

Appréciation de l'intérêt à agir et de la recevabilité des moyens invoqués dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'une convention d'occupation du domaine public

[CAA Paris 11 octobre 2017 Mme D., req. n° 16PA02885](#)

Par son arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'Etat a ouvert à tout tiers à un contrat administratif un recours contestant la validité de ce contrat, le tiers devant toutefois et en principe d'abord démontrer être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat puis invoquer des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé en cause ou suffisamment graves ((CE Ass. 4 avril 2014 *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° [358994](#) : Rec. CE p. 70, concl. Dacosta.)).

L'arrêt rendu le 11 octobre 2017 par la cour administrative d'appel de Paris fournit une intéressante illustration de cette double exigence.

1 Le contexte

1.1 Par acte du 30 juin 2009, la société « Immobilière Daru-Saint-Honoré » (IDSH) a vendu à l'établissement public de la Cité de la Musique, qui en était locataire depuis 2004, un immeuble rue du Faubourg-Saint-Honoré à Paris comprenant une salle de spectacle dénommée « salle Pleyel ».

Parallèlement, Mme D., qui détient 0,03% de la société IDSH, a

engagé le 11 juin 2009, devant le Tribunal de commerce de Paris, une action, toujours pendante, en abus de majorité tendant à l'annulation des délibérations du 18 mai 2009 par lesquelles l'assemblée générale de la société IDSH avait décidé cette cession.

Elle n'a en revanche pas directement contesté le contrat de vente de l'immeuble.

1.2 L'établissement public de la Cité de la Musique a ensuite lancé une procédure de mise en concurrence en vue de la passation d'une convention d'occupation du domaine public ayant pour objet de concéder le droit d'occuper, à titre précaire et révocable, une emprise de son domaine public en vue d'exploiter et de valoriser la salle Pleyel.

A la suite de cette procédure, une convention d'occupation du domaine public a été conclue avec la société Fimalac le 28 janvier 2015.

1.3 Mme D. a alors saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à l'annulation de la convention d'occupation conclue le 28 janvier 2015.

Par un jugement du 11 juillet 2016, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande comme étant irrecevable en estimant que la requérante n'établissait pas être affectée de façon suffisamment directe et certaine dans ses intérêts notamment patrimoniaux, par la passation de la convention d'occupation de la salle Pleyel.

Mme D. a en conséquence fait appel mais la cour administrative d'appel de Paris confirme ce jugement.

2 Les règles applicables

2.1 La cour rappelle tout d'abord le principe admis par la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne en ce qui concerne la possibilité pour un tiers, autre que préfet ou

membre de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales passant un contrat administratif, de contester ce contrat à condition d'être susceptible d'être lésé dans ses intérêts :

*« Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, **tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses** est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ».*

Elle rappelle ensuite le principe, issu de la même décision, selon lequel le tiers (autre que préfet ou membre de l'assemblée délibérante) ne peut invoquer que des irrégularités en rapport avec l'intérêt lésé :

*« que si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, **les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office** ».*

Elle complète enfin ce rappel par celui d'une autre décision

du Conseil d'Etat ((CE Sect. 5 février 2016 *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport c/ Société « Voyages Guirette »*, req. n° [383149](#) : Rec. CE ; BJCP 2016/106, p. 218, concl. Henrard, obs. R.S.)) ayant précisé quels sont les vices que peut invoquer le tiers lorsque celui-ci se prévaut de la qualité de concurrent évincé de l'attribution du contrat :

« le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ».

2.2 Ainsi, hormis le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui bénéficient d'un régime particulier, il convient de distinguer deux catégories de tiers :

- Les « *autres tiers* » qui doivent invoquer des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé (ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office), et
- Parmi ces autres tiers, ceux qui agissent en qualité de « *concurrent évincé* » et dont on sait déjà, d'une part, que leur intérêt lésé est donc de ne pas s'être vu attribuer le contrat et, d'autre part, qu'ils ne peuvent invoquer que des moyens tirés des manquements aux règles applicables à la passation en rapport direct avec leur éviction (ou, là encore, ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office).

3 La décision de la cour administrative d'appel

Au cas d'espèce, la cour va analyser si la requérante disposait ou non d'un intérêt à agir lui permettant de

contester utilement l'attribution de la convention d'occupation sur le fondement d'un recours de plein contentieux « *Tarn-et-Garonne* » et, dans l'affirmative, si les arguments qu'elle invoque sont alors en rapport direct avec l'intérêt lésé admis.

3.1 S'agissant tout d'abord de l'existence d'un intérêt de Mme D. susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat d'occupation du domaine public conclu entre l'établissement public de la Cité de la Musique et la société Fimalac, la cour va juger que :

- ▶ Ses intérêts patrimoniaux ne sont pas lésés :
 - o Mme D. n'est pas personnellement propriétaire de la salle Pleyel,
 - o Elle n'a pas contesté la vente de l'immeuble par la société IDSH à l'établissement public de la Cité de la Musique,
 - o Sa qualité d'actionnaire minoritaire et le fait qu'elle ait engagé une action devant le tribunal de commerce sont sans effet sur la validité de cette vente à un tiers de bonne foi.

- ▶ Elle ne peut pas se prévaloir non plus d'une perte de valeur de la salle Pleyel dont elle n'est pas propriétaire.

- ▶ Elle ne peut pas davantage se prévaloir d'une perte de valeur de ses parts dans la société IDSH qui a vendu l'immeuble, dans la mesure où la perte de valeur invoquée ne résulte pas de la convention d'occupation attaquée mais « seulement de la vente intervenue auparavant et devenue irrévocable ».

- ▶ Enfin, « *ni son investissement personnel ni sa qualité de chef d'orchestre ne permettent de la regarder comme un concurrent évincé en raison de la nouvelle programmation prévue par le cahier des charges de la convention qui exclut tout concert ou spectacle de*

musique classique ».

En revanche, la cour semble admettre qu'elle puisse se prévaloir de « sa qualité « d'usager du service public de la culture » ».

Mais ce n'est que la première étape.

3.2 S'agissant en effet ensuite de l'invocation de vices en rapport avec cet intérêt lésé ou suffisamment graves, la cour juge que cette seconde condition n'est en revanche pas remplie en considérant que si Mme D. :

« se prévaut aussi de sa qualité « d'usager du service public de la culture », les vices qu'elle invoque en soutenant que la convention constituerait en réalité une délégation de service public, que les avis de marché n'auraient pas été complets et que la Cité de la Musique ne lui aurait communiqué que tardivement et de manière incomplète la convention, sont en tout état de cause sans rapport avec l'intérêt dont elle fait ainsi état et ne sont pas d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

En conséquence, la cour estime que la requérante n'est pas fondée à demander l'annulation du jugement et donc de la procédure de passation de la convention d'occupation du domaine public. Sa demande est dès lors rejetée.

**Le Conseil d'Etat confirme sa
jurisprudence « Maternité**

Régionale Pinard » de 1984 en affirmant que le versement d'une somme en exécution d'un jugement ne peut constituer un préjudice réparable sous forme d'intérêts moratoires en cas de décharge par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme

[CE 2 juin 2017 Communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique, req. n° 397571, publié au Rec. CE](#) En 1998, la société Proclair s'est vue confier par le syndicat intercommunal de valorisation des ordures ménagères (SIVOM) d'Auray-Belz-Quiberon un marché de travaux portant sur la conception et la construction du dispositif de traitement des fumées de l'usine d'incinération des ordures ménagères de Plouharnel. Par un jugement du 11 juin 2015, le tribunal administratif (TA) de Rennes a condamné la société Proclair, devenue Solios Environnement à réparer le préjudice subi par le SIVOM d'Auray-Belz-Quiberon, devenu communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique du fait de fautes commises dans l'exécution du marché de travaux précité. Par un arrêt du 16 février 2016, la Cour administrative d'appel (CAA) de Nantes a prononcé le sursis à exécution du jugement du TA sur le fondement de l'article R. 811-17 du code de justice administrative (CJA), pour la majeure partie de la somme au

paiement de laquelle elle avait été infligée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête d'appel. Par la décision commentée, le Conseil d'Etat (CE), saisi par un pourvoi de la communauté de communes :

► annule la décision de la CAA sur le fondement d'une erreur de droit : les juges d'appel se sont fondés uniquement sur le montant de la condamnation prononcée alors qu'ils auraient dû tenir compte de la situation particulière de la société Fives Solios, pour déterminer si l'exécution du jugement risquait d'entraîner pour elle des conséquences difficilement réparables, condition du sursis au titre de l'article R. 811-17 du CJA ; ► règle l'affaire au titre de la procédure de sursis à exécution en application de l'article L. 821-2 du CJA : le CE ne fait pas droit à la demande de sursis de Fives Solios au motif que l'exécution du jugement, au regard du chiffre d'affaires et du résultat net de la société, ne risque pas d'entraîner pour elle des conséquences difficilement réparables, et ce, même en tenant compte de ce que la société serait dans l'impossibilité de prétendre à des intérêts sur la somme qu'elle a été condamnée à payer en exécution du jugement, dans le cas où ses conclusions tendant à être déchargée du paiement de cette somme seraient accueillies en appel, argument avancé par la société ; ► précise à cet égard, et c'est là l'intérêt de l'arrêt, que **le versement d'une somme en exécution d'un jugement, ne peut constituer un préjudice réparable sous forme d'intérêts moratoires en cas de décharge par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme.**

