NEWSLETTER DU CREAM

N° 6 – JUIN 2019

EA 2038 - CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES ADMINISTRATIVES DE MONTPELLIER

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Transformer la fonction publique…

Ludivine CLOUZOT, Maître de conférences en droit public à l'Université de Montpellier

Telle est l'ambition du projet de loi actuellement en discussion au Parlement afin de rendre plus performant un Statut général de la fonction publique victime de ses rigidités chroniques. La transformation annoncée passe ainsi par le recours à des instruments désormais connus, dont l'élargissement du recours au contrat est la figure de proue, tout comme l'importation de techniques du secteur privé (ruptures conventionnelles) ou favorisant le recrutement de personnels venant du privé (contrats de projet). Dans cet ensemble, la fusion décriée entre les comités techniques et les CHSCT est certainement la mesure qui transfigurera le plus la fonction publique.

Ce texte technique, qui suscite d'intenses discussions, révèle d'emblée une mutation profonde du rôle des acteurs et de leurs méthodes traditionnelles : dialogue social à la fois prolifique (plus de 250 « amendements » ont été déposés par les organisations syndicales lors de l'étude du texte devant les conseils supérieurs) mais parfois contourné par le Gouvernement, organisations syndicales contraintes de se réinventer à l'heure où leur rôle a été fortement altéré par la crise des gilets jaunes, émergence probable de lignes directrices de gestion des personnels limitant considérablement le rôle des CAP…

Il masque surtout un grand oublié : le débat sur la formation des managers publics qui doivent être préparés à ce nouveau contexte pour ne pas manquer le virage de l'efficacité. Voilà révélés en creux par ce projet les rapports de force qui font aujourd'hui la fonction publique et qu'il faudra apprivoiser pour ne pas vider de son sens un Statut au potentiel sous-estimé.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Workshop du CREAM : « La sécurité publique locale »

Suite au succès rencontré par le premier workshop du CREAM sur la médiation, un second atelier a été élaboré sur la sécurité publique locale. À cette occasion, Monsieur le Sous-Préfet Jérôme MILLET, actuellement en poste auprès de la Sous-Préfecture de Lodève, nous a fait l'honneur de participer aux travaux. De nouveau, sont apportés les remerciements du laboratoire du CREAM pour la richesse des échanges qui ont nourri nos réflexions.

L'actualité juridique concernant les préoccupations en matière de sécurité a engendré une importante production tant législative que doctrinale quant à la réactualisation des dispositifs légaux en matière de sécurité publique. Toutefois, il s'agit d'un chantier juridique encore ouvert. À ce titre, il apparaît évident que tous les enjeux nationaux que l'on peut retrouver dans l'actualité ne manquent pas d'être abordés au niveau local sous une forme plus spécifique.

Monsieur le Sous-Préfet MILLET a ainsi commencé son intervention en rappelant quelques principes immuables afin que l'auditoire puisse bénéficier de précisions quant à l'organisation des Préfectures sur un territoire, comme des éléments pratiques d'approche concernant la gestion d'évènements pouvant potentiellement nuire à l'ordre public. Également, l'actualité des « gilets jaunes » a été abordée afin de mieux cerner les difficultés relatives à ces évènements.

Donnant à la fois des réponses riches et précises, mais aussi de nouvelles pistes de réflexion, l'atelier de travail s'est clôturé par la certitude d'avoir abordé une thématique riche tout en laissant une place considérable aux paramètres complexes visant à garantir, dans le futur, la sécurité publique. – *Karl BURGER*.

Au sommaire de ce numéro

- Droit des contrats publics p. 2
- Actes administratifs p. 2
- Droit administratif des biens p. 2
- Droit public économique p. 3
- Droit des collectivités territoriales p. 3
- Droit de la fonction publique p. 4
- Enseignement supérieur p. 4
- Droit de l'environnement p. 4
- Chronique du TA de Montpellier p. 5

Droit des contrats publics

Référé précontractuel et concessionnaire d'autoroutes : marchés oui, concessions non.

CE, 30 avril 2019, Sté Total Marketing, n° 426698.

