



L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Ugo ASSOUAD, Doctorant contractuel avec charge d'enseignement, CREAM, Université de Montpellier.

Et si tous les chemins menaient à Fos-sur-Mer ?

En juin dernier, le Conseil d'État a eu à connaître d'un litige né de la résiliation par l'Académie de France d'un contrat de concession du service de restauration de la Villa Médicis, sise à Rome, qu'elle avait conclu avec une société italienne (CE, 25 juin 2021, Sté Mezzi, n° 438023). Dans cet arrêt, le Palais Royal reconnu pour la première fois l'extraterritorialité du domaine public. On trouve également dans les renvois jurisprudentiels la mention de l'arrêt *Fosmax* (CE, Ass., 9 nov. 2016, n° 388806), arrêt qui, avec la décision *INSERM* (TC, 17 mai 2010, n° C3754), pose les premières pierres d'un « droit public de l'arbitrage international » (G. PELLISSIER, « Le contentieux de l'arbitrage commercial international impliquant des personnes publiques », RFDA 2016, p. 1154). Si, à première vue, cette référence a de quoi surprendre, l'étonnement se dissipe assez vite compte tenu des contrats considérés, qui ne sont autres que des contrats publics internationaux. Bien que la compétence reconnue au juge administratif en la matière paraisse s'étendre, le droit public semble, à l'inverse, reculer. Aussi résulte-t-il de l'arrêt *Société Mezzi* que les parties, qui ne disposent pas du choix de la juridiction compétente, peuvent toutefois contraindre, dans une certaine mesure, son office en optant pour l'application d'un droit étranger. Il reviendra alors au juge, en pareille hypothèse, de faire application de ce dernier, sous réserve du respect des règles d'ordre public garantissant « la protection et l'intégrité du domaine public. » De même que l'office du juge est modulé par la volonté des cocontractants, le contrôle des sentences arbitrales internationales est tempéré, lui, par la prise en compte de l'autonomie des parties. Le tout sera néanmoins de savoir dans quelle mesure. Il faut dire que ces décisions font apparaître une situation quelque peu paradoxale, puisqu'elles reconnaissent une forme de recul du droit public, tout en accentuant en même temps l'emprise de ce dernier dans des situations qui y semblaient *a priori* rétives. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que les modes amiables de règlement des différends, où la volonté est reine, seront à leur tour imprégnés par cette philosophie. Et puis, au fond, n'est-ce pas déjà le cas ? (v. en ce sens CE, 9 déc. 2016, Sté Foncière Europe, n° 391840 et not. les conclusions de G. Pellissier disponibles sur Ariane) Alors, tous les chemins mènent à Rome, vraiment ?

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Le référent laïcité : nouveau super-héros au secours des valeurs de la République ?

Décret n° 2021-1802 du 23 décembre 2021 relatif au référent laïcité dans la fonction publique.

Créé en août dernier par la loi confortant le respect des principes de la République afin « d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte », le référent laïcité a vu son cadre réglementaire consacré avec une rapidité notable. Il faut dire que le texte reprend très largement la rédaction du décret de 2017 relatif à son modèle de référence, le référent déontologue.

On y retrouve ainsi la nécessité, pour le chef de service, de désigner le référent à « un niveau qui permet l'exercice effectif de ses missions ». Mais alors que la fonction de référent déontologue est susceptible d'être exercée par une ou plusieurs personnes et même un collège, il semble que le référent-laïcité ne soit qu'une seule et même personne : un magistrat ou un fonctionnaire comme tout référent déontologue mais, et cela est une nouveauté, il peut aussi être choisi parmi les militaires.

En somme, c'est le risque d'une multiplication de référents aux missions réduites - pour ne pas dire indigentes - qui se dessine. Le référent déontologue avait déjà pu être décrit comme un « super-héros sans super pouvoir ». À bien lire les textes à son sujet, le référent laïcité ne ressemble qu'à un

référent déontologue spécialisé sur les questions de laïcité. Le fait qu'il soit chargé par la loi d'organiser, le 9 décembre, une journée nationale de la laïcité ou que le décret exige de lui qu'il rédige un rapport annuel sur l'état du principe de laïcité au sein des services à sa charge n'est pas de nature à rassurer sur l'utilité réelle de sa fonction. –
Antoine OUMEDJANE.

