

Conclusions

Cour administrative de Marseille

Audience solennelle – mercredi 17 novembre 2021

Mme la présidente, Mesdames et messieurs les présidents, Mesdames, messieurs les conseillers et premiers conseillers, Mesdames et Messieurs en vos titres et qualités,

Le justiciable « *qui s'adresse à un avocat ou qui lit la décision de justice rendue pour ou contre lui, éprouve (souvent) un étrange sentiment* »¹ : les questions qu'il s'était posées et « *qu'il avait posées semblent avoir été escamotées. Elles n'ont pas reçu de réponse* »². En revanche il va trouver au travers de la lecture du jugement ou de l'arrêt une ou des réponses à d'autres questions qui lui semble étrange voire étrangère et qui ont été pourtant, semble-il, déterminante pour la solution du litige.

Car le juge, pour dire le droit dans une espèce, « *pour dire bien ou mal fondé la prétention dont il est saisi, et ce au-delà des questions que posent (légitimement) les parties, doit répondre (non seulement) à la question que dessine la rencontre des moyens formulés par les parties à l'appui de leurs demande et défense respectives* » mais aussi et surtout en fonction de ce que le droit commande. Ainsi plus que la découverte de la bonne réponse, l'art du juge, et de tout juriste d'ailleurs, est de bien poser la question qui émane du litige, même si celle-ci n'apparaît qu'implicitement dans la décision de justice. Face au défi de la lisibilité des décisions de justice, des réformes ont été mises à l'œuvre. Les deux ordres juridictionnels sont allés pour ainsi dire de concert. Le juge judiciaire a ouvert la voie en laissant très tôt la liberté à ses magistrats de première instance et d'appel de rédiger au choix, soit en style indirect (les fameux attendus ou considérants pour la Cour d'appel de Paris : il s'agissait d'une exception historique) soit en style direct. La juridiction administrative a emboité le pas, en expérimentant dès le milieu des années 2010 l'utilisation du style direct.

¹ C. Atias Questions et réponses en droit, PUF, 2009, quatrième de couverture

² Idem ; cf. aussi p. 7 : L'avocat ne raisonne pas différemment du magistrat. En se fondant sur son propre savoir juridique et « *en anticipant notamment sur ce questionnement juridictionnel supposé, l'avocat élabore le sien. Suivant les mêmes étapes il révèle les possibilités d'éviter les conséquences de la règle qui seraient défavorables à la cause qu'il est chargé de défendre. Il va travailler à convaincre de la nécessité de mettre en œuvre une autre règle plus propice* ».

Enfin le Conseil d'Etat a décidé d'opter définitivement pour le style direct et ce pour l'ensemble des juridictions administratives au 1^{er} janvier 2019. La Cour cassation a également décidé d'adopter le style direct pour la rédaction de ses propres arrêts à la fin de l'année 2019. L'objectif de l'ensemble des ordres juridictionnels est de rendre plus intelligible et plus transparente la décision de justice, sans toutefois renoncer à la rigueur et à la qualité du raisonnement juridique. Vous le voyez tout l'enjeu de la nouvelle rédaction des décisions de justice, dans un style plus proche du langage naturel et donc plus clair, est d'arriver à faire mieux comprendre les raisons qui ont conduit le juge à se poser telle ou telle question et à juger de telle manière, justement pour restreindre cet étrange sentiment.

Ce sentiment, pour l'avoir plusieurs fois constaté, sera particulièrement fort chez les justiciables lorsque le juge examinera un moyen qu'il aura lui-même relevé d'office, comme portant par exemple sur la compétence, sur la tardiveté ou sur le champ d'application de la loi... Mais ces moyens sont tellement importants pour la protection de certaines règles juridiques fondamentales, leur violation est si grave pour la cohérence du droit et l'administration de la justice, que le juge avait l'obligation de les relever d'office.

