NEWSLETTER DU CREAM

N° 48 – AVRIL 2023

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Léon BOIJOUT, Doctorant en droit public, CREAM, Université de Montpellier.

Imprévision : une autre impression

Loin de nous l'idée de créer une querelle doctrinale au sein de notre paisible centre de recherche (édito, NL CREAM n° 46, fév. 2023), mais l'envie de partager une autre impression sur le sens de la décision adoptée par le Conseil d'État, relative à l'indemnité pour imprévision. Nombreuses ont été les critiques portées à l'apparente canaillerie du Conseil, refusant de qualifier la convention d'indemnisation de transaction, et les craintes émises au regard de la sévérité de la Cour de justice sur les modifications dissimulées du contrat. Il est certain que l'avis aurait pu assumer plus clairement sa position sur la question qu'il élude mais, sur le fond, cette position demeure équilibrée et cohérente. D'une part, ce que le Conseil permet aux parties de faire n'est autre chose que ce que le juge peut faire lui-même : dans la logique d'un contentieux contractuel guidé par un souci d'efficacité, repositionnant le juge dans un rôle d'arbitre dont l'immixtion dans le jeu des parties est limitée à la sanction des illégalités les plus graves au moyen de son pouvoir d'annulation, le parallélisme ainsi promu entre les voies conventionnelle et juridictionnelle est naturel. D'autre part, la qualification de transaction n'est pas adaptée en l'absence de « concessions réciproques » : la convention ne fait que concrétiser un droit pour le cocontractant d'obtenir une indemnité couvrant la charge extracontractuelle que représente l'imprévision. De même que l'indemnité accordée par le juge, celle empruntant la voie conventionnelle n'a donc ni pour objet détourné ni pour effet indirect de modifier le contrat et n'est pas soumise aux seuils définis par le code de la commande publique. On se satisfait donc du cadre défini par le Conseil mais on redoute, malgré tout, la vision maximaliste de la Cour sur les enjeux concurrentiels dans les contrats de la commande publique.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Pêches accidentelles de dauphins dans le golfe de Gascogne : cétacés pour le Conseil d'État !

CE, 20 mars 2023, Sea Shepherd France et a., n°s 449788, 449849, 453700 et 459153.

À quelques jours d'un édifiant état des lieux de l'Observatoire PELAGIS pointant un triste record de plus de 1 300 petits cétacés retrouvés échoués morts sur les plages de la façade Atlantique depuis le 1er décembre 2022 (v. Observatoire PELAGIS - CNRS, « Épisodes intenses de mortalité de dauphins cet hiver », 27 mars 2023), le Conseil d'État prend la mesure du désastre et somme l'exécutif d'agir.

Saisie par trois associations de défense de la biodiversité marine, la Haute juridiction relève d'abord, non seulement que le nombre de décès par captures accidentelles imputables aux activités de pêche menace la survie de plusieurs espèces de cétacés (dauphin commun, grand dauphin et marsouin commun) en Atlantique Nord-Est (v. not. avis du Conseil international pour l'exploration de la mer des 26 mai 2020 et 24 janvier 2023) mais aussi que les dispositifs de dissuasion acoustique mis en œuvre par l'État ne sont pas suffisamment efficaces pour lutter contre les risques d'extinction de ces espèces. Dès lors, afin de garantir un état de conservation favorable des cétacés (en application des obligations issues du droit européen de la pêche et de la directive « Habitats » du 21 mai 1992) et, dans la néo-logique d'appréciation dynamique de la légalité, pour assurer « *l'effet utile* » de l'annulation du refus de la ministre de la mer de prendre des mesures de protection complémentaires tout en tenant compte des « *circonstances prévalant à la date de sa décision* » (v. CE, 19 juill. 2019, *Ass. des Américains accidentels*, n° 424216), le Conseil d'État ordonne à l'État de prendre, sous 6 mois, des mesures de fermeture spatiales et temporelles de la pêche dans le golfe de Gascogne afin de garantir la préservation des cétacés concernés ainsi que des mesures complémentaires pour permettre d'estimer, de manière plus précise, le nombre de captures annuelles de petits cétacés. – **Thibault THUILLIER-PENA.**

AGENDA

« **Le contrôle de constitutionnalité des lois de finances et des lois de programmation des finances publiques** »

Séminaire itinérant de la Société Française de Finances Publiques (SFFP), avec le soutien du CREAM.

