NEWSLETTER DU CREAM

N° 26 – AVRIL 2021

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

## L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

### Conseil d'État et Cour EDH : un dialogue de sourds ?

**Mustapha AFROUKH**, Maître de conférences en droit public, IDEDH, Université de Montpellier.

En 2018, le Président de la section du contentieux du Conseil d'État J.-D. Combrexelle écrivait que « *le dialogue des juges n'était pas une formule commode et brillante utilisée dans les colloques et les revues juridiques, c'était une réalité quotidienne* ». Au regard de plusieurs décisions rendues ces derniers mois par les juges du Palais royal, on peut sérieusement en douter. Le dialogue des juges a du plomb dans l'aile. L'affaire concernant le rejet des demandes de rapatriement de ressortissantes françaises et de leurs enfants retenus en Syrie retient particulièrement l'attention, car plusieurs requêtes ont été introduites devant la Cour de Strasbourg. Le 16 mars, la chambre à laquelle les affaires avaient été attribuées s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, alors que le Conseil d'État avait ici refusé de saisir la Cour d'une demande d'avis au titre du Protocole 16. C'est dire que la Haute juridiction administrative n'a pas peut-être pas pris la mesure de l'importance des questions de droit au cœur de ces litiges. Qui plus est, lorsqu'il s'est agi de réceptionner l'arrêt *J.M.B.* sur l'indignité des conditions de détention, elle a botté en touche. Plus récemment, saisi par des journalistes qui s'étaient vus refuser l'accès aux opérations d'évacuation de campements de migrants sur le terrain du référé-liberté, le Conseil d'État a totalement fait abstraction du corpus conventionnel européen sur l'importance de la presse dans une société démocratique. Semblable indifférence se vérifie également dans un autre domaine, le droit d'asile. Le 27 mars, le juge des référés du Conseil d'État a estimé, en violation flagrante du droit international et européen des droits de l'homme, que des ressortissants russes, qui avaient encore la qualité de réfugiés, pouvaient être éloignés vers leur pays d'origine. Autant d'exemples qui fragilisent l'hypothèse du dialogue de juges comme partie intégrante des mœurs juridictionnelles.

## L'ACTUALITÉ DU MOIS

### Bourdonnements pour un rejet dard-dard

*CE, ord., 15 mars 2021, n° 450194.*

Le Conseil d'État était saisi de deux référés, l'un sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, l'autre sur celui de l'article L. 521-2 du même code, contre l'arrêté du 5 février 2021 autorisant, à la suite de la loi du 14 décembre 2020, une prolongation d'utilisation des néonicotinoïdes dans les cultures de betteraves sucrières.

Sur le plan du référé-liberté d'abord, le Conseil d'État rejette l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale en mobilisant la théorie de la loi écran : l'arrêté attaqué « *se borne à mettre en œuvre* » la prolongation dérogatoire prévue par la loi, laquelle a été jugée conforme à la Constitution et reste dans les clous du droit européen. Toutefois, on peut regretter qu'il n'ait pas saisi l'occasion, pas plus qu'en 2007 (CE, ord., 11 mai 2007, n° 305427), de consacrer expressément le droit à la protection de l'environnement au nombre des libertés fondamentales invocables. La mention de ce droit est en effet reléguée en fin de considérant, au sein d'une proposition dont la portée est neutralisée par un traditionnel « *en tout état de cause* », soulignant le caractère surabondant et sommaire de l'analyse qui doit suivre. Quant au communiqué de presse, il ne le mentionne pas du tout...

Sur le plan du référé-suspension, les associations requérantes ne sont pas parvenues à faire naitre un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué, ni au regard du droit européen, dès lors que le dispositif s'insère adéquatement dans les dérogations permises par celui-ci pour l'utilisation de produits en principe interdits, ni au regard des normes internes dont les différentes violations sont rejetées de manière pour le moins expéditive. – **Léon BOIJOUT.**

<u>Au sommaire de ce numéro</u>


- Actes administratifs p. 2 à 4
- Domaine public p. 2
- Contrat publics p. 2
- Fonction publique p. 2
- Autorités administratives indépendantes p. 3
- Droit de l'urbanisme p. 4
- Environnement p. 4
- Droit public économique p. 4


