

Chronique de jurisprudence du Conseil d'État contentieux administratif et convention européenne des droits de l'Homme ^{421o1}



Par
Guillaume ODINET
Maître des requêtes au
Conseil d'État, rapporteur
public

L'essentiel

Au cours du semestre passé, le Conseil d'État a, pour la première fois, saisi la CEDH d'une demande d'avis ; il a en outre rendu plusieurs décisions importantes dans le champ de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tant en matière de garanties procédurales que s'agissant de la protection des droits substantiels.

PLAN

I. QUESTIONS GÉNÉRALES.....	p. 26
II. DROITS PROCÉDURAUX	p. 27
III. DROITS SUBSTANTIELS	p. 29

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

Première demande d'avis consultatif du Conseil d'État à la CEDH à propos des ACCA ^{421o5}

L'essentiel En application du protocole additionnel n° 16, le Conseil d'État saisit pour la première fois la CEDH d'une demande d'avis consultatif, sur les limitations du droit de se retirer d'une association communale de chasse agréée.

CE, 15 avr. 2021, n° 439036, Forestiers privés de France, Lebon, M^{me} Vaullerlin, rapp., M. Hoyneck, rapp. publ. ; SCP Waquet, Farge, Hazan, av.

Note

Le régime des associations communales de chasse agréées (ACCA) est le lieu d'un dialogue fécond entre le Conseil d'État et la CEDH.

De telles associations sont prévues par les articles L. 422-1 et suivants du Code de l'environnement. Le principe est simple : si le droit de chasse est attaché au droit de propriété des terrains, la constitution d'une ACCA permet d'imposer l'apport des droits de chasse des propriétaires de terrains soumis à l'action de l'association, dont tous les membres peuvent alors chasser sur tous les terrains concernés.

Les détenteurs des droits de chasse disposent néanmoins d'une faculté d'opposition à cet apport forcé (ou de retrait de l'ACCA). Ils peuvent s'opposer au nom de convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse (faculté ouverte à la suite de la condamnation de la France pour violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel : CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, n° 25088/94, Chassagnou c/ France). Ils peuvent en outre refuser l'usage en commun

de terrains pour la chasse s'ils disposent de droits de chasse qui portent sur des terrains d'une superficie minimale (exigence de seuil dont la CEDH a jugé qu'elle poursuivait un but légitime et ne méconnaissait pas les stipulations combinées de l'article 14 de la convention et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel : CEDH, gde ch., 4 oct. 2012, n° 57412/08, Chabauty c/ France) ; ils exploitent alors seuls de tels droits.

Par une décision du 5 octobre 2018 (CE, sect., 5 oct. 2018, n° 407715, Association Saint-Hubert, Lebon), le Conseil d'État a jugé que le pouvoir réglementaire ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, réserver cette seconde opposition aux propriétaires uniques. En d'autres termes, il a jugé que le pouvoir réglementaire doit permettre à plusieurs propriétaires de terrains d'une superficie inférieure à la superficie minimale requise pour l'opposition de se regrouper en vue d'exercer ensemble leurs droits de chasse sur des terrains dont la superficie, une fois pris ensemble, excède le seuil permettant de faire opposition à l'apport à l'ACCA.

La loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 a alors prévu, à l'article L. 422-18 du Code de l'environnement, que seuls les propriétaires et associations de propriétaires ayant une existence reconnue lors de la création de l'association pouvaient exercer un droit d'opposition. Elle a ainsi fait obstacle à ce que, postérieurement à la création d'une ACCA, plusieurs propriétaires se regroupent en une association pour sortir de l'ACCA et n'exercer qu'entre eux leurs droits de chasse.

Les requérants contestaient cette disposition devant le Conseil d'État en soutenant qu'elle créait une

discrimination injustifiée dans la protection du droit au respect des biens, en violation des stipulations combinées de l'article 14 de la convention et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

Le Conseil d'État a constaté que la loi créait effectivement une différence de traitement entre les groupements de propriétaires constitués à la date de création de l'ACCA et les groupements de propriétaires constitués postérieurement. Il a toutefois relevé que le législateur avait poursuivi l'objectif d'une meilleure organisation de la chasse, en évitant l'affaiblissement des ACCA par l'émiettement des territoires soumis à leur action.

