# Newsletter DU (CREAM

N° 22 – DÉCEMBRE 2020







#### L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

La conclusion des marchés publics de gré à gré pour motif d'intérêt général : as soon as possible ? Marion UBAUD-BERGERON, Professeur de droit public, Université de Montpellier, Directrice du CREAM.

Parmi les nombreuses dispositions de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, dite loi « ASAP », l'article 131 se propose de modifier l'art. L2122-1 du Code de la commande publique qui permet de conclure des marchés publics « sans publicité ni mise en concurrence préalables » et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État : si le Code prévoyait la conclusion de tels marchés « en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur », le législateur y adjoint un nouveau motif tiré de l'intérêt général, dont le caractère éminemment vague peut susciter quelques craintes, au-delà des doutes que l'on peut avoir sur son utilité même.

Le Conseil Constitutionnel (déc. n° 2020-807, 3 déc. 2020) a pourtant considéré que cette disposition n'était pas entachée d'incompétence négative, et qu'elle n'exonère « pas les acheteurs publics du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics rappelées à l'article L. 3 du code de la commande publique ». Cette affirmation, que le Conseil ne motive pas, peine à convaincre. D'une part, l'extension de la dispense des règles de concurrence est ici trop générale (tant du point de vue du motif, que du champ d'application) pour pouvoir se passer d'une confrontation sérieuse et concrète avec les principes fondamentaux de la commande publique, a minima par le biais d'une réserve d'interprétation. D'autre part, le Conseil constitutionnel expose en réalité la loi à une censure ultérieure sur le terrain conventionnel, dans la mesure où sa conformité avec les directives européennes en matière de marchés publics reste très incertaine. Il n'est pas sûr, dans ces conditions, que la mise en œuvre de cette disposition doive se faire .... aussi vite que possible.

#### L'ACTUALITÉ DU MOIS

Réduction des émissions de gaz à effet de serre : le Conseil d'État plus chaud que le climat ! CE, 19 nov. 2020, Commune de Grande-Synthe et a., n°427301.

A l'heure où le président élu Joe Biden promet que les USA vont réintégrer l'Accord de Paris du 12 déc. 2015, le Conseil d'État se prononce de manière inédite sur le respect des engagements pris par la France, tels qu'ils résultent de Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) modifiée, sur la réduction des émissions de gaz à effet de serre ; notamment l'engagement à réduire les émissions de 40 % d'ici à 2030.

Magnanime sur la recevabilité du recours - dirigé contre le refus de l'État de prendre toute mesure utile permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre - , en accueillant la requête de la commune de Grande-Synthe, le Conseil d'État se montre ferme sur le fond.

Si les stipulations de la CCNUCC et de l'Accord de Paris requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers et sont dépourvues d'effet direct, la Haute juridiction estime qu'elles doivent néanmoins être prises en considération dans l'interprétation des dispositions de droit national qui, se référant aux objectifs qu'elles fixent, ont pour objet de les mettre en œuvre. Or, le Conseil d'État juge que, par le décret du 21 avril 2020 relatif aux budgets carbone

nationaux, le gouvernement a reporté l'essentiel de l'effort de réduction des émissions après 2020 et selon une trajectoire qui n'a jamais été atteinte jusqu'ici (et qui le sera très difficilement au regard des récents rapports du GIEC). Par conséquent, le Conseil d'État demande au gouvernement de justifier, sous 3 mois, que son refus de prendre des mesures plus strictes est compatible avec le respect de l'objectif pour 2030 ; sans quoi le Conseil d'État pourrait, dans une décision alors historique, annuler le refus de l'État de prendre des mesures supplémentaires pour parvenir à l'objectif fixé pour 2030. - Thibault THUILLIER-PENA.

#### Au sommaire de ce numéro

| • | Droit des libertés fondamentales          | p. 2     |
|---|---|----------|
| • | Droit de la responsabilité administrative | p. 2 & 4 |
| • | Documents administratifs                  | p. 2     |
| • | Droit de l'urbanisme                      | p. 3     |
| • | Droit des contrats publics                | p. 3 & 4 |
| • | Droit public économique                   | p. 3     |
| • | Fonction publique                         | p. 4     |
| • | Chronique du Tribunal administratif       | p. 5     |

#### Droit des libertés fondamentales

Le caractère essentiel d'un commerce nonessentiel : le traitement kafkaïen des librairies en période de confinement ?

