NEWSLETTER DU CREAM

N° 33 – DÉCEMBRE 2021

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Martin MORALES, Maître de conférences en droit public, Université Paris-Est Créteil.

Le Conseil constitutionnel, source première du droit public

La décision *Société Air France* rendue par le Conseil constitutionnel le 15 octobre 2021 présente la particularité d'intéresser à la fois le droit constitutionnel, le droit européen et le droit administratif et de pouvoir prétendre ainsi éveiller l'attention des juristes spécialisés dans chacune de ces disciplines du droit public. Le Conseil était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant une disposition de transposition d'une directive fixant pour les transporteurs aériens une obligation de réacheminement des étrangers en situation irrégulière. Au-delà de la solution d'espèce, l'apport principal de cette décision réside dans ce que l'interdiction de déléguer une compétence de police administrative, fondée sur l'article 12 de la DDHC, est élevée au rang de règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France.

Sur le plan du droit constitutionnel, d'abord, cette décision enrichit pour la première fois cette catégorie de règles. Elle nous apprend que l'identité constitutionnelle de la France ne renvoie pas à des règles « supraconstitutionnelles », qui s'imposeraient sur toute autre norme, mais qu'elle vise plus prosaïquement des règles singulières du droit français, ce qui rejoint l'approche retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Sté Arcelor*. Aux confins du droit constitutionnel et du droit européen, ensuite, cette décision ne saurait être comparée à des décisions récentes de cours suprêmes contestant frontalement le principe de primauté. Bien que la règle formulée soit de nature à faire obstacle, à l'avenir, à la transposition d'une directive, cette décision pourrait être le prélude à un dialogue apaisé et à un enrichissement réciproque. Elle est une invitation adressée aux institutions à reconnaître cette particularité afin de promouvoir l'existence d'un pluralisme constitutionnel. Sur le plan du droit administratif, enfin, cette décision illustre toutes les difficultés qu'il y a à cerner le périmètre de la règle prohibant l'exercice d'une mission de police administrative par une personne privée. Le Conseil juge que le législateur n'a transmis aucun pouvoir de police aux transporteurs aériens. Mais les exceptions à cette règle se sont multipliées. La décision *Sté Air France* manque l'occasion d'apporter les précisions nécessaires. La règle formulée dans la décision *Ville de Castelnaudary* rendue en 1932 par le Conseil d'État demeure plus que jamais incertaine.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

« ELENA : 0 tracas, 0 blabla »

CE, sect., 19 novembre 2021, Association ELENA et autres, nos 437141 et 437142.

L'office du juge de l'excès de pouvoir est en constante évolution. Après l'injonction, c'est au tour de l'abrogation d'entrer dans la panoplie de ses pouvoirs, théoriquement et historiquement limités à l'annulation : désormais le R.E.P. peut également tendre à l'abrogation juridictionnelle d'un acte administratif. On sait comment cette mutation a pris discrètement racine dans les années 2000, par l'action conjuguée du législateur (loi de 1995 introduisant l'injonction en excès de pouvoir) et du juge administratif (par ex., consécration des annulations « en tant que ne pas » dites conditionnelles, puis de la modulation des effets dans le temps de l'annulation). On ne sait pas jusqu'où le champ des possibles pourra s'étendre.

Précisons immédiatement que ce nouveau pouvoir est triplement conditionné, puisque l'abrogation doit être demandée au juge, qu'elle ne vise que les actes règlementaires et uniquement ceux de ces actes devenus illégaux par suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait. Ce cadre révèle de lui-même l'effort ici de mise en cohérence de l'office du juge administratif avec les obligations de l'administration. Celle-ci étant tenue d'abroger ses actes règlementaires même si l'illégalité est survenue postérieurement à leur édiction (CE, ass., 3 fév. 1989, *Alitalia*, n° 74052 ; art. L. 243-2 du CRPA), son éventuel refus de déférer à la demande d'abrogation d'un administré peut lui-même faire l'objet d'une annulation, d'ailleurs éventuellement assortie d'une injonction de procéder à l'abrogation de l'acte. Pouvoir demander directement au juge d'abroger l'acte litigieux initial présente donc un intérêt non négligeable en termes de simplification des démarches pour l'administré.

Ajoutons que le Conseil d'État ménage néanmoins la figure historique du juge du REP, juge de l'annulation, jugeant que la juridiction ne peut être saisie de conclusions en abrogation qu'à titre subsidiaire, les conclusions à titre principal en annulation devant de surcroit quoiqu'évidemment être recevables.

