NEWSLETTER DU CREAM

N° 35 – FÉVRIER 2022

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

André A. BRUNEL, avocat à la Cour, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Montpellier.

Le crépuscule des Sages

Le 21 janvier 2022, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur les recours exercés contre la « loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique » n° 2022-835 du 17 janvier 2022 instituant notamment le « passe vaccinal » et donnant à des bistrotiers le droit de contrôler l'identité de gens arborant ce document sacré.

21 janvier 2022 – 21 janvier 1793. Laurent Fabius a-t-il pensé à ce choc des dates ? Ou un autre des ''sages'' ? Les ''sages'' sont ceux qui ''savent'', ceux qui réfléchissent, ceux qui sont un ''modèle'' pour leurs contemporains. Ils doivent être ceux qui doutent de leurs certitudes, ceux à qui leur expérience permet de déceler les pièges que tend un pouvoir. Ils devraient être ceux qui, au péril de leur vie, de leur liberté, ne balancent pas entre l'honneur de défendre des principes intangibles et l'allégeance au pouvoir qui dirige, qui juge, qui ostracise, qui distribue les prébendes. Les gens ordinaires pensent qu'ils sont le dernier rempart contre des autocrates qui voudraient leur imposer des normes, voire des conduites. Elles font confiance en ce rempart comme elles ont ''confiance en la justice de leur pays'' et à ces ''hauts magistrats'' garants des libertés publiques ou de leur liberté. Pleurez, braves gens ! Depuis mars 2020, la France s'est plongée, hélas ! volontairement, dans l'abîme du néant, paniquée à l'idée de la mort pour voir surgir un irrésistible « objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé » (§ 43). Irrésistible pour le peuple mais aussi pour les ''sages'' … Depuis lors, ces ''sages'' (du Conseil Constitutionnel comme ceux du Conseil d'État) ont résolu de soumettre le vulgaire aux diktats d'un *conseil de défense* et d'un *conseil scientifique* dont les origines légales et la légitimité restent à démontrer. « C'est pour ton bien » entendais-je parfois dire ma mère à son fils déjà rebelle, qui se sentait très bien sans aide superflue. Utilisant la casuistique, le raisonnement tronqué, se gargarisant d'hypocrisie, les ''sages'' ont permis à des bistrotiers de contrôler les identités sous peine d'une sanction pénale au cas où ces derniers s'y refuseraient. Là aussi, expliquent-ils, il fallait « assurer l'effectivité de l'obligation » (toujours §43). Cette décision pourrait nous faire éclater de rire. Malheureusement, elle marque le crépuscule des ''sages'' sur qui les juristes comptaient pour que la raison triomphât de la panique.

20 janvier 2022. Cette date résonne comme la scansion du glas qui accompagne le cheminement du mort dans une église. A quand le Conseil constitutionnel validera-t-il une loi qui pose en postulat que 2+2 =5 ?

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Nouvelle définition du lanceur d'alerte : tous les cris les SOS ?

Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

Grandement réformé par la loi Sapin II de 2016, le statut du lanceur d'alerte est rapidement apparu restrictif, ambigu et clairement insuffisant pour offrir la protection promise. La proposition de loi adoptée ce 2 février par la Commission Mixte Paritaire tente de répondre à l'ensemble de ces critiques.

La définition du lanceur d'alerte est assouplie. Plus question d'agir de « *manière désintéressée* », le lanceur d'alerte devra simplement ne percevoir aucune contrepartie financière directe pour son signalement. S'il doit toujours avoir, en principe, eu connaissance « *personnellement* » des violations signalées, cette condition ne jouera plus dans le cas où des faits ont été rapportés au lanceur d'alerte dans un cadre professionnel. Le signalement peut désormais ne porter que sur des « informations » relatives aux violations signalées. À cet égard, le législateur est venu ajouter les violations du droit de l'Union Européenne, conformément à la directive du 23 octobre 2019.

La loi crée aussi le statut de « *facilitateurs* » pour désigner les personnes physiques et morales ayant aidé le lanceur d'alerte et leur faire bénéficier des protections contre les poursuites judiciaires.

