

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 3) :
(septembre 2014 – août 2015)*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 3) : (septembre 2014 – août 2015) », *Europe*, n° 10, 2015. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 3) : (septembre 2014 – août 2015)

Ces derniers mois, l'actualité jurisprudentielle des juridictions administratives n'a pas manqué d'être fortement liée à l'actualité générale. Les questions de droit des étrangers et de citoyenneté européenne ont ainsi été plus importantes que jamais. Que cela touche au droit au séjour des parents de jeunes citoyens européens, à la déchéance de la nationalité française pour faits de terrorisme, ou à la définition des pays d'origine sûrs et aux contrôles aux frontières, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur des points importants juridiquement et tendus politiquement. Le droit public des affaires n'a pas été oublié avec les questions de l'ouverture à la concurrence du ferroviaire et le cabotage devenu enfin réalité. Pour autant, les questions sociales ont éclipsé l'économie au-delà des questions de migrations avec les positions du Conseil sur la responsabilité de l'État dans la catastrophe d'AZF et sur l'égalité homme-femme dans les dispositions relatives à la retraite des fonctionnaires. Sans conteste, les références expresses que fait le Conseil d'État au droit de l'Union ne se cantonnent plus aux matières économiques et techniques.

1. Étrangers et citoyenneté de l'Union

1. - *Citoyenneté de l'Union européenne d'un enfant, conséquence sur le séjour de ses parents, application quel que soit le pays d'entrée dans l'Union, primauté de la citoyenneté de l'Union sur toute autre citoyenneté, conditions de séjour des citoyens de l'Union, indifférence du travail illégal.* - *CE, ord., 9 déc. 2014, n° 386029, Mme A : JurisData n° 2014-030543 ; JCP G 2015, n° 5, p. 193, note J.-G. Sorbara ; AJDA 2015 p. 1116 note M. Gautier ; JCP A 2015, n° 23, p. 32 note G. Mart i*Le contexte migratoire de cette année 2015 rend les questions relatives aux étrangers et à l'entrée de ceux-ci dans l'Union particulièrement sensibles. C'est vraisemblablement la raison qui a conduit le Conseil d'État à communiquer sur son site internet à propos de cette ordonnance rendue en référé liberté (*CJA, art. L. 521-2*) relative au séjour d'une ressortissante camerounaise qui s'était vue refuser la délivrance d'un titre de séjour en France. Le préfet, et le tribunal administratif de Nantes en première instance, avaient estimé que le titre de séjour devait être refusé et que l'obligation de quitter le territoire avait logiquement été ajoutée dans la mesure où la requérante avait travaillé en France sans en avoir le droit. De plus, ils considéraient que le fait de devoir retourner au Cameroun ne plaçait pas la requérante et sa fille en situation de détresse telle qu'elle constituerait une atteinte à une de leurs libertés au sens de L. 521-1 du Code de justice administrative. Cette analyse faisait cependant fi d'un élément essentiel de la situation de Mme A : sa petite fille née en janvier 2011 et avec laquelle elle est arrivée en 2012 en France, et qui a eu par son père la nationalité espagnole à la naissance. Plus encore, dans le cadre du divorce entre Mme A et le père de l'enfant, la mère a obtenu la garde exclusive de l'enfant. Cette considération change singulièrement la question de la légalité de l'acte : d'abord elle raccroche la situation de Mme A à celle de sa fille qui, en tant que ressortissante espagnole, est aussi citoyenne européenne. Cette qualité modifie donc le droit applicable à l'espèce en rattachant la situation de la requérante et de sa fille au droit de l'Union, et plus précisément à l'article 20 du TFUE, à la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 et à la jurisprudence de la Cour les interprétant. L'ordonnance met d'ailleurs cette application du droit de l'Union particulièrement en avant, dans les visas et dans le corps du texte. Elle se réfère aux textes européens sans se référer au Code du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui transpose pourtant le droit de l'Union, et vise quatre arrêts de la Cour de justice. Dans un premier temps du raisonnement, elle renvoie ainsi au droit