Au sommaire de ce numéro

• Droit des libertés fondamentales	p. 2
• Droit des étrangers	p. 2
• Contentieux administratif	p. 3
• Responsabilité administrative	p. 3
• Droit de l'environnement	p. 3
• Droit des contrats publics	p. 4
• Chronique du Tribunal administratif	p. 5

Contentieux administratif

Coup d'épée dans les eaux tumultueuses de la justice prédictive

CE, 30 décembre 2021, n° 440376.

Saisi entre autres par l'association « La Quadrature du Net », le Conseil d'État s'est prononcé positivement sur le décret portant création du traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust ». Ce dernier permet, pour une durée de deux ans, le développement d'un algorithme destiné à l'évaluation « rétrospective et prospective » des politiques publiques en matière de responsabilité civile et administrative ainsi que l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels. Les juges estiment que le décret ni ne déroge à la loi du 6 janvier 1978, ni n'a pour objet ou effet de fixer des règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Ils rappellent également que l'algorithme n'a pas encore vocation à être mis à disposition des magistrats et des parties.

En dépit de cette solution très favorable, certaines indiscretions (acteurspublics.com) non encore confirmées attesteraient de « l'abandon du développement en interne de son algorithme [par le Ministère de la Justice], face à la complexité du chantier ». – **Sabrina HAMMOUDI**.

Droit des étrangers

Le Conseil d'État restreint encore un peu plus le bénéfice de la qualité de réfugié

CE, 8 décembre 2021, OFPRA, n° 447044.

Moins d'un mois après avoir jugé qu'un acte de soutien d'une gravité suffisante au terrorisme peut faire perdre la qualité de réfugié (CE, 9 nov. 2021, n° 439891, *M. Mansour I...*), le juge administratif poursuit une dynamique similaire et étend aux actes de droit commun cette déchéance du statut garanti par la Convention de Genève du 28 juillet 1951. En effet, s'engouffrant dans la brèche ouverte par les dispositions de l'article 1 F b) de ladite Convention, le Conseil d'État juge que, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un demandeur d'asile a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil, il peut lui être refusé le bénéfice de la protection statutaire, et ce, même si les poursuites dont il a pu faire l'objet à raison de cet acte criminel reposent sur un mobile politique ; les faits d'espèce donnant l'occasion au Conseil d'État de préciser que des faits de détournement de fonds, d'escroquerie ou de corruption qui revêtent une grande ampleur ont le caractère de tels crimes graves de droit commun. – **Thibault THULLIER-PENA**.

Droit des libertés fondamentales

La CEDH ne craint pas la colère du monstre en spaghettis volant

CEDH, 2 décembre 2021, *De Wilde c. Pays-Bas*, n° 9476/19.

L'habit ne fait pas le moine apprend le proverbe, pas plus qu'une passoire sur la tête nous enseigne la Cour EDH qui a eu à juger la conventionnalité du droit néerlandais refusant de reconnaître le pastafarisme, célèbre Église du monstre en spaghettis volant fondée en 2005 par Bobby Henderson, comme une religion. La requérante – étudiante néerlandaise inquiétée pour son respect des préceptes pastafariens selon lesquels elle doit notamment porter une passoire de cuisine sur la tête en tout temps et partout sauf à son domicile – se plaignait de l'absence de base légale en droit interne de l'exigence de la reconnaissance officielle d'une religion et qu'une telle exigence n'était imposée qu'aux pastafariens, par rapport aux adeptes d'autres religions.

Tout en énonçant la portée des art. 9 et 14 de la Convention, la Cour EDH rappelle d'abord qu'elle ne peut examiner la législation et la politique dans l'abstrait, sa tâche étant plutôt d'examiner l'application de mesures ou de politiques spécifiques aux faits de chaque cas individuel (v. CEDH, 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c. RU*, §77), et qu'elle est consciente que le droit consacré à l'art. 9 serait hautement théorique et illusoire si le degré de discrétion accordé aux États leur permettait d'interpréter la notion de confession religieuse de manière si restrictive qu'elle priverait une forme non traditionnelle et minoritaire d'une religion de protection légale (par ex. la minorité alévie en Turquie : CEDH, 26 avril 2016, n° 62649/10, *Izzettin Doğan c. Turquie*, §114). Néanmoins, toutes les convictions ne pouvant être protégées par l'art. 9 (par ex. l'autonomie personnelle et le suicide assisté : CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. RU*, §82), la Cour estime avec constance que le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ne désigne que les opinions qui atteignent un certain niveau de force, de gravité, de cohésion et d'importance (v. CEDH, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*, §55). Dans ces conditions, et au vu des buts mêmes pour lesquels le mouvement pastafarien a été fondé (critique de l'enseignement scolaire du créationnisme et de la position privilégiée accordée aux religions établies et parodie fantasque des aspects de ces religions), la Cour ne considère pas le pastafarisme comme une religion au sens de l'art. 9 ni le port d'une passoire comme la manifestation d'une religion au sens dudit article, même si la personne concernée fait valoir qu'elle a choisi de le faire par une conviction authentique et sincère. Puisque la messe est dite, concluons en paraphrasant le texte sacré des adorateurs du monstre en spaghettis volant : un peu d'humour fait beaucoup dans n'importe quel argument. **RAmen – Thibault THULLIER-PENA**.