CE, ord., 13 nov. 2020, Sté Le Poirier-au-Loup et a., n°s 445883, 445886 et 445899.

Statuant en référé, le Conseil d'Etat rejette la demande de suspension de l'art. 37 du décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 en ce qu'il interdit la vente de livres sur place et par retrait de commandes. Alors même que le juge administratif d'une part, concède que les librairies contribuent à l'exercice effectif de la liberté d'expression ainsi que de la libre communication des idées et des opinions et, d'autre part, relève que les librairies présentent un caractère « essentiel » qu'il convient de prendre en considération de manière particulière dans le cadre des mesures de confinement et de déconfinement liées à la crise sanitaire, il est jugé que la fermeture au public de la plupart des commerces, au nombre desquels figurent les librairies, pendant la première phase du second confinement, ne constitue pas une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées. -Thibault THUILLIER-PENA.

#### Responsabilité administrative

Précisions quant au rôle des collectivités dans la prise en charge de l'accompagnant d'un enfant en situation de handicap

CE, sect., 20 nov. 2020, Ministre de l'éducation nationale, n° 422248.

Lorsqu'une personne est recrutée en d'accompagnant d'un enfant en situation de handicap et que ce dernier participe, en dehors du temps scolaire, au service de restauration établissement scolaire ainsi qu'aux activités périscolaires proposées par ce dernier, il revient conjointement à l'État et à la commune dont dépend l'établissement en question de déterminer si cette personne a le droit d'accompagner l'enfant durant ces périodes. Si oui, ils fixent ensemble les modalités de participation de l'accompagnant à ces activités, cela dans le but d'assurer la continuité de l'aide apportée à l'enfant. Si le recrutement de l'accompagnant est effectué par l'État, il revient néanmoins à la commune de le financer lorsqu'il intervient en dehors du temps scolaire. - Sabrina HAMMOUDI.

#### Responsabilité administrative

Manifestant blessé par la police : le LBD40 enfin dans le viseur du juge administratif ?

TA Lyon, 25 nov. 2020, Mme Mélodie X..., n° 1908886.

Omniprésent en maintien de l'ordre, le lanceur de balles de défense (LBD40) est à l'origine de mutilations graves et irréversibles. Si le recours à cette arme de guerre (art. R. 311-2 CSI) n'est pas interdit en manifestation (CE, 1er fév. 2019, n° 427390), l'État ne saurait dignement échapper à la réparation des préjudices causés. Actuellement, seuls les tiers à l'opération peuvent prétendre à un engagement de la responsabilité de l'État fondée sur un risque spécial tenant à l'utilisation d'une arme dangereuse suite à un tir de LBD40, excluant les manifestants qui ne peuvent se réfugier que derrière la difficile (voire impossible sans vidéosurveillance de la police) démonstration d'une faute de l'agent (CAA Nantes, 5 juill. 2018, n° 17NT00411). Ultime solution pour un manifestant blessé : mobiliser le régime de responsabilité sans faute de l'État du fait des attroupements (art. L. 211-10 CSI) applicable aux tiers comme aux participants (CAA Bordeaux, 13 déc. 1999, n° 96X00562). Occultant le nécessaire débat sur les dangers du LBD40 – comme d'autres juridictions administratives avant elle (v. L. Allezard, « Le régime de responsabilité du fait d'un attroupement, refuge inapproprié du Flash-Ball », AJDA 2019, p.1010) –, le TA de Lyon a le double mérite de retenir la responsabilité sans faute de l'État du fait des attroupements pour indemniser une manifestante blessée par un tir de LBD40 et d'estimer que la victime n'a commis aucune faute de nature à atténuer cette responsabilité en se maintenant sur les lieux de la manifestation plusieurs minutes après les sommations qu'elle n'a pas entendues. – Thibault THUILLIER-PENA.

#### Documents administratifs

#### L'Administration n'a pas à être stakhanoviste!

CE, 13 novembre 2020, M. S., n° 432832.

En l'espèce, le requérant avait attaqué le refus de communication, par le ministère de la justice, d'une liste de magistrats mentionnant leurs postes et leurs cursus professionnels, en arguant qu'une simple extraction de données pourrait suffire à produire le document. Dans la droite ligne de sa jurisprudence en matière de demande abusive de communication des documents administratifs (CE, 14 novembre 2018, n° 420055), le Conseil d'État déclare que l'Administration ne peut délivrer que les documents qui : « peuvent être établis par extraction des bases de données dont l'administration dispose, si cela ne fait pas peser sur elle une charge de travail déraisonnable ». Ce n'était pas le cas en l'espèce puisque l'extraction déjà longue, impliquait un retraitement des données afin d'apposer les anonymisations nécessaires au respect de la vie privée des magistrats. – Antoine Oumedukane.



