



L'EDITO DE LA NEWSLETTER

De la loyauté contractuelle à la bonne foi, un pas à franchir ?

Marion Ubaud-Bergeron, Professeur à l'Université de Montpellier

Éthique de l'acheteur public, déontologie, impartialité, loyauté contractuelle et compliance : la modernité ne ménage pas ses mots pour rassurer les partenaires économiques sur la fiabilité des personnes publiques avec qui ils sont amenés à conclure des conventions. Sans remettre en cause ici les intentions louables du législateur et des juges, il ne serait pourtant pas inutile de ressortir de notre vieux Code civil, la notion de bonne foi, supposée gouverner la négociation, la formation et l'exécution du contrat, avec laquelle le droit administratif a toujours marqué une certaine distance et qui pourrait, pourtant, présenter une certaine utilité dans le contentieux de l'exécution des contrats administratifs.

Un exemple récent pour s'en convaincre. Par une décision du 3 avril 2024, le Conseil d'Etat admet qu'une personne publique est fondée à demander au juge du contrat le constat de l'invalidité d'un marché public contenant une clause de paiement différé, sans que la loyauté des relations contractuelles ne puisse lui être opposée, dès lors que le vice se rattache à un contenu illicite du contrat. Avec quelle conséquence ? L'annulation du contrat, indiscutable évidemment compte tenu de la gravité du vice, mais aussi le rejet corrélatif de la demande indemnitaire de la société, faute pour celle-ci d'avoir introduit sa demande sur un terrain quasi-délictuel ! Si une telle solution se comprend d'un strict point de vue procédural, elle laisse tout de même songeur quant aux limites du contrôle juridictionnel, car pour sanctionner la volonté d'une personne publique de contourner sciemment les règles applicables à certains montages contractuels, nul besoin en réalité de notions nouvelles : la bonne foi pourrait suffire à censurer de tels manquements, sans en faire porter la charge sur le seul cocontractant.

L'ACTUALITE DU MOIS

L'effet absolu de l'effet relatif

CE, Sect., 22 mars 2024, CPAM du Puy-de-Dôme, n°455107

Évoquant la dissonance persistante entre les jurisprudences administrative et civile relatives à l'effet relatif du contrat, Jérémy Bousquet soulignait la « *fermeté à toute épreuve* » du Conseil d'État, en contradiction avec le mouvement d'objectivation du contrat civil porté par la Cour de cassation (RFDA 2020, p. 443). La décision commentée confirme le constat en s'inscrivant à rebours d'un arrêt de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 21 avr. 2022, n° 20-17.185), que les abstracts ont la délicatesse de citer précédé d'un pudique « Comp. ». En l'espèce, la CPAM du Puy-de-Dôme entendait se prévaloir d'une transaction conclue entre la ville de Clermont-Ferrand et un usager victime d'un dommage pour obtenir de cette première le remboursement de sommes engagées au profit de son assuré. Si la Cour de cassation admet qu'un tiers subrogé dans les droits de la victime puisse se prévaloir d'une telle transaction à l'encontre du responsable du dommage qui, en transigeant, reconnaît l'existence d'un droit à indemnisation, le Conseil, lui, demeure inflexible quant à la portée de l'effet relatif du contrat, et ce malgré le dispositif de subrogation légale établi au profit des organismes de sécurité sociale. Si le Conseil justifie, en outre, la solution par le principe d'interdiction des libéralités (cas dans lequel l'administration serait tenue de rembourser les sommes exposées par la caisse au titre d'un préjudice couvert par la transaction), l'argument peine à convaincre : l'arrêt précise

en effet que, sans pouvoir se prévaloir de la transaction, le tiers subrogé pourra toutefois obtenir le remboursement des débours en rapportant la preuve du fait générateur du préjudice. On peut alors imaginer, avec le rapporteur public, qu'il appartiendra à la personne publique condamnée de se retourner contre la victime avec laquelle elle avait transigé, en démontrant l'existence d'une fraude tirée de la dissimulation des sommes déjà versées par le tiers payeur. – **Léon BOUOUT.**

Au sommaire de ce numéro

- | | |
|---------------------------------|----------|
| • Droit de la fonction publique | p. 2 & 3 |
| • Contentieux de l'urbanisme | p. 2 |
| • Droit des contrats publics | p. 2 |
| • Contentieux administratif | p. 3 |
| • Droit administratif des biens | p. 4 |
| • Contentieux environnemental | p. 4 |

