NEWSLETTER DU CREAM

N° 11 – DÉCEMBRE 2019

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

La décentralisation : grands équilibres ou profonde illisibilité ?

Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, Maître de conférences à l'Université de Perpignan, chercheur associé au CREAM.

L'actualité juridique ne cesse de nourrir la critique d'un troisième mouvement décentralisateur impossible à systématiser. Le débat médiatisé sur les arrêtés anti-pesticides permet un retour sur le concours de pouvoirs de police spéciale (nationale) et locale (générale) ; il interroge au moins autant sur le sens actuel de la fonction de la compétence « police municipale » en droit administratif. La loi d'orientation des mobilités, adoptée le 19 novembre, entend substituer à une compétence enchevêtrée une « gouvernance » qui ne l'est pas moins, insérant par exemple un mécanisme de transfert vers les communautés de communes sans caractère automatique, prévoyant l'intervention par défaut de la région et un mécanisme de retour futur. Autre va-et-vient : la compétence « tourisme », transférée à l'intercommunalité par la loi NOTRe en 2015, a connu une clause de retour circonscrite ouverte en 2016 que le projet de loi « Engagement dans la vie locale et action publique » en discussion tend à ressusciter partiellement.

Si les grands équilibres territoriaux voulus par la loi demeurent introuvables, chaque réforme rend plus prégnant le besoin de clarification de la décentralisation, de clefs de lecture et des notions structurantes auxquelles le législateur ne prête plus guère d'attention. Elle n'est, toutefois, qu'un chapitre d'un droit administratif en mutation(s) subissant les assauts de l'actualité, ponctuelle ou fondamentale. Une réalité qui rend précieux un exercice de veille affûtée, critique et opérationnelle auquel se livre la *Newsletter* du CREAM depuis maintenant un an et, souhaitons-le, pour longtemps.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Une première victoire des arrêtés municipaux dans la lutte contre les pesticides !

TA de Cergy-Pontoise (ord.), 8 novembre 2019, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Commune de Gennevilliers et Commune de Sceaux, nos 1912597, 1912600.

Voilà quelques mois que la jurisprudence fleurit aussi vite que l'on épand des herbicides dans un champ de maïs. Parmi les récentes décisions concernant le contentieux des arrêtés municipaux anti-pesticides, les deux ordonnances rendues par le TA de Cergy-Pontoise sont remarquables. Avant tout en ce qu'il s'agit d'un rejet inédit d'une demande de suspension d'un tel acte ; les juridictions administratives ayant jusqu'alors prononcé la suspension (par ex. TA Versailles, 20 sept. 2019, n° 1906708) voire l'annulation (par ex. TA Rennes, 25 oct. 2019, n° 1904029) des arrêtés des édiles les plus militants, incompétents à règlementer un domaine organisé par une police spéciale (art. L. 253-1 et s. du code rural et de la pêche maritime). C'est par la mobilisation de l'exception tenant à l'existence d'un péril imminent – dont on pouvait douter de la survivance depuis la jurisprudence *Commune de Valence* (CE, 24 sept. 2012, n° 342990) – que le juge des référés valide l'arrêté querellé, avec une audace d'autant plus grande qu'il se fonde sur une présomption « *de dangerosité et de persistance dans le temps des effets néfastes pour la santé publique et l'environnement* » des pesticides. Un conflit juridique dont l'issue dépend aussi du politique : le pouvoir réglementaire doit encadrer, nécessairement avant la fin de l'année (CE, 26 juin 2019, *Association Générations Futures*, n° 415426), l'utilisation des pesticides. Espérons pouvoir compter sur la sagesse du gouvernement à encadrer strictement l'usage de ces substances très critiquées pour enfin, comme nous l'enseignait déjà Voltaire, mieux « *cultiver notre jardin* ». – ***Thibault THUILLIER-PENA***.

