



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

*Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 2) :
(décembre 2012 – juin 2013)*

HOEPFFNER HÉLÈNE
KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), HOEPFFNER (H.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 2) : (décembre 2012 – juin 2013) », *Europe*, n° 8-9, 2013.. [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 2) : (décembre 2012 – juin 2013)

Après les unités de production d'énergie, ce sont les lignes à haute tension qui mobilisent le Conseil d'État qui utilise peu à peu toutes les ressources du droit de l'Union en matière énergétique. Le droit des étrangers permet aussi, au fil des contentieux, de créer un espace commun, que cela soit en matière d'asile avec plusieurs arrêts relatifs aux demandes d'asiles liées à l'excision de fillettes ou, plus légèrement, en matière de tarification de musées. Le droit de l'internet est pour sa part clarifié par un arrêt qualifiant les noms de domaine de « normes techniques », ce qui permet de les rattacher à un droit européen balisé. Enfin, la directive « recours » en matière de marchés publics a donné la ligne directrice pour la combinaison qu'il convenait de faire entre les référés précontractuels et contractuels.

1. DROIT DE L'ÉNERGIE

1. - Ligne à très haute tension (THT), droit du nucléaire et des énergies renouvelables, réseaux d'électricité. - *CE, 12 avr. 2013, n° 342409, Association coordination interrégionale Stop THT : JurisData n° 2013-006713 ; RDI juin 2013, n° 6 p. 305, A. Van Lang ; Environnement juin 2013 n° 6 p. 53 ; AJDA 2013 p. 1047 chron. X. Domino et A. Bretonneau ; JCP G 2013, 823, Ch.-A Dubreuil ; D. 2013, p. 1008, obs. E. Royer.* « Une ligne à Haute tension ! ». Tel pourrait être le titre d'un article de quotidien analysant cet arrêt du Conseil d'État relatif à la contestation, par une association, de la déclaration d'utilité publique d'une ligne électrique aérienne de 400 000 Volts dite « Cotentin-Maine ». Cet arrêt a été plusieurs fois commenté pour son apport principal, essentiellement interne. Le Conseil d'État y dit en effet expressément « qu'une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique ». En cela, il continue de donner une effectivité au principe de précaution inscrit à l'article 5 de la Charte de l'environnement en l'appliquant à une législation considérée comme externe au droit de l'environnement (mais non sans lien avec lui) : le droit de l'expropriation. Cet arrêt est donc une extension tant de l'arrêt *CE, ass, 3 oct. 2008, n° 297931, Cne d'Annecy : JurisData n° 2008-074233 ; cette chronique, Europe février 2008*) que de l'arrêt *CE 19 juillet 2010, n° 328687, Assoc. Quartier « Les Hauts de Choiseul » (JurisData n° 2010-012229 ; JCP A 2010, 2119 note Ph. Billet)*. Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État précise encore l'impact de ce principe en imposant à l'autorité administrative de s'assurer de la proportionnalité entre l'intérêt du projet et le risque encouru. Le Conseil comprend le « risque pour l'environnement » comme fondement du principe de précaution comme cela est exprès dans le texte même de l'article 5 de la Charte (qui vise précisément les « dommages graves et irréversibles à l'environnement »), mais, il ajoute aussi les risques pour la santé issus de dommages environnementaux, comme il l'avait fait en se fondant de manière combinée sur les articles 1er et 5 de la Charte quelques mois auparavant (*CE, 8 oct. 2012, n° 342423, Cne de Lunel, 3e considérant : RDI 2012, p. 643, obs. P. Soler-Couteaux*). On peut vraisemblablement voir ici une extension – logique au demeurant – issue de la jurisprudence de la Cour de justice dans son arrêt *National Farmer's Union (aff. C-157/96 : RTDE 2001, p. 139, chron. C London et RMUE 1999, p. 79* à propos de la crise de l'encéphalite spongiforme bovine). Ces risques doivent être évalués en prenant en compte les connaissances scientifiques et en ajustant le projet par des mesures de précautions pour limiter ledit risque. Cette

