NEWSLETTER DU CREAM

N° 49 – MAI 2023

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

L'ÉDITO DE LA NEWSLETTER

Julien BONNET, Professeur à l'Université de Montpellier, CERCOP.

Impatience constitutionnelle

La décision « retraites » du 14 avril 2023 du Conseil constitutionnel était pour le moins attendue et les commentateurs s'accordent, la plupart à regret, sur le classicisme du sens de la solution rendue. Une censure totale de la loi aurait extirpé la Ve République de l'emprise de l'exécutif : un tel acte réclamait un niveau d'audace dont les « Sages » n'ont pas pu ou voulu faire preuve. Comment, dès lors, face à une décision globalement prévisible, expliquer le niveau inédit d'impatience qui a saisi le pays ?

Nul doute que l'attente était à la hauteur de la profondeur de la crise de légitimité des gouvernants. L'ambiguïté de la fonction exercée par le Conseil constitutionnel est également source de confusions : à ceux qui espéraient une décision politique, le Conseil répond par un formalisme strict et prudent écartant l'accusation de gouvernement des juges. Le contexte politique pèse aussi lourd dans l'affaire, avec un gouvernement politiquement affaibli par une majorité relative, puisant dans l'arsenal constitutionnel les ressources nécessaires dont l'utilisation et le cumul posaient une question constitutionnelle nouvelle. Enfin, le facteur temps ne doit pas être omis. Pris dans la contrainte de devoir se prononcer dans les 30 jours suivants le vote de la loi, le contrôle *a priori* s'exerce en pleine tempête politique et la perception de son résultat est forcément politique. En annonçant le jour et l'heure du rendu de sa décision, le Conseil a participé à la montée en pression médiatique, son effort communicationnel de transparence s'est transformé en surmédiatisation et dramatisation dans les médias, avec même un décompte en direct sur les chaînes d'information en continu !

L'ensemble de ces facteurs ont alimenté une impatience constitutionnelle qui dévoile, en creux, les lacunes béantes de la Ve République dont les ressorts démocratiques sont insuffisamment huilés, voire…cassés.

L'ACTUALITÉ DU MOIS

Marivaudage à la Française des Jeux : le monopole comme jeu de l'amour, pas du hasard

CE, 14 avril 2023, European gaming and betting association et a., nos 436434 et a.

Qui s'intéresse au droit public de l'économie sait que, depuis 2019, le législateur a autorisé le transfert de la majorité du capital de la Française des Jeux (FDJ) au secteur privé et lui a confié le monopole de l'exploitation des paris sportifs et des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et (sauf pour les paris sportifs) en ligne (v. loi n° 2019-486 du 22 mai 2019) ; le corollaire de cette privatisation ayant notamment été, pour l'État s'octroyant un étroit contrôle, l'attribution de droits exclusifs à la FDJ pour 25 ans (v. ord. n° 2019-1015 du 2 oct. 2019). Saisi par plusieurs sociétés concurrentes, le Conseil d'État rappelle d'abord qu'une législation nationale autorisant les jeux d'argent dans le cadre de droits spéciaux ou exclusifs accordés à certains organismes, en ce qu'elle restreint l'exercice d'une activité économique, porte atteinte à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services (v. not. CE, 15 mai 2000, *CFA*, n° 202666), mais relève, conformément à la jurisprudence européenne (v. not. CJCE, 8 sept. 2009, C-42/07, *Bwin Int. Ltd et a.*), que cette atteinte est justifiée, en l'espèce, par des raisons impérieuses d'intérêt général que sont la protection de la santé et de l'ordre public en raison des risques avérés de jeu excessif et de fraude. Partant, le monopole octroyé à la FDJ sur certains segments de jeux, même s'il restreint l'activité des autres acteurs du secteur, est conforme au droit de l'Union. Toutefois, un point demeure en suspens : l'ouverture d'une procédure formelle d'examen par la Commission (v. déc. SA.56399 et SA.56634 du 26 juillet 2021) sur la proportionnalité des 380 millions d'euros reçus par la France – en contrepartie des droits exclusifs accordés – au regard du droit européen des aides d'État conduit le Conseil d'État à surseoir à statuer sur ce point jusqu'à la décision finale de la Commission. Chaque jour est une chance disiez-vous ? Une fois n'est pas coutume, c'est à la FDJ d'y croire…. – **Thibault THUILLIER-PENA.**

Au sommaire de ce numéro

- Droit des libertés fondamentales p. 2 & 3
- Propriété et domaine publics p. 2
- Actes administratifs p. 3
- Droit public économique p. 4
- Fonction publique p. 4

©

Droit des libertés fondamentales

Liberté de manifestation : actualités sur le côté obscur de la force de l'ordre

TA Paris, 4 avril 2023, ADELICO et a., n° 2307385 & CE (ord.), 5 avril 2023, LDH et a., n° 472509.