Cette précision, qui sort du cadre du sursis à exécution, confirme la position adoptée par le CE dans une [décision du 4 mai 1984](#) (([Maternité régionale Pinard, req. n° 26283, publié au Rec. CE.](#))). Dans cette décision, le CE avait jugé qu'un établissement public ayant versé, en exécution d'un jugement de TA, une indemnité à un bureau d'études puis obtenu en appel la décharge de cette somme, n'est pas fondé à demander au CE

la condamnation du bureau d'études à réparer, sous la forme d'intérêts au taux légal, le préjudice subi par lui du fait du versement de la somme auquel il était tenu en raison du caractère exécutoire du jugement. La décision commentée concerne le droit à réparation d'une personne privée, à la charge du bénéficiaire d'une décision de justice la condamnant au paiement d'une somme d'argent, payée à raison du caractère exécutoire de la décision, et dont elle est déchargée par l'exercice d'une voie de recours, mais la solution est identique à celle de l'arrêt de 1984 relatif au droit à réparation d'une personne publique. Elle confirme le revirement opéré par cet arrêt, par rapport à une jurisprudence établie depuis plus d'un siècle et demi selon laquelle une réparation devait être accordée à la partie condamnée puis déchargée suite à l'exercice d'une voie de recours sur le fondement tout d'abord variable du risque ((CE 8 mars 1895 « Syndicat de Senestisc/Laliman et consorts », publié au Rec. CE, p 229)), de la faute ((CE 20 juin 1890 « Bouloch », publié au Rec. CE, p 592)) ou encore du paiement de l'indû ((CE 3 février 1905 « Ville de Paris c/Michon », publié au Rec. CE, p 105, S. 1907.3.57, note R. de B)), puis sur le fondement unique de la contrainte exercée pour l'exécution du jugement ((CE, 7 juillet 1933 « Gouvernement général de l'Indochine et Protectorat du Tonkin c/ Gillard », publié au Rec. CE, p. 758 : selon cette jurisprudence, la partie qui exécute sous la contrainte un jugement a droit à réparation si elle l'emporte en appel ; elle n'y a pas droit si elle a exécuté spontanément le jugement)). Dans ses conclusions sous l'arrêt Maternité Pinard, le commissaire du gouvernement, Olivier Dutheillet de Lamothe, avait estimé qu'un tel droit à réparation ne pouvait être fondé :

- ni sur l'article 1153 du code civil relatif aux intérêts moratoires, qui ne s'applique qu'en cas de créance, que ne constitue pas une décision de justice annulant une condamnation au paiement d'une somme d'argent et qui ne peut exister, même à considérer une décision de décharge comme une créance, avant

l'intervention d'une telle décision voire de la sommation de l'exécuter ; ► ni sur l'article 1378 du code civil relatif à la répétition de l'indû, qui suppose la mauvaise foi, qui ne peut être retenue à l'encontre de celui qui a reçu une indemnité en exécution d'un jugement exécutoire de plein droit, même frappé d'une voie de recours non suspensive ; ► ni sur le fondement d'une faute à exiger le paiement d'une indemnité allouée par un jugement frappé d'appel, incompatible avec le caractère exécutoire de plein droit des décisions du CE ((article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945)) et des jugements des TA ((décret du 30 septembre 1953)), contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation recadrée par l'intervention du législateur ((le législateur a précisé dans une loi du 3 juillet 1967 que l'exécution d'un pourvoi en cassation en matière civile ne peut donner lieu qu'à restitution et ne peut en aucun cas être imputée à faute.)), et contraire au bon sens, la jurisprudence de 1933 fondée sur la faute constituant une « prime au refus d'exécution des jugements des tribunaux administratifs » ; ► ni sur le fondement du risque, qui ne pourrait en tout état de cause qu'être celui inhérent au fonctionnement du service public de la justice, qui ne pourrait engager que la responsabilité de l'Etat tandis que le préjudice subi par le justiciable ne pourrait être qualifié d'anormal et spécial ; ► ni sur le fondement de l'enrichissement sans cause, l'enrichissement ayant bien une cause, le jugement de première instance.

Le commissaire avait conclu à l'utilisation plus systématique des procédures de sursis à exécution pour éviter le contentieux de la réparation, suite à la décharge par l'exercice d'une voie de recours d'une somme payée en exécution d'une décision de justice, sursis en l'espèce refusé à la société Fives Solios qui ne remplit pas selon le CE les conditions du sursis de l'article R. 811-17 du CJA.

Responsabilité financière des collectivités territoriales en cas de recours en manquement contre l'Etat : le décret d'application vient de paraître

[Décret n° 2016-1910 du 27 décembre 2016 pris pour l'application de l'article L. 1611-10 du code général des collectivités territoriales](#) L'article 112 de la loi NOTRe du 7 août 2015 (([Art. 112 – Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République](#))) a créé au sein du code général des collectivités territoriales (CGCT) un nouvel article L. 1611-10 (([Art. L 1611-10 du code général des collectivités territoriales](#))) prévoyant la responsabilité financière de ces collectivités lorsque le manquement ayant engendré la procédure prévue aux articles 258 et 260 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (([Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne \(TFUE\)](#))) (TFUE) leur est imputable. Cette mesure, débattue au moment de son adoption, vise à impliquer les collectivités dans les procédures en manquement nécessairement dirigées contre l'État mais dont elles sont à l'origine, tant dans la phase précontentieuse de cette procédure que devant la Cour de justice de l'Union européenne. Le décret du 27 décembre 2017 vient fixer les modalités d'application de cette mesure de sensibilisation des collectivités au droit de l'Union européenne par la création des articles R. 1611-36 à R. 1611-40 du code général des collectivités territoriales. 1. Précision sur la saisine des

collectivités territoriales par l'État : la phase précontentieuse du recours en manquement L'article R. 1611-36 du CGCT détaille la saisine des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, dès l'engagement par la Commission européenne d'un recours en manquement sur le fondement des articles 258 et 260 du TFUE. Cette saisine, prévue à l'article L. 1611-10-I du CGCT, instaure un dialogue entre l'État et les collectivités à l'origine du manquement afin de vérifier les éléments reprochés par la Commission européenne et d'assurer la défense de l'État. À ce stade précontentieux de la procédure, l'implication des collectivités territoriales, par leur réponse et les éléments transmis doit permettre à l'État de répondre efficacement aux demandes de la Commission. Elle devra se présenter sous la forme d'une note exposant les griefs de la procédure engagée par la Commission européenne et les éléments de fait ou de droit permettant d'établir que le manquement relève, en tout ou partie, de la compétence des collectivités en cause. La saisine devra en outre préciser le délai de réponse accordé aux collectivités qui ne pourra être inférieur à un mois. À l'expiration du délai accordé, elles seront réputées avoir acquiescé aux faits tels qu'exposés par l'État dans sa note. Enfin, l'État informera les collectivités saisies des suites éventuelles de la procédure et notamment en cas d'avis motivé ou de décision de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne émanant de la Commission Européenne.

2. Précisions sur la commission consultative sur la responsabilité financière des collectivités territoriales

Créée par le point III de l'article L. 1611-10 du CGCT, la commission consultative est définie par les articles R. 1611-37 et suivants du même code. Ils précisent ses règles de composition et de quorum et désigne les présidents de l'association « Régions de France », de l'Assemblée des départements de France, de l'Assemblée des communautés de France, de l'Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité comme représentants des collectivités. Est également précisé que le secrétariat de

cette commission est assuré par le ministre chargé des collectivités territoriales. Enfin, l'article R. 1611-40 du CGCT prévoit les modalités techniques de la saisine de la commission par le Premier ministre. Cette saisine doit, outre copie de l'arrêt en manquement prononcé par la Cour de justice de l'Union européenne, comporter une note précisant l'étendue de l'obligation qui n'a pas été remplie et les éléments permettant d'imputer ce manquement aux collectivités en cause, une évaluation de la somme dont le paiement est susceptible d'être imposé par la Cour et une proposition de répartition entre l'État et les collectivités concernées (les deux devant être justifiées). Elle doit enfin contenir une copie des échanges ayant eu lieu entre l'Etat et les collectivités sur le manquement en cause avant sa saisine.

Les personnes publiques peuvent désormais juger elles-mêmes certains contentieux les concernant

CE Ass. 1er avril 2017 *Association des défenseurs de la pêche traditionnelle à la dynamite (ADPTD)*, req. n° 010101 Aboutissement d'un mouvement protéiforme conjuguant régularisation des décisions illégales ou modes alternatifs de règlement des litiges, le Conseil d'Etat juge que les personnes publiques dont les décisions sont contestées pourront désormais statuer non seulement sur les recours gracieux mais également sur les recours contentieux dirigés contre celles-ci.

1 Les précédentes étapes

Pour importante qu'elle soit, cette évolution du droit n'est que l'aboutissement logique d'une évolution opérée par petites touches. **1.1** Un premier mouvement, ancien mais récemment raffermis, a consisté à inciter les justiciables à chercher justice ailleurs que chez le juge. Ainsi, la récente loi n° [2016-1547](#) du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a entendu, à son titre II, « *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* », en insérant au code de justice administrative des articles L. 213-5 et L. 213-6 prévoyant respectivement que « *Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées* » et que « *Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation* ». Au même moment, le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative modifiait l'article R. 421-1 du code de justice administrative pour généraliser la règle de la décision préalable et mettre fin à l'exception séculaire selon laquelle, [en matière de travaux publics](#), on pouvait saisir directement le juge sans devoir s'adresser d'abord à l'administration. **1.2** Un autre mouvement, plus récent, a consisté, avec le célèbre arrêt *Danthony*, à dégager le « *principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* » ((CE Ass. 23 décembre 2011 M. Claude Danthony, req. n° [335033](#) : Rec. CE p. 649.)). **1.3** Un troisième

