NEWSLETTER DU CREAM

N° 16 – MAI 2020

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

L'EDITO DE LA NEWSLETTER

Le service public contre-attaque !

Pierre LEVALLOIS, Enseignant-chercheur contractuel – Université de Nîmes.

Moqué, conspué, décrédibilisé : voilà quarante ans que le service public fait pâle figure en comparaison des insatiables forces du marché ; quarante ans que la doctrine acte son déclassement, au profit d'une initiative privée jugée plus volontaire, plus efficace et moins chère… Pourtant, le service public n'a visiblement pas le monopole des crises et le marché déraille lorsque celles-ci surviennent. Financières, économiques ou sanitaires, les crises dévoilent la fragilité du tout-marché et l'extraordinaire résilience du service public. Tous s'émerveillent devant la constance et l'efficacité de ses lois. Alors que le monde s'arrête et que l'État de droit est mis en quarantaine, le fonctionnement régulier du service public est pourtant assuré. Certes, cette continuité mobilise toute son adaptabilité. Quand la crise contraint l'hôpital à monter en régime, les transports publics et la poste réduisent, eux, la voilure. L'enseignement fait évoluer ses techniques afin de préserver le lien entre le maître et l'élève. Mais le service public lui-même cède du terrain à la crise sanitaire, qui révèle les dommages structurels infligés à l'égalité des usagers. La politique du chiffre et la gestion comptable accouchent en réalité d'un sous-financement, lequel se traduit à son tour par un sous-équipement durable : on sait les terribles refus d'admission aux urgences de certaines personnes âgées faute de lits disponibles ou encore les difficultés d'assurer la continuité pédagogique à l'égard de tous. Tous les usagers ne disposent pas d'un matériel informatique adéquat et certains sont parfois victimes d'un maillage numérique du territoire défaillant. L'égalité apparaît finalement comme le principe le plus en péril. La pandémie livre donc un enseignement frappé du sceau du bon sens : c'est en amont des crises que la puissance publique doit se préparer à les surmonter. Il revient aux gouvernants, desquels procède le service public selon Jèze, de s'assurer d'une allocation plus efficace des ressources en privilégiant les services essentiels afin de mieux anticiper à l'avenir les carences du marché. Pour que le retour de l'État sur le devant la scène soit réellement porteur d'un nouvel espoir.

L'ACTUALITE DU MOIS

La guerre des masques n'aura pas lieu entre l'État et les avocats

CE, ord., 20 avril 2020, Ordre des avocats au barreau de Marseille et Ordre des avocats au barreau de Paris, n°s 439983, 440008.

Le juge des référés était saisi de deux requêtes en référé-liberté des Ordres des avocats aux barreaux de Marseille et de Paris qui demandaient, en substance, à ce qu'il soit enjoint à l'État de fournir des masques et du gel hydroalcoolique aux avocats et aux justiciables. Le juge des référés a rendu une ordonnance en demi-teinte : si les requêtes sont rejetées, la nécessité d'assurer la protection des avocats dans l'exercice de leur fonction est cependant mise en avant.

D'abord, le Conseil d'État reconnait de façon inédite le statut d'auxiliaire de justice des avocats. Ce faisant, il officialise la place de l'avocat au sein du service public de la justice, dans un contexte marqué il y a peu par un bras de fer entre les avocats et le gouvernement à propos du projet de réforme des retraites. Ensuite, s'agissant du rejet des requêtes, le Conseil d'État rappelle que le juge des référés-liberté « *ne peut ordonner que des mesures susceptibles d'être prises à très bref délai* ». Or, eu égard aux mesures déjà adoptées par le gouvernement et aux moyens limités dont il dispose s'agissant de la distribution de masques dans un contexte de pénurie, l'État n'aurait pas été en capacité de prendre, à bref délai, les mesures supplémentaires de sauvegarde demandées. Néanmoins, s'il n'est pas tenu de fournir des masques aux avocats, l'État doit, compte tenu de leur qualité d'auxiliaire de justice, les « *aider* » à s'en procurer, « *en facilitant l'accès des barreaux et des institutions représentatives de la profession aux circuits d'approvisionnement* ». L'État est ainsi fortement incité à coopérer avec les barreaux en ce domaine. S'agissant de la fourniture de gel hydroalcoolique qui n'est pas en situation de pénurie, le juge relève que si les avocats peuvent s'en procurer par eux même, il appartient à l'État d'en mettre « *malgré tout* » à leur disposition. – ***Léa NAVEL***.