Chaque mouvement social révèle abus et illégalités dans les opérations de maintien de l'ordre. L'opposition à la réforme des retraites ne fait pas exception et illustre – par-delà les velléités toujours plus répressives du schéma de maintien de l'ordre depuis plusieurs années (v. not. CE, 10 juin 2021, *Syndicat national des journalistes et a.*, n° 444849) – divers manquements des autorités en la matière. D'abord, alors même qu'il refuse d'enjoindre au ministre de l'Intérieur de prendre toutes mesures utiles susceptibles de rendre effectif le port du numéro d'identification individuelle des forces de l'ordre (le fameux « RIO »), le Conseil d'Etat reconnait que cette obligation prévue par l'art. R. 434-15 du CSI « *n'a pas été respectée par des agents de la police nationale pendant l'exécution de leurs missions, en particulier lors d'opérations de maintien de l'ordre* » (CE (ord.), 5 avril 2023, *LDH et a.*, n° 472509) ; un refus d'injonction résultant davantage des pièces du dossier et de l'office du juge du référé-liberté que du manquement lui-même sur lequel « *la jurisprudence pourrait [...] évoluer* » si preuve était apportée au juge de « *l'ampleur du phénomène* » (R. Letteron, « Rio ne répond plus », blog *Liberté, Libertés chéries*, 8 avril 2023). Surtout, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, en formation collégiale, estime que l'habitude du préfet de Paris de ne pas publier (ou tardivement) des arrêtés d'interdiction de manifestations avant leur application porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'exercer un recours effectif et, dès lors, ordonne au préfet de publier les arrêtés concernés sur le site internet de la préfecture dans un délai qui permet un accès utile au juge du référé-liberté (TA Paris (ord.), 4 avril 2023, *ADELICO et a.*, n° 2307385). Espérons que des vents favorables porteront ces jurisprudences jusqu'à l'ensemble des forces de l'ordre et des préfectures provinciales, souvent adeptes de pratiques semblables. – **Thibault Thuillier-Pena**.

Le drone, ce drôle d'oiseau qui envahit le prétoire des tribunaux administratifs le 1er mai

TA Paris, 1er mai 2023, n° 23009698 ; TA Bordeaux, 1er mai 2023, n° 2302275 ; TA Rouen, 1er mai 2023, n° 2301728

Trois procédures de référé-liberté pour trois ordonnances différentes, c'est le bilan des recours contre les arrêtés préfectoraux autorisant les forces de l'ordre à utiliser des drones pour surveiller les manifestations du 1er mai dans un contexte social que chacun sait tendu. Pour mémoire, après une utilisation sans base légale en 2020 et un faux départ en 2021 sous la forme d'une censure par le Conseil Constitutionnel, la loi du 24 janvier 2022 était venue encadrer l'utilisation de ces dispositifs à l'article L.242-5 du CSI. Le décret d'application du 19 avril 2023 fait d'ailleurs l'objet d'un recours pour excès de pouvoir pendant devant le Conseil d'État.

Conformément à ces textes, les tribunaux administratifs étaient invités à contrôler la réalité des troubles graves à l'ordre public invoqués par les préfectures, ainsi que la proportionnalité à travers le nombre de drones, leur périmètre d'action et leurs heures de déploiement. Force est de constater néanmoins que le désordre règne. Le TA de Bordeaux rejette ainsi le référé pour défaut d'urgence, alors même que l'audience se tenait le matin du 1er mai. Du côté de Paris, le fait que le juge se prononce le jour même de la manifestation suffit là à satisfaire la condition d'urgence mais les risques graves de troubles à l'ordre public qui se déduisent de la violence des dernières manifestations au sein de la capitale, ainsi que les conditions de déploiement des drones ne sont pas de nature à constituer une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de manifester. Même son de cloche à Rouen à une exception près : le périmètre d'utilisation des drones est limité tout comme leur plage horaire, de 10h à 14h et non plus de 9h à 18h comme le prévoyait l'arrêté de la préfecture, afin de suivre strictement les horaires et le circuit de la manifestation déclarée en préfecture. – **Antoine Oumedjkane**