Alors que le lanceur d'alerte devait toujours signaler les faits en interne, avant de pouvoir, si le signalement n'était pas suivi d'effets, effectuer un signalement externe, le plus souvent aux autorités judiciaires ou administratives, il peut désormais faire le choix de la voie externe ou interne. La divulgation publique reste possible si l'une des deux voies n'a pas été prospère ou, directement, en cas de « danger grave et imminent ». – **Antoine OUMEDJKANE.**

Au sommaire de ce numéro

- Droit des contrats publics p. 2, 3, 4
- Contentieux p. 2
- Droit des étrangers p. 3
- Urbanisme commercial p. 3
- Libertés fondamentales p. 3 & 4
- Santé publique p. 4
- Environnement p. 5

Contrats publics

Des méthodes de notation hautes en couleur

TA Toulon, ord. 7 janvier 2022, Sté La Siesta, n° 2103377.

Est invalidée la méthode de « notation » des offres qui consistait en un code signes et couleurs : ↑ verte, ↗ et ↘oranges, et ↓ rouge. Il est intéressant de noter que le Tribunal condamne ici la trop grande part d'arbitraire que conférait cette méthode « *sans autre affinement ou conversion en une note chiffrée* ». La formulation d'une alternative laisse songeur. Imaginerait-on une méthode de notation par code couleurs qui serait légale pour être suffisamment affinée ? – Justine Lauer.

Contrats publics

Cadrage définitif des accords-cadres

CE, 28 janvier 2022, Communauté de Communes Convergence Garonne, n° 456418.

Mieux vaut tard que jamais : le Conseil d'État s'est enfin prononcé sur la question de la fixation et de la publicité d'un montant maximum pour les accords-cadres. Pour les contrats passés depuis le 1er janvier 2022, la question ne se pose plus. Pour les contrats conclus avant cette date en revanche, la question était de savoir si la jurisprudence *Simonsen* de la CJUE était d'applicabilité immédiate, et donc si des accords-cadres conclus sans maximum étaient irréguliers. Réponse : oui… – Justine Lauer.

Fonction publique

Contractuels, ne partez pas tout de suite

CE, 30 décembre 2021, Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, n° 448641.

Comme il n'a jamais peur de le faire, le Conseil d'État est allé au-delà de la lettre de la loi pour appliquer des dispositions à des hypothèses non expressément prévues en vertu d'un principe plus général de droit. En l'occurrence, le principe général d'obligation de reclassement des agents en contrat à durée indéterminée en cas d'impossibilité de réemploi. Il s'avère que le texte de l'article 45-5 du décret du 17 janvier 1986 ne prévoit une telle obligation préalable que dans les cas de licenciement énumérés aux 1° à 4° de l'article 45-3 du même décret. Il demeure silencieux quant aux autres hypothèses, notamment le 5°, l'impossibilité de réemploi à l'issue d'un congé sans rémunération. Qu'à cela ne tienne : « *il résulte d'un principe général du droit qu'une telle obligation s'impose également à l'administration* » dans ce cas. – Justine Lauer.

De la dénonciation toute en moralité du harcèlement moral

CE, 29 décembre 2021, C… c. Commune de Pont-du-Château, n° 433838.

Si la dénonciation de faits de harcèlement dont le fonctionnaire est victime ou témoin ne peut pas, en elle-même, faire l'objet d'une sanction, il est jugé que cette circonstance ne fait pas nécessairement obstacle à une sanction motivée par un manquement au devoir de réserve, ou plus généralement à tout devoir déontologique. Dès lors, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une telle sanction ne fera pas nécessairement droit à la demande mais devra au contraire apprécier l'existence d'un manquement et la proportionnalité de la sanction choisie, comme à l'accoutumée, mais dans un cadre approprié à la nature du litige. Pour ce faire, il lui appartient de considérer « *les agissements de l'administration dont le fonctionnaire s'estime victime ainsi que les conditions dans lesquelles ce dernier a dénoncé les faits* » (notamment : teneur des propos, identité et qualité destinataires, existence et nature de démarches d'alerte préalables…). – Justine Lauer.

Contentieux administratif

À tardif, tardif et demi

CE, 24 décembre 2021, Section française de l'OIP, n° 435622.

Sans les moyens de leur exécution, les décisions de justice resteraient lettre morte. Ainsi l'office du juge de l'exécution est au cœur de cette ordonnance qui précise deux points.
Tout d'abord, ce dernier n'a pour rôle que de sanctionner une inexécution de décision de justice : la réitération de difficultés similaires relève d'un litige distinct, donc des juges du fond et de l'injonction.
Ensuite, le requérant qui se plaindrait d'une telle inexécution doit saisir le juge dans un délai approprié, ainsi, en matière de référé-liberté, la circonstance que l'Administration ne s'est pas exécutée dans de brefs délais ne peut être utilement invoquée par le requérant que s'il fait lui-même preuve de diligence en ne tardant pas à saisir le juge de l'exécution (en l'espèce, deux ans…). – Justine Lauer.

