

# LA GAZETTE

DE L'INSTITUT DE DROIT  
PUBLIC DES AFFAIRES



## AU SOMMAIRE DE CE NUMÉRO :

### ► L'EDITO

**Le mot de passation d'Anne-Laure Coirre**, Présidente de l'Association de l'IDPA - Promotion 2021-2022 | p. 4

---

### ► LES BRÈVES DE JURISPRUDENCE

Commentaires des dernières jurisprudences | p. 5

---

### ► LES ENTRETIENS

#### **L'Entretien du mois avec Jean-Pierre Darrieutort**

Médiateur diplômé, consultant et ancien président de tribunal administratif | p. 18

#### **Que sont-ils devenus ? Maître Ludwig Prigent**

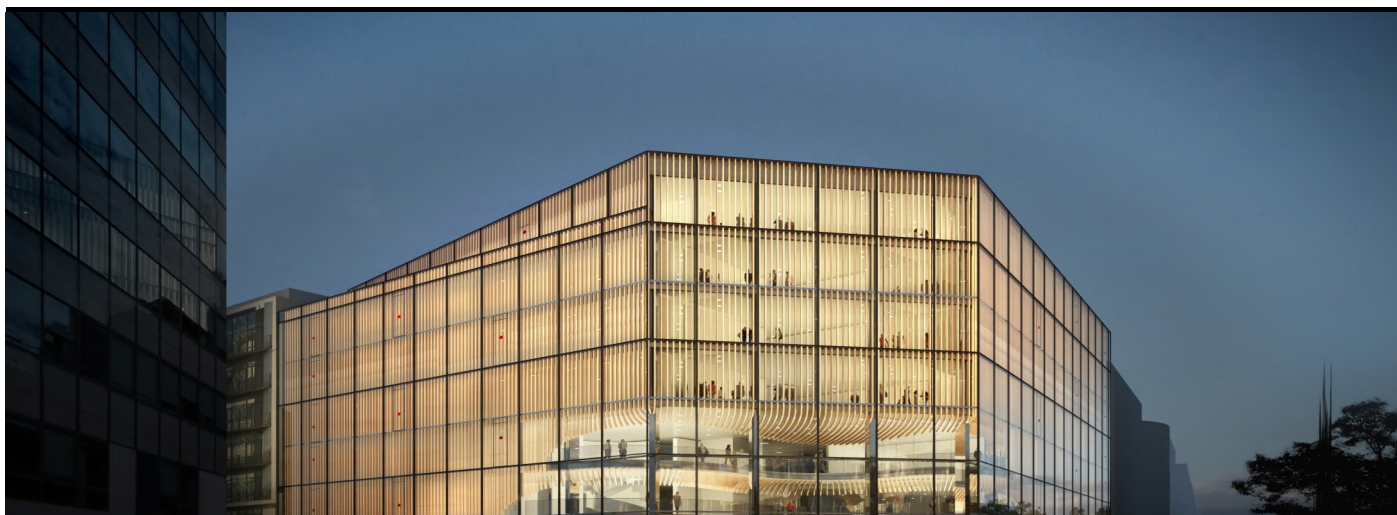
Avocat aux conseils - Associé du cabinet Melka-Prigent-Drusch | p. 22

---

### ► REGARDS SUR L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

**Décret "clause filet" du 25 mars 2022 : une réforme nécessaire mais décevante de l'évaluation environnementale** - Sophie Aubourg | p. 25

**Devoir de vigilance et commande publique : une union trop précipitée ?** - Marie Guillois | p. 33



## Qui sommes-nous ?

L'Institut de droit public des affaires (IDPA) est une formation universitaire (Université Paris-Saclay) visant à préparer de futurs avocats spécialistes du droit public au sein même de l'école de formation professionnelle des barreaux de la Cour d'appel de Paris (EFB). Il permet ainsi aux élèves-avocats sélectionnés de bénéficier, en parallèle des cours de l'EFB, d'enseignements d'excellence sur la pratique du droit public.

Créé et géré pendant vingt ans par Maître Jean-Pierre Boivin, l'Institut est aujourd'hui dirigé par Maître Jean-Marc Peyrical.

Les enseignements dispensés par des praticiens de renom traitent des marchés publics, du droit européen, du droit de l'environnement industriel, du droit de l'urbanisme mais aussi des techniques de droit fiscal, du contentieux administratif ou encore de la déontologie de l'avocat publiciste.

Tout admis à l'examen d'entrée d'un centre régional de formation à la profession d'avocat (CRFPA) peut déposer sa candidature pour intégrer l'IDPA. En cas d'admission, le transfert au sein de l'EFB de Paris sera automatiquement pris en charge. Les étudiants doivent obligatoirement débiter leur formation par le stage PPI (Projet Personnel Individualisé).

Existant depuis plus de 30 ans, l'IDPA dispose d'un réseau constituant un tremplin essentiel pour les futurs avocats publicistes.

Les liens tissés entre chaque promotion et perpétués grâce à l'Association de l'IDPA permettent aux élèves-avocats intégrant l'Institut de bénéficier d'un soutien permanent pour leur entrée dans la vie professionnelle.

Futurs élèves-avocats, n'hésitez plus, rejoignez-nous !

Pour plus de renseignements, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

*[contact@association-idpa.com](mailto:contact@association-idpa.com)*

**L'Association de l'IDPA**



L'Association de l'IDPA occupe une place centrale au sein de l'Institut.

Très active, l'Association de l'IDPA fédère et entretient un réseau composé de plus de 700 diplômés, avocats ou professionnels du droit.

Elle a également pour objet de promouvoir le droit public des affaires.

À cette fin, elle organise chaque année le Gala de l'IDPA (qui s'est tenu les années passées au Conseil d'État, à la Cour administrative d'appel de Paris, à la Bibliothèque de l'Ordre des avocats...).

L'Association organise également des conférences, sous forme de colloque, les « Jeudi de l'IDPA ».

Elle publie en outre la Gazette de l'IDPA contenant des articles de droit et des entretiens avec des professionnels du monde juridique.

Voici les membres de l'Association de l'IDPA.

**Présidente** : Juliette Kuentz

**Vice-Présidente** : Maguelonne Torti

**Trésorière** : Marie Guillois

**Secrétaire général** : Robin Hindes

**Pôle Gazette** : Chloé Mifsud (référente), Diane Florent, Marine Combes, Clément Balzamo, Paul Mazet

**Pôle Événementiel** : Juliette Kuentz, Maguelonne Torti, Marie Guillois, Robin Hindes

**Pôle Partenariats** : Marion Dunk, Marie Mayrand, Dan Phan

**Pôle Communication** : Tsamouna Boukila



## Le mot de passation d'Anne-Laure Coirre

Chères Lectrices,  
Chers Lecteurs,

Pour l'IDPA, l'année 2021-2022 doit être retenue comme celle d'un certain rebond après la longue et pénible période liée au Covid-19. En effet, si la première partie de cette année a malheureusement commencé dans une atmosphère de couvre-feu et de fermeture des locaux de l'EFB, la seconde a su embrasser les réouvertures en tout genre qui ont fait notre bonheur à tous.

Ces réouvertures ont été une occasion que l'IDPA n'a pas manqué de saisir pour organiser plusieurs cocktails permettant la réunion, la rencontre et les échanges entre les anciens, notre promotion et les différents intervenants et intervenants.

Ces derniers, justement, méritent de sincères remerciements, que je transmets au nom de toute notre promotion. Si l'IDPA avait déjà montré sa capacité d'adaptation l'année précédente, c'est fondamentalement grâce au dévouement de ces professionnels du droit, qui ont à cœur chaque année de transmettre un peu de leur savoir, que cet institut a pu perdurer comme il l'a fait.

L'Association de l'IDPA a également contribué à ce mouvement, à travers de nombreux aspects comme la rédaction de la Gazette, le développement de notre présence sur les réseaux sociaux, la conclusion de nombreux partenariats et l'organisation de deux jeudis de l'IDPA, dont les sujets d'actualité et la qualité des intervenants ont suscité l'intérêt tant des étudiants que des praticiens.

Enfin, il faut remercier nos cabinets partenaires, sans la générosité desquels nous n'aurions pas pu concrétiser autant de projets. Parmi ces derniers, le plus marquant demeure le Gala de l'IDPA, qui s'est tenu en décembre dernier dans les salons de Harlay et de l'Horloge, à la Maison du Barreau. Après deux années de restrictions sanitaires, l'IDPA a eu à nouveau la joie d'organiser son Gala annuel.

Au quai de l'Horloge, nous avons ainsi eu la chance d'accueillir, entre autres, notre marraine de promotion, Maître Christiane Féral-Schuhl, ainsi que la bâtonnière du barreau de Paris, Maître Julie Couturier. La présence de ces deux figures du droit prouve le rayonnement que l'IDPA continue d'avoir.

Afin que ce rayonnement se poursuive, le rôle de la nouvelle promotion est déterminant. Je lui souhaite, et tout particulièrement au nouveau bureau de l'Association, bon courage. C'est vous désormais qui avez les clefs de cette belle aventure !



**Anne-Laure Coirre**  
**Présidente de l'Association de l'IDPA 2021-2022**





## Brèves juridiques

### CONTRATS PUBLICS

**Cour administrative d'appel de Paris, 5 avril 2022, Société Siemens Lease Services, n° 19PA04070 - Disproportion manifeste du prix dans un contrat - Motif susceptible de justifier que l'application du contrat soit écartée**

A titre liminaire, il est constant que « *lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel* » (Conseil d'Etat, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551).

Il est à noter que contrairement à la jurisprudence Béziers I (Conseil d'Etat, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802), dans laquelle le Conseil d'Etat subordonne l'inapplicabilité du contrat dans un litige entre les parties « *au caractère illicite du contenu du contrat* », la décision précitée mentionne non pas le « *caractère illicite du contenu du contrat* » mais simplement « *le caractère illicite du contrat* ». C'est ce considérant qui fondera la décision présentée.

En l'espèce, le lycée général et technologique François Villon, établissement public local d'enseignement, a conclu avec la société Holding Lease France

deux contrats, les 7 septembre 2012 et 26 juin 2013, portant sur la location longue durée de matériels d'impression et de reprographie. Ces deux contrats, conclus pour une durée de vingt-et-un trimestres, moyennant le paiement de loyers, ont fait l'objet d'une cession de contrats par la société Holding Lease France à la société Siemens Lease services, comme les conditions générales des deux contrats l'autorisaient.

Après avoir sollicité des informations sur les matériels objets de ces contrats, ainsi que sur les conditions financières de son engagement, le lycée François Villon a cessé de s'acquitter des loyers dus à compter du dernier trimestre de l'année 2014, au motif d'une disproportion entre le prix d'achat des matériels et le montant des loyers versés en alléguant un dol.

La société Siemens Lease Services a alors demandé au Tribunal administratif de Paris de constater la résiliation de plein droit des deux contrats aux torts du lycée, d'ordonner la restitution des matériels à ses frais et de condamner celui-ci au versement, d'une part, des arriérés de loyers échus avant la résiliation des contrats et, d'autre part, des indemnités de résiliation des contrats.

La société Siemens Lease Services a ensuite interjeté appel contre le jugement du 17 octobre 2019, par lequel le Tribunal administratif de Paris a condamné le lycée François Villon à lui verser la somme de 3.100,85 euros au titre de l'enrichissement sans cause et a rejeté le surplus de ses conclusions.

Si les magistrats de la 6<sup>ème</sup> chambre de la Cour administrative d'appel de Paris se sont refusés à admettre le dol, ils ont toutefois approuvé l'existence d'une disproportion entre le prix d'achat des matériels objets des contrats, et les sommes versées au titre des loyers, eu égard aux prix de vente unitaires tirés de sites internet spécialisés dans la vente de ces matériels, produits en défense par le lycée.

**La Cour administrative d'appel de Paris a, dès lors, conclu que la disproportion de prix constitue un motif tenant au caractère illicite du contrat et susceptible de justifier que son application soit écartée dans la résolution du litige entre les parties.**

Il y a lieu de remarquer dans cette décision que le juge administratif est assez favorable à l'administration, en remettant en cause la validité d'un contrat administratif pour lequel celle-ci aurait pu, en phase de passation, apprécier avec plus de rigueur les conditions financières de son engagement.

Cette décision reste discutable lorsque l'on sait que le Conseil d'Etat a admis qu'une erreur ne portant que sur le prix et non sur les qualités substantielles du contrat ne constitue pas un vice du consentement (Conseil d'Etat, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562).

## CONTENTIEUX

**Conseil d'Etat, 31 mars 2022, Département du Val-d'Oise, n° 453904, Publié au recueil Lebon – Précisions sur la « czabajisation » du contentieux des titres exécutoires et sur l'assimilation du titulaire d'une servitude de droit privé grevant le domaine public au bénéficiaire d'une autorisation d'occuper ce domaine**

Saisi par le département du Val-d'Oise dans une affaire relative à la contestation d'un titre exécutoire, le Conseil d'Etat a, par cette occasion, confirmé l'application de sa jurisprudence *Czabaj* au contentieux des titres exécutoires, et a considéré que le titulaire d'une servitude de droit privé sur le domaine public devait être regardé comme le bénéficiaire d'une autorisation d'occuper ce domaine.

En l'espèce, des travaux de création d'une ligne de tramways dont la maîtrise d'œuvre était confiée au département nécessitaient notamment le dévoiement du réseau de chauffage installé par la société Sarcelles Investissements et exploité par la société Sarcelles Energie, situé sous la voirie de la commune de Sarcelles. Le département, ayant réalisé ces travaux de dévoiement en application d'un protocole signé avec la société Sarcelles Investissements, a émis à son encontre un titre exécutoire en vue du remboursement des coûts des travaux effectués.

La juridiction judiciaire, saisie par la société Sarcelles Investissements en contestation du titre exécutoire s'est déclarée incompétente de la première instance jusqu'en cassation. Entre-temps, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise saisi par cette société a annulé le titre. Ce jugement ayant été confirmé par la Cour administrative d'appel de Versailles, le département s'est pourvu en cassation.

En premier lieu, le Conseil d'Etat saisi du pourvoi rappelle que le destinataire d'une décision administrative, dont il n'est pas justifié qu'il ait été informé des voies et délais de recours, bénéficie d'un délai de recours raisonnable à l'encontre de cette décision, généralement d'une année sauf circonstances particulières (Conseil d'Etat, Assemblée, 13 Juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763). Cette jurisprudence a notamment été étendue au contentieux des titres exécutoires par un arrêt *Communauté d'agglomération du pays ajaccien* (Conseil d'Etat, 9 mars 2018, n° 401386), par lequel la haute juridiction a indiqué que ce délai raisonnable bénéficie au requérant même s'il saisit à tort la juridiction judiciaire, à condition que cette saisine intervienne avant l'expiration dudit délai.

Dans la présente affaire, le Conseil d'Etat réitère la portée de cet arrêt et ajoute que le juge administratif doit être saisi dans les deux mois suivant la notification ou la signification de la décision par laquelle la juridiction judiciaire s'est déclarée incompétente « *de manière irrévocable* ».

Au cas présent, le Conseil d'Etat considère que la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la saisine du juge administratif n'était pas tardive. En effet, la juridiction judiciaire avait été saisie dans le délai raisonnable d'un an ouvert à la société Sarcelles Investissements pour contester la notification du titre exécutoire aux termes ambigus ne permettant pas de faire courir le délai de recours, et la saisine du juge administratif était intervenue avant même que la Cour de cassation ne déclare son incompétence de manière irrévocable.

En second lieu, s'agissant du dévoiement des réseaux, le Conseil d'Etat rappelle le principe selon lequel le bénéficiaire d'une autorisation d'occuper le domaine public doit « *supporter sans indemnité les frais de déplacement ou de modification des installations aménagées en vertu de cette autorisation lorsque ce déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public et que ces travaux constituent une opération d'aménagement conforme à la destination du domaine* » (Conseil d'Etat, 6 décembre 1985, *Gaz de France*, n° 50795).

Or, en l'espèce, alors même que la société Sarcelles Investissements était titulaire d'une servitude de droit privé sur le domaine public, le Conseil d'Etat juge que « [l]e titulaire d'une servitude de droit privé permettant l'implantation d'ouvrages sur le terrain d'une personne publique, maintenue après son incorporation dans le domaine public, doit être regardé comme titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine à raison de ces ouvrages, quand bien même il n'acquitterait pas de redevance à ce titre » et ajoute qu'« *il doit supporter les frais de déplacement des ouvrages implantés à raison de cette servitude, pour permettre l'exécution de travaux dans l'intérêt du domaine public et conformes à sa destination* ».

En jugeant que les coûts des travaux de dévoiement n'étaient pas imputables à la société Sarcelles Investissements, au motif que la redevance d'occupation du domaine public n'était pas à sa charge mais à celle de la société Sarcelles Energie, la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. Par conséquent, le Conseil d'Etat annule l'arrêt rendu en appel et renvoie l'affaire à cette même cour.

