



L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Léon BOJOUT, Doctorant contractuel à l'Université de Montpellier.

Un bloc sans la logique

Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur l'arrêt SMPAT, relatif au recours des tiers tendant à la résiliation du contrat, avait comparé le contentieux contractuel à un « jardin à la française », souhaitant ainsi souligner l'harmonie avec laquelle ce contentieux a été restauré, à compter de 2007. La comparaison est certes élégante mais elle demeure trop statique pour rendre compte, au contraire, de la dynamique d'extension du contentieux contractuel sur le plan des compétences juridictionnelles. Loin de se cantonner aux plates-bandes que devrait pouvoir lui consentir le principe en vertu duquel la compétence suit le fond, le contentieux contractuel colonise progressivement des terres dans lesquelles on aurait pu douter qu'il puisse un jour y plonger ses racines. La compétence pour connaître de la responsabilité encourue par des personnes privées, qui devrait relever du juge judiciaire en l'absence de rapport de droit public, est largement victime des lianes galopantes de la logique de bloc, tant pour les litiges à l'initiative d'une personne publique (depuis l'arrêt *Campeon Bernard* de 2007, réaffirmé en mars 2020 par l'arrêt *Lacroix Signalisation*), que pour ceux opposant des entreprises privées (depuis la décision *De Castro* de 1997 et encore très récemment en février 2022 avec la décision *Axima Concept*). Le bloc certes mais sans la logique, car désormais ce n'est plus le texte qui détermine la compétence - le juge administratif étant alors amené à appliquer les dispositions du code civil - mais le prétexte au litige, cette fantomale « toile de fond » du contrat administratif. Si les critères historiques de répartition des compétences doivent être sacrifiés sur l'autel de la bonne administration de la justice, qu'est-ce qui justifie encore le maintien d'un dualisme juridictionnel, fruit d'une histoire largement fortuite ?

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Affaire sensible rue de Montpensier : l'indépendance de l'audiovisuel public

Conseil constitutionnel, déc. n° 2022-842 DC, 12 août 2022, Loi de finances rectificative pour 2022.

Dans la torpeur estivale, le Conseil Constitutionnel était appelé à se prononcer sur la constitutionnalité du nouveau mode de financement de l'audiovisuel public. L'article 6 de la loi de finances rectificative actait la suppression de la contribution à l'audiovisuel public instaurée à l'article 1605 du Code général des impôts pour y substituer un régime de financement par une fraction du produit de la taxe sur la valeur ajoutée. La mesure, particulièrement controversée en raison des risques qu'elle pourrait faire courir en termes d'indépendance de l'audiovisuel public, était contestée sur deux principaux fondements.

Premièrement, en se basant sur la loi du 31 mai 1933, certains députés estimaient que le nouveau mode de financement était contraire à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) selon lequel l'audiovisuel public « doit être financé par une redevance ». Néanmoins, le seul fait que l'article 109 de cette loi se borne à instituer la première « redevance pour droit d'usage » des services de radiodiffusion ne suffit pas au Conseil pour identifier un PFRLR.

Deuxièmement, les députés considéraient que la disposition privait de garanties légales la liberté de communication. Sur ce point, le Conseil confirme que la suppression de la contribution, qui rapportait près de 3,7 milliards d'euros, est susceptible d'« affecter la

garantie des ressources du secteur de l'audiovisuel public qui constitue un élément de son indépendance ». Pour autant, le nouveau mode de financement est déclaré conforme à la Constitution sous deux réserves d'interprétation. Le législateur devra, d'une part, dans les lois de finances pour 2023 et 2024, de l'autre, dans les lois de finances ultérieures « fixer le montant de ces recettes afin que les sociétés et l'établissement de l'audiovisuel public soient à même d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées ». – Antoine OUMEDJKANE.

Au sommaire de ce numéro

- | | |
|---------------------------------------|------|
| • Droit public de l'économie | p. 2 |
| • Propriétés publiques et domanialité | p. 2 |
| • Droit de l'urbanisme | p. 3 |
| • Droit de l'environnement | p. 3 |
| • Droit des contrats publics | p. 3 |
| • Responsabilité administrative | p. 4 |
| • Contentieux administratif | p. 4 |
| • Droit des étrangers | p. 5 |

Propriétés publiques et domanialité

Le Juge, le Saint et le domaine

CE, 22 juillet 2022, *Ministre de la culture c/ M. D*, n° 458590.

