NEWSLETTER DU CREAM

N° 21 – NOVEMBRE 2020

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans

Laure Milano, Professeur de droit public, Université de Montpellier, IDEDH.

Le 4 novembre 1950 était adoptée à Rome, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme, texte protecteur des droits fondamentaux prévoyant un mécanisme juridictionnel de garantie inédit.

L'heure n'est pourtant pas aux festivités : situation sanitaire alarmante dans la plupart des États membres ayant conduit un certain nombre d'entre eux à déclencher la clause de l'article 15 de la CEDH autorisant des dérogations aux droits et libertés conditionnels garantis (la France n'a pas activé l'article 15 CEDH) ; actions terroristes répétées en Europe ; crise des migrants émaillée de drames humains quasi-quotidiens ; conflit entre deux États membres, l'Arménie et l'Azerbaïdjan, dans le Haut-Karabakh (même si un accord de cesser le feu vient d'être signé) ; situation politique très inquiétante pour l'Etat de droit dans un certain nombre d'États membres tels que la Pologne ou la Hongrie, sans parler de la Turquie dont la présence au sein du Conseil de l'Europe discrédite l'organisation.

Dans ce contexte, on peut légitimement s'interroger sur la place et l'utilité de la Convention et de la Cour EDH.

Quelques rappels s'imposent. Celui, tout d'abord, de l'acquis inestimable d'une jurisprudence protectrice des droits de l'homme qui a induit dans les ordres juridiques nationaux des réformes de fond et de procédure fondamentales. Celui, ensuite, de l'action sans relâche de la Cour en faveur de la protection des droits et libertés, en particulier à l'encontre des États peu respectueux de la prééminence du droit (condamnations régulières de la Turquie pour arrestations sans fondement légal ou atteintes à la liberté d'expression, de la Russie pour son système carcéral violant l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, de la Hongrie ou de l'Ukraine pour atteintes aux garanties procédurales), ou encore la protection des populations civiles dans le conflit du Haut-Karabakh en enjoignant aux belligérants de s'abstenir de prendre toute mesure qui pourrait entraîner des violations des droits garantis par la Convention (mesures provisoires du 29 septembre et 6 octobre 2020).

Qui se saisit de ces questions hormis la Cour EDH ? Les États réunis au sein de l'Organisation des Nations-Unies, de l'Union européenne, du Traité de l'Atlantique Nord, du Conseil de l'Europe ? Non, ces organisations démontrent au contraire leur impuissance ! Seuls les juges européens, et la Cour de Luxembourg est aussi à la hauteur de ses fonctions lorsqu'elle condamne la Pologne pour atteinte à l'indépendance de la justice, constituent aujourd'hui des remparts de l'État de droit. Il ne faut pas s'en réjouir car c'est le constat de l'échec de la coopération internationale, mais c'est une réalité qui mérite d'être rappelée aux contempteurs de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Commande publique et HLM : le régime à uniformité modérée

Cons. const., 2 octobre 2020, n° 2020-857 QPC, Société Bâtiment mayennais.

La procédure de référé contractuel devant le juge judiciaire est jugée conforme à la Constitution. Soient : les dispositions de l'ordonnance de 2009 transposant la directive recours de 2007, applicables aux contrats des personnes et organismes de droit privé ayant qualité de pouvoir ou entité adjudicateur(rice).

Concernant le droit au recours, limiter les manquements invocables à l'appui d'une demande en nullité répond à un motif d'intérêt général : « *éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles* ». Le Conseil rejoint là l'esprit de la jurisprudence administrative qui oppose l'exigence de stabilité du contrat aux parties et aux tiers et plus seulement au législateur. De plus, des palliatifs existent : un recours en responsabilité de droit commun (la satisfaction recherchée par le requérant étant surtout pécuniaire aux yeux du juge) ; référé précontractuel, étant entendu que si la non-communication de la décision d'attribution et l'absence de délai de standstill peuvent priver le candidat évincé de cette voie de droit, une telle circonstance n'a pas « *nécessairement* » cet effet.

Concernant le principe d'égalité, moyen tenant à l'existence d'un recours de pleine juridiction contre le contrat administratif, sans équivalent devant le juge judiciaire, le Conseil balaie la critique par un motif plutôt idéologique : « *les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents* ». Cela ne semblait pourtant pas si évident pour la Cour de cassation qui a opéré le renvoi en jugeant la question sérieuse. Reste que les candidats à un contrat de commande publique de droit privé sont donc dans une situation différente, et que leur différence de traitement est dite en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit. – *Justine LAUER*

Droit des étrangers

Pistes de réforme du droit des étrangers : à qui profite réellement la simplification ?

Rapp. Conseil d'État, 9 oct. 2020, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous ».