Au sommaire de ce numéro

- Droit des libertés fondamentales p. 2 à 5
- Droit des contrats administratifs p. 2
- Droit de l'urbanisme p. 2
- Droit de l'environnement p. 3
- Contentieux administratif p. 3
- Droit de la fonction publique p. 4
- Vie des institutions p. 4
- Droit électoral p. 4

Libertés fondamentales

Quand une contravention dressée est une contravention définitive : l'oubli de la contestation.

L'article L. 3136-1 du Code de la santé publique est un des éléments centraux de la politique actuelle visant à réprimer tout non-respect du confinement. Cette disposition crée une répression graduée qui repose sur des contraventions et sur la sanction de leur cumul. La mesure phare de ce dispositif est de punir de six mois d'emprisonnement et 3750 € d'amende toute personne qui aura accumulé quatre contraventions dans un délai de trente jours.

Cette disposition fait l'objet de quatre QPC qui ont été transmises par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel et il semble qu'une seule question soit au cœur de ces différentes QPC : une disposition législative créant un délit reposant sur un cumul de contraventions peut-elle être conforme à la constitution ?

Une telle conformité n'est envisageable que si les contraventions en cause ne sont plus susceptibles de recours soit parce que les recours ont tous été utilisés sans succès, soit parce que la personne ne les conteste pas. Le caractère définitif de ces contraventions est ce qui confère à la sanction sa régularité. Or, en l'absence de ces précisions, la constitutionnalité de cette disposition doit être contestée. Plusieurs arguments peuvent être retenus. Les droits à un tribunal et à un recours effectif impliquent qu'une personne puisse saisir un juge pour contester toute atteinte à ses droits. En l'espèce, elle doit pouvoir obtenir un jugement sur la régularité des contraventions avant d'être jugée pour ce délit. En sus, ce délit est une atteinte à la liberté individuelle en ce qu'il est susceptible de priver la personne de sa liberté d'aller et de venir sans qu'elle n'ait pu contester le fondement de la sanction pénale : les contraventions.

La contestation de ces contraventions est l'oubliée de l'article L. 3136-1 car il semble tenir pour définitive toute contravention. – *Adrien Brunel*

Droit des contrats administratifs

Un membre du cartel est tombé dans le panneau

CE, 27 mars 2020, Société Lacroix Signalisation, n° 421758.

Le requérant contestait devant le Conseil d'État la condamnation solidaire qui a notamment été prononcée à son égard en raison des manœuvres dolosives dont il s'était rendu coupable lors de la procédure de passation de trois marchés à bons de commande. L'Administration peut saisir le juge administratif d'une demande de recouvrement d'une créance née du contrat (CE, 24 février 2016, Département de l'Eure, n° 395194). Le lien avec le contrat est entendu largement, le Conseil d'État estimant que les manœuvres dolosives perpétrées par un groupe d'entreprises ayant conduit une personne publique à contracter avec l'une d'elles à un prix désavantageux, justifient l'engagement de leur responsabilité quasi-délictuelle afin de réparer le préjudice né du contrat. Ce préjudice, constitué par « *la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence* », tire son origine dans le contrat, et ce même « *lorsqu'est recherchée la responsabilité d'une société ayant participé à ces agissements dolosifs sans conclure ensuite avec la personne publique* ». Est ensuite admise la possibilité pour l'Administration d'engager la responsabilité quasi-délictuelle de toutes les entreprises impliquées, qu'elles aient présenté une offre de couverture ou non, et de demander leur condamnation solidaire. En l'espèce, seule une offre avait été présentée par l'entreprise dont le pourvoi a été rejeté. – *Ugo Assouad.*

Droit de l'urbanisme

Extension d'une construction ne rime pas avec extension de l'urbanisation

CE, 3 avril 2020, M. F, n°s 419139 et 419144.

Le Conseil d'État, dans le cadre d'un second pourvoi en cassation, était saisi de la question de savoir si les dispositions de l'article L. 146-4 du Code de l'urbanisme (alors applicables), qui régissent l'extension de l'urbanisation en littoral, font, ou non, obstacle à l'extension d'une construction existante.