Finalement, soulignons qu'afin d'assurer l'effet utile de cette jurisprudence, le Conseil d'État pose bien sûr une nouvelle exception au « principe » selon lequel le juge de l'excès de pouvoir, contrairement à son homologue de pleine juridiction, statue au jour d'édiction de l'acte, et non pas au jour de sa décision. La frontière entre les deux en ressort encore un peu plus floue. – **Justine LAUER.**

©

Actes administratifs

Circulaire, y'a rien à voir !

CE, 25 nov. 2021, M. G. c/ Ministre de l'Intérieur, n° 450258.

Dans cette décision, le Conseil d'Etat est saisi d'une demande d'annulation de deux circulaires précisant les modalités de changement d'affectation d'arme des gendarmes. D'après le requérant, ces circulaires n'étant pas publiées, elles devraient être, de fait, abrogées. Le Conseil d'État adopte une interprétation stricte de l'article L. 312-2 du CRPA aux termes duquel les circulaires comportant "*une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives*" sont réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées dans un délai de quatre mois à partir de leur signature. Les juges précisent ainsi que ce régime n'est pas applicable aux circulaires comportant des dispositions de nature réglementaire. La circulaire litigieuse, revêtant un caractère réglementaire, n'entre donc pas dans le champ de cet article et ne peut être réputée abrogée du fait de son absence de publication. – Sabrina HAMMOUDI.

Fonction publique

Contradictoire et péril imminent

CE, 30 nov. 2021, Syndicat des copropriétaires du 65 avenue de la République, n° 439491.

Dans cette décision, le Conseil d'État apporte des précisions quant à la mise en œuvre du contradictoire dans le cadre des procédures de référé-constat en cas de péril imminent. Il estime ainsi entre autres que, si le code de la construction et de l'habitation (art. L. 511-3 ; L. 511-9) et le code de justice administrative (art. R. 556-1 ; R. 531-1) permettent au juge des référés de mettre en cause le propriétaire du bâtiment concerné par la procédure ou tout autre défendeur éventuel avant de rendre son ordonnance, c'est là une simple faculté et non une obligation. Le juge a cependant l'obligation, au titre du contradictoire, d'assurer la présence des défendeurs en cas d'expertise sur le bâtiment, ce pourquoi la nomination d'un expert doit être immédiatement notifiée aux défendeurs, que ce soit en première instance ou en appel. – Sabrina HAMMOUDI.

Droit des animaux

Docteur Jekyll et Mister Hyde au ministère de la Transition écologique

Loi du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes.

Publiée au JO du 1er décembre 2021, la loi visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes marque « *un grand jour* » pour la ministre de la Transition écologique, Madame B. Pompili, expliquant « *qu'agir pour le bien-être animal est la marque d'une société consciente de sa responsabilité vis-à-vis d'une nature fragile* ».

Indéniablement, le texte permet en effet des évolutions considérables, parmi lesquelles : la lutte contre les abandons d'animaux domestiques par la création d'un « *certificat d'engagement et de connaissance* », l'interdiction de la vente de chiens et chats en animalerie, l'interdiction des offres de cession sur internet des animaux de compagnie ou encore la création d'une compétence intercommunale pour le service public de fourrière (art. L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime) ; le renforcement de la répression contre la maltraitance des animaux domestiques, leur abandon et la diffusion de sévices graves sur internet par un durcissement des sanctions pénales encourues (art. L. 521-1 et s. du code pénal) ; la fin progressive des spectacles d'animaux par la prohibition, d'ici 2028, de la détention et des spectacles d'animaux sauvages dans les cirques itinérants, l'interdiction, d'ici 2026, des spectacles de dauphins ou d'orques ou encore l'interdiction de la présence d'animaux sauvages dans les jeux et émissions télévisés.

Des avancées sociétales et écologiques majeures qui, pourtant, ne convainquent pas pleinement dès lors que le législateur, d'une part, maintient des dérogations sur des sévices notoires et graves (tauromachie, insémination artificielle, abatage rituel, *etc.*) – incompatibles avec les propos précités de la ministre – et, d'autre part, n'apporte aucun progrès pour les animaux d'élevage, pourtant victimes de masse d'une cruauté systémique, et les animaux sauvages visés par la chasse. Une occasion manquée qui déçoit beaucoup mais surprend peu : est-il nécessaire de rappeler, par exemple, la complaisance, durant tout le quinquennat, du gouvernement envers les chasseurs à l'instar du récent acharnement de la ministre de la Transition écologique en faveur des chasses dites traditionnelles en dépit de la position du Conseil d'État (CE, 28 juin 2021, nos 443849, 434365 et 425519, *Ass. One Voice et a.* ; CE, ord., 25 oct. 2021, n° 457535) ? Dans une période où les français sont de plus en plus sensibles à l'écologie et à la condition animale, concluons ironiquement que la majorité présidentielle n'est jamais aussi verte qu'en campagne…. – Thibault THUILLIER-PENA.

