NEWSLETTER DU CREAM

N° 9 – OCTOBRE 2019

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

L'État, l'entreprise et l'intérêt général

Pascale IDOUX, Directrice du département scientifique Droit et Science politique de l'Université de Montpellier

Les enseignements de l'actualité récente pourraient s'avérer trompeurs quant aux relations entre État, entreprise et intérêt général.

En apparence, une distanciation accrue, au fil des privatisations et autres cessions minoritaires qui témoignent d'un recul de la sphère d'influence de l'État actionnaire, lequel a incarné, jusqu'à un passé récent, la mobilisation des grandes entreprises nationales mises au service des grands intérêts stratégiques comme de ceux des usagers. En profondeur, des liens sans cesse plus étroits, mieux utilisés désormais par une action publique plus pragmatique, mobilisant indifféremment les acteurs publics et privés pour optimiser l'apport de chacun à la recherche du bien commun. Aussi les perspectives ouvertes par la nouvelle rédaction de l'article 1833 du code civil sont-elles immenses, y compris pour les actionnaires publics, que l'on a parfois bien naïvement cru devoir enfermer dans un intérêt patrimonial à court terme pour mieux répondre aux exigences contemporaines.

Selon cette disposition, « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Gageons que bien des entrepreneurs, publics et privés, se reconnaîtront dans la dynamique d'ouverture réciproque officialisée par la loi PACTE (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises*).

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Orientation des mobilités, une réforme bien pilotée

Projet de loi d'orientation des mobilités.

Ironie du sort ou hasard des mots, c'est au terme d'une flexueuse navette parlementaire que la réforme des transports du gouvernement s'apprête à voir le jour. Présenté en Conseil des ministres fin 2018, le projet de loi d'orientation des mobilités avait été adopté, avec modifications, par l'Assemblée nationale et le Sénat ; des divergences que le passage en commission mixte paritaire n'avait pu résoudre. Le projet de loi a été définitivement adopté le 17 septembre 2019 par les députés qui auront, nonobstant le dissentiment des sénateurs, le dernier mot sur le texte.

Ambitieuse mais nécessaire, cette réforme poursuit – de l'annonce du gouvernement – un quadruple objectif :

1°. *Sortir de la dépendance automobile* : afin d'éradiquer les zones blanches de la mobilité, le projet réécrit l'article L. 1231-1 du code des transports et élargit la liste des groupements et collectivités bénéficiant de la qualité d'autorité organisatrice de la mobilité, impliquant ainsi d'importants transferts de compétence.

2°. *Encadrer les nouvelles mobilités* : face au vide normatif sur la régulation des nouveaux modes de transport (hoverboards, trottinettes électriques, …), le texte prévoit que les maires pourront encadrer leur déploiement en *free floating*.

3°. *Réussir la transition écologique* : forfait mobilité durable, développement du véhicule électrique, Plan vélo, nombreuses seront les mesures à finalité écologique.

4°. *Programmer des investissements dans les infrastructures de transport* : à hauteur globale de près de 14 milliards d'euros, à fin de modernisation des réseaux français.

Assurément, la réforme des mobilités est En Marche ! – *Thibault THUILLIER-PENA*.

Au sommaire de ce numéro

- Droit de la fonction publique p. 2
- Droit de l'urbanisme p. 2 & 3
- Droit des contrats publics p. 2 & 3
- Contentieux administratif p. 3
- Droit public du numérique p. 4
- Droit des libertés fondamentales p. 4
- Droit de l'environnement p. 4

©

Droit des contrats publics

Ça se corse pour l'appréciation des offres

CE, 20 septembre 2019, Collectivité territoriale de Corse, n° 421075.

Le règlement de la consultation est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne saurait donc conclure un marché public avec un candidat dont l'offre serait irrégulière (CE, 23 nov. 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494). Le présent arrêt invite à distinguer les éléments nécessaires, de ceux qui sont simplement utiles à l'appréciation d'une offre. Alors que la présence des premiers est une condition pour la régularité de l'offre, l'absence des seconds pourra simplement être sanctionnée par une note égale à zéro lors de la notation. Reste néanmoins à savoir quels éléments sont utiles sans être nécessaires. En l'espèce, « *l'offre ne comportait pas certaines informations, relatives notamment aux matériaux utilisés pour la réalisation des travaux et à leurs fiches techniques* ». Or, au regard des prescriptions du règlement de consultation, l'absence de ces pièces rendait l'offre retenue irrégulière, justifiant de fait l'annulation du marché public de travaux. – ***Ugo ASSOUAD.***

Fonction publique

Conséquences du placement en congé maladie d'un fonctionnaire maintenu en activité

CE, 20 septembre 2019, M. B., n° 423639.