©

Droit des étrangers

Droit à l'éducation des mineurs étrangers isolés : heureux progrès d'un cas d'école

CE, 24 janvier 2022, M. B… Q…., n° 432718.

S'il est aujourd'hui acquis que le droit à l'éducation, « *première priorité nationale* » (art. L. 111-1 du code de l'éducation), doit permettre l'inclusion scolaire de tous les enfants nonobstant leur nationalité (par ex. la privation pour un mineur étranger isolé âgé de 13 ans de bénéficier d'une scolarisation est susceptible de constituer une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du CJA : TA Nancy, 7 fév. 2019, n° 1900320, *M. X c/ Dpt de Meurthe-et-Moselle*), l'incertitude quant à l'âge de certains mineurs étrangers isolés était jusqu'alors susceptible d'empêcher ces derniers d'accéder à une formation scolaire. Pour remédier à cette problématique récurrente, magistralement illustrée par les faits d'espèce, le Conseil d'Etat préserve l'effet utile du droit à l'égal accès à l'instruction garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 (al. 13) en jugeant qu'alors même qu'il résulte de l'art. L. 131-1 du code de l'éducation que *« l'instruction est obligatoire pour chaque enfant dès l'âge de trois ans et jusqu'à l'âge de seize ans »*, la circonstance qu'un enfant ait dépassé l'âge de l'instruction obligatoire ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse bénéficier d'une formation adaptée à ses aptitudes et besoins particuliers. Partant, un refus du rectorat opposé à une demande de scolarisation d'un mineur étranger isolé ne saurait dorénavant plus se fonder exclusivement sur l'existence d'un doute sur son âge pour justifier qu'il ne soit pas fait droit à sa demande d'une formation adaptée. – **Thibault Thuillier Pena.**

Contrats publics

En matière de travaux publics, la compétence suit le prétexte

TC, 10 janvier 2022, Sté Axima concept et autres, n° 4231.

Si certains doutaient encore de ce qu'en matière de marché de travaux publics, la compétence juridictionnelle ne suit pas le fond du droit, le texte applicable mais bien le prétexte au litige (TC, 24 novembre 1997, *De Castro*), le Tribunal des conflits en donne ici un nouvel exemple, poursuivant le travail d'unification - au prix de la cohérence ? - de ce contentieux devant le juge administratif. On savait déjà qu'en ces terres, les *Établissements Mehut* n'avaient pas pignon sur rue (TC, 12 avril 1976). Quant aux frontières marquées par le contrat de droit privé, elles n'ont que mal résisté aux assauts répétés de la logique de bloc (encore récemment, TC, 8 février 2021, *Fayat*) et ne conservent dans leur fragile giron que les relations entre un constructeur et son sous- traitant. Logique de bloc donc et métissage au fond, le domaine du juge administratif s'étendant désormais jusqu'à des contrées encore régies par les règles du Code civil, dont il se targue parfois - privilège de l'envahisseur - de découvrir les principes dont elles ne feraient que s'inspirer. Dans les *municipia romana* du juge administratif, entrent désormais les actions récursoires entre différents constructeurs condamnés *in solidum* à la réparation des dommages envers le maître de l'ouvrage, notamment l'action de l'un (ou de son assureur subrogé) ayant entièrement payé la créance contre ses codébiteurs. Cette prise n'était qu'une question de temps, l'avant-poste des appels en garantie ayant, depuis longtemps déjà, cédé. Elle donne l'occasion au juge administratif d'absorber une nouvelle règle de droit civil, celle fondant précisément l'action directe - et non incidente - entre co-débiteurs solidaires (article 1317 du Code civil, ancien article 1214). – **Léon Boujout.**

Urbanisme commercial

Face à un avis défavorable de la CNAC, quelles armes pour la commune d'implantation du projet ?

CE, 24 janvier 2022, Société Année distribution, n° 440164.

