



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

*Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 4) :
(février 2014 – septembre 2014)*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 4) : (février 2014 – septembre 2014) », *Europe*, n° 11, 2014. [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 4) : (février 2014 – septembre 2014)

Le droit administratif européen se développe aujourd'hui dans un certain nombre de matières que les jurisprudences internes des derniers mois mettent particulièrement en avant. Le droit des marchés français soulève ainsi la question des contrats de partenariat, contrats à la fois compatibles avec le droit de l'Union, mais qui ne sont pas envisagés par lui. Sa place dans la dichotomie entre marchés et concessions des directives sera l'un des enjeux des prochaines transpositions. Sous l'influence des directives, le contentieux des contrats publics finit lui aussi de se transformer.

Par ailleurs, un certain nombre de « sagas contentieuses » permettent d'imposer lentement mais sûrement le droit de l'Union malgré les résistances des pouvoirs publics français. Cela apparaît nettement en droit européen des transports dont on peut apprécier les capacités à rapprocher les législations sociales et environnementales des États-membres. Cela est encore plus évident en droit européen de l'environnement, qui démontre son importance en matière d'OGM, de produits phytosanitaires ou de prix de l'énergie.

1. MARCHÉS PUBLICS

1. - Annulation d'un emblématique contrat de partenariat : retour sur l'insertion de cette exception française contestée parmi les contrats des directives « marchés » et « concessions ». – CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne de Biarritz : JurisData n° 2014-018663. Biarritz, comme de nombreuses autres communes françaises, a surfé sur la mode des contrats de partenariats pour mener à bien des grands projets. Le projet, appelé « Biarritz-Océan », consistait à relancer ou créer deux grandes structures touristiques : d'une part le Musée de la Mer qui datait de 1933 qui allait doubler de surface et recevoir un des plus grands aquariums de France ; d'autre part une nouvelle Cité de l'Océan et du Surf composée de 12 grandes salles interactives pour comprendre l'Océan. Ce projet, déjà bien avancé mais non achevé, avait été lancé par deux délibérations municipales du 26 janvier 2007 sur le principe du recours au contrat de partenariat, et du 23 juillet 2008 autorisant la signature du contrat avec la SNC Biarritz-Océan qui avait remporté la procédure de dialogue compétitif. La seconde délibération avait été annulée par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 26 juillet 2012 (CAA Bordeaux, 6e ch., n° 10BX02109 : JurisData n° 2012-018582) et c'est contre cet arrêt que la Commune de Biarritz se pourvoit en cassation. Après avoir annulé la décision de la Cour pour ne pas avoir répondu à une fin de non-recevoir, le Conseil d'État a traité l'affaire au fond et analysé les conditions dans lesquelles il était possible de conclure un contrat de partenariat. Il confirme l'annulation de la délibération et précise une analyse stricte des conditions de recours à cette catégorie de contrats de la commande publique. Le recours au contrat de partenariat est en effet considéré comme dérogatoire à l'usage d'un marché public soumis au (bientôt défunt) code des marchés. Cette dérogation doit se justifier par des considérations qui ont évolué entre la mise en place de ces contrats (Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat) et une clarification visant à renforcer l'usage de ces contrats (L. n° 2008-735, 28 juill. 2008 relative aux contrats de partenariat). Dans la première version de ce texte applicable à l'arrêt les deux conditions requises pour conclure un contrat de partenariat étaient : d'une part une complexité trop importante du projet pour que la collectivité soit en mesure de « définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet », ou bien, d'autre part, le fait que le projet présente un caractère d'urgence. Depuis la loi de 2008, on sait que la condition d'urgence a été

