NEWSLETTER DU CREAM

N° 45 – JANVIER 2023

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Matthieu DIDIERLAURENT, docteur en droit public.

L'autorisation à gérer une propriété en lieu et place du propriétaire

CE, 2 décembre 2022, n°455033, Société Paris Tennis & CE, 2 décembre 2022, n°460100, M. Amigorena

L'utilisation d'une propriété publique peut être le moyen de l'exécution d'un contrat de la commande publique, mais utiliser la première pour dissimuler une opération relevant de la seconde n'est pas permis (par ex. : art. L. 2122-6 CG3P). On sait que l'enjeu principal de cette distinction entre contrat à objet d'autorisation et à objet de commande résidait dans l'absence d'obligation de faire précéder les contrats d'occupation d'une procédure de mise en concurrence (CE, sec., 3 décembre 2010, Ville de Paris, *Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, 338527), avant que ceux-ci n'y soient soumis (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa* Srl, aff. C-458/14 et C- 67/15) et que les débats se déplacent vers la délimitation de la portée de cette obligation.

Les deux affaires mentionnées témoignent de ces nouveaux questionnements, mais n'empêchent pas de discuter des qualifications de convention d'occupation ainsi conservées. Il s'agissait, dans la première, de faire exploiter des cours de tennis relevant du domaine public et, dans la seconde, d'un bail emphytéotique conclu sur le domaine privé pour l'exploitation d'un hôtel. Nul doute que les personnes publiques n'ont pas entendu déléguer la gestion des activités dont la propriété publique se trouve être le siège, mais qu'elles ont entendu, de ce point de vue, seulement fournir aux personnes privées les moyens de leur initiative. Cependant, de telles opérations permettent surtout aux personnes publiques de conserver leurs biens et de les faire exploiter à leur place. À trop se focaliser sur l'exclusion de la qualification de délégation de service public, leur inclusion dans le champ des concessions de services semble avoir été éludée (v. cependant : CAA Paris, 30 juin 2009, n° 07PA02380, *Ville de Paris*).

Pourtant, si la seule gestion et valorisation des propriétés publiques n'est pas un service public, il y a là un besoin des personnes publiques, la nécessité de faire faire, sur fonds privés, quelque chose qu'elles ne peuvent ou ne veulent pas faire. Derrière cette autorisation à gérer une propriété et à rendre service au propriétaire public, c'est le modèle concessif hors service public qui se déploie sous couvert de contrats de location.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Nouvelle année, nouveau régime de responsabilité pour les gestionnaires publics

Ordo. n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics.

Depuis la loi de finances du 23 février 1963, modifiée plusieurs fois par la suite, les comptables publics étaient soumis à une responsabilité personnelle et pécuniaire (RPP) étendue, qui pouvait être mise en jeu dès lors qu'était notamment constaté un déficit, un non-recouvrement de recettes, ou un paiement non libératoire de dépenses. La RPP du comptable public était engagée que ces faits aient été commis par lui-même ou par des personnes placées sous sa responsabilité. Ce régime avait la particularité de faire des comptables publics les seuls fonctionnaires responsables sur leurs propres deniers des erreurs commises dans l'exercice de leur mission.

L'ordonnance n° 2022-408, prise en application de la loi de finances 2021, crée, à compter du 1er janvier 2023, un régime unifié de responsabilité des gestionnaires publics. Les comptables publics en seraient les « *grands gagnants* » (S. Damarey, AJDA n° 16, 2022, p. 920), leur responsabilité étant désormais limitée à des fautes présentant un caractère grave et emportant un « *préjudice financier significatif* ». Une telle faute se trouvera sanctionnée par des peines d'amendes, plafonnées à 6 mois de rémunération ou à un mois pour les infractions purement formelles. La réforme vise ainsi à réduire considérablement les cas d'engagement de la responsabilité des comptables publics. Enfin, malgré l'unification de leurs régimes de responsabilité, l'ordonnance réaffirme le principe de séparation des comptables et ordonnateurs publics. – **Nedjma KONTOUKAS.**

Au sommaire de ce numéro

- Droit de l'urbanisme p. 2
- Contentieux administratif p. 2
- Santé publique p. 2
- Actes administratifs p. 3
- Droit de l'environnement p. 3
- Propriété publique et domanialité p. 4
- Libertés fondamentales & régulation p. 4
- Chronique du TA de Montpellier p. 5

Droit de l'urbanisme

La démolition sans son juge

CE, 22 décembre 2022, Commune de Villeneuve-lès-Maguelone, n°463331.