#### Droit de l'urbanisme

Instruction des permis de construire au regard de l'unité foncière avant réalisation de la division primaire CE, 12 novembre 2020, n°421590, SCI 3 rue Jules Gautier.

La division primaire est un mécanisme de division foncière soustrait par l'article R. 442-1 du code de l'urbanisme à l'application du régime juridique du lotissement. Alors que ce dernier consiste à diviser pour construire après qu'un contrôle administratif de l'opération de division ait eu lieu, la division primaire conduit à diviser après l'obtention d'un permis de construire et à instruire l'ensemble de l'opération au moment de la délivrance du permis. La question qui était posée au juge de cassation était de savoir quelle était l'assise foncière à prendre en compte pour apprécier la conformité du projet aux règles d'utilisation des sols : faut-il prendre en compte l'unité foncière ou, à l'inverse, tenant la dimension prospective du mécanisme de division primaire n'instruire la demande de permis qu'au regard de l'assise qui résultera de la division ?

La réponse apportée par le Conseil d'État est on ne peut plus claire et tient à ce qu'au moment de l'instruction du permis, la division n'a pas encore eu lieu. C'est ainsi qu'« eu égard à l'objet de ce procédé permettant de combiner, pour les projets portant sur un groupe de bâtiments ou un immeuble autre qu'une maison individuelle destinés à occuper une partie de l'unité foncière existante, l'obtention de l'autorisation d'urbanisme nécessaire au projet et la division de l'unité foncière existante, le respect des règles d'urbanisme doit être apprécié au regard de l'ensemble de l'unité foncière existant à la date à laquelle l'administration statue sur la demande, bien que cette dernière soit informée de la division à venir ». – Matthieu DIDIERLAURENT.

#### Droit public économique

#### Baroud d'honneur d'Air Lib : pas d'engagement de la responsabilité de l'État

CE, 27 novembre 2020, n° 417165, Mandataires liquidateurs de la société AOM Air Liberté.

Après que son repreneur se soit payé sur la bête et que le groupe Swissair l'ait laissée pour morte en cessant de verser ses contributions à son redressement, il avait été établi qu'Air Lib ne pouvait plus faire face à son passif social dès fin 2001 et se voyait, en 2003, retirer sa licence d'exploitation faute d'engagement d'investisseurs potentiels. Cependant, début 2002, l'État avait tenté de maintenir la compagnie à flots en lui octroyant son aide sous forme d'un prêt et d'un report d'acquittement de ses cotisations. La juridiction administrative devait juger de la responsabilité pour faute de l'État auquel les mandataires liquidateurs reprochaient d'avoir administré un remède pire que le mal en retardant, par son concours, l'ouverture d'une liquidation qui était déjà irrémédiable lorsqu'il s'est rendu à son chevet.

La solution du litige proposée par les juges d'appel s'inspirait de l'article L. 650-1 du code de commerce adopté à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation qui, sur le fondement de l'ancien article 1382 du code civil, avait reconnu la possibilité d'engager la responsabilité d'un établissement de crédit lorsqu'il était établi que celui-ci connaissait ou aurait dû connaître la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise. Ainsi que l'avait cependant relevé le rapporteur public, l'intervention de l'État peut non seulement consister à susciter des investissements, mais encore à éviter l'interruption d'un service jugé essentiel de sorte que le critère de la déconfiture irrémédiable ne pouvait être retenu pour caractériser une faute de l'État en la matière.

C'est ainsi un régime ad hoc de faute simple qui est adopté aux termes duquel : « L'octroi d'une aide publique à une entreprise, alors même que sa situation était irrémédiablement compromise à la date à laquelle elle a été accordée, ne permet de caractériser l'existence d'une faute que si cette aide [...] a été accordée en méconnaissance des textes applicables ou qu'il est manifeste, qu'à la date de son octroi, cette aide était insusceptible de permettre la réalisation d'un objectif d'intérêt général ou que son montant était sans rapport avec la poursuite de cet objectif ». — Matthieu DIDIERLAURENT.