précisée (ce qui n'a pas d'influence sur le litige d'espèce) et qu'une troisième condition relative au fait que, comparé aux autres contrats de la commande publique, l'expérience montre que le contrat de partenariat serait la meilleure solution. En l'espèce, comme bien souvent, le Conseil d'État n'a pas eu à juger de l'urgence qui n'était pas invoquée. Il a en revanche dû analyser la complexité du projet. Plus exactement, il convient que cette complexité rende « impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins », une exigence de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) directement recopiée de la directive 2004/18 qui met en place cette exigence pour utiliser la procédure de dialogue compétitif. Et c'est justement cette complexité précisément définie qui a pêché dans l'ensemble de l'opération. Pour le Musée de la mer, la commune avait soulevé la difficulté technique que représentait la construction d'un aquarium de 1300 m² près d'un tunnel routier et d'un ancien bunker, tout en laissant ouvertes les installations existantes. Le juge ne répond pourtant pas immédiatement à ce moyen, il le laisse en suspens. Pour la Cité de l'Océan et du surf, la difficulté technique venait de la conception et de la scénographie du projet. Le Conseil d'État note cependant qu'un premier projet avait été lancé en 2004 et qu'un contrat de maîtrise d'œuvre avait été passé, contrat qui avait abouti à un avant projet détaillé donné à l'ensemble des candidats au contrat de partenariat. Il estime donc qu'au moment de l'élaboration du projet de contrat de partenariat, la Commune était à même de juger « seule et à l'avance » des moyens techniques. Analysant ensuite la complexité du projet dans son ensemble, sur le plan technique, mais aussi juridique et financier, le Conseil d'État va estimer que la commune n'apporte pas la preuve que le regroupement des deux projets dans un seul contrat de partenariat, fondé sur « un souci d'optimisation des coûts et de complémentarité dans la gestion des deux projets » a créé une impossibilité de déterminer les moyens techniques nécessaires « seule et à l'avance ». On peut regretter sur ce point que le Conseil d'État ne soit pas allé plus loin : l'unification de deux objets dans un même contrat, bien que rien ne l'interdise, pourrait être regardée comme un détournement en renforçant fictivement la complexité du projet, notamment sur les questions juridiques et financières. Or, il accepte l'unification et sa justification de rationalisation dans l'exploitation des deux musées, en exerçant un contrôle qui semble très lointain sur les éléments de fait. Peut-être gêné par les questions de preuve, comme il le prouve dans le considérant 16 dans lequel il balaye en une phrase l'argument de la complexité financière et juridique, il préfère concentrer son contrôle et annuler la délibération sur le fait que les complexités du projet pouvaient être anticipées, notamment par les études antérieures. Cet arrêt annulant l'un des plus importants « contrats de partenariats » est pris dans un contexte très défavorable à cette catégorie juridique, dix ans exactement après sa création. Deux mouvements viennent en effet la contester. D'abord un mouvement issu du droit européen, ensuite un mouvement interne. Pour ce qui concerne le mouvement européen, les nouvelles directives 2014/23/UE « marchés publics » (*JOUE* n° L 94, 28 mars 2014, p. 1) et 2014/24/UE « concessions » (*JOUE* n° L 94, 28 mars 2014, p. 65) viennent renforcer une dichotomie des contrats de la commande publique dans laquelle les partenariats public-privé en général, et les Contrats de partenariats en particulier, doivent se fondre. Ces contrats vont donc devoir subir des transformations, et notamment une redéfinition de leur objet qui sera vraisemblablement élargi à des missions de service public et qui verra certainement le critère de la complexité perdre de sa force (cf. *F. Tenailleau, L'influence des directives sur les partenariats public-privé : Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 11*). En effet, la directive 2014/24/UE a modifié l'exigence de complexité pour l'usage de la procédure de dialogue compétitif en la simplifiant singulièrement. Si cette exigence en matière de contrat de partenariats est issue, non du droit de l'Union, mais de la décision du Conseil constitutionnel 2003/473 DC du 26 juin 2003, il est probable que la simplification soit aussi envisagée en droit interne, puisque c'est cette procédure européenne qui est privilégiée et la plus adaptée aux contrats de partenariats. Un mouvement interne vient de plus contester la légitimité d'un développement des contrats de partenariats. Outre les contestations judiciaires ou politiques de contrats symboliques – comme celui de l'espèce

commentée – un récent rapport du Sénat (n° 733, 2013-2014, 16 juill. 2014) est venu soulever une série de questions sous un titre évocateur : « Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ? ». Ce qui choque les parlementaires, c'est le risque d'endettement que crée cette catégorie de contrat puisqu'elle peut s'apparenter à un achat à crédit d'un ouvrage, d'un équipement ou de biens immatériels nécessaires au service public, le crédit étant justifié par rapport au principe du paiement après service fait applicable aux marchés publics, par la mission d'entretien et de maintenance de l'ouvrage ou de l'équipement. Le Sénat propose ainsi de protéger les collectivités contre elles-mêmes en débanalisant le contrat de partenariat, et notamment en supprimant à la MAapp (Mission d'appui aux partenariats public-privé) la mission de promotion de ces contrats. Pour autant, les moyens que veut employer le Sénat semblent être à rebours de ceux qui pourraient résulter des directives marchés et concessions. Plutôt que d'élargir le critère de la complexité comme le fait la directive « marchés » pour l'usage du dialogue compétitif, il voudrait en effet le réduire à une « complexité intrinsèque du projet ». L'arrêt ici commenté montre cependant que la complexité intrinsèque n'est pas en elle-même plus difficile à remplir, bien au contraire. Ce qui justifie en l'espèce l'annulation de l'arrêté autorisant la signature du contrat de partenariat, c'est bien que la complexité n'est pas jugée de manière intrinsèque, mais en fonction des capacités de l'acheteur public. Sans cela, le contrat de partenariat aurait été légal en l'espèce. Il conviendrait plutôt alors, dans la perspective du Sénat d'utiliser un terme plus restrictif que « complexité intrinsèque du projet », par exemple complexité « élevée » voire « insurmontable » du projet. Il est probable que dans les mois à venir qui verront une ordonnance remplacer le Code des marchés publics et une loi remplacer la loi Sapin, cet arrêt puisse peser dans un choix entre un rapprochement du droit de l'Union et un élargissement de la notion de complexité ou une approche interne et une restriction de celle-ci. Si l'on suit le droit de l'Union en rapprochant la complexité des contrats de partenariat de celle applicable au recours de la procédure de dialogue compétitif, il faudra alors trouver un autre critère restrictif à l'usage des contrats de partenariat.