proportionnalité est d'ailleurs liée au contrôle du juge que l'arrêt présente comme se faisant en deux temps : d'abord un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation entre le risque tel qu'il doit être évalué et les mesures de précautions prises. Ensuite, si cela n'a pas suffi à censurer le projet, un contrôle du bilan classique pour les déclarations d'utilité publique permet de prendre aussi en compte le principe de précaution « au titre des inconvénients d'ordre social du projet (*consid.* 37) » afin de le mettre en balance avec l'intérêt de l'objet de la DUP, notamment en prenant en compte le coût du projet et des mesures de précaution. En cela, l'arrêt se rattache donc clairement aux arrêts fondateurs du contrôle du bilan inventé et complété à l'occasion des déclarations d'utilité publique avec les arrêts *CE 28 mai 1971, Ville nouvelle Est* et *CE, ass., 20 oct. 1972, Sté Civile Sainte-Marie de l'Assomption* (sur l'évolution du contrôle à l'occasion de cet arrêt, cf. *A. Van Lang, préc.*). Sur le fond, les requêtes ont été rejetées, soit parce que les atteintes du projet ne sont pas suffisantes, soit parce que face à un risque scientifiquement plausible, le projet prévoit des mesures de précautions qui ne peuvent « être regardées comme manifestement insuffisante », comme le dit le Conseil d'État. L'intérêt est, pour ce qui nous concerne dans l'appréhension qu'il a, au regard du principe de précaution, de la transposition du droit de l'Union. Le premier moyen tiré du droit de l'Union visant à annuler la déclaration d'utilité publique est relatif à sa légalité externe. Les requérants soulèvent en effet le fait que l'autorité administrative n'a pas immédiatement porté à la connaissance du public les motifs de la DUP. Le Conseil écarte ce moyen en estimant que les dispositions de l'article L. 122-1 du Code de l'environnement ne prévoient pas de délai et que cela signifie qu'un délai raisonnable est requis (*consid.* 7). Les requérants invoquaient cependant non seulement cet article, mais aussi la convention d'Aarhus et l'article 9 de la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Loin de rentrer dans le détail de la conventionnalité des textes internes, le Conseil se contente de préciser que l'article du Code de l'environnement « assure une transposition complète » de la directive. Si cette solution ne nous semble pas contestable, on peut noter le raisonnement du juge interne qui interprète d'abord la loi française ce qui, implicitement, conduit à l'interprétation de la norme européenne du seul fait de son caractère « bien transposée ». Le Conseil d'État reprend d'ailleurs ce raisonnement que l'on peut qualifier d'interprétation par renvoi dans son 13^e considérant. Il s'agit de juger du fait que le projet a fait l'objet d'une étude d'impact adaptée. En effet, la ligne à très haute tension servant notamment à adapter le réseau électrique à la centrale nucléaire de Flamanville, les requérants estimaient que l'étude d'impact devait recouvrir l'ensemble des deux projets (la ligne « Cotentin-Maine » et le second EPR national prévu pour 2016 pour un coût de 8,5 milliards d'euros et une puissance de 1650 MW en plus des 2300 existantes à Flamanville). L'article R. 122-3 du Code de l'environnement interdisant à l'époque le « fractionnement » (le mot est du Conseil d'État, non du texte) de manière à éviter que l'étude d'impact soit inadaptée ou apparaisse comme n'étant pas nécessaire, l'argument pouvait porter. Le Conseil fait une analyse de l'espèce et précise des faits. Il en ressort que, si les deux projets sont liés, ils ne sont pas interdépendants et que l'application de l'article R. 122-3 du Code de l'environnement ne se justifie pas. Cela lui permet d'évacuer le moyen de l'inconventionnalité en précisant, là encore, que cet article « assure la transposition complète » de la directive de 1985. Enfin, les requérants entendaient utiliser contre le projet (et plus largement contre l'EPR) les dispositions européennes relatives au développement des énergies renouvelables. À cet égard, en se fondant sur l'article 16-c de la directive du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, elles estiment que la priorité qui est imposée aux opérateurs de réseaux « d'appeler » les installations de production utilisant des sources renouvelables devraient limiter l'intérêt de la ligne THT Contentin-Maine. Le Conseil d'État ne se laisse pourtant pas abuser par ce moyen qui ne saurait avoir pour objet de s'opposer à une ligne favorisant l'énergie nucléaire. On le voit, le droit de l'Union n'a en l'espèce pas d'impact direct sur un projet d'une telle ampleur. Mais on constate aussi que dans chacune des dispositions invoquées on trouve, en filigrane, l'influence de cette source. Le

développement d'un droit administratif européen est peut-être à trouver dans ces détails.