#### Droit des contrats publics

#### Application dans le temps du régime issu de l'arrêt Département du Tarn-et-Garonne aux avenants

CE, 20 novembre 2020, n° 428156, Association Trans'Cub.

Saisi de recours dirigé contre les actes d'approbation d'avenants adoptés entre 2006 et 2011 qui constituaient alors des actes détachables du contrat susceptibles d'être contestés par les tiers ordinaires en empruntant la voie du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État précise, au terme d'un obiter dictum que les modalités d'application dans le temps de la jurisprudence Département du Tarn et Garonne (à savoir, son application aux contrats signés après le 4 avril 2014) s'applique aux avenants, « quand bien même [l'avenant concerné] modifie un contrat signé antérieurement à cette date ». – Matthieu DIDIERLAURENT.



N° 22

#### Fonction publique

#### Le Conseil d'État accepte de connaître des avis de compatibilité rendus par la HATVP

CE, 4 novembre 2020, M. G, n° 440963.

En l'espèce, le ministère des affaires étrangères avait saisi la HATVP d'un avis sur la compatibilité de l'exercice de deux activités privées lucratives avec les anciennes fonctions exercées par son ancien secrétaire général. En raison de risques d'infractions à la probité, les deux activités n'ont pas été déclarées compatibles. Le requérant a par la suite, attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir l'avis de la HATVP ainsi que la décision du ministre des affaires étrangères tirant les conséquences de l'avis devant le Conseil d'État. Si elle n'est compétente en premier et dernier ressort que contre les décisions rendues par la HATVP, la Haute-Juridiction fait jouer la connexité des conclusions pour accepter d'examiner également la décision du ministre qui relève, normalement, de la compétence du Tribunal administratif. Bien que la demande soit rejetée, le contrôle très poussé de l'avis confirme tout l'intérêt du contrôle juridictionnel de ces actes. – Antoine Oumedukane.

#### Droit des contrats publics

### Le pouvoir adjudicateur peut s'appuyer sur des éléments budgétaires pour apprécier la valeur technique des offres

CE, 20 novembre 2020, Société Evencia, nº 427761.

Trois libertés sont reconnues à l'acheteur public : libre à lui de choisir les critères d'évaluation des offres, libre à lui d'en définir la pondération, et enfin, libre à lui de déterminer la méthode utilisée pour noter les critères. Aussi, et pour reprendre les mots de la rapporteure publique dans ses conclusions sur cet arrêt, le juge est-il amené à effectuer un contrôle « distancié dans chacun des cas, afin de respecter la marge d'appréciation » censée bénéficier à l'acheteur public. Dans la continuité de la jurisprudence « Commune de Belleville » (C.E., 3 novembre 2014, n° 373362), le Conseil d'Etat rappelle la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de définir librement les éléments sur lesquels il va s'appuyer pour apprécier les offres, au regard des critères de sélection qu'il a rendus publics, à la condition toutefois que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas écartée le cas échéant. Dans ce cadre, il était loisible au pouvoir adjudicateur de retenir en l'espèce des éléments budgétaires pour juger de la valeur technique d'une offre, le budget pouvant refléter la qualité de cette dernière (comme le dit Mireille Le Corre dans ses conclusions sur cet arrêt). Plus précisément, il s'agissait pour ce dernier de prendre en compte le budget alloué à l'alimentation pour juger de la valeur technique de l'offre, ce demier n'étant pas sans lien avec l'objet du marché litigieux, qui avait été passé en vue de réserver des places en crèche. – Ugo Assouad.

#### Responsabilité administrative

## Conditions de réparation de la perte de chance en responsabilité hospitalière

CE, sect., 20 nov. 2020, Mme A. c. CHR de la Martinique, n° 419778.

Les juges précisent dans quelles conditions la perte de chance d'un patient peut être prise en compte lors d'un manquement par l'hôpital à son obligation d'information. Ils affinent une jurisprudence antérieure selon laquelle la perte de chance ne pouvait être prise en compte dans le cas où l'intervention ayant causé le dommage était « impérieusement requise » et que le patient ne pouvait donc possiblement s'opposer à cette dernière (CE 10 oct. 2012, n° 350426, Beaupère). En l'espèce, les juges ajoutent qu'afin d'exclure la perte de chance, plusieurs critères doivent être pris en compte: l'état de santé du patient et son évolution prévisible, les alternatives thérapeutiques disponibles et tous les éléments propres à révéler que le patient aurait, en réalité, été informé de la nature et de l'importance risque de l'intervention. Sabrina HAMMOUDI.