Dans un tel cadre, le Conseil d'État a estimé que la réponse au moyen d'inconventionnalité supposait de déterminer les critères selon lesquels une différence de traitement établie par la loi doit être appréciée lorsqu'est en cause la combinaison des articles 14 de la convention et 1^{er} de son premier protocole additionnel. Il a jugé qu'il y avait là une question de principe relative à l'application de ses stipulations, qui pouvait concerner d'autres États parties, plusieurs d'entre eux ayant en matière de chasse une législation comparable.

Pour la première fois, le Conseil d'État a donc formulé une demande d'avis consultatif à la CEDH, sur le fondement du protocole additionnel n° 16 à la convention. Ce

protocole, signé en 2013, ratifié par la France et entré en vigueur en 2018, instaure une voie de dialogue direct entre les juridictions suprêmes des États parties et la Cour de Strasbourg. La Cour de cassation avait déjà formulé une demande d'avis sur son fondement, dès la fin de l'année 2018, à propos de la reconnaissance du lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger et sa mère d'intention (CEDH, gde ch., avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001). Le Conseil d'État s'engage à son tour dans cette procédure, en saisissant la question récurrente des ACCA pour inviter la Cour à préciser les critères d'appréciation des différences de traitement dans le droit au respect des biens. Sa décision du 15 avril dernier prolonge ainsi le dialogue jurisprudentiel sur les ACCA, engagé avec l'arrêt *Chassagnou* et poursuivi avec les arrêts *Chabauty* et *Saint-Hubert*, par un dialogue juridictionnel direct sur le sujet. La Cour devrait donc avoir l'occasion de se prononcer pour la troisième fois en grande chambre sur le régime des ACCA, qui suscite tant de passion contentieuse.

Plus largement, la décision du Conseil d'État manifeste aussi la volonté de celui-ci d'emprunter sans tarder la nouvelle voie de communication ouverte par le protocole n° 16 et de montrer ainsi son souci du dialogue des juges et son attention à la jurisprudence de la Cour.

II. DROITS PROCÉDURAUX

Les possibilités de régularisation des autorisations d'urbanisme ne méconnaissent pas le droit à un recours effectif ⁴²¹⁰³

L'essentiel Le Conseil d'État juge que la mise en œuvre, par le juge administratif, du pouvoir de surseoir à statuer en vue de permettre la régularisation d'une autorisation d'urbanisme et du pouvoir d'annulation partielle de cette autorisation ne privent pas les requérants du droit à un recours effectif.

CE, 17 mars 2021, n° 436073, M^{me} V., Lebon T., M^{me} Walazyc, rapp., M. Villette, rapp. publ. ; SCP Marlange, de la Burgade, av.

Note

En raison de ses enjeux pour le secteur de la construction et de son caractère de plus en plus massif, le contentieux des autorisations d'urbanisme a fait l'objet de plusieurs innovations législatives visant à éviter les annulations pures et simples par le juge de l'excès de pouvoir.

L'article L. 600-5 du Code de l'urbanisme prévoit ainsi, d'une part, que le juge ne procède qu'à une annulation partielle de l'autorisation lorsqu'il constate que les seuls vices qui l'affectent peuvent être régularisés. Ces dispositions, plusieurs fois modifiées, permettent de « sanctuariser » les aspects d'un projet qui sont légaux pour ne plus corriger, dans le cadre d'un permis modificatif, que ses aspects irréguliers ; en cas de contentieux

du permis modificatif, seuls les vices affectant ce permis pourront en effet être discutés, tous les éléments relevant de l'autorisation initiale étant désormais hors du débat.

D'autre part, l'article L. 600-5-1 du même code, lui aussi modifié plusieurs fois dans la période récente, prévoit que le juge, lorsqu'il constate que les seuls vices affectant la légalité de l'autorisation dont il est saisi sont susceptibles d'être régularisés, sursoit à statuer jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe pour permettre cette régularisation. En cas de notification d'une mesure de régularisation au juge, celle-ci ne peut être contestée par les parties que dans le cadre de l'instance déjà ouverte ; et le juge en tient compte pour apprécier la légalité de l'autorisation.