Grégory KALFLÈCHE

2. DROIT DES ÉTRANGERS

2. - Application du principe d'égalité aux personnes en situation irrégulière, touristes non européens, tarification d'un service public, musées. - *CE, sect., 18 janv. 2013, n° 328230, Assoc. SOS Racisme : JurisData n° 2013-000305 ; AJDA 2013 p. 1010, note D. Hedary ; JCP G 2013, 1188 ; JCP A 2013, 41 ; note H. Pauliat.* À l'occasion d'un recours dirigé notamment contre des décisions du Centre des monuments nationaux (CMN) et de l'Établissement public du Louvre fixant de nouvelles conditions tarifaires d'accès aux musées et monuments nationaux, le Conseil d'État applique le principe d'égalité aux personnes en situation irrégulière. Il juge que ce principe n'est pas méconnu lorsque ces établissements décident de n'accorder la gratuité d'entrée qu'aux seuls ressortissants de 18 à 25 ans d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'Espace économique européen ou résidents réguliers sur le territoire national, à l'exclusion des touristes – n'appartenant ni à l'UE ni à l'EEE – et des étrangers en situation irrégulière. Pour ce faire, il commence par identifier l'objectif poursuivi par la mesure de gratuité, en se fondant sur les dispositions du code du patrimoine aux termes desquelles le CMN a pour mission de développer la fréquentation des musées (*art. L.141-1*) en fixant des tarifs susceptibles de favoriser l'accès de ces musées au public le plus large (*art. L.442-6*). Se détachant de ces textes, il considère que la gratuité « *a pour objectif d'accroître, en vue de la pérenniser, la fréquentation des musées et monuments nationaux par une catégorie de publics, les jeunes de 18 à 25 ans, dont les ressources financières souvent limitées peuvent constituer un obstacle à la fréquentation régulière des établissements culturels de l'État* ». Elle devrait avoir pour résultat de fidéliser la fréquentation de ces établissements, y compris après 25 ans. Cet objectif permet ensuite de justifier la distinction établie entre les personnes ayant vocation à résider durablement sur le territoire français et les autres. Après avoir rappelé que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier » (*V. CE, sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques : Rec. CE 1974, p. 274*), il juge que l'institution d'une différence tarifaire entre les visiteurs des musées et monuments nationaux selon des critères de nationalité ou de régularité du séjour, laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique qu'il existe soit des différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, soit des nécessités d'intérêt général en rapport avec la mission des établissements concernés, comme avec l'objet de la mesure de gratuité mise en œuvre, permettant de justifier de telles catégories. Il considère qu'au regard de la nature du service public concerné et au regard de l'objectif poursuivi par la mesure de gratuité contestée, il « était loisible aux établissements concernés de distinguer les personnes qui ont vocation à résider durablement sur le territoire, des autres ». Dans cette perspective, il commence par rappeler, implicitement, par le biais des visas (*CJCE, 16 janv. 2003, aff. C-388/01, Commission c/ Italie*), qu'une décision ne saurait établir de distinction entre ressortissants ou résidents français et résidents ou ressortissants d'un des États membres de l'Union. Puis il juge, explicitement, qu'une telle décision ne saurait davantage établir de différence de traitement entre les *ressortissants de l'Union européenne et les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*. Se fondant sur les dispositions de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 – dont l'article 11 (non transposé en droit français) confère des droits égaux aux résidents de longue durée par rapport aux nationaux pour l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de

services à la disposition du public – il considère que le bénéfice de la gratuité reconnu aux personnes qui ont à séjourner durablement en France doit être étendu aux ressortissants de l'UE qui disposent dans un autre pays de l'UE ou de l'EEE du même droit de séjour durable. Il juge en revanche que la différence de traitement instituée entre les jeunes de 18 à 25 ans ayant vocation à séjourner durablement sur le territoire – nationaux français, aux ressortissants d'un autre État membre de l'UE ou de l'EEE, aux titulaires en France d'un visa de longue durée ou d'un titre de séjour et aux résidents de longue durée dans un État membre de l'UE ou de l'EEE – et les autres – touristes n'appartenant ni à l'UE et à l'EEE ou étrangers en situation irrégulière – ne porte pas atteinte au principe d'égalité au regard de l'objectif poursuivi : fidéliser une catégorie de public. Autrement dit, le Conseil d'État considère qu'en principe, les étrangers en situation irrégulière ont les mêmes droits que les résidents de longue durée, mais que le caractère irrégulier de leur séjour a une conséquence sur leur situation : ils n'ont pas vocation à séjourner durablement sur le territoire (rappr. *CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, GISTI*). Par suite, compte tenu de cette différence objective de situation et de l'objectif poursuivi par la mesure de gratuité – fidéliser à long terme la fréquentation des musées – ils peuvent être traités différemment. Il reste que le critère retenu pour exclure les étrangers en situation irrégulière de la mesure de gratuité – la permanence du séjour – explique difficilement que les touristes ressortissants de l'UE ou de l'EEE – qui n'ont pas plus vocation à séjourner durablement sur le territoire et donc à devenir un public fidèle des musées nationaux – bénéficient de cette mesure de gratuité.