**Conseil d'Etat, Avis, 12 avril 2022, Société La Closerie, n° 458176, Publié au recueil Lebon – Irrecevabilité des conclusions aux fins d'injonction en l'absence de conclusions indemnitaires en matière de responsabilité sans faute du fait de dommages de travaux publics**

Saisi par la société La Closerie d'une demande de condamnation d'une commune et d'un syndicat intercommunal à installer des clapets anti-retours sur des exutoires de réseaux d'eau de pluie et à procéder au nettoyage complet d'un cours d'eau, le Tribunal administratif de Pau a soumis au Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, l'examen des questions suivantes :

« 1°) *La possibilité pour le juge administratif de mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction, en l'absence de toute conclusion aux fins d'indemnité, reconnue en matière de dommages d'ouvrages ou de travaux publics dans le cadre de la responsabilité sans faute, peut-elle être étendue en matière de responsabilité pour faute, notamment dans le cas de la carence fautive d'une personne publique à exercer ses pouvoirs de police ou de son refus de se conformer aux obligations qui lui sont fixées par voie législative ou réglementaire* »

2°) *Dans l'affirmative, dans quelles limites s'étendent de telles prescriptions condamnant la personne publique à faire cesser ou pallier les effets d'un dommage qui perdure à la date à laquelle le juge statue, du fait d'une telle faute* » ?

Le Conseil d'Etat commence par rappeler qu'une personne subissant un préjudice direct et certain du fait du comportement fautif d'une personne publique peut former devant le juge administratif une action en responsabilité tendant à ce que cette personne publique soit condamnée à l'indemniser des conséquences dommageables de ce comportement.

Il ajoute ensuite que lorsque la personne « établit la persistance du comportement fautif de la personne publique et du préjudice qu'elle lui cause », elle peut « assortir ses conclusions indemnitaires de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets ». Cette faculté est néanmoins limitée, puisque les « conclusions à fins d'injonction ne peuvent être présentées qu'en complément de conclusions indemnitaires ».

Les juges du Palais Royal indiquent enfin que « [d]e la même façon, le juge administratif ne peut être saisi, dans le cadre d'une action en responsabilité sans faute pour dommages de travaux publics, de conclusions tendant à ce qu'il enjoigne à la personne publique de prendre les mesures de nature à mettre fin au dommage ou à en pallier les effets, qu'en complément de conclusions indemnitaires ».

Au regard des réponses apportées à la première question, la seconde question posée par le Tribunal devient sans objet.

Le présent avis rompt cependant avec l'évolution jusqu'ici entreprise concernant la présentation de conclusions aux fins d'injonction en matière de responsabilité sans faute du fait de dommages de travaux publics. Sans revenir sur l'intégralité des décisions ayant contribué à cette évolution, on se contentera d'en mentionner quelques-unes à la lumière desquelles il est intéressant de lire l'avis commenté.

Le Conseil d'Etat avait admis que le juge statuant sur un recours indemnitaire en matière de responsabilité pour faute puisse, s'il est saisi de conclusions en ce sens, « enjoindre à la personne publique de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets » (Conseil d'Etat, 27 juillet 2015, *M. Baey*, n° 367484).

Cette solution a par la suite été étendue aux recours indemnitaires dans le cadre d'une responsabilité sans faute du fait de dommages de travaux publics, la mise en œuvre du pouvoir d'injonction étant conditionnée, outre la formulation de conclusions en ce sens, par le caractère fautif de l'abstention causant un dommage au requérant (Conseil d'Etat, 18 mars 2019, *Commune de Chambéry*, n° 411462). Récemment, le Conseil d'Etat a jugé qu'il appartenait au juge de se prononcer sur les modalités de réparation du dommage, « au nombre desquelles figure le prononcé d'injonctions [...] alors même que le requérant demanderait seulement l'annulation du refus [...] de mettre fin au dommage, assortie de conclusions aux fins d'injonction de prendre de telles mesures » (Conseil d'Etat, 27 janvier 2020, *Syndicat mixte d'assainissement du Val Notre-Dame*, n° 427079).

Par l'avis du 12 avril, la haute juridiction subordonne expressément la recevabilité de conclusions aux fins d'injonction en matière de responsabilité sans faute du fait de travaux publics à la présentation de conclusions indemnitaires, revenant ainsi sur la solution dégagée par l'arrêt du 27 janvier 2020 précité.



**Conseil d'Etat, 12 mai 2022, M. D... A..., n° 444994, Mentionné aux tables du recueil Lebon - Le pouvoir législatif est seul compétent pour prononcer une dispense de conclusions du rapporteur public, son intervention relevant des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques**

Par un arrêt du 12 mai 2022, le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence en jugeant qu'une dispense du prononcé des conclusions du rapporteur public relève de la compétence du législateur.

En l'espèce, les requérants contestaient devant la haute juridiction la régularité d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 31 juillet 2020, au motif qu'il aurait été rendu au terme d'une procédure irrégulière. Plus précisément, les requérants arguaient que « *le président de la formation de jugement a dispensé le rapporteur public du prononcé de ses conclusions lors de l'audience, sur le fondement des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui seraient contraires au principe d'égalité devant la justice dès lors qu'elles ne fixent aucun critère objectif de dispense des conclusions du rapporteur public et laisseraient ainsi au président de la formation de jugement le pouvoir de décider de manière discrétionnaire une telle dispense* ».

Pour rappel, l'article L. 7 du Code de justice administrative prévoit l'intervention à l'audience d'un rapporteur public qui « *expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* ».

L'article L. 732-1 du Code de justice administrative précise cependant que « *dans des matières énumérées par décret en Conseil d'Etat, le président de la formation de jugement peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, d'exposer à l'audience ses conclusions sur une requête, eu égard à la nature des questions à juger* ». L'article R. 732-1-1 du Code de justice administrative, applicable aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel, dispose ainsi que dans un certain nombre de contentieux (permis de conduire, naturalisation, entrée, séjour et éloignement des étrangers, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, etc.) « *le président de la formation de jugement ou le magistrat statuant seul peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, de prononcer des conclusions à l'audience* ».

Pour autant, l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les

*juridictions de l'ordre administratif, prise sur habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, prévoyait un aménagement temporaire des règles énoncées ci-dessus, son article 8 disposant que « le président de la formation de jugement peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, d'exposer à l'audience des conclusions sur une requête ».*

L'ordonnance du 25 mars 2020 n'ayant pas été ratifiée par le Parlement, **il incombait au Conseil d'Etat de faire usage de sa nouvelle jurisprudence en matière d'ordonnances non ratifiées avant l'expiration du délai de ratification.**

Tirant les conséquences des décisions rendues en la matière par le Conseil Constitutionnel en mai et juillet 2020 (décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 et décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020), le Conseil d'Etat avait en effet précisé, par un arrêt du 16 décembre 2020 (Conseil d'Etat, 16 décembre 2020, CFDT, n° 440258), que « *lorsque le délai d'habilitation est expiré, la contestation [...] des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions fixées par les articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont remplies* ».

C'est pourquoi dans son arrêt du 12 mai 2022, le Conseil d'Etat indique « *dans le cas où un moyen mettant en cause, après l'expiration du délai d'habilitation, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions d'une ordonnance non ratifiée prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution est soulevé à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé contre l'ordonnance ou de la contestation par voie d'exception de la légalité de l'ordonnance, il appartient au Conseil d'Etat ou à la juridiction saisie de déterminer si les dispositions critiquées de l'ordonnance relèvent du domaine de la loi ou de la compétence réglementaire* ».

Le légalité de l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020 étant contestée par les requérants à l'appui de leur recours, il appartenait à la haute juridiction de déterminer si une disposition permettant une dispense de conclusions du rapporteur public relève du domaine de la loi ou du règlement.

A cet effet, le Conseil d'Etat rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle « *les dispositions de la procédure applicable devant les juridictions*

*administratives relèvent de la compétence réglementaire, dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (Conseil d'État, 21 décembre 2001, *M. et Mme X...*, n° 222862 ; Conseil d'État, 17 décembre 2003, *M. Alain F. et a.*, n° 258253 ; Conseil d'État, 18 mars 2016, *Société Ennemond Preynat*, n° 376792).

**Cependant, il considère en l'espèce que « tel n'est pas le cas des dispositions de l'article L. 7 du code de justice administrative prévoyant l'intervention du rapporteur public, lesquelles relèvent des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».**

Il en résulte que les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui dérogent temporairement à l'article L. 7 du Code de justice administrative, relèvent dès lors du domaine de la loi et ne peuvent être contestées par les requérants que par la voie d'une QPC.

Il est désormais clairement établi que la dispense de conclusions du rapporteur public dépend de la compétence du législateur. L'arrêt du 12 mai 2022 constitue un revirement de jurisprudence, le Conseil d'État ayant précédemment considéré, du moins implicitement, que de telles dispositions relevaient de la compétence du pouvoir réglementaire (Conseil d'État, 20 octobre 1982, n° 29501 ; Conseil d'État, 9 décembre 1983, *M. X.*, n° 35990 ; Conseil d'État, 17 avril 1989, *SARL Hostellerie du Grand Cerf*, n° 58150).

## COMMANDE PUBLIQUE

### Conseil d'État, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466, Mentionné aux tables du recueil Lebon – Sanction d'un vice d'une particulière gravité dans le cadre du recours « Tarn et Garonne »

Par un arrêt du 25 novembre 2021, le Conseil d'Etat a illustré la notion de vice d'une particulière gravité, élément de la procédure de recours en annulation d'un contrat public, dit recours « Tarn et Garonne », en référence à la jurisprudence éponyme du 4 avril 2014 (Conseil d'Etat, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994).

En l'espèce, la collectivité de Corse a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre sur bons de commande. Au terme de cette procédure, la collectivité a conclu un contrat avec la société NXO France.

Candidate malheureuse, la société Corsica Networks a saisi le Tribunal administratif de Corse afin d'obtenir l'annulation de ce marché, en vain. La Cour administrative d'appel de Marseille, saisie par la société Corsica Networks, ayant annulé le contrat, la collectivité de Corse s'est pourvue en cassation contre cet arrêt.

Dans son arrêt du 25 novembre 2021, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi de la collectivité de Corse et confirme l'arrêt d'appel annulant le contrat.

Dans le cadre d'un recours « Tarn et Garonne », le juge administratif dispose d'un éventail d'options face aux vices qui peuvent entacher un contrat. La présente décision reprend cette jurisprudence établie selon laquelle le juge peut soit décider que la poursuite du contrat est possible, soit inviter les parties à prendre des mesures de régularisation, soit prononcer la résiliation ou, en dernier lieu, décider de l'annulation du contrat. Ce dernier cas de figure est réservé au contrat avec un « contenu illicite » ou entaché d'« un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office ».

Dans de précédentes jurisprudences, le juge administratif s'est penché sur la notion de contenu illicite du contrat. A cet égard, il a notamment précisé que c'est l'objet même du contrat qui doit être entaché d'une telle illicéité (Conseil d'Etat, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, n° 420654). La notion de vice du consentement, essentiellement incarnée en droit administratif au travers du dol (Conseil d'Etat, 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard*, n° 268918), a également

été abordée par le juge administratif dans sa jurisprudence.

Cet arrêt est une occasion offerte de se pencher sur la notion de vice d'une particulière gravité, « *ces vices qui n'ont jamais fait l'objet d'une définition expresse en contentieux contractuel.* » [1].

Au considérant 7 de la décision, le Conseil d'Etat considère que la Cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'un manquement au principe d'impartialité, principe général du droit (Conseil d'Etat, 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968 et 391105), est un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat. On assiste donc à une utilisation de cet outil juridique, sans pour autant disposer d'une définition claire.

Par ailleurs, cette jurisprudence nous apporte aussi un éclairage sur l'application du principe d'impartialité dans le cadre du contentieux contractuel. En effet, la qualification de la seule situation d'un manquement au principe d'impartialité a suffi à emporter l'annulation de la procédure, sans accorder d'importance à l'existence d'une intention de favoriser un candidat. L'intention peut donc être utilisée afin de déceler un manquement au principe d'impartialité, mais elle n'est pas une condition nécessaire.

Malgré l'absence de définition, cette jurisprudence nous apporte un éclairage sur la lecture qu'il faut avoir des vices d'une particulière gravité, que le juge doit ainsi relever d'office.

En jugeant qu'un manquement au principe d'impartialité constitue un tel vice, le juge nous éloigne d'une éventuelle confusion avec la notion de moyen d'ordre public. Dans une précédente jurisprudence, il a ainsi écarté cette qualification pour un défaut d'impartialité (Conseil d'Etat, 30 décembre 2013, *Société EDP Renewables France*, n° 352693). La notion de vice d'une particulière gravité semble donc englober celle de moyen d'ordre public et emporter la conséquence d'une interrogation systématique de la part du juge. Madame Le Corre explique dans ses conclusions sous le présent arrêt que c'est la qualification de vice d'une particulière gravité qui emporte la conséquence qu'il doive être relevé d'office et non l'inverse [2].

Cet arrêt nous offre donc une illustration d'un vice d'une particulière gravité ainsi que la qualification d'un manquement au principe d'impartialité dans le cadre du recours « Tarn et Garonne ».

[1] Conclusions de Madame Mireille Le Corre, Rapporteuse publique, sous Conseil d'Etat, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, n° 454466.

[2] *Ibid.*

**Conseil d'Etat, 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr sur Mer, n° 459678, Mentionné aux tables du recueil Lebon – « Thumbs up » pour la méthode de notation des offres par flèches de couleurs dans le cadre de l'attribution de sous-concessions**

Par trois décisions rendues le 3 mai 2022 (n° 459678, 460089 et 460090), le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la régularité d'une méthode de notation des offres des candidats à l'attribution de sous-concessions constituée par une évaluation littérale suivie de flèches de couleurs.

La commune de Saint-Cyr-sur-Mer a engagé une procédure de mise en concurrence pour l'attribution de sous-concessions de la plage artificielle des Lecques. Suite aux rejets de leurs offres, plusieurs sociétés ont saisi le Tribunal administratif de Toulon sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative en vue de faire annuler la procédure de mise en concurrence.

Le Tribunal a fait droit à ces demandes en considérant que la méthode de notation retenue par la commune, constituée par une appréciation littérale suivie d'une flèche de couleur, était irrégulière faute pour les flèches d'être converties en notes chiffrées. La commune s'est donc pourvue en cassation contre les ordonnances rendues par le juge du référé précontractuel.

En ce qu'ils appellent à juger les mêmes questions, le Conseil d'Etat joint les pourvois et statue par une décision unique.

La haute juridiction rappelle, dans un premier temps, la liberté encadrée dont jouit l'autorité concédante dans la définition de la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Et de poursuivre qu'une méthode sera considérée irrégulière « si [...] les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution

*sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation », ou « si les modalités d'évaluation des critères d'attribution [...] sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie ».*

Sur ce point, les juges transposent à l'espèce les apports de la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* rendue en matière de marchés publics (Conseil d'Etat, 13 novembre 2014, n° 373362), suivant ainsi les conclusions de la Rapporteuse publique [1].

En annulant la procédure de passation au motif que la méthode retenue par la commune était irrégulière en ce qu'elle laissait « une trop grande part à l'arbitraire », le Tribunal a commis une erreur de droit dès lors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si cette méthode n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser leur hiérarchisation. On relèvera par ailleurs que dans ses conclusions sous la présente affaire, la Rapporteuse publique a considéré « qu'au moins en ce qui concerne les concessions, [l']évaluation ne revêt pas nécessairement l'habit d'un chiffrage », en raison de la plus grande liberté laissée à l'autorité concédante par rapport à l'acheteur public.

Le Conseil d'Etat annule donc les ordonnances rendues par le juge du Tribunal administratif de Toulon.

Dans un second temps, les juges du Palais-Royal règlent l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative. Ils relèvent que l'autorité concédante avait retenu une appréciation qualitative des offres, composée d'une évaluation littérale et de flèches de couleur : une flèche verte vers le haut pour la meilleure appréciation, une flèche rouge vers le bas pour la moins bonne, et des flèches oranges orientées en haut ou en bas à droite pour des évaluations intermédiaires.

Pour le Conseil d'Etat, cette méthode ayant permis de « comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles » n'est pas irrégulière dès lors qu'elle n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation.



A cet égard, la Rapporteuse publique affirmait dans ses conclusions que « [1]a méthode n'a pas porté atteinte à l'égalité de traitement, elle était transparente, et aucun élément n'établit qu'elle aurait conduit à ne pas attribuer le contrat à l'offre présentant le meilleur avantage économique global ».

L'article L. 3124-5 du Code de la commande publique impose en effet que le contrat de concession soit attribué au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante.