Le contrat d'exploitation d'une aire de service passé par une société concessionnaire d'autoroutes relève du juge administratif, en ce qu'il emporte occupation du domaine public autoroutier. Cependant, il ne relève pas du juge du référé précontractuel. Cette société, bien que soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence par la loi du 6 août 2015, ne répond pas aux critères pour être qualifiée de pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice au regard de l'ordonnance concessions. À noter qu'il devra en aller de même au regard du code de la commande publique, qui n'a pas modifié ces critères. Par ailleurs, le code de la voirie routière n'ouvre le référé précontractuel qu'à l'égard des « marchés » de ces concessionnaires, le Conseil d'État en déduisant l'exclusion de leurs concessions. – ***Justine LAUER.***

Publication du guide de l'achat public innovant par l'Observatoire Économique de l'Achat Public, 29 mai 2019.

Fruit d'un groupe de travail entre acheteurs publics, institutionnels et des entreprises innovantes, ce guide donne avant tout un mode d'emploi du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 qui expérimente, pour une durée de trois ans, la dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence pour les « *achats innovants de moins de 100 000 euros HT* ».

Au menu, les méthodes de détection du caractère innovant de l'achat mais aussi les changements internes qui permettent de préparer les services à ce nouveau phénomène comme la technique du *sourcing*, déjà abordée dans le guide de l'achat public publié fin 2018. Le guide permet également de lever les potentielles ambiguïtés du décret, de l'exclusion des achats de R&D par le Code de la Commande Publique, à l'application du modèle européen du partenariat d'innovation. – ***Antoine OUMEDJKANE.***

Actes administratifs

Retour sur le contentieux des recommandations du Défenseur des droits

CE, 22 mai 2019, M. A..., n° 414410.

Le Défenseur des droits a été saisi suite à des faits de harcèlement moral et de discrimination dans une direction départementale de la cohésion sociale. Il avait recommandé, entre autre, une enquête interne contre la personne soupçonnée de ces faits.

La solution rendue par le Conseil d'État repose sur le caractère public de la recommandation rendue. Lorsque le Défenseur des droits ne rend pas publique sa recommandation, alors elle ne produit des effets que sur les personnes directement concernées. De plus, une telle recommandation n'a pas de force contraignante, elle « *recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier* » à une discrimination. Aussi, une recommandation ne saurait être autre chose qu'une indication non contraignante sur la façon dont il faut agir, elle ne s'impose aucunement aux personnes concernées. En toute hypothèse, une recommandation qui n'est pas rendue publique est donc insusceptible de recours pour excès de pouvoir.

A contrario, le Conseil d'État confirme le lien entre le choix de rendre publique une recommandation et l'effet produit sur les personnes tierces. Ainsi, il est possible d'affirmer qu'une recommandation rendue publique produit des effets sur les tiers et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin, le Conseil d'État confirme sa jurisprudence sur l'impossibilité de contraindre une autorité administrative indépendante à faire usage de son pouvoir de recommandation (CE, 18 octobre 2006, M. et Mme A, n° 277597). – ***Adrien BRUNEL.***

Droit administratif des biens

Application de la domanialité publique virtuelle

CE, 22 mai 2019, Association « Les familles A… B… C…du Gard », n° 423230.

Le Conseil d'Etat reconnait que des locaux municipaux jusque-là occupés par une crèche parentale disposent déjà des aménagements indispensables à l'activité de service public d'accueil à la petite enfance et peuvent ainsi être regardés comme étant des dépendances du domaine public de la commune. La mesure d'expulsion dirigée contre l'association assurant la gestion de la crèche, après décision du maire de ne pas renouveler la convention d'occupation de ces locaux afin d'y mettre en place un service public d'accueil à la petite enfance, relève de la compétence du juge administratif. Le Conseil d'Etat remarque par ailleurs que l'association était au fait de la volonté de la commune de mettre fin à la convention et n'a pas manifesté son intention de conserver le local. L'association n'est ainsi pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance par laquelle le juge des référés lui a enjoint d'évacuer les locaux. – ***Sabrina HAMMOUDI.***

Droit public économique

La sécurisation inachevée du statut des entreprises publiques locales

Loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales.