Rappelant d'abord qu'il résulte de l'art. L. 425-4 du code de l'urbanisme que, lorsqu'un projet est soumis à autorisation d'exploitation commerciale, un permis de construire tient lieu d'autorisation dès lors que la demande de permis a fait l'objet d'un avis favorable de la Commission départementale (CDAC) ou de la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), le Conseil d'Etat apporte une importante précision sur les modalités de contestation d'un tel avis par la commune d'implantation du projet. Mobilisant opportunément une récente jurisprudence suivant laquelle l'avis de la CDAC ou de la CNAC, qu'il soit favorable ou défavorable, a le caractère d'un acte préparatoire à la décision prise par l'autorité administrative sur la demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale et donc que, logiquement, seule cette dernière décision est susceptible de recours contentieux (CE, 25 mars 2020, n° 409675, *Société Le Parc du Béarn*), le Conseil d'Etat juge que, nonobstant le caractère conforme – et donc liant – d'un avis défavorable pour le maire de la commune d'implantation du projet, cette commune n'est pas recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir de cet avis mais qu'elle est néanmoins recevable à contester, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, la décision qu'elle prend sur cette demande en tant seulement qu'elle se prononce sur l'autorisation d'exploitation commerciale sollicitée, pour autant qu'elle justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour agir. – **Thibault Thuillier Pena.**

©

Libertés fondamentales

Les maladies psychiatriques en détention ordinaire, une condamnation à mort des droits fondamentaux

CEDH, 24 janvier 2022, n°11791/20, Sy c/ Italie.

Ainsi que l'illustrent encore les statistiques annuelles de 2021, les condamnations de la Cour EDH pour les traitements infligés aux personnes détenues sont aussi nombreuses que la formule suivant laquelle « *la Convention ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* » (CEDH, 4 oct. 2016, n°2235/02, *Klibisz c/ Pologne*, §354) est désormais célèbre.
Par l'affaire *Sy c/ Italie*, la Cour rappelle la portée constante de l'art. 3 de la Convention à l'égard des personnes détenues (CEDH, 17 janv. 2012, n°36760/06, *Stanev c/ Bulgarie*, §204) en insistant sur les problèmes spécifiques que peut poser la détention d'une personne malade (CEDH, 15 janv. 2004, n°58749/00, *Matencio c/ France*, §76). À ce titre, la Cour confirme que l'absence d'une stratégie thérapeutique globale pour la prise en charge d'un détenu atteint de troubles mentaux peut s'analyser en un « *abandon thérapeutique* » contraire à l'art. 3 (CEDH, 21 janv. 2020, n°34602/16, *Strazimiri c/ Albanie*, §108) avant de juger que le maintien en détention ordinaire, pendant près de deux ans et sans soins médicaux suffisants et appropriés, d'un requérant souffrant de troubles bipolaires constitue un traitement inhumain et dégradant. – **Thibault Thuillier-Pena.**

Contrats publics

Les requérants gagnent un trajet Paris-Luxembourg

Cons. Constitutionnel, déc. n° 2021-966 QPC, 28 janvier 2022, M. Cédric L. et autre.

En l'espèce, les requérants souhaitaient contester la constitutionnalité des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du Code de la Commande Publique qui prévoit une exclusion de plein droit de la passation des marchés publics et concessions des personnes ayant fait l'objet de condamnations pour toute une série d'infractions à la probité.
Le Conseil Constitutionnel est cependant forcé de rendre un non-lieu à statuer. Les dispositions attaquées se sont effectivement bornées à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives marchés et contrats de 2014 et les moyens présentés par les requérants bénéficient d'une part, d'une protection équivalente en droit de l'Union Européenne et, de l'autre, ne constituent pas des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.
Mais la décision n'est pas pour autant dépourvue d'apport. À l'occasion de l'examen du moyen tiré de la méconnaissance des principes de nécessité et d'individualisation des peines, les Sages affirment explicitement que le dispositif d'exclusion de plein droit ne constitue pas une sanction ayant caractère de punition. Ils considèrent en effet que le but des dispositions n'est pas « *de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics* ».
Reste à savoir ce que la Cour de Luxembourg dira du moyen tiré du droit à un recours juridictionnel effectif. – **Antoine Oumedjkane.**

Santé publique

L'interdiction de la vente de CBD brut semble n'être qu'un simple pétard mouillé

CE, Ord., 24 janvier 2022, Union des Professionnels du CDB et autres, n° 460055.