Ces deux types de pouvoir, qui sont susceptibles de se combiner (la décision commentée le rappelle), ont pour effet de diminuer sensiblement les cas dans lesquels les requérants obtiennent du juge l'annulation pure et simple de l'autorisation d'urbanisme. Ils conduisent, au contraire – et c'était bien là l'intention du législateur –, à ce que les permis de construire « résistent » mieux à l'intervention du juge, quitte à ce que celle-ci conduise à leur modification, même substantielle (la seule limite étant que la mesure de régularisation n'implique pas d'apporter au projet un bouleversement tel qu'il en changerait la nature même), pour qu'ils soient en conformité avec les règles applicables.

Cette conséquence des pouvoirs particuliers du juge saisi en matière d'urbanisme était critiquée devant le Conseil d'État comme conduisant à une violation du droit à un recours effectif, garanti par l'article 13 (que la requérante combinait avec l'article 6) de la convention européenne des droits de l'Homme. Il était en effet soutenu que l'équilibre des dispositions du Code de l'urbanisme était excessivement favorable à l'autorisation (et à travers elle à son auteur et son bénéficiaire), dont les requérants ne pourraient presque plus jamais obtenir l'annulation pure et simple.

Le Conseil d'État a écarté fermement cette critique : il a relevé que les dispositions en cause n'affectent pas le droit de contester une autorisation d'urbanisme devant le juge de l'excès de pouvoir et d'obtenir qu'une telle décision soit conforme aux lois et règlements applicables, ce dont il a déduit que la requérante n'était pas fondée à soutenir qu'elles porteraient atteinte au droit à un recours effectif.

La décision souligne ainsi que le droit à un recours effectif ne va pas jusqu'à dicter l'issue de la phase juridictionnelle : en particulier, il ne commande pas la disparition rétroactive de tout acte administratif illégal. La substance du droit au recours contre une décision administrative est rappelée par le Conseil d'État : elle réside dans le droit de contester l'acte devant le juge de la légalité et d'obtenir qu'il soit conforme au principe de légalité. Mais cette mise en conformité peut tout autant passer par sa disparition rétroactive que par sa réfaction, le cas échéant par itérations : ce qui importe, c'est que le requérant puisse obtenir la disparition des illégalités qu'il conteste.

Tel est bien le sens de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui juge que le recours est « effectif » lorsqu'il permet d'empêcher la survenance ou la continuation d'une violation ou fournit à l'intéressé un redressement approprié pour une violation déjà produite (v. not. CEDH, gde ch., 4 juill. 2006, n° 59450/00, Ramirez Sanchez c/ France).

Ainsi, en l'espèce, quand bien même le juge sursoit pour permettre la régularisation de l'acte, puis ne l'annule que partiellement pour les vices qui demeurent et sont susceptibles d'être régularisés à leur tour, le requérant obtient, en dépit du rejet de ses conclusions, la satisfaction qu'il recherchait : tous les moyens qu'il invoquait et qui étaient fondés doivent donner lieu à correction, c'est-à-dire mise en conformité, du projet. Le juge tient d'ailleurs compte du fait que l'usage des pouvoirs qu'il tient des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme conduit en réalité à faire droit, au moins dans une certaine mesure, aux prétentions du requérant : celui-ci n'est alors pas considéré comme la partie perdante pour l'application des dispositions relatives aux frais liés à la procédure juridictionnelle (v. CE, 19 juin 2017, n° 394677, Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, Lebon T.).

En réalité, ce dont se plaignait la requérante, c'était de ne pas bénéficier de l'effet « débordant » qui résultait traditionnellement de l'annulation pour excès de pouvoir d'une autorisation d'urbanisme, où tout vice portant sur un élément de la construction ou une étape de la procédure entraînait l'annulation pure et simple de l'autorisation dans son ensemble et imposait de reprendre intégralement la phase administrative. Mais cet effet, que le législateur a jugé excessif en ce qu'il n'adapte pas la sanction juridictionnelle à l'illégalité constatée, ne peut être regardé comme une garantie inhérente au droit à un recours effectif. Ni l'article 13, ni l'article 6 de la convention européenne ne fait obstacle aux évolutions actuelles de la jurisprudence administrative qui remettent en cause le caractère historiquement très fruste du recours pour excès de pouvoir pour permettre une plus grande adéquation entre les illégalités constatées et leur sanction juridictionnelle.

L'autorité de poursuite n'est pas soumise à l'exigence d'impartialité du tribunal ⁴²¹⁰⁶

L'essentiel Si le principe d'impartialité des juridictions s'applique à l'Agence française de lutte contre le dopage, et conduit à la séparation entre les fonctions de poursuite des éventuels manquements et les fonctions de jugement de ces manquements, il ne peut être opposé à l'autorité assurant les fonctions de poursuite.