Pour le Conseil d'État, il résulte des articles 1-1 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 et 14 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 que le placement en congé de longue maladie ou de longue durée d'un agent maintenu en activité peut justifier l'abrogation, par l'autorité compétente, de la décision de maintien en activité au motif que la condition d'aptitude physique n'est plus satisfaite. Cette décision peut être retirée dans un délai de quatre mois lorsque cette condition n'est pas remplie dès le début de la période de prolongation d'activité.
En revanche, le ministre chargé des pensions n'a pas la faculté de refuser de prendre en compte la prolongation d'activité correspondante au titre de la constitution et de la liquidation du droit à pension, tant que la décision de maintien en activité n'a pas été abrogée ou retirée. – ***Jérémy RAYNAL.***

Droit des contrats publics

Quelques « tuyaux » à propos de la candidature des personnes publiques

CE, 18 septembre 2019, Société des eaux de Corse, n° 430368.

Si une personne publique peut se porter candidate à un contrat de la commande publique, c'est sous réserve que l'objet du contrat entre dans le champ de sa compétence. Les collectivités territoriales ou leurs établissements de coopération doivent justifier d'un intérêt public local (CE, Ass., 20 déc. 2014, *Sté Armor SNC*, n° 355563), les établissements publics quels qu'ils soient devant par ailleurs respecter le principe de spécialité (CE, 18 sept. 2015, *Assoc° de gestion du CNAM des pays de la Loire*, n° 390041). Le juge du référé précontractuel contrôle ces deux points (ibid.). Toutefois, et fort logiquement, l'établissement public de coopération n'a pas à justifier d'un intérêt public local lorsqu'il tient sa compétence directement de la loi et du règlement, comme en l'espèce.
Du reste, la personne publique candidate doit tenir compte de l'ensemble des coûts directs et indirects dans la détermination de son prix et ne doit pas tirer un avantage concurrentiel de sa situation de personne publique (CE, avis, 8 nov. 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*). Il est jugé désormais, qu'il appartient à l'autorité concédante de demander la production de justificatifs pour s'en assurer « *dès lors que l'équilibre économique de l'offre (…) diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats* », et qu'il appartient au juge du référé précontractuel d'exercer un contrôle sur ce point. – ***Justine LAUER.***

Droit de l'urbanisme

Référé suspension contre une autorisation d'urbanisme en appel : précisions sur l'applicabilité de la loi ELAN aux procédures en cours

CE, ord., 25 septembre 2019, Commune de Fosses, n° 429680.

Un référé-suspension a été formé, au stade de l'appel, à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme. L'occasion était de préciser les conséquences de l'entrée en vigueur du nouvel article L. 600-3 du code de l'urbanisme, limitant la possibilité d'introduire un référé-suspension à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme avant l'échéance du délai de cristallisation des moyens prévu à l'article R. 600-5 du même code, sur les procédures en cours. L'arrêt retient que les dispositions de la loi ELAN s'appliquent, en première instance, à toutes les requêtes pendantes au 1er janvier 2019 si ce délai a commencé à courir postérieurement à cette date. En cause d'appel, si le jugement a été rendu avant le 1er janvier 2019, ce délai bénéficie aux requérants à compter de cette date ou à compter de la date d'enregistrement de l'appel si elle est plus tardive. – ***Fabien PY.***

Droit de l'urbanisme

Pas d'urgence pour le requérant au pied du mur

CE, ord., 23 septembre 2019, M. A. c. Maire de Vineuil-Saint-Firmin, n° 424270.

Le refus du maire de dresser un procès-verbal à l'encontre du bénéficiaire d'un permis de construire qui n'en a pas respecté les prescriptions a fait l'objet d'une demande de suspension par le voisin. Un mur a été édifié contre sa propriété en méconnaissance du permis. Saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'ordonnance du Tribunal administratif d'Amiens, le Conseil d'État rejette la demande de suspension au motif tiré du défaut d'urgence. En effet, après avoir rappelé la méthode d'appréciation de l'urgence en référé suspension bâtie en 2001 au travers de l'ordonnance *Confédération nationales des radios libres*, le Conseil d'État affirme, qu'en la matière, elle ne se présume pas et que la condition d'urgence ne pouvait, « *au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire* », être considérée comme remplie. Au pied du mur, son recours au fond dispose néanmoins de chances de succès eu égard à l'insistance du juge sur la situation de compétence liée dans laquelle se trouve le maire lorsqu'il est question de dresser un procès-verbal sur le fondement de l'article L. 480-1 du code de l'urbanisme. – ***Fabien PY.***

Contentieux administratif

Exigence d'une décision préalable en référé-provision

CE, 23 septembre 2019, M. A., n° 427923.