Propriété et domaine publics

Battement d'ailes pour l'appréciation dynamique de la légalité en matière de CGV

CE, avis, 31 mars 2023, Association de protection de la plage de Boisvinet et son environnement, n° 470216.

Interrogé par le TA de Nantes sur la date à laquelle le juge du REP est tenu de se placer pour apprécier la légalité du refus de l'autorité compétente de poursuivre la répression d'une contravention de grande voirie (CGV), le Conseil d'État écarte pour la première fois le recours à la technique de l'appréciation dynamique de la légalité. Rappelant le principe selon lequel le juge du REP apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édiction (CE, sect., 22 juillet 1949, *Société des Automobiles Berliet*, n° 85735), et insistant sur le fait que le recours à l'appréciation dynamique de la légalité initiée par l'arrêt *Association des Américains accidentels* (CE, ass.,19 juill. 2019, n° 424216) reste, pour l'heure, l'exception, les juges du Palais Royal affirment que la légalité du refus de déférer au juge administratif des faits de CGV, s'apprécie exclusivement à la date de celui-ci.

Dans le présent avis, le Conseil d'État justifie sa position par l'existence d'une l'obligation incombant aux autorités publiques – sous réserve des autres intérêts généraux dont elles ont la charge (CE, Sect., 23 fév. 1979, *Association des amis des chemins de ronde*, n° 04467) – de poursuivre les atteintes aux textes ayant pour objet la protection de l'intégrité ou de l'utilisation du domaine public. Il ajoute que du fait des spécificités du contentieux des CGV – prenant racine dans deux actions distinctes : l'action domaniale et l'action publique – cette obligation ne saurait s'éteindre par l'effet de l'écoulement du temps. Bien que cohérente, cette solution ne fait qu'amorcer de nouvelles interrogations quant aux critères déjà flous de mise en œuvre de l'appréciation dynamique de la légalité. – **Cathy-Anne Rhety.**

Droit des actes administratifs

Motivation des décisions implicites : sur quel pied danser ?

CE, avis, 21 avril 2023, Mme Q... et M. C... A..., n° 468836.

Les décisions rejetant un RAPO formé à l'encontre d'une décision des autorités consulaires refusant l'octroi d'un visa doivent être motivées en application des dispositions de l'article L. 211-2 du CRPA. Si le respect d'une telle règle de forme est relativement aisé à contrôler s'agissant d'une décision expresse, qu'en est-il lorsque cette décision de rejet n'est qu'implicite ? Si la réponse à cette question est globalement apportée par les dispositions de l'article L. 232-4 du CRPA permettant de « sauver » de l'annulation une décision implicite – par définition non motivée – à chaque fois que le requérant n'a pas expressément formulé le souhait, auprès de son auteur, de se voir communiquer ses motifs (v. CE, 6 déc. 2002, *Mlle X...*, n° 200991), la problématique intéressant en l'espèce les juges du Palais Royal concernait l'articulation de ce mécanisme avec celui de l'article D. 312-8-1 du CESEDA prévoyant en la matière une motivation des décisions implicites de rejet des RAPO par référence aux motifs des décisions initiales.
La solution rendue par le Conseil d'État distingue deux hypothèses : d'une part, celle dans laquelle la décision initiale serait dépourvue de toute motivation et, d'autre part, celle dans laquelle cette même décision initiale exposerait, de façon plus ou moins exhaustive les motifs de droit et de fait qui la fondent. Faisant application du mécanisme d'appropriation des motifs, le juge suprême de l'ordre juridictionnel administratif explique que dans le premier cas, la décision implicite prise sur RAPO sera nécessairement affectée par l'absence de motivation de la décision initiale. Par conséquent, le requérant qui entend en obtenir l'annulation sur ce fondement sera tenu de faire jouer la procédure de communication de l'article L. 232-4 du CRPA.
En revanche, il en va différemment dans le second cas dès lors que la motivation de la décision implicite prise sur RAPO par référence aux motifs de la décision initiale rend superflu toute demande de communication de motifs afin d'en contester la légalité. Dès lors, dans ce cas de figure, une telle demande devra être regardée comme un second recours administratif préalable exercé à titre facultatif et ne pourra conduire qu'à la naissance d'une décision expresse de rejet du RAPO se substituant *ipso facto* à la décision implicite de rejet (v. CE, 8 juin 2011, *Mme B...*, n° 329537). – **Cathy-Anne Rhety.**