Droit des étrangers

Précisions sur la perte du statut de réfugié pour soutien au terrorisme

CE, 9 nov. 2021, n° 439891, M. Mansour I.

Précisant la portée de l'ancien article L. 711-6 (devenu article L. 511-7) du CESEDA – disposant, en son 2°, que le statut de réfugié peut être refusé ou retiré lorsque l'individu qui prétend à son bénéfice a été condamné en dernier ressort soit pour un crime soit pour un délit constituant un acte de terrorisme ou puni de dix ans d'emprisonnement et dont la présence en France constitue une menace grave pour la société –, le Conseil d'État juge que, cette possibilité de refus ou de fin du statut étant sans incidence sur le fait que l'intéressé a ou conserve la qualité de réfugié, il n'appartient pas à la CNDA, lorsqu'elle est seulement saisie d'un recours dirigé contre une décision mettant fin au statut de réfugié prise sur le fondement dudit article L. 711-6 sans que l'OFPRA ne remette en cause devant elle la qualité de réfugié de l'intéressé, de vérifier d'office que ce dernier remplit les conditions prévues aux articles 1er de la Convention de Genève et L. 711-1 du CESEDA ; en revanche, il en va autrement lorsque, dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision mettant fin au statut de réfugié d'un demandeur d'asile, la CNDA est saisie par l'OFPRA, en cours d'instance, de conclusions visant à ce que soit remise en cause la qualité de réfugié de l'intéressé. Aussi, poursuivant une logique récemment engagée (v. CE, 13 mars 2020, n° 423579, *M. J…*), le Conseil d'État ajoute que les actes terroristes ayant une ampleur internationale en termes de gravité, d'impact international et d'implications pour la paix et la sécurité internationales – comme le soutien d'une gravité suffisante à de tels actes – peuvent être assimilés à des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies au sens du c) du F de l'article 1er de la convention de Genève. – **Thibault Thuillier-Pena.**

Compliance

Compliance dans l'administration : "Tout doucement le matin et pas trop vite le soir"

Proposition de loi n° 4586 visant à renforcer la loi contre la corruption.

Cette proposition de loi dite « Sapin III » n'a plus grand-chose à voir avec son auteur initial : elle est l'œuvre du député LREM Raphaël Gauvain, lequel avait déjà mené le rapport d'évaluation de la loi Sapin II avec son collègue Olivier Marleix en juillet dernier. La proposition forte de leur rapport n'est cependant pas reprise. Adieu la fusion de l'Agence Française Anticorruption (AFA) et de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) en une seule Haute autorité pour la probité. Le choix a été fait de revenir à une distinction classique : l'AFA contrôlerait les procédures de prévention de la corruption mises en place par les personnes privées tandis que la HATVP se verrait confier le contrôle des personnes publiques, alors que ces deux compétences étaient originellement détenues par l'AFA.

Le but est aussi de résorber la faiblesse principale de la loi Sapin II, en étendant son article 17. Celui-ci oblige à l'adoption d'un programme de conformité composé de huit outils, visant à prévenir les faits de corruption sous peine de sanctions mais n'est applicable qu'à certaines grandes entreprises et pas aux acteurs publics. Le rapport préconisait ainsi de reprendre la disposition pour les personnes publiques – en modulant les obligations selon leur taille – sans cependant prévoir de sanctions.

Le texte crée un équivalent de l'article 17 de la loi Sapin II dans la loi pour la transparence de la vie publique mais ne reconnaît à la HATVP que la possibilité de publier tout ou partie du rapport de contrôle qu'elle a établi à l'encontre de l'administration défaillante. Si la Haute-Autorité a elle-même soutenu ce modèle, il faut bien constater que la différence de traitement entre personnes publiques et privées persiste. – **Antoine Oumedjkane.**

Droit de la fonction publique

Publication de la partie législative du futur Code général de la fonction publique

Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique.

