NEWSLETTER DU CREAM

N° 18 – JUILLET-AOÛT 2020

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Le droit de la commande publique saisi par la QPC ?

Marion UBAUD-BERGERON, Professeur à l'Université de Montpellier, Directrice du CREAM.

La Cour de cassation vient de renvoyer au Conseil constitutionnel trois QPC intéressant directement la commande publique (Cass., com., 8 juillet 2020, n° Y 19-24.270). Est mise en cause la contrariété avec les articles 6 et 16 de la DDHC de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. Pour les contrats privés de la commande publique, la combinaison de l'absence de délai de suspension de signature après la notification du rejet des offres (indispensable à l'exercice d'un référé précontractuel) et la limitation stricte des moyens en référé contractuel conduirait à priver les concurrents évincés d'une voie de droit leur permettant de contester de façon effective la violation des règles de publicité et de mis en concurrence. En outre, l'existence d'une voie de recours directe des tiers contre les contrats administratifs (ouverte par l'arrêt du Conseil d'État du 4 avril 2014, *Dép. Tarn et Garonne*) créerait une rupture d'égalité au détriment des concurrents évincés des contrats privés de la commande publique. Alors que ce droit a été jusqu'à présent relativement épargné par le contentieux QPC, ce renvoi constitue une occasion unique de renforcer les bases constitutionnelles du droit de la commande publique : espérons que le Conseil constitutionnel en mesure l'enjeu…

En janvier 2019 paraissait la première newsletter du CREAM, entièrement conçue et rédigée par une équipe de jeunes doctorants du centre : à l'heure de sa dix-huitième édition, elle compte aujourd'hui près de cinq cents abonnés. Félicitations à cette équipe pour cette réussite !

L'ACTUALITÉ DU MOIS

G.I.S.T.I., des idées de génie !

CE, sect., 12 juin 2020, G.I.S.T.I., n° 41824.

Dernièrement, le Conseil d'État a fait un premier mais considérable pas vers l'uniformisation des conditions de justiciabilité des actes de droit souple : peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir tous les « *documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non* », notamment « *circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif* ». Pour cela, ces documents doivent être « *susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre.* »

Pour les seules autorités de régulation, il était acquis que « *avis, recommandations, mises en garde et prises de position* » (CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Fairvesta*) ainsi que « *lignes directrices* » (CE, 13 déc. 2017, n° 401799, *Bouygues*) étaient susceptibles de REP lorsqu'ils avaient pour objet ou pour effet d'impacter le secteur concerné. L'administration « classique » voyait, elle, ses circulaires régies par la jurisprudence *Duvignères* (CE, sect., 18 déc. 2002, n° 233518), qui faisait dépendre la recevabilité du recours du caractère impératif et général de leur rédaction. Nulle question de leurs effets alors. On retrouve désormais la philosophie de la jurisprudence *Fairvesta*, avec cette différence logique que le « *secteur concerné* » est l'ensemble des administrés dont les droits ou la situation pourrai(en)t être atteints par l'application de ces « *documents généraux* » utiles à l'administration pour huiler son fonctionnement.

Le juge présume de l'existence d'effets notables lorsque les documents sont rédigés en termes impératifs (maintien de *Duvignères*), ou qu'ils présentent le caractère de lignes directrices (cf. CE, 19 sept. 2014, *Jousselin*).

La combinaison des lignes jurisprudentielles se retrouve sur le fond, lorsque l'office du juge est défini en les mêmes termes que dans l'arrêt *Fairvesta* (il doit tenir compte de la nature et des caractéristiques du document, ainsi que du pouvoir d'appréciation de l'autorité-auteur), tandis que les exemples de vices assurant le succès du recours demeurent, en substance, les mêmes que dans l'arrêt *Duvignères*.

Reste que les prescriptions individuelles, non envisagées par l'arrêt, dont les autorités de régulation pourraient ultérieurement sanctionner la méconnaissance, semblent toujours susceptibles de recours nonobstant leurs effets, faute de quoi 2020 serait une régression par rapport à 2016.

– *Justine LAUER*.

Au sommaire de ce numéro

- Droit du numérique p. 2
- Droit des collectivités territoriales p. 2
- Droit des contrats publics p. 2 & 4
- Droit des libertés fondamentales p. 3
- Droit des actes administratifs p. 3
- Droit des étrangers p. 4

©

Droit du numérique

L'interdiction des "cookies walls" n'est pas au goût du Conseil d'État

CE, 19 juin 2020, Association des agences-conseil en communication et a., n° 434684.