2. - *Ouverture aux tiers au contrat administratif d'une nouvelle voie de recours : le droit de l'union à l'œuvre ? – CE, 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt du Tarn et Garonne : JurisData n° 2014-006635.* La jurisprudence *Département du Tarn et Garonne* fait partie d'une suite contentieuse qui est certainement la plus notable des dix dernières années : celle des recours contre les contrats administratifs. Œuvre du Conseil d'État, elle est aussi, directement ou indirectement, l'œuvre du droit de l'Union. Comment en effet ne pas se souvenir qu'elle a démarré avec la directive « recours » secteurs classiques (*dir. 89/665/CEE, 21 déc. 1989 : JOCE n° L 395, 30 déc. 1989, p. 33*) adaptée ensuite aux secteurs spéciaux (*dir. 92/13/CEE, 25 févr. 1992 : JOCE n° L 76, 23 mars 1992, p. 14*), modifiées enfin par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 (*JOUE n° L 335, 20 déc. 2007, p. 31*. – Cf. *G. Kalflèche, La modification des directives "recours" en matière de marchés publics. Une boule de cristal pour le contentieux des contrats publics : Europe 2008, étude 4*). Ces textes ont modifié profondément le droit administratif en exigeant, en matière de marchés, des recours « efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible » (*Dir. 89/665/CEE, art. 1*). Dès 1992, la mise en place des référés précontractuels, suivis en 2009 des référés contractuels (*Ord. n° 2009-515, 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique*) a conduit à introduire des recours ayant trois caractéristiques : ils étaient spécifiques aux contrats administratifs, rapides et surtout efficaces du fait des pouvoirs du juge qui les rangeaient sans aucun doute dans la catégorie du plein contentieux. L'arrêt du Conseil d'État du 4 avril 2014 *Département du Tarn et Garonne* revient sur la solution dégagée par l'arrêt le plus classique du droit des contrats administratifs : l'arrêt *Martin* rendu par le Conseil d'État le 4 août 1905 (*n° 14220 : Rec. CE 1905, p. 749 ; GAJA n° 15*). Le nouvel arrêt permet en effet à des tiers intéressés au contrat de contester directement sa validité devant le juge de plein contentieux, alors que l'arrêt *Martin* ne leur accordait qu'un recours pour excès de pouvoir contre les actes « détachables » du contrat. L'arrêt commenté prolonge donc les arrêts

ouvrant ce même recours direct aux candidats évincés (*CE 17 juill. 2007, n° 291545, Tropic Travaux Signalisations : GAJA n° 113 ; GACA n° 68*) et au Préfet (*CE, 23 déc. 2011, n° 348647, Ministre de l'Intérieur : JurisData n° 2011-028862*). On retrouve donc dans ces arrêts deux des trois caractéristiques des référés issus du droit de l'Union. Il s'agit en effet de recours spécifiques aux contrats administratifs et qui étendent le plein contentieux au détriment de l'excès de pouvoir moins efficace. Pourtant, la simplicité n'y a pas nécessairement gagné. Ces recours ne sont en effet pas tous assimilables. Les différentes catégories de tiers au contrat ne sont pas encore fixées de manière claire : entre le tiers intéressé et le candidat évincé de l'arrêt *Tropic*, des hésitations vont naître. L'arrêt *Département du Tarn et Garonne* distingue d'ailleurs lui-même entre les tiers « susceptibles d'être lésés (...) de façon suffisamment directe et certaine », d'une part, et le Préfet et les membres des organes délibérants, d'autre part. Afin de préserver la stabilité des relations contractuelles et leur aspect subjectif, malgré le caractère objectif que représente l'assurance du respect des procédures de passation, les tiers intéressés « simples » ne peuvent en effet invoquer « que les vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les lever d'office ». Des arrêts complexes à agencer donc, mais de vraies avancées pour les justiciables. L'aboutissement de ces jurisprudences sera peut-être une simplification générale ?