Responsabilité administrative

Précisions quant à la recevabilité d'un recours en indemnisation formé par les proches d'un agent public victime d'un accident de service

CE, 10 décembre 2021, M. B., n° 44084.

Dans cet arrêt, un agent public ainsi que sa femme et ses enfants ont formé un recours indemnitaire visant à faire réparer leurs dommages respectifs des suites d'un accident de service dont a été victime l'agent en question. Leur demande, jugée tardive, a été rejetée en première instance et en appel.

Le Conseil d'État estime cependant que le recours formé par la femme et les enfants de l'agent ne saurait être regardé comme un litige entre l'administration et l'un de ses agents au sens de l'article L. 112-2 du code des relations entre le public et l'administration, permettant alors l'application de l'article L. 112-6 du même code prévoyant qu'en l'absence d'accusé de réception de l'administration indiquant les délais de recours, ces derniers ne sont pas opposables. En l'espèce, le fait que la mère et les enfants n'aient pas reçu d'accusé de réception de l'administration pour leur demande indemnitaire permet aux juges de conclure que le recours ne peut être considéré comme tardif. Le Conseil d'État précise enfin que la circonstance selon laquelle les règles de recevabilité applicables à l'agent et celles applicables à ses proches sont différentes n'est pas de nature à faire obstacle à l'examen, dans une même instance, de la recevabilité respective des requêtes, dès lors que celles-ci comportent des conclusions présentant un lien suffisant entre elles. – **Sabrina HAMMOUDI**.

Droit de l'environnement

La raison impérative d'intérêt public majeur : comme un grain de sable dans l'engrenage

CE, 30 décembre 2021, Association Manche Nature, n° 439766.

Condition préalable et indispensable à l'octroi d'une dérogation à l'interdiction de la destruction d'espèces protégées (CE, 3 juin 2020 « Société La Provençale », n° 425395), l'ambiguë mais imposante notion de raison impérative d'intérêt public majeur s'affine à travers une nouvelle illustration. En l'espèce, par un arrêté de 2017, le préfet de la Manche avait autorisé la société Sablière de Millières à déroger aux interdictions pour trente-neuf espèces protégées, en vue de la poursuite de l'exploitation d'une carrière de sable et de l'élargissement de sa surface.

Reprenant les termes de sa décision précitée le Conseil d'État rappelle qu'un projet d'aménagement ou de construction susceptible d'affecter la conservation d'espèces protégées « ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, tels que notamment le projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur », mais n'utilise pas de la formule qu'il avait auparavant emprunté à la CJUE selon laquelle « l'intérêt de nature à justifier la réalisation d'un projet doit être d'une importance telle qu'il puisse être mis en balance avec l'objectif de conservation des habitats naturels, de la faune et de la flore sauvage poursuivi par la législation, justifiant ainsi qu'il y soit dérogé ».

Le Conseil d'État estime simplement que « le projet ne répondait pas à un besoin spécifique » en soulignant, selon une formule constante, l'existence dans plusieurs départements normands d'autres gisements de sable « de nature et de qualité comparables et en quantité suffisante pour répondre à la demande ». En outre, ni le maintien de 3,5 emplois, ni la création alléguée de 6 emplois indirects ne revêtent, selon lui, un caractère suffisamment significatif pour constituer une raison impérative d'intérêt public majeur. Une telle solution est peu surprenante eu égard aux précédentes décisions (v. par exemple CE, 24 juillet 2019, « SAS PCE et SNC Foncière Toulouse Ouest », n° 414353). Enfin, plus étonnant, le juge estime que l'acheminement du sable jusqu'aux centrales à béton du département entraînerait nécessairement un accroissement significatif des rejets de dioxyde de carbone et de particules polluantes.