©

## Actes administratifs

### Les EPHAD ne resteront pas porte close

*CE, ord., 3 mars 2021, Mme B et a., n° 449759.*

Statuant en juge des référés, le Conseil d'État suspend une recommandation générale, émanant du Ministère des solidarités et de la santé, relative aux mesures de protection à adopter à l'égard des résidents d'EHPAD, et qui privait lesdits résidents de toute sortie à l'extérieur de l'établissement. Cette « recommandation », en ce qu'elle constitue une véritable prescription juridique, n'échappe plus au contrôle du juge (Cf, CE, ass. 21 mars 2016, *Fairvesta*, n° 368082-84 et 390023 ; CE, sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142). Le juge considère qu'en raison de l'avancée effective de la vaccination des résidents et du personnel des EPHAD, cette interdiction totale est disproportionnée. Il appartient à chaque chef d'établissement d'apprécier si une mesure d'interdiction de sortie pour l'ensemble des résidents est effectivement nécessaire, au regard notamment de la situation locale de l'épidémie et des caractéristiques de leur établissement. – Léa Navel.

## Domaine public

### Un argumentaire qui prend l'eau

*CE, 12 mars 2021, Société Hôtelière d'Exploitation de la Presqu'île et M. B., n° 443392*

Afin de convaincre les autorités domaniales de ce que l'installation de transats et parasols afférents à son activité n'excédait pas le droit d'usage de tous du domaine public, un restaurateur pensait avoir trouvé la parade : puisque les clients devaient eux-mêmes installer les éléments nécessaires à leur confort pendant la durée de la consommation, l'installation n'était le fait que des seuls usagers collectifs du domaine. Si la notion d'utilisation privative ne va pas jusqu'à inclure toute utilisation temporaire, par des clients, d'une activité commerciale (CE, 31.03.2014, n°362140), le Conseil d'État relève, en l'espèce, que le tribunal administratif avait pu à bon droit ordonner l'expulsion après que ce dernier ait relevé que ces éléments étaient « *en lien direct avec son activité commerciale, alors qu'il n'était pas établi que ses clients les installeraient eux-mêmes pour la seule durée de leur présence sur la plage et les retiraient après utilisation* ». – Matthieu Didierlaurent.

## Contrats publics

### Vers une « désmirgeomisation » de la jurisprudence ?

*CJUE, 24 mars 2021, NAMA Symvouloi, aff. C-771/19.*

Le juge du plateau de Kirchberg, saisi d'une question préjudicielle par le Conseil d'État grec, devait notamment se prononcer sur la teneur des moyens pouvant être soulevés par un concurrent dont l'offre avait été exclue à l'issue d'une procédure de passation d'un marché public lors d'une procédure de référé précontractuel. Il était ainsi demandé par la juridiction de renvoi si la jurisprudence déniant au soumissionnaire, exclu de la procédure d'adjudication, la possibilité de contester la participation d'un autre soumissionnaire à ladite procédure, à moins que cette dernière ne se traduise par une violation du principe d'égalité dans l'appréciation des offres, était contraire ou non au droit de l'UE. Dans la continuité de sa jurisprudence accueillante vis-à-vis des moyens recevables dans ce cadre [inaugurée par l'arrêt « *Fastweb* » en date du 4/07/2013 (aff. C-100/12)], la CJUE vient ici admettre la possibilité pour le requérant d'invoquer « *tous les moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit* », ce qui inclut, poursuit la Cour, les moyens ne présentant pas de lien véritable avec les irrégularités de la procédure ayant conduit au rejet de son offre (§ 46). Intérêt à agir et intérêt à soulever un moyen ne seraient donc pas dissociables à ses yeux en pareille hypothèse, rappelant en cela la jurisprudence du CE en la matière précédant l'arrêt « *SMIRGEOMES* » (3/10/2008, n° 305420) en vertu de laquelle les manquements invoqués par le requérant étaient accueillis sans difficulté aucune par le juge. La question se pose néanmoins de savoir si, de par la généralité des termes employés, la CJUE ne vient pas remettre en cause la position adoptée par le CE depuis 2008, position qu'il a déjà amendée l'an passé (CE, 27/05/2020, *Sté Clean Building*, n° 435982) et si elle ne poussera pas le cas échéant le Palais Royal à rétropédaler à la faveur d'une jurisprudence moins restrictive en ce domaine. – Ugo Assouad.