2. DROIT DES TRANSPORTS ET DE L'ENVIRONNEMENT

3. - *Limite d'âge des fonctionnaires français et adéquation avec le droit de l'Union à travers le cas des aiguilleurs du ciel.* – *CE, ass., 4 avr. 2014, n° 362785, n° 362787, n° 362806, n° 362811, n° 362813, n° 362815, n° 362817, n° 362819 et n° 362821, Min. Écologie, Développement durable et Énergie c/ Lambois et a. : JurisData n° 2014-006637 ; Dr. adm. 2014, comm. 45 par G. Eveillard ; RJEP 2014, comm. 38 par P. Sargos ; RGD 17 avr. 2014, n° 3, note D. Girard.* La limite d'âge des travailleurs est potentiellement une source d'inégalité entre citoyens de l'Union. Entre les professions dont la retraite est à 55 ans et celles où elle est à 67 ans, la carrière professionnelle des uns peut être plus longue d'un tiers de celle des autres. Cette situation, que l'on qualifie en France « d'acquis sociaux » peut aussi apparaître comme contraire à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui proclame l'interdiction de toute discrimination, notamment sur l'âge, ainsi qu'au principe général du droit de l'Union européenne de non-discrimination en fonction de l'âge reconnu dans l'arrêt *Mangold c/ Hem (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-104/04)*. En l'espèce, neuf contrôleurs aériens, fonctionnaires français, demandaient à être maintenus en activité alors qu'ils avaient atteint la limite d'âge de leur profession fixée à 57 ans. Le ministre de l'Écologie avait refusé cette demande, et les contrôleurs aériens avaient contesté cette décision. Après que trois jugements du tribunal administratif leur avaient donné tort, la Cour administrative d'appel leur a donné raison dans des arrêts du 17 juillet 2012 contre lesquelles le ministre se pourvoit en cassation. Le droit applicable aux contrôleurs aériens est marqué par une double source interne et européenne, chacune d'entre-elles étant organisée entre des règles générales et spéciales. Le droit interne applicable à cette profession cumule en effet, comme le rappelle l'arrêt, à la fois la loi du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public qui prévoit que les personnes appartenant à un corps ou à des cadres d'emploi dont la limite d'âge est inférieures à 65 ans peuvent demander à être maintenu en activité jusqu'à cet âge ; et un texte spécial relatif aux aiguilleurs du ciel interdisant cette demande (l'article 3 de la loi du 31 décembre 1989 relative au corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne). Le droit européen pour sa part prévoit aussi une règle générale de non-discrimination en fonction de l'âge dans les articles 1 et 2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 (*JOUE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16*) portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et une exception pour les aiguilleurs du ciel au paragraphe 2 de l'article 10 de la directive du 5 avril 2006 concernant une licence communautaire de contrôleur de la navigation aérienne,