Désireux de se séparer d'un manuscrit attribué à Saint Thomas d'Aquin acquis en 1901 par un aïeul, le requérant avait sollicité la délivrance du certificat nécessaire à son exportation, conformément aux termes de l'art. L. 111-2 du code du patrimoine. Refusant d'accéder à cette requête, le ministre de la culture, se fondant sur l'appartenance de ce bien culturel au domaine public, en demanda par ailleurs la restitution. Le litige dont le Conseil d'État avait à connaître ne concernait non pas la légalité de la réincorporation de ce bien dans le domaine public (un jugement devenu définitif ayant été rendu sur la question par le TA de Paris le 17 juillet 2020, suivant en cela la solution dégagée par l'arrêt *Sté Pierre Bergé* rendu deux ans auparavant [CE, 21 juin 2018, n° 408822]), mais les conséquences indemnitaires y afférentes, tant du point de vue de leur principe que de celui, le cas échéant, de leur étendue. Sur ce point, le Palais Royal, s'appuyant en cela sur l'article 1P1 à la Convention EDH tel qu'interprété par la Cour EDH (v. not. 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, n° 34044/02) reconnaît la faculté au « détenteur de bonne foi d'un bien appartenant au domaine public dont la restitution est ordonnée [de] prétendre à la réparation du préjudice lié à la perte d'un intérêt patrimonial à jouir de ce bien » s'il justifie avoir « supporté une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. » Il pourra, en tout état de cause, demander une indemnisation pour les dépenses qu'il avait éventuellement exposées en vue d'assurer la conservation du bien, ainsi que, « en cas de faute de l'administration, [celle] de tout préjudice directement causé par la faute. »

Sur le principe donc, « l'intérêt public majeur » lié à la restitution du manuscrit ne s'opposait pas au versement au requérant d'une indemnité en réparation du préjudice né de la perte de jouissance du bien en cause, son intérêt patrimonial à jouir dudit manuscrit devant être regardé comme tel au sens de l'article 1P1. Préjudice qui, au regard de la « charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi » qu'il a dû supporter compte tenu des conditions dans lesquelles l'œuvre a été détenue jusqu'ici et de la passivité dont les pouvoirs publics ont pu faire preuve, était bel et bien caractérisé en l'espèce. Toutefois, le bien n'ayant « jamais cessé d'appartenir au domaine public de l'Etat », le préjudice qu'a subi le requérant est seulement né de la privation de jouissance de celui-ci, et non de celle de sa propriété. C'est la raison pour laquelle le montant de la réparation ainsi accordée est franchement en-deçà de la valeur vénale du manuscrit. – **Ugo ASSOUD.**

Droit public de l'économie

Contestation du refus d'une procédure d'engagement sur le marché des jeux vidéo : game-over pour la compétence du juge administratif

CE, 1^{er} juillet 2022, *Société Sony Interactive Entertainment France et a.*, n°448061.

Suite à une saisine de l'Autorité de la concurrence (ADLC) par la société Subsonic l'informant des pratiques mises en œuvre par le groupe Sony sur le marché des consoles de jeux vidéo et sur celui des accessoires compatibles avec la PlayStation 4, le régulateur indépendant a refusé d'accepter (comme les dispositions de l'art. L. 464-2 du code de commerce lui en octroient la faculté) les engagements proposés par le groupe Sony en vue de mettre fin à une procédure relative à des pratiques anticoncurrentielles et a renvoyé le dossier à l'instruction. Saisi par deux sociétés du groupe Sony d'un recours en annulation de la décision par laquelle l'ADLC refuse les propositions faites dans le cadre de la procédure d'engagement, le Conseil d'Etat conforte encore davantage une ligne jurisprudentielle ferme : rappelant que les dispositions de l'art. L. 464-8 du code de commerce, codifiant le transfert du contentieux des décisions de l'ADLC à la juridiction judiciaire, s'appliquent aux décisions que prend cette autorité en matière de pratiques anticoncurrentielles (v. par ex. CE, 6 mars 2015, *S^{té} Brenntag SA*, n°381711), le Conseil d'Etat juge que la décision contestée, qui n'est pas susceptible de produire des effets par elle-même indépendamment de la procédure suivie dans laquelle elle s'inscrit, ne peut être regardée comme un acte détachable de cette procédure susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (v. CE, 11 oct. 2017, *S^{té} Umicore France et a.*, n°402268) pour conclure, logiquement, à l'incompétence de la juridiction administrative. Confirmation est donc parfaitement faite qu'aussi bien en amont de la décision de sanction, comme en l'espèce, qu'en aval de cette dernière (v. par ex. TC, 11 avril 2022, *S^{té} Roche c/ Autorité de la concurrence*, n°4242), la condition de la dissociabilité de la décision contestée de la mesure de sanction demeure le critère dirimant dans la répartition des ordres juridictionnels en contentieux des pratiques anticoncurrentielles. – **Thibault THUILLER-PENA.**