de l'Union pour juger qu'il « confèr[e] au ressortissant mineur d'un État membre, en sa qualité de citoyen de l'Union, ainsi que, par voie de conséquence, au ressortissant d'un État tiers, parent de ce mineur et qui en assume la charge, un droit de séjour dans l'État membre d'accueil [dans les conditions fixées par le droit de l'Union] ». Il s'agit en l'espèce d'une reprise exacte de la solution des arrêts de la Cour de justice (*CJCE*, 19 oct. 2004, *aff. C-200/02, Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, pt 20 ; *Europe 2004*, *comm.* 401, *obs. D. Simon*. – CJUE, 8 mars 2011, *aff. C-34/09, Zambrano* : *Europe 2011*, *comm.* 149, *obs. A. Rigaux* ; *JCP G 2011*, *act.* 318, *obs. F. Picod*. – CJUE, 10 oct. 2013, *aff. C-86/12, Aklopa* : *Europe 2013*, *comm.* 499, *obs. A. Rigaux*), que le Conseil d'État prend à son compte. On constate donc que l'application de ces jurisprudences conduit à faire primer la nationalité européenne de l'enfant sur la nationalité « État tiers » du parent dont on analyse en réalité la situation. Mais le Conseil d'État le justifie en estimant que « la jouissance effective du droit de séjour dans l'État membre d'accueil par un citoyen de l'Union mineur implique nécessairement le droit pour celui-ci d'être accompagné par la personne qui en assure effectivement la garde ». Le fait d'être assimilé à un citoyen de l'Union ne permet cependant pas automatiquement de bénéficier d'un séjour illimité dans un autre État membre, contrairement à ce que bien des gens pensent. L'ensemble des textes précités fixe en effet les conditions à remplir pour pouvoir effectuer des séjours de plus de trois mois, conditions qui, en l'espèce, ont conduit le ministre de l'Intérieur à demander une substitution de base légale et de motif de l'arrêté attaqué. Ces conditions sont fixées aujourd'hui par l'article 7 de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 : il faut que le citoyen européen « dispose, pour lui et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour », et « d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil ». À défaut, le citoyen européen ne bénéficie pas de titre de séjour et doit retourner dans son pays d'origine, en l'espèce l'Espagne pour l'enfant et sa mère. L'arrêt de la Cour de justice, (*CJCE*, 17 sept. 2002, *aff. C-413/99 Baumbast et R* : *Rec. CJCE 2002*, I, 7091 ; *Europe 2002*, n° 11, p. 18 *note Y. Gautier* ; *RAE n° 1/2006 p. 83, note H. Gaudin*. – *C. Blumann, Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire* : *RAE 1/2003*, p. 73) que vise l'arrêt commenté estime cependant que les mesures de restrictions doivent être proportionnées (pt 93). L'interprétation des textes européens par la Cour apparaît en effet très constructif, notamment en recherchant l'effectivité de la citoyenneté européenne, y compris dans des circonstances de divorce et d'enfants mineurs ne pouvant, par eux-mêmes, remplir certaines conditions. C'est aussi cela qui était en cause dans l'arrêt : les conditions de séjour de longue durée ne pouvaient être remplies par la fillette qui avait la citoyenneté européenne, mais bien par sa mère qui ne l'avait pas. Le Conseil d'État a par conséquent analysé la situation de la mère et de la fille et estimé qu'elles « ne sauraient être regardées comme faisant peser une charge déraisonnable sur les finances publiques françaises ». On notera que le Conseil se plie à l'interprétation de la Cour dans l'application du texte européen, mais qu'il ne se réfère à aucun moment à l'article L. 121-1 2° du CESEDA qui reprend pourtant les mêmes conditions en droit interne. À l'analyse, le Conseil d'État ne se contente pas de faire siennes les solutions retenues antérieurement par la Cour. Il retourne en effet l'un des moyens ayant fondé le refus du visa, celui du travail illégal de la mère. En effet, non seulement il ne l'accepte pas comme condition de refus de visa, mais il estime que ce travail illégal était le seul moyen de Mme A pour remplir les conditions de séjour de longue durée de sa fille – et partant d'elle-même – à savoir des ressources et une assurance santé suffisantes. Il faut reconnaître que la situation aurait été ubuesque sans cette solution : le fait de ne pas travailler empêchait de bénéficier d'un séjour de longue durée, mais le fait de ne pas avoir de séjour de longue durée empêche de travailler. C'est peut-être cette aporie dans le raisonnement juridique qui a conduit le Conseil d'État à accepter comme il le fait ici pour la première fois que la citoyenneté européenne et ses conséquences sur la liberté d'aller et venir soient retenues au titre des libertés invocables dans le cadre de l'article L. 521-1 CJA. Comme le note Jean-Gabriel Sorbara dans sa note (*préc.*), la

citoyenneté de l'Union est « fortement marquée par le droit anglo-saxon » en ce qu'elle prend plus son sens par les droits individuels qu'elle implique que par les droits politiques qu'elle octroie.