Hélène HOEPPFNER

3. - Étrangers : droit d'asile et excision. - *CE, ass., 21 déc. 2012, n° 332491, Mme F. : JurisData n° 2013-029929. – CE, ass., 21 déc. 2012, n° 332492, Mme F. : JurisData n° 2013-029930. – CE, ass., 21 déc. 2012, n° 332607, Mme T. : JurisData n° 2013-029935 ; JCP G 2013, 615 ; AJDA 2013, p. 476, obs. F. Julien-Laferrière et p. 465, chron. X. Domino et A. Bretonneau.* Par ces trois décisions d'Assemblée, le Conseil d'État est venu fixer le régime juridique des demandes d'asile liées à l'excision de fillettes nées en France et de leurs parents. Le premier arrêt *Mme F.* (n° 332491) tend à protéger davantage les enfants. Le Conseil d'État juge qu'une fillette non excisée, née en France, mais ayant la nationalité d'un État dans lequel les mutilations sexuelles constituent une norme sociale, appartient à un groupe social et est susceptible, à ce titre, d'obtenir le statut de réfugié si elle peut justifier de craintes personnelles en cas de retour dans son pays d'origine. Pour ce faire, il rappelle d'abord, la définition du groupe social (*CE, 27 juill. 2012, n° 349824*), fondée sur la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004, elle-même inspirée de la doctrine du Haut commissariat aux réfugiés : « *au sens des dispositions de la directive du 29 avril 2004* », « *un groupe social est constitué de personnes partageant un caractère inné, une histoire commune ou une caractéristique essentielle à leur identité et à leur conscience, auxquels il ne peut leur être demandé de renoncer, et une identité propre perçue comme étant différente par la société environnante ou par les institutions* ». Contrairement à la jurisprudence antérieure donc, la persécution n'est plus un critère de reconnaissance de l'existence d'un groupe social (*CE, 23 juin 1997, n° 171858, Ourbih*). Il précise ensuite la question de l'appartenance au groupe. Le groupe social est constitué des « *enfants et adolescentes non mutilés (...) dans une population dans laquelle les mutilations sexuelles féminines sont couramment pratiquées au point de constituer une norme sociale* ». Par suite, « *l'appartenance à un tel groupe (...) ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s'ils ne sont pas en mesure de le faire, par leurs proches, (...) de leur appartenance à ce groupe* » : elle est un fait social objectif. Autrement dit, peu importe que la fillette, en raison de son jeune âge, n'ait pas pu revendiquer son appartenance à un groupe social : le seul fait de ne pas être excisée dans une société dans laquelle la mutilation est une norme sociale lui permet de faire partie d'un certain groupe social. Cette solution met fin à la jurisprudence de la CNDA