I) Ainsi dans une affaire n°18MA05445 du 23 janvier 2020 où le tribunal administratif s'était reconnu compétent, vous avez soulevé un moyen d'ordre public tiré justement de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître d'un litige relatif aux conséquences indemnitaires du licenciement d'un salarié de droit privé dont l'activité, par transfert, avait été reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif et cela dès lors que le contrat de droit public qui avait été conclu en méconnaissance de la limite d'âge était nul et de nul effet. Le litige se rapportait en effet aux modalités d'exécution et de rupture d'un contrat de travail de droit privé. Vous avez retenu l'irrégularité du jugement attaqué qui n'avait pas relevé d'office l'incompétence du juge administratif et par suite décliné votre compétence au profit du juge judiciaire.

II) Mais sans qu'il soit question de moyens d'ordre public, ce sentiment sera aussi partagé lorsque ce sera une partie qui soulèvera par exemple une irrecevabilité. Le litige ne pourra être examiné au fond parce que les règles du jeu procédural se doivent d'être respectées au nom également de la cohérence du droit et du principe de sécurité juridique.

Ainsi dans une affaire n° 19MA02620 du 26 novembre 2020, vous avez identifié, à la suite du moyen soulevé par le défendeur, le nœud du litige dans la question de savoir si un requérant était ou non recevable à produire pour la première fois en appel des éléments susceptibles d'établir qu'il avait valablement lié le contentieux avant l'intervention du jugement qu'il attaque, alors même que devant le tribunal administratif, l'administration avait opposé une fin de non-recevoir tirée du défaut de liaison du contentieux. Vous avez jugé que lorsque, devant le tribunal administratif, l'administration a opposé une fin de non-recevoir tirée du défaut de liaison du contentieux, et que le requérant, s'est abstenu sans motif légitime de se prévaloir, avant la clôture de l'instruction, des éléments en sa possession lui permettant d'en discuter utilement le bien-fondé, il n'est pas recevable à produire pour la première fois en appel les éléments susceptibles d'établir qu'il avait valablement lié le contentieux avant l'intervention du jugement qu'il attaque.

III) Ce sentiment sera encore partagé lorsque le juge devra examiner des questions de faits. Les faits bien que tenue comme établis, par la partie qui les avance, pourront se heurter à l'insuffisance des preuves avancées. Mais dans le domaine factuel tout est affaire de mesure et de conviction.

Ainsi dans une affaire où était en jeu la responsabilité de l'Etat (17MA04978 du 27 octobre 2020), la spécificité de la matière et la difficulté probatoire rendait le dossier particulièrement difficile. En l'espèce, la mission de protection et de lutte contre le terrorisme avait amené les services d'une lointaine ambassade de France à recruter un informateur local. Identifié, celui-ci avait été contraint de fuir son pays afin de rejoindre la France. Toutefois, il dut patienter plus de six années avant de se voir délivrer un titre de réfugié. Dans l'attente, il soutenait avoir été employé comme traducteur au ministère de la défense et demandait réparation à ce titre. Le tribunal administratif avait rejeté sa demande, estimant que le contrat de travail n'était pas établi : un problème de preuve donc. En cause d'appel vous avez estimé que les pièces qu'il fournissait suffisaient à établir un faisceau d'indices suffisant permettant d'établir qu'il bénéficiait bien d'un recrutement verbal. Mais l'intéressé soutenait aussi que le statut particulier des agents sur contrat de service de documentation extérieure et de contre-espionnage ne lui était pas applicable alors que l'Etat soutenait, à l'inverse, qu'il s'agissait d'un simple vacataire. Sur le problème de qualification, vous avez jugé qu'en égard à la nature des tâches confiées au requérant qui relevait des missions habituelles de ce service et à la durée pendant laquelle il a été employé,

l'intéressé devait être regardé comme ayant été recruté par l'Etat en qualité d'agent contractuel occupant un emploi permanent et non en qualité d'agent vacataire. Par suite vous avez répondu que les agents contractuels du service qui relève de la DGSE, sont soustraits aux dispositions du statut général des agents contractuels de l'Etat et sont bien régis par les dispositions du décret du 26 janvier 1970. Après avoir écarté plusieurs fautes, vous avez retenu qu'eu égard aux risques que l'intéressé avait encourus, le manque de diligence à son égard visant à mettre fin à sa précarité juridique et administrative fondé sur l'absence de délivrance d'un quelconque titre de séjour alors même il était employé en France comme traducteur, était constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Vous l'avez indemnisé de son préjudice moral et des troubles dans ses conditions d'existence.