maintenue en vigueur par deux règlements de 2009 et 2011. Le cœur de l'arrêt porte sur les conditions que pose la première directive pour permettre les exceptions à un âge général de la retraite. Cela permet en effet au Conseil d'État de vérifier que la loi française respecte bien les principes mis en œuvre par le droit dérivé de l'Union. Deux considérations issues des articles 2 et 4 de la directive 2000/78/CE sont ainsi détaillées : d'abord il convient que les motifs légitimant une discrimination – en l'espèce un âge de la retraite plus jeune – soient nécessaires à « la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui » (*Dir.*, art 2, § 5). En l'espèce, le Conseil d'État fait état de la possibilité ouverte par la directive de 2006 de baisser la limite d'âge pour les contrôleurs aériens pour renforcer l'idée que garantir la bonne exécution des opérations de contrôle aérien est une condition de « sécurité publique ». Le Conseil d'État a ici une interprétation qui va dans le même sens que celle de la Cour de cassation qui a estimé que la limite d'âge des pilotes pouvait aussi être limitée en se fondant sur la « sécurité publique » (*Cass. soc.*, 11 mai 2010, n° 08-45.307, *Sté Brit Air.* : *JurisData* n° 2010-005900 ; *Bull. civ.* 2010, V, n° 105 ? *Rapp. Annuel C. Cass.* 2010, p. 324). Ensuite, la deuxième condition (*Dir.*, art 4, § 1) se dédouble : il faut que la justification de la limite d'âge inférieure soit « essentielle et déterminante » à la sécurité publique et que la mesure soit « proportionnée ». Cette deuxième condition pose en l'espèce des questions dans ses deux aspects. On notera qu'il aurait été intéressant que les requérants demandassent aussi, par une QPC, si la loi était conforme ou non au principe d'égalité, le Conseil constitutionnel n'ayant pour l'heure jamais eu des analyses aussi précises que les critères européens (cf. *Cons. const.*, 12 déc. 1984, n° 84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, à propos de la loi applicable en l'espèce). D'abord la question se pose de savoir si la limite d'âge peut s'étendre à tous les contrôleurs aériens, même s'ils n'ont pas de fonction opérationnelle en salle de contrôle. Le Conseil d'État va mettre en avant la lourde instruction sur pièce et sur place (avec visite du centre en route de la navigation aérienne d'Athis-Mons) pour estimer que le métier de contrôleur nécessite « compte tenu de la nature de leur travail sur écran, de la vigilance permanente exigée par les situations d'urgence auxquelles ils sont confrontés et des cycles de travail irrégulier de jour comme de nuit » une capacité de concentration « susceptible d'être affecté par l'âge ». Il considère ensuite que les 13 % de contrôleurs aériens qui sont affectés à d'autres missions sont susceptibles d'être de nouveau affectés à une salle de contrôle. Il en conclut que le fait de poser une limite d'âge comme le fait la loi française « répond à l'objectif de garantir la sécurité aérienne » et est donc justifié. Il peut ensuite juger de la proportionnalité de cette limite d'âge. De manière intéressante et certainement originale, le Conseil d'État présente des considérations de droit comparé. Il soulève que tous les pays du monde n'ont pas ce type de limite d'âge, mais que les pays du « bloc d'espace aérien fonctionnel centre européen » ont tous instauré une limite d'âge entre 55 et 58 ans. Il faut dire que l'argument de droit comparé se double ici d'un argument de rapprochement des législations européennes dans un contexte dans lequel il agit, à un point rarement atteint, comme juge de droit commun du droit de l'Union européenne (on notera que les visas de l'arrêt renvoient à deux traités, la Charte des droits fondamentaux, deux directives, trois règlements et un arrêt de la Cour de justice). La limite d'âge des contrôleurs aériens français devant être augmentée à 59 ans en 2022, on pourrait trouver que le Conseil d'État devrait avoir plus de scrupule à estimer « proportionnée » la limite d'âge à 57 ans, mais en rappelant que la loi du 9 novembre 2010 qui étend cette limite en « tenant compte des évolutions de l'espérance de vie et de l'état de santé et d'aptitude des populations », il donne une justification qu'il serait difficile de contester sans des connaissances scientifiques poussées à ce sujet. Le droit de l'Union n'apparaît donc pas *in fine* comme étant antisocial, peut-être même peut-on défendre son caractère social dans sa recherche de contenir les discriminations... mais il n'est pas certain que cela soit la vision de la majorité des syndicats français.

4. - *Droit des transports, droit de la concurrence, immatriculation des véhicules, Codes nationaux d'identification du type, normes techniques.* – **CE, 5 mai 2014, n° 370830, Sté Mercedes-Benz France : JurisData n° 2014-009279.** Les lecteurs attentifs de cette chronique se souviennent que sa dernière livraison (*Europe 2014, chron. 2, par H. Hoepffner et G. Kalflèche*) contenait le commentaire d'une ordonnance en référé suspension (CE, ord., 27 août 2013, n° 370831, Société Mercedes-Benz c/ France : JurisData n° 2013-019959. – Cf. aussi *RJEP n° 714, déc. 2013, p. 22 E. Chabrier*). L'arrêt ici commenté est le recours au fond dirigé contre une décision du ministre de l'Écologie, du développement durable et de l'énergie en date du 26 juillet 2013 et qui avait été suspendu par l'ordonnance précitée. Cette décision prenait la forme d'une instruction faite à l'organisme national délivrant les « Code nationaux d'identification », ou CNIT qui conduisait à une interdiction de fait d'immatriculer certains véhicules de la marque Mercedes-Benz. Pour annuler la décision du ministre, le Conseil d'État se fonde en l'espèce sur les mêmes motifs de fond que ceux qu'il avait soulevés pour la suspendre. On n'en sera pas étonné puisque l'on sait que la suspension n'est accordée qu'en cas de « doute sérieux sur la légalité » de l'acte attaqué. Pour être plus précis, le Conseil d'État va rappeler que la directive 2007/46/CE du 5 septembre 2007 (*JOUE n° L 263, 9 oct. 2007, p. 1*) met en place un système européen dans lequel la réception d'un type de véhicule dans un État membre emporte reconnaissance dans les autres, sauf application des clauses de sauvegarde. Après la réception de certaines Mercedes en Allemagne, le ministre avait interdit l'immatriculation de ces modèles de véhicules en France en faisant jouer la clause de sauvegarde que l'on trouve à l'article R. 321-14 du Code de la route transposant l'article 29, alinéa 1 de la directive 2007/46/CE. Il estimait en effet que les normes de climatisation de la directive 2006/40/CE du 17 mai 2006 n'avaient pas été respectées. Le Conseil d'État analyse cependant la motivation de la décision ministérielle et conclut qu'elle n'est pas recevable, la directive 2007/46/CE ne permettant pas de faire jouer la clause de sauvegarde pour une absence de respect de norme. Selon ces textes en effet, seules les atteintes graves à l'environnement ou à la santé publique sont recevables. Estimant cependant que le ministre a ajouté aussi une référence à l'atteinte à l'environnement, le Conseil d'État va effectuer un contrôle précis des faits. Il va ainsi soulever deux éléments statistiques : non seulement les véhicules en circulation respectant les normes de pollution représentent moins de 6 % de l'ensemble des véhicules, mais en plus les véhicules de Daimler AG ne « représentent qu'une très faible part du parc automobile ». Le Conseil d'État en tire la conclusion que la décision ministérielle est illégale car il n'y a pas d'atteinte grave à l'environnement et il en prononce l'annulation.