mouvement, plus audacieux et plus récent, a consisté à reconnaître aux personnes publiques un pouvoir de régularisation de leurs décisions illégales pour vice de légalité externe. Hors de la matière de l'urbanisme, où une telle faculté existe de longue date ((CE 9 décembre 1994 *SARL Séri*, req. n° [116447](#) : Rec. CE p. 1261. – CE 2 février 2004 *SCI La Fontaine de Villiers*, req. n° [238315](#) : Rec. CE p. 914 ; BJDU 1/2004, concl. Guyomar, obs. Tremeau. – CE 30 mars 2015 *Société Eole Res*, req. n° [369431](#). – Articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.)), et celle des contrats où elle se rencontre de plus en plus fréquemment ((CE 8 juin 2011 *Commune de Divonne-les-Bains*, req. n° [327515](#), BJCP 2011/78, p. 381, concl. Dacosta, obs. R.S. – CE CE 11 mai 2016 *CUMPM*, req. n° [390118](#), point 17 : BJCP 2016/107, p. 288, concl. Henrard, obs. R.S. ; AJDA 2016, p. 1173, chron. Dutheillet de Lamothe et Odinet, et AJDA 2017, p. 611, note Fatôme et Lafaix. – CE 10 février 2017 *Ville de Paris*, req. n° [395433](#), point 9.)), cette faculté de régularisation a été généralisée par l'arrêt *Commune d'Emerainville* jugeant que : « *Lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention à une association, l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention* » ((CE Sect. 1er juillet 2016 *Commune d'Emerainville*, req. n° 363047, point 15 : Rec. CE ; JCPA n° 2281, concl. Daumas, note Kernéis-Cardinet ; AJDA p. 1859, chron. Dutheillet de Lamothe et Odinet.)). Ainsi que le soulignait récemment le rapporteur public ayant conclu sur cette décision de section : « *le doute n'est désormais plus permis : il existe, même en l'absence de texte, un pouvoir reconnu à l'administration de régulariser ses actes illégaux* » ((Vincent Daumas, *Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier*, DA, mars 2017, étude 4.)). Le terrain était donc prêt pour une nouvelle avancée.

2 La reconnaissance d'attributions contentieuses aux

personnes publiques

La décision ADPTD juge en effet que :

« si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est pas nécessairement de nature à entacher d'illégalité la décision prise et, même lorsque c'est le cas, elle peut de toute façon encore être régularisée par son auteur ; que, par suite, si, malgré tout, un requérant n'a pas été dissuadé d'introduire un recours, il est loisible à la personne publique, qui en aura eu notification par Télérecours, de statuer sans attendre sur celui-ci ».

Ainsi que le justifiait le rapporteur public Edouard-Raymond Czzabajj à l'appui de la solution qu'il proposait pour renforcer la sécurité et la stabilité juridiques et réduire les annulations purement formalistes :

« Nous avons bien conscience de la hardiesse de l'avancée que nous envisageons et ce n'est que d'une main tremblante que nous nous sommes éclaircis la voix avant de nous adresser à votre auguste assemblée. D'aucuns diront que nous rétablissons la théorie du ministre-juge abandonnée en 1889 avec l'arrêt Cadot ; mais, disons-le tout de go : ce serait là vous faire un mauvais procès. Nous y voyons bien plutôt, pour notre part, une marque de confiance envers l'ensemble des personnes publiques. De fait, le législateur lui-même a récemment montré l'exemple, en étendant, avec la loi du 9 décembre 2016, aux collectivités locales la faculté de déclassement anticipé d'un immeuble encore affecté au service public qui n'était jusqu'alors ouverte qu'à l'Etat et ses établissements publics. Nous y voyons également, au-delà, le symbole d'un pragmatisme de bon aloi. Par votre récente décision n° [392998](#) du 22 février 2017, vous avez rejeté un pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt ayant validé une décision après un sursis à statuer, les requérants apprenant ainsi, au

bout de dix ans de contentieux, que la décision qu'ils contestaient était effectivement illégale mais qu'elle avait pu être valablement régularisée. S'il avait d'ores et déjà été permis à la personne publique de statuer elle-même sur un tel recours contentieux, le résultat eût été le même mais les délais auraient été considérablement réduits. Nous voudrions ajouter un dernier argument en faveur de cette extension du pouvoir juridictionnel aux collectivités. Dans le cas où sont critiqués les motifs de la décision, l'exercice est souvent délicat – nous songeons tout particulièrement au cas où est invoqué un détournement de pouvoir – et apprécier les motifs, c'est, pour le juge, comme « sonder les reins et les cœurs » de l'administration disait Georges Vedel. En revanche, l'auteur de la décision est, pour sa part, particulièrement à même d'apprécier si elle est véritablement entachée de détournement de pouvoir. Si cette faculté pourrait donc certes n'être reconnue à l'administration que dans l'hypothèse de recours reposant sur des moyens de légalité externe, il se sera sans doute écoulé peu de temps avant que nous ne constatassiez qu'il eût été préférable que vous l'eussiez étendue à l'ensemble des moyens invocables ».

Il restera à voir si les personnes publiques oseront s'emparer de cette nouvelle opportunité de faire prévaloir la sécurité juridique.

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et

à la citoyenneté et droit de l'urbanisme : le PLU intercommunal dégonfle avec la naissance du PLU intracommunautaire, la sécurisation des établissements publics porteurs de SCOT après modification de leur périmètre, le prononcé du sursis à statuer reculé postérieurement au débat sur les orientations générales du PADD du PLU, une déclaration préalable pour les coupes et abattages d'arbres isolés ...

[Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#)

[Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#)

[Observations du Gouvernement sur la loi relative à l'égalité](#)

[et à la citoyenneté](#)

[Commission nationale consultative des droits de l'homme – Avis sur le projet de loi « Égalité et citoyenneté »](#)

Définitivement adoptée par le Parlement le 22 décembre 2016, la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017 a été publiée au Journal officiel du 28 janvier 2017 après une [censure partielle du Conseil constitutionnel](#), le 26 janvier.

Texte dense de 224 articles, cette loi comporte diverses mesures intéressantes :

- ▶ **l'émancipation des jeunes, la citoyenneté et la participation** ((Titre Ier)) (mise en place de la réserve civique, extension du champ des organismes pouvant accueillir des volontaires du service civique, majorité associative fixée à 16 ans ...)
- ▶ **la mixité sociale et l'égalité des chances** ((Titre 2)) (mesures visant à favoriser le vivre-ensemble et à lutter contre les phénomènes de ségrégation territoriale et de « ghettoïsation » de certains quartiers comprenant notamment des évolutions en matière d'urbanisme)
- ▶ **l'égalité réelle** ((Titre 3 – Notons qu'un titre IV est dédié à l'application de la loi Outre-Mer.)) (durcissement de la répression des délits de provocation, de diffamation, d'injures et d'actes racistes, lutte contre les discriminations dans les entreprises, avec une formation obligatoire à la non-discrimination des personnes chargées du recrutement ...).

Ces dispositions sont entrées en vigueur le 29 janvier 2017, à l'exception de certaines mesures et sous réserve pour d'autres de la parution de décrets d'application.

En matière de droit de l'urbanisme, il importe de relever plus précisément, la création des PLU infracommunautaire (1), les incidences des modifications du périmètre des établissements publics porteurs des SCOT (2) et les précisions en matière de sursis à statuer (3) et de coupes et abattages d'arbres (4).

1 La possibilité d'instaurer un PLU infracommunautaire dans les EPCI à fiscalité propre de grande taille

Selon l'exposé des motifs, la loi pour l'égalité et la citoyenneté a créé « un régime dérogatoire au droit commun pour certains (...) établissements publics de coopération intercommunale qui, en raison de leur grande taille et de l'ampleur de la fusion dont ils sont issus, pourront être autorisés à élaborer plusieurs plans locaux d'urbanisme intercommunaux partiels couvrant l'ensemble de leur territoire ».

A cette fin, la loi introduit au sein du titre V du Livre Ier du code de l'urbanisme ((Livre Ier « Réglementation de l'urbanisme », Titre V « Plans locaux d'urbanisme », Chapitre IV)) un chapitre IV intitulé « Dispositions particulières aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de grande taille », codifié aux articles L. 154-1 et suivants.

L'article L. 154-1 nouveau du code de l'urbanisme instaure la possibilité d'instituer une dérogation au principe posé par l'article L. 153-1 du même code selon lequel le PLU couvre l'intégralité du territoire des EPCI compétent en matière de PLU en prévoyant que les EPCI à fiscalité propre – autres que les métropoles – peuvent élaborer, sous certaines conditions, des PLU infracommunautaires regroupant chacun plusieurs communes ou une commune nouvelle dont l'ensemble couvre l'intégralité de son territoire.

EPCI susceptibles de mettre en œuvre cette dérogation (L. 154-1 C. urb.)

- Cette dérogation est ouverte aux EPCI à fiscalité propre (communauté de communes, communautés d'agglomération, communauté urbaine) compétents en matière de PLU, de document d'urbanisme en tenant lieu et de carte communale sur l'ensemble de leur territoire regroupant au moins 100 communes.

- ▶ Cette dérogation n'est pas applicable dans les métropoles.

Procédure pour mettre en œuvre cette dérogation (L. 154-2 C. urb.)

Par délibération, l'organe délibérant de l'EPCI concerné décide de faire usage de la dérogation et précise :

- ▶ le périmètre de chaque PLU infracommunautaire ;
- ▶ le calendrier prévisionnel des différentes procédures ;
- ▶ le calendrier prévisionnel d'élaboration du schéma de cohérence territoriale (SCOT) dans le périmètre duquel est inscrit l'EPCI concerné s'il n'est pas déjà couvert par un SCOT.

Cette délibération est notifiée au préfet qui dispose d'un délai de deux mois pour donner son accord.

La dérogation ne peut être accordée que si ses conditions de mise en œuvre, précisées dans la délibération, permettent le respect des principes généraux du droit de l'urbanisme visés à l'article L. 101-2 ((Art. L. 101-2 C. urb. « Dans le respect des objectifs du développement durable, l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme vise à atteindre les objectifs suivants :

1° L'équilibre entre :

- a) Les populations résidant dans les zones urbaines et rurales ;
- b) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux ;
- c) Une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;

d) La sauvegarde des ensembles urbains et la protection, la conservation et la restauration du patrimoine culturel ;

e) Les besoins en matière de mobilité ;

2° La qualité urbaine, architecturale et paysagère, notamment des entrées de ville ;

3° La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile ;

4° La sécurité et la salubrité publiques ;

5° La prévention des risques naturels prévisibles, des risques miniers, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature ;

6° La protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts ainsi que la création, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques ;

7° La lutte contre le changement climatique et l'adaptation à ce changement, la réduction des émissions de gaz à effet de serre, l'économie des ressources fossiles, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables. »)), ainsi que le respect des projets d'intérêt général et des opérations d'intérêt national.