Au sommaire de ce numéro

- Droit de la fonction publique p. 2
- Droit des contrats administratifs p. 2
- Droit du numérique p. 3
- Contentieux administratif p. 2 & 3
- Responsabilité administrative p. 4
- Droit public économique p. 4
- Droit de l'environnement p. 4
- Chronique du TA de Montpellier p. 5

©

Contentieux administratif

Précisions sur le désistement d'office

CE, 13 nov. 2019, n°s 417855 et 422938.

Par ces deux décisions, qui figureront aux Tables du Recueil, le Conseil d'État apporte d'utiles précisions sur le désistement d'office (CJA, art. R. 612-5-1) On sait que lorsqu'une partie est représentée devant un TA ou une CAA par un avocat, les actes de procédure ne sont en principe accomplis qu'à l'égard de ce mandataire (CJA, art. R. 431-1).
Il en va ainsi de l'acte par lequel la juridiction invite le requérant à confirmer le maintien de ses conclusions sous peine de désistement d'office. En l'absence de réponse de l'avocat, y compris lorsqu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle, le requérant est réputé s'être désisté de sa demande, sans qu'il y ait lieu pour la juridiction ni de mettre en demeure le mandataire, ni d'informer le requérant de l'absence de réaction de ce dernier. C'est donc peu dire que les conseils doivent faire preuve de diligence. – *Ferdi Youta.*

Droit de la fonction publique

Précisions du régime applicable aux agents publics refusant la transformation de leur CDD en CDI

CE, 8 nov. 2019, Ministre de l'éducation nationale c. Mme Leodice, n° 408514.

Un agent public refusant la transformation de son CDD en CDI ne peut être regardé comme involontairement privé d'emploi à moins que le refus de l'agent soit justifié par un motif légitime, notamment la modification injustifiée d'un élément substantiel de son contrat. En l'espèce, un professeur contractuel de l'enseignement secondaire a refusé la transformation de son CDD en CDI car cela impliquait une extension du périmètre géographique dans lequel l'agent serait amené à exercer ses fonctions. Le Conseil d'État considère que cette extension, bien que représentant une modification substantielle du contrat, était néanmoins nécessaire pour les besoins du service. L'agent ne pouvait ainsi demander le bénéfice de l'allocation d'assurance pour perte d'emploi. – *Sabrina Hammoudi.*

Droit des contrats administratifs

Auto-notation non autorisée

CE, 22 novembre 2019, Société Autocars Faure, n° 418460.

Une méthode de notation des offres ne peut laisser le candidat fixer lui-même la note qu'il estime devoir lui être attribuée et qui ne pourra être vérifiée qu'au stade de l'exécution, au besoin sanctionnée par l'infliction de pénalités. En l'espèce, il était question d'un marché de transports, et les candidats étaient invités à noter eux-mêmes le niveau de qualité de service qu'ils s'estimaient en mesure de garantir (propreté et ambiance du véhicule, ponctualité, respect du code de la route, qualité de l'accueil), ce qui était insusceptible d'une évaluation objective au stade de l'analyse des offres par l'acheteur, et donc de nature à priver le critère de sa portée utile.

Un différend n'est pas indifférent

CE, 22 novembre 2019, Établissement Paris La Défense, n° 417752.

Est précisée la notion de « différend » entre titulaire du marché et acheteur, au sens des CCAG, qui déclenche le délai de forclusion dans lequel le premier doit présenter son mémoire en réclamation. En l'espèce, des déclarations orales faisant état d'un refus de l'acheteur d'honorer ses factures, en particulier suivies d'un premier paiement, ne caractérisaient pas l'existence d'un différend. Ce dernier ne peut résulter, en principe, que de deux situations : d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque faisant apparaître le désaccord ; sinon, du silence gardé par l'acheteur à la suite d'une mise en demeure l'invitant à se positionner dans un certain délai.

Intercommunalités : le contrat suit la compétence

CE, 7 novembre 2019, SEVEDE, n° 431146.