# Modalité de réparation du dommage d'un fonctionnaire en cas d'accident de service ou de maladie professionnelle

CE, 18 nov. 2020, Ministre de l'éducation et de la jeunesse, n° 427325.

Un fonctionnaire victime d'une maladie professionnelle ou d'un accident de service peut rechercher simultanément la responsabilité de deux collectivités publiques, dont celle qui l'emploie, s'il estime que toutes deux ont participé à la réalisation de son préjudice. Après avoir rappelé les conditions de la réparation par la collectivité employeur (réparation forfaitaire dans le cadre de l'obligation d'assurer les agents contre les risques de leurs fonctions et réparation intégrale par une action de droit commun), le CE précise qu'après avoir mis à la charge collectivité employeur la réparation du préjudice subi, il revient au juge administratif, s'il estime que la responsabilité de l'autre collectivité peut être engagée, de mettre à la charge de cette dernière le complément d'indemnité permettant la réparation intégrale des dommages. - Sabrina HAMMOUDI.

N° 22



#### La chronique du Tribunal Administratif de Montpellier

#### En attendant Sancho... Kafka contre Don Quichotte

TA Montpellier, ord., 4 novembre 2020, n°2004875.

C'est dans une entreprise très donquichottesque que certains maires d'Occitanie (et d'ailleurs) ont brandi leurs pouvoirs de police contre le décret du 29 octobre 2020, afin de briser les chaînes qui maintenaient fermés les commerces locaux non essentiels.

Une telle démarche était logiquement vouée à la censure, mais celle-ci fut prononcée à l'issue d'un détour, certes attendu, mais finalement superflu. Ce détour réside dans le rappel du cadre d'action des autorités locales de police administrative générale en période d'état d'urgence sanitaire, dont il résulte, soit dit en passant, la mise en mouvement d'une police administrative spéciale non-exclusive de lutte contre les catastrophes sanitaires, confiée à différentes autorités de l'État.

En ce sens, le maire peut prendre des mesures tendant, au vu de circonstances locales, à la bonne application de celles adoptées par les autorités de l'État. Il peut également, par exception, intervenir pour lutter contre la catastrophe sanitaire lorsque des raisons impérieuses, liées encore à des circonstances locales, le justifient et à condition, dans ce cas, de ne pas compromettre l'efficacité et la cohérence des actions mises en œuvre par la police spéciale en question (CE, ord., 17 avril 2020, Commune de Sceaux, n° 440057).

Le tribunal ajouta, à bon escient, que l'intervention du maire, usant de ses pouvoirs de police, ne pouvait aller dans le sens d'un assouplissement des mesures prises par la police spéciale. C'est là l'aveu de ce qu'une jurisprudence excessivement ajustée se révèle finalement superflue pour trancher des problèmes de droit somme toute classiques. Aveu, donc, de ce qu'une jurisprudence aux accents kafkaïens, tant on peine à en distinguer les points d'attache avec les règles habituelles en matière de concours de polices administratives générale et spéciale, ne vaudra jamais une jurisprudence aux apports principiels. Il se dégage en effet nettement de cette dernière qu'une autorité de police générale ne peut poursuivre les mêmes finalités qu'une police spéciale, sauf péril imminent (CE, 15 janvier 1986, Société Pec Engineering, n° 47836), ni intervenir, pour d'autres finalités, dans le domaine réservé d'une police spéciale, sauf si des circonstances locales justifient que des mesures plus restrictives soient prises (CE, 18 décembre 1959, Société Les films Lutétia, n° 36385). Sur cette base qui, comme Sancho Panza, présente le mérite d'une raisonnable simplicité, on comprend aisément que la fronde des maires ne pouvait terminer son équipée autre part qu'aux tréfonds de la grotte de Montesinos. - Léon Bouour.

#### À retenir

#### **Publications**

- BOUSQUET J., « L'application des clauses de règlement des différends du contrat administratif illégal », AJDA 2020, 2207.
- Bousouet J., « Résister au développement des mécanismes punitifs en droit des contrats administratifs », RDP 2020, n° 6,
  p. 1447
  - ▲ Toute l'équipe de la Newsletter ainsi que l'ensemble des doctorants et jeunes docteurs du CREAM vous souhaite de passer de belles fêtes de fin d'année. Nous vous disons : à l'année prochaine ! ▲