Notoirement complexe, omniprésent devant les juridictions administratives, le droit des étrangers mérite aujourd'hui une réforme d'ampleur. Sur demande sur Premier ministre, le Conseil d'État formule 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers. Parmi ces propositions, il est notamment préconisé de remplacer la douzaine de procédures actuelles par trois procédures uniques (une ordinaire et deux d'urgence), de supprimer l'appel en matière de contentieux des transferts Dublin ou encore de donner la faculté à l'administration de se prononcer, dès une première demande de titre de séjour, sur l'ensemble des possibilités d'obtention du titre. Dans cette course à la simplification et la célérité, il importera de rester vigilant quant au respect effectif des droits, notamment procéduraux, des étrangers si ces pistes venaient à être reprises par le gouvernement. – *Thibault Thuillier-Pena.*

Actes administratifs

Limite à la protection des contribuables contre les changements de doctrine de l'administration fiscale

CE, ass., 28 oct. 2020, Mme A, n° 428048.

La formation la plus solennelle du Conseil d'État rappelle que l'article L. 80 A du livre de procédures fiscales protège le contribuable des changements dans l'interprétation des textes fiscaux par l'administration fiscale. Cette dernière ne saurait augmenter l'impôt d'un contribuable en soutenant que l'interprétation de la loi sur laquelle ce contribuable s'est appuyé, et contenue dans la doctrine administrative (circulaires, instructions ministérielles, Bulletin officiel des finances publiques, etc.), dépasserait la portée qu'elle entendait donner à celle-ci.

Cependant, le Conseil d'État précise de manière inédite que ledit article L. 80 A ne s'applique pas dans le cas d'un montage artificiel constitutif d'un abus de droit, au titre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. – *Léa Navel.*

Droit des contrats publics

Faute avouée et réparée… admis à soumissionner ? Le pouvoir adjudicateur devra tenir compte de la compliance

CE, 12 octobre, Société Vert Marine, n° 419146.

La société Vert Marine demandait l'abrogation des articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016, désormais codifiés aux articles R. 3123-16 à R. 3121-21 du CCP. À l'appui de leur recours, elle prétendait que ces dispositions étaient contraires à la directive « Concessions » de 2014. Cette dernière énonce en son article 38§4 les condamnations pénales qui, une fois définitives, excluent automatiquement une société de toute candidature à un contrat de concession. Elle précise néanmoins qu'une société en telle situation peut apporter des preuves de sa fiabilité au pouvoir adjudicateur, lequel peut décider ensuite d'admettre sa candidature. Celui-ci peut ainsi se fonder sur la coopération dont a fait preuve la société durant l'enquête pénale, le fait que les préjudices aient été réparés ou encore l'existence d'un programme de conformité visant à ne pas réitérer les infractions commises.

Tenant compte de la réponse de la CJUE à la question préjudicielle qu'il lui avait renvoyée, le Conseil d'État considère effectivement, qu'aucune disposition du CCP n'invite le pouvoir adjudicateur à se prononcer sur la fiabilité des sociétés exclues pour une durée de 5 ans au titre de l'article L. 3123-1 du CCP. Les requérants étaient donc fondés à demander l'annulation des dispositions règlementaires et la Haute-Juridiction déclare l'article L. 3123-1 du CCP contraire à la directive « Concessions ». En l'attente des modifications qui s'imposent, les pouvoirs adjudicateurs devront permettre aux sociétés concernées d'établir leur fiabilité. – *Antoine Oumedjkane.*

Contentieux fiscal

Nouvelles précisions sur l'application de la jurisprudence Czabaj en matière fiscale

CE, avis, 21 octobre 2020, Sté Marken Trading, n° 443327.

Le Conseil d'État précise la portée de sa décision du 7 décembre 2016 (n° 384309) dans laquelle il avait étendu la jurisprudence Czabaj (n° 387763) au contentieux fiscal, en considérant qu'aucun délai ne court en cas de rejet implicite d'une réclamation. Cependant, aucune référence à un éventuel délai raisonnable d'un an pour introduire un recours devant la juridiction administrative n'avait été formulée.

Selon le juge, deux situations doivent être distinguées. Lorsque le contribuable se voit notifier une décision expresse de rejet sans mention des voies et délais de recours, celui-ci ne peut en principe saisir la juridiction administrative que dans un délai n'excédant pas un an à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de la décision. En revanche, en cas de silence gardé par l'administration sur la réclamation pendant six mois, aucun délai contentieux n'est opposable au contribuable, tant qu'une décision expresse de rejet ne lui a pas été notifiée. – *Léa Navel.*

Droit des libertés fondamentales

Il était une (mauvaise) foi, l'extrême droite en France

CEDH, 8 oct. 2020, Ayoub et a. c/ France, nos 77400/14, 34532/15, 34550/15.