De manière inédite, le Conseil d'État était appelé à se prononcer sur les modalités de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 481-1 du code de l'urbanisme issues de la loi du 27 décembre 2019, lesquelles visent notamment à renforcer le respect des règles d'utilisation des sols. Ces dispositions permettent à l'autorité compétente pour délivrer une autorisation d'urbanisme de mettre en demeure son titulaire de procéder aux opérations nécessaires à la mise en conformité de la construction à l'autorisation obtenue et plus généralement aux règles d'urbanisme applicables au terrain d'assiette du projet, décision éventuellement assortie d'une astreinte. En ce sens, le maire de la commune de Villeneuve avait mis en demeure la titulaire d'une décision de non-opposition de procéder à la démolition d'un mur plein de deux mètres de hauteur, alors que son autorisation et les règles applicables à la zone concernée ne permettaient pas une telle construction. En référé, le tribunal avait suspendu cette décision, estimant que l'autorité ne pouvait aller jusqu'à ordonner une démolition dans le cadre de ce dispositif, motif censuré par le Conseil d'État qui rejeta, après évocation, la demande de suspension. Une telle décision a de quoi étonner quand on se souvient que le Conseil constitutionnel avait déclaré conforme à la Constitution l'action intentée par une collectivité territoriale et tendant à la démolition des constructions érigées en méconnaissance des règles d'urbanisme (article L. 480-14 du code de l'urbanisme), sous réserve, d'une part, que celle-ci soit portée devant le juge judiciaire et que, d'autre part, la démolition ne puisse être ordonnée qu'à défaut de pouvoir retenir une solution moins radicale (CC, n° 2020-853 QPC, 31 juillet 2020). – **Léon Boijout**.

Contentieux administratif

Apparence d'impartialité ou vigueur apparente ?

CE, 29 décembre 2022, Sté GEMCO, n° 459673.

Cette décision est l'occasion – chose rare – pour le Conseil d'État d'apporter quelques précisions en ce qui concerne l'application des art. L. 213-1 et s. du CJA. En substance, la haute juridiction considère que le principe d'impartialité s'oppose à ce qu'un magistrat fasse partie de la formation de jugement ou conclue en tant que rapporteur public dès lors qu'il a déjà eu à connaître du litige en question en qualité de médiateur. Ce qui, *a priori*, relève du bon sens. S'il résulte de l'art. L. 213-2 al. 1er que le médiateur doit être impartial, les justiciables peuvent raisonnablement douter de l'impartialité du magistrat ayant préalablement assuré la médiation. Il semble en effet difficilement acceptable pour les parties que le tiers ayant assuré des fonctions de médiation puisse, le cas échéant, participer au règlement juridictionnel du litige. Fidèle à la conception objective du principe d'impartialité que le Conseil d'État retient par ailleurs – que l'on songe à la décision *Cté de Corse* (CE, 25 nov. 2021, n° 454466) où le juge du contrat fit preuve d'une sévérité à laquelle le recours *Tarn-et-Garonne* (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994) ne nous avait pas habitués jusque-là –, cette solution semble toutefois en faire une application particulièrement rigoureuse, l'incompatibilité s'étendant aux fonctions de rapporteur public. Si cette décision et son fichage insistent sur la problématique tenant à l'impartialité, on peut toutefois se demander si cette succession de fonctions ne heurte pas davantage l'article L. 213-2 al. 2 qui, relatif à la confidentialité de la médiation, prévoit que les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de cette dernière ne peuvent, sauf accord des parties, être invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle. Aussi, la confidentialité n'était-elle pas en réalité le nœud du problème ? C'est en tout cas ce que l'on peut penser, que ce soit au regard du caractère jusqu'au-boutiste de la solution retenue, ou que ce soit au regard de l'approche plus constructive du principe d'impartialité que le Palais-Royal retient classiquement vis-à-vis de la juridiction administrative (par ex., CE, sect., avis, 12 mai 2004, *Cne de Rogerville*, n° 265184). – **Ugo Assouad**.

Santé publique

Cette fois-ci c'est sûr, l'arrêté anti-CBD « brut » n'était qu'un pétard mouillé !

CE, 29 décembre 2022, Confédération des buralistes et autres, n° 444887.