Date : Vendredi 28 avril 2023 – 14h – 17h30
Lieu : Faculté de droit et de science politique – Bâtiment 1
Inscriptions : etienne.douat@umontpellier.fr

Contentieux de l'asile

Les refuges du contradictoire

CE, 15 mars 2023, M. K… c. OFPRA, n°460953.

Ressortissant iranien converti au protestantisme, M. K. s'est vu refuser sa demande d'asile. Devant la CNDA, l'OFPRA attendit la veille de la clôture d'instruction pour produire sa défense mettant en doute la sincérité de la conversion. La réplique du requérant, accompagnée d'un certificat de baptême, ne put être produite qu'après la clôture et la Cour, si elle visa le mémoire, refusa d'en tenir compte. La voie de la jurisprudence *Lassus* (CE, Sect., 5 décembre 2014, n° 340943) n'était pas adaptée pour casser l'arrêt de la Cour, dès lors qu'elle ne permet une réouverture de l'instruction que si les éléments produits ne pouvaient l'être antérieurement à la clôture. De même, les règles spéciales applicables au contentieux de l'asile étaient insuffisantes pour remédier à la difficulté, notamment la possibilité d'ordonner à l'issue de l'audience un supplément d'instruction qui n'a pas vocation à constituer une voie de rattrapage pour les productions tardives. Le Conseil dessine dans cet arrêt une nouvelle obligation pour le juge de rouvrir de l'instruction. Deux circonstances seront déterminantes : elles tiennent, d'une part, à la production *in extremis* d'éléments utiles, sur la base desquels le juge entend fonder sa décision, et, d'autre part, à la nécessité pour la partie adverse de pouvoir répliquer par des éléments décisifs à ces premiers, dont la production tardive doit alors être excusée. Reste un *scrupulus* dans cette marche bien cadencée : si le juge décide une réouverture de l'instruction, celle-ci ne pourra être close ni de manière automatique ni par ordonnance, le délai étant, dans les deux cas, trop court. Et du fait de l'irrégularité dont est entachée une décision rendue sans clôture d'instruction, le juge n'aurait d'autre choix que de reporter l'audience (CE, 23 juin 2014, *Sté Deny All*, n° 352504). On pensait cette rigueur abandonnée au profit d'une « *règle générale de la procédure administrative contentieuse* » permettant une clôture par défaut à l'issue de l'audience (CE, 8 juillet 2020, *SCI Le 118 Résidence*, n° 420570). Or, si cette possibilité est réitérée pour le contentieux de l'asile, le fichage mentionne la décision de 2014, précédée d'un « Comp. en contentieux général ». – **Léon Boijout**.

Droit des actes administratifs

Précisions sur le contentieux des écoles privées hors contrat

CE, 20 mars 2023, École en couleurs, n°456984.

Le Conseil d'État considère qu'une mise en demeure adressée par un recteur d'académie à un établissement privé d'enseignement hors contrat fait grief, dès lors qu'elle ne se contente pas de demander des explications mais exige d'engager des actions précises et concrètes.
Les juges rappellent également que dans le cas où cette première mise en demeure n'est pas respectée, le rectorat avise le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale, puis met en demeure les parents des élèves de l'établissement d'inscrire leur enfant dans un autre établissement (art. L. 442-2, Code de l'éducation). Dans ce cas, le rectorat n'est pas en situation de compétence liée car il est amené, en amont de la saisine du procureur, à porter une appréciation sur les manquements éventuels à sa première mise en demeure. – **Sabrina Hammoudi.**

Droit de la fonction publique

Justiciabilité des changements d'affectation d'agents publics : le harcèlement moral comme nouvelle exception salvatrice

CE, 8 mars 2023, Mme B…-P…, n°451970.