aux termes de laquelle les demandes d'asile de fillettes non excisées nées en France étaient traitées différemment de celles de fillettes arrivées sur le territoire pour échapper à cette mutilation. Conformément à la Convention de Genève, le statut de réfugié est octroyé à toute personne risquant des persécutions en cas de retour dans le pays dont elle a la nationalité, quel que soit le lieu de sa naissance. Le Conseil d'État précise néanmoins que l'appartenance à un groupe social ne permet pas automatiquement d'obtenir un statut de réfugié. La persécution n'étant plus un critère d'appartenance à un groupe social, il incombe désormais au demandeur au statut de réfugié de prouver qu'il est exposé à un risque personnel de persécution justifiant cette demande (ici d'excision). Par suite, la reconnaissance de l'appartenance à un groupe social devrait être plus facilement reconnue que par le passé, mais l'octroi du statut de réfugié plus difficile à obtenir. Il reste à espérer que le juge se contente d'exiger la preuve d'un risque de persécution. Il reste aussi à espérer qu'il ne retiendra pas une conception trop extensive de l'article L. 713-3 CESEDA qui permet de refuser au demandeur le statut de réfugié « lorsque l'intéressé peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine, à laquelle il est en mesure, en toute sûreté, d'accéder afin de s'y établir et d'y mener une vie familiale normale » (V. *Cons. const.* 4 déc. 2003, n° 2003-485 DC). Implicitement, mais nécessairement, ce premier arrêt met fin à l'octroi de la protection subsidiaire prévue par la loi du 10 décembre 2003 pour les fillettes : celles-ci ont vocation à bénéficier du statut de réfugié, statut prioritaire sur la protection subsidiaire (CE, 10 déc. 2008, n° 278227, OFPRA c/ Pogossyan). Il permet de relativiser la portée de l'arrêt *Mme T.* (n° 332607). Dans cette affaire, la CNDA avait décidé de faire bénéficier les parents dépourvus de titre de séjour de la protection subsidiaire dans le but de ne pas séparer l'enfant de sa mère. Le Conseil d'État, au contraire, refuse d'étendre le bénéfice de la protection subsidiaire à la mère d'une fillette mineure qui en est bénéficiaire. Il censure l'extension automatique de la protection au motif que le principe de l'unité de famille, applicable au droit des réfugiés, n'est pas transposable à la protection subsidiaire (CE, 18 déc. 2008, n° 283245, OFPRA c/ Ananian). Le deuxième arrêt *Mme F.* (n° 332492) tend à limiter encore davantage la protection accordée aux parents. Le Conseil d'État refuse pour la mère de la fillette toute appartenance à un groupe social et, par voie de conséquence le statut de réfugié du fait de sa présence en France. Il reprend la définition du groupe social fondée sur la directive du 29 avril 2004, mais en déduit que la mère d'une fillette née en France ne peut être regardée comme appartenant à un groupe social : d'une part, parce qu'elle n'est pas personnellement exposée à des persécutions : « il n'est pas établi que (la requérante) pourrait, du fait de son opposition aux mutilations sexuelles auxquelles sa fille serait exposée si elle retournait avec elle en Côte d'Ivoire, être regardée comme relevant d'un groupe social et susceptible à ce titre d'être personnellement exposée à des persécutions au sens des stipulations de la Convention de Genève » ; d'autre part, parce qu'elle s'est contentée de respecter les règles applicables en France, où l'excision est pénalement réprimée : la seule abstention de faire exciser sa fille ne lui permet pas de revendiquer l'appartenance à un groupe social. Selon le Conseil d'État donc, les critères d'identification du groupe social ne sont pas réunis : il manque le critère transgressif propre à la définition du groupe social. Cette solution conduit le Conseil à traiter différemment les parents de fillettes nées en France de ceux de fillettes nées à l'étranger : les premiers n'appartiennent pas à un groupe social et ne peuvent bénéficier du statut de réfugié ; les seconds peuvent au contraire revendiquer leur appartenance à un groupe social et, le cas échéant, le statut de réfugié. Elle est, par suite, critiquable dans la mesure où il n'est pas évident que des parents de fillettes nées en France, refusant d'exposer leurs enfants à un risque de mutilation, ne soient pas considérés, dans leur pays d'origine, comme ayant transgressé une norme sociale du seul fait d'avoir voulu faire échapper leur fille à l'excision et d'avoir respecté la norme pénale française la prohibant. Ces arrêts – garants de l'intégrité physique des enfants – posent la question de l'effectivité de la protection de la fillette mineure, née en France, qui se verrait seule reconnaître le statut de réfugié, à l'exclusion de ses parents. En l'état actuel de la jurisprudence, le principe de l'unité de la famille n'est applicable que de façon descendante : la

protection accordée au réfugié majeur est étendue à son conjoint et à ses enfants (*CE, ass., 2 déc. 1994, n° 110181, Agyepong*). Sans doute faudrait-il appliquer le principe de l'unité familiale de façon ascendante, dans le cas où le statut de réfugié a été octroyé à un enfant mineur, afin de ne pas le séparer de son père et/ou de sa mère qui en assure la charge. Cela irait dans le sens de la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 qui vise « *le père ou la mère du bénéficiaire d'une protection internationale ou tout autre adulte qui est responsable de par le droit ou la pratique dans l'État membre concerné, lorsque ledit bénéficiaire est mineur et non marié* ». En attendant, la seule possibilité pour les parents ayant un enfant à charge bénéficiant du statut de réfugié est d'essayer d'obtenir un titre de séjour temporaire portant la mention « *vie privée et familiale* » (*CESEDA, art. L. 313-11*).