Droit des libertés fondamentales

Dénoncer par l'œuvre d'art ? « Fuck abstraction ! » met l'art à l'œuvre

CE (ord.), 14 avril 2023, Ass. Juristes pour l'enfance et a., n°s 472611, 472612, 472646 et 472702.

Pas d'ombre au tableau pour l'exposition « Ma pensée sérielle » de l'artiste suisse Miriam Cahn : aucune œuvre n'est contrainte de quitter le Palais de Tokyo a tranché le Conseil d'État, pas même le très polémique tableau intitulé « Fuck abstraction ! ». Cette toile, dépeinte par la Haute juridiction comme représentant « *la silhouette d'un homme au corps très puissant, nu, sans visage, qui impose une fellation à une victime mince et de très petite taille, nue, à genoux et aux mains liées dans le dos* », a concentré les critiques d'associations de protection de l'enfance dénonçant le caractère pédopornographique de l'œuvre et demandant, en invoquant notamment l'article 227-24 du code pénal, son décrochage ou, à défaut, son interdiction d'accès aux mineurs.
Si le Conseil d'État, saisi en référé-liberté, ne renie pas le caractère fondamental au sens de l'article L. 521-2 du CJA des libertés invoquées – le respect de la dignité humaine (v. CE (ord.), 22 déc. 2012, *Section française de l'OIP*, n° 364584) et l'intérêt supérieur de l'enfant (v. CE (ord.), 4 mai 2011, *Ministre des Affaires étrangères et européennes*, n° 348778) –, il exclut toute atteinte grave et manifestement illégale pour une triple raison : d'abord, l'exposition dans un lieu de création artistique et connu comme tel ; ensuite, l'ensemble des précautions d'agencement des salles et des signalétiques d'avertissement incitant les mineurs à éviter l'œuvre ; enfin, l'unique intention de l'artiste de dénoncer un crime (en l'occurrence les nombreux meurtres et viols commis par des soldats russes sur des civils à Boutcha en mars 2022) ; un crime d'ailleurs subi sur la toile, non par un enfant comme le plaident les requérants mais, ainsi que l'explique l'artiste, par un adulte dont la petite taille ne serait que la métaphore de l'oppression et du crime dont il est victime. En définitive, par cette importante décision, le Conseil d'État renforce une jurisprudence constante en la matière, non seulement par la banalisation désormais acquise de la liberté d'expression artistique comme vecteur d'information politique (v. not. CEDH, 24 mai 1988, *Müller et a. c/ Suisse*, n°10737/84, §27) mais, surtout, par l'importance, voire la prise en compte dirimante, des conditions de présentation au public d'une œuvre choquante et dénonciatrice (confirmant ainsi parfaitement un précédent essentiel : CE (ord.), 11 déc. 2014, *Centre Dumas-Pouchkine des Diasporas et Cultures Africaines (CDPDCA) et a.*, n°386328). – **Thibault Thuillier-Pena.**

Droit public économique

Sur le front de la QPC, Orange perd définitivement sa bataille contre l'ARCEP

CE, 21 avril 2023, Société Orange, n° 464349.

Cette décision sonne le glas d'un véritable feuilleton entre l'ARCEP et l'entreprise Orange. Pour mémoire, en 2013, le Conseil Constitutionnel avait censuré les dispositions encadrant le pouvoir de sanction de l'ARCEP au motif que l'organisation de la procédure n'assurait pas une séparation satisfaisante entre les fonctions de poursuite et d'instruction (QPC n° 2013-331 du 5 juillet 2013). Complétement refondue par l'ordonnance relative à l'économie numérique du 12 mars 2014, la nouvelle procédure de sanction s'articulait autour d'un collège de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (dit formation RDPI) et un collège de poursuite distinct, modèle inspiré de la CNIL, dont la constitutionnalité avait été reconnue par le Conseil Constitutionnel.