Si l'on sait que les demandes tendant au versement d'une somme d'argent ne sont pas réellement dirigées contre les décisions s'y refusant (CE, 11 juin 2003, *Colin*, n° 248865,), le nouvel article R. 421-1 CJA issu du décret JADE généralise absolument l'obligation d'attaquer une décision préalable. Les juges du fond s'interrogeaient depuis sur la nécessité d'une telle décision pour mettre en œuvre le référé-provision de l'article R. 541-1 (v. CAA Paris, 20 juin 2019, n° 18PA04069). Auparavant, ni demande préalable ni décision n'étaient exigées (CE, sect., 10 juillet 2002, *SARL Grey Diffusion*, n° 244411). Empruntant une logique reposant tant sur son objet que sur l'ambition d'obtenir un règlement rapide, le référé-provision se voyait ainsi dispensé par la jurisprudence de l'obligation de « liaison du contentieux » (comp. CE, 4 mai 2016, n° 396332).

Cette solution ne pouvait être maintenue en raison de la rédaction de l'article R. 421-1 CJA aux termes duquel « *lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle* ». Il était en effet difficile d'y découvrir une ambiguïté donnant prise à amendement jurisprudentiel.

Le Conseil d'Etat choisit alors de privilégier les avantages espérés d'un échange pré-juridictionnel, considérant « *qu'en admettant la recevabilité de la demande de provision alors que l'intéressé n'avait pas saisi l'administration d'une demande préalable, le juge des référés a entaché l'ordonnance d'erreur de droit* ». On pourra s'interroger cependant sur la formulation qui, formellement, n'exige qu'une demande sans rien dire de la décision prise sur celle-ci (comp. CE, avis, sect., 27 mars 2019, *Rollet*, n° 426472). – ***Matthieu DIDIERLAURENT.***

Droit des contrats publics

Le rythme de croisière de l'action directe : mandataires et maîtres d'ouvrage dans le même bateau

CE, 18 septembre 2019, SEMSAMAR, n° 425716.

Le sous-traitant de premier rang peut dans certains cas diriger son action en paiement direct contre le mandataire du maître d'ouvrage public, aussi peut-il demander la condamnation solidaire du maître d'ouvrage et de son mandataire. Dans les mêmes cas, il pourra présenter une demande de provision en référé dans le cadre de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative. Évidemment, de telles actions ne lui seront ouvertes que conformément à l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975, aujourd'hui repris à l'article L. 2193-11 du Code de la commande publique : le sous-traitant aura été accepté et ses conditions de paiement auront été agréées. De plus, lorsque le sous-traitant poursuit le paiement des sommes qu'il estime lui être dues auprès du mandataire, il faut et il suffit que ce versement soit au nombre des missions prévues par la convention de mandat. En l'espèce, le syndicat intercommunal d'alimentation en eau et assainissement de la Guadeloupe avait attribué un marché pour la construction et le raccordement d'une station d'épuration, et conclu en parallèle un mandat de maîtrise d'ouvrage publique avec la société communale de Saint-Martin (SEMSAMAR). Cette dernière avait accepté la société Eiffage Énergie Systèmes – Guadeloupe en qualité de sous-traitant et agréé ses conditions de paiement. Dans la mesure où le mandat chargeait la SEMSAMAR « *du règlement des prestations accomplies par les entreprises intervenant sur le chantier* », l'action directe d'Eiffage pouvait être dirigée contre elle, et sa condamnation solidaire demandée, y compris en référé-provision. – ***Justine LAUER.***

Droit du numérique

Précisions sur le « droit à l'oubli »

CJUE, gde ch., 24 septembre 2019, GC e.a., aff. C-136/17 ; même jour, Google, aff. C-507/17.