CE, 21 avr. 2021, n° 443043, M. F., Lebon T., M. Doutriaux, rapp., M^{me} Roussel, rapp. publ. ; SCP Matuchansky, Poupot, Valdelièvre, SCP Lyon-Caen, Thiriez, av.

Note

L'application de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'Homme aux autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction a fait l'objet d'une jurisprudence abondante du Conseil d'État, dont la décision commentée permet cependant de constater qu'elle n'est pas, ou du moins n'était pas, encore complètement établie.

Le cas d'espèce présentait une configuration relativement curieuse : le requérant avait fait l'objet d'une sanction par l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD),

qui avait été annulée par le Conseil d'État au motif que cette autorité n'était pas compétente, l'intéressé relevant du pouvoir disciplinaire d'une fédération délégataire. À la suite de cette annulation, l'AFLD, devenue compétente à la faveur d'une modification législative, a engagé de nouvelles poursuites et sa commission des sanctions a prononcé une nouvelle sanction à l'égard de l'intéressé. La séparation des fonctions de poursuite et de jugement répressif ayant été opérée entre la première sanction (annulée) et la seconde, il s'est trouvé que plusieurs des membres du collège qui avaient prononcé la première sanction ont exercé des fonctions de poursuite ayant conduit à la seconde.

Cette circonstance conduisait le requérant à soutenir que la sanction avait été adoptée au terme d'une procédure méconnaissant son droit à un procès équitable par un tribunal indépendant et impartial – droit garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la convention.

Le Conseil d'État a écarté cette critique de façon radicale, en la jugeant inopérante. Il a jugé que, si le principe d'impartialité des juridictions conduit à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, il ne peut être opposé à l'autorité exerçant des fonctions de poursuite.

Cette solution s'inspire d'une jurisprudence bien établie de la Cour de Strasbourg (v. not. CEDH, 18 déc. 1974, n° 6541/74, X c/ RFA ; CEDH, 18 oct. 2018, n° 80018/12, Thiam c/ France), qui repose sur le constat que l'exigence d'impartialité de l'article 6 ne vise que le tribunal, chargé de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, le bien-fondé d'une accusation en matière pénale (v. not. CEDH, plén., 22 oct. 1984, n° 8790/79, Srameck c/ Autriche ; CEDH, plén., 30 nov. 1987, n° 8950/80, H. c/ Belgique ; CEDH, déc., 5 sept. 2002, n°s 44559/98, 45038/98 et 45083/98, Strivay, Simon et Simon c/ Belgique). L'autorité de poursuite ne peut être assimilée à un tribunal et le requérant ne saurait donc soutenir qu'elle a méconnu l'exigence d'impartialité particulière qui pèse sur les autorités de jugement.

Cette affirmation appelle néanmoins deux précisions, que faisait la rapporteure publique Sophie Roussel dans ses conclusions. D'une part, s'il ne peut être exigé de l'autorité de poursuite qu'elle ait l'impartialité d'un tribunal, la procédure pénale tout entière est dans le champ de l'article 6 et le caractère équitable du procès ne doit pas être compromis irrémédiablement à un stade amont de la phase de jugement proprement dite (v. not. CEDH, 24 nov. 1993, n° 13972/88, Imbrioscia c/ Suisse ; CEDH, 21 sept. 2006, n° 13583/02, Pandy c/ Belgique) ; cela peut notamment conduire à exiger qu'une autorité ayant une influence directe et inéluctable sur la conduite et

donc l'équité de la procédure ultérieure soit elle-même impartiale (v., s'agissant du juge d'instruction, CEDH, 6 janv. 2010, n° 74181/01, Vera Fernandez-Huidoboro c/ Espagne). D'autre part, et précisément, le Conseil d'État rappelle que, bien que n'étant pas soumis à l'exigence d'impartialité particulière qui pèse sur l'autorité de jugement, et qui interdit notamment qu'une personne ayant exercé des fonctions de poursuite exerce ensuite, dans la même affaire, des fonctions de jugement, les membres du collège de l'AFLD demeurent soumis au principe d'impartialité des autorités administratives, principe général du droit (v. CE, sect., 29 avr. 1949, n° 82790, B., Lebon) qui exige que l'autorité se prononçant sur l'opportunité des poursuites ne manifeste, dans son pouvoir d'appréciation, ni partialité, ni animosité personnelle.