Dans ces conditions, les demandes présentées par les sociétés devant le Tribunal administratif de Toulon sont rejetées. Ce faisant, les juges du Conseil d'Etat ouvrent la porte à des méthodes de notations des offres non nécessairement chiffrées dans le cadre de l'attribution de concessions, pour autant qu'elles permettent de retenir l'offre présentant le meilleur avantage économique global.

[1] Conclusions de Madame Mireille Le Corre, Rapporteuse publique, sous Conseil d'Etat, 3 mai 2022, n° 459678, 460089, 460090, 460154, 460155, 460724.

## URBANISME

### Conseil constitutionnel, 1<sup>er</sup> avril 2022, Association la Sphinx, n° 2022-986 QPC - Limitation du recours des associations contre les autorisations d'urbanisme : validation de la constitutionnalité de l'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme par le Conseil constitutionnel

A l'occasion d'un recours contre un permis de construire valant autorisation d'aménagement délivré à la société Total Energie pour l'installation d'un centre d'innovation à l'école Polytechnique, le Conseil d'Etat a accepté, le 31 janvier 2022 (Conseil d'Etat, 31 janvier 2022, n° 455122), de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel portant sur la conformité à la Constitution de l'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme, issu de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 *portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique* (dite « loi ELAN »).

Cet article dispose qu'une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation des sols que si le dépôt des statuts en préfecture est intervenu au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

La précédente rédaction du texte exigeait simplement que le dépôt des statuts intervienne « antérieurement » à cet affichage.

Dans la présente affaire, les requérants invoquaient une atteinte au droit au recours garanti par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ils reprochaient notamment aux dispositions de l'article L. 600-1-1 précité de priver les associations, dont les statuts ont été déposés depuis moins d'un an, de toute possibilité d'agir en justice pour défendre leur objet social, alors même que leurs recours ne seraient pas abusifs.

Pour conclure à la conformité à la Constitution des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur a souhaité, par cet article, limiter les risques d'incertitude juridique qui pèsent sur les décisions d'urbanisme, et prévenir les recours abusifs intentés par des associations qui se créent aux seules fins de s'opposer à une décision individuelle d'occupation des sols.

Il ajoute que les dispositions contestées restreignent le droit au recours des seules associations dont les statuts sont déposés moins d'un an avant l'affichage de la

demande du pétitionnaire, et que cette restriction est limitée aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols.

Dès lors, ces dispositions ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à un recours juridictionnel effectif et sont conformes à la Constitution.

## ENERGIE

### **Conseil d'Etat, Ordonnance, 5 mai 2022, n° 462841, 463190 et 463411, Inédit au recueil Lebon – Absence d'urgence de nature à justifier la suspension des décisions portant à 120 TWh le volume total d'ARENH qu'EDF doit céder aux fournisseurs concurrents en 2022**

Par une ordonnance du 5 mai 2022, le juge des référés du Conseil d'Etat a refusé de suspendre le dispositif exceptionnel imposant à Electricité De France (EDF) d'augmenter le volume d'ARENH que l'entreprise doit vendre aux fournisseurs concurrents pour l'année 2022.

Pour rappel, le dispositif de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) a été instauré par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (dite « loi NOME »). Un arrêté du 28 avril 2011 a fixé le volume maximal d'électricité pouvant être cédé par EDF au titre de l'ARENH à 100 TWh par an, et un autre arrêté du 17 mai 2011 a fixé le prix l'électricité cédée par EDF aux fournisseurs concurrents au titre de l'ARENH à 42 € par MWh. Dans le cadre de l'ouverture progressive à la concurrence du marché de l'électricité, ce dispositif transitoire vise à permettre le développement des fournisseurs d'électricité concurrents d'EDF, qui ne disposent pas des mêmes capacités de production que l'opérateur historique.

Dans un contexte marqué par une forte hausse des prix de l'énergie, et notamment de l'électricité, le Gouvernement avait annoncé le 13 janvier 2022, d'une part, vouloir augmenter « à titre exceptionnel de 20 TWh le volume d'ARENH qui sera livré en 2022 » et, d'autre part, que « le prix de ces volumes additionnels d'ARENH sera révisé à 46.2€/MWh ». Ces mesures ont été mises en œuvre par un décret du 11 mars 2022 et par quatre arrêtés, publiés respectivement les 11, 12 et 25 mars 2022.

Craignant l'impact économique de ces mesures sur EDF, plusieurs syndicats, des membres du conseil d'administration et des représentants des actionnaires salariés du groupe EDF ont introduit un référé sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative afin d'obtenir la suspension du décret et de l'arrêté du 11 mars modifiant le volume maximal d'ARENH pour 2022.

Pour rappel, l'article L. 521-1 du Code de justice administrative permet d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision administrative « lorsque

*l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »*. La jurisprudence administrative retient de manière constante que l'urgence est caractérisée lorsque l'exécution de l'acte administratif « *porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre* » (Conseil d'Etat, Section, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815).

Par son ordonnance du 5 mai, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension en raison de l'absence de démonstration, par les requérants, d'une urgence à suspendre les décisions et en raison de l'intérêt public attaché au maintien du dispositif prévoyant une augmentation exceptionnelle du volume d'ARENH livré en 2022.

**Parmi les éléments avancés par les requérants pour démontrer l'urgence**, le juge des référés du Conseil d'Etat a tout d'abord écarté l'argument des requérants relatif à « *l'atteinte grave et immédiate qui résulterait des mesures contestées pour leurs propres intérêts et ceux des personnes qu'ils défendent ou représentent, en leur qualité [...] d'organisations syndicales représentant les salariés d'Electricité de France (EDF) et [...] de conseils de surveillance de deux fonds commun de placement ouverts aux salariés et retraités d'EDF et investis en actions EDF et d'associations de défense des actionnaires salariés d'EDF* ». Le juge souligne que si les requérants « *invoquent une atteinte aux conditions d'emploi des salariés d'EDF, ils n'assortissent cependant ces allégations d'aucune argumentation, alors que les mesures contestées n'ont, par elles-mêmes, d'incidence que sur le volume additionnel d'électricité livré par EDF aux autres fournisseurs d'électricité* » et ils « *ne justifient par ailleurs pas d'une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts patrimoniaux qu'ils invoquent en se bornant à faire état de la seule diminution du cours de l'action de la société au lendemain de l'annonce des mesures contestées et en n'apportant aucune précision sur l'incidence de cette diminution sur leur propre situation ou sur celle des actionnaires salariés d'EDF* ».

En second lieu, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté le moyen tiré de « *l'atteinte que portent les mesures contestées à la situation d'EDF, ainsi qu'aux intérêts publics qui s'attachent à la pérennité de cette société et au financement de ses investissements à venir* ». Pour le juge des référés « *les requérants ne justifient pas des pertes de bénéfice qui seraient liées également selon eux aux effets indirects de cette*

*mesure sur les tarifs pratiqués par EDF vis-à-vis de ses propres clients » et « n'apportent aucun élément permettant de caractériser l'ampleur de l'atteinte portée par les mesures qu'ils contestent au regard de l'ensemble de l'équilibre financier de la société en faisant également la part des autres facteurs pertinents, y compris l'indisponibilité d'une partie du parc de production d'électricité d'origine nucléaire et l'effet de la hausse des cours de l'électricité sur les recettes d'EDF sur le marché de gros ».*

Enfin, le juge des référés a rejeté l'argument tiré de l'invocation de la méconnaissance du droit de l'Union européenne, en considérant que la circonstance que les mesures n'aient « *pas fait l'objet d'une notification à la Commission européenne et seraient par ailleurs contraires à l'article 5 de la directive 2019/944/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, n'est pas davantage de nature à caractériser, à elle seule, une situation d'urgence* ».

**La condition d'urgence s'appréciant « objectivement et globalement compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce » (Conseil d'Etat, Section, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-est assainissement*, n° 229562), le juge des référés s'est ensuite attaché à rechercher si un intérêt public justifiait en l'espèce que l'action de l'administration ne soit pas suspendue.**

Il a constaté que « *les mesures contestées ont été prises dans le contexte d'une forte hausse des prix sur le marché de gros de l'électricité, à l'origine d'importantes répercussions tant pour les particuliers que pour les professionnels* » et que « *la livraison d'un volume additionnel d'ARENH a pour objet de [...] [limiter] l'effet de l'augmentation du prix de l'électricité sur les coûts d'approvisionnement des fournisseurs qui en bénéficient, et indirectement sur les tarifs qu'ils sont en mesure de proposer aux clients finaux* ». Le juge s'est ensuite appuyé sur les estimations du Gouvernement permettant de démontrer qu'en l'absence de cette mesure l'augmentation des prix aurait été bien plus importante pour en déduire que « *l'incidence des mesures contestées sur les prix de l'électricité est de nature à caractériser un intérêt public à poursuivre leur exécution* ».

**Le juge des référés a ainsi résumé que « *faute pour les requérants de justifier suffisamment de l'urgence qui s'attacherait à ce que l'exécution des mesures contestées soient suspendues sans attendre le jugement des requêtes au fond, et eu égard à l'intérêt public s'attachant à l'inverse à la poursuite de leur exécution, les requêtes doivent être rejetées, sans qu'il***

***soit besoin de se prononcer sur leur recevabilité ni sur l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées.*** ».

Le juge des référés du Conseil d'Etat n'a ainsi pas statué sur la recevabilité des requêtes ni sur la seconde condition relative à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Il faut souligner que cette décision, rendue en référé, ne préjuge en rien de la manière dont le Conseil d'Etat va apprécier la légalité des décisions attaquées dans le cadre du recours au fond introduit par les requérants.



## Nos rédactrices et nos rédacteurs des brèves sélectionnées



**Chloé Mifsud**



**Sonia Camara**



**Robin Hindes**



**Clément Balzamo**

**et Sophie Aubourg**

## L'ENTRETIEN DU MOIS



*« A propos de la manière d'aborder un dossier à soumettre au juge, il est important que l'avocat se pose les mêmes questions que se pose le juge »*

### **Entretien avec Jean-Pierre Darrieutort**

*Médiateur diplômé, consultant et ancien président de tribunal administratif*

**Par Chloé Mifsud et Robin Hindes**

#### **Monsieur Darrieutort, pouvez-vous nous présenter votre parcours ?**

Je suis un ancien étudiant de la faculté de droit de Bordeaux. Mes études se situent dans la période des années 65-68. A la faculté de droit, les étudiants apprenaient à découvrir le Doyen Léon Duguit qui avait été, au début du siècle, le chef de file de « l'école du service public » et le précurseur d'une théorie juridique de l'Etat et du droit. J'y ai suivi notamment les enseignements en droit administratif du Doyen Jean-Marie Auby. J'ai le souvenir que son enseignement était excellent. Peut-être cela a-t-il été déterminant dans mes préférences professionnelles. Après avoir intégré l'Ecole nationale des impôts de Clermont Ferrand, j'ai obtenu une licence, mention droit public.

Par la suite, j'ai exercé les fonctions d'inspecteur des impôts pendant dix ans, durant lesquels je me suis consacré pour l'essentiel à la rédaction de mémoires contentieux. J'occupais les fonctions de rédacteur au contentieux, qui a la mission de défendre la position de l'administration fiscale devant le juge de l'impôt, en l'occurrence le Tribunal administratif de Paris.

Parallèlement, à compter de 1975, j'ai suivi les enseignements de droit fiscal du DEA (Diplôme d'Etudes Approfondies) de Paris XII, puis soutenu une thèse de doctorat sous la direction du professeur Gilbert Tixier. J'apprends alors l'existence du concours de recrutement complémentaire pour les tribunaux administratifs. En 1980, je suis admis dans le corps des conseillers et nommé au Tribunal administratif de Dijon.

A l'Université de Bourgogne, j'ai eu le plaisir de rencontrer le professeur Maurice Cozian, reconnu pour avoir rénové l'enseignement de la fiscalité. Les étudiants adoraient la manière nouvelle d'enseigner la fiscalité.

Maurice Cozian savait convoquer Lafontaine et ses fables pour illustrer ici un arrêt du Conseil d'Etat, là, un mécanisme du droit fiscal plutôt austère à exposer. A Dijon, j'ai, avec beaucoup de satisfaction, collaboré pendant près de 40 années aux enseignements de 3<sup>ème</sup> cycle.

#### **Quel était le paysage de la juridiction administrative pendant vos années d'exercice auprès de celle-ci (1980-2014) ?**

A part quelques tribunaux administratifs, dont celui de Paris, les tribunaux au début des années 1980 n'étaient pas organisés en chambres spécialisées : les magistrats jugeaient de toutes les catégories du contentieux. Les instruments de travail étaient bien évidemment différents de ceux dont disposent aujourd'hui les juges administratifs. Il n'y avait ni informatique, ni dématérialisation des dossiers. Nous utilisions les « feuilles blanches », le recueil Lebon, ses tables décennales, et bien évidemment le Jurisclasseur, ainsi que le cours du Président Odent. Les cours administratives d'appel n'avaient pas encore été créées, la voie de recours était ouverte devant le Conseil d'Etat. Ce n'était pas un recours de cassation mais la voie de l'appel.

Au fil de toutes ces années, la juridiction administrative a vu émerger de nouveaux domaines du droit matériel, et principalement le droit communautaire puis le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. En outre, des questions totalement nouvelles se sont posées au juge, notamment celles relevant de l'éthique sociale. Pour ne citer que quelques exemples, on repense au lancer de nain, avec l'arrêt Morsang sur Orge (Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, n° 136727), plus tard à l'affaire Lambert, ou encore à la question de savoir si le fait de mettre au monde un enfant, à la suite de l'échec d'une IVG, constituait un préjudice. En outre, la perte de chance

vient compléter la liste des préjudices indemnifiables.

Il y a également eu de nombreuses évolutions procédurales, telles que celle du juge statuant seul, les référés d'urgence en juin 2000, les injonctions d'exécution, la demande d'avis au Conseil d'Etat, les questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil d'Etat est devenu juge de cassation, et le contrôle des motifs exercé par le juge du recours pour excès de pouvoir de plus en plus méticuleux.

**Vous avez été président de chambre en cour administrative d'appel et en tribunal administratif. Quel est le rôle d'un président de chambre ?**

Le président de chambre s'occupe d'abord de son greffe, qui est essentiel au bon fonctionnement de la chambre, et, par là même, de la juridiction. En effet, le greffe doit veiller à ce que les différents actes de la procédure juridictionnelle soient accomplis dans de bonnes conditions, veiller au respect des délais de réponse, convoquer les parties à l'audience, notifier les jugements, etc.

Le président de chambre est aussi, bien entendu, responsable de la fonction de juger. A ce titre, il se charge de l'attribution des dossiers aux rapporteurs qui vont en suivre l'instruction. Le rapporteur rédige une note et un projet de jugement, et présente le dossier à une séance d'instruction.

Un des aspects tout à fait intéressant du travail juridictionnel consiste pour le président de chambre à assurer la révision des affaires, c'est-à-dire de réviser le travail du rapporteur, son analyse des questions posées et son avis sur ces questions. La révision intervient après que le rapporteur a déposé son dossier en vue de l'enrôlement. Le président donne son sentiment sur la façon dont le rapporteur a abordé le dossier, il peut exprimer son accord, soit son désaccord ou ses réserves qu'il accompagne de considérations tirées de la jurisprudence, voire des principes généraux. Ceci est intéressant pour la discussion future, qui aura lieu d'abord à la séance d'instruction puis au délibéré qui suivra l'audience.

**Vous exercez aujourd'hui comme médiateur. Pourriez-vous nous expliquer en quoi consiste ce métier, et nous parler du processus de médiation ?**

Le médiateur exerce une profession indépendante, et

ne doit pas être confondu avec le médiateur de la consommation, par exemple, qui relève de la médiation institutionnelle.

Les parties peuvent convenir, dans un contrat, de passer par la médiation avant de saisir le juge : c'est la médiation conventionnelle. Par ailleurs, la médiation peut être décidée par le juge, auquel cas il désigne un médiateur. Les juridictions administratives ont constitué un vivier de médiateurs. De leur côté, les médiateurs devant les juridictions judiciaires doivent être inscrits sur les listes établies par chaque cour d'appel.

La médiation ne requiert pas nécessairement d'être juriste. Il faut soit attester d'une formation solide à la médiation, soit d'une expérience professionnelle de la médiation. Pour ma part, j'ai suivi la formation sur deux années proposée par l'Institut Catholique de Paris (IFOMENE). Cette formation est conduite en partenariat avec le Barreau de Paris. Cela témoigne de l'intérêt de la profession pour la médiation.

La médiation s'inscrit dans une posture totalement différente de celle du procès. Le médiateur vise à établir un climat de confiance, et l'attention est portée non pas sur les prétentions des parties comme dans le procès, mais sur les besoins et les intérêts des parties. Dans un climat d'empathie et de confiance, la médiation vise à ce que les parties expriment leurs besoins et intérêts au regard du litige qu'elles ont soumis au juge.