Une communauté de communes membre d'un syndicat mixte ayant transféré sa compétence en matière de déchets, ce dernier avait conclu un certain nombre de contrats. Par la suite, cette communauté de communes a été regroupée, par fusion, avec une autre communauté de communes et une communauté d'agglomération toutes deux extérieures au syndicat, au sein d'une communauté urbaine qui a alors refusé d'exécuter les contrats conclus par le syndicat mixte. Par l'effet de la loi, la compétence en matière de collecte et traitement des déchets ménagers avait néanmoins été retiré au syndicat puisque revenant de plein droit à la communauté urbaine (art. L. 5215-22 du CGCT). Le Conseil d'État confirme alors que « *dans l'hypothèse d'un retrait de la compétence transférée à un établissement public de coopération intercommunale, ses communes membres se trouvent de plein droit substituées à l'établissement pour l'ensemble des contrats en cours, quelle que soit leur nature, conclus par cet établissement pour l'exercice de cette compétence* », et quand bien même ils porteraient sur des biens de l'EPCI, et nonobstant les règles particulières applicables à certains contrats. Ici, la communauté urbaine se trouvait donc bien substituée de plein droit au syndicat mixte dans l'exécution de ses contrats relatifs aux déchets ménagers. – *Justine Lauer.*

Droit du numérique

La CNIL alerte sur les risques liés à l'utilisation de la reconnaissance faciale dans l'espace public

CNIL, « Reconnaissance faciale : pour un débat à la hauteur des enjeux », 15 nov. 2019.

Après avoir lancé officiellement un débat public en 2018 et plus récemment, retoqué des projets d'expérimentation de reconnaissance faciale au sein de lycées, la CNIL a publié un document attendu, prenant position sur cette nouvelle technologie. Très tôt, il est martelé que tout n'est pas souhaitable ou possible en la matière, et que les choix qui seront faits doivent être démocratiquement validés. C'est pourquoi la CNIL pose aussi les termes du débat en expliquant précisément ce qu'est la reconnaissance faciale et quels en sont les enjeux.
Elle rappelle en premier lieu la pluralité d'utilisations de la reconnaissance faciale, celles-ci ne mettant pas en jeu le même degré de contrôle sur les données personnelles. Mais, en tant qu'elle concerne les données biométriques, la reconnaissance faciale met en jeu des données sensibles au sens du RGPD qui interdit, par principe, le traitement de telles données. Lorsque de tels traitements sont admis, une sécurisation particulière doit donc être envisagée.
La CNIL relève également un paradoxe : celui d'une technologie au fort potentiel de surveillance mais dont la fiabilité fait encore largement défaut. C'est pourquoi elle réaffirme enfin son rôle de contrôleur indépendant des expérimentations au cœur duquel elle place la personne. – ***Antoine Oumedjkane.***

Contentieux administratif

Responsabilité et injonctions : l'imbroglio

CE, sect., 6 décembre 2019, Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill, n° 417167.