Tandis qu'en la matière la jurisprudence est nécessairement très casuistique, et que les formules dont usent les juges divergent parfois, l'on discerne toutefois un emploi strict de la notion de la part du Conseil d'État, à l'instar de sa voisine européenne. Les récentes décisions en la matière témoignent d'ailleurs d'une nette limitation à la prévalence de l'intérêt économique, et l'on croit comprendre que c'est avant tout la mise en œuvre d'une politique publique d'une certaine ampleur qui encouragerait à la reconnaissance de l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur (v. par exemple la décision « Société La Provençale » ou encore CE, ord., 3 juill. 2020, « Société publique locale Territoire 25 », n° 430585). Peut-être peut-on alors conclure que la tendance à inclure, dans l'intérêt public, des préoccupations d'ordre économique, entraînant de facto un certain rapprochement avec les activités privées, tend à s'amenuiser à mesure que sont introduites, à leur tour, des préoccupations écologiques et environnementales. – **Clémence BALLAY-PETIZON**.

Le Nouvel An de la commande publique

Avis du 9 déc. 2021 relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique / Décret n° 2021-1111, 23 août 2021 modifiant les dispositions du CCP relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité / Décret n° 2021-1634, 13 déc. 2021 relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique.

Le 1^{er} janvier 2022 aura été marqué par deux événements majeurs en matière de commande publique, l'un, classique : entrée en vigueur des nouveaux seuils de procédure formalisée qui sont revus tous les deux ans ; l'autre, conjoncturel : réception de la jurisprudence de la Cour de justice via l'entrée en vigueur du décret supprimant la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum.

Depuis quelques jours, les nouveaux seuils hors taxe 2022-2023 suivants sont donc applicables aux procédures de marché : 5.382.000 € pour le seuil travaux ; 140.000 € (État et autres autorités centrales), 215.000€ (collectivités, autres pouvoirs adjudicateurs) et 431.000 € pour les seuils autres marchés.

Enfin, plus spécifique mais tout aussi important, un décret du 13 décembre a pérennisé le dispositif jusqu'ici expérimental des achats innovants. Un nouvel article R. 2122-9-1 inséré au sein du code de la commande publique prévoit donc désormais un cas supplémentaire dans lequel les acheteurs pourront passer des marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence, jusqu'à la coquette somme de 100.000 € HT ! L'article adapte également le dispositif des petits lots au cadre assoupli de l'achat innovant. – **Justine LAUER.**

Encore une chose...

CE, 20 déc. 2021, Société TDS c. Commune de Cavalaire-sur-Mer, n° 454801.

Le Conseil d'État semble installer une tendance dans sa jurisprudence récente : plus de simplicité pour les entreprises, plus de responsabilité pour les acheteurs. Déjà, de nouvelles charges de la preuve pesaient sur ces derniers en cas de dysfonctionnements informatiques ayant causé un dépôt hors délai (CE, 23 sept. 2021, RATP, n° 449250). À cela s'ajoute désormais qu'il ne peut plus se reposer sur la règle de « l'annule et remplace », et peu importe qu'il vise l'article R. 2151-6 du code de la commande publique – d'ailleurs inapplicable aux concessions – ou même une disposition équivoque de son règlement de consultation (RC), l'un comme l'autre ne permettant pas de considérer que tout « dépôt » constitue nécessairement une « offre » à part entière. En cas de dépôts successifs, il appartient à l'acheteur d'analyser la situation et de rechercher dans quel cas de figure l'entreprise a entendu se situer : transmission complémentaire ou nouvelle offre. En l'espèce, le RC de la procédure se contentait de renvoyer à un guide d'utilisation qui préconisait, en cas d'ajout de pièce, de procéder à un nouveau dépôt complet. Le candidat avait procédé à un nouveau dépôt pour ne transmettre qu'une seule pièce. Le pouvoir adjudicateur s'était astreint à n'ouvrir que les derniers plis déposés et, en conséquence de la découverte d'un document unique, avait rejeté sa candidature comme incomplète... mais à tort ! – **Justine LAUER.**

Critères de choix trop gourmands et l'acheteur s'en mord les doigts

TA Martinique, ord., 17 décembre 2021, Société Datex Antilles c. Collège Aimé Césaire, n° 2100714.

