NEWSLETTER DU CREAM

N° 36 – MARS 2022

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Gérard Gonzalez, Professeur à l'université de Montpellier.

Le juge du Conseil d'Etat, le chanvre et la betterave

Dans l'attente de sa décision au fond, le juge des référés suspend, le 24 janvier 2022 (n° 460055), l'interdiction totale et absolue de vente des feuilles et fleurs de cannabis dont la teneur en THC est inférieure à 0,3 %, seuil en dessous duquel le produit est dépourvu de propriétés stupéfiantes et dont la vente fait les beaux jours des commerces spécialisés dans les produits à base de cannabidiol (CBD). Presque « en même temps », expression lourde de sens politique, le même juge du Conseil d'État valide l'autorisation provisoire pour 2022 de semences de betteraves sucrières traitées avec des pesticides contenant des néonicotinoïdes au grand dam d'associations de protection de l'environnement et des abeilles (CE, ord. 25 février 2022, n° 461238, *Association Agir pour l'environnement et a.*). Les deux affaires découlent de la mise en œuvre de dispositions du droit de l'UE. Dans un arrêt sur question préjudicielle de la Cour de cassation, la CJUE a en effet jugé que le droit de l'UE s'oppose « *à une réglementation nationale interdisant la commercialisation du cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre État membre … à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* » (CJUE, 19 novembre 2020, C-663/18). De fortes présomptions pesant sur la proportionnalité de l'interdiction générale et absolue touchant la vente de feuilles et de fleurs du produit, le Conseil d'État en suspend logiquement l'interdiction afin de vérifier au fond plus précisément les conditions posées par le droit de l'UE pour en restreindre la circulation. Concernant l'usage des pesticides dans la culture des betteraves le Conseil d'État réitère (CE, 15 mars 2021, n° 450194) sa validation de leur utilisation provisoire pour l'année 2022 à concurrence de 120 jours par an conformément aux dispositions du règlement (CE) n° 1107/2009 du 21 octobre 2009. Il faut espérer que ce sera pour la dernière fois et que le problème de l'absence de mesures de substitutions pour lutter contre la « *menace d'infestation massive par des pucerons* » sera rapidement résolu. Les défenseurs de l'environnement et des abeilles pourront toujours, en attendant, se consoler en passant commande aux vendeurs de CBD … Le droit n'est pas si mal fait !

L'ACTUALITÉ DU MOIS

La loi 3DS (n° 2022-217 du 21 février 2022), une grande loi par la taille, une petite loi par les ambitions à l'aube du quarantième anniversaire de l'Acte I de la décentralisation

Le communiqué de presse du conseil des ministres en date du 12 mai 2021 présentait le projet de loi 3DS comme la concrétisation de « *l'engagement du Président de la République, pris à l'issue du grand débat national, d'ouvrir "un nouvel acte de décentralisation adapté à chaque territoire" sans remettre en cause les équilibres institutionnels actuels* ». Quelques mois plus tard, le moins que l'on puisse dire, c'est que le grand soir de la décentralisation pourra encore attendre, la loi 3DS étant une « *grosse loi* », à défaut d'être une « *grande loi* » (M.-C. De Montecler, Dalloz Actualité, 10 février 2022).

Cette loi "fourre-tout" s'ouvre par un article premier consacré à la différenciation territoriale. Essentiellement symbolique, cette affirmation pourra néanmoins se traduire, le cas échéant, par certaines évolutions sur le long terme (v. Conseil d'Etat, avis sur le projet de loi, 6 mai 2021, n° 402412). On remarquera au-delà que les dispositions relatives à la décentralisation sont rares, la loi prévoyant même dans ce cadre une expérimentation portant sur la recentralisation du revenu de solidarité active (RSA). L'article 132 de la loi 3DS renvoie en ce sens à l'article 43 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 qui prévoit que les départements pourront « *à titre expérimental et pour renforcer les politiques d'insertion, dans le ressort des départements qui en font la demande, [transférer à] l'Etat* » les compétences relatives à l'instruction administrative, à la décision d'attribution et au financement du RSA. Cette expérimentation est principalement justifiée par les difficultés chroniques de financement du RSA rencontrées par quelques départements, lesquelles s'expliquent par la « *concentration d'allocataires dans certains territoires* », posant par là « *la question de la pertinence de la décentralisation de cette prestation et de son financement* » (exposé des motifs de la loi 3DS). Elle ouvre en cela peut-être la voie à une décentralisation plus qualitative, se traduisant par des transferts de compétences davantage profitables aux collectivités territoriales. Aussi, assurément pas une grande loi, la loi 3DS, dont le vote n'a d'ailleurs pas suscité de réel enthousiasme chez les associations d'élus locaux (v. M.-C. De Montecler, art. préc.), pourrait néanmoins ouvrir la voie à des évolutions notables sur le long terme. – **Ugo ASSOUAD.**