Dernier acte dans l'affaire de l'interdiction de la vente du cannabidiol (CBD) « brut », ce fameux cannabis non psychotrope dont le commerce fleurit un peu partout en France. Pour rappel l'arrêté du 30 décembre 2021 autorisait la vente de produits cannabinoïdes dont la teneur était inférieure à 0,30 % de tétrahydrocannabinol (THC) mais interdisait tout de même la vente aux consommateurs de feuilles et fleurs « brutes ». L'arrêté déjà suspendu en janvier 2022 (v. newsletters n° 35 et 36) est ici annulé. En se fondant sur l'état des connaissances scientifiques, le Conseil d'État affirme que le cannabidiol n'a pas les propriétés psychotropes et la nocivité du THC puis ajoute qu'aucune pièce ni aucune étude scientifique ne suggère que les formes brutes « *présenteraient des risques pour la santé publique justifiant une mesure d'interdiction générale et absolue de leur commercialisation* ». – **Antoine Oumedjkane**.

Actes administratifs

Retrait d'un acte administratif unilatéral : Le diable se cache dans les détails

CE, Sect., 9 décembre 2022, Dépt. de Seine-Saint-Denis, n° 451500.

Depuis le début des années 2000, la jurisprudence et le législateur ont œuvré pour la simplification et la rationalisation du régime applicable au retrait et à l'abrogation des actes administratifs unilatéraux. Toutefois, certaines hypothèses restent ponctuellement à préciser. Tel était notamment le cas du retrait des décisions prises en exécution d'un jugement mais postérieurement annulées en appel ou en cassation.

En l'espèce, par une ordonnance et un jugement des 13 juillet 2017 et 22 janvier 2018, le Tribunal administratif de Montreuil a suspendu puis annulé une sanction de révocation prise à l'encontre d'un agent public. En exécution de ces décisions juridictionnelles, l'intéressé a été réintégré au sein de son service. Toutefois, par une décision du 19 janvier 2021, se fondant sur un arrêt du 4 décembre 2018 par lequel la Cour administrative d'appel de Versailles a prononcé l'annulation du jugement rendu par les juges du fond en première instance, le président du conseil départemental de la Seine-Saint-Denis a entendu procéder au retrait de la décision de réintégration du requérant. Ce dernier a ainsi sollicité, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de cette dernière décision. À la complexité apparente de cette procédure s'ajoute la circonstance qu'un pourvoi en cassation, formé à l'encontre de l'arrêt du 4 décembre 2018 de la Cour administrative d'appel de Versailles, est pendant devant le Conseil d'État.

Adaptant au présent litige le raisonnement adopté en matière de retrait de décisions provisoires prises en exécution d'une ordonnance de référé postérieurement infirmée par les juges du fond (CE, Sect., 7 oct. 2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211 ; CE, 23 mai 2018, *Mme B*, n° 416313), les juges du Palais royal rendent une solution propice au maintien d'un équilibre entre caractère exécutoire des décisions de justice et effectivité des voies de recours juridictionnels. En effet, ces derniers limitent le retrait de la décision de réintégration à un délai raisonnable de quatre mois à compter de la notification à l'administration de la décision rendue en appel. Ce même délai peut toutefois être amené à courir à nouveau en cas d'intervention d'une décision du juge de cassation. En revanche, et fort heureusement, le Conseil d'État précise que malgré le retrait de la décision litigieuse, les sommes versées à l'agent à titre de rémunération ne peuvent être récupérées sauf à démontrer une absence de service fait. Autrement dit, dès lors que l'agent a effectivement effectué les tâches qui lui ont été confiées, les conséquences du retrait de la décision litigieuse correspondent tout bonnement à celles d'une abrogation. – **Cathy-Anne Rhety.**

Droit de l'environnement

Précisions inédites sur les conditions de demande d'une dérogation espèces protégées

CE, avis, 9 décembre 2022, Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement, n° 463563.

Saisi d'une demande d'avis, la haute juridiction est venue préciser les conditions de déclenchement de l'obligation de dépôt d'une demande de dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées prévue à l'article L. 411-1 du code de l'environnement. En substance, la Cour administrative d'appel de Douai demandait au Conseil d'État à partir de quel seuil de destruction le pétitionnaire doit obligatoirement déposer une telle demande, et si l'autorité administrative doit tenir compte, à ce stade, des mesures proposées tendant à éviter, réduire ou compenser les incidences du projet.