L'acheteur qui ne détaille pas suffisamment ses critères de choix ou ne cadre pas suffisamment les offres des candidats s'expose à une annulation de sa procédure pour rupture d'égalité de traitement. C'est le cas lorsqu'il définit un critère « qualité de l'échantillon de dégustation » dans un marché de fournitures de repas et qu'il ne fixe pas un menu identique pour tous les candidats dans le règlement de la consultation, se laissant par là « une marge de choix indéterminée ». Il ne s'agit ici, ni plus ni moins, que du déploiement de l'obligation de mettre en œuvre des critères objectifs et non-discriminatoires. De la même manière, l'interdiction de neutraliser des critères d'attribution se déploie en l'espèce pour conduire au constat d'un autre manquement, car la méthode de notation du critère prix tenait compte, non pas de la valeur absolue du chiffrage de son offre par l'entreprise, mais du rapport qualité/prix qui en ressortait aux yeux de la commission de dégustation de l'acheteur. – **Justine LAUER.**

Retard fatal sur les avances

CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, Société Alu Couleur c. CH de Caspeterre-Belle-Eau, n° 20BX00801.

Les avances accordées par les acheteurs sont destinées à être récupérées par eux à mesure de l'exécution financière du marché. Des mesures réglementaires fixent, en fonction du taux de cette avance, les modalités de sa récupération, i.e. les moments où l'acheteur devra effectuer les prélèvements marquant le début et la fin du remboursement de l'avance. En cas de résiliation, donc de fin anticipée, ces modalités réglementaires ne peuvent plus s'appliquer, et la cour administrative d'appel juge avec bon sens que l'acheteur peut, et même doit, prévoir au décompte de résiliation les sommes avancées à restituer par l'entreprise. En revanche, il n'est plus possible à l'acheteur de rattraper un oubli en émettant *a posteriori* un titre exécutoire pour récupérer les sommes avancées. Le caractère intangible du décompte est à nouveau démontré. – **Justine LAUER.**

Absence de contrôle de l'appréciation des mérites d'un projet cinématographique

TA Montpellier, 14 décembre 2021, Mme X et Sté X c/ Région Occitanie, n° 2004589.

Après avoir été informés de l'avis défavorable du comité de lecture chargé de donner son avis à l'organe décisionnaire en matière de subvention, les requérants avaient obtenu un nouvel examen de leur projet audiovisuel. Le nouveau regard porté sur l'œuvre n'a pas conduit à infléchir la position unanime du comité de sorte que la subvention fut en définitive refusée par la Région. Le juge administratif peut-il contrôler, « la qualité artistique, l'originalité et la contribution de l'œuvre à la diversité de la création » ? C'est sur ce terrain que les requérants tentaient notamment d'attirer le tribunal.

Certes, le juge administratif ne s'interdit pas de se faire architecte (CE, 4 avril 1914, n° 55125, *Gomel*), gastronome (CE, Ass., 11 décembre 2006, n° 234560, *Sté De Groot en Slot Allium*), ou censeur (CE, 30 juin 2000, n° 222194, *Association Promouvoir*). C'est cependant la marge de pouvoir discrétionnaire laissée par le droit applicable qui détermine le contrôle du juge ou, de manière plus réaliste, l'inverse. Le droit – y compris la jurisprudence – doit ainsi pouvoir laisser le dernier mot à l'auteur de la décision et non au juge. En certains cas, sa seule autorité reposerait sur la circonstance qu'il est celui qui donne en dernier lieu son avis subjectif. C'est la raison pour laquelle, dans de rares hypothèses, à l'instar de l'appréciation des mérites d'un récipiendaire de la Légion d'honneur (CE, 10 décembre 1986, n° 78376, *Loredon*) ou d'un candidat à un examen (CE, 20 mars 1987, n° 70993, *Gambus*), il renonce à exercer tout contrôle sur la qualification juridique opérée par la décision contestée au regard des critères à l'aune desquels celle-ci est prise.

Le tribunal affirme, et c'est là la cause du signalement de la décision en C+, qu'« *il n'appartient pas au juge administratif de contrôler l'appréciation portée sur ce dossier par la région après avis du comité de lecture* », l'hypothèse d'une erreur manifeste n'étant pas même réservée (pour un précédent en matière d'aide à la création d'entreprise : TA Paris, 30 novembre 2011, n° 1100710). L'absence de tout contrôle, bien qu'en rupture avec l'affirmation d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation en matière d'attribution des subventions (CE, 25 septembre 1995, n° 155970, *CIVIC* ; CE, 24 avril 2019, n° 419910, *Commune de Six-Fours-les-Plages*), est justifiable tant par la parfaite subjectivité inhérente à l'exercice d'espèce que par le souci de ne pas ouvrir aux requérants potentiels – que l'on imaginerait verser le film au dossier avec une note d'intention pour l'édification du tribunal – une fausse fenêtre dans un contexte de compétition pour l'obtention des concours financiers des collectivités. – **Matthieu DIDIERLAURENT**.