Elaboration et évolution des PLU infracommunautaire (L. 154-3

du code de l'urbanisme)

L'EPCI intéressé qui bénéficie de la dérogation élabore les PLU infracommunautaire selon les conditions de droit commun ((Conditions prévues aux articles L. 153-11 à L. 153-26 du code de l'urbanisme.)) et selon le calendrier et la sectorisation prévus dans la délibération instituant la dérogation.

Les dispositions des PLU applicables avant la mise en œuvre de la dérogation demeurent en vigueur. L'organe délibérant de l'EPCI peut les modifier ou les mettre en compatibilité jusqu'à l'approbation d'un PLU infracommunautaire couvrant les secteurs concernés.

Il peut les réviser sans engager l'élaboration d'un PLU couvrant l'intégralité d'un secteur prédéfini lorsque cette révision s'impose ((Pour l'application des articles L. 131-6 et L. 131-7 [obligation de compatibilité des PLU avec les documents d'urbanisme supérieurs approuvés après le PLU] ou qu'elle relève de l'article L. 153-34)).

Par dérogation au droit commun, les PLU infracommunautaires approuvés peuvent être révisés sans entraîner l'engagement d'une procédure d'élaboration d'un PLU couvrant l'intégralité du territoire de l'EPCI.

L'organe délibérant de l'EPCI concerné peut également, à tout moment, engager l'élaboration d'un PLU couvrant l'intégralité de son territoire.

Terme de la dérogation (L. 154-4 du code de l'urbanisme)

La dérogation cesse de s'appliquer si le territoire de l'EPCI intéressé n'est pas couvert par un SCOT approuvé dans un délai de six ans à compter de l'octroi de la dérogation.

Lorsque la dérogation cesse de s'appliquer, les dispositions des PLU applicables dans le périmètre de l'EPCI demeurent en vigueur. Ces documents peuvent faire l'objet d'une procédure de modification, de mise en compatibilité et de révision,

jusqu'à l'approbation d'un PLU élaboré couvrant l'intégralité du territoire.

L'EPCI peut achever toute procédure d'évolution d'un PLU engagée avant que la dérogation cesse de s'appliquer.

2 Sur les modifications du périmètre des établissements publics porteurs des SCOT (articles L. 143-10 et suivants du code de l'urbanisme)

La loi pour l'égalité et la citoyenneté vise également à prendre toutes les mesures nécessaires pour traiter la diversité des situations en matière de schémas de cohérence territoriale (SCOT) créées par la recomposition territoriale et notamment des dispositions permettant de gérer les SCOT existants ou en cours jusqu'à l'élaboration d'un SCOT sur le nouveau périmètre élargi résultant de ces évolutions de périmètres, et de conserver ainsi le bénéfice des travaux engagés ((Exposé des motifs de la loi)).

Notons que les articles L. 143-10 à L. 143-16 du code de l'urbanisme, dans leur rédaction résultant de loi pour l'égalité et la citoyenneté, sont applicables uniquement aux EPCI à fiscalité propre créés à compter du 1er janvier 2017, en application des I et III de l'article 35 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, ou dont le périmètre a évolué à compter de cette même date en application du II du même article 35 ((Chapitre V : Mesures de simplification – Article 117 de la loi.)).

Sur la forme

Les articles L. 143-10 à L. 143-15 du code de l'urbanisme étaient regroupés, jusqu'à l'adoption de la loi pour l'égalité et la citoyenneté, dans une seule et même sous-section intitulée « Modification du périmètre » [de l'établissement public en charge du SCOT].

Désormais, une sous-section spécifique est attribuée à chaque conséquence induite par la modification du périmètre de l'établissement public en charge du SCOT :

- ▶ La sous-section 2 est intitulée « *Extension du périmètre de l'établissement public porteur de schéma de cohérence territoriale* » et comprend l'article L. 143-10 ;
- ▶ Une sous-section 3 intitulée : « *Réduction de périmètre de l'établissement public porteur de schéma de cohérence territoriale* » comprend l'article L. 143-11 ;
- ▶ Une sous-section 4 intitulée : « *Couverture partielle d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre par le périmètre d'un seul schéma de cohérence territoriale* » comprend l'article L. 143-12 ;
- ▶ Une sous-section 5 intitulée : « *Etablissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre comprenant des communes appartenant à plusieurs schémas de cohérence territoriale* » comprend l'article L. 143-13 ;
- ▶ Une sous-section 6 intitulée : « *Fusion d'établissements publics dont au moins un est porteur de schéma de cohérence territoriale* » comprend l'article L. 143-14 ;
- ▶ Une sous-section 7 intitulée : « *Retrait en cours de procédure* » comprend l'article L. 143-15.

Sur le fond

(a) L'article L. 143-10 maintient le principe selon lequel la décision d'extension du périmètre de l'établissement public en charge du SCOT emporte extension du périmètre du SCOT.

Notons que cette extension peut intervenir en application des dispositions générales du code général des collectivités territoriales (CGCT) mais également – nouveautés introduites par la loi commentée – en application des articles 35 et 40 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République et des articles L. 143-12 ou L. 143-13 du code de l'urbanisme.

Surtout, l'article L. 143-10 offre la possibilité aux établissements compétents ;

- ▶ d'achever les procédures d'élaboration et d'évolution en cours sur le ou les périmètres antérieurs à l'extension, lorsque le débat sur les orientations du projet d'aménagement et de développement durables, s'il est requis, a eu lieu avant l'extension du périmètre
- ▶ d'engager les procédures de modification ou de mise en compatibilité des SCOT approuvés, dont il assure le suivi.

L'article L. 143-10 maintient l'obligation pour les établissements compétents en matière de SCOT de prescrire, au plus tard lors de la délibération qui suit l'analyse des résultats de l'application du SCOT, l'élaboration d'un schéma ou la révision, ou la modification de l'un des schémas en vigueur, pour couvrir l'intégralité du périmètre étendu de SCOT.

(b) L'article L. 143-11 du code l'urbanisme, relatif à la réduction du périmètre de l'établissement en charge du SCOT, est peu modifié par la loi pour l'égalité et la citoyenneté. En effet, sont conservés les principes selon lesquels :

- ▶ La décision de retrait d'une commune ou d'un EPCI au sein de l'établissement en charge du SCOT emporte réduction du périmètre du SCOT et abrogation des dispositions du schéma sur la commune ou l'EPCI retiré.
- ▶ Par dérogations à certaines dispositions du CGCT, lorsque le périmètre d'un EPCI à fiscalité propre est entièrement compris dans celui d'un SCOT, cet EPCI est substitué de plein droit à ses communes membres ou à l'établissement dont il est issu dans l'établissement public en charge du SCOT. Ni les attributions de l'établissement public ni le périmètre dans lequel il exerce ses compétences ne sont modifiés.

Toutefois, jusqu'à l'adoption de la loi pour l'égalité et la

citoyenneté, cet article prévoyait que pendant un délai de six ans à compter du retrait, la règle de l'urbanisation limitée dans les communes non couvertes par un SCOT ((Visée à l'article L. 142-4 du code de l'urbanisme)) ne s'appliquait pas aux communes et EPCI se retirant d'un périmètre de SCOT applicable et n'intégrant pas un nouveau périmètre de SCOT.

L'article L. 143-11 dans sa nouvelle rédaction supprime cette tolérance et tend à donner toute son effectivité à la règle de l'urbanisation limitée.

(c) L'article L. 143-12 du code de l'urbanisme, dans sa version issue de la loi pour l'égalité et la citoyenneté, vient mettre un terme au régime transitoire, source d'insécurité juridique, qui existait jusqu'à présent.

En effet, jusqu'à présent, lorsque le périmètre d'un EPCI à fiscalité propre n'était pas entièrement compris dans celui d'un SCOT, celui-ci devenait, au terme d'un délai de 6 mois, membre de plein droit de l'établissement public porteur du SCOT et le périmètre du SCOT était étendu en conséquence, sauf lorsque :

- l'organe délibérant de l'EPCI à fiscalité propre s'était prononcé, dans ce délai, contre son appartenance à cet établissement public, ou si,
- dans ce même délai, l'établissement public chargé de l'élaboration du schéma s'oppose à l'extension.

Non seulement la période transitoire était relativement longue mais surtout aucun mécanisme d'adhésion anticipée n'était inscrit dans le code de l'urbanisme fragilisant ainsi la situation juridique de nombreux établissements publics y ayant recours afin de pas paralyser leur fonctionnement pendant 6 mois.

Désormais, l'article L. 143-12 du code de l'urbanisme :

- Raccourcit à 3 mois le délai concernant l'adhésion de plein droit ;

- ▶ Ôte la possibilité à l'organe délibérant de l'établissement public porteur du SCOT de s'opposer à l'extension de son périmètre ;
- ▶ Offre la possibilité à l'EPCI à fiscalité propre de se prononcer pour son appartenance à l'établissement public porteur du SCOT avant le terme du délai de 3 mois et précise que dans ce cas, la délibération de l'EPCI à fiscalité propre emporte extension du périmètre du schéma de cohérence territoriale.

(d) La loi pour l'égalité et la citoyenneté calque les dispositions de l'article L. 143-13 sur celles de l'article L. 143-12 s'agissant de la réduction du délai pour l'adhésion de plein droit, la suppression du veto de l'organe délibérant de l'établissement porteur du SCOT pour l'extension de son périmètre et l'institution de la possibilité d'une adhésion anticipée.