La décision réitère la substance de solutions déjà connues : le pouvoir d'enjoindre à la personne publique de mettre fin à un comportement fautif ou d'en pallier les effets relève de l'office du juge, saisi de conclusions en ce sens, à l'occasion d'un recours tendant à la réparation d'un préjudice imputable à la personne publique (CE, 27 juillet 2015, *M. B. c. Cne d'Hébuterne*, n° 367484). Aussi, lorsque le recours tend à l'indemnisation de dommages de travaux publics, pareille injonction est possible, y compris en cas de dommages permanents lorsque le préjudice trouve sa cause au moins pour partie dans la faute du propriétaire de l'ouvrage comme c'était le cas en l'espèce (CE, 18 mars 2019, *SCI des Cèdres*, n°411462). L'injonction est dans ce cas une mesure prise à titre principal et vient compléter la réparation. La Cour est ainsi censurée pour ne pas avoir, par-delà l'indemnisation, recherché l'existence d'une faute ouvrant possibilité au juge de faire droit à la demande d'injonction.
Comme pour fonder et normaliser ce pouvoir, il est énoncé que le prononcé d'injonctions figure parmi les modalités de la réparation du dommage. Cela est exact lorsque le juge « *peut décider que l'administration aura le choix entre le versement d'une indemnité […] et la réalisation de mesures […]* » où l'on reconnaît le traditionnel « si mieux n'aime », tempérament à l'interdiction de la réparation en nature : il s'agit là d'un choix souverain du juge qui « *ne peut faire droit à une demande d'injonction* » (CE, 10 février 1937, *Cne de Bagnères-de-Bigorre*, p. 183). Cependant, lorsque « *saisi de conclusions en ce sens* » le juge enjoint de cesser les agissements ou de remédier à la situation à l'origine du dommage, il ne s'agit plus - l'indemnité y pourvoit déjà - de réparation. Il s'agit ici d'une mesure de cessation de l'illicite, de rétablissement de la légalité, concomitante et indépendante de la réparation, fût-elle en nature. Si l'injonction rejaillit sur le dommage, ce n'est que par la force des choses : elle vise ici sa source, le comportement fautif, et celui-ci seulement (*SCI des Cèdres*, prèc.).
Le juge n'est certes pas là pour faire œuvre de doctrine, mais, puisqu'il s'y est essayé, il y a lieu de regretter qu'il n'ait pas mieux reçu la distinction pouvant être faite entre réparation – le cas échéant, en nature – et cessation de l'illicite. Elle est pourtant présente dans le code de justice administrative au chapitre de l'action de groupe et consacrée officiellement par le droit privé dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Art. 1266 C. civ du projet). Partant, ce n'est pas tant de l'« office du juge de la réparation » dont il s'agit, mais de l'office du juge la responsabilité. À cette dernière institution on doit reconnaître une double fonction : tantôt réparatrice par l'octroi d'une indemnité ou d'une imparfaite condamnation alternative en nature, tantôt, à travers la cessation de l'illicite, une fonction préventive et de rétablissement de la légalité (v. C. Bloch, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G* 2016, n° 30-35, p. 5). – ***Matthieu Didierlaurent.***

La demande tendant à la démolition d'un ouvrage public relève du recours de plein contentieux

CE, 29 novembre 2019, Mme Pinault, n° 410689.

Le Conseil d'État estime que la demande d'injonction à des fins de démolition d'un ouvrage public irrégulièrement implanté relève de son office du juge de plein contentieux. Lorsque le requérant considère qu'un ouvrage public a été irrégulièrement implanté sur sa propriété il peut directement saisir le juge de plein contentieux du refus de l'administration de démolir cet ouvrage. Le Conseil d'État précise ensuite l'étendue de son office en reprenant le cadre fixé dans son arrêt *Commune de Clans* (CE, 29 janv. 2003, n° 245239) : si le juge constate, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, que l'ouvrage a été implanté de manière irrégulière, il lui incombe ensuite de rechercher, d'une part, si une régularisation appropriée est possible et, d'autre part, si, après avoir mis en balance les divers intérêts en présence, la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Le prononcé d'une injonction de démolition est ainsi doublement conditionné.
En l'espèce, le Conseil d'État constate que les ouvrages litigieux ont été maintenus sans autorisation depuis quatre ans et qu'ils sont donc irrégulièrement implantés. Après avoir mis en balance les différents arguments avancés par les parties, il estime que « *la démolition des ouvrages litigieux ne saurait être regardée comme entraînant une atteinte excessive à l'intérêt général* ». – ***Léa Navel.***

Responsabilité administrative

Responsabilité de l'État pour refus de concours de la force publique et départ spontané de l'occupant

CE, 22 novembre 2019, Société SMPA Transmar, Ministre de l'Intérieur, et a. n° 417631.

