NEWSLETTER DU CREAM

N° 37 – AVRIL 2022

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Ugo Assouad, Doctorant contractuel, CREAM, Université de Montpellier.

Il faut « *sauver le soldat contrat* » (P. TERNEYRE). Oui, mais pas à n'importe quel prix

Le 29 octobre 2021, M. Le Corre évoquait la décision *Collectivité de Corse* (CE, 25/11/2021, n° 454466) à l'occasion d'une table ronde consacrée au contentieux contractuel dans le cadre d'un colloque organisé par le Conseil d'État (« *Être accessible, utile et compris : l'efficacité du juge administratif* »). Elle l'évoquait, alors même que l'audience n'avait pas encore eu lieu, en parlant notamment de « *l'attente sociale et économique sur la lutte contre les conflits d'intérêts.* » Par cette décision, le Palais Royal semble serrer les vis d'un recours qui, jusque-là, était plus connu pour sa sévérité à l'égard des requérants qu'à l'égard du contrat illégal, le recours *Tarn-et-Garonne* – qui a, il y a peu, fêté son huitième anniversaire – étant habituellement décrit comme une « *machine à rejeter les requêtes* » (H. HOEPFFNER). Il faut dire que la solution a de quoi surprendre, le Conseil d'État ayant prononcé l'annulation du contrat illégal pour méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence une seule fois à l'occasion d'un arrêt *SAGEM* où les faits d'espèce, pour le moins caricaturaux, sentaient bon le délit de favoritisme (CE, 15/03/2019, n° 413584). Les faits ayant donné lieu à l'arrêt Cté de Corse, également caricaturaux avouons-le, ne laissaient toutefois pas présager d'une intention quelconque de la part du pouvoir adjudicateur de favoriser l'attributaire du marché litigieux mais laissaient planer des doutes raisonnables sur la méconnaissance par celui-ci du principe d'impartialité, PGD que ce dernier ne saurait méconnaître (CE, 14/10/2015, *Sté Applicam*, n° 390968). Or le Conseil d'État a considéré que ces derniers étaient en eux-mêmes suffisants pour que soit prononcée l'annulation du contrat, mesure pourtant souvent regardée avec méfiance en raison de l'exigence liée à la stabilité des relations contractuelles. Si le juge du contrat a rarement les mains liées, le constat d'un manquement (supposé ou avéré) au principe d'impartialité imposera en l'occurrence la sanction qu'il devra prendre. Aussi, la sévérité de cette solution étonne. Elle peut effectivement conduire le juge du contrat, normalement animé par un certain pragmatisme, au prononcé d'une mesure drastique à l'égard d'un contrat invalide… ou potentiellement invalide. On pourrait toutefois arguer que, de manière générale, le manquement au principe d'« *impartialité vicie tout* » et qu'il est dès lors « *très difficile de rattraper une procédure* » si elle a été biaisée dès l'origine (M. GUYOMAR). Certes. Il n'en reste pas moins que les apparences sont parfois trompeuses. Difficile de dire si cet arrêt marque un tournant au sein du contentieux contractuel des tiers. Il apparaît néanmoins, que ce soit au regard de la motivation – contestable – de l'arrêt, ou au regard des propos tenus par M. Le Corre à l'occasion du colloque précité ou de ses conclusions, que la solution retenue entend apporter une réponse à des aspirations légitimes en insufflant davantage de déontologie au sein de l'achat public.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Responsabilité du fait de l'administration pénitentiaire : heureux allègement de la charge de la preuve des conditions indignes de détention

CE, 21 mars 2022, n° 443986, M. A… F…

Pourtant condamnées à de nombreuses reprises, les conditions indignes de détention dans les prisons françaises demeurent un problème systémique toujours d'actualité. Face à l'inertie éhontée des pouvoirs publics et la difficulté des détenus de prouver la réalité de leurs conditions de détention, le Conseil d'État vient de rendre une décision autant inédite qu'espérée.