Sous cette double réserve, la décision commentée manifeste la relative asymétrie de l'interdiction du cumul de fonctions de poursuite et de jugement : cette interdiction est en réalité centrée sur l'exigence d'impartialité du tribunal et prohibe essentiellement qu'une personne statuant sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ait auparavant porté cette accusation dans l'exercice de fonctions de poursuite. L'exigence d'impartialité de l'autorité de poursuite n'est pas inexistante mais n'est pas identique : elle tient compte du fait que cette autorité, qui intervient plus en amont, ne décidera pas *in fine* du bien-fondé de l'accusation.

III. DROITS SUBSTANTIELS

Le deuil relève du droit au respect de la vie privée et familiale ^{421o2}

L'essentiel Le Conseil d'État juge que les dispositions prescrivant la mise en bière immédiate des défunts atteints ou probablement atteints du Covid-19 au moment de leur décès portent une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale.

CE, 22 déc. 2020, n° 439804, M^{me} E. et a., Lebon T., M. Wadjinny-Green, rapp., M. Domingo, rapp. publ. : Gaz. Pal. 2 févr. 2021, n° 395r5, p. 30, note C. Barrois de Sarigny

Note

Après que ses juges de référés se sont prononcés régulièrement, en urgence, sur les mesures adoptées par le gouvernement pour faire face à la crise sanitaire, le Conseil d'État a statué sur les requêtes au fond présentées en parallèle par certains requérants.

Au nombre des mesures contestées figurait un décret du 1^{er} avril 2020 (D. n° 2020-384, 1^{er} avr. 2020) ayant interdit les soins de conservation sur le corps des personnes décédées et prescrit, de manière générale, que les défunts atteints ou probablement atteints du Covid-19 feraient l'objet d'une mise en bière immédiate.

Il est intéressant de noter qu'une telle mesure, bien qu'adoptée postérieurement à la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ayant créé le régime de l'état d'urgence sanitaire et ayant déclaré un tel état d'urgence, devait être regardée comme adoptée sur le fondement du pouvoir de police générale du Premier ministre : l'on peinerait, en

effet, à la rattacher à l'un des différents types de mesures susceptibles d'être adoptées en vertu de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique. Le Conseil d'État a d'ailleurs relevé que les pouvoirs de police particuliers de l'état d'urgence n'excluaient pas l'exercice du pouvoir de police générale dont dispose le Premier ministre en vertu du droit commun.

L'interdiction des soins de conservation et l'obligation de mise en bière immédiate des défunts atteints ou probablement atteints du Covid-19 étaient critiquées le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale, garantie par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

La Cour de Strasbourg avait déjà eu l'occasion de juger que, si l'exercice des droits garantis par l'article 8 se rapporte principalement aux relations entre les êtres humains vivants, certaines questions relatives à la manière de traiter la dépouille d'un proche défunt ou aux relations entre les proches survivants et le défunt (possibilité d'assister aux obsèques, de se rendre sur la tombe...) entraînent dans le champ de l'article 8 (v. not., pour une présentation de sa jurisprudence, CEDH, 20 sept. 2018, n°s 30491/17 et 31083/17, Solska et Rybicka c/ Pologne).

Le Conseil d'État s'est inscrit dans le fil de cette jurisprudence. Il a constaté que la mesure prescrivant la mise en bière immédiate des défunts probablement ou certainement atteints du Covid-19 peut avoir pour effet d'entraîner l'impossibilité pour les proches des personnes décédées de voir le défunt, ce dont il déduit qu'elle portait

atteinte aux droits garantis par l'article 8. De la sorte, il a estimé que, même après le décès, la relation des proches au défunt relève du champ de l'article 8 ; et, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour bien que ne pouvant directement se référer à un précédent topique, il a intégré, dans les droits garantis par cet article, celui de pouvoir voir une personne récemment décédée, qui participe au deuil des proches qui lui survivent.