Le Conseil d'État précise les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État dans le cas d'un refus de concours de la force publique. Il considère que lorsque l'administration a refusé au propriétaire d'un local le concours de la force publique afin de procéder à l'expulsion d'occupants sans titre, et que ceux-ci ont spontanément quitté les lieux, la responsabilité de l'État peut être engagée à l'égard du propriétaire uniquement jusqu'à la date de départ des occupants. La responsabilité de l'État est donc susceptible d'être engagée pour une durée allant de la date du refus de prêter concours à la date de départ, et ce même en cas de réinstallation postérieure des occupants sans titre. La responsabilité de l'État ne pourra être engagée au titre de cette nouvelle occupation qu'en raison d'un nouveau refus de concours de la force publique faisant suite à une nouvelle demande de la part du propriétaire. – *Léa Navel.*

Droit public économique

Hippocrate, du serment au prospectus : quand les médecins peuvent recourir à des procédés publicitaires

CE, 6 novembre 2019, M. B… A… c. Ministre des solidarités et de la santé, n°s 416948 et 420225.

Si les premiers symptômes étaient européens (CJUE 4 mai 2017, *Luc Vanderborght*, aff. C-339/15), l'abcès est crevé par le juge national. Jusqu'alors, le diagnostic du juge administratif n'était pas alarmant : il avait pu considérer que l'interdiction du recours à la publicité par les médecins ne méconnait pas l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme protégeant la liberté de communication et d'information (CE, 16 avril 2008, *Association française d'implantologie*, n° 302236) ou encore que, conformément à l'article R. 4127-19 al. 2 du code de la santé publique, cette interdiction est justifiée par un objectif d'intérêt général de bonne information des patients et de protection de la santé publique (CE 4 mai 2016, *M. A.*, n° 383548). Dorénavant, le Conseil d'Etat se montre salvateur pour les professions de médecins et de chirurgiens-dentistes et juge que s'il incombe au pouvoir réglementaire de définir les conditions d'une utilisation de procédés de publicité compatibles avec les exigences de protection de la santé publique, de dignité de la profession médicale, de confraternité entre praticiens et de confiance des malades envers les médecins, il résulte de l'article 56 du TFUE que le principe de libre prestation de services qu'il garantit s'oppose à ce que des dispositions règlementaires interdisent de manière générale et absolue toute publicité réalisée par un médecin. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Droit public économique

Concentration Fnac - Darty : le contrat de méfiance

CE, 7 nov. 2019, Société Fnac Darty, n° 424702.

Dans le cadre de l'opération de concentration entre la Fnac et Darty autorisée en 2016 (ADLC, 27 juillet 2016, n° 16-DCC-111), l'Autorité de la concurrence a relevé en 2018 que cette nouvelle société n'avait pas respecté ses engagements de cessions de plusieurs magasins dans les délais imposés et prononça à son encontre une sanction de 20 millions d'euros (ADLC, 27 juillet 2018, n° 18-D-16). À l'occasion de la contestation de cette sanction, estimée insuffisamment motivée par la société du fait de l'absence de précision sur le montant de la sanction auquel l'exposaient les manquements, le Conseil d'État précise notamment qu'il ne résulte d'aucune disposition ni d'aucune ligne directrice de l'Autorité qu'une sanction prononcée en matière de contrôle des concentrations devrait procéder à une telle explicitation du montant de la sanction prononcée. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Droit de l'environnement

Installation, pollution, prescription, inaction

CE, 13 nov. 2019, Commune de Marennes, n° 416860.

L'obligation de remise en l'état d'un site qui a été le siège d'une ICPE est prescrite 30 ans après la date à laquelle l'administration a été informée par l'exploitant de la cessation de l'activité, sauf lorsque les dangers présentés par le site auraient été dissimulés. Une fois prescrite, il résulte des dispositions relatives à la police des sites et sols pollués issues du code de l'environnement, que l'État peut financer l'opération de dépollution. Cette faculté devient une obligation lorsque la pollution d'un sol constitue un risque grave pour la santé, la sécurité et la salubrité publiques ou pour l'environnement. Doivent alors être prises toutes les mesures nécessaires pour assurer la mise en sécurité du site et remédier au risque grave ayant été identifié. Il en résulte que la responsabilité de l'État ne peut en principe être engagée pour carence fautive dans l'exercice de ses pouvoirs de police des installations classées, à moins que la pollution ne soit la cause d'un risque grave. – *Ugo Assouad.*

La chronique du Tribunal Administratif de Montpellier

« Douche froide » pour le préfet de l'Aude dans le cadre de la définition des points d'eau à protéger

TA Montpellier, 5 novembre 2019, Association France Nature Environnement Languedoc-Roussillon (FNE L-R), Association Écologie Du Carcassonnais, Des Corbières et du Littoral Audois (ECCLA), n° 1802562.