La première question que le médiateur pose est la suivante : « *Pourquoi êtes-vous là aujourd'hui autour de cette table ?* ». Le point de bascule intervient lorsque les parties sont en mesure de comprendre les besoins de l'autre ; elles auront ainsi fait un pas considérable vers une solution qui pourra alors être mise en forme par leurs avocats. Je souligne que la solution adoptée est celle des parties, non celle du médiateur qui, dans le processus de médiation, a un rôle « d'accoucheur » de solution.

La participation des avocats est tout à fait indispensable dans le processus de médiation, notamment parce qu'ils conseillent et apportent leur soutien à leur client. Ils assurent également la parfaite correction juridique de l'accord, formalisé sous forme d'une transaction au sens du Code civil.

Enfin, on peut demander que le juge homologue l'accord de médiation, ce pour des raisons tenant à la

garantie de sa bonne exécution. Les juridictions, en homologuant l'accord, vérifient uniquement que celui-ci ne contient pas de dispositions qui seraient contraires à l'ordre public juridique.

### **Quelles différences feriez-vous entre un recours administratif préalable et une médiation ?**

Ce sont des procédures qui relèvent de démarches différentes.

Former un recours administratif consiste à s'adresser à nouveau à l'administration qui a pris la décision. L'administré entend ici que le service procède à un second examen de sa situation. Cet examen ne change pas de nature. Il consiste à examiner les droits de la personne au regard des règles juridiques qui lui sont applicables.

Dans le processus de médiation, l'administration et la partie privée ont décidé de confier l'examen du différend à une personne indépendante, qui leur est extérieure. En outre, la médiation n'a pas pour objectif premier de trouver une solution fondée en droit, même si tout accord de médiation ne peut contenir d'arrangements qui seraient contraires à l'ordre public juridique. La médiation vise à ce que chaque partie voie ses intérêts et ses besoins satisfaits. En cela elle conduit les médiés à un changement de posture dans la mesure où elle permet d'entrevoir un arrangement – désiré et équilibré – qui sera alors préféré à la poursuite de l'affrontement juridictionnel. Dans la médiation, il n'y a en réalité ni vainqueur ni vaincu. Il est intéressant de souligner que 75% des médiations aboutissent à un accord et que dans 100% des cas, il est estimé que la médiation a fait « bouger les lignes ».

### **Pouvez-vous nous expliquer en quoi consiste l'activité de consultant en droit fiscal et droit public ?**

L'activité de consultant consiste à donner des avis juridiques à ceux qui les demandent, personne physique ou personne morale, ce en toute indépendance mais avec un périmètre d'action limité par le champ d'activité de la profession d'avocat. Ce n'est pas une profession organisée. Elle est traditionnellement l'apanage des professeurs des facultés de droit. Après avoir été professeur associé à Aix-Marseille Université et achevé la carrière de magistrat, je ne souhaitais pas débiter une carrière d'avocat. Ce qui m'intéressait était de rendre des avis juridiques. Cette activité peut consister simplement à conseiller le client sur les voies de recours envisageables dans telle ou telle situation, à évaluer l'opportunité d'un

appel ou d'un recours en cassation.

### **Avez-vous un souvenir marquant de votre carrière que vous souhaiteriez partager avec nos lecteurs ?**

Mes années d'apprentissage du métier de magistrat sont celles qui me laissent les souvenirs les plus prégnants. Notamment quand j'étais jeune magistrat exerçant les fonctions de commissaire du gouvernement. Au Tribunal administratif de Dijon, j'ai fait la connaissance d'Olivier Fouquet, qui deviendra président de la section des finances du Conseil d'Etat. Alors qu'il exerçait la mission d'inspecter le Tribunal, il m'a prodigué des conseils très utiles sur la méthode de traitement des dossiers. Son aide et son soutien, qui relevaient d'un véritable compagnonnage, demeurent un excellent souvenir.

Un autre souvenir marquant est l'émergence du droit communautaire dans les affaires à juger. Dans les années 60, l'enseignement du droit communautaire était tout simplement absent dans les facultés de droit. Les institutions communautaires existaient évidemment mais elles n'avaient pas pris l'ampleur qu'elles ont aujourd'hui. Dans les années 1980/1982, je suis le rapporteur d'une affaire dans laquelle l'avocat demande que le tribunal transmette à la Cour de Luxembourg une question préjudicielle mettant en cause un acte du droit dérivé du Traité. Ma situation était inconfortable en raison de mon ignorance de ces questions. Toutefois, après consultation de la littérature juridique, j'ai pu faire le point et proposer à mes collègues une solution.

### **Quels conseils donneriez-vous aux futurs avocats ?**

En premier lieu, je ne peux que conseiller aux élèves -avocats d'effectuer, dans la mesure du possible, un stage en juridiction. Je conseille aussi aux élèves-avocats de consacrer du temps à l'examen de la décision attaquée. On doit privilégier d'abord l'analyse des textes dont l'administration a fait application pour prendre la décision attaquée. Les interrogations peuvent alors être les suivantes :

- le décret qui sert de fondement à la décision constitue-t-il une mesure d'application correcte de la loi ? Un décret, cette fois-ci pris comme mesure de transposition d'une directive de l'Union, transpose-t-il correctement la directive ?
- Une démarche similaire consiste à s'interroger cette fois-ci sur la loi qui a servi de fondement à la décision.



La première démarche relève de l'exception d'illégalité ; la seconde permet d'envisager une éventuelle QPC. Il est de l'intérêt de tous de se poser ce type de questions, surtout au niveau des affaires soumises au juge administratif en première instance.

En outre, il me semble intéressant que l'avocat parvienne à se couler dans le vocabulaire du juge. Cette proximité n'est pas que formelle.

Enfin, dans un autre ordre d'idée et à propos de la manière d'aborder un dossier à soumettre au juge, il est important que l'avocat se pose les mêmes questions que se pose le juge. En effet, il est des questions qui ne se soulèvent pas d'office. L'initiative de les soumettre au juge revient alors au seul avocat.

## QUE SONT-ILS DEVENUS ?



« La pluridisciplinarité de notre profession, qui nous amène à traiter de questions transversales est particulièrement intéressante, car elle nous permet d'alimenter nos dossiers par la jurisprudence de l'une ou l'autre des hautes juridictions, enrichissant ainsi le débat devant les juges »

### Entretien avec Maître Ludwig Prigent

Avocat associé du cabinet Melka-Prigent-Drusch

Par Juliette Kuentz et Chloé Mifsud

#### Maître Prigent, pouvez-vous présenter votre parcours à nos lecteurs ?

J'ai choisi d'intégrer un Institut d'Études Politiques (IEP) en raison de la formation pluridisciplinaire proposée, et suivi la filière de préparation aux concours administratifs. J'y ai découvert le droit administratif et le contentieux administratif. A l'issue de cette formation, après avoir abandonné l'idée d'intégrer la fonction publique, j'ai finalement décidé de suivre un Master 2 en droit public des affaires afin de me spécialiser, dans l'optique de devenir avocat.

J'ai par la suite réalisé plusieurs stages dans des cabinets d'avocats à la cour, de tailles différentes, afin de pouvoir déterminer ce qui me convenait le plus. J'ai notamment effectué un stage au sein du cabinet Norton Rose Fulbright LLP durant lequel je suis majoritairement intervenu en conseil en droit public des affaires, dans le cadre de divers partenariats public-privé.

Après l'obtention de l'examen du Centre Régional de Formation Professionnelle des Avocats (CRFPA), je suis entré à l'École de Formation des Barreaux du ressort de la Cour d'appel de Paris (EFB). J'ai pu réaliser mon stage PPI auprès d'un avocat aux conseils, et cela a été pour moi une révélation : j'y ai découvert la technique de cassation et ai eu l'opportunité de travailler sur des questions de droit très intéressantes et variées. J'ai immédiatement compris que je voulais faire du contentieux, cela me plaisait beaucoup plus que le conseil, et de la cassation, afin de traiter des dossiers sous leur aspect juridique, expurgés des questions factuelles.

J'ai également réalisé mon stage final chez un avocat aux conseils, après avoir négocié cette possibilité avec l'EFB. Après ce stage, j'ai été recruté en tant que collaborateur au sein de ce cabinet et sept ans plus tard, je me suis installé et j'ai créé mon cabinet,

avec mon associée Marie-Paule Melka.

#### Quelles ont été vos motivations pour intégrer l'IDPA ?

Après avoir obtenu le CRFPA, j'ai voulu continuer à suivre une formation en droit administratif. Or à mon époque, il n'y avait que très peu de droit administratif à l'EFB, et pas de parcours spécialisé à l'inverse de ce qui est proposé aujourd'hui.

C'est la raison pour laquelle je me suis inscrit à l'IDPA, dont la formation venait en renfort de celle proposée à l'EFB et me permettait de conserver l'étude du droit public dans mon parcours.

#### Le fonctionnement de la profession d'avocat aux conseils est assez méconnu : pouvez-vous nous parler du processus d'installation et, plus particulièrement, nous raconter comment cela s'est passé pour vous ?

La formation s'effectue à l'Institut de Formation et de Recherche des Avocats aux Conseils (IFRAC), en complément d'une collaboration chez un avocat aux conseils. Les cours, axés sur la pratique, sont dispensés de manière hebdomadaire et se déclinent autour de la cassation civile, administrative et pénale, ce qui implique une pluridisciplinarité et rend la formation d'autant plus enrichissante. A l'issue de ces trois années, il y a des examens écrits d'admissibilité, consistant en la rédaction de trois jeux d'écritures en matière civile, pénale et administrative. Il y a ensuite des épreuves orales d'admission portant notamment sur la pratique professionnelle et une épreuve de plaidoirie qui se justifie par le développement de l'oralité devant les juridictions suprêmes, notamment les procédures de référés au Conseil d'Etat.

Après l'obtention du Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat aux Conseils (CAPAC), il est possible de s'associer dans un cabinet existant – puisqu'il y a un nombre limité d'offices – ou de postuler sur un office créé, ce que l'on appelle les « charges nues ». Ce système récent a pour objectif de faciliter l'installation de nouveaux avocats aux conseils : tous les deux ans, l'Autorité de la concurrence propose de créer de nouveaux offices dont le nombre est déterminé en fonction, notamment, du nombre d'avocats aux conseils en attente de nomination. S'ensuit un appel à candidatures, auquel nous avons postulé en binôme avec mon associée Maître Marie-Paule Melka.

Je pense que si l'on choisit de postuler sur un office créé, il faut avoir un minimum le goût de l'entrepreneuriat. En effet, vous ne partez de rien et tout est à construire : trouver des locaux, recruter une équipe, trouver des clients... Certains confrères préfèrent s'intégrer dans un cabinet déjà existant mais à titre personnel j'ai privilégié le système des charges nues car il m'a apporté la satisfaction de créer ma propre structure.

### **Y-a-t-il un événement marquant de votre carrière que vous souhaiteriez partager avec nos lecteurs ?**

Un événement marquant de ma carrière a été la création du cabinet avec mon associée Marie-Paule Melka. L'arrivée d'une troisième associée, Julie Drusch, qui nous a témoigné sa confiance en nous rejoignant, a également été un moment important de la vie du cabinet, qui nous a permis de nous développer.

Du point de vue des dossiers qui m'ont marqué, j'ai eu l'opportunité de porter plusieurs référés devant le Conseil d'Etat sur la question de la fermeture des frontières durant la crise de la Covid-19. Les requérants étaient séparés de leur famille ou de leur futur conjoint depuis de nombreux mois, et ce type de dossiers vous fait sentir particulièrement utile lorsqu'ils conduisent à débloquer des situations difficiles grâce à la célérité de la procédure devant le juge des référés du Conseil d'Etat.

### **Y'a-t-il des domaines du droit public prépondérants dans votre activité ?**

Le contentieux de l'urbanisme constitue une part significative de mon activité. J'instruis également des dossiers en droit social, tant devant le Conseil d'Etat (salariés protégés, contentieux des PSE) que devant la chambre sociale de la Cour de cassation.

La pluridisciplinarité de notre profession, qui nous amène à traiter de questions transversales est particulièrement intéressante, car elle nous permet d'alimenter nos dossiers par la jurisprudence de l'une ou l'autre des hautes juridictions, enrichissant ainsi le débat devant les juges.

### **Pouvez-vous nous parler de l'évolution du contentieux administratif dans le cadre de la jurisprudence Elena (Conseil d'Etat, Section, 19 novembre 2021, Association des avocats ELENA France et autres, n° 437141) ? D'après vous, cette jurisprudence vise-t-elle à revaloriser le recours pour excès de pouvoir en contrebalançant le développement exponentiel des référés ?**

Je n'opposerai pas recours pour excès de pouvoir et référés : le référé-suspension est nécessairement adossé à un recours pour excès de pouvoir et l'objet des référés est de régler des situations urgentes.

D'après moi, la jurisprudence *Elena* est avant tout pragmatique car elle permet d'assurer l'effet utile du recours, en évitant aux requérants de devoir saisir l'administration d'une demande d'abrogation pour ensuite contester l'éventuel refus d'abrogation devant le juge administratif. L'idée est que lorsqu'une décision est devenue illégale, on devrait pouvoir demander son abrogation devant le juge.

### **Pouvez-vous nous parler de l'évolution des cas d'ouverture de cassation ? A titre d'illustration, il semblerait qu'un usage abusif par le juge administratif de la faculté de recourir, par exemple, à une ordonnance de tri, puisse être soulevé comme moyen de cassation.**

Ce contrôle de cassation a été inauguré par l'arrêt de section Finamur en 2018 (Conseil d'Etat, Section, 5 octobre 2018, *SA Finamur*, n° 412560). Les juges du fond disposent de différents outils pour gérer le flux contentieux (par exemple les ordonnances dites de « tri » ou la possibilité de constater des désistements d'office) dont l'usage est désormais contrôlé en cassation.

Si ce contrôle a d'abord concerné le recours aux ordonnances de tri, il a depuis été étendu aux désistements d'office : si le juge exige un mémoire récapitulatif qui n'avait pas lieu d'être et qu'il sanctionne par un désistement d'office la non-production de ce mémoire récapitulatif, il peut effectivement y avoir une cassation pour usage abusif de la faculté de recourir à cet outil procédural. Un autre exemple de l'usage abusif d'un outil procédural existe en matière

d'asile : celui du contrôle sur l'usage de la faculté de ne pas renvoyer en formation collégiale (Conseil d'Etat, 3 juin 2020, *Mme. B... A...*, n° 421888). C'est toujours un peu la même idée : ce sont des outils procéduraux pour lesquels les juges disposent d'une grande marge de manœuvre dans leur application, pour autant leur usage n'est pas discrétionnaire. En cas d'abus, il peut y avoir une cassation, notamment parce que cela porte atteinte au droit de recours.

A titre personnel, il me semble que c'est une bonne chose car cela permet de trouver un point d'équilibre entre deux impératifs : d'un côté, il faut pouvoir gérer le flux des contentieux et il faut que les juridictions du fond aient des instruments adaptés et qu'elles puissent effectivement les utiliser et, de l'autre, il faut également qu'en cas de dérive de l'usage de ces outils, une sanction soit prononcée par le juge régulateur.

**Avez-vous des conseils à donner aux futurs avocats pour la rédaction de leur mémoire au stade de l'appel dans la perspective d'un pourvoi en cassation ?**

Mes conseils sont assez généraux et ne s'inscrivent pas nécessairement dans la perspective d'un pourvoi en cassation.

Je trouve que les mémoires les plus efficaces ne sont pas nécessairement les plus longs mais au contraire les mémoires concis, méthodiques, organisés desquels il ressort une certaine logique. Je pense qu'il est inutile de soulever un nombre très important de moyens lorsque vous disposez par ailleurs de moyens sérieux.

Il faut avoir en tête que les magistrats ont une très importante charge de travail et qu'il n'est pas de l'intérêt de votre client de les noyer dans des développements inutiles.

**Quels seraient finalement les conseils que vous donneriez aux jeunes avocats qui envisageraient de préparer le CAPAC, et plus généralement aux futurs élèves et avocats publicistes qui sortent de l'école ?**

De manière générale, je pense que même si vous n'en faites pas votre métier, il peut être intéressant de réaliser un stage au sein d'un cabinet d'avocats aux conseils. C'est une expérience qui peut être enrichissante – tout comme d'ailleurs la réalisation d'un stage en juridiction administrative. Cela peut per-

mettre aux futurs avocats à la cour de voir la réflexion qu'implique un dossier de cassation. S'agissant des stages en cabinets d'avocats aux conseils, c'est encore assez méconnu et je pense que c'est aussi notre rôle de faire la publicité de notre profession pour essayer d'attirer les étudiants en droit.

Pour ceux qui veulent se lancer dans la préparation du CAPAC, il ne faut pas qu'ils hésitent à collaborer auprès d'un avocat aux conseils, dès leur sortie de l'EFB. Ils seront amenés à assister à des audiences au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation, au Conseil constitutionnel, ils apprendront à rédiger des mémoires, auront l'occasion de traiter de différents contentieux.