Ainsi, lorsque le périmètre d'un EPCI à fiscalité propre comprend des communes appartenant à plusieurs périmètres de SCOT, cet établissement devient, au terme d'un délai de 3 mois, membre de plein droit de l'établissement public porteur du SCOT sur le territoire duquel est comprise la majeure partie de sa population, sauf lorsque son organe délibérant s'est prononcé dans ce délai contre son appartenance à cet établissement public ou pour son appartenance à l'établissement public d'un des autres schémas.

Les communes appartenant à l'EPCI à fiscalité propre sont retirées des établissements publics porteurs de SCOT dont celui-ci n'est pas devenu membre. Ce retrait emporte réduction du périmètre des SCOT correspondants.

Une délibération en faveur de l'appartenance du SCOT peut intervenir de manière anticipée. Dans ce cas, sa délibération emporte extension du périmètre du schéma de cohérence territoriale.

(e) Les principes inscrits à l'article L. 143-14 du code de l'urbanisme ne sont pas modifiés par la loi pour l'égalité et la citoyenneté :

► En cas de fusion d'établissements publics dont l'un au moins est porteur d'un SCOT, l'établissement public issu de la fusion est compétent dans les conditions définies par le CGCT et son nouveau périmètre devient le périmètre de SCOT. Le nouvel établissement public assure le suivi du ou des schémas antérieurement existants. Dans ce cas, il peut achever les procédures d'élaboration et d'évolution en cours, lorsque le débat sur les orientations générales du PADD, s'il est requis, a eu lieu avant la fusion.

► Il peut engager les procédures de modification ou de mise en compatibilité des schémas approuvés. Il prescrit, au plus tard lors de la délibération qui suit l'analyse des résultats de l'application du premier schéma en vigueur l'élaboration d'un schéma couvrant l'intégralité de son périmètre.

3 Sur le sursis à statuer

L'article L. 153-11 du code de l'urbanisme modifie le moment à partir duquel l'autorité compétente peut décider de surseoir à statuer, dans les conditions et délai prévus à l'article L. 424-1, sur les demandes d'autorisation concernant des constructions, installations ou opérations qui seraient de nature à compromettre ou à rendre plus onéreuse l'exécution du futur plan.

En effet, si avant l'entrée en vigueur de la loi pour l'égalité et la citoyenneté, le sursis à statuer pouvait être prononcé « *à compter de la publication de la délibération prescrivant l'élaboration* », il faut désormais qu'ait eu lieu « le débat sur les orientations générales du projet d'aménagement et de développement durable » (PADD).

4 Sur les coupes ou abattages d'arbres isolés

En application de l'article L. 111-3 du code de l'urbanisme, les PLU peuvent classer comme espaces boisés, les bois, forêts, parcs à conserver, à protéger ou à créer, qu'ils relèvent ou non du régime forestier, enclos ou non, attenant ou non à des habitations. Ce classement peut s'appliquer également à des arbres isolés, des haies ou réseaux de haies ou des plantations d'alignements.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi pour l'égalité et la citoyenneté, seuls les coupes et abattages d'arbres situés dans « *les bois, forêts ou parcs situés sur le territoire de communes où l'établissement d'un PLU a été prescrit, ainsi que dans tout espace boisé classé* » ((En application de l'article L. 113-1 C. Urb.)) pouvaient être soumis à déclaration préalable ((Voir l'art. R. 421-23 C. Urb. (ancien R. 130-1) et les exceptions limitativement énumérées à l'art. R. 421-23-2 C. Urb.)).

Désormais, en application de l'article L. 113-2 du code de l'urbanisme, la délibération prescrivant l'élaboration d'un PLU peut également soumettre à déclaration préalable, sur tout ou partie du territoire, « *les coupes ou abattages d'arbres isolés, de haies ou réseaux de haies et de plantations d'alignement* », uniformisant, de ce fait, le régime des coupes et abattages dans les espaces boisés classés.

Responsabilité de la personne

publique qui laisse son cocontractant croire qu'il bénéficie de la propriété commerciale : conditions de mise en œuvre

[CE 19 janvier 2017 commune de Cassis, req. n° 388010](#)

Depuis 1976, un exploitant assurait une activité de restauration sur la plage du Bastouan à Cassis, sur un terrain relevant pour partie du domaine privé de la commune de Cassis et pour partie de son domaine public. Une première convention dite de « *bail commercial* » a été conclue en 1976 entre la commune et l'exploitant avant d'être remplacée à compter de 1985 par un nouveau contrat dénommé « *nouveau bail de concession d'un emplacement pour la vente au public sur un terrain communal jouxtant la plage du Bestouan* ». En 1992, l'exploitant a été contraint de démolir la construction édifiée pour accueillir l'activité de restauration, ce qui a conduit la commune de Cassis à l'autoriser en 1996 par délibération à réaliser un nouveau bâtiment sur le terrain donné à bail.

En 2003, la commune a souhaité mettre un terme au contrat conclu avec cet exploitant, ce qui l'a conduit à chercher à obtenir réparation du préjudice subi. Les juges du fond ont fait droit à ses demandes à hauteur de 30 000 EUR.

Rappelons que le régime du bail commercial contredit certes les caractéristiques les plus essentielles du domaine public (parmi lesquelles l'imprescriptibilité), ce qui conduit le juge à systématiquement refuser qu'il puisse être conclu sur le domaine public, et donc que son interruption donne lieu à

indemnisation dans les conditions que prévoit le régime de la propriété commerciale.

Cependant, depuis longtemps le juge considère que la personne publique peut voir sa responsabilité engagée envers l'occupant **en raison de la faute qu'elle commet si elle l'incite à penser qu'il pourrait bénéficier du régime de la propriété commerciale sur le domaine public** ((CE 23 janvier 1976 Kergo, req. n° 97342 : Rec. CE p. 56 – CE 6 décembre 1985 Melle Boin-Favre, req. n° 44716 : Rec. CE p. 353 ; RFDA 1986, p. 382, note Terneyre – voir pour une confirmation récente : CE 24 novembre 2014 Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais, req. n° 352402.)).

Le Conseil d'Etat rappelle cette règle dans l'arrêt commenté :

« Lorsque l'autorité gestionnaire du domaine public conclut un » bail commercial » pour l'exploitation d'un bien sur le domaine public ou laisse croire à l'exploitant de ce bien qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité. Cet exploitant peut alors prétendre, sous réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers, qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public, en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits. »

Mais pour la Haute Juridiction, les juges du fond ont commis deux erreurs de qualification juridique des faits en concluant en l'espèce à la commission d'une faute par la commune et en écartant sans raison les fautes commises par l'exploitant.

D'abord, le Conseil d'Etat souligne qu'en 1996, la commune a simplement autorisé le requérant à déposer un permis de

construire pour édifier un nouveau bâtiment sur la parcelle occupée, mais sans assurer au requérant qu'il bénéficierait d'une quelconque propriété commerciale sur cette construction. D'ailleurs, le dossier de demande de permis de construire précisait bien que la construction serait implantée pour partie sur le domaine public communal et pour autre partie sur le domaine public maritime.

Les juges du Palais Royal ne semblent donc pas identifier ici une attitude de la commune de Cassis assurant son contractant qu'il bénéficierait des garanties de la propriété commerciale, mais une simple autorisation donnée par le propriétaire à l'occupant de déposer un permis de construire.

Ensuite, le Conseil d'Etat estime que les juges d'appel, qui ont pourtant relevé que le requérant connaissait le statut juridique des terrains occupés, ne pouvaient pas écarter la faute qu'il a commise lui-même en réalisant cette construction alors qu'il ne pouvait ignorer la précarité de l'autorisation accordée, faute susceptible d'exonérer ou au moins d'atténuer la responsabilité de la commune.

Le Conseil d'Etat renvoie l'affaire devant la cour administrative d'appel de Marseille, qui devra reprendre l'instruction de cette affaire au regard de ces orientations.

« ATLALR 2 » : le Tribunal des Conflits confirme la jurisprudence « ATLALR » du

Conseil d'Etat

Avec la [décision du 14 novembre 2016](#), le Tribunal des Conflits (TC), saisi en vue de prévenir un conflit négatif afin de déterminer l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un recours dirigé contre le refus de renouvellement d'une autorisation d'occupation de parcelles acquises par l'Etat en application d'un décret déclarant d'utilité publique des travaux d'aménagement d'une autoroute, détourne définitivement l'acceptation de la « domanialité publique virtuelle », en considérant qu'en ce qui concerne les biens dont l'affectation à l'utilité publique a été décidée de manière certaine avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), le 1er juillet 2006, elle a pour effet de les incorporer au domaine public, le TC s'appropriant, ce faisant, le principe dégagé trois ans plus tôt par le Conseil d'Etat en référé (([CE 8 avril 2013 Association ATLALR, req. n° 363738 : publié au Rec. CE.](#))).

Rappelons le contexte dans lequel est intervenue cette décision.

En application d'un décret du 30 mars 2000 déclarant d'utilité publique des travaux d'aménagement d'une autoroute, l'Etat a acquis diverses parcelles pour la réalisation des travaux. Quelques années plus tard, le 15 juin 2005, il a autorisé l'association « *Tourisme, loisirs et aide en Languedoc-Roussillon* » (ATLALR), devenue l'association « *Mieux vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs* » (Mieux vivre à Béziers), à occuper certaines de ces parcelles pour une durée de trois ans renouvelable par période d'un an.

Le 27 octobre 2011, le préfet a refusé de renouveler l'autorisation d'occupation et saisi le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier afin qu'il ordonne à l'association Mieux vivre à Béziers de libérer les parcelles.

C'est dans le cadre du recours exercé par l'association à l'encontre de l'ordonnance d'expulsion du 22 octobre 2012 que le Conseil d'Etat a été amené à prendre, le 8 avril 2013, la décision « *ATLALR* » mentionnée précédemment.