Par principe, les changements d'affectation d'agents publics sont des mesures d'ordre intérieur (MOI) – donc insusceptibles de recours pour excès de pouvoir (v. not. CE, 8 mars 1999, *Mme Butler*, n°171341) – dès lors qu'elles ne peuvent être regardées comme faisant grief aux agents, à l'instar des mesures qui ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou de leur contrat ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent de perte de responsabilités ou de rémunération (v. CE, 25 sept. 2015, *Mme Bourjolly*, n°372624) et ce, nonobstant un changement pourtant significatif des tâches accomplies (v. CAA Bordeaux, 13 févr. 2020, *Univ. Bordeaux Montaigne*, n°18BX00678). A cela, il importe d'ajouter une « *complication* » (J. Frier et P.-L. Petit, *Droit administratif*, Ed. LGDJ, 16ème éd., p. 381) au moins sémantique : une telle MOI pourra, sans perdre cette qualification, faire l'objet d'un recours si elle traduit une discrimination (v. CE, 15 avril 2015, *Pôle emploi*, n°373893) ou une sanction (v. CE, 7 déc. 2018, *Région Hauts-de-France*, n°401812). C'est ce cadre jurisprudentiel que le Conseil d'Etat complète en jugeant, de façon inédite, qu'une décision d'affectation d'office constitue, non une MOI, mais un acte faisant grief dès lors qu'elle porte, au sens de la grille *Bourjolly*, « *atteinte au droit du fonctionnaire de ne pas être soumis à un harcèlement moral* » (tel que protégé par l'art. L. 133-2 du code général de la fonction publique), notamment en intervenant « *parmi des agissements répétés et excédant les limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique qui ont eu pour effet d'altérer la santé* » de l'agent. – **Thibault Thuillier-Pena.**

Droit de l'urbanisme

"Dark période" pour les dark stores

CE, 23 mars 2023, Frichti et a. c/ Ville de Paris, n° 468360.

Sur le fondement de l'article L. 481-1 du Code de l'urbanisme, la maire de Paris avait mis en demeure, sous astreinte, deux sociétés de livraison rapide de restituer les locaux qu'elles occupent au motif qu'elles auraient modifié leur destination et que ce changement n'était pas régularisable. Le Conseil d'État apporte d'abord une précision importante quant au champ d'application de cet article. Si ses dispositions font référence à la notion de « travaux », elles sont en réalité bien applicables à l'ensemble des opérations soumises à autorisation d'urbanisme, et donc aux changements de destination.
Mais le cœur du sujet était ici la question de savoir dans quelle destination ou sous destination « ALURisées » (CE, 7 juillet 2022, *Ville de Paris*, n° 454789) ces « dark stores » devaient être placés. Pour la Haute juridiction, cela ne fait aucun doute, les locaux occupés qui étaient initialement utilisés par des commerces, doivent désormais être considérés comme des entrepôts au sens des articles R. 151- 27 et R.151-28 du Code de l'urbanisme « *même si des points de retrait peuvent y être installés* ». Par voie de conséquence, la ville de Paris était en droit d'exiger des sociétés le dépôt d'une déclaration préalable. Son PLU interdisant « *la transformation en entrepôt de locaux existant en rez-de-chaussée* », elle était également fondée à en demander la restitution.
Le lendemain de la décision, les « dark stores » et « dark kitchen » ont officiellement fait leur entrée dans le code de l'urbanisme grâce à la publication au JO d'un arrêté et du décret n°2023-195. La sous-destination « entrepôt » a été redéfinie et recouvre à présent « *les points permanents de livraison ou de livraison et de retrait d'achats au détail commandés par voie télématique* » et la sous-destination « *cuisine dédiée à la vente en ligne* » a été ajoutée. – **Clémence Ballay-Petizon.**

Droit du numérique

L'OFII porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression en bloquant un utilisateur sur Twitter

CAA Paris, 27 mars 2023, M. Sadik, n° 21PA00815.