2. - *Déchéance de la nationalité française, conformité au TFUE, agencement des recours en constitutionnalité et en conventionalité, QPC, référence à un arrêt de la Cour de justice. - CE, 11 mai 2015, n° 383664, M. Q. – CE, 31 oct. 2014, n° 383664 (même numéro de requête) M. A. B.* Le requérant, M. Q, a fait l'objet d'une mesure de déchéance de la nationalité française dans les conditions prévues aux articles 25 et 25-1 du Code civil à la suite de sa condamnation pour « association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme », incrimination prévue à l'article 421-2-1 du Code pénal. Le Code civil prévoit en effet la possibilité d'effectuer (par décret en Conseil d'État, ce qui souligne une nouvelle fois les difficultés qui se posent avec la dualité fonctionnelle du Conseil d'État) cette déchéance lorsque certaines conditions sont remplies : d'abord le fait que celui à qui l'on retire la nationalité en ait une deuxième, cela afin qu'il ne devienne pas apatride, ensuite le fait que ce retrait se fasse dans les 10 ans – ou 15 ans pour les cas de terrorisme, notamment (*C. civ., art 25-1, 3e al.*) – de l'acquisition de la nationalité, enfin que cette déchéance soit justifiée par un nombre limité d'incriminations graves (*C. civ., art. 25, n° 1 à 5*). Les faits de l'espèce correspondant à ces trois conditions, le requérant ne les conteste pas, mais il entend démontrer que la déchéance de la nationalité telle qu'elle est prévue par ces textes serait contraire au droit constitutionnel, au droit de l'Union et au droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La contestation des conditions de la déchéance de nationalité au regard de la constitution sont rapidement évacuées par le Conseil d'État dans la mesure où il a déjà été saisi de cette question et qu'il y a répondu par un arrêt, sous le même numéro de requête, du 31 octobre 2015 M. A... B... (*JCP G 2014, n° 48, 2175, chron. B. Mathieu*). On notera que l'anonymisation conduit donc à avoir la même requête avec le même requérant qui a deux « noms anonymes » différents... Dans cet arrêt, il avait refusé de transférer au Conseil constitutionnel l'article 421-2-1 du Code pénal, mais il avait bien transféré pour contrôle de constitutionnalité les articles 25 et 25-1 du Code civil. Le Conseil constitutionnel ayant confirmé la constitutionnalité de ces articles dans sa décision n° 2014-439 du 23 janvier 2015, le Conseil d'État se contente de renvoyer à cette décision pour écarter le moyen de la constitutionnalité de l'arrêté (*consid. 5*). La contestation au regard de la CEDH ne nous retiendra pas longtemps, le Conseil d'État estimant rapidement (*consid. 9 à 11*) d'abord que l'article 14 de la CEDH ne garantit pas le droit d'acquérir et conserver la nationalité d'un État partie et qu'il n'est donc pas invocable contre l'article 25 du Code civil. Ensuite qu'on ne saurait invoquer le protocole additionnel n° 12 qui n'a pas été ratifié par la France. Enfin que l'article 3 du 4e protocole additionnel qui prévoit l'interdiction d'expulser un de ses ressortissants n'implique pas l'interdiction de déchéance de la nationalité. La question de la conformité de ces textes au droit de l'Union n'avait pour sa part jamais été jugée et, de manière classique, comme pour le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, le juge administratif s'est estimé compétent pour en connaître (*consid. 6 à 8*). Le premier fondement invoqué était les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, relatifs à l'égalité et à la non-discrimination en fonction de la nationalité. Le Conseil d'État considère cependant que ces textes n'interdisent pas de faire de différence en fonction « du mode ou des conditions d'acquisition de la nationalité ». On comprend, malgré la rédaction complexe du considérant, que le juge administratif répond ici à un moyen contestant le fait que la déchéance de nationalité est en réalité limitée aux personnes l'ayant acquise dans les 10 ou 15 dernières années et ayant une autre nationalité. Il semble qu'il ait estimé que ces personnes étaient dans des situations différentes des personnes n'ayant que la nationalité française et que le droit qu'il leur était applicable pouvait être différent. Le Conseil d'État ne se contente pas de juger de la conventionalité du Code civil au regard du TFUE, il analyse aussi les exigences du droit de l'Union telles qu'elles résultent de l'arrêt du 2 mars 2010 (*CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Janko Rottman c/ Freistaat*

Bayern. – J. Heiman, *De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottman) : Europe 2010, étude 7. – JDI 2011, p. 491, chron. S. Corneloup ; JDI 2011, n° 2, note D. Dero-Bugny*). Dans cette affaire, fondée pour sa part non sur la Charte mais sur le TFUE (art. 20), M. Rottman avait acquis par fraude la nationalité allemande, en perdant dans le même temps la nationalité autrichienne qu'il avait auparavant. La volonté de l'Allemagne de lui retirer sa nationalité qu'il avait obtenue par fraude (en omettant de préciser qu'il avait fait l'objet d'une information judiciaire) a permis à la Cour de préciser la compétence de l'Union en matière de nationalité : la détermination de celle-ci relève par principe de la compétence des États-membres, mais dans la mesure où la perte des deux nationalités fait aussi perdre la nationalité européenne, alors la Cour s'estimait compétente. Dans ces hypothèses, elle se réserve donc le droit de vérifier si le retrait de nationalité remplit certaines conditions, à savoir un intérêt général et une proportionnalité de la mesure. Jugeant de la légitimité des manœuvres frauduleuses, la Cour renvoie au juge national pour juger de la proportionnalité de la mesure. En l'espèce, le Conseil d'État va donc exercer ce contrôle pour ce qui concerne le décret attaqué en considérant que « la perte de la nationalité d'un État membre doit, pour être conforme au droit de l'Union, répondre à des motifs d'intérêt général et être proportionnée à la gravité des faits qui la fondent, au délai écoulé depuis l'acquisition de la nationalité et à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer une autre nationalité ». Analysant à la fois les motifs de retrait de la nationalité de l'article 25 du Code civil, la durée exigée de 10 ou 15 ans selon les cas après la naturalisation pour prendre un décret de déchéance, mais aussi l'interdiction de la prononcer pour les personnes qui en deviendraient apatrides par absence d'autre nationalité, le Conseil d'État estime que les articles 25 et 25-1 du Code civil sont conformes au droit de l'Union. Deux éléments nous semblent particulièrement notables dans cet arrêt. D'abord, le Conseil applique les critères de l'arrêt *Rottman* de la CJUE au-delà du champ d'application prévu par la Cour puisqu'il considère les articles 25 et 25-1 du Code civil globalement et ne distingue pas selon que la déchéance de nationalité fait, ou non, perdre la citoyenneté européenne. Ainsi, il considère implicitement que ces exigences sont requises même pour un citoyen qui aurait une double nationalité d'un pays européen (Belge et Français par exemple) et à qui l'on voudrait retirer la nationalité française. Il y a donc une forme d'inexactitude lorsqu'il présente le respect de ces exigences comme les conditions d'une conformité avec le droit de l'Union. Ensuite, la forme de l'arrêt est très générale et dépasse largement le cas d'espèce, au point que l'on puisse y voir, sous forme d'*obiter dictum*, le jugement de la conformité au droit de l'Union de l'ensemble des articles 25 et 25-1 du Code civil, et pas seulement de la situation particulière de la motivation de déchéance pour fait de terrorisme. Si cela peut choquer, la sécurité juridique y gagne certainement.

