NEWSLETTER DU CREAM

N° 27 – MAI 2021

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

## L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

### Ordonnance bien ordonnée commence par soi-même

**Fanny TARLET**, Professeur des universités, CREAM, Université de Montpellier.

2020, son épidémie mondiale et la réponse à tous les maux : l'ordonnance. Non celle du médecin, mais bien celle de l'article 38 de la Constitution. Les chiffres donnent le vertige : plus de 120 textes en un an, soit un tous les trois jours.

C'est dans ce contexte d'écriture effrénée que le sort contentieux des ordonnances a dû être repensé : pour tant d'ordonnances, il fallait autant de lois de ratification et l'énergie vint probablement à manquer. Le stock des ordonnances non ratifiées gonflant comme un mauvais œdème, le Conseil constitutionnel décidait (n° 2020-843 QPC confirmé par n° 2020-851/852 QPC) que les dispositions législatives des ordonnances non ratifiées à l'expiration du délai d'habilitation devaient avoir valeur de loi (confinement partiel du législateur donc). Quoi de mal ? On a bien déjà admis que les directives européennes non transposées à l'issue du délai autorisé ont un effet direct… Le juge administratif n'aura qu'à maintenir la recevabilité du REP (CE 1er juill. 2020 n° 428134) et transmettre désormais des QPC, tout cela contre un seul et même acte (CE 28 sept. 2020 n° 441059 ; CE Ass. 16 déc. 2020 n° 440258).

L'orthodoxie juridique vient de voir son ADN modifié et on a hâte de voir se former des REP avec QPC contre les centaines d'ordonnances non ratifiées depuis Mathusalem (première application n° 2020-872 QPC). Au hasard contre celle du 19 avril 2017 qui a réformé le CGPPP pour imposer une sélection des occupants privatifs du domaine public et qui venait « européaniser » un code adopté lui aussi par voie d'ordonnance (ord. n° 2006-460 du 21 avr. 2006) dont la ratification s'était déjà fait attendre trois ans (loi n° 2009-526 du 12 mai 2009). Point de sanction de l'ordonnance par déchéance quadriennale donc, mais le domaniste, habitué à une consolidation du droit sous l'effet du temps long, chérissant l'imprescriptibilité, patiente.

## L'ACTUALITÉ DU MOIS

### Pas d'adaptation des mesures sanitaires pour les personnes vaccinées ou ayant déjà contracté la covid-19

*CE, ordo., 6 mai 2021, n^os^ 451455, 451940.*

Dans ces ordonnances, le juge des référés est confronté à la question de l'adaptation potentielle des mesures sanitaires aux personnes ayant déjà été vaccinées ou ayant déjà contracté la covid-19. Les requérants estiment en effet que les mesures sont disproportionnées en ce qu'elles s'appliquent sans distinction entre ces différentes populations. Ils font remarquer au soutien de leurs arguments que de nombreuses études attestent de la non-contagiosité des personnes ayant déjà contracté la maladie et estiment que les personnes vaccinées ne contribuent pas à la tension hospitalière. Le juge, après voir remarqué que seul le couvre-feu était en place à la date du jugement, formule plusieurs observations : Il remarque tout d'abord que les personnes vaccinées peuvent toujours être porteuses du virus dans des proportions toutefois moindres que les personnes non vaccinées. Il constate ensuite que les personnes ayant déjà contracté la maladie peuvent ne plus être porteuses du virus pendant six mois, ou bien être porteuses dans une proportion là encore moindre que les personnes n'ayant jamais contracté la covid-19. Il insiste ensuite sur la très relative maîtrise de la troisième vague et sur la dangerosité des divers variants. Enfin, et après avoir rappelé l'échéance prochaine de l'assouplissement et de la fin du couvre-feu, le Conseil d'Etat estime que la levée des mesures sanitaires pour les personnes vaccinées et celles ayant déjà contracté la covid-19 est matériellement impossible car les forces de l'ordre n'ont pas de moyens d'identifier de manière certaine ces populations. – **Sabrina HAMMOUDI.**

Au sommaire de ce numéro


- Contrats publics p. 2 à 4
- Contentieux administratif p. 2 & 3
- Droit de l'environnement p. 3
- Droit public économique p. 2


