NEWSLETTER DU CREAM

N° 40 – JUILLET-AOÛT 2022

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Antoine OUMEDJKANE, Doctorant à l'Université de Montpellier (CREAM), ATER à l'Université de Toulouse-I Capitole.

Le label *Qualiopi* ou les limites de la démarche de certification

« *Votre compte personnel de formation (CPF) va être clôturé !* ». Qui n'a pas encore, en 2022, été victime d'une tentative d'arnaque au CPF ? Créé par la loi n° 2014-228 du 5 mars 2014, le dispositif géré par la Caisse des dépôts et des consignations fait malheureusement l'objet d'une forte activité frauduleuse depuis la réforme de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018. Les droits ne sont plus crédités en heures, mais en euros et peuvent être dépensés directement par les salariés via une plateforme numérique publique qui répertorie les formations proposées par des prestataires, principalement privés. L'arnaque la plus courante consiste à créer des organismes surfacturant des formations d'une qualité médiocre. Pourtant, cette même loi du 5 septembre 2018 a créé, à l'article L. 6316-1 du Code du travail, une obligation de certification pour les prestataires de formations. Sur cette base, le pouvoir règlementaire a créé un référentiel national par un décret n° 2019-565 puis le fameux label *Qualiopi* par le décret n° 2021-1851. Il s'agit d'une marque déposée appartenant à l'État Français. Elle peut être délivrée à un prestataire par tout organisme agréé par le Comité Français d'Accréditation et doit venir confirmer, pas tant la qualité des formations proposées, mais la présence d'un réel organisme de formation. Et c'est sans doute là que le bât blesse.
Rendue obligatoire au 1er janvier 2022, la certification ne semble pas avoir endigué le phénomène des arnaques, la plateforme comportant encore aujourd'hui nombre de prestataires certifiés malgré leurs activités illégales. Se pose, ironiquement, la question de la qualité de la certification au regard de l'objectif poursuivi.
Une situation d'autant plus regrettable qu'il n'est pas seulement question de crédibilité de l'État, mais de ses finances, la lutte contre ces organismes frauduleux occuperait 20 postes à temps plein à la Caisse des dépôts.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Les contrats conclus par les concessionnaires d'autoroute et les angles morts du droit de la commande publique

Cass. com., 22 juin 2022, n° 19-25.434.

La chambre commerciale de la Cour de cassation avait à connaître en l'espèce d'un pourvoi formé à l'encontre d'une ordonnance rendue dans le cadre d'un référé contractuel par le TGI de Bordeaux (18 novembre 2019, n°19/01596), ordonnance qui, détail qui a son importance, précédait d'un an la décision QPC – vivement critiquée – *Société Bâtiment mayennais* (Cons. const., 2 octobre 2020, déc. n° 2020-857 QPC). Le Juge du Quai de l'Horloge s'est prononcé, pour l'essentiel, sur deux éléments : la qualification du contrat litigieux d'une part et le droit d'accès au juge d'autre part. Constatant dans un premier temps que l'exécution de ce dernier exposait son titulaire à un risque d'exploitation, la Cour de cassation en a déduit, contrairement au juge de première instance, que le contrat considéré en l'espèce n'était non pas un marché public mais une concession. Bien que la qualification du contrat prête le flanc à certaines critiques – en soi la chambre commerciale ne s'étend pas sur la caractérisation du risque –, c'est bien le second temps de l'arrêt qui suscite le plus d'intérêt. En effet, si les concurrents évincés peuvent, conformément aux termes de l'article L. 122-20, 2° du code de la voirie routière, saisir le juge judiciaire d'un référé précontractuel ou d'un référé contractuel (v. en ce sens ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009), cette possibilité est limitée aux seuls marchés publics conclus par les concessionnaires d'autoroute. Aussi, la qualification retenue en première instance, permettant de fait la recevabilité du référé contractuel, n'était pas dépourvue de sens. Observons à cet égard que la pratique de la qualification forcée du contrat n'est pas étrangère au Conseil d'Etat, lequel a pu, en raison des enjeux économiques liés à leur conclusion, soumettre la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. A l'évidence, telle ne fût pas la voie retenue par la Cour de cassation pour qui « *l'impossibilité de saisir le juge du référé contractuel n'empêche pas les candidats évincés d'un appel à concurrence de saisir le juge de droit commun pour faire valoir leurs droits et ne porte donc pas atteinte à leur droit d'accès à un tribunal* »… Le raisonnement n'est pas sans rappeler celui qui avait été tenu en 2020 par les Sages. Aussi, cette actualité a comme un air de déjà-vu. Toujours est-il que s'il y a des angles morts en ce qui concerne les contrats conclus par les concessionnaires d'autoroute, il reviendra « *au seul législateur* » de les corriger… – **Ugo ASSOUAD.**

©

Contentieux administratif

Quand le juge d'appel homologue l'accord de médiation, *Tarn-et-Garonne* s'assèche

CAA Nancy, 15 juin 2022, Métropole du Grand Nancy et a., n° 21NC02462.