Par arrêté du 30 décembre 2021, le ministre de la santé a autorisé la production et la vente des produits dérivés du CBD, une forme non psychotrope du cannabis, à l'exception des fleurs et feuilles brutes. Saisi d'un référé suspension par plusieurs entreprises commercialisant des produits à base de CBD, le Conseil d'État suspend cette interdiction.
Le ministre ne justifie en effet pas la distinction qu'il opère entre, d'une part, les feuilles et fleurs brutes de CBD et de l'autre, les autres produits dérivés du CBD alors que l'ensemble de ces produits est limité à une concentration de moins de 0,30 % de THC, la substance active du cannabis. Il n'avance, de plus, aucun argument tendant à prouver que la forme brute serait plus nocive pour la santé que les autres formes. En conséquence, l'interdiction générale et absolue apparait disproportionnée et donc, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la mesure. – **Antoine Oumedjkane.**

Droit de l'environnement

Le droit d'opposition à la chasse ou la liberté de se payer bonne conscience

Conseil constitutionnel, décision n° 2021-964 QPC du 20 janvier 2022, SCI agricole du Mesnil.

Le 5° de l'article L. 422-10 du code de l'environnement permet à des propriétaires terriens, au nom de convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse, d'en interdire l'exercice sur leurs biens (loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000 suite à l'affaire CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, n° 20588/94). Toutefois, les dispositions de l'article L. 425-5-1 du même code permettent au préfet, lorsque l'équilibre agro-sylvo-cynégétique est fortement perturbé, d'ignorer le droit d'opposition du propriétaire en notifiant à ce dernier un nombre d'animaux qu'il doit « réguler » et d'engager sa responsabilité financière en cas de dégâts causés par le gibier non chassé.

En l'espèce, la SCIAM à qui le préfet des Yvelines avait notifié de procéder au « prélèvement » de soixante-trois sangliers sur le fonds non chassé de sa propriété, a contesté cet arrêté devant la juridiction administrative, et à l'appui de sa requête, a présenté une QPC portant sur les dispositions de l'article L. 425-5-1 en alléguant notamment que ce dernier méconnaîtrait la liberté de conscience protégée par l'article 10 de la DDHC en obligeant un propriétaire à procéder ou à faire procéder à une régulation du gibier sur sa parcelle en méconnaissance du droit d'opposition à la chasse ou à en subir les conséquences pécuniaires.

Le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions contestées ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté de conscience. D'une part, le juge estime que le propriétaire peut se voir notifier un nombre d'animaux à prélever uniquement lorsqu'est constaté un déséquilibre, la régulation étant par ailleurs d'intérêt général. D'autre part, les sages considèrent que le droit d'opposition à la chasse n'est pas remis en cause puisque la responsabilité financière ne peut être engagée qu'en cas de dégâts causés par le gibier provenant de son fonds.

En la matière, la CEDH a toujours refusé de se prononcer sur le fondement de l'article 9 (*v. par exemple CEDH, Chassagnou et autres c/ France ; CourEDH, GC, 26 juin 2012, Herrmann c/ Allemagne, req. n° 9300/07 ; CourEDH, 2ème sect., Schneider c/ Luxembourg, req. n° 2113/04*). Néanmoins, dès l'affaire Chassagnou, dans une opinion séparée, l'un des juges avait relevé que les convictions environnementalistes ou écologiques devraient compter parmi celles du champ d'application de l'article 9, dès lors qu'il s'agit de « *convictions intimement liées à la personnalité de l'individu et qui déterminent les orientations qu'il donne à sa vie* ». Il ne paraît donc pas impossible, en cas de saisine, que la Cour adopte un raisonnement analogue à ses décisions relatives au droit à l'objection de conscience. Elle a déjà reconnu que les garanties de l'article 9 s'appliquaient par exemple au pacifisme *(CEDH, 12 octobre 1978, Arrowsmith c. Royaume-Uni, req. n° 7050/75)* ou au véganisme *(CEDH, 7 décembre 2000, Jakobski c/ Pologne, n°18429/91 ; CEDH, 10 février 1993, C.W c/ Royaume-Uni, n°18187/91*).

L'article 9 conduit à protéger des droits de manière concrète, effective et inconditionnelle. En somme, au-delà d'une protection négative, est exigée une protection positive imposant à l'État de rendre concrètement possible l'exercice individuel des libertés garanties. Comment peut-on alors imaginer qu'une telle pression ou contrainte financière ne puisse pas être considérée, comme un moyen de faire céder le propriétaire, sinon comme une mesure menaçante visant à entraver l'exercice d'une liberté. – **Clémence Ballay-Petizon.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Clémence Ballay-Petizon, *DCCE* / **Alexandre Bellotti**, *avocat, docteur* / **Léon Boijout**, *DCCE* / **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