lien de causalité, il y avait lieu de "*de prendre en compte le dernier état des connaissances scientifiques, lesquelles peuvent être de nature à révéler la probabilité d'un lien entre une affection et le service*" (CE, 21 novembre 2012, n°344561).

Par la présente décision, le Conseil d'État s'inscrit dans cette même lignée mais clarifie également sa méthode. Le lien de causalité doit être apprécié en deux temps. Le premier temps correspond à une analyse *in abstracto*. À ce stade, le juge ne peut rejeter l'existence d'un lien de causalité que s'il n'y a "*aucune probabilité qu'un tel lien existe*". C'est là que réside l'allègement car, c'est dire, *a contrario*, que l'incertitude, qui grève en principe le lien de causalité de l'un de ses éléments essentiels, profite ici à la victime présumée. Si une telle probabilité existe, le second temps invite le juge à réaliser une appréciation *in concreto* de l'existence du lien de causalité. Le lien sera établi si, d'une part, les troubles sont "*apparus postérieurement à la vaccination, dans un délai normal*" ou se sont "*aggravés à un rythme et une ampleur qui n'étaient pas prévisibles*" et si, d'autre part, aucune autre cause que la vaccination dans l'apparition ou l'aggravation de ses troubles ne peut être identifiée.

Une méthode bienvenue à l'heure de la vaccination obligatoire contre la Covid-19 !

# URBANISME

---

## JURISPRUDENCE

### \* Le permis ne portant pas sur toutes les constructions est entaché d'un vice non régularisable

CE, 6 octobre 2021, *Société Maresias*, n° 442182

Une société a acquis une villa sur le territoire de la commune de Saint-Cyr-sur-Mer. Cette villa comprenait un garage qui avait été édifié sans autorisation. La société a, par la suite, déposé une déclaration préalable, en vue de la réfection du garage, à laquelle ne s'est pas opposé le maire. Le 9 juin 2017, le maire de la commune a délivré, à cette société, un permis de construire *“pour la réalisation de travaux d'augmentation de la surface de plancher de 40 m<sup>2</sup>, la modification des façades, toitures et aménagements du terrain, ainsi que pour la création de 5 places de stationnement.”*

Les voisins immédiats ont demandé l'annulation du permis de construire au moyen tiré de ce que le permis ne comprenait pas le garage construit sans autorisation. Le Tribunal administratif compétent a fait droit à la demande, et la société propriétaire se pourvoit en cassation au moyen tiré de ce que la déclaration préalable avait eu pour effet de régulariser l'implantation dudit garage. Dans ce cadre, le Conseil d'État doit répondre à la question de savoir si la non opposition à une déclaration portant sur des travaux de réfection d'une construction édifiée sans autorisation peut avoir pour effet d'autoriser ladite construction. S'ajoute également la question de savoir si, dans une telle hypothèse, le juge est tenu de mettre en œuvre le mécanisme de régularisation de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme.

Le Conseil d'État rappelle sa jurisprudence issue de la décision 9 juillet 1986, *Mme Thalamy* (n°51172). Ainsi, lorsque le propriétaire entend réaliser des travaux sur une construction édifiée ou modifiée sans autorisation, il doit présenter une demande d'autorisation portant sur l'ensemble des éléments édifiés ou modifiés. Si la décision *Mme Thalamy* ne concernait que le cas où les nouveaux travaux prenaient appui sur les constructions anciennes, le Conseil d'État rappelle qu'elle a été étendue au cas *“où les éléments de construction résultant de ces travaux ne prennent pas directement appui sur une partie de l'édifice réalisée sans autorisation.”* Pour reprendre les termes de M. Vincent Villette, rapporteur public, cette jurisprudence a vocation à *“résorber l'écart entre la réalité du site et sa réalité juridique”*.

Il tire ensuite les conséquences de cette obligation, et valide le raisonnement du tribunal administratif sur ce point, en considérant que la décision de non opposition à déclaration préalable, dès lors qu'elle ne comportait *“sans comporter aucun élément relatif aux travaux antérieurs”*, *“ne pouvait être regardée comme ayant eu pour effet d'autoriser l'implantation du garage”*.

Les difficultés majeures se présentaient sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme. Cet article impose au juge, lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, de surseoir à statuer lorsque le vice entachant une autorisation d'urbanisme est susceptible d'être régularisé. Autrement dit, il fallait déterminer si l'octroi d'un permis de construire ne portant pas sur des constructions édifiées sans titre, était un vice susceptible d'être régularisé. Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État rejette le moyen en considérant que *“cette illégalité ne peut être regardée comme un vice susceptible de faire l'objet d'une mesure de régularisation en application de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme”*.