Cela n'a pas empêché la direction d'Orange d'adopter une stratégie consistant à menacer d'assortir un recours pour excès de pouvoir du dépôt d'une QPC. Pointée du doigt par la formation RDPI en 2019 pour le non-respect des engagements qu'elle avait souscrit en matière de déploiement de la fibre en milieu peu dense, la direction de l'entreprise avait, à plusieurs reprises et notamment par voie de presse, menacé de faire tomber l'édifice répressif de l'autorité par une QPC. Il aura fallu attendre une mise en demeure – laquelle marque formellement l'ouverture d'une procédure de sanction – par cette même formation RDPI en 2022, à la demande du secrétaire d'État chargé des télécommunications, pour qu'elle s'exécute.

Le Conseil d'État rejette néanmoins le recours. Se reposant sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (n° 2012-280 QPC, récemment réaffirmée dans la QPC n° 2023-1035), il juge que la compétence de l'ARCEP pour sanctionner le non-respect des engagements volontairement pris par les opérateurs auprès du ministre chargé des télécommunications ne présente pas de caractère sérieux. D'une part, le fait que l'ARCEP soit amenée à rendre un avis sur la qualité des engagements proposés par les opérateurs au ministre chargé des télécommunications alors même qu'une partie de ses membres se retrouveraient chargés d'instruire et de poursuivre ultérieurement les manquements à ces engagements dans la formation RDPI n'est pas contraire aux exigences d'impartialité et d'indépendance, dans la mesure où cet avis ne « *préjuge pas de la réalité et la qualification des faits* » susceptibles d'être reprochés aux opérateurs en cas de manquement. D'autre part et plus classiquement, la procédure offre également des garanties suffisantes à la constitutionnalité de ce pouvoir de sanction, notamment par la voie du contrôle juridictionnel, permettant de vérifier le respect du principe du contradictoire ou des droits de la défense. – **Antoine Oumedjkane.**

Droit de la fonction publique

Procédure disciplinaire : le juge à la recherche du témoin caché

CE, 5 avril 2023, Pôle emploi, n° 463028.

Dans le cadre d'une procédure disciplinaire, il est possible pour le pouvoir disciplinaire d'anonymiser les témoignages reçus, à la demande des témoins et lorsque la divulgation de leur identité pourrait leur être dommageable.

Le Conseil d'État précise cependant que lorsque l'agent conteste au contentieux la sanction qui lui a été infligée, en remettant notamment en cause l'authenticité des témoignages formulés à son encontre, il appartient au pouvoir disciplinaire de produire tous les éléments susceptibles d'attester de la réalité des témoignages litigieux et de la qualité des personnes les ayant livré. Le juge est alors en mesure, sur la base de ces éléments, d'ordonner ou non toute mesure d'instruction utile.

En l'espèce, un agent de Pôle Emploi s'est retrouvé sanctionné d'une exclusion temporaire de deux mois pour avoir dénigré son employeur et tenu des propos sexistes et homophobes lors d'un atelier de formation. Différents agents présents à cette réunion ont rapporté les propos tenus, avant que leurs témoignages ne soient anonymisés.

Le Conseil d'État estime que les témoignages anonymisés sur lesquels se base Pôle Emploi ne permettent en aucune manière d'identifier leurs auteurs, certains agents ayant par ailleurs refusé de confirmer par écrit les propos qu'ils ont tenus au cours d'une enquête téléphonique dans le cadre de l'affaire. Le juge en conclut que les éléments produits ne suffisent pas à démontrer la véracité des faits contestés par l'agent et confirme en ce sens le raisonnement de la Cour administrative d'appel de Paris ayant annulé la décision contestée et enjoint à Pôle emploi de retirer du dossier administratif de l'agent toute pièce liée à la procédure disciplinaire litigieuse. – **Sabrina Hammoudi.**

Contributeurs à ce numéro (ordre alphabétique) :
Alexandre Bellotti, *avocat, docteur* / **Sabrina Hammoudi**, *doctorante* / **Cathy-Anne Rhety**, *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