Cette loi trouve sa cause dans l'arrêt SMADC du Conseil d'Etat (14 nov. 2018, n° 405628). Ce dernier avait en effet interprété l'article L. 1531-1 du CGCT comme imposant une adéquation totale entre les compétences des collectivités actionnaires d'une SPL et l'objet social de cette dernière. Insatisfait de cette lecture restrictive qui, il faut l'admettre, réduisait beaucoup l'attrait de cet outil de coopération et de mutualisation, le Parlement a remis l'ouvrage sur le métier et a adopté, dans une ambiance consensuelle rare et avec une célérité remarquable, la loi précitée du 17 mai 2019. L'objectif immédiat et affiché d'assouplissement du lien entre compétences et objet social a conduit le législateur à préciser qu'une collectivité peut participer à une SPL, mais aussi à une SEML, SPLA ou SPLA-IN, dès lors que la réalisation de l'objet social concourt à l'exercice d'au moins une de ses compétences. Là est l'apport essentiel de la loi. Et, afin d'assurer une sécurisation maximale, son application a été étendue aux sociétés constituées antérieurement à son entrée en vigueur. Nécessaire, la loi du 17 mai 2019 se limite cependant à ce seul point alors qu'une réforme d'ensemble du statut des EPL apparaissait souhaitable. Le récent rapport de la Cour des comptes sur les SEML confirme que l'entreprise de sécurisation est loin d'être achevée. – ***Ferdi YOUTA***.

Privatisation du Groupe « Aéroport de Paris »

Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.
CC, 16 mai 2019, n° 2019-781 DC.

La privatisation des groupes Aéroport de Paris (ADP) et Française des jeux a été autorisée par le Parlement, dans un double-objectif affiché : contribuer au désendettement de l'État, et alimenter un fonds destiné à financer « *l'innovation de rupture* » (par les dividendes issus du placement du produit de la vente). L'alinéa 9 du préambule de 1946 interdit le transfert au secteur privé des entreprises publiques constituant un monopole de fait ou un service public national. Telles ne sont pas les qualités d'ADP. Même si cette société exploite, entre autres, « *les deux principaux aérodromes du pays* » et « *domine largement le secteur aéroportuaire français* », le Conseil l'estime en situation de concurrence « *croissante* » avec les opérateurs aussi bien régionaux qu'européens. Il note également l'existence de mode de transports substituables pour plusieurs liaisons, et donc une concurrence « *par la route* » et ferroviaire. La qualification de monopole de fait est ainsi écartée. De même, celle de service public national est aussi écartée : faute pour la Constitution d'ériger comme tel l'aménagement, l'exploitation et le développement des aérodromes pris en charge par ADP, cette qualification était laissée à la discrétion du législateur, lequel n'a pas « *jusqu'à présent* » manifesté pareille volonté. Ainsi, les dispositions de la « loi PACTE » autorisant la privatisation d'ADP sont validées. On notera qu'en parallèle de la procédure législative, une procédure de référendum d'initiative partagée a été engagée, qui vise à faire obstacle à la privatisation d'ADP en l'érigeant, justement, au rang de service public national. Cette proposition de loi a été jugée conforme à la Constitution et le recueil des signatures est en cours (CC, 9 mai 2019, n°2019-1 RIP). – ***Justine LAUER***.

Droit des collectivités territoriales

« Faux-départ » d'une communauté de communes en raison d'un vice de procédure

CE, 24 avril 2019, Communauté de Communes du Vexin-Normand et autres, n° 419842.

Par deux arrêtés le Préfet de l'Oise avait autorisé deux communes à quitter la communauté de communes du Vexin-Thelle pour rejoindre celle du Vexin-Normand. Manifestement mécontente de cette défection, la communauté de commune de départ a cependant obtenu la suspension de ces décisions par le biais d'un référé exercé devant le Tribunal Administratif d'Amiens.
Le juge des référés amiénois s'était basé sur la consultation irrégulière de la commission départementale de la coopération intercommunale par le Préfet de l'Oise. Conformément à l'article L.5211-45 du CGCT, celle-ci devait obligatoirement être saisie en formation restreinte concernant le retrait de communes d'un EPCI. En l'espèce la commission avait été saisie en formation plénière.
Devant le Conseil d'État, les communes requérantes ainsi que leur EPCI d'arrivée soutenaient que cette circonstance était sans conséquence sur la légalité de l'avis rendu. La Haute-Juridiction refuse catégoriquement ce raisonnement et rappelle que la formation restreinte permet une meilleure représentativité des communes et des EPCI en excluant les conseillers départementaux et régionaux de la consultation. Elle confirme en cela la suspension des arrêtés litigieux. – ***Antoine OUMEDJKANE***.