Responsabilité administrative

Ouvrages publics : un mur entre dommage permanent et dommage accidentel

CE, 8 févr. 2022, n° 453105.

Le Conseil d'État apporte des précisions quant à la distinction entre dommage accidentel et dommage permanent causé par un ouvrage public. Après un rappel du régime de responsabilité sans faute du maître de l'ouvrage dans le cas des dommages causés par les ouvrages publics dont il a la garde, le juge pose le principe selon lequel un dommage présente un caractère accidentel lorsqu'il n'est pas inhérent à l'existence même de l'ouvrage public ou à son fonctionnement. En l'espèce, la poussée exercée sur le mur du requérant par les travaux de construction du parking d'une maison de santé n'est pas due à l'existence ou au fonctionnement de cet ouvrage, mais à l'absence d'un dispositif permettant le soutènement des remblais. Le dommage est donc accidentel et il ne revient ainsi pas au requérant d'en prouver le caractère grave et spécial – **Sabrina Hammoudi.**

Droit de la fonction publique

Fonction publique et chaises musicales

CE 14 févr. 2022, n° 431760.

Dans cette décision, le Conseil d'État estime que la réintégration d'un agent illégalement évincé d'un emploi unique implique le retrait de la nomination de l'agent l'ayant remplacé. Ce retrait n'étant pas un licenciement, l'administration n'est alors pas tenue de reclasser l'agent remplaçant. En l'espèce, M.C. avait été illégalement évincé et remplacé par M.D.. M.C. ayant saisi le juge administratif s'est vu réintégré dans son emploi, impliquant *de facto* l'arrêt des fonctions de M.D.. M.D. a alors saisi le juge administratif, à son tour, afin d'annuler les arrêtés mettant fin à ses propres fonctions et réintégrant M.C. dans son emploi unique. Le Conseil d'État estime alors que la réintégration de M.C. est régulière, et que la situation de M.D. ne peut être qualifiée de licenciement et n'entraîne donc ni délai de préavis ni obligation de reclassement – **Sabrina Hammoudi.**

Droit des contrats publics

Vieux MOP tard que jamais : la prorogation des ordonnances Covid vaut pour les recours jurisprudentiels

CE, avis contentieux, 3 fév. 2022, société Osiris Sécurité Run, n° 457527.

La forclusion est, on le sait, une grosse épine dans le pied du justiciable devant le juge administratif. Non régularisable, elle constitue de plus un moyen d'ordre public, autrement dit le juge est dans l'obligation de relever l'irrecevabilité tenant à la tardiveté de la requête lorsqu'elle ressort des pièces du dossier. Le contexte de la crise sanitaire naissante avait cependant entraîné de graves perturbations qui auraient pu conduire de la sorte à des dénis de justice. Ainsi, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 avait prévu la prorogation des délais de recours - notamment - ayant couru entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020. La problématique, qui a justifié le renvoi pour avis contentieux au Conseil d'État, tenait à ce que l'ordonnance ne visait expressément que les recours ou autres démarches « *prescrits par la loi ou le règlement* ». Or, s'agissant du recours des tiers en contestation de validité du contrat administratif, sa source est purement prétorienne (CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994)... Nonobstant, le Conseil d'État a jugé que les dispositions en cause « sont applicables aux délais de recours prescrits par la loi ou le règlement ainsi que par la jurisprudence ». Par-delà la lettre du texte, il vient donc en conclure qu'elles sont par conséquent applicables au recours Tarn-et-Garonne. Autrement dit, les recours dont le délai était à échoir après le 12 mars 2020 sont encore recevables s'ils ont été introduits avant le 23 août 2020 (y compris semble-t-il lorsque les mesures de publicité n'étaient pas appropriées car l'article 2 de l'ordonnance prévoit que le délai de tolérance pour agir ne peut excéder ni le délai « légalement » imparti pour agir ni la limite d'un délai de deux mois. – **Justine Lauer.**

Droit des étrangers

Le contrôle entier ne passe pas les frontières du contentieux des visas

CE, avis, 24 février 2022, n°457798.