Le préfet de l'Aude a pris un arrêté le 7 juillet 2017 pour application de l'arrêté interministériel du 4 mai 2017 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques et de leurs adjuvants visés à l'article L. 253-1 du code rural et de la pêche maritime. Était contesté, par les associations requérantes, le refus d'abroger partiellement ledit arrêté préfectoral ainsi que le refus de définir des mesures de restriction ou d'interdiction de l'usage des pesticides dans certaines zones. Si une fin de non-recevoir était opposée en défense, elle sera rapidement écartée par le tribunal. En effet, bien que le délai de recours contentieux était échu à la date d'introduction du recours administratif, ce n'était que le refus implicite d'abroger l'arrêté qui était contesté devant le juge de l'excès de pouvoir, et non les deux actes ensemble.

En ce qui concerne le refus d'abroger l'arrêté du 7 juillet 2017 en tant qu'il exclut certains points d'eau en méconnaissance de l'arrêté interministériel du 4 mai 2017, le tribunal retient que de nombreux cours d'eau étaient exclus de la protection. Ainsi, « *en n'incluant pas dans la définition édictée à l'article 1er de son arrêté du 7 juillet 2017 tous les éléments du réseau hydrographique figurant sur les cartes 1/25 000 de l'Institut géographique national, le préfet de l'Aude a méconnu les dispositions de l'arrêté interministériel du 4 mai 2017.* ». Dès lors, « *le préfet de l'Aude était tenu de faire droit à la demande d'abrogation "en tant que" présentée par les associations requérantes* », et le tribunal annule le refus d'abroger l'arrêté sur ce point. Il est ensuite enjoint au préfet de l'Aude de compléter son arrêté en vue d'intégrer les points d'eau exclus.

En ce qui concerne le refus du préfet de définir des mesures restreignant ou interdisant l'usage des pesticides dans certaines zones spécifiques conformément à l'article 12 de la directive 2009/128/CE, les conclusions sont rejetées au motif que la compétence en la matière est dévolue « *aux ministres désignés à l'article R. 253-45 du code rural et de la pêche maritime* ». Dès lors, les associations requérantes ne pouvaient valablement soutenir « *qu'en l'absence, dans l'arrêté interministériel du 4 mai 2017, de telles mesures, il appartenait au préfet de l'Aude d'en édicter, dans le département de l'Aude.* ». Le refus de définir de telles mesures, opposé par le préfet, était donc fondé. – ***Fabien Py***.

À retenir

Colloque

- **31 janvier 2020** – « La loi de transformation de la fonction publique : l'avènement d'un nouveau modèle ? »
  Conférence organisée par Ludivine Clouzot et François-Xavier Fort - Bâtiment 1, Amphithéâtre D, 9h00.

CONTRIBUTEURS À CE NUMÉRO (ordre alphabétique) :
Ugo ASSOUAD, *DCCE* / Alexandre BELLOTTI, *docteur* / Matthieu DIDIERLAURENT, *doctorant* / Sabrina HAMMOUDI, *doctorante* / Justine LAUER, *DCCE* / Léa NAVEL, *ATER* / Antoine OUMEDJKANE, *DCCE* / Fabien PY, *DCCE* / Thibault THUILLIER-PENA, *DCCE* / Ferdi YOUTA, *DCCE*.

CREAM, UFR Droit et Science Politique ; 39 Rue de l'Université – 34060 Montpellier / Contact : newsletter.cream@gmail.com
Retrouvez le CREAM sur son site internet (http://cream.edu.umontpellier.fr) et sur les réseaux sociaux Twitter (@CREAM_UMontpell) et Facebook