Après le TA de Nancy (9 juillet 2021, n°s 1900371 et 1900372), c'était au tour de la CAA de Nancy de connaître du contrat de concession relatif à la conception, à la réalisation et à l'exploitation de "*Grand Nancy Thermal*".

Dans ce cadre, le juge d'appel proposa assez rapidement à l'ensemble des parties de recourir à une médiation, proposition à laquelle ces dernières donnèrent leur accord. Quelques mois plus tard, la médiation déboucha sur une « *transaction concrétisant un accord de médiation* », aux termes de laquelle l'exécution du contrat de concession devait se poursuivre. Le juge de première instance avait pourtant prononcé la résiliation différée du contrat litigieux au motif que l'autorité concédante avait faussé la concurrence en modifiant substantiellement « *les conditions économiques du contrat telles qu'elles figuraient dans les documents de la consultation* » au cours de la négociation. Or, « *ces nouvelles conditions de financement des travaux auraient [justement] pu intéresser d'autres opérateurs économiques [qui ne s'étaient] pas manifestés* ». Cela aurait également pu intéresser une société qui, bien qu'admise à concourir en l'espèce, n'avait finalement pas déposé d'offre (pt. 16 du jugement précité).

Saisie d'une demande en homologation conformément aux termes de l'article L. 213-4 du CJA – disposition qui, étonnamment, n'est jamais citée dans l'arrêt commenté –, la CAA de Nancy va, après avoir constaté que rien ne s'opposait à celle-ci, conférer la force exécutoire à l'accord transactionnel et donner acte du désistement des parties ; le tout sans mentionner une seule fois le sort réservé au jugement rendu en première instance.

Si le Conseil d'Etat n'a toujours pas eu l'occasion de connaître de telles demandes, la CAA de Bordeaux avait déjà pu apporter quelques précisions en la matière, et l'on s'aperçoit que l'arrêt rendu par celle de Nancy s'inscrit résolument dans le sillon tracé par cette dernière (v. tout particulièrement, 30 décembre 2019, n° 19BX03235 ; ou encore plus récemment, 24 mai 2022, n° 22BX00220). S'appuyant à cet effet sur l'article L. 213-1 du CJA – lequel donne, en des termes généraux, la définition de la médiation, conçue en tant que processus, sans se préoccuper de son aboutissement – le juge nancéen estime que les parties, dans l'hypothèse où la médiation serait réussie, ne sont pas obligées de conclure un contrat de transaction. Cette dernière peut ainsi déboucher sur la conclusion d'un accord de médiation, « *type d'accord* » à part entière, dont les conditions de validité ne sont pas celles de la transaction administrative, et qui peut faire l'objet d'un recours en homologation à partir du moment où il est précédé d'un tel processus. Il sera toutefois loisible aux parties, selon la CAA de Nancy, de qualifier le protocole d'accord de transaction, auquel cas elles devront respecter les conditions y afférentes, et veiller en particulier à ce que celui-ci comporte des concessions réciproques (v. not. l'art. L. 423-1 du CRPA) : si la nature a horreur du vide, la liberté contractuelle semble, elle, bien s'y accommoder… Au terme d'un examen « *superficiel* » – et « *assum[é]* » comme tel – (A. LALLET, *RFDA* 2020, p. 807), limité au contrôle des seules règles d'ordre public, la CAA fît droit à la demande d'homologation de l'accord transactionnel. La démarche est assez surprenante. Reste que la solution était prévisible, la médiation ayant été proposée par le juge d'appel lui-même.

Avec cet arrêt, le juge homologue une transaction passant outre un jugement de première instance, par lequel la résiliation différée de la concession litigieuse avait été prononcée. Et il n'est jamais véritablement question du sort de ce dernier. Des éléments de réponse nous sont donnés par la transaction homologuée (disponible sur le site internet de la métropole du Grand Nancy) où l'on peut lire que les requérants (en l'occurrence, des membres de l'organe délibérant et des contribuables locaux) « *s'engagent irrévocablement à renoncer au bénéfice du jugement* ». Autrement dit, le vice ayant affecté la régularité de la procédure de passation – et par capillarités, le contrat de concession – est occulté, alors même que le TA de Nancy avait prononcé la résiliation du contrat et, par voie de conséquence, écarté implicitement toute possibilité de régularisation. Peut-être le jugement était-il contestable. Il n'en reste pas moins étonnant que les parties à la médiation aient pu en disposer de la sorte, et la circonstance que l'on se trouve dans du plein contentieux subjectif n'apparaît pas comme une justification pertinente : en soi, c'était bien la légalité d'un acte administratif, fût-il contractuel, qui avait était contestée et sanctionnée ici. Le contexte était donc, selon nous, bien différent de celui qui avait conduit à l'arrêt d'assemblée *Société Krupp Hazemag* – décision qui fonde le raisonnement tenu ici par la CAA – à l'occasion duquel le Conseil d'État, initialement saisi d'un pourvoi en cassation, avait accepté d'homologuer la transaction conclue entre les parties à la suite de l'arrêt qui avait été rendu par le juge d'appel (CE, Ass., 11 juillet 2008, n° 287354).