Le tiers à l'autorisation d'urbanisme ne pourra qu'apprécier cette solution. En effet, dans le jugement avant dire droit, nécessairement impliqué par la mise en œuvre des pouvoirs de régularisation, il est question de savoir si le vice est régularisable. Or, si l'autorisation litigieuse ne couvre pas tous les aspects du projet, la légalité des vices affectant ces derniers ne peut faire l'objet d'une appréciation.

### \* Danthonyser l'indanthonyable

#### CE, 9 juillet 2021, Commune de Grabels, n° 437634

Dans le cadre d'un deuxième pourvoi en cassation, porté par la commune de Grabels, le Conseil d'État devait se prononcer sur la régularité de la décision du préfet de l'Hérault par laquelle il a déclaré d'utilité publique et urgents, les acquisitions et les travaux nécessaires à la réalisation du projet de Liaison Intercantonale d'Évitement Nord (LIEN).

Le Conseil d'État constate, assez aisément, que la Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement (DREAL), qui devait rendre un avis sur le projet, ne bénéficiait pas d'une autonomie réelle à l'égard du préfet de l'Hérault qui cumulait à la fois les qualités d'autorité compétente pour autoriser le projet litigieux, en tant que préfet de département, et de supérieur hiérarchique de la DREAL, en tant que préfet de région.

En l'absence de séparation fonctionnelle, le Conseil d'État constate que l'avis de la DREAL ne présentait pas la condition d'objectivité exigée par la directive communautaire du 13 décembre 2011. Dès lors, le Conseil d'État considère que la commune de Grabels était *“fondée à soutenir que l'irrégularité de l'avis de l'autorité environnementale a entaché cet arrêté d'illégalité.”* En effet, le vice ayant privé les intéressés d'une garantie, il ne peut être neutralisé (CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 355033).

Plus surprenante est la suite du raisonnement. En effet, le Conseil d'État précise que dans cette hypothèse, si le vice de procédure peut être régularisé et si aucun autre moyen n'est fondé, il peut décider de surseoir à statuer le temps de la régularisation jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe. La décision avant dire droit pourra préciser les modalités de cette régularisation.

Au-delà, le juge précise que cette régularisation doit s'effectuer au regard des règles applicables à la date de l'arrêté attaqué. Il réserve notamment l'hypothèse d'une exception d'illégalité des dispositions définissant la procédure à suivre, en indiquant que dans l'hypothèse où elles ne seraient pas légalement applicables, *“il appartient au juge de rechercher si la régularisation peut être effectuée selon d'autres modalités, qu'il lui revient de définir en prenant en compte les finalités poursuivies par les règles qui les ont instituées et en se référant, le cas échéant, aux dispositions en vigueur à la date à laquelle il statue.”*

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique, invitait, dans ses conclusions, le Conseil d'État à s'inspirer, sans se les approprier, des mécanismes de régularisation des articles L. 600-5, L. 600-5-1 et L. 600-9 du Code de l'urbanisme.

### ✳ Pas d'indépendance des législations pour la contestation d'une autorisation d'urbanisme impliquant une atteinte aux arbres

#### CE, avis, 21 juin 2021, *Association la nature en ville*, n° 446662

Le maire de Rennes a délivré un permis d'aménager à la métropole de Rennes dans le cadre d'un projet de reconfiguration d'un quartier. Ce permis impliquait l'abattage de plusieurs arbres. Or, l'article L. 350-3 du Code de l'environnement interdit de porter atteintes aux arbres tout en ménageant la possibilité pour l'autorité compétente d'octroyer des dérogations.

Saisi d'un recours contre l'autorisation d'urbanisme, le Tribunal administratif de Rennes devait traiter le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article L. 350-3. La juridiction a donc sursis à statuer sur le fond, et saisi le Conseil d'État pour avis. Ce dernier était interrogé sur la question de savoir si les moyens tirés d'une méconnaissance de l'article L. 350-3 du Code de l'environnement était utilement invocable à l'appui d'un recours dirigé contre une autorisation d'urbanisme. Autrement dit, dans cette hypothèse, le principe d'indépendance des législations doit-il être opposé au requérant ? Dans la négative, la question se posait de savoir si l'autorisation d'urbanisme valait par elle-même dérogation à cette disposition, *“en particulier lorsque l'autorité compétente à cet égard n'est pas celle qui délivre le permis”*.

Le Conseil d'État commence par affirmer que la dérogation mentionnée par l'article L. 350-3 du Code de l'environnement peut être octroyée *“pour la réalisation d'un projet de construction”*. Il ajoute ensuite que l'autorisation d'urbanisme impliquant l'abattage ou l'atteinte aux arbres *“vaut octroi de la dérogation”*. Enfin, il admet implicitement que des moyens tirés d'une méconnaissance de cette disposition soient invocables à l'encontre de l'autorisation d'urbanisme en précisant la nature du contrôle juridictionnel. La dérogation doit être nécessaire pour la réalisation du projet et impliquer *“l'existence de mesures de compensation appropriées et suffisantes à la charge du pétitionnaire”*.