Le Conseil d'État répond par la négative et considère que « *le législateur a entendu interdire en principe toute opération de construction isolée dans les communes du littoral* », or, selon lui, « *le simple agrandissement d'une construction existante ne peut être regardé comme une extension de l'urbanisation au sens de ces dispositions* ». Si ces dispositions encadrent fermement l'extension de l'urbanisation en zone littorale, le Conseil d'État ajoute qu'il entend par cette notion « *l'ouverture à la construction de zones non urbanisées* » ou « *la densification significative de zones déjà urbanisées.* ». – *Fabien Py.*

Droit des libertés fondamentales

Covid-19 oblige, les atteintes aux libertés fondamentales, elles aussi, avancent masquées

CE, ord., 17 avril 2020, Commune de Sceaux c. Ministre de l'intérieur et Ligue des droits de l'Homme, n° 440057.

Une fois n'est pas coutume, la Ligue des droits de l'Homme et le Ministère de l'intérieur étaient dans le même camp le 17 avril dernier : ils se sont alliés face à la commune de Sceaux qui formait, devant le Conseil d'État, un recours contre la suspension de l'arrêté de son maire subordonnant les déplacements dans l'espace public des personnes de plus de 10 ans au port d'un masque. Après avoir relevé que le législateur a institué, par la loi du 23 mars 2020, une police spéciale donnant à l'État la compétence pour édicter des mesures visant à mettre fin à l'épidémie de covid-19, le Conseil d'État explique que l'usage par le maire de son pouvoir de police générale pour édicter des mesures de lutte contre cette épidémie est subordonné à la double condition qu'elles soient exigées par des raisons locales impérieuses et qu'elles ne soient pas susceptibles de compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures de l'État. Dépassant le cas scéen où il juge que les considérations locales ne justifiaient pas une telle mesure, le Conseil d'État consacre que l'édiction, par un maire, d'une telle interdiction, à une date où l'État est amené à fixer des règles nationales sur les conditions d'utilisation des masques chirurgicaux et FFP2 et à ne pas imposer, de manière générale, le port d'autres types de masques de protection, est susceptible de nuire à la cohérence des mesures prises par les autorités sanitaires compétentes. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Contentieux administratif

Un vent nouveau souffle sur le contentieux lié aux éoliennes terrestres

CE, 3 avril 2020, Association La demeure historique, n° 426941.

Le Conseil d'État rejette le recours formé par plusieurs associations en annulation des articles 23 et 24 du décret n° 2018-1054 du 29 novembre 2018 relatif aux éoliennes terrestres, à l'autorisation environnementale et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit de l'environnement.
Les juges estiment en effet que l'article R. 311-5 du CJA, issu de l'article 23 du décret attaqué, et qui confie aux cours administratives d'appel l'ensemble du contentieux des décisions qu'exige l'installation des éoliennes terrestres, ne méconnaît pas le principe du droit d'exercer un recours effectif.
Le Conseil affirme par ailleurs que l'obligation faite de soulever les moyens nouveaux dans un délai de deux mois, telle que formulée par l'article R. 611-7-2 du CJA issu de l'article 24 du décret attaqué, vise à « *assurer la célérité et l'efficacité de la procédure juridictionnelle dans le contentieux des décisions qu'exige l'installation des éoliennes terrestres* », et ne méconnait alors pas le droit à un recours effectif. Par ailleurs, la possibilité laissée au Président de la formation de jugement, ou à un magistrat désigné par lui, de fixer une nouvelle date de cristallisation des moyens doit se faire dans le respect du principe du contradictoire et ne peut permettre d'avancer la cristallisation à une date antérieure à celle de la fin du délai de principe de deux mois. – *Sabrina Hammoudi.*

Droit de l'environnement

Rejet du référé-liberté de l'Association Respire : le Conseil d'État ne manque pas d'air !

CE, ord., 20 avril 2020, Association Respire, n° 440005.