Bien sûr, le quotidien d'un collaborateur d'avocat aux conseils diffère de celui d'un avocat à la cour : il y a moins de contact avec le client dans notre profession et cela peut être un peu monacal par rapport au rythme qu'il peut y avoir chez les avocats à la cour. Néanmoins, si vous aimez le contentieux et la réflexion juridique, il ne faut pas hésiter à se lancer.

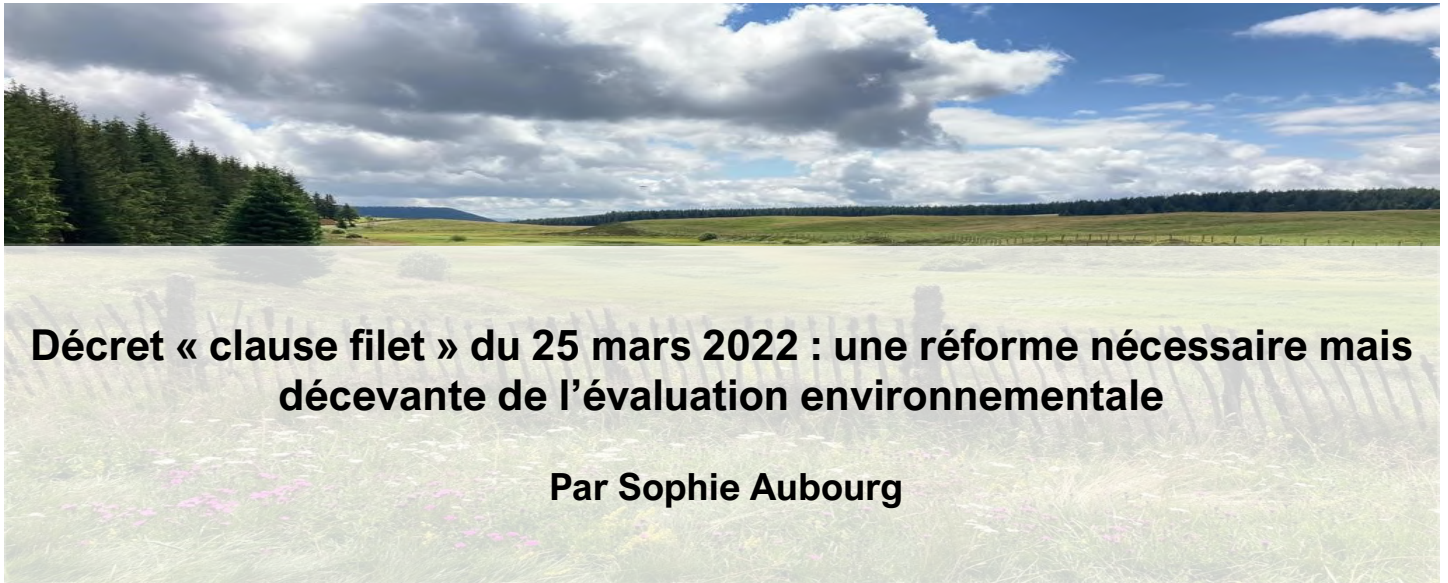
**Ne pensez-vous pas que certaines personnes appréhendent de se lancer du fait de la difficulté du CAPAC et, après son obtention potentielle, de la difficulté pour s'installer ?**

Je suis un peu un contre-exemple et il y en a d'autres ! Quand j'ai décidé de devenir avocat aux conseils, j'ai suivi la formation, ensuite j'ai eu le diplôme et puis très rapidement j'ai monté mon cabinet. Je n'ai pas rencontré de difficulté particulière.

L'Ordre - des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation - vous accompagne lors de votre installation (pour l'intégralité des démarches administratives et juridiques) et est disponible, ainsi que les Confrères, pour toute question ou toute difficulté. Personne n'est livré à soi-même.

De ce point de vue-là, je ne suis pas certain qu'il soit plus difficile de s'installer en tant qu'avocat aux conseils qu'en tant qu'avocat à la cour (je suis plutôt persuadé du contraire).

## REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



### **Décret « clause filet » du 25 mars 2022 : une réforme nécessaire mais décevante de l'évaluation environnementale**

**Par Sophie Aubourg**

Le décret n° 2022-422 du 25 mars 2022 [1] *relatif à l'évaluation environnementale des projets*, également appelé décret « clause filet », a élargi le spectre des projets susceptibles d'être soumis à évaluation environnementale.

L'adoption de ce décret était devenue inévitable, la transposition en droit français de la directive européenne relative à l'évaluation environnementale des projets étant contraire à la finalité du texte (I.). Le mécanisme introduit à l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement conserve la logique des seuils et impose désormais de distinguer trois catégories de projets (II.). Cette nouvelle contrainte juridique doit être prise en compte par les porteurs de projets, mais le texte est décevant car il manque de précision sur certains aspects, et accroît de ce fait l'insécurité juridique en la matière (III.).

#### **I. L'introduction d'une « clause filet » : une évolution devenue inévitable pour assurer la compatibilité du droit français au droit de l'Union européenne**

L'introduction d'une « clause filet » pour l'évaluation environnementale des projets était nécessaire au regard de la position adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) puis par la Commission européenne (A). Elle est devenue une obligation pour le Gouvernement à la suite de l'injonction prononcée par le Conseil d'Etat en ce sens (B).

#### **A) La nécessité de se conformer à l'interprétation de la directive donnée par les institutions européennes**

Pour rappel, l'article 2§1 de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 *concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement* impose que les projets susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement fassent l'objet d'une évaluation environnementale [2].

La France avait fait le choix de transposer cette directive en définissant, pour certaines activités listées dans le tableau annexé à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement, deux seuils reposant sur la dimension des projets. Au-dessus du premier seuil, les projets doivent obligatoirement et systématiquement faire l'objet d'une évaluation environnementale. Au-dessus du second seuil, une autorité doit déterminer, sur la base d'un examen au cas par cas, si le projet est susceptible de présenter des incidences notables sur l'environnement, auquel cas il doit faire l'objet d'une évaluation environnementale. Cela signifie qu'en dessous de ce second seuil, un projet n'était pas soumis à évaluation environnementale. Le système français souffrait dès lors d'une certaine incohérence, dans la mesure où des projets de faible dimension peuvent toutefois avoir des conséquences importantes pour l'environnement et la santé [3].

Par ailleurs, dès l'origine, la transposition effectuée en droit interne pouvait interroger au regard de la finalité de la directive 2011/92/UE, telle qu'interprétée par la CJUE. Dès un arrêt du 24 mars 2011 [4], la CJUE avait en effet souligné qu'« un

*projet de dimension même réduite peut avoir des incidences notables sur l'environnement* » et doit dès lors être soumis à évaluation environnementale. Pour la CJUE, un Etat membre fixant « *des seuils et/ou des critères en ne tenant compte que des dimensions des projets* » outrepassa la marge d'appréciation dont il dispose pour la transposition de la directive relative à l'évaluation environnementale des projets.

Dans un rapport de mars 2015 [5], Jacques Vernier, président d'un groupe de travail sur la modernisation de l'évaluation environnementale, avait par conséquent proposé l'introduction en droit français d'une « *clause filet, permettant de déclencher une étude d'impact, même en-dessous des seuils, lorsque le milieu naturel est sensible* ». Il avait présenté cette mesure comme « *indispensable au regard des exigences du droit européen* ». Toutefois, cette proposition était restée lettre morte, alors que la réforme de l'évaluation environnementale par l'ordonnance du 3 août 2016 [6] aurait été l'occasion de l'introduire [7].

En 2019, la Commission européenne avait adressé à la France, en brandissant la menace d'un avis motivé, une lettre de mise en demeure pour non-conformité de la législation française avec la directive 2011/92/UE, qui « *semble exclure certains types de projets des procédures d'évaluation des incidences sur l'environnement et fixer des seuils d'exemption inadaptes pour les projets* » [8]. Une mise en demeure complémentaire avait ensuite été adressée le 28 février 2021 pour demander à la France « *de mettre sa législation nationale en conformité avec la directive concernant l'évaluation des incidences sur l'environnement* », et en particulier avec « *l'obligation faite à l'autorité compétente de prendre en considération les critères établis à l'annexe III de la directive pour déterminer si un projet relatif à une installation soumise à enregistrement doit faire l'objet d'une évaluation des incidences sur l'environnement* » [9].

Si l'introduction d'une « clause filet » semblait nécessaire pour éviter que soit initiée une procédure en manquement contre la France, c'est finalement le juge administratif français qui a obligé le Gouvernement à s'atteler à la rédaction du texte.

### B) La nécessité de se conformer à l'injonction formulée par le Conseil d'Etat

Par un arrêt *France Nature Environnement* du 15 avril 2021 [10], le Conseil d'Etat a enjoint au Premier ministre de prendre, dans un délai de neuf

mois, « *des dispositions réglementaires permettant qu'un projet, lorsqu'il apparaît qu'il est susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement ou la santé humaine pour d'autres caractéristiques que sa dimension, notamment sa localisation, puisse être soumis à une évaluation environnementale* ».

Dans cette décision plus que prévisible [11], le Conseil d'Etat a ainsi souligné qu'il « *résulte des termes de la directive, tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne, que l'instauration, par les dispositions nationales, d'un seuil en-deçà duquel une catégorie de projets est exemptée d'évaluation environnementale n'est compatible avec les objectifs de cette directive que si les projets en cause, compte tenu, d'une part, de leurs caractéristiques, en particulier leur nature et leurs dimensions, d'autre part, de leur localisation, notamment la sensibilité environnementale des zones géographiques qu'ils sont susceptibles d'affecter, et, enfin, de leurs impacts potentiels ne sont pas susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine* ».

C'est pour exécuter cette décision que le Gouvernement a publié, avec du retard, le décret n° 2022-422 du 25 mars 2022 *relatif à l'évaluation environnementale des projets*.

## II. La « clause filet » du nouvel article R. 122-2-1 du Code de l'environnement : le choix de conserver un système de seuils en fonction de la taille des projets

L'introduction de la « clause filet » a pour conséquence la création d'une troisième catégorie de projets eux aussi susceptibles d'être soumis à évaluation environnementale (A). Le décret prévoit que la « clause filet » peut être utilisée à l'initiative de l'autorité compétente ou du maître d'ouvrage (B), et vient utilement préciser l'articulation de cette nouvelle procédure avec les procédures existantes (C).

### A) La création d'une troisième catégorie de projets susceptibles d'être soumis à évaluation environnementale

Comme souligné par Monsieur Stéphane Hoyneck dans ses conclusions sous la décision *France Nature Environnement*, il existait plusieurs manières d'intégrer une « clause filet » en droit français.



Il indiquait ainsi dans ses conclusions qu'en Allemagne « tous les projets de l'annexe I de la directive doivent faire l'objet d'une évaluation préliminaire de la nécessité d'une évaluation environnementale au moins en raison de leur localisation », tandis qu'en Italie, pays ayant « retenu un système de critères et de seuils » le droit « a prévu la possibilité que l'autorité compétente impose la réalisation d'une étude d'impact environnementale à un projet qui de prime abord, ne satisfait pas les critères mais qui peuvent potentiellement avoir des effets négatifs significatifs sur l'environnement ».

C'est finalement un système proche du droit italien qui est introduit en droit français, la logique des seuils étant maintenue [12]. Le décret du 25 mars 2022 met en effet en place un dispositif qui soumet à évaluation environnementale des projets qui sont, de par leur dimension, certes situés en deçà des seuils de la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement, mais qui sont néanmoins susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement et la santé humaine au regard des critères énumérés à l'annexe de l'article R. 122-3-1 du même code.

Le décret introduit un article R. 122-2-1 au sein du Code de l'environnement, dont le paragraphe I prévoit que « l'autorité compétente soumet à l'examen au cas par cas prévu au IV de l'article L. 122-1 tout projet, y compris de modification ou d'extension, situé en deçà des seuils fixés à l'annexe de l'article R. 122-2 et dont elle est la première saisie, que ce soit dans le cadre d'une procédure d'autorisation ou d'une déclaration, lorsque ce projet lui apparaît susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine au regard des critères énumérés à l'annexe de l'article R. 122-3-1 ».

Dès lors, il convient désormais de distinguer trois catégories pour savoir si un projet est ou non soumis à évaluation environnementale [13]. En application du premier seuil de l'annexe à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement, une première catégorie de projets est soumise à évaluation environnementale de manière systématique, tandis qu'en application du second seuil, une seconde catégorie de projets est soumise à évaluation environnementale à la suite d'un examen au cas par cas. La troisième catégorie, introduite par le décret, comprend les projets en deçà des seuils, qui sont soumis à évaluation environnementale par application de la « clause-filet » de l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement.

### B) Un mécanisme dont la mise en œuvre relève de l'initiative de l'autorité compétente ou du maître d'ouvrage

La soumission d'un projet situé en deçà des seuils de la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement à un examen au cas par cas peut être initiée par l'autorité compétente pour autoriser le projet, mais aussi par le maître d'ouvrage.

Le I de l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement prévoit que l'autorité compétente pour délivrer la première autorisation ou recevoir la première déclaration d'un projet est compétente pour le soumettre à l'examen au cas par cas s'il lui semble susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement ou la santé humaine. Pour ce faire, l'autorité compétente doit informer par décision motivée et au plus tard quinze jours à compter du dépôt du dossier de demande d'autorisation ou de déclaration, le maître d'ouvrage de sa décision de soumettre le projet à examen au cas par cas. Le II de l'article R. 122-2-1 indique que le maître d'ouvrage doit ensuite lui-même saisir l'autorité en charge de cet examen au cas par cas dans les conditions prévues aux articles R. 122-3 et R. 122-3-1 du Code de l'environnement.

De manière alternative, le III de l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement prévoit que le maître d'ouvrage peut également, de sa propre initiative, saisir directement l'autorité chargée de l'examen au cas par cas, même si son projet est en dessous des seuils de la nomenclature. Dans ce cas, l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation ou recevoir la déclaration d'un projet n'est donc pas consultée.

En revanche, il est intéressant de souligner que la mise en œuvre de la « clause filet » ne peut pas résulter de l'initiative de tiers. Une telle possibilité aurait pu bénéficier notamment aux associations de protection de l'environnement.

### C) Une articulation bienvenue avec les procédures d'autorisation existantes dans d'autres législations

En plus d'introduire le nouvel article R. 122-2-1 au sein du Code de l'environnement, le décret du 25 mars 2022 contient également des dispositions visant à garantir la bonne articulation de cette nouvelle procédure « clause filet » avec les procédures existantes [14].

Le décret modifie des dispositions relatives au régime de l'autorisation environnementale [15], aux déclarations IOTA [16] et ICPE [17], à l'autorisation spéciale de travaux sur les monuments naturels et sites classés [18], à l'autorisation de défrichement [19], aux autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public maritime naturel [20] et aux concessions pour l'exploitation de cultures marines [21].

Ces dispositions s'attachent notamment à organiser le contenu du dossier et les modalités de suspension ou d'interruption des délais d'instruction en cas d'activation de la « clause-filet », et comportent des ajustements relatifs à l'enquête publique ou la participation du public par voie électronique [22]. L'insertion de la « clause filet » a également nécessité la modification de certaines dispositions du Code de l'urbanisme [23], car la nouvelle procédure a des conséquences sur le régime d'instruction des permis de construire, d'aménager et de démolir [24].

Ce souci du détail n'a cependant pas empêché le texte de souffrir de nombreuses lacunes, porteuses d'insécurité juridique pour les porteurs de projets.

### **III. La « clause filet » : une contrainte juridique supplémentaire qui manque de clarté**

En application de la « clause filet », tout type de projet est désormais susceptible d'être soumis à évaluation environnementale (A). Si cette évolution est la bienvenue, la procédure mise en place comprend des zones grises créant un nouveau risque contentieux (C), et complexifie un peu plus l'état du droit (B).

#### **A) La possibilité, pour tout type de projet, d'être soumis à évaluation environnementale**

La première conséquence évidente de l'introduction de la procédure « clause filet » par le décret du 25 mars 2022 est que tous les projets sont désormais susceptibles d'être soumis à évaluation environnementale, quand bien même ils ne sont pas dans les seuils de la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement.

Cette évolution doit être considérée comme une avancée, mais elle constitue inévitablement une nouvelle contrainte juridique susceptible d'augmenter les coûts de certains projets [25]. Les porteurs de projet devraient donc anticiper et être à

même de démontrer en quoi leurs projets ne sont pas susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine s'ils veulent éviter un examen au cas par cas. A l'inverse, s'ils s'inscrivent dans une démarche de prudence, il est possible que les porteurs de projets situés en deçà des seuils saisissent de manière assez systématique l'autorité compétente afin de déterminer si une étude d'impact doit être réalisée [26], une telle saisine permettant d'écarter le risque contentieux une fois l'autorisation obtenue. Dans son avis de février 2022 sur le projet de décret [27], l'Autorité environnementale encourageait « *d'ores et déjà vivement les maîtres d'ouvrage, qui identifient un risque d'incidences notables pour l'environnement, à engager une évaluation environnementale et des échanges avec le public de façon volontaire, dans l'intérêt de l'environnement mais aussi pour accroître la sécurité juridique du projet* ». En tout état de cause, cette nouvelle contrainte juridique doit être prise en compte en amont afin de sécuriser le projet et les délais de réalisation envisagés.