Une décision inédite, par laquelle le Conseil d'État revire le principe suivant lequel il appartient au demandeur d'apporter tous éléments de preuve de nature à établir la réalité des faits susceptibles de caractériser une faute (CE, 29 mai 1970, n°76342, *Clément*) en jugeant que « *lorsque la description faite par le demandeur de ses conditions de détention est suffisamment crédible et précise pour constituer un commencement de preuve de leur caractère indigne* », c'est à l'administration qu'il revient d'apporter des éléments permettant de réfuter ces allégations.

Une décision espérée, par laquelle le Conseil d'État s'inscrit triplement dans un mouvement à l'œuvre de facilitation des recours des personnes détenues : d'abord, par une poursuite de l'assouplissement du régime global de responsabilité de l'administration pénitentiaire (v. par ex. l'abandon de l'exigence d'une faute lourde (CE, 23 mai 2003, n° 244663, *M. C.*)) ; ensuite, par une prise en compte des critiques récentes de la Cour EDH sur l'effectivité des recours et la question de la preuve en la matière (CEDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J.M.B. c/ France*)) ; enfin, par une harmonisation avec le nouveau recours de l'art. 803-8 du code de procédure pénale, tel que modifié par la loi du 8 avril 2021, exigeant un simple « *commencement de preuve* » de conditions de détention indignes pour saisir le juge judiciaire. Trop longtemps les droits des détenus ont souffert de l'impossible épreuve des preuves, ces évolutions puissent-elles enfin participer à mieux garantir la dignité en prison. – **Thibault THUILLIER-PENA.**

Documents administratifs

Communication des documents administratifs et intérêt de l'administré

CE, 27 mars 2020, Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon Saint-Exupéry, n° 426623.

Dans cette décision, le Conseil d'État rappelle qu'un administré demandant communication de documents administratifs, que ce soit sur le fondement du code des relations entre le public et l'administration ou du code général des collectivités territoriales, n'a pas nécessairement à justifier de son intérêt à ce que ces documents lui soient communiqués.

Les juges précisent néanmoins ce principe et énoncent que lorsque l'administration fait valoir que la communication des documents en question fait peser sur elle « *une charge de travail disproportionnée* », il appartient au juge de prendre en compte l'intérêt de l'administré à obtenir la communication de ces documents afin de déterminer si la charge de travail de l'administration est en effet excessive. – **Sabrina Hammoudi.**

Documents administratifs

La politique de la terre brûlée n'a pas sa place en matière de documents administratifs

CE, 17 mars 2022, Sté Solution Antoine Dufour, n° 452034.

Sur demande d'une association de protection des animaux, la société requérante avait été enjointe par un jugement du Tribunal du Nantes à communiquer un certain nombre de documents issus d'une délégation de service public de fourrière animale dont elle avait été attributaire. Celle-ci a pourtant procédé à la destruction desdits documents après notification du jugement. Suite à quoi, l'association a obtenu une ordonnance du Tribunal Administratif prononçant une astreinte de 50 euros par jour que la société a souhaité contester.

Le Conseil d'État est on ne peut plus clair sur l'issue du litige. Il rappelle qu'aucune destruction délibérée de documents administratifs dont le refus de communication a été annulé ne peut être réalisée, et ce, même si la règlementation n'en imposerait plus la conservation. En conséquence, la personne ayant détruit les documents après notification de la décision juridictionnelle est « tenue d'accomplir toutes les diligences nécessaires pour les reconstituer, sous réserve d'une charge de travail manifestement disproportionnée », l'ensemble n'entamant pas un éventuel engagement de leur responsabilité – **Antoine Oumedjkane.**

Droit de l'urbanisme

Confirmation du recul du droit au recours des associations contre certaines décisions d'urbanisme

Conseil Constitutionnel, n° 2022-986 QPC, 1er avril 2022, Association La Sphinx.