Droit de la fonction publique

Licenciement pour motif économique et association à but non lucratif

CE, 3 avril 2024, *Association Optima*, n°471271

Lorsqu'elle veut procéder à un licenciement pour motif économique, l'entreprise concernée doit être autorisée par l'inspection du travail, qui devra alors rechercher le motif économique du licenciement (CE, 12 mars 2014, n°368282). Ce motif est reconnu lorsqu'est en jeu la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (CE, 8 mars 2006, *Mme Moranzoni et Association de défense des conseillers en assurance de la SMACL*, n° 270857). Le Conseil d'État reconnaît ici la possibilité d'appliquer cette jurisprudence à une association à but non lucratif, à condition que « *soit établie la réalité de la menace pour l'entreprise* ». Dans le cas d'espèce, suite au non-renouvellement d'un marché avec quatre bailleurs sociaux et la ville de Rennes, il est reconnu que la menace pour l'entreprise est établie, et le motif économique du licenciement est accepté. – **Nedjma KONTOUKAS**.

Contentieux de l'urbanisme

Fraude et mise en œuvre des mécanismes de régularisation

CE, 11 mars 2024, *Epoux F... et époux D...*, n°464257

Fraus omnia corrumpit. La fraude corrompt tout, y compris la possibilité de régulariser une autorisation d'urbanisme en application des dispositions des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. C'est ce que viennent d'affirmer les juges du Palais-Royal dans le présent arrêt, validant ainsi la position antérieurement retenue par plusieurs juridictions du fond (v. par ex. CAA Lyon, 12 oct. 2021, n°20LY03430 ou encore CAA Marseille, 30 nov. 2023, n° 22MA02534). En l'espèce, afin de bénéficier d'une dérogation aux règles de distance d'implantation applicable aux constructions préexistantes, le pétitionnaire avait volontairement dissimulé l'état de ruine de l'abris présent sur son terrain. Au regard du caractère frauduleux de ces déclarations, le Conseil d'État estime que c'est à bon droit que les juges du fond ont refusé de surseoir à statuer pour permettre la régularisation de l'autorisation litigieuse. – **Cathy-Anne RHEY**.

Droit des contrats publics

BEFA, requalification et paiement différé : un cas d'école

CE, 3 avril 2024, *SCI Victor Hugo 21*, n°472476

L'affaire présente les traits d'un véritable cas d'école au regard de la pureté de ses paramètres et de sa solution certes techniquement imparable mais interrogeant sur certains points théoriques. Un centre hospitalier avait conclu un bail en l'état futur d'achèvement pour la location de deux bâtiments, devant par ailleurs être réaménagés par le bailleur, et d'un troisième bâtiment à construire, en contrepartie d'un loyer. Conscient des risques liés au montage contractuel choisi, le centre hospitalier saisit le juge administratif d'un recours en contestation de la validité du contrat. Si les contrats purement immobiliers, pour la location ou l'achat d'immeubles existants ou à construire, sont exclus des procédures de mise en concurrence pour des raisons liées à leur localisation et leur difficile substituabilité (article L. 2512-5 CCP), leur requalification en marché public de travaux est encourue lorsqu'il apparaît que la personne publique a exercé une « *influence déterminante* » sur la conception des bâtiments (structure et dimension) ou leur aménagement intérieur pourvu que cet aménagement se distingue par sa spécificité ou son ampleur. Transparaissent ici le classique critère d'identification d'un contrat de la commande publique lié à la satisfaction d'un besoin de l'acheteur ainsi que la toute aussi classique solution réactualisée qui avait cours en matière de VEFA (CE, Sect., 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n°57679). La requalification étant en l'espèce acquise, restait à se prononcer sur la validité du contrat. Cette dernière est mise à mal par la rémunération du bailleur qui, sous la forme de loyers, est logiquement analysée comme un paiement différé, prohibé en marché public (article L. 2191-5 CCP).