#### **B) Un niveau d'instruction supplémentaire source de complexité**

Le nouvel article R. 122-2-1 du Code de l'environnement prévoit que ce sont les autorités compétentes pour instruire les demandes d'autorisation ou de déclaration qui doivent apprécier, dans un délai de quinze jours à compter du dépôt du dossier, l'incidence environnementale du projet, afin de décider s'il doit être soumis à examen au cas par cas.

A première vue, le choix d'un délai de quinze jours peut sembler bienvenu, car il n'induit pas un allongement excessif des délais de procédure pour les porteurs de projets. Pour autant, en raison de la brièveté de ce délai, il n'est pas possible d'écarter le risque de voir l'autorité compétente considérer « facilement », dans un souci de prudence, que le projet lui apparaît susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine, et qu'il doit en conséquence être soumis à examen au cas par cas. A ce titre, l'Autorité environnementale avait ainsi relevé dans son avis de février 2022 [28] que la question de « *l'objectivité de l'autorité chargée de la mise en œuvre de la clause filet* » pouvait se poser, car « *cette autorité est confrontée à l'injonction d'accélérer les procédures et de réduire les délais* ». Ce manque possible d'objectivité était d'autant plus problématique pour l'Autorité en raison du « *manque de transparence du dispositif* », la procédure de mise en œuvre de la « clause filet » n'ayant aucun caractère public.

Par ailleurs, l'autorité compétente pour instruire les demandes d'autorisation d'un projet étant parfois distincte de l'autorité chargée de l'examen au cas par cas [29], la « clause filet » revient à introduire un niveau d'instruction supplémentaire. Dans son avis sur le projet de décret, l'Autorité environnementale s'en désolait en soulignant que le dispositif « *introduit donc un niveau d'instruction et une autorité supplémentaires pour des projets qui ne seront qu'exceptionnellement soumis à évaluation environnementale* », cette évolution n'étant pas la bienvenue car « *la complexité actuelle de la procédure faisant intervenir au titre de l'autorité environnementale des acteurs multiples est déjà source d'insécurité juridique pour les porteurs de projets* » [30]. Selon elle, il aurait été envisageable de confier la mise en œuvre de la « clause filet » à l'autorité environnementale, comme envisagé par le rapport Vernier [31].

### C) Un nouveau risque contentieux pour les porteurs de projets

Comme évoqué précédemment, le mécanisme de la « clause filet » doit être pris en compte en amont par les porteurs de projets, afin que la réalisation, le cas échéant, d'une étude d'impact, ne bouleverse pas de manière trop importante le calendrier opérationnel du projet. Mais la « clause filet » introduit également un risque contentieux supplémentaire pour les porteurs de projet et, partant, des risques de rallongement des procédures de *permitting*.

En effet, comme souligné par l'Autorité environnementale dans son avis de février 2022, il est probable, en cas de décision de dispense d'évaluation environnementale après mise en œuvre de la « clause filet », que le juge administratif ne puisse être saisi que d'un recours dirigé contre la décision finale autorisant le projet [32]. C'est en tout cas la solution qui prévaut en matière de projets soumis à examen au cas par cas, le Conseil d'État ayant, par un avis du 6 avril 2016 (Conseil d'État, avis, 6 avril 2016, n° 395916) énoncé que « *l'acte par lequel l'autorité de l'Etat compétente en matière d'environnement décide de dispenser d'évaluation environnementale un plan, schéma, programme ou autre document de planification mentionné à l'article L. 122-4 du code de l'environnement [...] a le caractère d'une mesure préparatoire [...] insusceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* » [33]. Il n'est donc pas risqué de penser que, de la même manière, l'illégalité de la décision de dispense prise au titre de la « clause filet » ne pourra être contestée qu'à l'occasion du recours dirigé contre la décision finale d'autorisation.

Cette subtilité contentieuse est susceptible de créer « *un décalage dans le temps, qui pourra être important, entre le moment où est prise la décision de ne pas soumettre un projet à évaluation environnementale, et le moment où la décision d'autorisation est susceptible d'être attaquée en justice* » [34]. Le décret du 25 mars 2022 a donc un effet paradoxal car s'il avait pour objet de sécuriser les projets qui étaient jusqu'ici exonérés d'évaluation environnementale au mépris du droit européen, il crée en fin de compte un nouveau risque contentieux lié à la mise en œuvre de la « clause filet » [35].

Par ailleurs, la procédure prévue au nouvel article R. 122-2-1 du Code de l'environnement est « *applicable aux premières demandes d'autorisations ou déclarations de projet déposées à compter de sa date d'entrée en vigueur* » [36], soit le 27 mars 2022. Si le décret apporte des précisions sur le type de projets visés, en faisant référence à « *tout projet, y compris de modification ou d'extension [...]* » [37], il contient, selon nous, des zones d'ombre concernant son applicabilité dans le temps.

En effet, si un dossier de déclaration ou de première demande d'une des autorisations requises pour le projet a été déposé avant le 27 mars 2022, l'article R. 122-2-1 nouveau ne devrait en principe pas être applicable, y compris à d'éventuelles autorisations subséquentes, si l'on s'en tient à une lecture stricte du texte. En revanche, la question peut se poser d'un projet dont le dossier de demande ou la déclaration aurait été déposé avant le 27 mars 2022, mais qui ferait l'objet d'une modification substantielle en cours d'instruction/en phase *permitting*, postérieurement à l'entrée en vigueur du décret. Dans ce cas, il semble difficile d'écarter le risque que l'administration requière le dépôt d'une nouvelle demande/déclaration qui pourrait être assimilée à une première demande, impliquant sa soumission à l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement [38]. Dans le même ordre d'idée, il serait possible d'imaginer qu'en cas de remise en cause de l'autorisation – en cas d'annulation juridictionnelle par exemple – le porteur de projet soit amené à renouveler une demande qui pourrait *de facto* être soumise au cadre prévu par l'article R. 122-2-1 du Code de l'environnement.

Une dernière lacune du décret du 25 mars 2022, qui accroît un peu plus le risque contentieux, tient à l'absence de précision quant à la conséquence, à l'issue du délai de quinze jours, de l'absence de décision expresse de l'autorité compétente pour décider que le projet doit être soumis à examen au cas par cas en application de la « clause filet ». Sur ce point, l'Autorité environnementale a souligné dans

son avis sur le projet de décret que « *selon l'interprétation constante de la directive Projet, un silence ne peut valoir exonération car le silence ne permet pas de vérifier que l'examen a bien été réellement mené* » [39]. Au-delà d'un risque contentieux, cette lacune crée aussi un risque de bouleversement du calendrier de réalisation du projet, dans le cas où l'autorité compétente décide tardivement de soumettre le projet à examen au cas par cas.

\* \* \*

Ainsi, à la lumière de l'ensemble de ces éléments, si le décret « clause filet » du 25 mars 2022 permet une mise en conformité du droit français avec le droit de l'Union européenne, il complexifie encore un peu plus la procédure et crée un risque contentieux supplémentaire pour les porteurs de projets. Le texte s'est longtemps fait attendre mais on ne peut que remarquer, à l'instar de l'avis de l'Autorité environnementale, qu'il s'agit d'une opportunité manquée « *d'aborder de façon globale et cohérente l'articulation entre les avis d'autorité environnementale, les décisions au cas par cas et cette clause filet, dans l'objectif de revenir à une approche à la fois plus simple et robuste juridiquement* ».

**Sophie Aubourg**  
Elève-avocate

## Références :

- [1] JORF n° 0072 du 26 mars 2022.
- [2] Article 2§1 de la directive 2011/92/UE : « *Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que, avant l'octroi de l'autorisation, les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, soient soumis à une procédure de demande d'autorisation et à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences* ».
- [3] Anne-Laure Youhnovski Sagon, « *Naissance de la clause-filet : une réforme inachevée de l'évaluation environnementale* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 13, 4 avril 2022.
- [4] CJUE, 24 mars 2011, aff. C-435/09, Commission c/ Royaume de Belgique, §55, ECLI:EU:C:2011:176.
- [5] Jacques Vernier, « *Moderniser l'évaluation environnementale* », mars 2016, p.3
- [6] Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes.
- [7] Laetitia Santoni, « *Evaluation environnementale – La clause filet prise dans les filets du Conseil d'Etat* », Lexis Nexis, Construction – Urbanisme, n° 6, Juin 2021.
- [8] Commission européenne, Fiche d'information, « *Procédures d'infractions du mois de mars : principales décisions* », 7 mars 2019.
- [9] Commission européenne, Communiqué, « *Procédures d'infractions du mois de février : principales décisions* », 18 février 2021.
- [10] CE, 15 avril 2021, *France Nature Environnement*, req. n° 425424 : « 8. En vertu des seuils fixés au d) de la rubrique 44 du tableau annexé à l'article R. 122-2 du code de l'environnement, dans leur rédaction issue du décret attaqué, la construction d'équipements sportifs ou de loisirs ne figurant dans aucune autre rubrique du tableau et susceptibles d'accueillir un nombre de

personnes égal ou inférieur à 1 000 est exemptée systématiquement de toute évaluation environnementale, quelles que puissent être, par ailleurs, leurs autres caractéristiques et notamment leur localisation. Ainsi, en ce qu'il exempte de toute évaluation environnementale ces projets à raison seulement de leur dimension, alors que, eu égard notamment à leur localisation, ces projets peuvent avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine, le décret attaqué méconnaît les objectifs de la directive du 13 décembre 2011 ».

[11] Laetitia Santoni, « *Evaluation environnementale – La clause filet prise dans les filets du Conseil d'Etat* », op.cit.

[12] Anne-Laure Youhnovski Sagon, « *Naissance de la clause-filet : une réforme inachevée de l'évaluation environnementale* », op.cit.

[13] Anne-Laure Tulpain, « *Evaluation environnementale des projets : le décret instaurant la clause-filet est publié !* », Editions Législatives, Environnement et nuisances, 28 mars 2022.

[14] Delphine Déprez, « *Evaluation environnementale : la « clause filet » est adoptée !* », La lettre Lamy de l'Environnement, n° 668, 8 avril 2022.

[15] L'article 1 du décret modifie les articles D. 181-15-1 et R. 181-16 du Code de l'environnement.

[16] L'article 2 du décret crée un nouvel article R. 214-35-1 au sein du Code de l'environnement.

[17] L'article 4 du décret modifie les articles R. 512-47 et R. 512-48 du Code de l'environnement.

[18] L'article 3 du décret crée les articles R. 341-9-1 et R. 341-11-1 au sein du Code de l'environnement.

[19] L'article 5 du décret modifie les articles R. 341-1, R. 341-4 et R. 341-6 du Code forestier.

[20] L'article 6 du décret modifie les articles R. 2124-2, R. 2124-41 et R. 2124-56-1 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques.

[21] L'article 7 du décret modifie l'article R. 923-23 du Code rural et de la pêche maritime.

[22] « *Evaluation environnementale des projets : focus sur le décret 'clause-filet'* », Editions Législatives, Dictionnaire permanent Construction et urbanisme, 8 avril 2022.

[23] L'article 8 du décret modifie les articles R. 423-20, R. 423-32, R. 423-25 et R. 431-36 du Code de l'urbanisme, et crée un nouvel article R. 451-6-1.

[24] « *Evaluation environnementale des projets : focus sur le décret 'clause-filet'* », op.cit.

[25] Olivier Buisine, « *Évaluation environnementale : le décret de « clause filet » est publié !* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 17, 29 Avril 2022, act. 498.

[26] *Ibid.*

[27] Autorité Environnementale, Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de décret relatif à l'évaluation environnementale des projets, 10 février 2022.

[28] *Ibid.*

[29] L'article R. 122-3 du Code de l'environnement énumère les autorités chargées de l'examen au cas par cas prévu au premier alinéa du IV de l'article L. 122-1 du Code de l'environnement.

[30] Autorité Environnementale, Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de décret relatif à l'évaluation environnementale des projets, op.cit.

[31] *Ibid.* : « *Le rapport Vernier avait envisagé de confier la mise en œuvre de cette clause filet à l'autorité environnementale (sans formulaire, décision à rendre dans un délai de quinze jours), sous réserve de définir des filtres simples pour éviter que la « clause filet » soit trop souvent sollicitée et requière trop de moyens* ».

[32] *Ibid.*

[33] CE, avis, 6 avril 2016, n° 395916 : « *Si la décision imposant la réalisation d'une évaluation environnementale est, en vertu du IV de l'article R. 122-18 du code de l'environnement précité, un acte faisant grief susceptible d'être déféré au juge de*

*l'excès de pouvoir après exercice d'un recours administratif préalable, tel n'est pas le cas de l'acte par lequel l'autorité de l'Etat compétente en matière d'environnement décide de dispenser d'évaluation environnementale un plan, schéma, programme ou autre document de planification mentionné à l'article L. 122-4 du code de l'environnement. Un tel acte a le caractère d'une mesure préparatoire à l'élaboration de ce plan, schéma, programme ou document, insusceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, eu égard tant à son objet qu'aux règles particulières prévues au IV de l'article R. 122-18 du code de l'environnement pour contester la décision imposant la réalisation d'une évaluation environnementale. La décision de dispense d'évaluation environnementale pourra, en revanche, être contestée à l'occasion de l'exercice d'un recours contre la décision approuvant le plan, schéma, programme ou document ».*

[34] Autorité Environnementale, Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de décret relatif à l'évaluation environnementale des projets, op.cit.

[35] « *Evaluation environnementale des projets : focus sur le décret 'clause-filet'* », op.cit.

[36] Article 9 du décret n° 2022-422 du 25 mars 2022.

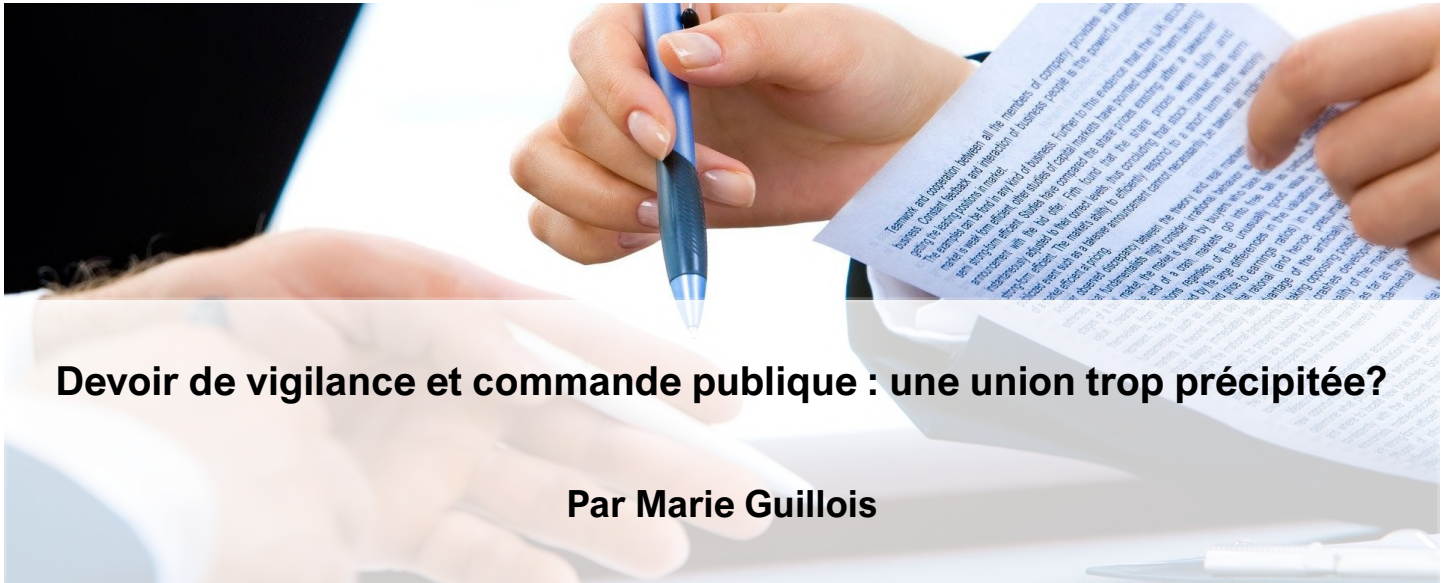
[37] Article 1 du décret n° 2022-422 du 25 mars 2022.