Les juges estiment qu'en interdisant la pratique dite des « cookie walls » (blocage de l'accès à un site si l'utilisateur n'accepte pas les "cookies"), la CNIL a énoncé une interdiction générale et absolue dépassant le cadre de ses prérogatives de "droit souple". Les juges confirment par ailleurs la légalité des autres lignes directrices énoncées par la CNIL relatives au recueil du consentement des internautes aux cookies et autres traceurs, notamment celles concernant l'information de l'utilisateur. Les juges se réfèrent à la loi informatique et libertés et rappellent que l'utilisateur doit avoir pris connaissance de chacune des finalités du traitement des données recueillies. Les lignes directrices contestées se bornent ainsi à rappeler ce principe et n'imposent en rien aux opérateurs la mise en place de techniques particulières. – ***Sabrina Hammoudi.***

Droit des collectivités territoriales

Indemnisation vient à point à commune qui sait attendre

TC, 8 juin 2020, Commune de Saint-Esprit, n° 4195.

Dans cette décision, le Tribunal des conflits est amené à se pencher sur les préjudices matériels et moraux subis par une commune en raison de la durée excessivement longue des délais de jugement dans une affaire qui l'opposait à une société privée, suite à un refus de renouvellement d'un contrat de gestion d'une salle de spectacle municipale. Les juges précisent que le caractère excessif d'un délai de jugement s'apprécie de manière casuistique en prenant en compte toutes les spécificités de l'affaire en cause. Ils estiment qu'en l'espèce la durée totale de la procédure étant de plus de douze ans, et ce pour un contentieux dénué de complexité, la responsabilité de l'État doit être engagée, ce délai excessif ayant mis la commune dans « *une situation prolongée d'incertitude* ». L'État est amené à l'indemniser à hauteur de 4 000 €. – ***Sabrina Hammoudi.***

Droit des contrats publics

Face aux critères de sélection des offres, le juge doit faire preuve de pondération

CE, 10 juin 2020, Ministre des armées, n° 431194.

De même que le pouvoir adjudicateur est libre, sous certaines conditions, de fixer les critères de sélection des offres et leur méthode de notation, il est libre d'en fixer la pondération. En l'espèce, le ministère des armées avait choisi comme critères de sélection des offres la valeur technique et le prix, le premier étant pondéré à 90 %, et le second à 10 %. La CAA avait jugé en ce sens que la pondération choisie par le pouvoir adjudicateur était « *particulièrement disproportionnée* » et qu'elle conduisait à « *neutraliser manifestement* » le critère prix. Aussi, pour reprendre les termes de la rapporteure publique dans ses conclusions, la CAA s'était livrée à un contrôle de proportionnalité, restreignant de fait la liberté reconnue à l'acheteur pour fixer la pondération des critères de sélection des offres. Cette dernière aurait effectivement dû se borner à vérifier si la pondération retenue n'allait pas priver le critère prix de toute portée ou n'allait pas conduire à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse, ou, pour le dire autrement, opérer un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Toujours selon M. Le Corre, en statuant de la sorte, la Cour avait « *engagé l'office du juge dans un sens [paraissant] excessif en termes d'encadrement du pouvoir adjudicateur* ». Suivant les conclusions de la rapporteure publique, le CE jugea que la CAA avait commis une erreur de droit. – ***Ugo ASSOUAD.***

Droit du numérique

La CNIL alerte sur les nouveaux dispositifs de vidéosurveillance développés durant l'état d'urgence sanitaire

CNIL, Mise en garde du 17 juin 2020.

Dans le cadre de l'état d'urgence, plusieurs dispositifs de vidéosurveillance dits intelligents émergent. On trouve notamment les caméras thermiques, censées évaluer la température corporelle ainsi que celles permettant de vérifier si les individus sont effectivement porteurs de masques.

Par cette mise en garde, la CNIL émet de sérieux doutes sur la compatibilité de ces dispositifs avec le cadre juridique de protection des données personnelles. Si les finalités poursuivies peuvent être légitimes dans le contexte particulier de l'état d'urgence sanitaire, la nécessité et la proportionnalité des dispositifs doivent être rigoureusement étayées. Au-delà du caractère sensible des données collectées, c'est également l'absence d'un exercice satisfaisant du droit à l'opposition qui est pointée par la CNIL.