C'est à ce stade, après son attrait technique, que se révèle l'intérêt théorique de la décision. La clause de paiement différé est en effet qualifiée d'illicite et, par suite de son évidente indivisibilité, conduit le juge à prononcer l'annulation de l'ensemble du contrat. On se souvient que l'arrêt *Cerba* (CE, 9 nov. 2018, n°420654), auquel se réfèrent les abstracts de la décision commentée, avait restreint cette catégorie de vice, tiré de l'illicéité du contenu du contrat, aux seuls cas dans lesquels c'est « *l'objet même du contrat* » qui est « *contraire à la loi* ». Ici, pourtant, l'illicéité résulte uniquement d'une clause relative aux modalités d'exécution financière du contrat ou, tout au plus, de l'objet de l'obligation de la personne publique et non du contrat. Ressurgit alors le questionnement relatif à la pertinence de la restriction apportée par la jurisprudence *Cerba* et souligné par Ferdi Youta dans sa thèse (*L'ordre public contractuel en droit administratif*, p. 292 et s.), restriction conduisant à d'improbables circonvolutions jurisprudentielles pour rattacher l'illicéité à l'objet du contrat (par ex., CE, 20 juill. 2021, *Assoc. Les amis du Champ de Mars*, n°444715) ainsi qu'à un difficile saisissement des clauses illicites. Enfin, à suivre encore les enseignements de Ferdi Youta, qui proposait de distinguer le contenu *illicite* du contenu *illégal*, réservant l'illicéité à la seule violation des règles d'ordre public, il y aurait lieu de considérer que la prohibition du paiement différé intègre cette catégorie. On laissera le lecteur songer à cette nuance lexicale qui n'a pas encore été adoptée par le Conseil. – **Léon BOUJOUT**

Contentieux administratif

Mesure de placement de détenus à l'isolement : consécration d'un faisceau d'indices à la réfragabilité de la présomption d'urgence en référé-suspension

CE, 28 mars 2024, M. B... A... c/ Ministre de la Justice, n°480040

De jurisprudence désormais constante, les dispositions de l'article L. 213-8 du code pénitentiaire (ex-article 726-1 du code de procédure pénale) relatives aux modalités du placement, par l'autorité administrative, d'un détenu majeur à l'isolement n'excluent pas que ce dernier puisse former contre une telle mesure de placement, non seulement un référé-liberté – tel qu'explicitement prévu par l'alinéa 4 de l'article L. 213-8 précité –, mais aussi un référé-suspension (v. CE, ord., 20 nov. 2019, M. B... A..., n°435785). Toutefois, le juge administratif n'a admis une présomption concernant la réalisation de la condition d'urgence à suspendre une mesure de placement (ou sa prolongation) à l'isolement qu'en référé-suspension (v. CE, 7 juin 2019, Mme A... B..., n°426772 ; revirant alors une ligne jurisprudentielle pourtant tenace (v. not. CE, 1^{er} févr. 2012, Khider, n°350899)) en refusant catégoriquement la consécration d'une telle présomption en référé-liberté (v. CE, ord., 20 nov. 2019, M. B... A..., n°435785). S'il était évident, dès 2019, que la présomption d'urgence existante en référé-suspension pouvait être renversée, ce n'est qu'aujourd'hui que le Conseil d'Etat propose un faisceau d'indices à sa réfragabilité en jugeant que l'administration peut justifier de circonstances particulières faisant apparaître un intérêt public s'attachant à l'exécution sans délai de la mesure de placement à l'isolement, compte tenu en particulier des risques pour la sécurité de l'établissement et des personnes, y compris extérieures à celui-ci, appréciés notamment au regard des motifs d'incarcération de l'intéressé, des éléments figurant dans son dossier individuel ou de son comportement en détention. Dès lors qu'il est établi que « *c'est la gravité intrinsèque de la mesure ainsi que le caractère irréversible des effets s'attachant à son exécution qui ont pesé de manière déterminante en faveur de la consécration [de la présomption d'urgence]* » (A. Iljic, AJDA 2019, p. 2137, concl. sur CE, 7 juin 2019, n°426772), il est raisonnablement permis de penser que de tels indices de réfragabilité apparaissent à rebours du progrès pour les droits et libertés fondamentaux des détenus qu'a pu constituer la consécration elle-même de la présomption. – Thibault THULLIER-PENA.

Droit de la fonction publique

Transposition du principe de la rétroactivité *in mitius* au contentieux disciplinaire : une occasion manquée

CE, 5 mars 2024, Mme M..., n°461548

Par la loi du 6 août 2019 (n° 2019-828) le législateur a procédé à une harmonisation de l'échelle des sanctions dans les trois versants de la fonction publique. Cette réforme, entrée en vigueur le 8 août 2019, a notamment eu pour effet de limiter la portée de la sanction d'abaissement d'échelon au sein de la fonction publique territoriale. S'il était autrefois possible de prononcer à l'encontre d'un agent un abaissement de plusieurs échelons, cette possibilité est aujourd'hui restreinte au seul échelon « *immédiatement inférieur* ». Restait cependant à savoir si un tel allègement de la sanction devait bénéficier aux agents sanctionnés avant l'entrée en vigueur de ce texte. C'est en tout cas ce qu'espérait Mme M..., attachée territoriale s'étant vu infliger en janvier 2017 une sanction d'abaissement de deux échelons. Pour rejeter l'argumentation de la requérante tendant à ce qu'il soit fait application du principe constitutionnel de l'application immédiate de la loi répressive plus douce (v. CC, 20 janv. 1981, n°80-127 DC), le Conseil d'Etat relève que la loi du 6 août 2019 a conduit, aussi bien à l'adoucissement de certaines sanctions qu'au durcissement de certaines autres et estime par conséquent que cette dernière, prise dans son ensemble, ne peut être regardée comme ayant pour objet « *d'inflige[r] aux fonctionnaires ayant commis une faute des peines moins sévères que celles résultant des dispositions antérieurement en vigueur* ». ».