Alors que, sur fond de projet de loi contre les séparatismes, le gouvernement français entreprend actuellement la dissolution de plusieurs associations, la Cour EDH vient d'examiner le recours de trois associations françaises d'extrême droite (Troisième Voie, l'Œuvre française et les Jeunesses nationalistes) qui avaient été dissoutes en 2013 après le décès d'un militant antifasciste suite à une rixe impliquant des sympathisants desdites associations. La Cour estime tout d'abord que ces dissolutions n'emportent pas violation de l'art. 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention en ce qu'elles visent à la protection de la sûreté publique et à la défense de l'ordre – buts légitimes aux fins de l'art. 11 §2 –, *a fortiori* en présence d'une association (les Jeunesses nationalistes) dotée d'une milice privée qui tombe sous le coup d'une jurisprudence constante de la Cour au terme de laquelle les rassemblements paramilitaires sont destinés à inspirer la peur et les États ont le droit de prendre des mesures préventives pour protéger la démocratie (v. CEDH, 9 juill. 2013, *Vona c/ Hongrie*, n° 35943/10). Enfin, la Cour juge la requête de l'Œuvre française irrecevable pour abus de droit (art. 17) dès lors qu'elle a abusé de sa liberté d'association, en tant qu'organisation radicale menaçant le processus politique démocratique, en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention (v. CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, n° 5493/72, §49)– ***Thibault Thuillier-Pena.***

Droit des libertés fondamentales

La covid-19 : un visiteur de prison pas comme les autres

CE, ord., 8 oct. 2020, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ M. E… et a., n° 444741.

Saisi en référé-liberté par des détenus du centre pénitentiaire de Toulouse-Seysses – demandant d'une part, à ce qu'il soit fait injonction à cet établissement de distribuer des masques aux prisonniers et d'autre part, de mettre en place une campagne de dépistage de la covid-19 –, le Conseil d'État livre une analyse nuancée. Après un rappel de l'obligation faite à l'Administration de prendre, eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis d'elle, les mesures propres à protéger leur vie ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant (v. CE, 17 déc. 2008, *Section française de l'OIP*, n° 305594), le Conseil d'État entreprend une distinction fondée sur le critère du contact des détenus avec l'extérieur : nonobstant l'obligation de fournir aux détenus des masques à chaque occasion de contact avec des personnes extérieures (parloirs, entretiens, activités socio-éducatives, *etc.*), le Conseil d'État relève qu'il existe une incertitude quant à l'application systématique de cette obligation et confirme l'injonction faite au centre de mettre des masques à disposition des détenus dans tous les locaux clos et partagés. Concernant les activités sans contact avec l'extérieur, la Haute juridiction rappelle l'ensemble des mesures instaurées (dépistage systématique à l'arrivée, fourniture de gel hydroalcoolique, *etc.*) pour conclure que l'absence de mise à disposition des détenus de masques de protection dans les locaux n'impliquant aucun contact avec l'extérieur ne constitue pas une carence portant, de manière caractérisée, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales. Enfin, le Conseil d'État estime qu'un dépistage général des détenus et des personnels de l'établissement n'est pas pertinent eu égard au protocole mis en place dans le centre pénitentiaire ainsi qu'à la situation sanitaire actuelle dans le département de la Haute-Garonne. – ***Thibault Thuillier-Pena.***

Droit de l'urbanisme

Article L. 600-12-1 du code de l'urbanisme, mode d'emploi

CE, Sect., Avis, 2 octobre 2020, Société du Petit Bois, n° 436934.

L'article L. 600-12-1 du code l'urbanisme dispose en substance que l'annulation d'un document d'urbanisme n'a pas en elle-même d'incidence sur les décisions relatives à l'utilisation du sol si le motif d'irrégularité est « *étranger aux règles d'urbanisme applicables au projet* ». Pour le Conseil d'État, est dépourvu de tout lien avec «le droit des sols de la zone où est situé le permis de construire» (*cf.* étude d'impact de la loi ELAN citée par le rapporteur public dans ses conclusions sur cet avis), le vice qui est distinct du projet concerné. Ainsi, un vice de légalité externe entachant un document d'urbanisme n'a en principe aucune incidence sur le permis attaqué, à moins que ce dernier n'ait exercé une influence directe sur les « *règles d'urbanisme applicables au projet* ». Un vice de légalité interne sera lui considéré comme étranger audit projet dès lors qu'il n'aura aucun rapport avec les règles applicables à celui-ci. Le juge sera donc amené en pareille hypothèse à apprécier la légalité de l'autorisation au regard du document d'urbanisme, aussi irrégulier soit-il. Hors le cas de figure où ledit motif serait étranger aux règles applicables au projet, le document d'urbanisme antérieur devra donc être exhumé, conformément aux termes de l'article L. 600-12. L'exhumation pourra toutefois être seulement partielle si le vice entache des dispositions divisibles, auquel cas il sera jugé de la légalité de l'autorisation en tenant compte des «seules règles équivalentes nécessaires pour assurer le caractère complet et cohérent du document». – ***Ugo Assouad.***

Droit des contrats publics

Indiana Jones et la clause de cristal

TC, 2 nov. 2020, INRAP, n° C4196.