3. - *Inscription de pays sur la liste des pays sûrs par l'OFPPRA, contrôle normal des conditions politiques d'un pays, régime temporaire dérogatoire des législations nationales d'avant la transposition. - CE, 10 oct 2014, n° 375474 et 375920, Association Elena et a. – G. Marty, Liste des "pays d'origine sûrs" : Albanie et Géorgie admis, Kosovo ajourné : JCP A 2015, 33.* La directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (*JOUE n° L 326, 13 déc. 2005*) entend, au terme de son 1er considérant, mettre en place « une politique commune dans le domaine de l'asile, comprenant un régime d'asile européen commun ». Ce texte a été transposé en droit français par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration et par le décret n° 2008-702 du 15 juillet 2008 relatif au droit d'asile, aujourd'hui notamment intégrés au CESEDA. Applicable au litige, cette directive n'en a pas moins été remplacée depuis par une autre (*PE et Comm. UE, dir. 2013/32/UE, 26 juin 2013 : JOUE n° L 180, 29 juin 2013*), partie de ce que l'on a pu appeler le « paquet asile » qui comprend, par ailleurs, une directive et deux règlements. La transposition de la directive a principalement pris la forme de la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile. On notera que ces textes qui entrent en vigueur au

1er novembre 2015 modifient notamment les rôles du Conseil d'administration de l'OFPRA et que le nouvel article L. 722-1 CESEDA renvoie expressément à l'article 37 et à l'annexe 1 de la directive 2013/32/UE. En l'espèce, la question de droit porte sur la liste des « pays d'origine sûrs ». Cette qualification implique un régime pour le moins ambivalent. D'un côté, l'avantage pour les ressortissants de ces pays est que leurs demandes de statuts de réfugiés sont analysées prioritairement (en 15 jours ou même 96 h lorsqu'ils sont en rétention) ; d'un autre côté, on le comprend, si le pays est sûr c'est qu'il y a moins de raisons de reconnaître le statut de réfugiés à ses citoyens. Par ailleurs, leur séjour est interdit pendant la demande et le recours devant la CNDA n'est pas suspensif. Bien que l'État s'en défende, on peut penser que l'inscription sur cette liste n'est pas très favorable *in fine* pour les demandeurs d'asile, ne serait-ce parce que, sinon, les associations requérantes n'auraient pas fait ce recours. L'influence pratique est aussi réelle : un ancien ministre avait dit, lors de la précédente inscription du Kosovo sur la liste des pays sûrs en 2011 (annulée ensuite par le Conseil d'État), que les demandes kosovares du statut de réfugié avaient diminuées de 40 %. Un autre risque existe dans une période de forte migration comme celle que nous vivons depuis le début de 2015 : celui de voir une partie des décideurs estimer que les ressortissants des pays d'origine sûrs ne devraient pas, par principe, obtenir le statut de réfugié. Certes, une décision aussi radicale serait à notre sens contraire au droit de l'Union, mais il faut reconnaître que le terme – européen – de « pays d'origine sûr » est ambigu. Il s'applique à des pays aux garanties très différentes, ce qui explique que les associations de défense des réfugiés aimeraient le voir réduit à quelques pays occidentaux. Pour ne prendre que cet exemple, il n'est pas certain qu'il soit très sûr d'être homosexuel dans bien des pays d'origine sûrs. La question générale de la compétence de l'Union en matière de droit d'asile est bien entendu liée à la volonté de développer une politique migratoire cohérente au sein de l'Union européenne. Celle-ci est en effet d'autant plus utile que l'absence de frontière dans l'Espace Schengen empêche de fait que les États filtrent facilement les entrées sur leur territoire. Pour autant, et c'est au cœur de cet arrêt, la politique migratoire reste une question politiquement difficile à retirer aux États membres. Ces éléments d'origine politique ont conduit à ce que les États membres puissent ajouter des pays à la liste des pays sûrs, en application de critères fixés dans les directives. Certes, cela crée des inégalités entre réfugiés selon le pays d'entrée, mais l'évolution des directives montre un encadrement de plus en plus précis de la part du droit de l'Union. Le texte de référence dans l'arrêt commenté est l'article L. 741-4 CESEDA qui, en application de la directive de 2005, prévoit une « *liste commune minimale* » tout en acceptant le maintien des conditions pour qualifier un pays d'origine sûr applicable avant l'entrée en vigueur de la directive. Le droit applicable au 1er novembre, issu de la directive de 2013, ne prévoit plus de liste minimale, mais fixe dans son annexe 1 les critères d'un « *pays d'origine sûr* » (terme de l'article 37, paragraphe 1 de la directive), repris de très près dans l'article L. 722-1 4e alinéa du CESEDA nouveau. En application de ces critères, chaque pays maintient à jour une liste propre. En l'espèce, le Conseil d'État rend un arrêt relativement long pour deux raisons. La première est la multiplication des moyens invoqués, tant en légalité interne qu'externe. Les nouveautés sont en réalité peu nombreuses, l'arrêt reprenant bien souvent mot à mot des arrêts précédents, notamment une décision rendue par le Conseil d'État le 4 mars 2013 (n° 356490 ; *Association Elena*), à propos de l'inscription sur la liste des pays sûrs du Monténégro, de l'Arménie, de l'Albanie et du Bangladesh. La seconde est l'analyse très précise menée par le Conseil d'État. Cette analyse nous semble intéressante à deux égards. D'abord une telle décision concerne en partie les relations extérieures de la France en ce que l'inscription sur la liste des pays d'origine sûrs contient une indéniable dimension diplomatique, et cette considération implique généralement la qualification d'acte de gouvernement (*CE, 23 sept. 1992, Gisti : Rec. CE 1992, p. 346. – CE 19 févr. 1874, Prince Napoléon : GAJA, 19e éd., n° 3*). Or, on constate que cette qualification d'Acte de gouvernement priverait en l'espèce d'effet la directive, ce qui conduit à ne pas l'envisager. Le droit de l'Union participe donc à une diminution des actes privés de possibilités de recours, qui s'en plaindrait. Ensuite, le contrôle du Conseil d'État sur les