Droit de l'urbanisme

Réalignement du permis de régularisation et du permis modificatif

CE, Sect., 26 juillet 2022, n°437765.

À Montreuil, le titulaire d'un permis de construire avait obtenu de la commune un permis modificatif pour la réalisation d'aménagements supplémentaires, permis contesté par sa voisine. L'occasion était donnée au Conseil d'État de redéfinir, dans le sens de leur extension, les limites des modifications pouvant être autorisées par cette voie simplifiée, quarante ans jour pour jour après la jurisprudence de Section *Le Roy*, explicitement abandonnée par l'arrêt commenté. Désormais, les modifications envisagées ne doivent pas apporter au projet un « bouleversement tel qu'il en changerait la nature même », là où, auparavant, n'étaient admises que les modifications qui ne remettaient pas en cause la conception générale du projet. L'extension est justifiée par le fait que, d'une part, le permis modificatif est un outil permettant également la régularisation spontanée du permis initial (CE, 9 décembre 1994, *SARL Séri*, n°116447) et que, d'autre part, le permis de régularisation, délivré sur le fondement des articles L. 600-5 ou L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, couvrait un champ plus large, permettant des modifications limitées au changement de la nature même du projet et non seulement de sa conception générale (CE, Sect., avis, 2 octobre 2020, *Barrieu*, n°438318). Il en résultait un avantage peu satisfaisant à la voie contentieuse, auquel il est ainsi remédié par l'alignement du critère des modifications pouvant être autorisées par la voie du permis modificatif ou du permis de régularisation. – **Léon BOUJOUT**.

Droit de l'environnement

Crise énergétique et protection de l'environnement : à la recherche du bon équilibre

Conseil constitutionnel, déc. n°2022-843 DC, 12 août 2022.

Alors qu'il était saisi de la loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, le Conseil constitutionnel a considérablement élargi la portée de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, et renforcé l'autorité des termes de son préambule. Par une décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, les Sages s'étaient déjà appuyés sur le fait que l'environnement est reconnu par le préambule comme « patrimoine commun des êtres humains » pour consacrer un objectif de valeur constitutionnelle de « protection de l'environnement ». En adoptant une lecture finaliste du texte, le Conseil constitutionnel vient encore de dévoiler la dimension universelle de la Charte ainsi que son riche potentiel normatif. A l'issue d'une approche combinée des termes de son préambule et de son article 1^{er}, il a en effet déduit que le respect du droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé impose au législateur la recherche d'un double équilibre. D'une part, entre la préservation de l'environnement et les autres intérêts fondamentaux de la Nation ; d'autre part, entre les besoins du présent et ceux des générations futures.

Ainsi, pour les Sages, si les dispositions contestées (prévoyant notamment le déploiement d'un terminal méthanier flottant et de certaines installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles) mettent en œuvre des exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement, et ne sauraient donc s'appliquer que dans le cas d'une « menace grave » ; en l'espèce, sur la sécurité d'approvisionnement en gaz.

Preuve que c'est seulement en embrassant la philosophie finaliste de la Charte que le juge pourra véritablement étendre son contrôle et ainsi assurer l'effectivité du droit à l'environnement ; la référence inédite aux générations futures en atteste particulièrement. Preuve encore que la notion de « patrimoine commun des êtres humains » ne constitue pas seulement un concept théorique, et qu'elle peut entraîner des effets bien réels. – **Clémence BALLAY-PETIZON**.

Contrats administratifs

Clauses exorbitantes du droit commun : Vers une unification du régime ?

CE, 7 juillet 2022, *M.B... c/ O.N.F.*, n° 457616.