IV) Ce sentiment touchera aussi le justiciable lorsque le juge examinera des questions de droit notamment des questions d'interprétation des lois dont la bonne exégèse oscille entre la lettre et l'esprit du texte. Comme vous le savez le législateur a entendu protéger de l'éloignement les étrangers qui sont en France depuis l'enfance, à raison de leur âge d'entrée et d'établissement sur le territoire. Il est question de protéger les personnes qui ont, de manière effective et durable, le centre de leurs intérêts en France. Vous avez eu à vous prononcer à un mois d'intervalle sur deux problématiques connexes : dans une première affaire, le requérant, arrivé en France à l'âge de 12 ans faisait l'objet une « obligation de quitter le territoire français » ; dans la seconde, l'intéressé, arrivé en France à l'âge de onze ans, faisait l'objet d'une expulsion.

Le CE s'était déjà prononcé sur la question de la durée de la résidence. Il avait déjà jugé que « le droit au séjour ou la protection contre l'éloignement étaient conditionnées par une durée déterminée de résidence habituelle en France et que, bien que la notion de résidence habituelle renvoie à la seule situation effective de l'intéressé (voyez CE 29 avril 2002, M. Chanwit, n° 226626, T p. 775), à la différence de la notion de résidence régulière, il y avait néanmoins lieu d'exclure, dans la détermination de la durée de résidence, les périodes de résidence contrainte résultant d'une incarcération ou de l'exécution d'une peine (voyez CE 6 mai 1988, Ammouche, n° 74507, Rec. p. 183 ; voyez aussi CE 28 février 2020, M. Ouannes, n° 426076), ainsi que les périodes d'interdiction du territoire

résultant de condamnations pénales (voyez 26 juillet 2007, Ziani, n° 298717, T. p. 885) »³.

La question nouvelle et délicate qui se posait à vous dans ces deux affaires n° 19MA03548 et n° 19MA05411 était de savoir si l’incarcération avait une incidence sur la continuité de la résidence habituelle en France au sens du 2° de l’article L. 511-4 du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, alors même que le texte ne disait rien ? Autrement dit si la protection contre l’éloignement et l’expulsion était conditionnée, non par une durée déterminée de résidence habituelle en France, mais par la continuité de la résidence habituelle depuis un âge maximal.

En l’espèce trois réponses étaient possibles : *« l’incarcération n’a pas d’incidence sur la continuité de la résidence habituelle en France ; l’incarcération rompt, au contraire, cette continuité »*⁴ ; enfin troisième possibilité, il faut apprécier la continuité en confrontant les périodes de présence en France et d’incarcération. Les cours étaient partagées sur le sujet. Confronté à cette difficulté vous avez fait le choix dans la première affaire de juger le 15 septembre 2020. En vous référant à tous les éléments du dossier (période de scolarisation, période d’activité professionnelle au sein la légion étrangère), vous avez déduit qu’ils constituaient un faisceau d’indices suffisants permettant d’établir la résidence habituelle en France, au sens de résidence continue, de l’intéressé depuis 2002. Vous avez également pris soin de souligner que l’incarcération de l’intéressé ne remettait pas en cause le caractère habituel de sa résidence en France autrement dit la continuité de sa présence. Là où le texte ne distingue pas, le juge n’a pas à distinguer ; le juge n’est pas un législateur. Vous avez ensuite annulé la décision en litige et enjoint au préfet de l’Hérault de réexaminer la situation de l’intéressé. Dans la seconde affaire, jugée le 12 octobre 2020, vous avez constaté que le requérant résidait habituellement en France depuis l’âge de onze ans à la date de l’arrêt litigieux, y compris durant la période courant du second semestre 2007 au début de l’année 2009, qui était contestée. Vous en avez à juste titre déduit que le requérant faisait partie des étrangers susceptibles d’invoquer utilement la protection instituée par les dispositions de l’article L. 521-3 du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile citées ci-dessus. Là encore où le texte ne distingue pas, le juge n’a pas à distinguer ; Vous avez également eu soin de préciser que malgré les

³ Cf. Conclusions de M. Guillaume Odinet, rapporteur public sur CE 446427 Préfet de la Seine-Saint-Denis 8 avril 2021, p. 1 et s.