actes de l'OFPRA est un contrôle normal, ce qui le conduit à analyser précisément la situation interne et les conditions de garanties des droits et libertés fondamentaux dans les États visés par la décision. À l'analyse, on constate à cet égard qu'il applique dans l'arrêt commenté du 14 octobre 2014 des critères bien plus précis que les seules exigences de l'article L. 741-4 du CESEDA issu de la directive de 2005, et qui en revanche sont très proches des critères de l'annexe 1 de la directive de 2013. Sur le fond, à la suite de ces analyses, le Conseil d'État estime que l'OFPRA a légalement inscrit la Géorgie et l'Albanie sur cette liste, mais que l'inscription du Kosovo doit – à nouveau – être annulée.

4. - Espace Schengen, contrôle aux frontières, police administrative et police judiciaire, contrôle systématique de l'identité, afflux important de migrants, absence d'inconventionnalité. - CE, ord. 29 juin 2015, n° 391192, 391275, 391275, 391278, 391279, GISTI et a. La frontière italienne est l'un des passages importants des migrants cherchant en France (ou au Royaume-Uni) une vie meilleure, notamment sous le statut de réfugié. Venus nombreux ces derniers mois, en particulier du Proche Orient, ils ont conduit les autorités françaises à prendre un certain nombre de mesures de régulation, et notamment des contrôles d'identité, de titre de séjours ou de circulation. Le GISTI s'est ému de cette situation et a considéré qu'une telle augmentation des contrôles correspondait à un rétablissement des contrôles aux frontières, contraire à Schengen. Il a donc déposé une requête en référé liberté en invoquant une atteinte à la dignité humaine au regard de l'implication que ces contrôles avaient sur la situation des migrants, ainsi qu'une atteinte au droit d'asile et une pratique discriminatoire de contrôle qui tiendrait compte du physique et de l'origine ethnique. La demande du GISTI est cependant originale en ce qu'elle est dirigée contre une « décision prise par le ministre de l'Intérieur ou avec son aval » et qui consisterait à avoir demandé une augmentation des contrôles. Le Conseil d'État va prendre ce recours comme occasion pour préciser que l'ouverture des frontières telle qu'elle résulte des accords de Schengen n'a jamais été totale et il va en conclure au rejet des requêtes. Le raisonnement est pourtant étonnant puisqu'en réalité, il ne rejette pas ces requêtes au fond, mais considère qu'il ne peut tirer des faits apportés à l'instruction qu'il y aurait une décision ministérielle de renforcement des contrôles, décision qui ne pouvait être qu'implicite puisque les requérants ne l'apportaient pas. En réalité, sans jamais le dire et après un raisonnement complet, le Conseil d'État conclut à l'irrecevabilité de la requête. Le texte de référence est le règlement (CE) n° 561/2006 du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, dont les articles 20 et 21 fixent les conditions de contrôle de passage des frontières. Le premier est symbolique et correspond à la pratique quotidienne : la suppression des contrôles aux frontières et des vérifications d'identité telles qu'elles existaient avant 1995. L'article 21 détaille cependant les exceptions permettant une certaine forme de contrôle. Trois exceptions sont rappelées par le Conseil d'État : d'abord les contrôles de police tels qu'ils existent sur l'ensemble du territoire national sont possibles, « sous réserve que l'exercice de ces compétences n'ait pas d'effet équivalent à un rétablissement de ce contrôle » (ce qui est bien la question en l'espèce). Ensuite des contrôles spécifiques d'identité sont possibles dans une bande de 20 kms de la frontière ainsi que dans les ports, aéroports et gares routières. En l'espèce, le Conseil d'État estime que les contrôles relèvent principalement des pouvoirs de police classiques : soit de la police judiciaire lorsqu'il s'agit de contrôles opérés sur décision du procureur général près le Tribunal de grande instance de Nice dans le but de poursuivre les personnes ayant commis des infractions ; soit de la police administrative, et principalement de la police administrative spéciale relevant du Préfet des Alpes-Maritimes en application du CESEDA. Le Conseil d'État estime que ces contrôles ont augmenté à la frontière italienne, mais qu'ils correspondent à un afflux de migrants. Implicitement, il estime donc qu'ils sont proportionnés et ne correspondent donc pas à un rétablissement de fait du contrôle aux frontières. Ne pouvant estimer qu'une décision ministérielle existe comme le demandaient les requérants, mais voulant faire montre d'humanité, le Conseil d'État