À la faveur d'un litige sur la qualification d'une convention d'occupation du domaine privé de l'Office national des forêts (O.N.F.), les juges du Palais Royal ont été amenés à préciser le régime des clauses exorbitantes du droit commun. Les stipulations permettant à l'O.N.F. de résilier le contrat sans indemnité ni préavis, n'ont pas suffi pour emporter qualification administrative du contrat. Cette décision sème le trouble sur la qualification de clause exorbitante du droit commun : si une clause permettant à la personne publique de résilier sans indemnité ni préavis le contrat ne peut être qualifiée comme telle, lesquelles pourront l'être ? Le rejet de cette stipulation contractuelle peut être rapproché de la décision *INRAP* du Tribunal des conflits (v. TC, 2 nov. 2020, *INRAP c/ Société Eveha*, n° C4196). Avait été écartée la qualification administrative du contrat, la clause conférant au cocontractant privé un pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général n'étant pas considérée exorbitante du droit commun. Avec la décision du 7 juillet 2022, le Conseil d'État unifie le régime : une clause permettant la résiliation unilatérale du contrat ne peut être considérée comme une clause exorbitante du droit commun, qu'elle bénéficie à la personne publique ou à son cocontractant privé. – **Nedjma KONTOUKAS**.

Responsabilité administrative

« A qui la faute ? » : quand le rap de Kery James devient l'interrogation du Conseil d'État à propos du défaut de scolarisation d'un enfant handicapé

CE, 19 juillet 2022, Mme CH... et M. C..., n° 428311.

Rappelant qu'il résulte des art. L. 111-1 et s. du code de l'éducation que le droit à l'éducation étant garanti à chacun quelles que soient les différences de situation et que l'obligation scolaire s'appliquant à tous, les difficultés particulières que rencontrent les enfants en situation de handicap ne sauraient avoir pour effet ni de les priver de ce droit, ni de faire obstacle au respect de cette obligation (v. par ex. CE, 8 avril 2009, *Mme Laruelle*, n° 311434), le Conseil d'État confirme qu'il incombe à l'État, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants en situation de handicap, un caractère effectif (v. par ex. CE, 20 nov. 2020, *M. D... C...*, n°422248). Également, la Haute juridiction relève qu'il est aujourd'hui acquis qu'en cas de manquement, outre désormais la voie du référé-liberté (v. CE, ord., 15 déc. 2010, *E^{px} Peyrilhe*, n°344729), la carence de l'État à assurer effectivement le droit à l'éducation des enfants soumis à l'obligation scolaire est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité, et ce, sans que l'administration puisse utilement se prévaloir notamment de l'insuffisance des structures d'accueil existantes (v. CE, 8 avril 2009, *Mme Laruelle*, n°311434). Par sa décision du 19 juillet 2022, le Conseil d'État consacre une double limite à cet engagement de la responsabilité de l'État : d'abord, cette dernière doit être appréciée en tenant compte du comportement des responsables légaux de l'enfant, lequel est susceptible d'exonérer l'État de sa responsabilité. Aussi, s'engouffrant opportunément dans une brèche récemment ouverte (v. CE, 8 nov. 2019, *M. D... A... et a.*, n°412440), la Haute juridiction estime que lorsque sa responsabilité est engagée à ce titre, l'État dispose, le cas échéant, d'une action récursoire contre un établissement social et médico-social auquel serait imputable une faute de nature à engager sa responsabilité à raison du refus d'accueillir un enfant orienté par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH). A n'en nul douter, dès lors que les décisions de la CDAPH sont prises au nom de la maison départementale des personnes handicapées (MDPH) et « malgré la composition très hétérogène de la CDAPH et la part active qu'y prennent les services de l'État » (H. RIHAL, « L'éventuelle responsabilité du département pour défaut de scolarisation d'un enfant handicapé », *AJDA* 2020, p. 1109), cette décision participe grandement au mouvement à l'œuvre sinon d'un transfert, au moins d'un réel partage, de la responsabilité de l'État aux départements en la matière. – **Thibault THUILLIER-PENA.**

Contentieux administratif

Contentieux des ordonnances non-ratifiées : précisions quant à l'articulation des offices du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État

CE, 26 juillet 2022, UNSA Fonction publique, n°449040.