⁴ Idem p. 2..

condamnations prononcées à son encontre, principalement à raison de faits de vol ou de dégradation de biens d'autrui, commis en réunion ou avec violence, il n'était pas établi, ni même allégué que les comportements de l'intéressé seraient de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes. Par suite vous avez reconnu la méconnaissance des dispositions de l'article L. 521-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile de l'arrêté en litige. Vous avez, par suite, annulé la décision en litige.

Saisi quelques mois plus tard pour avis sur le sujet par une autre cour, le Conseil d'Etat (c'est l'avis n° 446427 du 8 avril 2021) va en quelque sorte confirmer indirectement vos deux décisions classées en C+ en jugeant que les périodes d'incarcération sont sans effet sur la continuité de la résidence habituelle pour l'application du 2° de l'article L. 511-4 du code.

V) Enfin la question de la qualification juridique des faits tenus pour établi pourra rencontrer également un problème de preuve et comme dans la précédente affaire, de statut applicable. C'est là que vous pouvez faire le choix de diligenter vous-mêmes une recherche sur les éléments de preuve. C'est le cas dans l'affaire n° 17MA01582 et 17MA01583 du 22 février 2021 qui concerne une délégation de service public intervenu entre la collectivité de Corse, d'une part, et la SNCM et la CMN d'autre part. Les questions de droit et de qualification juridique des faits étaient si délicates que l'affaire est remontée jusque devant le conseil d'Etat. Pour la résumer, la Commission européenne avait considéré, en 2013, que les compensations financières accordées étaient des aides publiques incompatibles avec la liberté de la concurrence dans le marché intérieur. Elle a ainsi ordonné en 2014 la restitution. De son côté, la société Corsica Ferries France, estimant que ces aides avaient eu pour effet de détourner indûment une partie de sa clientèle, a demandé au juge administratif de réparer son préjudice commercial. Le tribunal administratif de Bastia a condamné la collectivité territoriale de Corse à réparer le préjudice, mais celle-ci a fait appel de cette décision. Si en appel vous avez tout d'abord retenu le principe de responsabilité, l'aide étant directement à l'origine d'une perte de clientèle pour la société Corsica Ferries France et donc d'un manque à gagner, vous avez ensuite estimé ne pas disposer d'éléments suffisants pour établir le montant exact du préjudice subi et ordonné dès lors une expertise économique et comptable à cette fin. A partir des éléments fournis par l'expertise,

vous avez pu calculer le manque à gagner de la société Corsica Ferries France à hauteur de 86 299 183 euros sur l'ensemble de la période. Le manque à gagner subi par la société Corsica Ferries France correspondant en fait au bénéfice net que lui auraient rapporté les passagers qui, en l'absence de service complémentaire subventionné, auraient choisi ses services. Votre décision vaut surtout par les précisions sur les modalités de calcul notamment la part des passagers pris en charge dans le cadre du service complémentaire et la part de cette clientèle potentielle que la société Corsica Ferries France aurait pu réellement prendre en charge, en fonction des places disponibles sur ses navires ayant effectué une liaison maritime équivalente. Vous noterez que le pourvoi en cassation n'a pas été admis. Voyez la décision CE 450892 453021 Collectivité de Corse rendue le 29 septembre 2021. Vous noterez que cette affaire connaît un nouveau rebondissement. Le contentieux ne serait, en effet, pas tout à fait terminé. Selon plusieurs articles de journaux locaux et nationaux récents, « le conseil exécutif de Corse a indiqué lundi 15 novembre ne pas budgéter les 86,3 millions d'euros correspondant à la condamnation de la Collectivité de Corse et attaquer l'État pour qu'il paye ». Selon ces mêmes articles le président de la collectivité va prochainement engager « deux procédures contentieuses à titre conservatoire afin d'accélérer le règlement politique de ce dossier ». La première est une « mise en demeure préalable délivrée à l'État d'avoir à payer les sommes dues au titre de ce contentieux » et la seconde est « une plainte déposée contre l'État devant la Commission européenne du fait des violations manifestes des dispositions des articles 107 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