estime que seuls les recours individuels contre une décision de contrôle peuvent faire l'objet d'un recours en référé-liberté. La solution est logique en droit, et l'on voit l'effort particulier de communication que le Conseil fait pour apparaître comme un défenseur de l'accès aux recours.

2. Droit des transports et de l'environnement

5. - *Libéralisation et ouverture de la concurrence dans le secteur ferroviaire, paquet ferroviaire, Autorité de régulation des activités ferroviaire.* - *CE, 30 janv. 2015, n° 374022, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur : JurisData n° 2015-001118.* – *C. Salque, Ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire international avec cabotage : le Conseil d'État valide la méthode de l'ARAF : Énergie - Env. - Infrastr. 2015, comm. 48.* Le transport ferroviaire est enfin ouvert à la concurrence. Depuis le 3e paquet ferroviaire (un règlement (CE) n° 2007/1371 dit « OSP » et deux directives 2007/58/CE et 2007/59/CE du 23 octobre 2007) l'ouverture à la concurrence sur le rail est possible, d'abord pour le fret depuis 2007, puis pour les voyageurs depuis décembre 2009. Cela passe en réalité par la technique du « cabotage » qui autorise les trains venus d'autres pays européens qui se rendent dans une gare française, par exemple la Deutsche Bahn qui va à Paris, ou, comme ne l'espère, Thello, une société Italienne qui va de Milan à Nice, à faire des escales en France pour prendre et déposer des voyageurs français en France. Ainsi, Thello est une société créée en 2010 par Trenitalia (l'équivalent de la SNCF en Italie) et Transdev (société française de transports, notamment dans le cadre des concessions de transport locaux, détenue par Véolia et la Caisse des dépôts) après l'échec de rapprochement entre la SNCF et Trenitalia. Effectuant des trajets entre Milan et Marseille, elle a décidé de proposer du cabotage sur toute la côte sud-est, jusqu'à Marseille. En application de l'article L. 2122-12 du Code des transports qui transpose le paquet ferroviaire, deux limitations aux cabotages sont prévues, chacune faisant l'objet d'un contrôle de l'ARAF (Autorité de régulations des activités ferroviaire). Cette dernière doit d'abord vérifier que « l'objet principal du service » est bien le transport transnational afin de limiter la concurrence à du cabotage et éviter, pour l'instant, une pleine concurrence sur le marché ferroviaire. Elle doit ensuite, lorsqu'une autorité responsable de transport le demande, donner son avis sur les éventuelles atteintes de ces lignes en cabotage sur les contrats de service public existants. On notera que le terme de « contrats de service public » est défini à l'article 2i) du règlement (CE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007. La SNCF n'est en effet pas la seule qui serait impactée puisque le cabotage a une dimension régionale et que, partant, il est susceptible aussi de porter atteinte à d'autres formes de transports de voyageurs comme des lignes de tramways, car ou bus régionaux, au-delà même des contrats conclus entre les Régions et la SNCF pour les TER. En l'espèce, par deux avis des 9 juillet 2013 (n° 2013-13) et 8 octobre 2013 (n° 2013-22) l'ARAF a donné des avis favorables à l'activité de Thello sur la ligne en question. Le premier porte sur l'analyse de l'objet principal du service et ne pose pas de difficulté, il respecte les conditions fixées par la décision de l'ARAF 2013-004 du 27 février 2013 qui organise en 45 articles le dépôt et le traitement des dossiers. Notons d'ailleurs que c'est l'article 26 de cette décision qui précise les critères du caractère international de la ligne ferroviaire. À la suite de cet avis, le Ministre des Transports a autorisé la société Thello à exploiter la ligne de chemin de fer. Le second avis de l'ARAF porte sur les éventuelles atteintes aux contrats de service public, et c'est l'acte contesté devant le Conseil d'État. L'Autorité a en effet estimé que l'exploitation de la ligne par Thello ne portait pas atteinte au contrat entre la SNCF et la Région PACA, ce que conteste la Région. L'arrêt, qui reprend très largement et sans que cela soit particulièrement utile au litige le droit de l'Union relatif à la libéralisation du secteur ferroviaire, se fonde ensuite sur le droit issu de la transposition. Deux apports principaux se dégagent. En premier lieu en ce qui concerne la relation juridique qu'entretiennent les deux décisions de l'ARAF. Le Conseil d'État précise en effet que la seconde (sur demande des autorités organisatrices) n'est pas une mesure d'application de la première (relative au