Dans son pourvoi, l'association soulevait le moyen selon lequel le juge administratif des référés n'était manifestement pas compétent pour statuer sur la demande d'expulsion dont il était saisi, dès lors que celle-ci portait sur des parcelles qui, en l'absence d'aménagement spécial, n'auraient jamais fait partie du domaine public.

Or, pour écarter cet argument, le Conseil d'Etat s'était fondé sur une interprétation novatrice de la théorie dite de « *la domanialité publique virtuelle* » – dégagée par la décision « *Association Eurolat* » du 6 mai 1985 ((CE 6 mai 1985 *Association Eurolat*, req. n° 41589 : publié au Rec. CE.)) – en considérant qu'un bien d'une personne publique doit être regardé comme incorporé à son domaine public dès lors qu'il est prévu de manière certaine qu'il sera soit affecté à l'usage direct du public, soit spécialement aménagé en vue d'être affecté à un service public.

1 – ATLALR 1

La théorie de la domanialité publique virtuelle dégagée et mise en œuvre dans la décision *Eurolat* consistait à appliquer à un bien ne satisfaisant pas encore les critères d'appartenance au domaine public – lesquels étaient, avant l'entrée en vigueur du CG3P, soit l'affectation à l'usage direct du public soit l'affectation à un service public à condition que le bien soit spécialement aménagé à cet effet – les principes de la domanialité publique, dès lors que l'une ou l'autre de ces affectations était prévue de manière certaine.

C'est ce que rappelle en des termes explicites l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 31 janvier 1995 :

« L'appartenance d'un terrain nu qui est la propriété d'une personne publique au domaine public ne se concrétise que dans la mesure où ce terrain reçoit une affectation à l'usage direct du public ou un service public moyennant des aménagements spéciaux. Le fait de prévoir de façon certaine l'une ou l'autre de ces destinations implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique » ((Avis CE 31 janvier 1995 n° 356960.)).

Autrement dit, cette théorie jurisprudentielle permettait d'appliquer les principes du régime de la domanialité publique (par exemple : impossibilité de conférer des droits réels ((CE 6 mai 1985 Association Eurolat précité.)), impossibilité de déclasser un bien sans désaffectation préalable ((CE 1er février 1995 Préfet de la Meuse, req. n° 127969 : Mentionné aux T. Rec. CE)), expulsion d'un occupant sans titre ((CE 21 décembre 2006 Alain A., req. n° 297488 – CAA Paris 22 mars 2007, req. n° 04PA03776.)), etc.) à un bien qui ne constituait pas encore une dépendance du domaine public mais qui allait le devenir ((Cf. pour un commentaire récent de cette théorie : C. Maugüé et G. Bachelier « Le CGPPP : bilan d'étape avant de nouvelles évolutions », AJDA 2016. 1785 « Cette théorie, dégagée par la doctrine (AJDA 1985. 620, note E. Fatôme et J. Moreau) à partir de la décision du Conseil d'Etat Association Eurolat Crédit Foncier de France (CE 6 mai 1985, n° 41589, LebonDocument InterRevue 141 ; RFDA 1986. 21, concl. B. Genevois), avait pour conséquence de soumettre un bien aux principes de la domanialité publique (inaliénabilité, imprescriptibilité) bien qu'il ne relevât pas encore du domaine public, au seul motif que la personne publique prévoyait de façon certaine une affectation à un service public moyennant des aménagements et alors même que ceux-ci n'étaient pas encore réalisés. Elle avait pris un relief particulier avec l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies (EDCE 1997, n° 47, p. 407 ; AJDA 1997. 126, note E. Fatôme et Ph. Terneyre) et l'avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur (EDCE 2004,

n° 56, p. 185) »)).

Cette théorie n'avait pas pour effet, en revanche, d'incorporer dans le domaine public, par anticipation, des biens qui ne répondaient pas aux critères d'appartenance mais dont il était prévu de manière certaine qu'ils allaient y satisfaire.

Or, dans sa décision ATLALR de 2013, le Conseil d'Etat conceptualise par un considérant de principe très dense la théorie de la domanialité publique en assimilant soumission au régime de la domanialité publique et incorporation dans le domaine public :

« Considérant qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; que le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique ; qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus, alors même qu'en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu, elles ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ; ».

Ainsi, la Haute Juridiction ne se borne pas à rappeler les

termes de l'avis de 1995 explicitant la jurisprudence Eurolat selon lesquels « *le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique* », puisqu'elle infère de cette solution que le bien dont l'affectation à l'utilité publique est prévue de manière certaine est incorporé, dès cette date, au domaine public.

Elle en déduit, dans le prolongement de la jurisprudence « *Commune de Port Vendres* » du 3 octobre 2012 ((CE 3 octobre 2012 Commune de Port-Vendres, req. n° 353915 : mentionné aux T. Rec. CE : « Considérant, en premier lieu, qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance au domaine public d'un bien était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public et qui, depuis le 1er juillet 2006, ne rempliraient plus les conditions désormais fixées par son article L. 2111-1 »)), que la seule circonstance que le bien incorporé par anticipation ne respecte pas les critères d'appartenance au domaine public fixé par le CG3P, n'a pas pour effet d'entraîner le déclassement du bien en l'absence d'acte formel en ce sens et ce, alors même que l'affectation certaine envisagée n'aurait pas été réalisée ((Voir également C. Maugüé et G. Bachelier « Le CGPPP : bilan d'étape avant de nouvelles évolutions » précité : « Cette décision a également pour portée de gommer toute distinction entre la soumission aux principes de la domanialité publique et l'appartenance au domaine public. La circonstance qu'aucun des aménagements envisagés n'ait été réalisé ne fait pas pour autant sortir la dépendance du domaine public, en l'absence de toute décision de déclassement. L'appartenance d'un bien au domaine public

est alors constituée dès la décision prévoyant, de façon certaine, un aménagement du bien concerné ».)).

Cette solution – qui semble reposer sur une confusion entre régime et incorporation au domaine public – apparaît contestable dans une telle hypothèse puisqu'elle s'écarte de la raison d'être de la théorie initiale. En effet, si l'application du régime protecteur du domaine public à un bien destiné à en faire partie avec certitude se justifie par la même nécessité de conserver ce domaine affecté à l'utilité publique, il est plus difficilement compréhensible, en revanche, qu'un bien incorporé au domaine public en raison d'une affectation future puisse continuer à en faire partie et à bénéficier de son régime alors même que les conditions qui justifiaient sa soumission à un régime protecteur ne se sont jamais réalisées.

C'est pourtant cette solution que la décision dite « *ATLALR 2* » vient confirmer.

2 – ATLALR 2

Parallèlement à son action en référé contre l'ordonnance d'expulsion, l'association « *Mieux Vivre à Béziers* » a contesté la décision de refus opposée par le préfet à sa demande de renouvellement de la convention d'occupation.

Par un jugement du 29 mars 2013, le tribunal administratif de Montpellier a décliné la compétence de la juridiction administrative au motif que les parcelles appartenaient au domaine privé de l'Etat. En effet, selon le tribunal administratif, la seule circonstance que les parcelles aient été incluses dans le périmètre de la DUP du 30 mars 2000 n'avait pu avoir pour effet de les faire entrer dans le domaine public en l'absence de toute décision de classement ou d'affectation spéciale et dès lors qu'au surplus une déclaration d'utilité publique modificative du 16 novembre 2007 les avait exclues de ce périmètre ((D'après les

conclusions du rapporteur public accessibles sur le site Internet du Tribunal des Conflits à l'adresse suivante : http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/4068_Conclusion_conclusion_s_tc_4068.pdf .)).

L'association a par suite assigné l'agent judiciaire de l'Etat devant le tribunal de grande instance de Béziers. Or, le juge de la mise en état a estimé, à l'inverse, que la déclaration d'utilité publique avait eu pour effet d'intégrer les parcelles litigieuses dans le domaine public de sorte que seule la juridiction administrative était compétente pour connaître du contentieux.

Saisie sur l'appel de l'association Mieux Vivre à Béziers, la cour d'appel de Montpellier a alors renvoyé la question de compétence au Tribunal des Conflits afin de prévenir un conflit négatif ((Cf. article 32 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles : « Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que le litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision du tribunal »)).

C'est à l'issue de cette procédure qu'est intervenue la décision commentée, laquelle confirme la solution retenue en 2013 par le Conseil d'Etat et en conclut que le soin de trancher ce litige relève de la compétence de la juridiction administrative :

« Considérant que, jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1er

juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, une décision certaine d'une collectivité publique d'affecter un immeuble lui appartenant à un service public et de réaliser à cette fin un aménagement spécial, de même qu'une décision certaine d'affecter l'immeuble à l'usage direct du public et, si cette affectation nécessitait un aménagement, de le réaliser, avait pour effet de soumettre cet immeuble aux principes de la domanialité publique ; que l'Etat, qui a acquis les parcelles litigieuses à une date antérieure au 1er juillet 2006 sur le fondement d'un décret du 30 mars 2000 déclarant d'utilité publique des travaux d'aménagement d'une autoroute, avait nécessairement prévu de manière certaine la réalisation sur ces parcelles d'un ouvrage destiné à les affecter à l'usage direct du public ; que les parcelles ont ainsi été incorporées dans le domaine public dès leur acquisition ; que la circonstance que les travaux prévus n'ont pas été réalisés et que les parcelles n'ont pas été incluses dans le périmètre d'une déclaration d'utilité publique modificative résultant d'un décret du 16 novembre 2007 est sans incidence, en l'absence d'acte de déclassement, sur leur appartenance à ce domaine ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le litige opposant l'association « Mieux vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs », venant aux droits de l'association ATLALR, porte sur l'occupation de dépendances du domaine public et relève, par suite, de la compétence des juridictions de l'ordre administratif ».

Ainsi, les biens dont l'affectation à l'utilité publique était prévue de manière certaine avant le 1er juillet 2006 ont été incorporés au domaine public.