VI) Le sentiment étrange peut encore survenir au détour d'une question de droit fondée sur un critère qui avait jusqu'ici mené que rarement à une censure. Tel est le cas de l'affaire n°20MA01978 jugée le 17 décembre 2020 sur renvoi de cassation. Dans cette affaire le préfet des Pyrénées-Orientales avait pris un arrêté le 3 février 2015 portant délivrance à la société Provençale SA d'une dérogation aux interdictions de destruction d'espèces de flore et de faune sauvages protégées pour l'exploitation de la carrière Nau Bouques à Vingrau et Tautavel. La société Provençale SA avait relevé appel du jugement du 3 mai 2016 par lequel le tribunal administratif de Montpellier avait annulé cet arrêté. La Cour a rejeté la requête tendant à l'annulation du jugement attaqué et confirmé donc l'annulation de l'arrêté. Un pourvoi a été formé. le Conseil d'Etat a retenu plusieurs bonnes raisons d'autoriser le projet : l'exploitation de cette carrière devrait permettre la création de plus de quatre-vingts emplois directs dans un département dont le taux de chômage dépasse de près de 50% la moyenne nationale ; le projet de réouverture de la carrière s'inscrit dans le cadre des politiques économiques menées à l'échelle de l'Union Européenne qui visent à favoriser l'approvisionnement durable de secteurs d'industrie en matières premières en

provenance de sources européennes ; et enfin il n'existe pas en Europe un autre gisement disponible de marbre blanc de qualité comparable et en quantité suffisante pour répondre à la demande industrielle et que ce projet contribue à l'existence d'une filière française de transformation du carbonate de calcium. Le CE en a conclu qu'eu égard à la nature du projet et aux intérêts économiques et sociaux qu'il présente, ce projet répond à une raison impérative d'intérêt public majeur au sens du c) du I de l'article L. 411-2 du code de l'environnement.

Après vous être rallié à l'analyse du Conseil d'Etat sur la singularité et de la rareté du gisement de marbre blanc de la carrière en cause, estimant qu'il n'en existait pas d'autre de qualité comparable et en quantité suffisante pour répondre à la demande industrielle, vous avez procédé au contrôle de la troisième condition relative « *au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* ». Après avoir dressé un inventaire des nombreuses espèces (plantes vivaces, reptiles, insectes, oiseaux, mammifères) et habitats de repos et/ou de reproduction affectés par le projet de réouverture de la carrière de Nau Bouques, vous avez pris en considération les mesures compensatoires proposées par le porteur de projet, notamment les différentes mesures techniques de compensation prévues par le dossier de dérogation ayant donné lieu à un rapport d'instruction favorable de la DREAL, (la Direction régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement), un avis défavorable du conseil national de la protection de la nature (CNPN) puis un avis favorable sous conditions du CNPN. Vous avez considéré qu'il n'existait aucune étude naturaliste précise et détaillée des sites retenus pour les mesures de compensation et relevé que certaines espèces ne bénéficieront d'aucune de ces mesures ; il se déduisait de tout cela l'importance qualitative et quantitative de la destruction d'une partie de la faune engendrée par l'utilisation de cette technique. Vous avez conclu que les lacunes du dossier de dérogation ne permettaient pas de remplir la condition précitée tenant « *au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* ». Certes un pourvoi est pendant devant le CE, l'affaire en est au stade de l'admission, mais je pense que cet arrêt, s'il est confirmé, fera date pour la protection de l'environnement soulignant l'importance, pour le porteur de projet d'établir, que la dérogation sollicitée ne nuira pas au maintien des espèces, dans un état de conservation favorable.