Droit de la fonction publique

Sanctions disciplinaires au sein de l'administration pénitentiaire

CC, 10 mai 2019, n° 2019-781-QPC, M. Grégory M.

Le Conseil d'État a saisi le Conseil constitutionnel de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article 3 de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, dans sa rédaction issue de la loi n° 92-125 du 6 février 1992, en ce qu'il prévoit que les grévistes de l'administration pénitentiaire pourront être sanctionnés « *en dehors des garanties disciplinaires* ». Le Conseil constitutionnel censure cette disposition pour méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Cet article prévoit notamment qu'aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne peut être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés. Or, en prévoyant la possibilité d'infliger des sanctions « *en dehors des garanties disciplinaires* » aux agents pénitentiaires grévistes, le législateur a méconnu le principe du contradictoire. – ***Léa NAVEL***.

Droit de la fonction publique

Exceptions au principe de non-rétroactivité d'une admission à la retraite

CE, 6 mai 2019, Mme Douhil, n° 418482.

Les décisions administratives ne peuvent légalement disposer que pour l'avenir. Ainsi énoncée, cette règle jurisprudentielle ne semble souffrir d'aucune exception, sauf texte contraire. Pourtant, en matière de fonction publique, le Conseil d'État admet d'y déroger de manière prétorienne.

Ainsi, s'agissant d'une décision relative à la carrière d'un fonctionnaire, qu'il soit civil ou militaire, l'employeur peut, en dérogation à cette règle générale, lui conférer une portée rétroactive dans la mesure nécessaire pour assurer la continuité de la carrière de l'agent intéressé ou procéder à la régularisation de sa situation (à propos d'une mutation rétroactive illégale : CE, 17 mars 2004, M. Hogard, n° 225426).

La décision commentée précise, plus particulièrement, les exceptions au principe d'illégalité d'une admission à la retraite rétroactive. La Haute juridiction reconnaît la faculté pour l'employeur de conférer à une décision d'admission à la retraite une portée rétroactive, si cette rétroactivité s'avère nécessaire pour tirer les conséquences de la survenance de la limite d'âge, pour placer l'agent dans une situation régulière ou pour remédier à une illégalité.

En l'espèce, la rétroactivité a été jugée illégale, faute d'avoir présenté un caractère nécessaire pour placer l'intéressée, qui était en congé de maladie pour maladie professionnelle durant la période en cause, dans une situation régulière. – ***Jérémy RAYNAL***.

Droit de l'environnement

Intégration des études de faisabilité environnementale à l'étude d'impact d'une opération d'aménagement

Décret n° 2019-474 du 21 mai 2019 pris en application du dernier alinéa de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme.

Le décret du 22 mai 2019 apporte des précisions quant à l'étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables qui, depuis la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009, doit être réalisée pour toute action ou opération d'aménagement faisant l'objet d'une étude d'impact.

Dorénavant, l'article R. 122-5 du code de l'environnement prévoit que cette étude de faisabilité doit obligatoirement être intégrée à l'étude d'impact qui comprend, outre les conclusions de cette étude, une description de la façon dont il en est tenu compte. – ***Léa NAVEL***.

Enseignement supérieur

Pas de doute sérieux sur la légalité de l'augmentation des frais d'inscription à la rentrée universitaire 2019

CE, ord., 21 mai 2019, UNEDESEP et a., n° 430122.