5. - *Un arrêté interministériel ne peut pas autoriser l'épandage de produits phytosanitaires par voie aérienne au delà de ce que permettent les normes européennes.* – **CE, ord., 6 mai 2014, n° 376812, Assoc. pour la sauvegarde et la réhabilitation de la faune des Antilles (ASFA) et a. : JurisData n° 2014-011290 ; Environnement et dév. durable 2014, comm. 62, obs P. Trouilly.** La directive 2009/128/CE du 21 octobre 2009 (*JOUE n° L 309, 24 nov. 2009, p. 71*) instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable constitue l'une des nombreuses normes européennes de droit de l'environnement. Son article 9 régit notamment la « pulvérisation aérienne » de pesticides, appelée aussi épandage. L'intérêt de ce procédé est de pouvoir couvrir en pesticide des surfaces importantes ou difficilement accessibles aux machines de manière bien plus rapide. L'inconvénient de cette méthode réside dans le fait que les pesticides sont répandus bien au delà du champ visé, surtout si les conditions de vent ne sont pas bonnes et que les produits se dissipent alentour. La question peut apparaître anecdotique, mais il faut prendre conscience que la multiplication des drones est susceptible de fortement augmenter les hypothèses de recours à l'épandage dans notre pays. L'article 9-1) de la directive 2009/128/CE est transposé en droit interne à l'article L. 523-8 du code rural et de la pêche maritime (issu de l'ordonnance n° 2011-840 du 15 juillet 2011 relative à la mise en

conformité des dispositions nationales avec le droit de l'Union européenne sur la mise sur le marché et l'utilisation des produits phytopharmaceutiques). Il dispose par principe « *la pulvérisation aérienne des produits phytopharmaceutiques est interdite* » et permet que des dérogations soient mises en place par le pouvoir réglementaire. Ces dérogations doivent cependant respecter des critères que l'on trouve à l'article 9-2) de la directive, l'article du code rural et de la pêche maritime prévoyant aussi des usages exceptionnels et renvoie à un arrêté pour fixer les conditions de ces usages. En l'espèce, plusieurs ministres ont pris conjointement un arrêté relatif aux conditions d'épandage par voie aérienne de ces produits. Les requérants, des associations de défense de l'environnement en Guadeloupe, exercent deux recours contre cet arrêté : un recours au fond, d'une part, un recours en référé suspension, d'autre part. L'ordonnance commentée ne concerne que le second. Le Conseil d'État va donc rechercher si les conditions classiques de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative sont remplies, à savoir l'urgence et le doute sérieux, en l'état de l'instruction, quant à la légalité de la décision. Les deux étant remplies en l'espèce, il va suspendre l'arrêté. Pour ce qui concerne l'urgence, il va constater que si l'arrêté rentre en vigueur, il sera suivi d'une application rapide, prenant la forme d'arrêtés préfectoraux autorisant ponctuellement des épandages. Pour ce qui concerne le doute sérieux sur la légalité, le Conseil d'État va examiner l'article 3 de l'arrêté contesté et constater qu'il permet des épandages « sur le seul critère de la sécurité et de la protection des opérateurs » alors que ce critère doit, au titre tant de la directive que du code rural et de la pêche maritime français, être doublé d'un second critère d'un « avantage manifeste pour la santé et l'environnement ». Le contentieux n'est pas achevé et l'on pourra suivre le recours pour excès de pouvoir relatif à la légalité de l'arrêté, mais au vu du raisonnement du juge de référé, l'issue au fond fait peu de doutes.