Formulée de manière générale et sans valeur juridique, la mise en garde a néanmoins été suivie d'effet. La municipalité de Cannes, qui avait installé des caméras de détection du port du masque sur trois de ses marchés, ainsi que la RATP qui expérimentait depuis peu le même système à la station Châtelet-Les Halles, ont toutes deux annoncé abandonner ces dispositifs peu de temps après la publication de cette mise en garde. – ***Antoine Oumedjkane.***

Droit des libertés fondamentales

Inconstitutionnalité de la Loi Avia : *beneficium accipere, libertatem vendere est*

CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

Tel est pris qui croyait prendre. C'est la conclusion à tirer de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'essentiel de la loi Avia adoptée le 13 mai dernier. Symbole du caractère « *liberticide* » pour ses détracteurs, « *cœur du texte* » selon la génitrice de la loi éponyme, l'obligation faite aux hébergeurs et aux éditeurs en ligne de retirer, à la demande de l'Administration, les contenus à caractère terroriste ou pédopornographique porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi en ce que d'une part, la détermination du caractère illicite ne repose pas sur leur caractère manifeste et, d'autre part, l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif et le délai d'une heure laissé à l'hébergeur pour retirer le contenu ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer. Au-delà de cet exemple marquant, c'est la quasi-intégralité de la loi qui est censurée ; la survivance n'est accordée qu'à quelques mesures préventives comme la création, au CSA, d'un observatoire de la haine en ligne. Un camouflet pour le gouvernement français qui intervient d'ailleurs à l'aube des premières consultations de la Commission européenne sur le *Digital Services Act*, ambitieux projet d'une meilleure régulation des plateformes numériques. – ***Thibault Thuillier-Pena.***

Aux grands maux, les grands remèdes sont préférables aux sacrifices

CE, ord., 13 juin 2020, Association Ligue des droits de l'Homme et a., n°s 440846, 440856, 441015.

Draconien pour enrayer l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement avait interdit sur tout le territoire, par le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020, tout rassemblement, réunion ou activité de plus de 10 personnes, à un titre autre que professionnel, sur la voie publique ou dans un lieu public. Une interdiction générale et absolue dont l'exécution est logiquement suspendue par le juge administratif : rappelant que l'exercice de la liberté d'expression et de communication – dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions (CC, n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, § 16) et constituant une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du CJA (CE, ord., 9 janv. 2014, *S^té^ Les Prod. de la Plume*, n° 374508) – doit être concilié avec le maintien de l'ordre public et le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé (CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, § 70), le Conseil d'État juge que l'interdiction des manifestations sur la voie publique de plus de 10 personnes ne peut, sauf circonstances particulières, être regardée comme strictement proportionnée aux risques sanitaires désormais encourus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu, ainsi que l'impose l'article L. 3131-15 du CSP, que lorsqu'il apparaît que les mesures barrières ou l'interdiction de tout événement réunissant plus de 5 000 personnes ne pourront y être respectées. Une condamnation de l'intempérance de l'exécutif d'ailleurs fraîchement corroborée par la suspension de l'obligation, prévue par la version modifiée de ce même décret du 31 mai 2020, d'obtenir une autorisation avant d'organiser une manifestation (CE, ord., 6 juil. 2020, *Ass. SOS Racisme et a.*, n°s 441257, 441263, 441384). – ***Thibault Thuillier-Pena.***

Droit des actes administratifs

L'archiviste, le chercheur et le juge

CE, Ass., 12 juin 2020, François Graner, n° 422327.

Les archives publiques sont parfois protégées, et ne peuvent être librement consultées : il en va ainsi des archives des anciens Présidents de la République, lorsqu'un protocole a été signé en ce sens. À l'occasion d'un litige mettant en cause le refus d'autoriser un administré à consulter certaines archives de François Mitterrand relatives au génocide rwandais, le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles une dérogation pouvait être accordée.
La consultation des archives publiques se rapporte au droit de demander des comptes aux agents publics, tel qu'il est reconnu par la DDHC, et à la liberté d'expression, telle qu'elle est consacrée par la CEDH. Aussi, le juge administratif estime que la décision doit résulter d'une confrontation des différents intérêts en présence, quelle que soit la date de remise des archives. Désormais, elle fait l'objet d'un entier contrôle par le juge (comp. CE, 29 juin 2011, n° 335072), et celui-ci se place alors à la date à laquelle il statue.
En l'espèce, la décision, prise par la Ministre de la culture, sur avis conforme de la mandataire désignée lors de la remise des archives, ne tient pas compte de l'intérêt légitime qu'il y a, pour une personne engagée dans des recherches historiques concernant un sujet d'intérêt public, à accéder à ces documents. Éclairant une période révolue, ceux-ci ont été en grande partie déclassifiés, et ont parfois été déjà consultés : l'atteinte au secret de l'État n'était pas suffisante pour justifier ce refus. – ***Manon Zarpas.***

Droit des contrats publics

Facilités d'accès à la commande publique pour les PME en difficulté en raison de l'épidémie

Ordonnance n° 2020-738, 17 juin 2020.