Saisi pour avis, le Conseil d'État étonne d'abord par la bienveillance dont il fait preuve en admettant la recevabilité d'une question portant sur l'étendue du contrôle du juge (CE, avis, 5 juillet 2013, *Hueto*), nous y viendrons. Avant toute chose, il lui appartenait de définir les règles applicables en matière de visa longue durée étudiant. Matière de « haute police », en laquelle perdure une traditionnelle prévalence des autorités ministérielles, la délivrance de visas est davantage régie par des instructions interministérielles que par le CESEDA, y compris lorsqu'il s'agit d'assurer la transposition d'une directive. Ce dernier point peut surprendre mais n'est pas inédit (CE, Ass., 17 décembre 2021, *Bouillon*). C'est le cas pour la délivrance du visa en cause, encadrée par une instruction de 2019, laquelle transpose une directive de 2016 relative au séjour des étrangers pour étude. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer les dispositions connexes du code relatives à la délivrance de la carte de séjour temporaire délivrée pour les mêmes raisons.

Restait au Conseil d'État à définir l'étendue du contrôle exercé par le juge sur le refus des autorités consulaires de délivrer un tel visa pour défaut de cohérence et de sérieux du projet d'études. Là encore, la tradition est maintenue (CE, 28 janvier 1986, *Ngako Jeuga*) et le contrôle demeure restreint à l'erreur manifeste d'appréciation. – **Léon Boijout.**

Régulation audiovisuelle

Viva la vulva au Conseil d'État : le controversé spot publicitaire Nana ne méconnait pas la protection de l'enfance

CE, 1er février 2022, Association Pornostop, n° 440154.

Diffusé fin 2019 et largement salué pour son progressisme et son féminisme, le spot publicitaire « *Viva la vulva* » de la marque Nana – alternant présentation de produits d'hygiène féminine et représentations suggérées ou métaphoriques du sexe féminin – a pourtant suscité de nombreuses critiques négatives de téléspectateurs et collectifs. Parmi eux, l'association Pornostop a saisi le CSA (devenu ARCOM depuis le 1er janv. 2022) au motif que les éditeurs de service de télévision ayant diffusé le film publicitaire n'auraient pas respecté leurs obligations de protection de l'enfance. Suite au refus opposé par l'autorité publique indépendante, l'association saisit le Conseil d'État dont le raisonnement procède en deux temps. D'abord, il juge qu'il résulte des articles 1er et 14 de la loi du 30 septembre 1986 que le régulateur audiovisuel est chargé de veiller à la protection de l'enfance dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle mais également dans les messages publicitaires qui interrompent ces programmes. Ensuite, confirmant que le refus par le CSA de constater un manquement aux obligations de la loi du 30 septembre 1986 relève d'un contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (CE, 6 mai 2021, n° 435540, *Syndicat des radios indépendantes*), le Conseil d'État estime que le régulateur n'a commis aucune erreur d'appréciation en considérant que la diffusion d'images qui, bien que comportant des allusions directes au sexe féminin, sont en rapport avec des produits d'hygiène et ne présentent aucun caractère licencieux ou pornographique, ne méconnaissait pas l'obligation de protection de l'enfance dont il lui appartient d'assurer le respect. – **Thibault Thuillier Pena.**

Contrats publics

Le critère organique, un critère d'une simplicité encombrante

TC, 7 févr. 2022, SARL Guyacom, n° C4233.