L'une des nombreuses modifications importantes issues de la loi ELAN était ici en jeu. Pour mémoire, cette loi avait révisé l'article L. 600-1-1 au Code de l'urbanisme qui interdisait initialement aux associations d'exercer un recours contre une décision d'occupation ou d'utilisation des sols si ses statuts avaient été déposés après l'affichage de la décision. Déjà déclaré conforme par une QPC de 2011 (n° 2011-138 QPC), le texte a été substantiellement révisé puisque l'interdiction court maintenant pour toute association qui a déposé ses statuts moins d'un an avant l'affichage de la décision qu'elle souhaite contester. Interrogé sur cette nouvelle rédaction par le Conseil d'État, le Conseil Constitutionnel répond expéditivement au seul grief qui lui est présenté, fondé sur la violation du droit à un recours juridictionnel effectif. Reprenant très largement sa décision de 2011, il rappelle l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir éviter la création d'associations dont le seul but serait de contester une autorisation d'urbanisme. Puis, avançant que le délai d'un an est raisonnable et que la limitation ne joue que contre les autorisations individuelles d'urbanisme, il déclare la disposition conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit. – **Antoine Oumedjkane.**

Libertés fondamentales

Rétention administrative et Convention européenne des droits de l'homme : violation majeure pour rétention de mineur

CEDH, 31 mars 2022, n° 49775/20, N. B. et autres c/ France.

Après rejet de leurs demandes d'asile et dans le cadre d'une procédure d'éloignement forcé, un couple de ressortissants géorgiens entrés illégalement en France et leur enfant furent placés en centre de rétention administrative. Saisie de la conventionnalité de ce placement, la Cour EDH rappelle d'abord la situation d'extrême vulnérabilité des enfants en rétention (v. CEDH, 19 janv. 2012, n° 39472/07, *Popov c. France*, §91) ainsi que les trois facteurs d'appréciation d'une violation de l'art. 3 de la Convention par un placement en rétention d'un mineur accompagné (l'âge des enfants, le caractère adapté ou non des locaux au regard de leurs besoins spécifiques et la durée de leur rétention (v. CEDH, 12 juillet 2016, n° 33201/11, *R.M. c/ France*, §70)) avant de juger qu'en l'espèce, le placement d'un enfant de 8 ans pour une durée de 14 jours au centre de rétention de Metz-Queuleu (qui se caractérise notamment par une dimension sécuritaire omniprésente, de sérieuses nuisances sonores et une zone de vie extérieure inadaptée aux familles) constitue une violation de l'art. 3 de la Convention. – **Thibault Thuillier-Pena.**

©

Contentieux administratif

En 2022, vous reprendrez bien un peu de médiation préalable obligatoire ?

Décret n° 2022-435 du 25 mars 2022.

La médiation préalable obligatoire, qui conditionne la recevabilité du recours contre certaines décisions à une tentative de médiation qui interrompt le délai de recours contentieux et suspend les délais de prescription a été expérimentée de 2018 à 2021 pour une série de litiges relevant de l'aide sociale et de la fonction publique. Ayant fait l'objet d'un avis favorable du Conseil d'État dans un rapport de 2021, elle a été pérennisée par l'article 27 de la loi n° 2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021 et codifiée aux articles L. 213-11 et suivants du Code de Justice Administrative. Le décret en Conseil d'État pris pour son application révèle cependant que celle-ci est loin d'être étendue puisque ses dispositions ne font que reprendre une partie des situations qui ont fait l'objet de l'expérimentation.
Ce sera donc le cas pour les décisions relatives à la carrière et à la rémunération des fonctionnaires de l'éducation nationale, mais aussi des fonctionnaires territoriaux si leur collectivité a signé une convention avec le centre de gestion de la fonction publique, seul compétent pour procéder à la médiation.
Le contentieux social est celui qui est le plus affecté. L'ensemble des litiges impliquant les caisses d'allocations familiales sont exclus, bien que le Défenseur des Droits, compétent pour ces affaires, pourra toujours être saisi d'une réclamation qui interrompra les délais de recours et de prescription. Seules les affaires concernant les allocations attribuées par Pôle Emploi voient la médiation obligatoire préalable maintenue. – **Antoine Oumedjkane.**

Contrats publics

Elle fit feu du D.G.D. : gare à l'archi' !

CAA Marseille, 21 février 2022, SAS Cabinet d'études Marc Merlin, n° 19MA03870.