L'ordonnance du 17 juin 2020 visant à favoriser l'accès à la commande publique aux entreprises en difficulté en raison de l'épidémie de covid-19 présente trois grandes mesures : tout d'abord, les entreprises bénéficiant d'un plan de redressement judiciaire sont autorisées à prendre part aux procédures de passation des marchés et des contrats de concession. Ensuite, est étendue aux marché globaux la règle déjà applicable aux marchés de partenariat en vertu de laquelle les acheteurs publics sont tenus de réserver au moins 10% du montant prévisionnel du marché aux PME ou à des artisans. La part que le soumissionnaire entend confier à des PME ou à des artisans devient un critère d'attribution. Enfin, la baisse du chiffre d'affaires d'une entreprise imputable à la crise sanitaire ne peut être prise en compte dans l'appréciation de sa capacité économique et financière. – ***Sabrina Hammoudi.***

Acheteurs et autorités concédantes : la compétence viendra plus tard

CE, 9 juin 2020, Métropole Nice-Côte d'Azur, n° 436922.

Si la personne publique qui conclut le contrat doit être compétente en la matière, cela étant rien – « *aucune règle ni aucun principe* » – ne lui interdit d'engager la procédure de passation d'un contrat de la commande publique avant même de détenir la compétence nécessaire à sa signature, dès lors qu'elle a vocation à l'acquérir. Cela sera notamment possible lorsque la personne publique est en cours de création ou de transformation, ou lorsqu'une procédure de dévolution de la compétence nécessaire est déjà engagée. Cela sera également possible lorsque le contrat projeté a pour objet la gestion d'un service public. Pèse néanmoins sur la personne publique l'obligation de faire savoir, dès le lancement de la procédure, que la signature du contrat ne pourra intervenir qu'après acquisition de la compétence en cause.
Le Conseil d'État en tire la conséquence que le juge du référé précontractuel ne peut sanctionner la procédure de passation en raison de motifs tels que la nécessaire irrégularité de la composition de la commission de délégation de service public s'étant réunie, ou l'existence d'une procédure de passation nécessairement conduite par une autorité non habilitée pour ce faire. Par ailleurs, la personne publique qui viendrait, le cas échéant, se substituer de plein droit à celle ayant conduit la procédure de passation, peut très bien conclure le contrat sans que cela n'entache ladite procédure d'irrégularité pour ce motif. – ***Justine Lauer.***

Droit des étrangers

Enregistrement des demandes de titre de séjour en ligne : bugs en préfecture et mise à jour par le Palais Royal

CE, 10 juin 2020, M. E… A… c/ Préfet de Seine-Saint-Denis, n° 435594.

Trop souvent méconnues, les difficultés des étrangers pour obtenir un rendez-vous en ligne afin de déposer une demande de titre de séjour sont pourtant nombreuses. Le Conseil d'État amorce ici d'en résorber deux : d'abord, eu égard aux conséquences qu'a sur la situation d'un étranger la détention du récépissé remis après l'enregistrement de sa demande, il incombe à l'Administration de le recevoir en préfecture et de procéder à l'enregistrement de sa demande dans un délai raisonnable. Aussi, lorsque le rendez-vous ne peut être obtenu qu'en ligne, si l'étranger établit qu'il n'a pu en obtenir un, malgré plusieurs tentatives n'ayant pas été effectuées la même semaine, il peut demander au juge des référés, sur le fondement de l'art. L. 521-3 du CJA, d'enjoindre au préfet de lui communiquer, dans un délai qu'il fixe (bref en cas d'urgence), une date de rendez-vous. – ***Thibault Thuillier-Pena.***

À retenir

Publications des docteurs et doctorants du CREAM

- L. Ragimbeau, « Compétence du maire et arrêté anti-pesticides : entre audace jurisprudentielle et lecture renouvelée des concours de polices administratives », Note sous TA Cergy-Pontoise, 8 nov. 2019, n° 1912597, *LPA*, 9 juill. 2020, n° 137, p. 11.

Après notre pause estivale, vous pourrez retrouver notre prochain numéro le 15 septembre 2020.

Toute l'équipe de la newsletter du CREAM vous souhaite de passer un bel été 🙂

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Ugo Assouad, *DCCE* / Alexandre Bellotti, *docteur* / Matthieu Didierlaurent, doctorant / Sabrina Hammoudi, *doctorante* / Justine Lauer, DCCE / Antoine Oumedjkane, *DCCE* / Thibault Thuillier-Pena, *DCCE* / Manon Zarpas, *doctorante*.

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