Hélène HOEPPFNER

3. DROIT DE L'INTERNET

4. - Droit de l'Internet, noms de domaine, règles techniques, libre prestation de service, service de la société de l'information. - CE, 10 juin 2013, n° s 337320 et 327375 (2 espèces), M. Pitté. Les noms de domaines sont des identifiants associés à des ordinateurs reliés à internet. Chaque ordinateur n'étant en réalité relié au réseau mondial que par son adresse ip (une suite de quatre groupes de un à trois chiffres), le nom de domaine est seulement une manière plus simple de retenir facilement l'adresse d'un ordinateur ou d'une page internet sur cet ordinateur. Un peu comme si l'on remplaçait notre numéro de téléphone par un nom. Lorsque l'on tape une adresse dans son navigateur internet, celui-ci la traduit en une adresse IP en une fraction de seconde et vous affiche le site attendu. L'élément le plus connu de ces adresses internet est la fin du nom de domaine : ceux-ci se terminent en effet le plus souvent en France par .com ou .fr (même si l'on connaît aussi les .gouv.fr, .info, .de pour l'Allemagne, .edu pour l'éducation aux États-Unis...). On appelle cela les « domaines de premier niveau », par opposition aux noms que l'on mettra avant pour faire le nom de domaine complet. L'attribution des noms de domaine finissant par .fr, loin d'être une lubie de « geek », représente en réalité la capacité d'une entreprise ou toute autre structure à assurer sa visibilité sur Internet. Elle est donc un élément primordial de marketing, mais aussi de service avant ou après-vente, voire, lorsqu'il s'agit d'un site marchand, d'existence même de l'activité économique. En France, l'AFNIC (Association française pour le nommage internet en coopération) est chargée d'attribuer les noms en.fr. M. A, requérant, a posé deux requêtes d'où résultent deux arrêts différents. Le premier vise à l'annulation de l'arrêté du Ministre de l'industrie désignant l'AFNIC comme chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine en .fr (mais aussi en .re pour La Réunion, .yt pour Mayotte, .tf pour les Terres Australes, .pm pour Saint-Pierre-et-Miquelon, notamment), et la convention entre l'État et l'AFNIC qui est liée. Le second vise à l'annulation d'une charte de nommage et un règlement de procédure. Ces litiges récents font par ailleurs partie d'un ensemble de recours relatifs au nom de domaine de premier niveau « .fr » ayant conduit à la déclaration de contrariété à la constitution de l'article L. 45 du Code des postes et communications électroniques par une décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010. Le fondement de cette décision était l'incompétence négative du législateur. Cette nullité applicable au 1er juillet 2011 avait permis au législateur de modifier l'article L. 45 par l'article 19 de la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques. Les requêtes ont toutes abouti et les quatre actes attaqués ont été annulés, même si, dans les faits, les modifications législatives avaient déjà fait sortir ces actes de notre ordre juridique. Les moyens invoqués et ayant abouti sont cependant intéressants et sont issus du seul droit de l'Union. La directive 98/34/CE du 22 juin 1998 (modifiée avant son entrée en vigueur par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998) prévoit en effet une procédure

d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. Comme le précise le 8e considérant de la directive 98/48 : « sans coordination au niveau communautaire, il pourrait résulter de cette activité réglementaire prévisible au niveau national des restrictions à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement conduisant à une refragmentation du marché intérieur, à de la surréglementation et à des incohérences réglementaires ». Le régime prévu par la directive impose aux États membres, selon les cas, soit une communication de la norme technique à la Commission avec une explication de sa raison d'être (règle de principe), soit une simple information (lorsque la règle nationale est la reprise d'une norme internationale ou européenne). Sur le fond, la question était de savoir si le service d'enregistrement des noms de domaine que vend l'AFNIC (par l'intermédiaire de bureaux d'enregistrement chargés de ce rôle par contrats conclu avec l'AFNIC) devaient être qualifiés, ou non, de règles techniques au sens de la directive. Si tel était le cas, alors les actes attaqués étaient illégaux du fait de l'absence de notification à la Commission. L'article 1-2° de la directive définissant les « services » comme « tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. », le Conseil d'État constate que l'attribution de noms de domaine est un service payant, en ligne et sur demande d'un destinataire et le fait entrer dans le champ d'application de la directive. Le point 11 de l'article 1 de la directive définit par ailleurs les « règles techniques » comme des spécifications techniques « dont l'observation est obligatoire de jure ou de facto, pour la commercialisation ». Les actes attaqués dans les deux espèces organisant les conditions d'attribution de ces noms de domaine par des exigences de nature générale et obligatoire, elles sont des « règles techniques » et devaient être notifiées dans les conditions de l'article 8 de la directive. Le syllogisme ainsi présent dans l'arrêt justifie l'annulation des actes contre lesquels les recours étaient dirigés. La virtualisation de l'économie impose donc d'autres modes de contrôle dont on constate qu'ils sont, en réalité, des transpositions des mesures applicables lorsqu'il s'agit de limites « concrètes » à la libre circulation de services. Cela garantit leur efficacité comme le démontre cet exemple topique.