VII) L'affaire suivante traite d'un questionnement inédit qui obéissant à deux logiques juridiques différentes laisse transparaître deux solutions diamétralement opposés, d'où un sentiment d'étrangeté. La décision n°18MA04141 du 22 juillet 2020 que vous avez rendu est d'importance. La doctrine l'a d'ailleurs très largement commentée. L'histoire est la suivante : un père de famille cède des titres de valeurs mobilières. Il réalise à cette occasion une importante plus-value. Pour diminuer le montant de son impôt, il décide alors de soustraire du montant

du gain qu'il déclare le montant des pertes de même nature réalisées quelques années auparavant par son fils majeur appartenant alors au même foyer fiscal. L'administration fiscale lui refuse cette imputation, au motif qu'au jour de la demande, le fils n'était plus rattaché à ce foyer fiscal. Pour le père de famille, cette soustraction autrement dit cette « imputation » était possible, dès lors que son fils était encore rattaché à son propre foyer fiscal lorsqu'il a subi ces moins-values. Vous voyez, au travers des deux logiques juridiques, se profiler la question inédite à ce jour : les moins-values de cession de titres qu'un contribuable peut imputer doivent être celles qu'il a personnellement subies ou que l'un des membres du foyer fiscal de l'année d'imputation de la moins-value a subies ? Votre réponse qui a confirmé celle de l'administration fiscale pourrait apparaître sévère car le contribuable avait souligné qu'il n'aurait pas cédé ses titres s'il avait su que la compensation lui serait refusée. Mais elle apparaît surtout parfaitement rigoureuse et fondée. En effet l'imputation de la moins-value de ses enfants est refusée au contribuable dans la mesure où les moins-values de cession de titres qu'un contribuable peut imputer ne peuvent être que celles qu'il a personnellement subies ou que l'un des membres du foyer fiscal de l'année d'imputation de la moins-value a subies. Vous en avez déduit ainsi qu'une moins-value de cession de valeur mobilière non utilisée et reportée, réalisée par un majeur rattaché au foyer fiscal de ses parents, ne peut être conservée et utilisée par ces derniers si le majeur est ensuite détaché du foyer fiscal. Au cas particulier, l'option de rattachement en 2002 n'était valable que pour les revenus de cette année et ne pouvait donc produire des effets reportés à l'année 2010, année au titre de laquelle les enfants n'étaient plus rattachés à ce foyer fiscal. Vous avez ainsi estimé la faculté de report des moins-values de cession comme un droit patrimonial attaché à la personne du cédant qui a subi ces moins-values : c'est un des apports essentiels de votre décision. Dans ces conditions si les parents peuvent s'approprier cette moins-value, c'est seulement lorsque celle-ci est réalisée par un enfant mineur ou majeur rattaché, mais à la condition que celui-ci fasse encore partie du foyer fiscal l'année au cours de laquelle l'imputation est revendiquée.

VIII) L'étrange sentiment peut encore découler de la singularité du droit administratif, de sa raison d'être. Un exemple peut être pris dans le domaine de l'homologation qui appartient aux modes alternatifs de règlements des litiges, nettement mis en valeur de nos jours. Dans une affaire n°18MA02999 du 5 février 2021, vous avez eu l'occasion d'en préciser les contours. L'homologation juridictionnelle, judiciaire ou administrative, trouve bien son fondement dans des articles 2044 et 2052 du code civil. Toutefois si le juge judiciaire limite son contrôle à l'existence de concessions réciproques, vous vous devez de vous assurer, en outre, que le protocole transactionnel ne constitue pas, de la part de la collectivité publique, une libéralité. Il s'agit là d'une spécificité du droit administratif. Cette exigence découle du principe énoncé dans la célèbre jurisprudence Merguy selon lequel les personnes morales de droit public ne

peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas et par conséquent elles ne peuvent consentir de libéralité. Deux critères méthodologiques vous guident : vous devez apprécier les concessions consenties par les parties de manière globale (voyez la décision CE 9 décembre 2016 société Foncière Europe 391840) et il vous faut ensuite vérifier que les concessions consenties par l'administration ne soient pas manifestement disproportionnées par rapport à celles de son cocontractant⁵ pour ne pas entériner l'homologation. En l'espèce vous avez dûment répertorié les concessions de chaque partie : au final vous avez pu constater que les concessions réciproques étaient équilibrées et ne constituer donc pas une libéralité de la part de la personne publique ; par suite vous avez prononcé l'homologation.