Dans cette affaire singulière Gérard Sadik, coordinateur national de l'association La Cimade, a souhaité contester devant le juge administratif la décision du directeur de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) de procéder à son blocage sur le réseau social Twitter. Malheureux devant le Tribunal administratif de Paris (15 décembre 2020, n°1901520/6-2), qui considérait qu'il s'agissait d'une mesure « *à l'impact très limité* » sur la liberté d'expression du requérant, la CAA de Paris retient une position opposée. Elle commence par rappeler qu'eu égard à l'importance de la communication en ligne « *pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* », le respect de la liberté d'expression et de la liberté de communication y revêt une importance cruciale. De là, elle considère que toute personne morale de droit public agissant dans le cadre de ses missions de service public peut faire le choix de participer à un débat public en ligne, notamment en publiant des informations et en répondant aux utilisateurs des réseaux sociaux. Néanmoins, dans cette hypothèse, elle ne peut « *limiter ou interdire l'accès d'un tiers à ses propres publications* » qu'à certaines conditions restreintes, notamment si les propos d'un utilisateur sont susceptibles de constituer une infraction pénale.
Le juge considère que le comportement de l'OFII en ligne révèle sa volonté de participer au débat public. Le directeur ne pouvait alors justifier le blocage du requérant alors que ce dernier s'était borné « *à contester l'efficacité* » des services de l'office dans les délais de traitement des demandes qui lui sont soumises, sur un ton certes polémique, mais non moins compatible dans le cadre d'un débat public. La décision est donc annulée en ce qu'elle porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. – **Antoine Oumedjkane.**

Contentieux administratif

L'utilité du recours en cassation échappe au requérant

CE, 15 mars 2023, n°452953, Mme S. c\ Min. de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire.

L'office du juge du fond peut être encadré par la hiérarchisation des prétentions décidée par le requérant et justifiée par l'utilité que ce dernier a entendu conférer à son recours (CE, 21 décembre 2018, n° 409678, *Sté Eden*). Dès lors que l'annulation en cassation d'un jugement ou d'un arrêt pour un moyen relevant du bien-fondé de ce dernier peut encadrer les motifs de la décision prise sur renvoi (v. s'agissant de l'erreur de droit, CE, 21 juillet 1904, *Botta*), la même justification pouvait inciter le juge de cassation à permettre de faire encadrer son office quant au moyen à retenir en priorité pour déterminer la solution au fond. C'est ce que refuse ici le Conseil d'État qui, distinguant le jugement des litiges de celui des jugements, a entendu conserver sa liberté dans son rôle de régulateur de l'ordre juridictionnel administratif pour continuer à retenir « *le moyen qui lui paraît […] le plus approprié pour statuer sur le pourvoi* ». – **Matthieu Didierlaurent.**

Droit des subventions publiques

Divergence des CAA autour de la légalité des subventions accordées à SOS Méditerranée

CAA Toulouse, 28 mars 2023, M. X., n° 21TL04824.

Alors que la CAA de Paris avait annulé la subvention votée par le Conseil de Paris au profit de l'association d'assistance en mer, en considérant qu'elle traduisait une prise de position dans un différend international interférant avec la politique étrangère de la France (v. Newsletter mars 2023, p. 2), la CAA de Toulouse a adopté une solution inverse, confirmant la légalité de la subvention versée à l'association par le Conseil départemental de l'Hérault, à l'instar de la CAA de Bordeaux.