Le Tribunal des Conflits, considère, à l'instar du Conseil d'Etat, que cette incorporation n'est susceptible d'être remise en cause que par un acte formel de déclassement, quand

bien même l'affectation effective du bien incorporé par anticipation ne serait jamais concrétisée.

Ainsi, en l'espèce, contrairement à ce qu'avait estimé le tribunal administratif de Montpellier, la circonstance que les travaux prévus sur les parcelles concernées n'aient pas été effectués et que ces dernières aient été exclues du périmètre de la DUP modificative, était sans incidence sur leur appartenance au domaine public.

En outre, cette décision semble apporter quelques précisions rédactionnelles quant à la « nouvelle » théorie de la domanialité publique virtuelle.

Tout d'abord, si l'on peut s'étonner de la formule visant une « *décision certaine* » d'une collectivité publique d'affecter un immeuble lui appartenant à l'usage direct du public ou à un service public, il faut comprendre que c'est le **caractère certain de l'affectation du bien** qui conditionne l'application de la domanialité publique virtuelle et donc l'incorporation du bien, ce que rappelle la décision en indiquant que « *l'Etat (...) avait nécessairement prévu de manière certaine la réalisation sur ces parcelles d'un ouvrage destiné à les affecter à l'usage direct du public* ».

A cet égard, comme en l'espèce, une décision juridique telle qu'une déclaration d'utilité publique est regardée comme conférant un caractère certain à l'affectation envisagée.

Ensuite, il est précisé que, lorsque l'affectation d'un bien à l'usage direct du public nécessite la réalisation d'un aménagement (comme, en l'espèce, un échangeur autoroutier), « ***l'incorporation anticipée au domaine public de ce bien, en application de la théorie du domaine public virtuel, est nécessairement subordonnée au degré de certitude qui s'attache à la réalisation de l'aménagement prévu*** » ((Conclusions du rapporteur public F. Desportes sur la décision commentée, page 5.)).

Dans ce cas de figure (incorporation d'un bien par anticipation), cette solution paraît s'imposer dans la mesure où, dès lors qu'un aménagement est nécessaire, c'est cet aménagement qui doit être prévu de façon certaine pour réaliser l'affectation.

Enfin, le Tribunal des Conflits rappelle implicitement la nécessité du critère organique (appartenance du bien à une collectivité publique) en précisant que « *les parcelles ont ainsi été incorporées au domaine public dès leur acquisition* ».

Autrement dit, si la DUP permet de faire application de la « nouvelle » théorie de la domanialité publique virtuelle en ce qu'elle est considérée comme la décision conférant un caractère certain à l'affectation des parcelles à l'utilité publique, l'incorporation ne peut néanmoins avoir lieu qu'une fois le transfert de propriété réalisé.

Fixation de nouveaux seuils de consultation pour avis des services de l'Etat en matière d'opérations immobilières entreprises par les collectivités publiques et

certains organismes

[JORF n° 0288 du 11 décembre 2016, Arrêté du 5 décembre 2016 relatif aux opérations d'acquisitions et de prises en location immobilières poursuivies par les collectivités publiques et divers organismes](#)

C'est l'arrêté du 5 septembre 1986 relatif aux opérations immobilières poursuivies par les collectivités et organismes publics modifié par un arrêté du 17 décembre 2001 qui fixait les seuils des opérations de prises en locations et d'acquisition respectivement à hauteur de 12 000 EUR et 75 000 EUR.

L'arrêté du 5 décembre 2016 ici commenté relève ces seuils.

1 – Pour les « *les baux, accords amiables et conventions quelconques ayant pour objet la prise en location d'immeubles de toute nature d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à un montant fixé* » ((Article L. 1311-10-1° CGCT – Article 23-II-1° de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « loi MURCEF » – Article R. 4111-1 CGCT – Article 5-1° du décret n° 86-455 du 14 mars 1986 modifié relatif à la suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et modalités de consultation du service des domaines)) par l'autorité compétente, l'arrêté du 5 décembre 2016 fixe ce seuil à hauteur de 24 000 EUR :

► Pour les « *collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics* » à l'exception des « *établissements publics locaux agréés pour réaliser des opérations de crédit et aux associations foncières de remembrement et à leurs unions* » ((Article L. 1311-9 CGCT.)),

► Pour « *les collectivités territoriales, leurs groupements, leurs établissements publics et leurs concessionnaires* », « *les sociétés et organismes dans*

lesquels les collectivités, personnes ou établissements publics mentionnés au 1° exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion, ou détiennent, ensemble ou séparément, la majorité du capital ou des voix dans les organes délibérants, lorsque ces sociétés ou organismes ont pour objet des activités immobilières ou des opérations d'aménagement » et « les organismes dans lesquels les personnes mentionnées aux 1° et 2° exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion, ou détiennent, directement ou indirectement, ensemble ou séparément, la majorité du capital ou des voix dans les organes délibérants, lorsque ces organismes ont pour objet des activités immobilières ou des opérations d'aménagement » ((Article 23-I de la loi MURCEF.)),

► Pour « l'Etat et ses établissements publics » pour les opérations visées par l'article R. 4111-1 CGCT ainsi que pour « les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics » ((Articles R. 4111-2 CGCT et R. 4111-7 CGCT.)),

► Pour « l'Etat », « les établissements publics et les offices de l'Etat », « les concessionnaires de services publics et de travaux publics de l'Etat », « les sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les organismes susvisés détiennent ensemble ou séparément la majorité du capital lorsque ces sociétés ont pour objet des activités immobilières ou poursuivent un but d'aménagement », « les caisses ou organismes de sécurité sociale, d'allocations familiales ou de mutualité sociale agricole », « les organismes recevant le concours financier de l'Etat et soumis au contrôle permanent d'un membre du corps du contrôle général économique et financier désigné par l'Etat » ((Article 3 du décret du 14 mars 1986 précité.)),

► Pour les « opérations poursuivies par les sociétés, associations, entreprises ou organismes de toute nature qui se trouvent placés en droit ou en fait sous le contrôle de l'Etat, des services, établissements ou organismes susvisés ou qui agissent pour leur compte à l'exclusion des entreprises publiques ou nationalisées, des établissements de crédit relevant du secteur public

et des sociétés d'économie mixte à vocation industrielle ou commerciale » ainsi que celles « poursuivies par des sociétés, associations, entreprises ou organismes non visés [ci-avant], lorsque ces opérations sont réalisées pour le compte de l'Etat ou de l'une des personnes morales énumérées [ci-avant] » ((Article 3 du décret du 14 mars 1986 précité.)).

2 – Pour les « acquisitions à l'amiable, par adjudication ou par exercice du droit de préemption, d'immeubles, de droits réels immobiliers, de fonds de commerce et de droits sociaux donnant vocation à l'attribution, en pleine propriété, d'immeubles ou de parties d'immeubles, d'une valeur totale égale ou supérieure à un montant fixé [par l'autorité administrative compétente / par arrêté du ministre chargé du domaine / par arrêté du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget], ainsi que les tranches d'acquisition d'un montant inférieur, mais faisant partie d'une opération d'ensemble d'un montant égal ou supérieur » ((Article L. 1311-10-2°CGCT – Article 23-II-2° de la loi du 11 décembre 2001 précitée – Article R. 1211-2 CGCT –Article 5-2° du décret du 14 mars 1986 précité.)), l'article 2 de l'arrêté du 5 décembre 2016 fixe le seuil de consultation pour avis des services de l'Etat à **180 000 EUR**, pour les mêmes personnes publiques/organismes/opérations, tels qu'énoncés dans le paragraphe précédent.

3 – Ces nouveaux seuils seront applicables à compter de la date d'entrée en vigueur de l'arrêté, soit à compter du 1er janvier 2017.

La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union Européenne est soumise à des conditions spécifiques énumérées par la Cour de justice de l'Union européenne

[CE 3 novembre 2016 Association France Nature Environnement, req. n° 360212](#)

Le 13 juin 2012, l'association France Nature environnement a saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement.

Elle faisait valoir que l'article 1er du décret méconnaissait les dispositions de la directive 2001/42 du 27 juin 2001 ((Directive n° 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.)), et en particulier l'article 6 paragraphe 3, en confiant à la même autorité, d'une part, la compétence pour élaborer et approuver un certain nombre de plans et programmes et, d'autre part, la compétence consultative environnementale pour ces derniers, sans qu'il ne soit prévu de mesures propres à garantir que la compétence consultative soit exercée par une entité ayant une autonomie effective.

Dans un arrêt en date du 26 juin 2015, le Conseil d'Etat lui avait donné raison au motif que :

« Considérant, en revanche, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 13 qu'en confiant à la même autorité la compétence pour élaborer et approuver les plans et documents et la compétence consultative en matière environnementale aux 1°, 3° à 5°, 8°, 14°, 15° dans cette seule mesure, aux 16°, 25°, 27°, 31°, 32°, 35°, 39° et 43° du I et aux 2° dans cette seule mesure, 5°, 6° et 10° dans cette seule mesure du II de l'article R. 122-17 du code de l'environnement, sans prévoir de disposition de nature à garantir que la compétence consultative en matière environnementale serait exercée, au sein de cette autorité, par une entité disposant d'une autonomie effective, le décret attaqué a méconnu les exigences découlant du paragraphe 3 de l'article 6 de la directive » ((CE 26 juin 2015 Association France Nature environnement, req. n° 360212 : Mentionné aux tables Rec. CE. Voir le commentaire de cet arrêt.)).

La Haute Assemblée avait également fait droit au moyen tiré de la méconnaissance de la directive par l'article 7 du décret.