Le tribunal des conflits est amené à se prononcer sur la nature administrative ou non d'un contrat passé entre l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) et une société publique locale d'aménagement, visant à la réalisation de fouilles avant travaux. D'après les juges, la simple présence d'une clause exorbitante de droit commun conférant à la personne privée des prérogatives particulières ne saurait entraîner le caractère administratif du contrat en cause. Une telle clause (en l'espèce, résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général) permettrait la qualification de contrat administratif à la condition que les prérogatives en question soient reconnues à la personne publique cocontractante et non à la personne privée. En l'espèce, le contrat litigieux apparaît tout de même comme étant un contrat administratif en ce qu'il permet la réalisation des missions du service public de l'archéologie préventive. – ***Sabrina Hammoudi.***

Police administrative

Précisions quant à l'exercice du culte en période de crise sanitaire

CE, ord., 7 nov. 2020, Assoc. Civitas et a., n° 445825.

A l'occasion d'un référé liberté, le Conseil d'État est amené à interpréter les dispositions du décret du 29 octobre 2020 relatif à l'exercice des cultes. Constatant l'aggravation de l'épidémie, les juges estiment que le décret ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de culte, à la liberté d'aller et venir et à la liberté de réunion, mais regrettent néanmoins l'absence de clarté de ce texte. Ils en précisent alors certaines dispositions et estiment notamment que les lieux de cultes peuvent rester ouverts, les fidèles pouvant ainsi y exercer individuellement leur culte lors des déplacements autorisés et dès lors qu'ils évitent tout regroupement. Ils peuvent également participer aux cérémonies de mariages dans la limite de six personnes, et aux enterrements dans la limite de trente personnes. – ***Sabrina Hammoudi.***

Protection des données

Le droit de l'Union s'oppose (à nouveau) à la conservation généralisée des données

CJUE, gde ch., 6 octobre 2020, La Quadrature du Net e.a., aff. jtes C-511/18, C-512/18, C-520/18.

Se plaçant dans les sillons tracés par sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice confirme que le droit de l'Union s'oppose à la conservation généralisée des données de connexion par les fournisseurs d'accès à internet (voir not. CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, Tele2 Sverige et Watson e.a., aff. jtes C-203/15, C-698/15). Plus précisément, les États membres ne sauraient imposer auxdits fournisseurs la transmission ou la conservation généralisée et indifférenciée de données relatives au trafic et à la localisation, à des fins de lutte contre les infractions en général ou de sauvegarde de la sécurité nationale.
La Cour identifie toutefois une exception à l'obligation d'assurer la confidentialité de ce type de données, lorsque l'État membre fait face à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible. Dans ce cas, l'État peut imposer, par des mesures législatives, une conservation généralisée et indifférenciée de ces données pour une durée limitée dans le temps au strict nécessaire, mais renouvelable si la menace persiste. Dans le cas précis de la lutte contre la criminalité grave et la prévention des menaces graves contre la sécurité publique, un État membre peut également prévoir la conservation ciblée desdites données ainsi que leur conservation rapide. Pareille ingérence dans les droits fondamentaux doit toutefois être assortie de garanties effectives et contrôlée par un juge ou une autorité administrative indépendante. – ***Léa Navel.***

Actes administratifs

Les avis de la HATVP en matière de pantouflage font grief

CE, 4 nov. 2020, Monsieur B, n°440963.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État estime que l'avis rendu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique sur la compatibilité d'un projet d'activité lucrative privée avec les fonctions exercées par le passé par un fonctionnaire est une décision faisant grief, attaquable en REP sous le contrôle entier du juge administratif. Les juges constatent en effet que de tels avis « *lient l'administration et s'imposent à l'agent* » au terme du X de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983. En l'espèce, le Conseil d'État confirme la légalité de l'avis selon lequel la HATVP avait estimé que la présidence du salon « World Nuclear Exhibition » n'était pas compatible avec les fonctions passées du requérant, ancien secrétaire général du ministère des affaires étrangères, membre du conseil d'administration des sociétés EDF et Orano. – ***Sabrina Hammoudi.***

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Ugo Assouad, *DCCE* / Alexandre Bellotti, *docteur* / Sabrina Hammoudi, *ATER* / Justine Lauer, *doctorante* / Léa Navel, *ATER* / Antoine Oumedjkane, *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