Grégory KALFLÈCHE

5. - Droit de l'Internet, vente de médicaments en ligne, médicaments sous ordonnances, médicaments en accès libre, référé suspension. - CE, ord., 14 févr. 2013, n° 365459, M. L : *JurisData* n° 2013-002217. Lorsqu'une ordonnance suspend une ordonnance relative à la vente de médicaments sans ordonnance, on se dit que la polysémie est parfois contraire à l'intérêt du juriste. Or, c'est bien de cela que traite l'ordonnance du Conseil d'État statuant en référé le 14 février 2013. Le développement du commerce par internet, bien qu'apparemment mondialisé, n'en demeure pas moins soumis à une régulation évitant le contournement des règles applicables aux biens vendus dans les commerces « classiques ». Les professions réglementées seraient bien entendu les premières à subir les effets d'une concurrence intracommunautaire ou internationale si l'on ne cherchait à mettre le droit national en cohérence avec les pratiques. Ainsi en est-il de la vente des médicaments qui est, en France, réservée aux officines de pharmaciens, sauf pour ce qui concerne ce qu'il est convenu d'appeler la « parapharmacie ». Dans l'esprit de ces dispositions nationales, l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 a inséré, dans le Code de la santé publique, les articles L. 5125-34 et L. 5125-36. Le second dispose que « *Seuls peuvent faire l'objet de l'activité de commerce électronique les médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine* » et le premier soumet la création de site internet de médicaments par une officine déjà autorisée à un avis de l'Agence régionale de santé. Or, la vente des médicaments est soumise au droit de l'Union et notamment à la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001

au titre évocateur et peu usité par le législateur communautaire de « *code communautaire relatif aux médicaments à usage humain* ». Ce texte, modifié pour ce qui concerne l'affaire par la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 a notamment pour objectif d'éviter que ne circulent en Europe des médicaments falsifiés. Les deux articles attaqués, issus de l'ordonnance non encore ratifiée (d'où la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort malgré le fait que ces articles se trouvent dans la partie législative du code), avaient pour objet de transposer cette directive en droit français. Le requérant est un pharmacien ayant ouvert un site de vente de médicament en ligne en novembre 2012 et qui conteste les restrictions qui lui sont faites de vendre en ligne certains médicaments qu'il vend sans ordonnance en officine. Il demande donc par la présente requête en référé de suspendre (sur le fondement de l'article L. 521-1 CJA) l'ordonnance et associe cette demande d'une requête au fond pour faire annuler ce texte. L'ordonnance du juge n'analyse donc pas la légalité du texte, mais seulement les deux conditions classiques du référé suspension : le fait qu'une urgence justifie la suspension et le doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative. Pour juger de ce second point, le requérant invoque la contrariété de ce texte avec la directive européenne. Il faut reconnaître à la suite du Conseil d'État que le doute existe en effet : la directive retient une distinction en deux catégories des médicaments, à savoir ceux soumis à prescription, et ceux qui ne le sont pas. Les articles du code de la santé publique issue de l'ordonnance du 19 décembre 2012 prévoient pour leur part trois catégories : ceux soumis à prescription, et deux groupes de médicaments non soumis à prescription, d'abord ceux que le pharmacien peut présenter en accès direct au public (qui sont listés par le directeur général de l'Agence française du médicament et des produits de santé), ensuite les médicaments sans ordonnance ne faisant pas partie de cette liste. Or, l'article L. 5125-34 du Code de la santé publique prévoit que seuls ceux de la 2e catégorie peuvent être vendus sur internet, à l'exception donc de ceux de la 3e catégorie. Constatant les impacts immédiats de cette limitation sur le chiffre d'affaires (et donc les recrutements) du pharmacien, le Conseil d'État estime de plus que la condition d'urgence est remplie et décide de suspendre l'application de l'article L. 5125-34 du Code de la santé publique. À l'inverse, il considère qu'aucune des deux conditions n'est remplie pour la suspension de l'article L. 5125-36 du Code de la santé publique. Le recours au fond est en attente, mais la libéralisation de la concurrence des produits de santé qui pourrait en résulter semble conforme avec l'esprit du droit de l'Union.