Trois associations étudiantes ont introduit un référé-suspension contre l'arrêté fixant les droits d'inscription de 2770 à 3770 euros pour les étudiants étrangers ressortissants d'un Etat non-membre de l'UE. Les associations invoquaient notamment une discrimination devant le droit d'égal accès à une formation professionnelle. Le Conseil d'Etat relève qu'il existe un nombre important de dérogations, de mesures d'accompagnement et un dispositif transitoire pour ces étudiants. N'ayant pas vocation à résider durablement sur le territoire hormis pour poursuivre leurs études, ils sont dans une situation différente des étrangers issus de l'UE, justifiant une telle différence de traitement. Le Conseil d'Etat précise en outre, que ces frais demeurent inférieurs au coût réel de formation. – ***Sonia MEZGHENNA***.

Les conditions de recours au marché de conception-réalisation n'étaient pas remplies !

TA Montpellier, 28 mars 2019, M. O... c. Commune de Narbonne n° 1704222 et n° 1900454.

Saisi par un conseiller municipal de Narbonne d'un « recours Tarn-et-Garonne » (CE, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994), le Tribunal administratif de Montpellier prononce la résiliation d'un marché de conception-réalisation conclu par la commune de Narbonne le 8 août 2017 pour la réalisation d'une salle multimodale.

Le projet de la commune était constitué d'une salle principale – destinée aux évènements sportifs, culturels ou économiques d'envergure – d'une salle secondaire – permettant l'entraînement des sportifs et la tenue d'évènements moins importants – ainsi qu'un ensemble d'espaces extérieurs nécessaires au bon fonctionnement des lieux. L'ouvrage prévu devait être modulable, la commune souhaitant que la salle principale puisse accueillir le public dans une configuration de type « zénith » – avec un grand nombre de places assises ou debout – ou dans une configuration de type « arène » – avec des places uniquement assises, en nombre plus réduit.

Le Tribunal a cherché à déterminer si les conditions de recours au marché de conception-réalisation, telles que prévues à l'article 18 de la loi du 12 juillet 1985, dite « loi MOP », et à l'article 34 du Code des marchés publics, sont respectées. Tel n'est pas le cas : en particulier, le projet de la commune n'impliquait pas « *un mode de construction spécifique, présentant des difficultés techniques particulières telles qu'elles auraient nécessité d'associer les entrepreneurs aux études de l'ouvrage* ». Pour le Tribunal, la spécificité du mode de construction aurait pu résulter aussi bien des dimensions de l'ouvrage, des matériaux utilisés ou des contraintes acoustiques, que des exigences techniques propres au caractère modulable de la salle. Mais la polyvalence même de l'ouvrage, et les difficultés qui peuvent en découler lors de l'utilisation effective de la salle modulable, ne constituent pas en elles-mêmes un motif d'ordre technique justifiant le recours au marché de conception-réalisation

Le marché conclu par la commune de Narbonne est, par conséquent, contraire aux règles de passation, et ne peut être régularisé. Aux yeux du Tribunal, le recours injustifié au marché de conception-réalisation est une illégalité telle, par sa nature et sa portée, que l'interruption de l'exécution du contrat s'impose. Toutefois, cette illégalité ne présente pas en l'espèce une gravité suffisante pour justifier l'annulation du contrat, et l'interruption immédiate des travaux porterait atteinte à l'intérêt général : c'est pourquoi le Tribunal choisit de prononcer une résiliation différée.

– *Manon ZARPAS*.

À retenir

Colloque

- **1er, 2 et 3 juillet 2019 –** 2e Université d'été de la Société Française de Finances Publiques
  Lieu : IPAG de Montpellier, Campus « Richter », rue Vendémiaire, Bâtiment B
  Programme et bulletin d'inscription sur **www.sffp.fr**

CONTRIBUTEURS À CE NUMÉRO (ordre alphabétique) :
Alexandre BELLOTTI, *doctorant* / Adrien BRUNEL, *ATER* / Karl BURGER, ATER / Sabrina HAMMOUDI, *doctorante* / Justine LAUER, *DCCE* / Sonia MEZGHENNA, *doctorante* / Léa NAVEL, *doctorante* / Antoine OUMEDJKANE, *DCCE* / Jérémy RAYNAL, docteur / Manon ZARPAS, DCCE.