caractère international de la ligne). Il en ressort que si la seconde peut viser la première, on ne peut exciper de l'illégalité de la première lors d'un recours contre la seconde. En second lieu, l'arrêt nous apprend que l'analyse de la décision de l'ARAF par le Conseil d'État est très précise, tout en prenant en compte l'absence de certains chiffres dès lors que leur divulgation aurait porté atteinte au « secret des affaires », ce qui est heureux. Pour l'avenir, on peut penser que les transports régionaux par TER vont devoir s'adapter à un nouvel environnement. D'une part parce que cet avis ouvre la voie au développement de transports régionaux par cabotages avec les 6 pays limitrophes de la France. D'autre part parce que la loi *Macron* (L. n° 2015-990, 6 août 2015) libéralise les transports par car en permettant de créer des lignes de plus de 100 kms. Or, ces nouvelles lignes vont pouvoir, elles aussi, faire du cabotage et entrer dans un ensemble de services de transports de voyageurs de dimension régionale. L'ARAF va d'ailleurs changer de nom pour devenir l' « Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières ». Enfin, le quatrième « paquet transport » proposé par la Commission le 30 janvier 2013 a pour objectif d'ouvrir très largement à la concurrence les transports de voyageurs par rail en décembre 2019. Les lignes ferroviaires seraient alors vraisemblablement séparées en sillons vendus, après mise en concurrence, aux différents opérateurs. Même si l'accord politique sur le rapprochement des normes techniques a eu lieu le 5 juin 2014, les trains passeront sur les ponts avant que les détails de cette mise en concurrence aient lieu. Il faut toutefois s'y préparer.

6. - *Responsabilité de l'État pour le contrôle d'une installation classée, catastrophe industrielle, transposition des directives relatives aux sites Seveso et aux normes techniques.* – CE, 17 déc. 2014, n° 367202 et 367203, ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie c/ Gilbert et Époux Molin. – A. Jacquemet-Gauché, *AZF : une décision explosive ?* : AJDA 2015, n° 10 p. 592 ; BDEI févr. 2015, p. 5, concl. X. de Lesquen. – S. Edlinger et Ch. Huglo, *Au-delà de l'arrêt du Conseil d'État sur l'affaire AZF, nouvelle réflexion sur la responsabilité* : Énergie - Env. - Infrastr. 2015, comm. 27. - L'explosion d'AZF résonne encore dans la vie des habitants de la quatrième ville de France, Toulouse. 31 morts, plus de 8 000 blessés, des millions de dégâts matériels dans toute la ville, et le souvenir de la crainte d'une mort douloureuse pour tous ceux qui, voyant l'usine des hauts de Ranguel, pensaient que le nuage chimique leur brûlerait les poumons. Mais qui est responsable de ces préjudices matériels et moraux ? Logiquement, certains riverains de l'usine se sont tournés vers l'État, dont le rôle est double comme le rappelle l'arrêt. Il est en effet chargé à la fois d'accorder l'autorisation au titre des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), cela d'autant plus que ce site était aussi classé « Seveso seuil Haut ». L'article L. 512-1 du Code de l'environnement prévoyait déjà au moment de l'autorisation pour l'usine qu'elle pouvait être assortie « de prescriptions encadrant les conditions d'installation et d'exploitation de l'installation qui soient de nature à prévenir les risques susceptibles de survenir ». Tout cela avait été respecté à l'époque, même si c'est justement la catastrophe d'AZF qui a été à l'origine de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la prévention des dommages, appelée « loi AZF » et plusieurs fois modifiée depuis. La création des « plans de prévention des risques technologiques » (PPRT) en est notamment issue. Mais le rôle de l'État dans ce cadre ne se limite pas à un acte juridique, il se double d'actes matériels de surveillance du site, avec des visites régulières sur place. La Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA Bordeaux, 24 janv. 2013, n° 10BX02881, *Épx Molin* : AJDA 2013, p. 749, note G. de La Taille) s'était d'ailleurs fondée sur ce second aspect pour estimer que l'existence d'un stockage irrégulier de produits chimiques dangereux constituait une faute. Mais le Conseil d'État casse cet arrêt de la Cour en estimant qu'il n'avait à contrôler les lieux qu'en fonction des risques ou de la connaissance de manquements de l'exploitant. Le Conseil vient ici au secours de l'État qui pratique en réalité des contrôles ciblés. Loin d'une socialisation du risque, cet arrêt revient donc à une vision plus classique de la responsabilité, fondée sur une insuffisance des mesures de