©

## Droit des contrats publics

### Quelques précisions au sujet des marchés de substitution

*CE, 27 avril 2021, n° 437148, Sté Constructions Bâtiments Immobiliers.*

Par le présent arrêt, le Conseil d'État vient préciser l'étendue de la notion de marché de substitution, l'enjeu étant de délimiter par la même occasion le droit de suivi reconnu au titulaire défaillant du marché initial. En effet, comme le relève Mireille Le Corre dans ses conclusions, la question posée n'est pas tant « *de savoir jusqu'où va le droit de suivi* », mais bien de savoir « *jusqu'où va la notion même de marché de substitution* », le droit de suivi reconnu au titulaire du contrat initial étant consubstantiel à ce dernier.

Aussi, et après avoir rappelé la possibilité reconnue à l'acheteur public de recourir au marché de substitution (en ce sens notamment, CE, 18 décembre 2020, n° 433386, *Sté Treuils et Grues Labor*), le juge du Palais Royal précise que si le contrat par lequel un entrepreneur est chargé de corriger les malfaçons constatées au cours l'exécution du marché initial ne saurait être considéré comme tel, il sera « *loisible* » au maître d'ouvrage d'inclure dans le marché de substitution (lequel, précédé par une mise en régie, est censé permettre la poursuite de l'exécution du contrat initial) des prestations « *tendant à la reprise de malfaçons sur des parties du marché déjà exécutées* ». Dans un tel cas de figure poursuit le Conseil d'État, ce droit de suivi s'exercera sur l'ensemble des prestations faisant l'objet du marché de substitution, sans qu'il soit besoin de distinguer entre elles. En d'autres termes, le Conseil d'État vient considérer que le marché de substitution conclu à la fois pour des « *travaux de reprise et des travaux d'achèvement* » doit être analysé comme « *une entité unique* » (M. Le Corre, concl., préc.) où l'intégralité des prestations sera concernée par l'exercice du droit de suivi reconnu au primo-cocontractant. – **Ugo Assouad**.

## Dialogue des juges

### Conseil d'État et Cour EDH : Comment est votre dialogue des juges ?

*CE, 15 avril 2021, Fédération forestiers privés de France, n° 439036.*

Alors que notre précédent éditorialiste questionnait légitimement la vitalité du dialogue entre Haute-Juridiction et juge de Strasbourg, notamment sur la réticence du Conseil d'État à effectuer des demandes d'avis sur le fondement du protocole n° 16 à la Convention EDH, cette décision pourrait constituer un début d'éclaircie puisqu'il s'agit du premier renvoi effectué à ce titre.

Il est vrai que le sujet était peut-être moins sensible que celui des conditions indignes de détention ou du rapatriement des enfants de djihadistes. Il était ici question d'une exception d'inconventionnalité à l'encontre de l'article L. 422-18 du Code de l'Environnement qui précisait les conditions dans lesquelles les propriétaires terriens, pouvaient s'extirper de l'obligation d'adhésion aux associations communales de chasse agréées, qui permettent l'exercice du droit de chasse sur leur bien.

L'article L. 422-10 du même Code prévoyait que les propriétaires ne souhaitant pas que des chasses aient lieu sur leurs terrains pouvaient s'opposer à l'adhésion obligatoire au moment de la constitution de l 'Association. L'article L. 422-18, quant à lui, énonçait que le retrait de l'association n'était possible que pour les personnes qui étaient déjà propriétaires au moment de la constitution de l'association. C'est sur ce point que le Conseil d'État renvoie à la Cour EDH, le soin de se prononcer sur la conformité de ces dispositions au principe de non-discrimination ainsi qu'au droit de propriété. – **Antoine Oumedjkane**.

## Contentieux administratif

### De précieuses précisions sur les effets du décret JADE

*CE, 27/04/2021, Communauté de communes du centre Corse c/ SMACL, n° 448467.*

Saisi pour avis dans le cadre d'un contentieux indemnitaire pour des désordres affectant des travaux publics, le juge est amené à préciser la portée de l'article R. 421-1 du CJA suite à sa modification par le décret JADE. Il rappelle que cet article, prévoyant l'obligation de décision préalable deux mois avant la saisine de la juridiction administrative, est en principe applicable aux recours relatifs à une créance en matière de travaux publics et n'exclut pas son application aux décisions prises par des personnes privées et revêtant un caractère administratif.