On sait que le CCAG organise minutieusement l'expiration des relations financières entre les parties à un marché de travaux. Décompte final, projet de décompte général, décompte général et décompte général et définitif (DGD) : autant d'étapes, de pièces justificatives et de délais réglés comme du papier à musique. Et il est aussi facile que dangereux de s'y perdre car l'adage contre-intuitif en droit sanctionne souvent l'expiration desdits délais : « *silence vaut acceptation* ». Le titulaire faisant face à l'inertie du maître d'ouvrage (MO) peut ainsi envoyer son propre projet de décompte général qui, si le silence persiste, peut devenir le DGD du marché.
En l'espèce, après une réception problématique assortie de réserves, l'entreprise de travaux avait envoyé à la commune-MO son décompte final. S'en est suivi plusieurs échanges de courriers formalisant les multiples désaccords des deux parties, la commune opposant notamment au titulaire l'absence de certaines pièces requises par le CCAG pour que la transmission du décompte soit valable, et ainsi que les délais pour que le MO s'en saisisse ne commencent à courir. Passant outre, l'entreprise a considéré que le délai imparti à ce dernier pour agir avait couru et expiré. Dès lors a-t-elle décidé d'envoyer un projet de décompte général. La commune a opposé un refus de prise en compte, sans donner d'autre suites… L'enjeu du litige porté devant la CAA était donc de savoir si le décompte final initialement transmis avait pu devenir le projet de décompte du marché, puis son DGD.
La cour a jugé que les pièces manquantes, transmises au maître d'œuvre (MOE) quoique le MO l'avait ignoré car le précédent avait omis de l'en informer, devaient être regardées comme « *précédemment transmises* » au sens du CCAG-Travaux. Dès lors, le MO qui s'est retrouvé dans une situation inconfortable pour lui, contraint de prendre acte d'un DGD intangible implicitement constitué du fait de son inaction, ne pouvait que rechercher la responsabilité contractuelle de son MOE négligent. – **Justine Lauer.**

Contrats publics

Ail, ail, ail ! Le fonds de commerce sur le domaine public…

CE, 11 mars 2022, Commune de Cap d'Ail, n° 453440.

La loi dite « Pinel » apparaissait le 18 juin 2014 comme une petite révolution : l'occupant domanial pouvait désormais constituer un fonds de commerce sur le domaine public, hors domaine naturel, sous réserve de justifier d'une « clientèle propre » distincte des usagers. Désormais codifié à l'article L. 2124-32-1 du CGPPP, ce droit de propriété commerciale n'est pas clairement identifié comme une règle d'ordre public. La question reste ouverte cependant puisque le Conseil d'État vient de juger que sa « *méconnaissance* » par une clause du contrat, en tant que celle-là est indivisible de celui-ci, ne saurait constituer, « *à elle seule* », un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation de la convention. Pas de ''dérogation'' à une disposition supplétive, donc légale, semble-t-il, mais bien un vice couvert par l'objectif de stabilité des relations contractuelles (v. CE, 28 déc. 2009, Cne de Béziers, n° 304802). Quid alors d'une indemnité ? Sous l'ancien état du droit, l'occupant ne pouvait être indemnisé de la perte d'un fonds de commerce impossible à constituer (il ne l'est plus), ni d'un quelconque préjudice dès lors qu'une clause du contrat y faisait obstacle (une clause non viciée… ?) (v. CE 31 juillet *2009*, *Sté Jonathan Loisirs*, n° 316534). – **Justine Lauer.**

Droit de l'environnement

Raison impérative d'intérêt public majeur : Biodiversité 1 – Climat 0

CE, 10 mars 2022, Assoc. Sauvegarde des Avant-Monts, n° 439784.