Un pas décisif est franchi dans la codification du droit de la fonction publique avec la publication ce 5 décembre de l'ordonnance portant partie législative du Code général de la fonction publique. La partie réglementaire est attendue pour 2023. Le plan retenu ne s'articule pas autour de la distinction classique entre les trois fonctions publiques mais se veut thématique et transversal. Un chapitre liminaire est consacré à son champ d'application et aux précisions terminologiques. En ce sens, le futur code n'a vocation à s'appliquer qu'aux fonctionnaires civils, à l'exclusion, notamment, des fonctionnaires des assemblées parlementaires ou des magistrats judiciaires (article L. 6). Le chapitre suivant porte sur les droits des fonctionnaires, lesquels apparaissent donc avant leurs obligations. Fabrice Melleray avait pu s'émouvoir de ce choix alors que la fonction publique est d'abord un droit de devoir pour les agents et envers les usagers. On pourrait également y voir une tentative de faire de ce code une véritable Constitution de la fonction publique, débutant alors logiquement par un corpus de droits garantis. Au delà, c'est l'intérêt et l'opportunité d'une codification à droit constant qui interrogent : quel intérêt alors qu'il sera matériellement difficile d'y insérer l'ensemble des statuts particuliers relevant de dispositions réglementaires ? Quelle opportunité à l'heure des grandes transformations de la fonction publique ? – **Léon Boujout.**

Contentieux administratif

Les liaisons avantageuses

CE, avis, 15 novembre 2021, Association UFC Que choisir, n° 454125.

Le Conseil d'État était saisi, pour avis, de deux questions de procédure relatives à l'action en reconnaissance de droit. Pour rappel, cette action est une des deux actions collectives introduites par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016. Régie par les articles L. 77-12-1 et suivants du code de justice administrative, elle permet à une association ou à un syndicat d'agir en vue d'obtenir la reconnaissance de droits individuels, notamment le bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou la décharge d'une somme illégalement réclamée, en faveur d'un groupe indéterminé de personnes, à charge pour ces dernières de s'adresser à l'administration, une fois la décision de justice rendue. L'article R. 77-12-4 du CJA dispose que l'action est dirigée contre le refus opposé par l'administration sur la réclamation préalablement formée devant elle, tandis que l'article L. 77-12-2 du CJA prévoit une interruption des délais de prescription ou de forclusion à l'égard des personnes susceptibles de bénéficier des droits revendiqués dès la « *présentation de l'action* ». Il s'agissait de savoir si, d'une part, la réclamation préalable adressée à une autorité incompétente était susceptible de lier le contentieux et si, d'autre part, cette maladresse avait une incidence sur l'interruption des délais de prescription ou de forclusion. Pour répondre à cette première question, le Conseil s'inspira, dès lors qu'aucune disposition spéciale n'y faisait obstacle, de l'article L. 114-2 du CRPA prévoyant la transmission de la réclamation à l'autorité compétente par celle saisie à tort de ce mécanisme résulte que la saisine d'une autorité incompétente est sans incidence sur la capacité de la réclamation à lier le contentieux (CE, 15 octobre 1965, *Sieur Wydouw*, n° 60338), y compris dans le cas où ce mécanisme n'a pas été mis en œuvre et où il convient donc de regarder l'autorité compétente comme ayant implicitement rejeté la demande (CE, 29 juillet 1998, *Cts Delhon*, n° 177080), solution d'une rare bienveillance envers le requérant. La réponse à la seconde question s'inscrit dans la même lignée, le Conseil estimant que la saisine d'une autorité incompétente interrompt également la prescription. Il profite de l'occasion pour préciser que la « *présentation de l'action* » doit s'entendre de la formation de sa réclamation préalable par le requérant. – **Léon Boijout.**

Contentieux administratif

Le sort de l'expertise irrégulière en appel

CE, 30 novembre 2021, Mme. L., n° 430492.

En vertu d'une jurisprudence ancienne, le moyen tiré de l'irrégularité de l'expertise ne peut être soulevé qu'en première instance (CE, 19 mars 1969, n° 69749). À l'occasion d'une affaire en matière de responsabilité hospitalière, le Conseil d'État affirme que le moyen tiré de l'irrégularité de l'expertise est recevable alors même qu'il n'a été soulevé pour la première fois qu'au stade de l'appel.
Cette solution se comprend d'autant mieux que la CAA s'est exclusivement fondée sur une expertise menée en méconnaissance du principe du contradictoire pour rejeter la demande de la requérante. Ainsi, une telle jurisprudence n'empêchera pas le juge de continuer à considérer que l'expertise irrégulière n'emporte pas annulation de l'arrêt ou du jugement dès lors qu'elle met en évidence « *des éléments de pur fait non contestés par les parties* » *ou « des éléments corroborés ou non infirmés par d'autres éléments du dossier* ». – **Antoine Oumedjkane.**

Droit de l'environnement

Droit des ICPE : Le cumul de sanctions administratives et pénales validé

Conseil Constitutionnel, déc. n° 2021-953 QPC, 3 décembre 2021, Société Specitubes.