6. - *La suspension de l'interdiction de l'usage du maïs OGM de Monsanto n'est pas accordée par le juge du référé du Conseil d'État. – CE, ord., 5 mai 2014, n° 376808, n° 377133, Assoc. générale des producteurs de maïs (AGPM), SARL LE Trouilh et EARL de Candelon.* La série des contentieux relatifs au maïs transgénique ressemble à la série des albums d'Astérix le gaulois luttant avec réussite contre l'envahisseur, alors que l'on sait, en réalité, que la Gaule est déjà conquise. Après de nombreuses annulations ou refus d'autorisations du maïs transgénique de Monsanto (régulièrement étudiés dans cette chronique), le ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt a pris, le 14 mars 2014, un arrêté interdisant l'utilisation, la commercialisation, l'utilisation et la culture des variétés de semences du maïs « issus de la lignée » du MON 810. Ces maïs ont été modifiés pour améliorer la résistance des plants aux insectes et l'association de producteurs ainsi que les deux exploitants requérants estiment que la nouvelle interdiction devrait être suspendue (avant d'être annulée dans un contentieux au fond) afin de les laisser utiliser ces semences pour leurs cultures. L'arrêt fait se retrouver des parties qui se connaissent et qui ont déjà épuisé les unes contre les autres des moyens, notamment dans trois décisions (CE, 28 nov. 2011, n° 312921, Sté Monsanto SAS et a. : *JurisData* n° 2011-027423. – CE, ord., 18 mai 2012, n° 358614, EARL de Commenian et EARL de Candelon : *JurisData* n° 2011-012157, suivie au fond par CE, 1er août 2013, n° 358103, n° 358615 et n° 359078, 1er août 2013, EARL de Comenian (les deux premiers commentés dans cette chronique : *Europe* 2012, *chron.* 1) ; et qui avaient été précédées d'une décision préjudicielle de la Cour de justice (CJUE, 8 sept. 2011, *aff. jtes* n° C-58/10 à C-68/10, *Monsanto SAS et a.* : *Europe* 2011, *comm.* 441) sur demande du Conseil d'État français (CE, 28 déc. 2009, n° 312921, *Monsanto*). Cela fait donc des années que le ministre interdit ce maïs transgénique et que le Conseil d'État annule ces interdictions. En l'espèce, comme dans tout référé suspension (CJA, *art. L. 521-1 et CE sect., 19 janv. 2001, Confédération nationale des radios libres : JurisData* n° 2001-061706 ; *GACA* n° 11), le juge administratif doit juger, d'une part de l'urgence qu'il y a à suspendre la décision interprétée comme l'existence d'un « préjudice grave et immédiat porté aux intérêts que [le requérant]

entend défendre ou à un intérêt public » ; et d'autre part un doute sérieux, en l'état de l'instruction, quant à la légalité de la décision. C'est l'urgence qui est contestée dans cette affaire et qui emportera le refus de suspension de la part du Conseil d'État, ce qui permet de penser que, comme dans le contentieux de 2012-2013, l'absence de suspension n'empêchera pas l'annulation de l'arrêté ministériel au fond. Pour l'heure, le Conseil d'État va estimer que les preuves du caractère grave et immédiat du préjudice que cette décision fait aux requérants ne sont pas apportées, ni individuellement, ni pour l'ensemble de la filière. Plus intéressante est la solution que donne le Conseil d'État au moyen soulevé par les parties de la méconnaissance, par le ministre, des décisions antérieures de ce même Conseil d'État. Les requérants rappellent ainsi que le juge administratif suprême a déjà annulé deux arrêtés ministériels de 2008 et 2011 contraires aux exigences de l'article 34 du règlement (CE) n° 1829/2003 et que l'arrêté contesté contient la même illégalité. Or le Conseil d'État refuse de protéger par trop ce qu'il appelle lui-même l'autorité de chose jugée de ses décisions en estimant que les périodes d'interdiction sont différentes et que les circonstances présentées par le ministre sont différentes. Il porte donc une vision très restrictive de l'autorité de chose jugée de ses décisions et refuse d'étendre son pouvoir pour défendre son autorité. Ce faisant, il permet au petit village gaulois de résister encore et toujours à l'envahisseur OGM pour quelques mois encore.