Aucune disposition ne précise cependant les effets du silence gardé par une personne morale de droit privée n'étant pas en charge d'un tel SPA. Ainsi, les conclusions relatives à une créance de travaux publics contre une telle personne privée ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de décision préalable. – **Sabrina Hammoudi**.

## Droit des contrats publics

### Nouveaux enseignements tirés de l'affaire du « *cartel des panneaux routiers* »

*CE, 27 avril 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain c/ Département Loire-Atlantique, n° 440348.*

L'affaire du « *cartel des panneaux routiers* » est de retour devant le Conseil d'État qui en profite pour apporter quelques précisions en ce qui concerne l'évaluation du préjudice subi par une personne publique consécutivement à des pratiques anticoncurrentielles perpétrées par des opérateurs économiques. Il y a déjà un an, le juge du Palais Royal était venu dire, entre autres, que le montant de ce préjudice pouvait être déterminé en fonction de la « *différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence* » (CE, 27 mars 2020, *Société Lacroix Signalisation*, n° 420491). La juridiction administrative suprême est venue juger dans le présent arrêt qu'il est également « *loisible* » d'évaluer le montant de ce dernier en comparant le taux de marge réalisé par la société pendant l'entente avec celui réalisé à l'issue de cette dernière. Cette méthode d'évaluation permettrait ainsi de déduire le « *surcoût supporté par la personne publique sur les marchés litigieux* ».
Cet arrêt constitue également l'occasion pour le Conseil d'État d'apporter quelques précisions au sujet de l'expertise. Aussi, précise-t-il, si l'article R. 621-7 du CJA prévoit que l'expert désigné par le tribunal est tenu d'avertir les parties des réunions ou visites qu'il organise, cette disposition n'a « *ni pour objet ni pour effet* » de l'obliger à en organiser, leur organisation étant une simple faculté.– **Ugo Assouad.**

## Contentieux administratif

### Clarification du chemin vers le non-lieu

*CE, 12 avril 2021, Monsieur B c/ Ministre des Armées, n° 441958.*

Un colonel amateur d'histoire militaire et, semble-t-il, de stagiaires, a été sanctionné du fait de ses propos inappropriés à l'égard de ces dernières. Après le rejet de son RAPO, l'officier grivois saisit le juge et, parallèlement, la ministre des armées d'un recours hiérarchique. Un nouveau recours devait être introduit contre la réponse à ce dernier qui faisait partiellement droit à la demande. Il appartenait donc au juge de définir l'étendue du litige. S'il est certain qu'une décision prise sur RAPO se substitue à la décision initiale (CE 25 janvier 1969), de même que pour la décision confirmative prise sur recours hiérarchique (CE 20 octobre 1967), les choses sont moins claires pour les décisions nouvelles faisant droit, au moins partiellement, à la demande. En pareil cas, le prononcé du non-lieu semblait strictement soumis au caractère définitif de cette nouvelle décision. Or, le degré d'irrévocabilité exigé a pour le moins varié : pour un refus d'abrogation à laquelle l'administration procède en cours d'instance, cette condition a d'abord été suggérée (CE 30 décembre 2002), puis répudiée (CE 30 mai 2005) et parfois réaffirmée (CE 27 juillet 2015). Cette volatilité - qui se retrouve en d'autres hypothèses - a conduit le juge à abandonner l'apparente objectivité à l'aune de laquelle il prétendait traiter la question du non-lieu, notamment depuis un arrêt du 5 mai 2017. Depuis lors, c'est l'intérêt pratique de son intervention qui guide le juge, apprécié notamment au regard de l'application dans le passé ou éventuellement dans le futur de la décision initiale. Or, en l'espèce, la sanction n'a jamais été exécutée et le juge a donc pu estimer que la décision de la ministre, bien que non définitive, s'était substituée à l'ensemble des décisions précédentes qu'il n'y a plus lieu d'examiner. – **Léon Boijout.**