Nouveau bras de fer entre lutte contre le réchauffement climatique et préservation de la biodiversité. En matière de « dérogation espèces protégées » (article L. 411-2 du Code de l'environnement), un projet de parc éolien « *ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu des intérêts économique et sociaux en jeu, à une raison impérative d'intérêt public majeur* », l'insertion dans le projet urbain n'ayant pas ici d'incidence (v. par exemple CE, 15 avril 2021, *Assoc. FNE Midi-Pyrénées*, n° 432158 et CE, 15 avril 2021, *SPPEF*, n° 430500).
Pour la Haute juridiction, ne constitue pas une raison impérative d'intérêt public majeur un parc de dix éoliennes d'une puissance de trente mégawatts (correspondant à la consommation d'environ 26 000 habitants) notamment lorsque le projet s'inscrit dans une zone comptant déjà de nombreux autres parcs éoliens.
Le Conseil d'État confirme d'abord que l'intérêt public ne peut être majeur que s'il s'inscrit dans le long terme en précisant que « *les bénéfices socio-économiques du projet seraient limités et principalement transitoires* ». Il confirme ensuite que si la production d'énergie peut constituer une raison impérative d'intérêt public majeur, notamment au regard des objectifs fixés au sein de politiques publiques nationales ou européennes d'ampleur, le juge doit cependant analyser de manière concrète si la contribution est d'une importance réelle.
Enfin, l'allusion aux « *nombreux parcs éoliens* » déjà présents dans la zone fait une fois encore poindre les liens étroits, bien qu'implicites, qui sont tissés par le juge entre raison impérative d'intérêt public majeur et la condition relative à l'absence d'autre solution satisfaisante. D'ailleurs, telle est l'approche de la Commission européenne qui affirmait dès 1995 « *la question de savoir s'il existe ou non d'autres solutions d'intérêt public majeur est (…) liée à la question de savoir s'il existe ou non des solutions de rechange* » (question écrite posée par Mihail Papayannakis (GUE/NGL) à la Commission, 21 juin 1995, E-1722/95). – **Clémence Ballay-Petizon.**

Contrats publics

C.G.U., conditions de diligence ultime des déposants hors délais ?

Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, ord., 24 mars 2022, Sté IVECO France, n° 2200606.

Un pli est tardif dès qu'il est reçu après la date et heure limite de réception des offres (DLRO), fût-ce à quelques secondes près. L'acheteur est dès lors tenu d'écarter ce pli.
Dans son arrêt *RATP* du 23 septembre 2021, le Conseil d'État venait néanmoins poser qu'un pli tardif devait être exceptionnellement admis par l'acheteur (n° 449250), en l'occurrence lorsque le candidat avait été privé de la possibilité de déposer en temps et en heure par la faute de celui-ci. En bref, il incombe à l'acheteur de s'assurer que son profil acheteur fonctionne correctement, aussi, lorsque le candidat hors-délai peut démontrer, d'une part, qu'il a été diligent, et d'autre part, que son équipement informatique était exempt de vices (cons. 3), c'est alors à l'acheteur qu'il appartient de prouver qu'il n'y a eu aucun dysfonctionnement sur « sa » plate-forme de dépôt des plis : à défaut, il ne peut plus rejeter l'offre comme hors-délai (cons. 4). Les conditions énoncées au renversement de la charge de la preuve sont bien cumulatives. Autrement dit, le candidat qui ne peut prouver « *qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues* » de sa part sera rejeté quand bien même le profil acheteur connaissait bien un dysfonctionnement lorsqu'il a effectué son dépôt !
Or, plusieurs profils acheteurs prévoient dans leurs conditions générales d'utilisation (CGU) la nécessité, pour les entreprises, de commencer leur dépôt au moins 24 heures avant l'échéance. Là où les entreprises ont « pris le pli » de ne commencer ce dépôt que quelques heures, voire quelques minutes, avant la DLRO.… En pratique, la question de savoir si ces CGU pouvaient devenir un argument pour disqualifier la diligence de l'entreprise avait donc pris une tournure critique depuis septembre.
Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand apporte ici sa première pierre en jugeant que, l'entreprise ayant accepté ces CGU, elle peut être regardée comme ayant manqué de diligence en commençant son dépôt 2 heures et demi avant la DLRO, quand bien même c'est le dysfonctionnement du profil acheteur qui n'a permis d'achever le dépôt qu'1H après la DLRO. Rejet !
Notons que dans cette hypothèse, l'acheteur conserve néanmoins la *faculté* d'ouvrir le pli ou plutôt l'éventuelle copie de sauvegarde du pli… si celle-ci a été déposée avant la DLRO. - **Justine Lauer.**

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