Les juges du Palais-Royal ont délivré une méthode composée de deux conditions successives et cumulatives dont les termes imprécis feront certainement l'objet de futurs contentieux. Le Conseil d'État impose dans un premier temps de vérifier si un spécimen d'une espèce protégée est présent sur la zone du projet. Peu importe donc, à ce stade, le nombre de spécimens ou l'état de conservation. Ensuite, dans cette hypothèse, c'est seulement « *si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé* » que le pétitionnaire sera tenu de solliciter une demande de dérogation. Dans le cadre de cette seconde étape, le Conseil d'État précise que seules les mesures d'évitement et de réduction proposées par le pétitionnaire « *doivent être prises en compte* » par l'administration, lesquelles doivent présenter « *des garanties d'effectivité* » permettant « *de diminuer le risque* ». L'avis du Conseil d'État, teinté d'imprécision, semble aussi en contradiction avec la décision de la Cour de cassation du 30 novembre 2022 (n° 21-16.404) dans laquelle les magistrats du Quai de l'horloge avaient jugé que le délit d'atteinte à la conservation d'espèces protégées résulte de la seule constatation de la destruction d'un spécimen d'une espèce protégée ; la dérogation étant constitutive d'un fait justificatif exonératoire de responsabilité. – **Clémence Ballay-Petizon.**

©

Libertés fondamentales et régulation

Atteintes à la protection des données personnelles : *citius, altius, fortius*

CNIL, Délibération 2022-118 du 8 décembre 2022 portant avis sur un projet de loi portant sur les Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

La tenue des Jeux Olympiques à Paris en 2024 forçant une évolution des dispositifs de sécurité, un projet de loi en ce sens avait été préparé. Devant porter atteinte de diverses manières au droit à la protection des données, la CNIL en était alors saisie. Son avis prend la forme d'une « *alerte* » pour ce qui constitue selon elle « *un tournant qui [contribuera] à définir le rôle qui sera confié dans notre société à ces technologies, et plus généralement à l'intelligence artificielle* ». Le projet de loi porte sur des traitements de données divers, tels que la collecte des échantillons génétiques des sportifs ou encore le recours à des traitements algorithmiques sur les images captées par des caméras ou des drones. Cet avis est l'occasion de revenir sur des points fondamentaux du droit à la protection des données. La CNIL revient par deux fois sur le recueil d'un consentement éclairé, nécessaire et indispensable au traitement des données (articles 6 et 7 RGPD), et la mise en place de garanties pour permettre aux personnes concernées de refuser un tel traitement. Dans le cas du scanner corporel placé à l'entrée des enceintes sportives, il est nécessaire de prévoir un autre dispositif de contrôle. Un tel dispositif permet à la personne s'opposant au traitement de ses données de rentrer malgré son refus. La durée de conservation des données récoltées fait également l'objet de précisions : celle-ci ne doit pas être excessive au regard de la finalité recherchée (article 17 RGPD). La CNIL incite notamment l'exécutif à réduire la durée de conservation des données issues des procédures de criblage visant les fans-zones et les participants aux grands évènements : si 5 ans étaient prévus par le projet de loi, la CNIL considère que la durée de conservation ne doit pas excéder celle des évènements. – **Nedjma Kontoukas.**

Propriété publique et domanialité

Quand la nature du titre d'occupation suit la qualification du domaine

CE, ord., 21 décembre 2022, Commune de Saint-Félicien, n° 464505.

En l'espèce, un terrain avait été désaffecté et déclassé du domaine public, faisant alors l'objet d'un bail commercial conclu entre la commune propriétaire et une société. Le terrain appartenant au domaine privé, la conclusion d'un tel bail était tout à fait licite. Cependant, le terrain était ensuite réaffecté, par délibération du conseil municipal, au domaine public. C'est sur le fondement du changement de nature du terrain que la commune de Saint-Félicien fonde son argumentaire : le terrain appartenant désormais au domaine public, le bail commercial est illégal et il doit être fait droit à la demande en référé d'expulsion des occupants. Après avoir rappelé l'impossibilité de conclure des baux commerciaux sur des biens appartenant au domaine public, le Conseil d'État considère que la décision réaffectant le bien n'avait pas prononcé la fin du titre permettant l'occupation. Le changement de qualification du terrain a ainsi seulement entraîné transformation du titre d'occupation. Le Conseil d'État entérine une fluidité de la nature juridique des titres portant occupation du domaine (public ou privé), renforçant alors la protection de ses occupants ainsi moins soumis aux hésitations des gestionnaires. – **Nedjma Kontoukas.**

Contentieux administratif

Généralisation et pérennisation de l'instruction orale devant les juridictions administratives

Décret n° 2023-10 du 9 janvier 2023 relatif aux procédures orales d'instruction devant le juge administratif.