## Droit de l'environnement

### Pas de « Danthonysation » du vice tiré de l'indépendance de l'autorité environnementale

*CE, 28 avril 2021, SCI Villegongis et autres, n° 437581.*
Dans cette affaire, les requérants contestaient trois arrêtés rendus par le Préfet du Centre, autorisant la construction d'un complexe éolien. Ils reprochaient notamment le fait que le Préfet était à la fois l'auteur de l'avis sur l'étude d'impact et l'auteur des autorisations du projet. Si cette hypothèse n'est pas, en elle-même de nature à emporter l'illégalité des décisions, les textes européens imposent à l'autorité d'organiser une séparation fonctionnelle de nature à permettre l'objectivité et l'autonomie réelle des personnels chargés de rendre ledit avis.
En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Bordeaux avait relevé que, si la séparation fonctionnelle n'avait pas permis d'assurer une autonomie réelle, l'avis rendu démontrait tout de même une analyse équilibrée des lacunes et des qualités du projet qui empêchait de considérer que l'irrégularité avait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision. La Haute-Juridiction invalide sèchement ce raisonnement et considère à l'inverse, que le vice de procédure tiré de l'absence d'autonomie effective de l'autorité environnementale consultée dans le cadre de l'étude d'impact par rapport à l'autorité décisionnaire est substantiel et emporte toujours l'illégalité de l'autorisation.
– **Antoine Oumedjkane.**



©

## Droit public économique

### Saisine de la Commission par l'ADLC : gare au fichage !

*CE, ord., 1er avril 2021, Société Illumina, n° 450878.*

Bien étrange fichage que celui de cette ordonnance, classant l'acte litigieux parmi les actes de gouvernement. Était en cause la décision de l'ADLC de renvoyer à la Commission, sur le fondement de l'article 22 du règlement 139/2004, l'examen d'une opération de concentration. Le Conseil d'État estime que ce renvoi « *n'est pas détachable de la procédure d'examen de cette opération menée par la Commission sous le contrôle de la CJUE* ». Cette affaire n'est pas sans rappeler l'arrêt *CNIVAO* de 2008 par lequel le Conseil d'État avait admis le recours contre un refus de notification d'une aide d'État mais exclu de son prétoire la décision y procédant. Cela ne résultait pas de l'application de la théorie des actes de gouvernement (contrairement à ce que le fichage annonçait ici aussi) mais d'une distinction familière entre, d'une part, acte refusant l'engagement d'une procédure, dont le contrôle ne perturbe en rien la compétence de l'autorité qui n'est donc pas saisie, et, d'autre part, acte engagent une procédure auprès d'une autorité seule compétente pour la mener à son terme et déterminer ainsi l'opportunité de l'acte d'initiative (pour cette distinction s'agissant de la saisine du juge judiciaire, CE 1er déc. 1976, *Assoc. des concubins et concubines de France*). Ce dernier est regardé comme un simple acte préparatoire à une procédure à laquelle le juge administratif n'est pas partie. Telle était l'analyse de E. Glaser dans ses conclusions sur l'arrêt *CNIVAO* et telle est celle qui semble avoir été réitérée en l'espèce. – **Léon Boijout.**

## Droit des contrats publics

### Recours contre le refus de résilier le contrat : la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence reste à quai

*CE, 12 avril 2021, Société Ile de Sein Énergies, n° 436663.*

Dans le cadre du contentieux des tiers au contrat et plus particulièrement du recours contre le refus de résiliation du contrat (CE, Sect., 30 juin 2017, *SMPAT*, n° 398445), le Conseil d'État apporte des précisions sur les moyens invocables. S'agissant de la violation des règles de publicité et de mise en concurrence, la Haute-Juridiction souligne que, si celle-ci peut être invoquée au stade du référé précontractuel et du recours en contestation de validité du contrat (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994), elle n'est pas, en principe, de nature à faire obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat et ne fait pas partie des irrégularités que le juge doit relever d'office. Ainsi, en l'absence de circonstances particulières, ce moyen est inopérant. – **Victor Pelissier.**

### À retenir

**Colloque**

- **« Normes publiques et compliance en temps de crise »**, organisation JoRC, CREAM et CDE.
  Lundi 17 mai 2021, 14h00 – 18h30 / Exclusivement en distanciel après inscription.
  Programme : https://thejournalofregulation.com/fr/article/compliance-et-normes-publiques-en-temps-de-crise-l/
  Inscription : https://zoom.us/webinar/register/9216194329883/WN_XWFJ0pnNQeuz2BjPGh7aww



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