C'est là le principal apport de l'arrêt, qui consacre une forme de droit au deuil en plaçant les relations entre des personnes vivantes et un proche décédé sous la protection de l'article 8. Le décès ne peut donc être regardé comme mettant fin, par lui-même, à une telle protection ; le Conseil d'État l'avait déjà jugé en estimant que relevait du champ de l'article 8 la protection du choix du mode de traitement de la dépouille et de sa sépulture (v. CE, 6 janv. 2006, n° 260307, M. M. et a., Lebon). Au-delà du décès, l'article 8 continue donc de régir tant le traitement de la dépouille que les relations des tiers au défunt.

En l'espèce, le Conseil a jugé que, si l'atteinte aux droits garantis par l'article 8 était prévue par la loi (elle était énoncée par la disposition attaquée), elle ne passait pas, cependant, le contrôle de proportionnalité. Il a en effet

relevé que la prohibition des soins de conservation des corps et la prescription de mise en bière immédiate des défunts probablement ou certainement atteints du Covid-19 étaient édictées en des termes généraux et absolus. Or il a constaté, d'une part, qu'elles n'avaient pas été estimées indispensables par le haut conseil de la santé publique, compte tenu des conditions de transmission du virus, d'autre part, que le gouvernement, qui n'était pas tenu de s'en remettre aux avis de ce conseil, n'avait néanmoins apporté aucun élément permettant de justifier l'adoption d'une mesure plus stricte que celles qui lui étaient ainsi recommandées. Dans ces conditions, le juge ne pouvait que conclure au caractère non nécessaire des mesures attaquées devant lui.

Si le Conseil d'État relève que ces mesures portent ainsi une atteinte « manifestement disproportionnée » au droit au respect de la vie privée et familiale, cette mention (et notamment le choix de l'adverbe) n'est que la reprise du moyen formulé par les requérants et ne doit pas, selon nous, être interprétée comme l'expression d'un choix de n'exercer qu'un contrôle restreint : s'agissant d'une mesure de police et de l'application de l'article 8 de la convention, le juge exerce naturellement un contrôle de proportionnalité.

Compte tenu des possibilités d'indemnisation, la loi « anti-Huawei » ne méconnaît pas le droit au respect des biens ⁴²¹⁰⁴

L'essentiel Le Conseil d'État reconnaît la possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'État et en tient compte pour admettre l'absence de violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel par le régime d'autorisation des équipements de télécommunication issu de la loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019.

CE, 8 avr. 2021, n° 442120 et 443279, Sté Bouygues Telecom et Sté française du radiotéléphone, Lebon T., M. Gauthier, rapp., M. Odinet, rapp. publ. ; SCP Piwnica, Molinié, av.

Note

Adoptée dans un contexte de défiance à l'égard de l'entreprise chinoise Huawei, et rapidement rebaptisée « loi anti-Huawei » de ce fait, la loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019 a instauré un régime d'autorisation des appareils permettant de relier les terminaux des utilisateurs aux réseaux de cinquième génération (5G) – au premier rang desquels les antennes-relais. Codifié aux articles L. 34-11 et suivants du Code des postes et des communications électroniques, ce régime d'autorisation prévoit notamment que le Premier ministre refuse l'octroi de l'autorisation s'il estime qu'il existe un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale résultant du manque de garantie du respect des règles d'exploitation des réseaux de communication électroniques ; il précise que, pour apprécier ce risque, le Premier ministre tient notamment compte, non seulement des caractéristiques propres des appareils soumis à autorisation, mais aussi du fait que l'opérateur ou ses prestataires est « sous le contrôle ou soumis à

des actes d'ingérence d'un État non-membre de l'Union européenne ». Valable pour une durée maximale de 8 ans, l'autorisation peut être accordée pour une durée moindre.

Des trois constructeurs d'antennes-relais (la suédoise Ericsson, la finlandaise Nokia et la chinoise Huawei), l'un était assurément plus ciblé que les autres par cette dernière disposition, qui, en pratique, a fondé l'essentiel des refus d'autorisation adoptés par le Premier ministre – qui n'a cependant pas adopté de politique de refus systématique des autorisations demandées pour des appareils de marque Huawei.