Nul ne peut nier que les affections causées par le covid-19 sont essentiellement respiratoires. Partant de ce constat, l'association Respire a demandé a ce qu'il soit enjoint à l'État d'appliquer jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire les mesures de restrictions des épandages agricoles prévues en cas de pics de pollution (prévues par l'arrêté du 7 avril 2016) au motif que la pollution de l'air générée par ces épandages serait un facteur aggravant de la propagation du covid-19 ou, tout au moins, de ses conséquences sur les personnes malades. Pour rejeter cette demande, le juge procède à une litanie des mesures prises depuis 2017 pour limiter les dépassements des seuils de pollution, avant d'estimer les études scientifiques produites comme trop dissemblables de la situation d'espèce. Ainsi, tout en soulignant l'importance que l'État assure ses obligations de surveillance des niveaux de pollution, le Conseil d'État conclut que son abstention à prendre, hors des hypothèses de l'arrêté du 7 avril 2016 et en tenant compte des moyens dont il dispose, des mesures de réduction des activités agricoles émettant des particules nocives ne constitue pas une atteinte grave et manifestement illégale aux droits au respect à la vie et à la protection de la santé. Notons que si un tel raisonnement – visant à prendre en compte les moyens de l'Administration dans la détermination du caractère manifestement grave et illégal de l'atteinte – n'est pas spécifique à la situation actuelle (par ex. CE, 15 déc. 2010, n°344729), il peut sembler particulièrement malvenu dans un contexte de crise où les recours ne cessent de pointer des carences présumées de l'État pour y faire face efficacement. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Droit de la fonction publique

Précisions sur les « vacances forcées » dans le secteur public

Ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020.

L'ordonnance adoptée permet de réguler le temps de travail et de congés afin de limiter les conséquences futures du confinement sur les services de l'État.
Entre le 16 mars et le 16 avril, les agents en autorisation spéciale d'absence doivent ainsi prendre 5 jours de réduction du temps de travail, le cas échéant, de manière rétroactive. Entre le 17 avril et la reprise normale du service par les agents – ou la fin de l'état d'urgence sanitaire – 5 autres jours doivent être pris au titre de la réduction de temps de travail ou des congés annuels. Dans le cas des agents en télétravail, le chef de service peut décider que 5 jours de réduction de temps de travail ou de congés annuels seront pris entre le 17 avril et la reprise normale du service par les agents ou la fin de l'état d'urgence sanitaire. Les nécessités du service doivent néanmoins justifier sa décision.
Ces dispositions ne s'appliquent pas aux agents relevant des régimes d'obligations de service, particulièrement sollicités en ces temps de crise. Elles sont cependant applicables aux agents territoriaux si l'autorité territoriale le décide. – *Antoine Oumedjkane.*

Droit des libertés fondamentales

StopCovid, la panacée 2.0

CNIL, délib. n° 2020-046, 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée «StopCovid».

Cette application permettrait d'informer ses détenteurs qu'ils ont été à proximité de personnes touchées par l'épidémie. Son utilisation ne peut être fondée que sur la base du volontariat. Aucune conséquence négative ne doit être attachée au fait de ne pas l'utiliser. Les données collectées ne pourront être conservées au-delà d'une « *durée [supérieure] à celle de l'utilité du dispositif* » et devront être supprimées le cas échéant. La CNIL insiste sur le rôle limité de ce dispositif, simple « *mesure complémentaire [prise] dans le cadre d'une réponse sanitaire globale* ». Le gouvernement ne doit donc pas céder à la « *tentation du solutionnisme technologique* ». Ce dispositif devra disposer d'un « *fondement juridique explicite* ». Elle invite d'ailleurs le gouvernement à la saisir de nouveau du projet d'application ainsi que du projet de norme l'encadrant. – *Ugo Assouad.*

Vie des institutions

Rapport annuel « nouvelle formule »

Rapport annuel 2019 du Conseil d'État et de la juridiction administrative.

Publié chaque année afin de dresser un panorama de l'activité de la juridiction administrative, le rapport annuel de 2019 innove. Ce rapport « *nouvelle formule* » (B. Lasserre) est enrichi de rubriques inédites dont une mise en perspective de la jurisprudence du Conseil d'État rédigée par le Président de la Section du contentieux. Soulignant le risque d'application mécanique des solutions généré par le développement de l'outil informatique, il se propose d'analyser « *les cohérences et les lignes de force des jurisprudences* » de 2019. L'accent est ainsi mis, d'une part, sur la prise en compte par le juge administratif de nouveaux champs (droit au déréférencement dans les moteurs de recherche, contrôle des algorithmes, droit de l'environnement, nouveau droit du travail) et modes d'action du droit administratif (droit souple, expérimentations préalables) et, d'autre part, sur la préservation et l'adaptation des grands équilibres qui caractérisent, selon lui, la jurisprudence des vingt dernières années. – *Léa Navel.*

Droit électoral

Élections municipales : un petit tour et puis s'en vont…

Ordonnance n° 2020-390, 1er avril 2020 relative au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers de la métropole de Lyon de 2020 et à l'établissement de l'aide publique pour 2021.