Grégory KALFLÈCHE

4. DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

6. - Marchés publics : combinaison des référés précontractuel et contractuel. - CE, 15 févr. 2013, n° 363854, Société SFR : JurisData n° 2013-002216 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. avril 2013 n° 4 p. 21, note J.-P. Piétri ; JCP G 2013, 421, obs L. Erstein ; Contrats publics 2013, n° 131 p. 11, note J.-P. Jouguelet. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 6 juin 2012, le département de l'Allier a lancé une procédure de passation d'un marché à bons de commande. À la suite du rejet de ses offres, la société SFR a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (référé précontractuel), d'une demande d'annulation des procédures de passation des lots n° 1, 2, 4 et 6. Apprenant que les contrats avaient été signés, la société a alors demandé au juge de les annuler sur le fondement de l'article L. 551-13 du Code de justice administrative (référé contractuel). Ces demandes ont été jugées irrecevables (puisque les contrats étaient signés : CE, sect., 3 nov. 1995, CCI de Tarbes : Rec. CE 1995, p. 394) et rejetées. Saisi en cassation, le Conseil d'État a annulé les quatre ordonnances au motif que le juge des référés ne s'était pas assuré que le pouvoir adjudicateur avait respecté les dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics instaurant un délai de *standstill* entre la date

d'envoi de la notification du rejet d'une offre et la conclusion du contrat. Constatant que pour le lot n° 4, le contrat a été conclu avant l'expiration du délai de *standstill*, il juge le référé contractuel recevable, conformément à l'article L. 551-14 du Code de justice administrative (*a contrario*) et, plus généralement, mais il ne le précise pas, au regard de l'objectif d'efficacité des procédures de recours posé par les articles 1er des directives Recours et par la Cour de justice (CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame*. – CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03, *Fabricom*). Aux termes du Code de justice administrative en effet, le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 du Code de justice administrative (délai de *standstill*) et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. Il est donc ouvert, comme le rappelle le Conseil d'État (V. l'arrêt de principe : CE, 10 nov. 2010, n° 340944, *Agrimer*), lorsqu'un concurrent évincé a d'abord exercé un référé précontractuel « alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du contrat, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ». Examinant la requête au fond, il rejette tous les moyens. Il considère, eu égard au manquement constaté, qui n'affecte pas la substance même de la concurrence, et compte tenu du montant du marché, qu'il n'y a pas lieu de priver d'effet le contrat en l'annulant ou en le résiliant, mais de prononcer une sanction de substitution. Sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du Code de justice administrative, « qui doivent être lues à la lumière de celles de l'article 2 sexies de la directive du Conseil du 21 décembre 1989 dont elles assurent la transposition », il inflige donc au département de l'Allier, une pénalité financière. L'assertion « qui doivent être lues à la lumière de l'article 2 sexies » de la directive mérite qu'on s'y arrête. D'abord parce qu'elle est rare : il n'y a qu'un précédent, traitant du même sujet (CE, 30 nov. 2011, n° 350788, *DPM Protection*). Ensuite, parce qu'elle permet de donner un « mode d'emploi » de l'article L.551-20 qui a procédé à une transposition à minima de la directive Recours. Le Code de justice administrative ne précise en effet pas comment le juge doit choisir entre l'annulation ou la résiliation du contrat et les sanctions de substitution (diminution de la durée du contrat ou pénalités financières). Tout au plus l'article L. 551-19 prévoit-il que l'annulation ne saurait être prononcée si elle « se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ». La directive au contraire précise d'une part que « l'instance de recours » doit être dotée d'un « large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation et le comportement du pouvoir adjudicateur » pour choisir l'une de ces sanctions et d'autre part, que les sanctions de substitution doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ». Une telle méthode a cependant déjà été appliquée, sans référence à la directive, par le juge du référé contractuel (CE, 1er mars 2012, n° 355560, *OPAC du Rhône*).

Hélène HOEPPFNER