Le régime contentieux des ordonnances non-ratifiées prises sur le fondement de l'art. 38 de la Constitution n'a pas fini de faire parler de lui. S'il est désormais acté que le contrôle de ces dispositions est, une fois le délai d'habilitation du gouvernement expiré, partagé entre les deux ailes du Palais royal (CE, Ass., 16 déc. 2020, *Fédération CFDT des finances et a.*, n° 440258), reste en suspens la question de la superposition des offices du juge constitutionnel et du juge administratif. Dans son arrêt du 26 juillet 2022 et pour la première fois, le Conseil d'État était amené à connaître d'un recours en annulation d'une ordonnance non-ratifiée après que le Conseil constitutionnel en a prononcé l'abrogation. En l'espèce, les Sages, saisis d'une QPC par leur voisin de la rue de Montpensier, ont, par une décision du 11 juin 2021 (n° 2021-917 QPC) déclaré les dispositions de l'art. 7 de l'ordonnance du 25 novembre 2020 contraires à la Constitution et prononcé leur abrogation à effet immédiat avec application à toutes les affaires en cours. Si cette décision prononce la disparition pour l'avenir des dispositions litigieuses, elle laisse au Conseil d'État le soin d'en tirer les conséquences quant à leurs effets passés. Par la décision commentée, ce dernier a ainsi fait le choix de déduire de cette déclaration d'inconstitutionnalité l'illégalité de l'ordonnance soumise à son contrôle à compter de son édicton et d'en prononcer l'annulation, sans se prononcer sur les autres moyens soulevés par le requérant. Cependant, si dans la configuration d'espèce, cette solution semble cohérente et permet de purger l'ordonnancement juridique de l'ensemble des effets produits par des dispositions contraires à la Constitution, *quid* de l'hypothèse dans laquelle le juge constitutionnel choisira de différer dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité ? – **Cathy-Anne RHETY.**

Protection de la vie privée versus contestation d'un avis médical de l'OFII : seul le demandeur peut lever le secret médical entraînant l'examen de l'entier dossier

CE, 28 juillet 2022, M. B... A..., n° 441481.

Dès lors que la décision de délivrer une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale » au bénéfice d'un étranger malade sur le fondement des dispositions de l'art. L. 425-9 (ex. art. L. 313-11 11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est nécessairement prise par l'autorité administrative après avis d'un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (v. CE, 28 avr. 2006, *Préfet de police c/ M. Beekawa*, n° 264042), le préfet est dans l'obligation de s'approprier (sans être toutefois tenu de le suivre : CE, 3 déc. 2004, *M. Benhenia*, n° 262651) l'avis médical puisqu'il ne peut, en raison du secret médical, avoir accès au rapport médical du demandeur (v. CE, 15 déc. 2010, *Min. de l'immigration c/ Fall*, n° 325119). Par cette décision, le Conseil d'État juge que si le demandeur entend contester, à l'occasion d'un recours en annulation d'une décision de refus de titre de séjour, le sens de l'avis médical, il n'appartient qu'à lui seul de lever le secret relatif aux informations médicales qui le concernent. Cela, conformément à une ligne jurisprudentielle récemment précisée (v. CE, 9 oct. 2019, *Min. de l'intérieur c/ Mme Camara*, n°422974), afin de permettre au juge de se prononcer en prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents, notamment l'entier dossier du rapport médical au vu duquel s'est prononcé le collège des médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, en sollicitant sa communication, ainsi que les éléments versés par le demandeur au débat contradictoire. Ce dernier étant capital dans la détermination de l'état de santé du demandeur, et *in fine* de la légalité de la décision de refus du titre, une fois le secret médical levé ; ainsi que le résume le rapporteur public, S. HOYNCK, dans ses conclusions sur l'affaire : « *c'est une chose de constater qu'il y a un verrou à toute discussion médicale devant le juge que seul l'étranger malade peut faire sauter. Mais une fois qu'il décide de faire sauter ce verrou, notamment en produisant des certificats médicaux, le débat contradictoire n'a pas vocation à se limiter aux seules pièces produites par l'intéressé, surtout si le juge a un doute sur le bien-fondé du refus : il doit alors obtenir l'ensemble des pièces qui ont conduit l'administration à adopter sa position, pour la confronter aux éléments produits par le demandeur* ». – Thibault THULLIER-PENA.