Dans son commentaire sur la décision *INRAP* (TC, 2 nov. 2020, n° C4196), François Brenet souligne que « *la distinction personne publique/personne privée n'est plus aussi nette que par le passé* ». Ce qui « *révèle en creux les faiblesses du critère organique en matière contractuelle.* » (F. BRENET, « La clause conférant un pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général à la personne privée contractante n'est pas exorbitante », *DA* 2021, n° 3, note n° 13). La lecture de la décision *SARL Guyacom*, confiant à la juridiction judiciaire la compétence pour connaître du litige né de l'exécution d'une transaction conclue par une SPLA et une SARL en vue de mettre un terme à des différends de droit privé et de droit public, suscite à cet égard une certaine gêne.

La SPLA, bien que construite sur le modèle de la SA, est une société dont le capital est intégralement détenu par des personnes publiques qui y exercent une influence analogue à celle dont elles jouissent sur leurs propres services. Si le Tribunal des conflits refuse, à raison, d'y voir une entité transparente – la jurisprudence relative aux associations transparentes permettant en effet de rétablir la vérité, et de déceler la présence de la personne publique derrière le masque de l'entité privée, alors que les règles relatives au *in house* reconnaissent une fiction, que l'on songe au "*pluri-contrôle analogue*", permettant aux collectivités de ne pas être soumises, dans les relations qui les unissent avec les entités concernées, notamment les SPLA, aux obligations de publicité et de mise en concurrence – il reste néanmoins insensible à la nature spécifique de cette société parapublique. La circonstance que la transaction porte également, accessoirement certes, sur des différends intéressant l'occupation du domaine public, le laisse tout autant de marbre, alors même que la compétence de la juridiction administrative ne fait que peu de doutes en la matière (comme cela ressort aujourd'hui des termes de l'article L. 2331-1 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques).

Cette solution, il est vrai, a le mérite de la simplicité. Elle apporte d'ailleurs une clarification bienvenue sur la compétence juridictionnelle pour connaitre des transactions en revenant sur la formulation ambiguë de la décision *Société Briançon bus et Brunet* (TC, 18 juin 2007, n° C3600), laquelle faisait regretter la clarté de l'avis *l'Haÿ-les-Roses*, rendu cinq ans plus tôt par l'assemblée du Conseil d'Etat (CE, Ass., avis, 6 déc. 2002, n° 249153). Cette clarification est d'autant plus bienvenue à l'heure où les modes amiables de règlement des différends suscitent un regain d'intérêt notable en droit public. La simplicité de la solution retenue par la juridiction paritaire ne saurait toutefois occulter la nécessité de « *penser le besoin (…) de droit administratif* » (G. CLAMOUR, « Chassez le naturel, il s'enfuit au galop », *AJDA* 2015, p. 601) qui, tantôt mobilisé à mauvais escient (v. par ex. F. MODERNE, « Faut-il vraiment "administrativiser" l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA* 2001, p. 707), tantôt injustement écarté, semble quelque part encore chercher sa place en matière contractuelle. – **Ugo Assouad.**

Prix du mémoire de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif (AFDA)

Le prix de l'AFDA 2021, récompensant le meilleur mémoire de recherche de master 2, a été décerné à Mme Cathy-Anne RHETY, étudiante du M2 Droit public général – Parcours droit administratif de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier. Son mémoire intitulé « La notion "d'effet utile" dans l'office du juge de l'excès de pouvoir - Réflexion sur la jurisprudence Conseil d'État, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels », co-dirigé par le Pr. Pascale Idoux et M. Denis Chabert, est librement accessible sur le site de l'AFDA (http://www.asso-afda.fr/prix-du-meilleur-memoire-de-m2/).

Félicitations à elle de la part de l'équipe de la newsletter !

Institutions

Nominations au Conseil constitutionnel : les choix des nouveaux Sages font débat…

Décisions des 23 février et 1er mars 2022 portant nomination d'un membre du Conseil constitutionnel.