En dépit des risques, le dimanche 15 mars a eu lieu le premier tour des élections municipales et communautaires.
L'épidémie de covid-19 a entrainé un report du second tour qui doit intervenir « *au plus tard en juin 2020* » ainsi qu'en dispose l'article 19 de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 du 23 mars 2020, utilement complétée par l'ordonnance du 1er avril 2020. Il résulte de ces textes que si le second tour ne peut avoir lieu en juin pour les 4 922 communes où il est nécessaire, les électeurs seront de nouveau convoqués pour les deux tours du scrutin. Des précisions sont également apportées quant au cas des communes de moins de 1 000 habitants ainsi qu'aux dates qui encadrent les déclarations de candidature. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Libertés fondamentales

Condamnation de la France par la CEDH pour violences policières

CEDH, 30 avril 2020, Castellani c/ France, n° 43207/16.

Dans cette décision, la Cour européenne des droits de l'Homme condamne la France pour violation de l'article 3 de la CEDH par un usage excessif de la force et un manque de planification d'une opération policière du groupe d'intervention de la police nationale (GIPN). Le requérant, interpellé à son domicile par le GIPN en présence de sa compagne et de sa fille, estimait en effet avoir été victime de violences et invoquait la violation de l'article 3 de la CEDH prohibant les traitements inhumains et dégradants.

La Cour analyse le déroulement de l'arrestation et relève tout d'abord que les certificats médicaux attestent que le requérant souffre de blessures physiques importantes et de souffrances psychiques nécessairement causées par la violence de l'arrestation, en raison, notamment, du fait que les agents sont intervenus armés et cagoulés, et ont cassé le portail du domicile du requérant. Elle relève également l'angoisse que cette opération a suscité, et ce d'autant plus qu'elle s'est produite en présence des proches du requérant.

S'agissant de la planification de l'interpellation, la Cour relève que la décision de faire appel au GIPN a été prise sans information ni accord préalable du juge d'instruction et du Directeur départemental de la sécurité publique, se fondant uniquement sur le fait que le service d'unité spéciale a été sollicité dans le cas d'autres interpellations liées aux mêmes faits. Ainsi, et après avoir rappelé que l'intervention d'unités spéciales habituellement engagées dans des situations d'extrême violence peut comporter des risques particuliers nécessitant d'être encadrés par des garanties suffisantes, la Cour estime que cette opération n'a pas bénéficié des garanties internes existantes entourant normalement ce type d'intervention. À cela s'ajoute le fait que l'unité n'a pas vérifié, au préalable, si la famille du requérant était présente sur les lieux de l'arrestation.

Les juges relèvent par ailleurs que l'intervention n'apparaît pas proportionnelle aux risques que présentait le requérant. Ils remarquent à ce sujet que plusieurs juridictions internes avaient reconnu le caractère excessif d'une intervention du GIPN dans une enquête pour menaces.

La Cour conclut ainsi à la violation de l'article 3, constatant que les moyens employés n'étaient pas strictement nécessaires à l'interpellation du requérant, et que la force physique dont celui-ci a été victime n'était pas rendue nécessaire par son comportement. La Cour condamne alors la France à verser au requérant 2 803 € pour dommage matériel, et 20 000 € pour dommage moral. – *Sabrina* HAMMOUDI.

À lire

Articles des docteurs et doctorants du CREAM

- J. BOUSQUET, « Faut-il revoir la dualité fonctionnelle du Conseil d'État ? L'institution dans la tourmente de la crise sanitaire », *JCP A* 27 avril 2020, n° 17, act. 251.
- J. BOUSQUET, « Les nouvelles règles relatives à la cession du patrimoine », *AJCT* 2020, p. 305.

Ouvrages collectifs

- J. BOUSQUET (dir.) *La stabilité en droit administratif*, éd. du CREAM, mars 2020, 346 pp.

CONTRIBUTEURS A CE NUMERO (ordre alphabétique) :
Ugo ASSOUAD, *DCCE* / Alexandre BELLOTTI, *docteur* / Adrien BRUNEL, *doctorant* / Sabrina HAMMOUDI, *doctorante* / Justine LAUER, *DCCE* / Léa NAVEL, *doctorante* / Antoine OUMEDJKANE, *DCCE* / Fabien PY, *DCCE* / Thibault THUILLIER-PENA, *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