Enfin, toujours dans le même arrêt, sur la modulation des effets dans le temps de la décision d'annulation lorsque ses conséquences seraient manifestement excessives pour les intérêts publics ou privés ((CE 11 mai 2004 Association AC ! et autres, req. n° 255886 :Rec. CE.)), il a jugé que :

« il ressort des pièces du dossier que la rétroactivité de l'annulation partielle des dispositions de l'article 1er du décret attaqué présenterait le risque que soit remise en cause la légalité de l'ensemble des plans et programmes pris en application de ces dispositions ainsi que, compte tenu de la possibilité d'exciper, sans condition de délai, de l'illégalité des actes réglementaires propre au droit administratif français, de tous les actes pris sur le fondement de ces plans et programmes ; que le niveau élevé de protection de l'environnement que l'ensemble de ces plans et

programmes tendent à assurer, sur l'ensemble des territoires concernés et au regard des différents enjeux environnementaux en cause, pourrait en être durablement altéré ; qu'une telle situation serait préjudiciable tant pour le respect du principe de sécurité juridique, reconnu par le droit de l'Union, que pour la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement, lequel constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union ; que l'annulation rétroactive des dispositions du décret attaqué créerait également un vide juridique faisant obstacle à la mise en œuvre des autres dispositions nationales prises pour la transposition de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 pour les types de plans et programmes concernés ; **qu'au regard des critères qui déterminent, de manière générale, les conditions dans lesquelles le juge administratif français peut faire usage de son pouvoir de modulation des effets d'une décision d'annulation, la prise en compte de ces risques pourrait conduire à maintenir les effets des dispositions en cause de l'article 1er du décret attaqué durant le délai strictement nécessaire pour permettre au Premier ministre de prendre les dispositions organisant un système adéquat d'autorités administratives chargées de l'évaluation environnementale ; qu'il y aurait ainsi lieu de prévoir que l'annulation partielle de l'article 1er ne prendrait effet qu'à compter du 1er janvier 2016 et que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets produits par les dispositions du décret attaqué antérieurement à son annulation seraient regardés comme définitifs ».**

Il avait alors saisi la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) de deux questions préjudicielles, et sursit à statuer en attendant sa réponse ((CE 26 juin 2015 Association France Nature environnement, req. n° 360212 : Mentionné aux Tables Rec. CE.)). Les questions étaient les suivantes :

► « Une juridiction nationale, juge de droit commun du droit de l'Union européenne, doit-elle, dans tous les cas, saisir la CJUE à titre préjudiciel afin que celle-

ci apprécie s'il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur les dispositions jugées contraires au droit de l'Union par la juridiction nationale ? »

► *« En cas de réponse affirmative à cette première question, la décision qui pourrait être prise par le Conseil d'Etat de maintenir jusqu'au 1er janvier 2016 les effets des dispositions de l'article 1er du décret du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement qu'il juge illégales serait-elle notamment justifiée par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement ? ».*

Par un arrêt du 28 juillet 2016 ((CJUE 28 juillet 2016 Association France Nature environnement c. Premier Ministre, Ministre de l'Economie, du Développement durable et de l'Energie, req. n° C-379/15.)), la CJUE s'est prononcée sur les questions préjudicielles, en répondant d'abord à la seconde question, celle-ci permettant de répondre à la première.

1 La possibilité de maintenir un acte national contraire au droit de l'Union européenne

La Cour rappelle en premier lieu l'article 6 paragraphe 3 ((Directive n° 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, précitée.)) méconnu par les dispositions du décret :

« Les États membres désignent les autorités qu'il faut consulter et qui, étant donné leur responsabilité spécifique en matière d'environnement, sont susceptibles d'être concernées par les incidences environnementales de la mise en œuvre de plans et de programmes.»

Et, il ressort de la jurisprudence de l'Union Seaport ((CJUE 20 octobre 2011 Seaport, req. n° C474/10.)) que ces dispositions seraient privées d'effet utile s'il n'existait pas, dans la structure administrative de l'Etat membre chargé

d'élaborer ou adopter un plan ou un programme, un autre organe habilité à exercer cette fonction de consultation.

Ainsi, afin de répondre à la seconde question du Conseil, la Cour énonce :

*« une juridiction nationale peut, lorsque le droit interne le permet, **exceptionnellement et au cas par cas**, limiter dans le temps certains effets d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national qui a été adoptée en méconnaissance des obligations prévues par la directive 2001/42 (...) à la condition qu'une telle limitation s'impose par une **considération impérieuse liée à la protection de l'environnement** et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont elle est saisie ».*

Cette faculté de moduler l'annulation dans le temps n'est toutefois possible que lorsque quatre conditions supplémentaires sont remplies ((Conditions énumérées dans CJUE 28 février 2012 Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne, req. n° C-41/11.)) :

- ▶ La disposition du droit national constitue une mesure de « transposition correcte » du droit de l'UE en matière de protection de l'environnement ;
- ▶ L'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition du droit national ne permet pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de la disposition ;
- ▶ L'annulation de la disposition aurait pour effet de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement qui serait plus préjudiciable à celui-ci ;
- ▶ Un maintien exceptionnel des effets de la disposition du droit national attaquée ne couvre que le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée.

Ainsi, la CJUE admet qu'une juridiction nationale peut, exceptionnellement et au cas par cas et en aucun cas de façon « *abstraite et globale* » ((Point 40 de l'arrêt.)), limiter dans le temps certains effets d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national contraire au droit de l'UE, sous certaines conditions.

2 Une possibilité soumise dans certains cas à l'obligation de saisir la CJUE d'une question préjudicielle

Concernant la première question, la CJUE rappelle que « *une juridiction nationale dont les décisions ne sont plus susceptibles d'un recours juridictionnel [comme c'est le cas pour le Conseil d'Etat] est, en principe, tenue de saisir la Cour à titre préjudiciel, afin que celle-ci puisse apprécier si, exceptionnellement, des dispositions de droit interne jugées contraires au droit de l'Union peuvent être provisoirement maintenues, au regard d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont cette juridiction nationale est saisie. Ladite juridiction n'est dispensée de cette obligation que lorsqu'elle est convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe quant à l'interprétation et à l'application des conditions [précitées] ».*

Ainsi, les juridictions nationales sont dispensées de l'obligation de saisir le CJUE d'une question préjudicielle que si elle est convaincue qu'aucun doute raisonnable n'existe quant à l'interprétation et l'application des conditions énumérées supra.

3 L'application par le Conseil d'Etat de la réponse aux questions préjudicielles

Dans la décision du 3 novembre 2016, le Conseil d'Etat reprend les deux réponses apportées par la CJUE avant de conclure :

« 3. *Considérant que les dispositions du décret attaqué*

portant transposition de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 fixent des règles de procédure à caractère général qui n'ont pas, par elles-mêmes, d'incidence sur la protection de l'environnement ; qu'il résulte de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne que si le Conseil d'Etat ne saurait, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre les dispositions de ce décret, maintenir provisoirement en vigueur, eu égard à leur portée, les dispositions jugées contraires au droit de l'Union, faute de pouvoir porter, par avance, une appréciation circonstanciée, au regard des conditions énoncées par la Cour et rappelées au point 2, sur les décisions dont la légalité pourrait être mise en cause en raison de l'annulation du décret litigieux, il appartient, en revanche, aux juridictions administratives devant lesquelles il serait soutenu à bon droit qu'un plan ou programme pris en application du décret attaqué ou qu'un acte pris sur le fondement d'un de ces plans ou programmes est illégal au motif qu'il a été pris sur le fondement des dispositions en cause du décret du 2 mai 2012 ou que la procédure d'adoption du plan ou programme a méconnu la directive du 27 juin 2001, d'apprécier s'il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur l'acte attaqué et de vérifier, à ce titre, si les conditions rappelées au point 2 sont remplies ;

4. Considérant qu'il suit de là et des motifs de la décision du 26 juin 2015 qu'il y a lieu d'annuler l'article 1er du décret attaqué en tant qu'il désigne l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement aux 1°, 3° à 5°, 8°, 14°, 15° dans la seule mesure où cette autorité est celle compétente pour élaborer et approuver le plan, schéma, programme ou document, aux 16°, 25°, 27°, 31°, 32°, 35°, 39° et 43° du I et aux 2° dans la seule mesure où cette autorité est celle compétente pour élaborer et approuver

le plan, 5°, 6° et, dans la seule mesure où cette autorité est celle compétente pour élaborer et approuver le plan, 10° du II de l'article R. 122-17 du code de l'environnement et l'article 7 en tant qu'il prévoit que les dispositions du décret ne sont pas applicables aux chartes de parcs naturels régionaux dont l'élaboration ou la révision a été prescrite au 1er janvier 2013 ».

Il en résulte que, si le décret n'a pas, **par lui-même**, d'incidences sur l'environnement, faisant ainsi obstacle à ce que le Conseil d'Etat diffère les effets de son annulation, il pourrait toutefois en aller autrement si l'annulation du décret entraînait l'illégalité de tous les plans et programmes pris sur le fondement du décret, et ayant des conséquences néfastes sur l'environnement et justifiant une limitation des effets de l'annulation en raison d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement.

Dans ce cas, le Conseil d'Etat pourrait être conduit à apprécier si les quatre conditions rappelées par la CJUE et reprises par lui sont réunies et peuvent justifier de l'annulation différée du décret.

Cependant, le Conseil d'Etat étant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, il ne peut décider de différer les effets de l'annulation sans solliciter la CJUE, que s'il est convaincu qu'aucun doute raisonnable n'existe concernant l'interprétation et l'application des conditions précitées, ce qu'il devrait en outre démontrer. Or, ainsi qu'il l'indique, il ne peut porter une telle appréciation suffisamment circonstanciée sur les plans et programmes.

Dès lors, la Haute juridiction renvoie aux juridictions administratives dont les décisions sont susceptibles de recours, la charge d'apprécier, lorsqu'elles seront saisies d'un plan ou programme pris sur le fondement du décret

illégal, et ayant une incidence sur l'environnement, si les conditions sont effectivement remplies pour différer l'annulation du plan ou programme.

La CJUE précise le régime des concessions domaniales au regard du droit de l'Union

Article rédigé par Philippe Proot, avocat *of counsel* AdDen avocats, et publié dans Contrats Publics MoniteurJuris n° 169 – octobre 2016 p.70