Ce régime avait une double particularité. D'une part, compte tenu des caractéristiques techniques des équipements de réseaux de télécommunications, il frappait indirectement, à travers son application aux seuls appareils 5G, tous les appareils 2G, 3G et 4G. En effet, le bon fonctionnement des réseaux suppose que les appareils reliant les terminaux aux réseaux 5G communiquent avec les appareils analogues propres aux réseaux antérieurs ; or seuls communiquent entre eux des appareils d'un même équipementier. Très concrètement, il en résulte que le refus d'autorisation d'utilisation d'un appareil 5G pour des motifs liés à son fabricant impose à l'opérateur de télécommunications d'opter pour un appareil 5G d'un autre fabricant mais aussi de changer les appareils 2G, 3G et 4G pour que tous les appareils installés à un même endroit émanent du même équipementier. Ainsi, tout en ne s'appliquant formellement qu'aux appareils nécessaires aux réseaux 5G, le régime législatif conduisait, en ce qui concerne le contrôle des équipementiers, à soumettre à autorisation l'ensemble des appareils déjà installés et propres aux réseaux des générations antérieures.

Or le législateur, bien que conscient de cette particularité technologique, n'avait prévu, d'autre part, ni transition longue pour permettre de lisser dans le temps les coûts de renouvellement résultant de refus d'autorisation liés à l'équipementier, ni régime d'indemnisation des opérateurs de télécommunication en cas de refus lié à l'équipementier imposant de renouveler des équipements déjà installés. Au contraire, il avait même prévu l'application du nouveau régime aux appareils 5G installés depuis le 1^{er} février 2019.

Les sociétés Bouygues Telecom et SFR, seules parmi les quatre grands opérateurs français à avoir recours aux appareils de la société Huawei, ont alors saisi l'occasion de l'adoption des mesures réglementaires d'application de la loi pour contester le régime législatif. Elles ont d'abord présenté une QPC, que le Conseil d'État a transmise au Conseil constitutionnel mais qui a conduit celui-ci à estimer que le législateur n'avait méconnu ni la liberté d'entreprendre, ni le principe d'égalité devant les charges publiques et n'avait pas davantage porté atteinte à des situations légalement acquises ou remis en cause les effets pouvant être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs (v. Cons. const., 5 févr. 2021, n° 2020-882 QPC).

Le débat a alors été transporté sur le terrain conventionnel, le moyen le plus délicat étant tiré d'une atteinte excessive au droit au respect des biens, garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'Homme.

Dans ce cadre, le Conseil d'État a d'abord jugé que la loi du 1^{er} août 2019 n'emportait aucune atteinte à une espérance légitime. Il a relevé qu'elle ne remettait pas en cause les droits résultant des autorisations d'utilisation de fréquences, le régime ne portant que sur les appareils et non sur le droit d'usage du domaine public hertzien. Il a ensuite estimé que le droit d'usage du domaine public hertzien pendant une durée déterminée n'avait pas pu, compte tenu du cadre normatif dans lequel il s'inscrit, faire naître chez les opérateurs une espérance fondée de pouvoir utiliser les équipements déjà installés pendant toute la durée des autorisations d'utilisation de fréquences.

En revanche, le Conseil d'État a admis que la loi devait être regardée comme la réglementation de l'usage de biens au sens du second alinéa de l'article 1^{er} du premier protocole ; plus précisément, il a estimé qu'elle réglementait non seulement l'usage des appareils nécessaires aux réseaux 5G, mais aussi, à travers le contrôle des équipementiers, l'usage des appareils nécessaires aux réseaux des générations antérieures.

S'inscrivant dans les pas de la jurisprudence de la CEDH (v. not. CEDH, gde ch., 5 janv. 2000, n° 33202/96, *Beyeler c/ Italie* ; CEDH, gde ch., 16 juill. 2014, n° 60642/08, *Alisic et a. c/ Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovaquie et l'ex-République yougoslave de Macédoine*), selon laquelle une atteinte au droit au respect des biens doit se conformer au principe de légalité, poursuivre un but légitime par des moyens présentant un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé et ainsi ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu, il a alors opéré un contrôle de la proportionnalité d'une telle réglementation.