La Cour de justice apporte des précisions sur la portée du « droit à l'oubli », consacré dans son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014 (aff. C-131/12), selon lequel toute personne peut demander, sous certaines conditions, le déréférencement de certains résultats associés à ses noms et prénoms sur un moteur de recherche. Dans sa première décision la Cour précise les conditions dans lesquelles une personne peut obtenir le déréférencement de liens renvoyant à des sites internet contenant des informations sensibles à son égard (religion, opinion politique, condamnations pénales…). Dans sa deuxième décision, la Cour limite la portée du déréférencement auquel un exploitant de moteur de recherche, tel que Google, est tenu de procéder au territoire de l'Union européenne. Les résultats supprimés resteront donc accessibles en cas de recherches effectuées hors de l'Union. – ***Léa NAVEL***.

Libertés fondamentales

Aller, circuler… Fraternité ?

CC, déc. n° 2019-805 QPC, 27 septembre 2019, Union de défense active des forains et autres

Plusieurs associations représentant les gens du voyage contestaient l'article 9 de la loi du 5 juillet 2000, récemment révisée. Dans sa nouvelle mouture, la loi prévoit qu'une commune peut prendre des arrêtés interdisant l'installation d'habitations mobiles en dehors des aires d'accueil, à condition de remplir certaines conditions en termes de capacité et de qualité d'accueil. La loi détaillait par la suite la possibilité d'une mise en demeure et d'une expulsion forcée par le préfet, à la demande du maire, en cas de non-respect de l'arrêté. Invoquant la liberté d'aller et venir, mais aussi le principe de fraternité dont le Conseil constitutionnel fait usage pour la seconde fois, les requérants n'obtiennent pas gain de cause. Les juges relèvent en effet une juste conciliation entre les droits atteints et les objectifs d'ordre public poursuivis par le législateur. Le III de l'article prévoit tout de même que, dans le cas où les gens du voyage sont propriétaires du terrain qu'ils occupent, ces dispositions ne s'appliquent pas. Or, il omet de renvoyer au I bis de l'article et permet, *de facto*, d'exclure cette exception dans le cas des communes non membres d'un EPCI. L'abrogation doit cependant être différée, sans quoi c'est toute l'exception qui sera supprimée, menant à une violation massive du droit de propriété. Le législateur, qui semble avoir commis une omission de renvoi, a donc jusqu'au 1er juillet 2020 pour corriger cette erreur matérielle. – ***Antoine OUMEDJKANE***.

Environnement

Du nouveau en matière d'études d'impact environnemental

Guide de lecture de la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du code de l'environnement.

Ce nouveau guide de lecture, publié par le Commissariat général au développement durable, actualise et précise la nomenclature des études d'impact annexée à l'article R. 122-2 du code de l'environnement, à l'attention des porteurs de projet et des acteurs de l'évaluation environnementale. Il modifie et diminue la liste de projets, plans et programmes soumis de manière systématique à une évaluation environnementale et étoffe la liste de ceux devant faire l'objet d'un examen au cas par cas afin de déterminer, au regard de leurs possibles impacts notables sur l'environnement, si une évaluation environnementale doit être réalisée. – ***Léa NAVEL***

Une naturelle séparation fonctionnelle en matière environnementale

CE, 20 septembre 2019, Association « Sauvons le paradis » et al., n° 428274.

Dans l'hypothèse où l'autorité publique compétente pour autoriser un projet susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement est en même temps chargée de la consultation en matière environnementale, le droit de l'Union européenne impose, afin de garantir un exercice objectif de la mission de consultation, que l'entité administrative interne rendant l'avis dispose d'une autonomie réelle concrétisée par des moyens administratifs et humains propres (CE, 30 déc. 2017, n° 400559). Lorsque l'autorité compétente pour autoriser le projet est le préfet de région, si les missions régionales d'autorité environnementale remplissent les conditions de la séparation fonctionnelle, il n'en va en principe pas de même pour les services, notamment les D.R.E.A.L., placés sous son autorité hiérarchique. – ***Ferdi YOUTA***.

CONTRIBUTEURS À CE NUMÉRO (ordre alphabétique) :
Ugo ASSOUAD, *DCCE* / Alexandre BELLOTTI, doctorant / Matthieu DIDIERLAURENT, *doctorant* / Justine LAUER, *DCCE* / Léa NAVEL, *doctorante, ATER* / Antoine OUMEDJKANE, *DCCE* / Thibault THUILLIER-PENA, *DCCE* / Fabien PY, *DCCE* / Jérémy RAYNAL, *avocat au barreau de Montpellier, docteur.*

CREAM – UFR Droit et Science Politique ; 39 Rue de l'Université – 34060 Montpellier / Contact : newsletter.cream@gmail.com