3. DROIT DE L'ÉNERGIE

7. - CE, 11 avr. 2014, n° 365219, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) : JurisData n° 2014-007619. – M. Lombard, S. Nicinsky, E. Glaser, Chronique d'un désastre tarifaire annoncé : AJDA n° 22, 2014, p. 1244. – O. Mamoudy : Rev. Lamy de la concurrence, n° 40, 2014, p. 101. – CE ord., 12 sept. 2014, n° 383721, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) tarifs réglementés de l'électricité et résistance française : JurisData n° 2014-021273. Les tarifs de l'énergie (de l'électricité pour ce qui concerne ces arrêts) sont, à l'instar des OGM, des raisons habituelles de tensions dans les relations entre le droit de l'Union et le droit interne. La situation juridique actuelle en droit français distingue trois types de tarifs réglementés « bleu » (entre 3 et 36 kWh, soit un foyer ou une Petite entreprise), « jaune » (entre 42 et 240 kWh, soit la consommation d'une entreprise moyenne) et « vert » (haute tension) qui ont pour objectif de rapprocher peu à peu les tarifs de l'électricité de leur coût réel dans le cadre de la libéralisation du secteur autrefois marqué par le monopole d'EDF. La date à laquelle ces tarifs doivent être ceux du marché est fixée au 31 décembre 2015, autant dire demain. L'Union européenne requiert en effet la libéralisation de ce secteur et la situation de tarifs énergétiques fixés par l'exécutif ne peut être que temporaire, comme l'avait dit la Cour de justice (CJUE, 20 avr. 2010, aff. C-265/08, *Federutility* : *Europe 2010*, comm. 206, obs. L. Idot). Les tarifs de l'électricité sont fixés en France par le ministre de l'Économie et celui de l'énergie en respectant un cadre législatif et réglementaire que l'on trouve aux articles L. 337-4 et s du Code de l'énergie et dans le décret du 12 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité. Ce cadre le conduit notamment à prendre sa décision après avis de la CRE (Commission de régulation de l'énergie) et après un calcul économique prenant en compte le coût moyen pour les opérateurs (EDF et les entrants) et une estimation de l'évolution de ce coût. Avant le 31 décembre 2015, on comprend que l'idée est une augmentation généralisée. L'association requérante (ANODE) qui regroupe tous les nouveaux entrants sur le marché (hors EDF et GDF-Suez, donc), demandait l'annulation de l'arrêté tarifaire du ministre en date du 20 juillet 2012 qui avait fixé des tarifs trop bas pour l'électricité. Cette mesure à dimension sociale ne correspond en effet pas au cadre posé par les textes en évitant des augmentations respectant la convergence entre les coûts réels et les tarifs. C'est d'ailleurs ce que constate le Conseil d'État qui considère que les tarifs « bleu » et « jaune » (les tarifs les plus sensibles puisqu'ils portent sur les foyers et les PME) ont subi une

augmentation à 2 %, bien inférieure à ce qu'elle aurait dû être. La même augmentation de 2 % pour le tarif vert étant pour sa part conforme aux textes et à la situation économique. Le Conseil d'État va donc effectuer une annulation partielle de l'arrêté, en remettant en cause les tarifs « bleu » et « jaune » et en maintenant en vigueur le tarif « vert ». Il enjoint donc les ministres à reprendre un arrêté pour fixer le tarif entre le 23 juillet 2012 et le 31 juillet 2013. L'ordonnance rendue par le Conseil d'État le 12 septembre 2014, n° 383721, ANODE concerne pour sa part la période suivante, commençant au 1er août 2013 et prévoit une nouvelle augmentation de 5 % au premier août 2014. Plus précisément, les requérants demandent la suspension (au titre de *CJA, art. L. 521-1*) de l'arrêté du 28 juillet 2014 qui modifie l'arrêté précité en supprimant l'augmentation du tarif « bleu » (pour les particuliers, rappelons-le) prévue au 1er août 2014. Le Conseil d'État va contester l'urgence de la situation afin de rejeter la requête. Il va notamment estimer que la fixation par arrêté est une mesure temporaire puisqu'elle doit s'arrêter fin 2015 et que l'urgence est par conséquent moins prégnante. Sur ce point, le Conseil d'État nous paraît avoir un raisonnement tout à fait contestable puisqu'il reconnaît qu'il s'agit d'une procrastination et que cela retire à la situation son caractère d'urgence. Au contraire peut-on penser que si le prix de marché doit s'appliquer au premier janvier 2015, chaque étape du rétablissement d'un prix proche de celui du marché est marquée d'une certaine urgence, faute de quoi le consommateur subira une hausse insupportable in fine. Le Conseil d'État valide donc ce faisant une politique sociale que d'aucuns n'hésiteront pas à qualifier de politique de l'autruche. Le caractère politique de cette analyse justifie certainement qu'il ne s'en contente pas et estime aussi que les éléments apportés par l'ANODE pour contester le retrait de l'arrêté pour ce qu'il fixe une hausse du prix de 5 % ne démontrent pas « une dégradation de marge nette ou de rentabilité de nature à compromettre leur activité, ni qu'il serait susceptible d'affecter durablement la concurrence ». En réalité, par ce refus de suspension, le juge administratif a encore donné 6 mois aux ministres pour reprendre un arrêté mettant l'électricité à un niveau correspondant aux réalités économiques. Décidément, l'économie de marché ne fait pas toujours bon ménage avec la politique.