police spéciales ou sur une insuffisance des contrôles matériels. Cependant, alors que la responsabilité administrative découlant « d'activités de contrôle » est classiquement fondée sur la faute lourde, le Conseil d'État ne caractérise pas la faute en l'espèce. Cela laisse penser qu'il confirmerait la jurisprudence récente qui va dans le sens d'une exigence de faute simple dans ce qui restait jusqu'à il y a peu l'un des rares cas de faute lourde (cf. pour l'amiante *CE, ass., 3 mars 2004, n° 241151, ministre de l'Emploi : JCP A 2004, 431, note B. Lilian ; AJDA 2004, p. 971, chron. F. Donnat et D. Casas ;* et pour le médiateur *TA Paris, 3 juill. 2014, n° 1312345/6 : RFDA 2014, p. 1193, note J. Petit ; AJDA 2014, p. 2490, note S. Brimo*). Dans le cadre de cette chronique, il est notable de souligner que les requérants soulevaient la mauvaise transposition du droit de l'Union dans le droit français (*consid. 10*). Le Conseil d'État juge cependant que les deux directives invoquées ont été bien transposées. Il s'agissait d'abord de l'obligation générale de contrôle de l'article 5 de la directive 96/82 du 9 décembre 1996 qui dispose : « *Les États membres veillent à ce que l'exploitant soit tenu de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir les accidents majeurs et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement* ». Or, c'est justement la portée de cette obligation que le juge administratif juge dans cet arrêt : l'État peut avoir une approche différente des contrôles nécessaires selon la dangerosité des différentes parties du site. Il s'agissait ensuite de la directive 87/216/CEE du Conseil du 19 mars 1987 qui fixait un seuil de 28% d'azote dans l'ammonium ou le nitrate d'ammonium, ce que la France respectait manifestement. À la suite de l'analyse du droit interne et européen et de leurs applications aux faits de l'espèce, le Conseil d'État conclut, comme l'avait fait le Tribunal administratif de Toulouse, à l'irresponsabilité de l'État pour la catastrophe d'AZF, ce qui étonne dans un contexte où l'État est bien souvent pris pour un fond et non comme une personne morale dont on accepte qu'elle puisse ne pas être responsable.

3. Social

7. - *Fonction publique, Égalité de traitement, Égalité homme/femme, pensions de retraite, fonctionnaire, maternité.* – *CE, 27 mars 2015, n° 372426, M. Quintanel : JurisData n° 2015-006479 ; JCP A 2015, n° 25, p. 27 note G. Calley ; LPA 10 juin 2015, p. 7, chr. M.-Ch. Rouault ; AJFP 2015 p. 154 ; JCP G 2015, n° 14 p. 675.* - L'égalité entre homme et femme conduit parfois à diminuer la protection ou les avantages consentis aux femmes à une époque où l'inégalité était acceptée. Ainsi en est-il des droits à la retraite qui leur étaient consentis pour la maternité. Jusqu'à l'arrêt de la CJCE du 29 novembre 2001, (*aff. C-366/99, Griesmar c/ Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie : Europe 2002, n° 1 p. 17 ; JCP E 2002 p. 1333, note Ph. Coursier ; AJFP 2002, p. 4, note P. Boutelet ; AJDA 2000 p. 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Dr. soc. 2002 p. 178, note M.-T. Lanquetin ; RDSS 2002 p. 375, obs. F. Muller*) qui a conduit à la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 (*art. 48-V*) en vigueur le 1er janvier 2004, l'article L. 12-b du Code des pensions civiles et militaires réservait aux « *femmes fonctionnaires* » le bénéfice d'une année d'ancienneté par enfant dans le calcul de leur retraite. L'égalité homme/femme ayant conduit à une réforme, le texte accorde depuis ce droit à tous les fonctionnaires, sans prise en compte du sexe. Pour autant, les conditions se sont renforcées puisque le bénéfice de cette bonification est devenu conditionné à une suspension ou réduction d'activité fixée pour l'éducation de ces enfants. Or, c'est justement dans ces conditions que le requérant a vu des discriminations indirectes entre homme et femme. Il estimait en effet notamment que le fait que le délai de suspension d'activité soit de deux mois le rendait plus favorable aux femmes (qui bénéficient du congé de maternité) qu'aux hommes dont le congé paternité est de 15 jours. Alors que le Conseil d'État avait déjà à plusieurs reprises estimé qu'il n'y avait pas de discrimination dans ces délais fixés par décret aux articles R. 13 et R. 37 du Code des pensions civiles et militaires, M. Quintanel se trouvait légitimé dans cette contestation par le récent arrêt de la Cour de justice du 17 juillet 2014, (*aff. C-173/13, Leone : Europe 2014, comm. 409, obs. L. Driguez*). Cet arrêt,

interprétant l'article 157 TFUE, a en effet estimé que la législation française était susceptible d'être indirectement discriminatoire et renvoyait au juge national pour en juger. C'est donc dans le cadre de l'arrêt *Leone* que se place le Conseil d'État. La Cour de justice avait jugé que les discriminations étaient contraires au Traité, « sauf à pouvoir être justifié par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, tels qu'un objectif légitime de politique sociale, et à être propre à garantir l'objectif invoqué et nécessaire à cet effet ». C'est ce que va juger le Conseil d'État en estimant à l'aide d'analyses statistiques poussées, que si ces dispositions accordent bien aux femmes fonctionnaires un avantage, celui-ci est justifié par le fait que les femmes avec enfant ont une moindre progression de carrière, et que cette progression est d'autant plus faible que le nombre d'enfants est important. Il en conclut donc à la légalité des dispositions du Code des pensions civiles et militaires contestées en estimant qu'elles compensent légitimement les diminutions de droits sociaux que les femmes fonctionnaires rencontrent. L'analyse est convaincante : l'arithmétique permet une égalité géométrique, et c'est l'égalité Homme-Femme qui y gagne.