C'est un moyen un peu différent auquel était confrontée la juridiction toulousaine puisque le requérant arguait que, par la subvention, la collectivité avait manifesté « *un soutien politique et idéologique* » en méconnaissance du principe de neutralité du service public. Le juge rejette ce moyen en affirmant « *qu'indépendamment de ses prises de positions publiques* », l'association a pour objet d'exercer une activité humanitaire dans le respect des engagements internationaux de la France, sous-entendu que la subvention est légale au regard de l'article L. 115-1 du CGCT. Comme pour marquer un peu plus sa différence, elle ajoute que « *la seule circonstance que l'association ait pris position dans le débat public* » ne fait « *pas obstacle à ce que le département lui accorde légalement une subvention* ».

Le Conseil d'État sera donc prochainement amené à se prononcer sur cette divergence qui commence néanmoins à ressembler à une fronde parisienne. – **Antoine Oumedjkane.**

Droit administratif des biens

Domaine privé : la liste des actes de disposition s'allonge

TC, 13 mars 2023, SARL Boucherie Cannoise, n° C4260.

La répartition des compétences concernant le domaine privé d'une personne publique est depuis longtemps source de contentieux. En effet, si la compétence du juge administratif sur le domaine public ne fait aucun doute, juge judiciaire et juge administratif sont compétents pour les litiges relevant du domaine privé, selon une distinction actes de disposition/actes de gestion. Depuis une décision *SARL Brasserie du Théâtre* (TC, 22 nov. 2010, n° C3764), est reconnue la compétence du seul juge judiciaire concernant les actes de gestion du domaine privé.

Dans la décision *SARL Boucherie Cannoise*, le Tribunal des conflits réaffirme sa jurisprudence constante (not. CE, 22 nov. 2002, *Cne de Genevilliers*, n° 229192), selon laquelle les actes de disposition du domaine privé relèvent de la juridiction administrative. En l'espèce l'acte en question, une délibération de la commune de Cannes décidant finalement de ne pas acquérir un fonds de commerce, est un acte modifiant « *le périmètre ou la consistance de son domaine privé* », qui « *ne se rapporte pas à la gestion de ce domaine* ». S'ajoutent donc à la liste des actes de disposition du domaine privé les décisions de refus d'achat d'un bien. – **Nedjma Kontoukas.**

Droit des actes administratifs

Application classique des « règles du jeu »

CE, 15 mars 2023, Ligue de billard d'Île-de-France, n°466632.

Il est admis de longue date que des actes pris par les personnes privées chargées d'une mission de service public relèvent de la compétence du juge administratif (CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*). Toutefois, tous les actes pris par ladite personne privée ne sont pas administratifs : seuls les actes pris en application de leurs prérogatives de puissance publique et dans l'exercice de leur mission de service public relèvent de la juridiction administrative (CE, Sect., 13 janv. 1961, *Magnier*). La décision *Ligue de billard d'Île de France* est un exemple classique d'application de cette jurisprudence. Chargés d'une mission de service public, les fédérations et organismes sportifs voient nombre de leurs actes être qualifiés d'actes administratifs (not. CE, Sect., 22 nov. 1974, *FIFAS*, n° 89828). Cependant, en l'espèce, les dispositions statutaires de la ligue sont considérées comme relatives uniquement à « *l'organisation et au fonctionnement interne de la fédération* » et donc « *ne manifestent pas l'usage par celle-ci de prérogatives de puissance publique dans l'exercice de sa mission de service public* ». C'est tout logiquement que les juges du Palais-Royal se sont déclarés incompétents pour connaître du litige. – **Nedjma Kontoukas.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Clémence Ballay-Petizon, *DCCE* / **Alexandre Bellotti**, *avocat, docteur* / **Léon Boijout**, *DCCE* / **Matthieu Didierlaurent**, *docteur* / **Sabrina Hammoudi**, *doctorante* / **Nedjma Kontoukas**, *DCCE* / **Antoine Oumedjkane**, *docteur, 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