Les 23 et 1er mars 2022, trois nouveaux membres du Conseil constitutionnel ont été nommés en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution : Mme J. Gourault, ex-ministre de la cohésion des territoires, Mme V. Malbec, magistrate judiciaire et M. F. Séners, conseiller d'État, rejoignent les Sages. Actes de gouvernement, donc insusceptibles de recours devant la juridiction administrative (CE, 21 janv. 2022, *M. C. A.*, n° 460456 ; transposant aux nominations du président de l'Assemblée nationale la jurisprudence CE, 9 avril 1999, *Mme Ba*, n° 195616), ces nominations n'en demeurent pas moins vertement critiquées par plusieurs observateurs, reprochant par exemple à la première d'être totalement dépourvue d'une quelconque formation de juriste ou encore à la seconde son lien dans une affaire judiciaire passée avec l'autorité l'ayant nommée… Fatalement, pour certains, « *le tableau d'ensemble est donc, une fois de plus, consternant* » (P. Wachsmann, « Le cru 2022 des nominations au conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », *Jus Politicum blog*). – **Thibault Thuillier Pena.**

Contentieux administratif

L'ouverture de la phase de pré-notification par l'ADLC en matière de concentrations n'est pas contestable par la voie du REP

CE, 1er mars 2022, Société Free et Société Illiad, n° 458272.

La prise de contrôle des activités de M6 par le groupe TF1, qui s'annonce comme le grand chantier de l'Autorité de la Concurrence (ADLC) en cette année 2022, donne déjà lieu à ses premières décisions juridictionnelles. En l'espèce, la société Free et son entité-mère, la société Illiad ont souhaité attaquer la décision de l'ADLC qui a lancé plusieurs tests de marché dans le cadre de la phase de pré-notification de l'opération. Elles ont ainsi déposé un REP et une QPC.
Cette phase, qui se déroule avant la notification prévue à l'article L. 430-3 du Code de Commerce, est issue d'une pratique de l'ADLC qui a été formalisée sur ses lignes directrices en matière de contrôle des concentrations. Facultative, elle permet aux entreprises de se rapprocher de l'Autorité, notamment pour « *anticiper des discussions sur des délimitations de marché ou une analyse concurrentielle complexe* ». À ce titre, les rapporteurs de l'Autorité peuvent réaliser des tests de marché et exiger que les concurrents extérieurs à l'opération leur fournissent les pièces nécessaires, sous peine des sanctions prévues aux articles L. 450-8 ou L. 464-2 du Code de Commerce. C'est sur ce dernier point que la QPC portait.
Cependant, le Conseil d'État juge que la décision d'ouvrir la phase de pré-notification n'a qu'un « *caractère préparatoire* », car elle ne conduira l'ADLC qu'à se prononcer hypothétiquement sur l'opération. Elle n'est donc pas susceptible d'être contestée par la voie du REP ce qui rend tout aussi irrecevables les conclusions tendant à la transmission de la QPC. - **Antoine Oumedjkane.**

Responsabilité administrative

« Pas de responsabilité sans faute.... sans ouvrage public » (L. ERSTEIN, JCP A. 2022, n° 7, art. 158)

CE, 11 février 2022, n° 449831.

Les requérants, du fait des multiples inondations qu'ils subissaient sur le terrain de leur propriété les jours de forte pluie, avaient engagé la responsabilité sans faute de la commune de Pont-Salomon en raison de l'absence de réseau public d'évacuation des eaux pluviales. Le Conseil d'État juge en ce sens que « *si le maître de l'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont il a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement* », ce régime de responsabilité ne saurait s'appliquer dans les cas où le préjudice subi résulte non pas de la présence de l'ouvrage mais bien de l'absence de ce dernier. La responsabilité sans faute de la commune ne saurait donc être engagée en l'espèce, pas plus d'ailleurs que sa responsabilité pour faute.
Effectivement, le Conseil d'État, s'appuyant en cela sur le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), rappelle que le maire est compétent pour la sécurité et la salubrité publiques et qu'il lui incombe notamment à cette fin de veiller à la prévention des inondations en prenant des mesures appropriées, le CGCT instituant à cet effet un service public administratif de gestion des eaux pluviales urbaines. Les dispositions concernées ne sauraient toutefois avoir pour objet ou pour effet d'imposer aux collectivités publiques compétentes en la matière « *la réalisation de réseaux d'évacuation pour absorber l'ensemble des eaux pluviales ruisselant sur leur territoire* ». – **Ugo Assouad.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Ugo Assouad, *DCCE* / **Alexandre Bellotti**, *avocat, 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