[38] A titre de comparaison, l'article L. 752-15 du Code de commerce relatif aux autorisations commerciales des magasins à grande surface dispose qu' « *une nouvelle demande est nécessaire lorsque le projet, en cours d'instruction (...) subit des modifications substantielles* ». L'article L. 212-10-2 du Code du cinéma et de l'image animée pose le même principe en ce qui concerne les demandes d'autorisation d'aménagement cinématographique.

[39] Autorité Environnementale, Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de décret relatif à l'évaluation environnementale des projets, op.cit.



## REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



### Devoir de vigilance et commande publique : une union trop précipitée?

Par Marie Guillois

*A l'occasion de la publication au Journal Officiel le 3 mai dernier du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique, le présent article propose ci-après une analyse détaillée du nouveau cas d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur créé par la loi Climat et Résilience [1].*

L'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (ci-après la « loi Climat et Résilience ») a créé, au sein des exclusions à l'appréciation de l'acheteur prévues par les articles L. 2141-7 à L. 2141-11 du Code de la commande publique, un nouvel article L. 2141-7-1, aux termes duquel « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation de marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à concurrence ou d'engagement de la consultation. [...] ».

Cette nouvelle exclusion établit ainsi un lien entre le droit de la commande publique et le devoir de vigilance, issu de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 [2], qui impose à certaines sociétés françaises dépassant un certain seuil d'effectif salarié d'établir un plan de vigilance destiné à leur permettre d'identifier et de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, et l'environnement, susceptibles de naître de leurs activités. Ce lien est d'ores et déjà effectif, le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 ayant prévu une application immédiate de

cette nouvelle exclusion dès le 4 mai 2022 [3]. En revanche, pour les autres modifications du Code de la commande publique engendrées par la loi Climat et Résilience, telles que la fin du critère unique du prix [4], ledit décret fixe une date d'entrée en vigueur différée, devant intervenir au plus tard le 21 août 2026 [5].

Or, à beaucoup d'égards, cette union de la commande publique et du devoir de vigilance semble trop précipitée. Il ne fait aucun doute, en effet, que pour les pouvoirs adjudicateurs confrontés à sa mise en œuvre, cette nouvelle interdiction de soumissionner est source de nombreux questionnements. D'une part, il existe une incertitude quant à l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs [6] de vérifier ce nouveau motif d'exclusion, la position de la direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy étant sur ce point pour le moins confuse (I). D'autre part, une même incertitude existe quant aux modalités concrètes de vérification de celui-ci (II).

#### **I. Le caractère contraignant incertain de la nouvelle exclusion à l'appréciation de l'acheteur relative au devoir de vigilance**

Avant même de s'inquiéter des modalités concrètes de vérification de la nouvelle exclusion relative au devoir de vigilance, un pouvoir adjudicateur se demandera s'il est tenu de procéder à la vérification de celle-ci. A cet égard, si la DAJ de Bercy [7], suivie par certains auteurs [8], s'emploie à présenter ce nouveau motif d'exclusion comme étant facultatif (B), cette présentation paraît cependant discutable.

Il est en effet soutenu ici, à la lumière des textes européens et nationaux relatifs aux interdictions de soumissionner, que les « *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* » prévues par le Code de la commande publique, auxquelles appartient l'exclusion considérée, ne peuvent se comprendre comme des exclusions facultatives ou optionnelles (A).

#### A) Les exclusions à l'appréciation de l'acheteur : des exclusions non facultatives

Pour bien comprendre pourquoi les exclusions à l'appréciation de l'acheteur ne peuvent s'analyser comme des exclusions facultatives, il est intéressant d'examiner en premier lieu le droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, la directive 2014/24 du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics* [9], puis d'étudier sa transposition en droit français.

#### *Traitement des motifs d'exclusion dans la directive 2014/24*

Contrairement au Code de la commande publique, la directive 2014/24 ne fait aucunement référence à des « *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* ». Son article 57 opère en revanche une distinction binaire entre des motifs d'exclusion dits obligatoires (fraude, corruption, infractions terroristes, etc.) et des motifs d'exclusion dits facultatifs (faute professionnelle grave, conflit d'intérêt, etc.). A cet égard, il peut d'ailleurs être noté qu'aucune de ces deux catégories d'exclusions ne prévoit une interdiction de soumissionner fondée sur un manquement à un quelconque devoir de vigilance, et pour cause, celui-ci n'a pas encore de définition européenne [10]. Cette constatation soulève ainsi la question de l'exhaustivité des motifs d'exclusion listés par la directive 2014/24 et, partant, de la possibilité pour un Etat membre d'ajouter un nouveau motif à ceux énumérés par ladite directive.

Sans pousser plus loin la réflexion sur ce point, car il ne s'agit pas là du cœur du présent article, il sera simplement rappelé que la CJUE a pu juger, à propos toutefois des motifs d'exclusion fondés sur des critères relatifs à la qualité professionnelle prévus par l'ancienne directive 93/37 portant sur les marchés de travaux publics [11], que ceux-ci étaient listés de façon limitative par cette directive et qu'ils ne pouvaient donc être complétés par les Etats membres [12]. Or, il n'est pas exclu que la Cour puisse juger de la même manière en ce qui concerne la directive 2014/24, notamment eu égard à la rédaction de son article 57 qui, en première lecture, n'offre pas une

telle latitude aux Etats membres.

S'agissant plus précisément des motifs d'exclusion dits facultatifs, l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 autorise néanmoins expressément les Etats membres à rendre ceux-ci obligatoires. Autrement dit, si les pouvoirs adjudicateurs sont libres de vérifier - ou non - les motifs d'exclusion prévus par le paragraphe précité (ainsi qu'il ressort par ailleurs des expressions utilisées au considérant 101 de la directive 2014/24 pour présenter lesdits motifs, à savoir « *les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre exclure des opérateurs économiques [...]* » ou encore « *les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer [...]* »), un Etat membre peut tout à fait décider d'imposer dans son droit national qu'un opérateur se trouvant dans l'un de ces cas d'exclusion soit obligatoirement exclu d'une procédure de passation. Cette interprétation est confortée par la jurisprudence de la CJUE, laquelle souligne que les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté, voire l'obligation, d'exclure un opérateur économique se trouvant dans l'une des situations d'exclusion énumérées à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 précitée [13].

Compte tenu de ces observations, il convient de s'interroger sur les intentions du législateur français lorsqu'il a créé, au sein du Code de la commande publique, une section intitulée « *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* ».

#### *Traitement des motifs d'exclusion dans le Code de la commande publique*

Deux éléments conduisent à penser que les exclusions à l'appréciation de l'acheteur, prévues aux articles L. 2141-7 à L. 2141-11 du Code de la commande publique, ne sauraient être interprétées comme des exclusions dont la vérification est optionnelle pour les pouvoirs adjudicateurs.

D'une part, le changement de qualification de ces exclusions lors de l'entrée en vigueur du Code de la commande publique le 1<sup>er</sup> avril 2019. En effet, si celles-ci avaient été nommées initialement « *interdictions de soumissionner facultatives* » dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics* [14], elles sont désormais qualifiées d'« *exclusions à l'appréciation de l'acheteur* » dans le Code de la commande publique. Ce nouveau vocable semble par conséquent souligner une volonté du législateur d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs la vérification de ces exclusions [15].

D'autre part, la position adoptée par la DAJ de Bercy dans sa fiche technique sur l'examen des candidatures. En effet, la DAJ considère que le qualificatif à l'appréciation de l'acheteur « *ne signifie pas que l'acheteur a ou non le choix de prévoir ces motifs d'exclusion* » [16]. Par suite, il semble acquis pour la DAJ de Bercy que les exclusions à l'appréciation de l'acheteur ne sont pas facultatives, en dépit de l'expression « *l'acheteur peut exclure* » consacrée aux articles L. 2141-7 et suivants du Code de la commande publique.

A la lecture de la fiche technique de la DAJ, le qualificatif « *à l'appréciation de l'acheteur* » induirait en revanche le caractère « non automatique » des exclusions concernées [17]. Il s'agirait là de leur principale différence avec les exclusions de plein droit prévues aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 du Code de la commande publique. Plus précisément, dans le cadre des exclusions de plein droit, les pouvoirs adjudicateurs sont contraints de tirer les conséquences de l'existence d'une cause d'exclusion constatée par un tiers à la procédure de passation n'agissant pas lui-même en tant qu'acheteur, par exemple une juridiction. En revanche, s'agissant des exclusions à l'appréciation de l'acheteur, les pouvoirs adjudicateurs apprécient eux-mêmes la présence d'un motif d'exclusion en se positionnant au cas par cas au regard des faits dont ils ont connaissance [18].

Cet aspect est également mis en avant par la jurisprudence européenne relative à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24. A cet égard, la portée de l'arrêt *Meca Srl* du 19 juin 2019 peut par exemple être évoquée [19]. La CJUE y était interrogée sur le point de savoir si une réglementation nationale, en vertu de laquelle l'introduction d'un recours juridictionnel contre la décision de résilier un marché public prise par un pouvoir adjudicateur en raison de défaillances importantes survenues lors de son exécution empêche le pouvoir adjudicateur qui lance un nouvel appel d'offres d'apprécier la fiabilité de l'opérateur concerné, était compatible avec l'article précité. Or, la Cour a jugé qu'« *il résulte ainsi du libellé de ladite disposition [article 57, paragraphe 4] que c'est aux pouvoirs adjudicateurs, et non pas à une juridiction nationale, qu'a été confié le soin d'apprécier si un opérateur économique doit être exclu d'une procédure de passation d'un marché* » [20] et, partant, a rappelé la liberté d'appréciation conférée aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de ces exclusions.

En définitive, il apparaît que les exclusions à l'appréciation de l'acheteur ne sont pas des exclusions optionnelles mais des exclusions non-automatiques, au sens où les pouvoirs adjudicateurs évaluent eux-

mêmes les évidences qui leur sont soumises. Dès lors, qu'en est-il s'agissant du nouveau motif d'exclusion relatif au devoir de vigilance ?

### B) L'exclusion à l'appréciation de l'acheteur relative au devoir de vigilance : un cas particulier ?

De prime abord, rien ne suggère qu'un pouvoir adjudicateur puisse traiter cette nouvelle exclusion à l'appréciation de l'acheteur différemment des autres. Néanmoins, la notice du décret précité du 2 mai 2022 indique qu'il s'agit d'une interdiction de soumissionner facultative, ce qui amène à s'interroger sur la nature de celle-ci.

#### *Une exclusion à l'appréciation de l'acheteur comme les autres*

Il résulte de ce qui précède que la nouvelle exclusion introduite par la loi Climat et Résilience à l'article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique - soit parmi les exclusions à l'appréciation de l'acheteur - n'est a priori pas une exclusion facultative. En d'autres termes, un pouvoir adjudicateur ne devrait disposer d'aucune liberté quant à sa mise en œuvre dans le cadre de ses procédures de passation de marché. Telle est également, semble-t-il, l'intention du législateur. En effet, celui-ci, après avoir indiqué que pouvaient être exclues de la procédure de passation de marché les sociétés concernées ayant manqué à leur obligation d'établir un plan de vigilance, mentionne : « *une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation* ». Il paraît ainsi consacrer deux exceptions à la mise en œuvre de l'exclusion considérée, lesquelles font manifestement obstacle au caractère facultatif de celle-ci. Il serait en effet surprenant de prévoir des exceptions à une simple faculté. Pour s'en convaincre, il est intéressant de noter que ces deux exceptions paraissent être inspirées de celles prévues à l'article L. 2113-11 du Code de la commande publique relatif à l'allotissement. Or, l'allotissement du besoin est incontestablement une obligation qui s'impose aux pouvoirs adjudicateurs [21]. Ceux-ci peuvent toutefois y déroger lorsque la dévolution en lot séparé est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Pourtant, la DAJ de Bercy, de façon étonnante, s'obstine à présenter cette nouvelle exclusion à l'appréciation de l'acheteur relative au devoir de vigilance comme une interdiction de soumissionner

facultative.

### *La position ambiguë de la DAJ de Bercy*

D'une part, la notice explicative du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 indique que celui-ci « prévoit également l'entrée en vigueur le lendemain de la publication du décret des dispositions du 5° II et du 6° du III de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 créant une interdiction de soumissionner facultative pour les entreprises n'ayant pas satisfait à leur obligation d'établir un plan de vigilance en application de l'article L. 225-102-4 du code de commerce ». D'autre part, la DAJ de Bercy, dans le cadre de l'évaluation dudit décret par le Conseil national d'évaluation des normes, aurait déclaré que « dès lors que cette mesure n'est qu'une faculté offerte aux acheteurs, il n'est pas utile d'attendre le 21 août 2026, date limite d'entrée en vigueur prévue par la loi, pour permettre à ceux qui le souhaitent de mettre en œuvre dès maintenant cette interdiction de soumissionner afin de renforcer la dimension sociale de la commande publique » [22]. Ce faisant, la position de la DAJ de Bercy paraît s'inscrire en contradiction avec celle publiée dans sa fiche technique sur l'examen des candidatures, comme indiqué ci-dessus. De même, l'emploi du vocable « interdiction de soumissionner facultative » surprend, dès lors que celui-ci a été abandonné lors de l'entrée en vigueur du Code de la commande publique. Ce manque de clarté est source de confusions pour les pouvoirs adjudicateurs : cette position de la DAJ de Bercy vaut-elle pour toutes les exclusions à l'appréciation de l'acheteur ou uniquement pour le nouveau motif d'exclusion lié au devoir de vigilance ?

Par ailleurs, il n'est pas certain qu'un juge adopte l'interprétation proposée par la DAJ de Bercy. Dès lors, un pouvoir adjudicateur pourrait-il faire valoir la notice explicative du décret précité du 2 mai 2022 pour justifier son choix de ne pas procéder à la vérification de l'exclusion relative au devoir de vigilance ? A cet égard, rien n'est moins sûr. En effet, la notice explicative jointe au décret en cause est en réalité une formalité découlant de la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit. Il ressort de cette circulaire que l'objectif d'une telle notice est de donner au lecteur du *Journal Officiel* une information fiable et accessible sur la nature et la portée d'un texte nouveau [23]. Pour autant, le Conseil d'Etat n'a jamais accordé de valeur particulière à celle-ci. Ce dernier a par exemple jugé que l'absence de notice explicative n'avait aucun impact sur la légalité d'un décret [24]. De même, la juridiction suprême a déjà rejeté un moyen tiré de l'inexactitude d'une mention dans une telle notice invoqué au soutien d'une requête en annulation d'un décret, au motif que celle-ci a

(simplement) « pour objet de faciliter la compréhension du texte à l'occasion de sa publication au *Journal Officiel* » [25]. Par suite, un pouvoir adjudicateur ne devrait pas pouvoir se fonder sur la notice explicative du décret en cause pour motiver sa décision de ne pas procéder à la vérification de l'exclusion considérée.

En conclusion, les positions divergentes de la DAJ de Bercy sont un véritable casse-tête pour les pouvoirs adjudicateurs, et ce, d'autant plus que le processus de vérification de cette exclusion n'est pas aisé, au regard des nombreuses questions qu'engendrent les modalités d'application concrètes de celle-ci (II).

## **II. Les modalités d'application lacunaires de l'exclusion à l'appréciation de l'acheteur relative au devoir de vigilance**

L'absence de précisions réglementaires quant aux modalités d'application de l'exclusion en cause est source de difficultés pour les pouvoirs adjudicateurs, qui devront s'interroger successivement sur le champ d'application personnel du devoir de vigilance (A), sur la caractérisation d'un manquement à ce devoir (B) et sur les preuves exigibles pour procéder à la vérification de cette exclusion (C).

### A) La maîtrise difficile du champ d'application personnel du devoir de vigilance

Le champ d'application personnel du devoir de vigilance est défini à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce qui dispose : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. ». Il est clair à la lecture de cette disposition que l'identification des sociétés soumises au devoir de vigilance est loin d'être évidente et suppose une connaissance fine des groupes de sociétés. A cet égard, l'évaluation réalisée par le Conseil Général de l'Economie (CGE) sur la mise en œuvre du devoir de vigilance en janvier 2020 observe « qu'aucun service de l'Etat ne dispose actuellement de l'intégralité des informations nécessaires pour déterminer si [le devoir de vigilance] s'applique à telle ou telle société » [26]. Si certaines organisations non-gouvernementales essaient de répertorier les sociétés concernées par le devoir de vigilance [27], il n'existe à ce jour aucune liste

officielle de celles-ci. D'ailleurs, le rapport d'information de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance relève qu'« *il résulte des seuils fixés par la loi – et, dans une moindre mesure, des incertitudes pesant sur les formes juridiques de sociétés concernées par le devoir de vigilance – que le nombre d'entreprises françaises effectivement assujetties à la loi du 27 mars 2017 n'est pas précisément connu.* » [28].