Déroutante, la solution n'est pas incompréhensible pour autant au regard des enjeux liés à la présente affaire. C'est en tout cas ce qui ressort de l'exposé des motifs de la délibération approuvant le protocole transactionnel (également disponible sur le site internet de la métropole du Grand Nancy). Aussi doit-on en déduire que dans la balance de l'intérêt général, la légalité n'a pas dû peser bien lourd. – **Ugo Assouad.**

©

Contentieux administratif

Dernières nouvelles de l'effet utile dans les contentieux systémiques

CE, 9 juin 2022, M. T. et a. c/ Min. de l'Europe et des affaires étrangères et Min. de l'Intérieur, n° 455754.

L'affaire prend racine dans le contexte d'instabilité au Moyen-Orient, ayant conduit à la fermeture des services consulaires en Afghanistan depuis 2017, puis à ceux d'Islamabad, en 2021, dans lesquels les activités de ces premiers avaient été transférées, activités de surcroit affectées par la crise sanitaire. Un collectif d'Afghans, réfugiés en France, avait demandé aux autorités administratives compétentes de prendre les mesures d'organisation nécessaires à l'examen rapide des demandes de visa déposées par leurs familles au titre de la réunification familiale, demandes dont le traitement avait souffert du contexte géopolitique et sanitaire rappelé. Le litige, portant sur le refus implicite d'adopter les mesures générales sollicitées, intègre donc ce que Stéphane Hoynck, rapporteur public dans les affaires *Commune de Grande-Synthe* (v. spéc. pour ce qui nous intéresse, CE, 19 novembre 2020, n° 427301), avait nommé les « *contentieux systémiques* » (S. Hoynck, « Le juge administratif et le dérèglement climatique, Libres propos », *AJDA* 2022, p. 147), contentieux mettant en cause la carence des autorités administratives, formalisée par un refus, à prendre les mesures réglementaires nécessaires à la satisfaction de leurs obligations ou de leurs engagements. Dans un premier temps, un tel contentieux était appréhendé avec un certain classicisme, la légalité du refus étant appréciée à la date à laquelle il avait été opposé tandis que les conclusions à fin d'injonction étaient traitées au regard des circonstances prévalant à la date à laquelle le juge statuait (v. not. s'agissant du refus de prendre les mesures nécessaires à garantir la qualité de l'air, CE, 12 juillet 2017, *Les amis de la Terre*, n° 394254, s'étant soldé par une annulation totale du refus mais par une injonction partielle du fait des efforts réalisés en cours d'instance dans certaines zones particulièrement polluées). À cette dissociation entre conclusions d'annulation et conclusions à fin d'injonction (CE, 4 juillet 1997, *Époux Bourezak*, n° 156298), se substitue progressivement une « *contraction des offices du juge de l'annulation et du juge de l'exécution* » et donc des temporalités d'analyse (G. Odinet, *Dr. adm.* 2020, n°10), le juge de l'excès de pouvoir s'étant aperçu qu'il était préférable d'assurer « *l'effet utile* » de son intervention, nouvel autel consacré en Assemblée et sur lequel sont sacrifiées les anciennes idoles (CE, Ass., 19 juillet 2019, *Assoc. des Américains accidentels*, n° 424216) : désormais, puisque l'effet utile de l'annulation d'un refus de prendre des mesures générales réside davantage dans l'injonction que le juge peut adresser à l'autorité d'y procéder que dans l'annulation en elle-même, alors la légalité d'un tel refus est appréciée par le juge au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision. Une double précision doit être apportée avant d'exposer les issues possibles d'un contentieux systémique : d'une part, la carence de l'administration ne peut être sanctionnée que pour autant qu'il existe pour elle une obligation d'agir et, d'autre part, le juge ne peut que constater le défaut ou l'insuffisance de l'intervention réglementaire sans pouvoir en définir les modalités, le choix des moyens relevant de l'appréciation de l'administration. Ces bornes, implicitement comprises dans les arrêts *Commune de Grande-Synthe* (déc. préc. et CE, 1er juillet 2021, n° 427301), sont explicitement formulées dans l'affaire commentée, l'obligation des autorités consulaires résidant ici dans la nécessité de traiter une demande de visa dans un « *délai raisonnable* ». Enfin, quelle issue pour de tels litiges ? L'affaire *Commune de Grande-Synthe* s'était soldée par une annulation du refus face à l'inertie des autorités à prendre les mesures nécessaires et suffisantes pour infléchir la courbe des émissions de GES. L'affaire commentée nous apprend - c'est inédit -, que, si à la date à laquelle il statue, des mesures adéquates ont été prises, alors le juge prononcera un non-lieu à statuer, ce qui n'est pas tout à fait équivalent au rejet pur et simple prononcé dans le cadre d'un refus d'abroger un acte réglementaire finalement « légalisé » par un changement de circonstances (déc. préc. *Assoc. des Américains accidentels*). – **Léon Boijout.**