Il a admis sans difficulté la conformité au principe de légalité et le caractère légitime du but poursuivi. En revanche, compte tenu de l'effet indirect du régime d'autorisation sur les équipements déjà installés, et du fait que les refus d'autorisation sont susceptibles d'imposer aux opérateurs le renouvellement de pans entiers de leurs réseaux d'antennes-relais, ce qui représente des coûts potentiellement considérables, la question du juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des sociétés était, en l'absence de tout régime transitoire et de toute mesure d'indemnisation, délicate. En effet, si la jurisprudence de la CEDH n'exige pas d'indemnisation systématique, elle fait néanmoins de l'existence d'un régime d'indemnisation un élément important dans l'appréciation de la proportionnalité (v. CEDH, gde ch., 29 mars 2010, n° 34044/02, *Depalle c/ France* ; CEDH, 21 mai 2008, n° 35332/05, *Anonymos Touristiki Etairai Xenodocheia Kritis c/ Grèce*) ; il était d'autant plus important en l'espèce que les coûts induits par le régime d'autorisation étaient susceptibles d'être élevés.

Le Conseil d'État l'a résolue en sollicitant sa jurisprudence traditionnelle sur l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. Il a, en effet, estimé qu'un refus d'autorisation fondé sur des motifs liés à l'équipementier, qui impose ainsi de renouveler des équipements 2G, 3G et 4G déjà installés, est de nature, s'il induit un surcoût qui ne peut être regardé comme une charge incombant normalement à l'opérateur, à engager la responsabilité sans faute de l'État sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, en application de la jurisprudence *Couitéas-La Fleurette* (CE, 30 nov. 1923, *Couitéas, Lebon* ; CE, ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Lebon*). Un tel préjudice, causé par une décision qui impose de remplacer des équipements en raison de risques ne résultant pas de leurs seules caractéristiques, présente, s'il est suffisamment grave (ce qui dépendra notamment de l'état d'amortissement des équipements à remplacer), un caractère anormal : il excède les aléas inhérents à l'activité économique des opérateurs.

Il est vrai que le législateur avait été silencieux sur l'indemnisation des coûts résultant du régime d'autorisation qu'il instituait, et ce alors même qu'il était conscient de ces coûts – cela apparaissait clairement à la lecture des travaux préparatoires. Le Conseil d'État juge cependant que le silence de la loi ne peut être interprété comme excluant, par principe, tout engagement de la responsabilité sans faute de l'État sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques (v. CE, 2 nov. 2005, n° 266564, *Société coopérative agricole Ax'ion, Lebon*). Et, s'il ne s'est pas arrêté au choix du législateur de « passer outre » les coûts évoqués devant lui, c'est qu'il a estimé que la loi devait être interprétée conformément à la convention européenne des droits de l'Homme et qu'une telle interprétation commandait qu'une voie indemnitaire fût ouverte en application du droit commun de la responsabilité sans faute.

En somme, la possibilité d'obtenir réparation des préjudices excédant les aléas normaux auxquels sont confrontés les opérateurs de télécommunications était nécessaire pour que le Conseil d'État conclût à l'absence de violation de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel ; c'est bien compte tenu du droit à indemnisation résultant de l'application de sa jurisprudence traditionnelle qu'il juge que le

régime législatif ne porte pas une atteinte excessive au droit au respect des biens.

Un tel raisonnement n'est pas sans rappeler celui de la décision *B.* (CE, sect., 3 juill. 1998, n° 158592, B., Lebon). Le Conseil d'État avait alors jugé, là encore par une interprétation conforme à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, que le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme ne faisait pas obstacle à ce que les servitudes causant une charge exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi, ouvrent

droit à indemnisation. Dans l'affaire ici commentée, l'effort d'interprétation à faire était moindre : il ne s'agissait pas d'atténuer une exclusion de toute indemnité expressément énoncée par la loi mais de combler son silence, ce qui pouvait être fait par un renvoi aux principes généraux de la responsabilité sans faute. Le raisonnement est cependant analogue en ce qu'il affirme un droit à indemnisation pour « rééquilibrer » la balance de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel et ainsi assurer que la loi ne conduise pas à une méconnaissance de cette stipulation.



NOUVEAU

 **Actu-Juridique.fr**

Le droit en clair et en direct.

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre, Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information essentielle à votre pratique.

100 % EN LIGNE & GRATUIT

ÉCONOMIE D'ENTREPRISE • DROIT SOCIAL • DROIT CIVIL • AFFAIRES • DROIT ADMINISTRATIF • PROFESSIONS • DROITS EUROPÉEN ET INTERNATIONAL • DROIT CONSTITUTIONNEL • CULTURE • ACTUALITÉ RÉGIONALE

Actu Juridique. UN SAVOIR-FAIRE DE **Lextenso**

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR  @actujuridique.fr  @ActuJuridiqueFR