Les Sages étaient en l'espèce confrontés à la question de la conformité du cumul de sanctions prévu par le Code de l'Environnement en cas de non-respect de la mise en demeure du Préfet en matière d'Installations Classées pour la Protection de l'Environnement (ICPE) aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines.
La disposition est déclarée conforme aux principes susmentionnés, dans la mesure où les sanctions administratives et pénales ne sont pas de même nature : d'une sanction purement pécuniaire en matière administrative, la sanction pénale y ajoute, par exemple, une peine d'emprisonnement pour les personnes physiques ou la surveillance judiciaire pour les personnes morales. – **Antoine Oumedjkane.**

©

Contrats publics

Retour sur un "*notamment*"

CE, 25 nov. 2021, Collectivité de Corse, n° 454466.

Aux termes de l'arrêt *Béziers I* (CE, Ass., 28 décembre 2009, n°304802), le juge de plein contentieux peut être amené à annuler un contrat administratif en présence d'un vice d'une particulière gravité, "*notamment*" lorsqu'il affecte le consentement des parties (v. E. GLASER, « *Béziers I, à propos d'un "notamment"* » *in Mélanges en l'honneur de Laurent Richer*, LGDJ, pp. 641 – 649). Si le Conseil d'Etat n'emploie pas cet adverbe dans l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994), la logique est la même : les vices d'une particulière gravité forment une catégorie ouverte, compte tenu de la diversité des contrats pouvant faire l'objet d'un recours en contestation de validité et de la variété afférente des causes susceptibles d'entraîner leur annulation. Il a été jugé en ce sens que les vices révélant la « *volonté de la personne publique de favoriser un candidat* » devaient être regardés comme étant d'une particulière gravité en ce qu'ils avaient « *affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire* », justifiant par là même l'annulation du contrat (CE, 15 mars 2019, *Société Anonyme Gardéenne d'Economie Mixte*, n° 413584). Il n'en reste pas moins que le recours *Tarn-et-Garonne*, résolument tourné vers la stabilité des relations contractuelles, ne s'est que très rarement soldé par le prononcé d'une telle mesure. L'arrêt *Société Anonyme Gardéenne d'Economie Mixte* précité constituait d'ailleurs jusqu'ici le seul exemple où le Palais Royal avait annulé un contrat de la commande publique au regard des méconnaissances – graves en l'espèce – des règles de publicité et de mise en concurrence, les référés précontractuel et contractuel étant censés permettre d'en garantir le respect (v. L. RICHER & F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12ème éd., § 415).
L'arrêt *Collectivité de Corse* en constitue toutefois une nouvelle illustration et pourrait marquer le début d'un durcissement de ce recours. Rappelant que le principe d'impartialité s'impose au pouvoir adjudicateur (CE, 14 oct. 2015, *Sté Applicam*, n° 390968), il ajoute que celui-ci implique « *l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat* » telle que définie à l'art. L. 2141-10 du code de la commande publique, l'existence d'une telle situation constituant un « *manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat.* » Or, compte tenu de sa nature, la méconnaissance du principe d'impartialité doit être regardée comme un vice d'une particulière gravité susceptible d'entraîner l'annulation du contrat « *à l'exclusion de toute autre mesure, sans qu'il soit besoin de relever une intention de la part du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat.* » Autrement dit, il n'est pas utile de démontrer l'intention de l'acheteur de favoriser tel ou tel candidat afin de caractériser la méconnaissance du principe d'impartialité. Cette appréciation objective de la situation de conflit d'intérêts fait nécessairement de l'apparence une justification à elle seule de l'annulation du contrat. Annulation du contrat qui, de surcroît, apparaît comme la seule sanction pouvant être prononcée par le juge (à moins que son prononcé ne porte une atteinte excessive à l'intérêt général). Aussi, en l'espèce, la circonstance que le technicien en charge du dossier au sein de la collectivité ait été employé par l'attributaire du marché quelques mois auparavant et qu'il ait pris part à la procédure de sélection des candidatures et des offres suffisait pour « *légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts le liant à la société candidate et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité adjudicatrice.* » En définitive, "*dans le doute, d'annuler, ne t'abstiens pas*". – **Ugo Assouad.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Ugo Assouad, *DCCE* / Alexandre Bellotti, *docteur* / Léon Boijout, *DCCE* / Sabrina Hammoudi, *doctorante* / Justine Lauer, *juriste-consultante* / Antoine Oumedjkane, *ATER* / Thibault Thuillier-Pena, *ATER*.

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