IX) Parfois ce sera dans une moindre mesure le justiciable mais davantage le citoyen qui lit et écoute le compte rendu d'une décision de justice dans les médias qui va éprouver aussi ce même sentiment étrange : les réponses qui pour lui semblaient s'imposer, qui lui paraissaient évidentes n'ont pas reçu application. Il comprend difficilement pourquoi la solution retenue a été choisie. C'est le cas dans le domaine des crèches de Noël installées sur le domaine public ; en effet selon un sondage⁶ « 71 % des personnes interrogés voient dans les crèches « plus un élément de traduction culturelle qu'un symbole chrétien » et « 18 % seulement un symbole religieux ». L'incompréhension face à une annulation devient d'autant plus importante lorsque ce même citoyen apprend que deux années auparavant l'installation d'une crèche dans le hall de l'hôtel du département de Vendée n'a pas été annulée. En fait pour comprendre les réponses apparemment divergentes de la jurisprudence, il faut partir de la nature juridique des crèches de Noël. Depuis longtemps déjà, le Conseil d'Etat considère la crèche comme un objet mixte, à la fois cultuel et culturel. Ainsi tout dépend de la réponse à la question de savoir quelle est la dimension dominante de la crèche en cause ? Si la dimension culturelle de la crèche l'emporte elle sera autorisée, si sa dimension cultuelle domine elle sera interdite. Dans l'affaire n°20MA02679 - 2004880 jugée le 20 septembre 2021, vous avez appliqué la méthode, forgée par la jurisprudence, faite de plusieurs critères pour déterminer le caractère de la crèche. Vous avez noté que si les crèches de Beaucaire de 2017 et de 2018 avaient bien un caractère temporaire, elles respectaient toutefois la coutume religieuse, au regard de son installation le premier dimanche de l'Avent et de son démontage après la fête de la chandeleur, qui correspond à la présentation de Jésus au Temple, 40 jours après Noël. Vous avez ensuite noté l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif ; vous avez aussi mis en exergue la motivation qui a présidé à l'installation de la crèche et le discours

⁵ Conformément aux conclusions du président Rougevin-Baville dans la décision Merguy précitée, le juge administratif ne saurait refuser l'homologation par « le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieur au préjudice subi, à moins que la disproportion ne soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité ». En d'autres termes, il n'y a libéralité que lorsque les concessions consenties par l'administration sont manifestement disproportionnées par rapport à celles de son cocontractant.

⁶ Cité par la rapporteure publique Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur les deux affaires jugées le 9 novembre 2016 395122 commune de Melun et 395223 Fédération de la libre pensée de Vendée.

municipal qui l'a entouré : si le discours n'exprimait pas à proprement parler la reconnaissance d'un culte, il marquait tout de même une nette préférence religieuse, pour la religion qui a été celle de la France pendant des siècles. La dimension culturelle dominait sans aucun doute. Vous avez également précisé que s'il était loisible à la commune de Beaucaire, siège historique d'une sénéchaussée qui ne relevait pas de l'ancien parlement de Provence, de se référer aux traditions provençales, cette circonstance ne la dispensait pas de respecter les conditions légales que nous venons d'examiner et qui sont appréciées au regard des caractéristiques particulières de la crèche en question. Vous le voyez, au final il est facile de rendre une crèche culturelle comme il est également facile de la rendre cultuelle. En fin de compte ce n'est donc pas une crèche de Noël que vous avez interdite mais bien un emblème religieux car présenté comme il l'a été, il contrevenait au principe de neutralité des collectivités publiques envers les religions et surtout au principe d'égalité de toutes les religions de France.

Par ces motifs, vous le voyez face à un dossier il ne s'agit jamais de se contenter de la première impression, de la première idée, de la première question que suscite l'espèce. Vous l'avez vu aussi que le chemin qui va de la question à la réponse est semé d'embûches, d'écueils et de subtilités. Vous l'avez encore vu, rien n'est donné, ni la question qui ne saurait sortir facilement de la réalité juridique comme prête à recevoir une réponse, ni la réponse qui résulte toujours d'un choix entre plusieurs réponses possibles. Il faut trouver à chaque fois la bonne question et le bon degré de généralité du questionnement ; et celui-ci ne peut qu'émaner de l'espèce car au-delà des cas similaires, au fond chaque questionnement est unique car toute affaire n'est jamais parfaitement identique à une autre. Il vous faut trouver à chaque fois la meilleure réponse juridique possible entre plusieurs réponses possibles en droit.

Tel est le sens de nos conclusions