## Fonction publique

### Légitimité du refus de renouvellement par un agent de son contrat de travail

*CE, 2 avril 2021, Mme B… c/ Hospices civils de Lyon, n° 428312.*

Le Conseil d'État devait se prononcer sur la légalité d'une décision des Hospices civils de Lyon de ne pas accorder à une employée le bénéfice de l'allocation d'aide au retour à l'emploi à la suite du souhait exprimé par cette dernière de ne pas renouveler son CDD. Les juges devaient alors appliquer le décret n° 2020-741 du 16 juin 2020 et estimaient ainsi qu'un agent refusant le renouvellement peut être regardé comme ayant involontairement perdu son emploi si celui-ci fait valoir un motif légitime pouvant notamment être lié à des considérations personnelles. En l'espèce, le Conseil d'État fait droit à la demande de l'agent en estimant que la nécessité pour cette dernière de garder ses jeunes enfants à la suite d'une séparation ainsi que son déménagement à une vingtaine de kilomètres de son lieu de travail constituaient des motifs légitimes de refus. – Sabrina Hammoudi.

## Droit de l'urbanisme

### Précision sur la date d'entrée en vigueur du PLU

*CE, 2 avril 2021, n° 427736.*

En l'espèce un arrêté accordant un permis de construire avait été annulé par le TA de Montpellier au motif qu'il ne respectait pas les règles du nouveau PLU. Ce jugement avait ensuite été annulé par la CAA de Marseille qui considérait que le PLU, adopté 8 jours avant la décision du maire, n'était pas en vigueur tant qu'un délai d'un mois après son affichage et sa transmission au Préfet n'était pas échu.
Le Conseil d'État sanctionne une erreur de droit évidente dans la mesure où il résulte sans ambiguïtés de l'article L.153-23 du Code de l'urbanisme, que le PLU d'une commune déjà couverte par un SCoT est exécutoire dès sa publication et sa transmission au Préfet. Ces diligences ayant été accomplies avant l'arrêté accordant le permis de construire, celui-ci était bien en vigueur. L'affaire est ainsi renvoyée à la CAA de Marseille. – Antoine OUMEDJKANE.

## Droit de l'environnement

### Chartes environnementales volontaires : Le Conseil Constitutionnel au secours de la concertation publique

*C.C., QPC n° 2021-891 du 19 mars 2021.*

Était en cause dans cette affaire, l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime qui prévoyait que l'utilisation de pesticides dans des zones proches des habitations pouvait être précisée dans des chartes d'engagements départementales « après concertation avec les personnes, ou leurs représentants ».
Les associations requérantes ont souhaité contester la conformité de cette disposition à l'article 7 de la Charte de l'Environnement qui formule les exigences de concertation citoyenne pour toute décision publique ayant une incidence sur l'environnement. Elles arguaient notamment d'une incompétence négative du législateur à laquelle le Conseil Constitutionnel adhère largement en commençant par affirmer que ces chartes volontaires – donc facultatives – n'en sont pas moins des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.
Les sages poursuivent en considérant d'abord que la disposition contestée ne prévoit pas avec suffisamment de précision la procédure suivie. Enfin, en laissant ouverte la possibilité que la concertation ne se déroule qu'avec les représentants de la population concernée par l'épandage, la disposition ne saurait être conforme à l'article 7 de la Charte qui mentionne la participation de « toute personne ».
L'effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité reste limité par le fait que la disposition n'est plus en vigueur. Il n'en demeure pas moins que cette solution nourrit des espoirs dans d'autres contentieux. – Antoine OUMEDJKANE.

## Actes administratifs

### Déclinaisons du REP visant un acte règlementaire

*CE, 17 mars 2021, n°440208.*

Le rejet d'un recours pour excès de pouvoir dirigé directement contre un acte réglementaire fait-il obstacle à ce que soit introduit un nouveau recours pour excès de pouvoir visant la décision refusant d'abroger ledit acte règlementaire ? Le Conseil d'État répond par la négative, ces deux recours n'ayant pas le même objet. Ainsi, l'effet utile du recours en annulation dirigé contre la décision refusant d'abroger un acte réglementaire prétendument illégal réside dans l'obligation pour l'autorité compétente de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique, tandis que l'objet du recours en annulation dirigé contre l'acte réglementaire lui-même vise à obtenir son annulation rétroactive. Dès lors, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision rejetant le recours en annulation contre l'acte règlementaire ne fait pas obstacle à ce qu'il soit statué sur le recours tendant à l'annulation du refus d'abroger ledit acte. – Léa NAVEL.