Il est patent que les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas des ressources nécessaires pour effectuer eux-mêmes un tel travail. Quand bien même ces pouvoirs souhaiteraient entreprendre ce travail d'identification, ils seraient confrontés à de grandes difficultés pratiques pour obtenir les informations relatives aux seuils d'effectif salarié fixés par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce susvisé. En effet, le décret précité du 2 mai 2022 ne contient aucune disposition à cet égard. Par ailleurs, si certains auteurs suggèrent qu'il est possible de s'appuyer sur la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics établie par l'arrêté du 22 mars 2019 [29] pour obtenir ces informations, ils soulignent également que cela n'est pas suffisant [30]. Par exemple, si l'article 3 de cet arrêté, qui est exhaustif, permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander une déclaration des effectifs moyens annuels du candidat, une telle possibilité n'existe pas s'agissant du nombre de salariés employés dans ses filiales directes et indirectes, ce qui paraît pourtant essentiel pour déterminer si un opérateur économique est soumis au devoir de vigilance [31]. Il s'agit d'une lacune du décret, qui témoigne là encore de cette union trop précipitée du devoir de vigilance et de la commande publique.

Une même problématique existe quant à la caractérisation d'un manquement à l'obligation d'établir un plan de vigilance.

### B) La caractérisation incertaine d'un manquement au devoir de vigilance

En premier lieu, il existe une incertitude sur l'étendue de la vérification à laquelle doivent procéder les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de cette nouvelle exclusion en raison notamment de la rédaction de l'article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique. En effet, celui-ci énonce : « *l'acheteur peut exclure [...] les personnes [...] qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4 [du Code de commerce]* ». L'emploi du verbe « *établir* » suggère que l'existence d'un plan de vigilance est suffisante pour écarter l'exclusion. Néan-

moins, la mention « *un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4 [du Code de commerce]* » (c'est-à-dire une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques ainsi qu'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre [32]) semble induire un contrôle par les pouvoirs adjudicateurs du contenu du plan lui-même afin de déterminer si un opérateur économique a manqué à son devoir de vigilance, ce qui aurait somme toute une certaine logique, ce nouveau motif d'exclusion faisant partie de la catégorie des exclusions à l'appréciation de l'acheteur. D'autant plus qu'il ressort du rapport d'information établi par l'Assemblée nationale qu'une grande hétérogénéité des premiers plans publiés en 2018 a été observée et que leur contenu était généralement trop imprécis et lacunaire [33].

Dès lors, il semble que s'assurer simplement de l'existence d'un plan de vigilance sans en regarder le contenu n'aurait que peu de sens si l'objectif poursuivi par cette nouvelle exclusion est d'inciter les sociétés soumises au devoir de vigilance à élaborer des plans étayés. Pour autant, les pouvoirs adjudicateurs n'auront sans doute pas l'expertise et les ressources nécessaires pour mener une telle analyse.

En second lieu, se pose également la question de savoir dans quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs peuvent se prévaloir des exceptions que semble prévoir l'article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique, à savoir la restriction de la concurrence et l'exécution techniquement ou économiquement difficile de la prestation. Ces exceptions sont en effet une particularité de ce nouveau cas d'exclusion, dès lors qu'aucun des autres motifs d'exclusion visés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11 du Code de la commande publique ne prévoit celles-ci. A cet égard, s'il apparaît délicat pour les pouvoirs adjudicateurs d'invoquer une exécution techniquement ou économiquement difficile de la prestation pour ne pas écarter d'une consultation un opérateur économique qui aurait manqué à son devoir de vigilance, il semble en revanche que la limitation de la concurrence pourrait parfois être soulevée par ceux-ci. D'autant plus que le devoir de vigilance ne concerne a priori que les sociétés françaises. En effet, si l'article L. 225-102-4 du Code de commerce peut être interprété comme englobant toutes les sociétés, indépendamment du lieu d'implantation de leur siège social, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 mars 2017 relative à la loi sur le devoir de vigilance, a en revanche précisé que n'étaient concernés par ce devoir

de vigilance que « *les sociétés ayant leur siège social en France* » [34]. Ainsi, ce nouveau motif d'exclusion paraît engendrer une rupture d'égalité entre les sociétés françaises auxquelles incombent le devoir de vigilance et les autres sociétés établies à l'étranger, qui n'y sont pas soumises. Une telle situation interroge au regard du principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique [35]. Par ailleurs, elle sera vraisemblablement, dans certains cas, de nature à restreindre la concurrence. Aussi, cette exception sera probablement invoquée par les pouvoirs adjudicateurs pour ne pas exclure un opérateur économique qui aurait manqué à son obligation d'établir un plan de vigilance.

Afin de mettre en œuvre ce nouveau cas d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devront enfin résoudre l'énigme des moyens de preuve exigibles, car une fois encore le décret considéré du 2 mai 2022 ne contient aucune disposition sur ce point.

### C. L'absence de définition des moyens de preuve exigibles

Comme pour tous les autres motifs d'exclusion prévus par le Code de la commande publique, il sera tout d'abord demandé aux opérateurs économiques, en phase de candidature, de déclarer sur l'honneur qu'ils n'entrent pas dans le nouveau cas d'exclusion considéré en l'espèce [36], la vérification de celui-ci n'intervenant qu'au moment de l'attribution du marché et uniquement auprès de l'attributaire pressenti [37]. Au stade de la vérification de l'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devront nécessairement se faire remettre à minima un justificatif de l'existence d'un plan de vigilance, voire le plan de vigilance lui-même s'il est considéré qu'ils doivent apprécier la consistance de ce plan. Or, les articles R. 2143-6 à R. 2143-10 du Code de la commande publique relatifs aux documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion et le décret précité du 2 mai 2022 demeurent silencieux à ce sujet. Il est vrai néanmoins que les articles susvisés du Code de la commande publique traitent uniquement des moyens de preuve exigibles pour vérifier les exclusions de plein droit, la vérification des exclusions à l'appréciation de l'acheteur, au sein desquelles a été inséré le nouveau motif d'exclusion lié au devoir de vigilance, ne supposant pas en principe la production d'un document particulier [38]. Il s'agit là, semble-t-il, d'une raison potentielle pour expliquer ce manque de précisions dans le décret précité du 2 mai 2022.

Dès lors, comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils s'assurer qu'aucun manquement à l'obligation

d'établir un plan de vigilance n'a été commis ? Une première solution consisterait à ce qu'ils se procurent le plan de vigilance par leurs propres moyens, celui-ci devant être rendu public en vertu de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Cette solution, peu satisfaisante, implique que les acheteurs aient connaissance des opérateurs économiques soumis au devoir de vigilance, alors même qu'aucune liste officielle n'existe à ce jour, comme indiqué ci-dessus [39]. Une seconde solution serait de considérer que la déclaration sur l'honneur établie lors de la phase de candidature est suffisante [40]. A cet égard, il est regrettable que le décret du 2 mai 2022 ne s'inspire pas de l'article R. 2143-6 du Code de la commande publique. Ce dernier, relatif aux moyens de preuve exigibles dans le cadre de la vérification des exclusions de plein droit [41], prévoit en effet que « *l'acheteur accepte, comme preuve suffisante [...], une déclaration sur l'honneur* ». Un tel choix n'ayant pas été retenu, il n'est pas exclu que les pouvoirs adjudicateurs exigent des moyens de preuve disparates.

\* \* \*

Par l'insertion de cette nouvelle exclusion à l'appréciation de l'acheteur dans le Code de la commande publique, le législateur a sans doute souhaité, de façon louable, inciter les sociétés soumises au devoir de vigilance à établir leur plan de vigilance. Néanmoins, en imposant une entrée en vigueur immédiate de ce motif d'exclusion en raison de son caractère facultatif, ce qui semble contestable pour les raisons susmentionnées, le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 a sans doute un peu précipité l'union du devoir de vigilance et de la commande publique. En effet, les pouvoirs adjudicateurs chargés de sa mise en œuvre sont confrontés, comme démontré ci-dessus, à de multiples difficultés pratiques induites, notamment, par l'incomplétude du décret précité du 2 mai 2022. En l'état, il n'est pas certain que ce nouvel article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique soit suivi de beaucoup d'effets.





**Marie Guillois**  
*Elève-avocate*

## **Références :**

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

[2] Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[3] L'article 13 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 *portant diverses modifications du code de la commande publique*.

[4] L'article 35 (II) (6) de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 précitée.

[5] L'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 précité.

[6] Les entités adjudicatrices sont également concernées par cette nouvelle exclusion liée au devoir de vigilance. Toutefois, seule la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE* ayant été étudiée dans le cadre du présent article, il sera fait référence uniquement aux pouvoirs adjudicateurs.

[7] V. à ce propos : R. Cayrey, « *Décret commande publique : avis défavorable du Conseil national d'évaluation des normes* », Le Moniteur, 3 février 2022 : « *Le projet de décret prévoit, en revanche, l'entrée en vigueur immédiate d'une mesure. Il s'agit de celle de l'interdiction de soumissionner facultative pour les entreprises n'ayant pas satisfait à leur obligation d'établir un plan de vigilance prévue à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Selon la fiche d'impact, "dès lors que cette mesure n'est qu'une faculté offerte aux acheteurs, il n'est pas utile d'attendre le 21 août 2026, date limite d'entrée en vigueur prévue par la loi, pour permettre à ceux qui le souhaitent de mettre en œuvre dès maintenant cette interdiction de soumissionner afin de renforcer la dimension sociale de la commande publique."* ».

[8] V. par ex., : A. Messin-Roizard, J. Orier, Y. Bachene, « *Nouveau motif d'exclusion de soumissionnaires introduit par la loi Climat et Résilience* », Revue Contrats publics, n° 226, décembre 2021.

[9] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et



du Conseil du 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*.

[10] Un devoir de vigilance européen est toutefois en cours d'élaboration. La Commission européenne a en effet publié, le 23 février 2022, une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

[11] L'article 24 de la Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*.

[12] CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, pt. 43.

[13] CJUE, 30 janvier 2020, *Tim SpA c. Consip SpA et Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-395/18, v. not., pt. 31.

[14] L'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*.

[15] Pour une même interprétation, v. par ex. : P. Guellier et A. Ekinici, « *Exclusion de la procédure de passation et modalités de vérification des motifs d'exclusions* », *Contrats publics*, n° 201, septembre 2019.

[16] Fiche technique de la Direction des Affaires Juridiques, « *Examen des candidatures* », mise à jour le 9 décembre 2016, p. 30.

[17] Fiche technique de la Direction des Affaires Juridiques, « *Les exclusions des procédures de passation " de plein droit " en droit de la commande publique* », mise à jour le 28 juillet 2020, p. 2 et 3.

[18] *Ibid.*

[19] CJUE, 19 juin 2019, *Meca Srl c. Comune di Napoli*, C-41/18.

[20] *Ibid.*, pt. 28. V. aussi sur ce point : CJUE, 3 octobre 2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA c. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, C-267/18, pt. 25.

[21] CCP, art. L. 2113-10.

[22] R. Cayrey, « *Décret commande publique : avis défavorable du Conseil national d'évaluation des normes* », *Le Moniteur*, 3 février 2022, < <https://www.lemoniteur.fr/article/decret-commande-publique-avis-defavorable-du-conseil-national-d-evaluation-des-normes.2188647> > (consulté le 12/06/2022).

[23] L'annexe II « *Disciplines à suivre dans l'élaboration de projets de réglementation* » de la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit.

[24] CE, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> ch. réunies, 20 juin 2016, req. n° 400364, pt. 4.

[25] CE, 3<sup>ème</sup> ch., 31 juillet 2019, req. n°416005, pt. 9. V. aussi sur ce point : CE, 1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> ch. réunies, req. n° 428524, pt. 8.

[26] A. Duthilleul et M. de Jouvenel, « *Evaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* », *Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, janvier 2020, p. 18.

[27] A cet égard, peut être mentionnée l'action des associations Sherpa et du Comité catholique contre la faim et pour le développement (CCFD) – Terre solidaire, qui ont mis en place le radar du devoir de vigilance afin de mieux cerner le périmètre des entreprises concernées par la loi.

[28] Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* », n° 5124, 24 février 2022, p. 53.

[29] Arrêté du 22 mars 2019 *fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics*.

[30] A. Messin-Roizard, J. Orier, Y. Bachene, « *Nouveau motif d'exclusion de soumissionnaires introduit par la loi Climat et Résilience* », *op.cit.*

[31] *Ibid.*

[32] Code de commerce, art. L. 225-102-4.

[33] Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* », n° 5124, 24 février 2022, p. 14.

[34] Cons. const. déc. n°2017-750 DC, 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, pt. 3.

[35] CCP, art. L. 3.

[36] CCP, art. R. 2143-3.

[37] Le cas échéant, cette vérification peut également intervenir auprès des soumissionnaires inscrits sur une liste restreinte en vue de négociations.

[38] A. Latrèche, « *Respect de l'obligation de vigilance des entreprises : quels documents l'acheteur peut-il exiger ?* » Association des acheteurs publics, < <https://www.aapasso.fr/articles-commentaires/respect-de-lobligation-vigilance-des-entreprises-quels-document-lacheteur-peut-il-exiger/> > (consulté le 12/06/2022).

[39] A cet égard, v. la partie du présent article relative à la maîtrise difficile du champ d'application personnel du devoir de vigilance.

[40] V. sur ce point : A. Latrèche, « *Respect de l'obligation de vigilance des entreprises : quels documents l'acheteur peut-il exiger ?* », op.cit.

[41] Plus précisément, cet article traite des moyens de preuve exigibles pour vérifier les motifs d'exclusion de plein droit définis à l'article L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4 du CCP.



## FORMULAIRE D'ADHESION

Année 2022-2023

### BENEFICIAIRE

NOM / Prénom : .....

Promotion : ...../.....

Email : .....

Profession : .....

Structure : .....

Je souhaite recevoir les offres de collaborations du réseau IDPA

### PAIEMENT DE LA COTISATION

- Conformément à l'article 8 alinéa 2 des statuts de l'Association de l'IDPA précisant que « *la qualité de membre bénéficiaire de l'Association est subordonnée au renseignement et au retour du formulaire d'inscription ainsi qu'au paiement d'une cotisation annuelle d'un montant de 25 euros (vingt cinq euros).* », **j'acquiesce la cotisation annuelle de 25 euros :**

- par paiement sécurisé en ligne, à l'adresse suivante : <https://www.helloasso.com/associations/association-de-l-idpa/adhesions/cotisation-idpa-2021-2022> (l'envoi du présent formulaire n'est pas nécessaire) ;
- par chèque à l'ordre **Association de l'IDPA** (chèque à envoyer avec le présent formulaire à l'adresse : Mme Marie GUILLOIS, 32 Rue Feutrier, 75018 Paris) ;
- par virement bancaire (avec envoi du présent formulaire à Mme Marie GUILLOIS, 32 Rue Feutrier, 75018 Paris) sur le compte :

Association de l'IDPA

IBAN : FR76 3000 4019 6000 0104 2908 155 BIC : BNPAFRPPXXX

- Dès réception du présent formulaire et du paiement, un reçu vous sera envoyé par mail au format pdf.

# Notre partenaire bancaire BNP PARIBAS

## Profitez des avantages réservés aux étudiants de l'IDPA



Je dois emprunter pour payer mon école

### Crédit Étudiants

Possible de 760 € à 75 000 € sur une durée de 4 à 144 mois.

- Adaptez votre prêt à vos projets
- Choisissez quand vous souhaitez débloquer vos fonds
- Remboursez en fonction de votre budget



L'essentiel des services bancaires !

### L'offre groupée Esprit Libre

- Un compte bancaire
- Une carte bancaire: Origin, Visa classic ou Visa Premier
- Une assurance de vos moyens de paiement et de vos effets personnels



Financez vos dépenses liées à vos études

### Prélib'Campus

Pour un prêt personnel de 1 000 € sur 12 mois, hors assurance facultative

- TAEG fixe: 0%
- Montant des échéances: 83,33€
- Montant total dû: 1000€



Une offre étudiante pour les 18/24 ans

### Campus Services

#### Campus Services, c'est quoi ?

C'est une plateforme regroupant les services de 10 start-up pour vous accompagner dans votre vie étudiante, puis à vos débuts dans la vie professionnelle.

#### CONTACTEZ-NOUS

Mme Aurélie ZOBDA  
Tél: 01 44 41 72 03

Email: [aurelie.zobda@bnpparibas.com](mailto:aurelie.zobda@bnpparibas.com)  
2 Place de l'Opéra  
75002 Paris



Digital, comme vous !

### Services digitaux BNP Paribas

Soyez informé du solde de votre compte avec le service Alertes SMS<sup>(1)</sup>

- 15 alertes SMS par mois
- Recevez partout et à tout moment les informations clés de votre compte de dépôt.
- Coût du service: 2€ par mois et 1,20€ par mois pour les clients âgés de 18 à 24 ans.

Scannez ici pour découvrir nos taux :





Association  
IDPA

1, rue Pierre-Antoine Berryer  
93130 Issy-les-Moulineaux  
[contact@association-idpa.com](mailto:contact@association-idpa.com)