Expérimentée avec succès au Conseil d'État pendant 18 mois depuis la fin de l'année 2020 (décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020), la procédure orale d'instruction intègre désormais officiellement la partie règlementaire du CJA et est étendue à toutes les juridictions administratives. S'il s'agit bien d'une faculté qui ne remet pas en cause le caractère écrit des procédures, il faut bien distinguer les deux hypothèses évoquées par le Code.

D'une part, l'article R. 625-1 dispose que les formations de jugement des tribunaux ordinaires et les formations chargées de l'instruction au Conseil d'État peuvent organiser une séance orale « *en complément de l'instruction écrite* ». Le courrier convoquant les parties doit faire état des questions qui sont susceptibles d'être évoquées, mais « *toute autre question* » peut être abordée lors de la séance. À noter également la possibilité d'entendre toute personne « *dont l'audition parait utile* »

D'autre part, l'article R. 625-2 prévoit, quant à lui, que toute formation de jugement peut organiser une audience publique d'instruction dont le but sera d'entendre les parties sur « *toute question de fait ou de droit dont l'examen parait utile* ». Cette audience, qui ne peut être organisée moins d'une semaine avant la séance de jugement, ne se distingue de la séance orale d'instruction que par la faculté des parties, ou de leurs représentants, de formuler des observations orales. – **Antoine Oumedjkane.**

Chronique du Tribunal Administratif de Montpellier

Crèche de Noël dans l'enceinte d'un bâtiment public, le Tribunal administratif de Montpellier sonne – à nouveau – le glas

TA Montpellier, ord., 14 déc. 2022, n° 2206386, *Ligue des droits de l'Homme.*

TA Montpellier, ord., 21 déc. 2022, n° 2206509, *Ligue des droits de l'Homme.*

La période des fêtes de fin d'année rime pour beaucoup avec retrouvailles, joie, émerveillement, mais qui dit fête de fin d'année dit également contentieux pour les juridictions administratives. En effet, malgré la solution apportée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat (CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n°395122), l'épineuse question de l'installation des crèches de Noël, et de façon plus générale celle de l'apposition des signes religieux dans l'enceinte des bâtiments publics ne cesse d'interroger, y compris au-delà de nos frontières (voir par ex : CEDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi c/ Italie*, n° 30814/06). En l'espèce – et comme à l'accoutumée (voir par ex. TA Montpellier, 20 sept. 2022, n° 2102014, statuant au fond sur un litige relatif à l'installation d'une crèche dans l'enceinte de la mairie de Béziers en décembre 2020) – les maires des communes de Béziers et Perpignan ont, à l'approche des fêtes de Noël, autorisé l'installation, dans l'enceinte de l'hôtel de ville, d'une crèche de la Nativité mettant en scène, d'après l'iconographie catholique, le lieu de naissance de Jésus Christ. Par deux requêtes en référé, l'association Ligue des droits de l'Homme a sollicité, sur le fondement inédit des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le retrait de ces crèches jugées contraires à l'article 28 de la loi de 1905 et au principe de neutralité du service public. Sans grande surprise, et après avoir rappelé la pluralité de significations que peuvent revêtir les crèches de Noël, ainsi que les critères tendant à apprécier le caractère religieux ou non de leur installation, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a fait droit aux deux requêtes, estimant que ces crèches ou « pessebre » (terme utilisé en Catalogne pour désigner les crèches de la Nativité) ne résultaient « *d'aucun usage local* » et ne s'inscrivaient nullement dans un « *environnement culturel, artistique ou festif de nature à occulter [leur] caractère cultuel* ». Si cette solution fait grincer des dents certains élus locaux et a conduit une vingtaine de députés du groupe LR à déposer au Sénat le 19 décembre dernier une proposition de loi tendant à modifier les dispositions de l'article 28 de la loi de 1905 de façon à « *préserver les traditions immémoriales de la Nation française* », il est heureux de constater que la laïcité a, une fois encore, triomphé face à des revendications purement politiques, voire prosélytes. – **Cathy-Anne Rhety.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :

Ugo Assouad, *doctorant* / Clémence Ballay-Petizon, *DCCE* / Léon Boijout, *DCCE* / Alexandre Bellotti, *avocat, docteur* / Matthieu Didierlaurent, *Docteur* / Nedjma Kontoukas, *DCCE* / Antoine Oumedjkane, *ATER* / Cathy-Anne Rhety, *DCCE* .

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