## Droit public économique

### Autorisation d'une opération de concentration par l'Autorité de la concurrence : intérêt à agir d'un comité social et économique

*CE, 9 mars 2021, UES Mondadori Magazines France, n° 433214.*

Le Conseil d'État était saisi d'un recours en annulation d'un comité social et économique (CSE) contre une décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) autorisant la prise de contrôle exclusif d'une société sur une autre. À cette occasion, il a précisé que le CSE de la société faisant l'objet de la prise de contrôle a, eu égard aux missions d'expression des intérêts du personnel qui lui sont confiées quant à l'évolution économique et financière de l'entreprise ainsi qu'aux effets d'une opération de concentration, intérêt à agir contre une telle décision de l'ADLC. Pour autant, un CSE ne peut se prévaloir d'une obligation pour l'ADLC de s'assurer du respect, par la société concernée, des dispositions sur son information et sa consultation. – Pierre PELISSIER

## Actes administratifs

### Réguler n'est pas jouer

*CE, 24 mars 2021, Association française du jeu en ligne, n° 431786.*

Saisi par l'association française du jeu en ligne, le Conseil d'État se prononce sur une délibération de l'Autorité de régulation des jeux en ligne indiquant aux opérateurs de jeux et paris en ligne que certaines dispositions du code de la consommation étaient susceptibles de s'appliquer à eux (en matière notamment de clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur et en matière de pratiques commerciales déloyales). L'Autorité a ensuite précisé la faculté de son collège de poursuivre les opérateurs devant la commission des sanctions. En application de sa jurisprudence Fairvesta (CE, ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GmbH*, n° 368082), le Conseil d'État reconnaît la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre cet acte eu égard à sa portée concrète.
Sur le fond, les juges rejettent l'illégalité notamment car les qualifications de "professionnel" et de "consommateur" s'appliquent respectivement aux opérateurs de jeux en ligne et aux joueurs et parieurs en ligne, ils relèvent également qu'un contrat de jeux de paris en ligne peut être qualifié de contrat de service. L'Autorité n'ayant ainsi pas méconnu les dispositions du code de la consommation, la requête de l'association est rejetée. – **Sabrina Hammoudi.**

## Autorités administratives indépendantes

### Cartel des sandwichs : Vous n'achetiez pas ce sandwich par hasard…

*ADLC, Décision 21-D-09 du 24 mars 2021.*

L'Autorité de la Concurrence a rendu une décision sanctionnant une entente anticoncurrentielle qui aura sévi de 2010 à 2016 entre trois entreprises produisant des sandwichs industriels vendus sous marque distributeur, représentant ensemble pas moins de 90% du marché national. L'entente consistait, pour ces fournisseurs, à répondre de manière coordonnée aux appels d'offres qui sont régulièrement passés par les distributeurs, afin de se répartir le marché, tout en présentant conjointement des prix volontairement plus élevés. Au regard de la gravité, de la durée et de la stabilité de l'entente, l'Autorité a prononcé des sanctions pour un total de plus de 24 millions d'euros.
Cette décision démontre à nouveau l'intérêt de la procédure de clémence, le cartel a en effet été démantelé après que l'une des entreprises se soit dénoncée auprès de l'Autorité. Cette première entreprise a été intégralement exonérée de sanction pécuniaire. L'une des autres entreprises à se dénoncer a, pour sa part, bénéficié de la « *clémence plus* » qui permet de prétendre à des exonérations supplémentaires à celles prévues en principe, lorsque ladite entreprise est la première « *à avoir fourni des preuves incontestables permettant d'établir l'existence d'échanges anticoncurrentiels* ». L'entreprise susnommée avait permis de prouver que l'entente ne se limitait pas aux appels d'offres passés par les moyennes et grandes surfaces, mais aussi à ceux des stations-services. Ce n'est que la troisième fois que l'Autorité recourt à cette faculté. – **Antoine Oumedjkane.**



Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
**Ugo Assouad**, *DCCE* / **Léon Boijout**, *DCCE* / **Matthieu Didierlaurent**, *doctorant* / **Sabrina Hammoudi**, *doctorante* / **Léa Navel**, *docteur, ATER* / **Antoine Oumedjkane**, *DCCE* / **Pierre Pelissier**, *étudiant du M2 Contrats publics et partenariats.*

**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*