Documents administratifs

Documents administratifs : nouvelle catégorisation des correspondances communicables

CE, 3 juin 2022, Commune d'Arvillard, n°452218.

S'il est désormais acquis que les correspondances électroniques peuvent constituer des documents administratifs communicables au sens de l'article L. 300-2 du CRPA (CE, 14 mai 2009, *Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi c/ M. X...*, n° 307292), le Conseil d'État précise qu'au sein de cette catégorie, sont à distinguer celles « *émises ou reçues, dans le cadre des fonctions exercées au nom de la commune* », et celles ayant pour objet « *d'exprimer les positions personnelles ou politiques des élus dans l'exercice de leur mandat électif* ». La frontière souvent poreuse entre politique et administratif (en l'espèce, l'organisation et le déroulement d'un conseil municipal) doit ainsi conduire le juge à adopter une approche essentiellement casuistique dans l'exercice de qualification. Dès lors, c'est bien le contenu même des échanges qui doit permettre de s'assurer que ces derniers ne relèvent pas d'une discussion purement politique (discipline de vote, par exemple). Les critères organique et formel ne sauraient en effet suffire pour faire porter aux correspondances un caractère systématiquement administratif. Une absence de présomption qui rend l'exercice certes fastidieux mais néanmoins inévitable, eu égard à la nature binaire des fonctions exercées par les élus, mais aussi afin de garantir la liberté fondamentale d'exercice de leur mandat (CE, 8 avril 2004, *V...*, n° 263759). – **Clémence Ballay-Petizon.**

Contrats publics

Moins de treize ans plus tard, *Béziers I* n'a toujours pas fait sa crise d'adolescence

CE, 13 juin 2022, Centre hospitalier d'Ajaccio, n°s 453769 & 453770.

À l'évidence, l'édifice bâti autour de la jurisprudence *Béziers I* ne s'écroulera pas de sitôt. Et de fait, dans la décision commentée, le Conseil d'État semble se contenter de tirer les conséquences – logiques – de l'arrêt d'assemblée qu'il avait rendu moins de treize ans auparavant (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802). Il résulte notamment de ce dernier que l'annulation, apanage du juge du contrat, n'est réservée qu'aux vices les plus graves, catégorie conçue de manière d'autant plus restrictive dans le cadre du contentieux contractuel entre les parties. Aussi, le Conseil d'État juge-t-il dans l'arrêt *Centre hospitalier d'Ajaccio* que le cocontractant public ne peut annuler de sa propre initiative une clause du contrat, « *fût-elle illicite* », celui-ci étant seulement en mesure d'en prononcer la résiliation. Il devra à cet effet nécessairement saisir le juge du contrat afin d'en demander l'annulation. Si le futur appartient aux parties, le passé, lui, demeure entre les seules mains du juge. On observera toutefois que la résiliation unilatérale d'une clause illicite (n'emportant pas avec elle le contrat auquel elle est rattachée) sera plus aisée à mettre en œuvre. La décision ne donne effectivement aucune indication particulière. De surcroît le fichage de cette dernière suggère que cette solution doit coexister avec celle issue de l'arrêt *Société Comptoir négoce équipements* (CE, 10 juillet 2020, n° 430864), relatif à « *la possibilité de résilier un contrat entaché d'une grave irrégularité sans saisir au préalable le juge* », sa mention étant précédée de l'abréviation « *Comp.* ». Et pour cause, si l'on retrouve l'exigence de loyauté des relations contractuelles en 2020, on n'en trouve aucune trace en 2022. En mettant de côté la loyauté des relations contractuelles, cette jurisprudence, davantage centrée sur l'exécution du contrat – il n'est en effet pas question d'y mettre un terme mais, plus simplement, d'en extirper une clause illégale et de procéder, négativement du moins, à sa modification –, conforte implicitement l'approche particulière qu'il convient de retenir de cette exigence en droit des contrats administratifs, laquelle n'a assurément pas grand-chose en commun avec la bonne foi telle que garantie aujourd'hui par l'article 1104 du Code civil. - **Ugo Assouad**.

L'équipe de la newsletter du CREAM vous souhaite de passer un bon été
Rendez-vous le 15 septembre 2022 pour le numéro 41.

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