Cette solution est discutable. Outre le fait que sa motivation peine à convaincre s'agissant du refus de reconnaître aux nouvelles dispositions un caractère plus doux, du moins en ce qui concerne leur application au cas d'espèce, celle-ci apparaît comme une occasion manquée pour la Haute juridiction administrative de reconsidérer sa position quant à l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* au contentieux disciplinaire. En effet, si le Conseil d'Etat a de longue date transposé ce principe issu du droit pénal aux sanctions administratives infligées à un administré (CE 17 mars 1997, OMI, n°124588) – transposition ayant d'ailleurs motivé le basculement de ce second contentieux dans le champ de la pleine juridiction (v. CE, Ass., 16 févr. 2009, Sté Atom, n°274000) – il a toujours refusé de l'étendre au contentieux disciplinaire (v. not. CE, 8 nov. 1999, M. Guiton, n° 191630, s'agissant du contentieux des sanctions infligées par les ordres professionnels ; ou encore CE, 28 févr. 1997, M. Rodin, n°147955, s'agissant du contentieux des sanctions infligées aux agents publics). Si la conception stricte de l'office du juge de l'excès de pouvoir, cantonnant l'appréciation de la légalité des actes au regard des circonstances de droit et de fait prévalant au jour de leur édicton pouvait autrefois justifier une telle position, la tendance récente à l'appréciation dynamique de la légalité des actes administratifs (v. CE, Ass., 19 juill. 2019, Assoc. Des Américains accidentels, n°424216 et CE, Sect., 19 nov. 2021, Assoc. Elena, n°437141) semble désormais lever tout obstacle à la consécration du principe de la rétroactivité *in mitius* en matière de répression disciplinaire. – Cathy-Anne RHETY.

Droit administratif des biens

Précision sur les conditions d'identification d'une libéralité

CE, 18 mars 2024, Commune de Nice, n°471061

Le maire de Nice avait autorisé l'association « Union des Musulman des Alpes-Maritimes » à occuper à titre gratuit un théâtre municipal pendant quatre heures un vendredi matin afin que puisse être célébrée la fête de l'Aïd-el-Fitr. En appel, la CAA de Marseille avait annulé l'arrêté du maire. En se fondant sur les dispositions de l'article L. 2125-1 du CGPPP, elle avait estimé que l'association ne pouvait être regardée comme concourant à la satisfaction d'un intérêt général, qu'elle n'entraînait donc dans aucune des exceptions prévues et partant, que le maire avait consenti à une libéralité prohibée par la loi de 1905. Pour le Conseil d'Etat, la CAA aurait dû se prononcer au regard de l'article L. 2144-3 du CGCT, texte spécial qui, en tant qu'il est susceptible de s'appliquer à des dépendances du domaine public des communes, déroge aux dispositions générales de l'article L. 2125-1 du CGPPP.

Faisant application des décisions *Commune de Montpellier* (CE, Ass., 19 juillet 2011, n°313518) et *Commune de Valbonne* (CE, 7 mars 2019, n°417629), les juges ont ainsi rappelé qu'il est loisible à une commune – voire qu'il lui appartient – de mettre à disposition des locaux communaux de manière ponctuelle et non exclusive à une association qui en fait la demande, dans le respect des principes de neutralité et d'égalité, de telle sorte que la mise à disposition ne puisse pas s'apparenter à une aide au culte. Sur ce dernier point, la décision du 18 mars complète le mode d'emploi en posant que l'existence d'une telle libéralité ne saurait résulter du simple fait que le local a été mis à disposition gratuitement mais que son existence doit être appréciée « *compte tenu de la durée et des conditions d'utilisation du local communal, de l'ampleur de l'avantage éventuellement consenti et, le cas échéant, des motifs d'intérêt général justifiant la décision de la commune.* » C'est donc la conception « relativiste » défendue par Romain Victor dans ses conclusions qui a été retenue et qui semblait devoir s'imposer eu égard à l'orientation générale de la jurisprudence du Conseil d'Etat (v. par exemple, CE, ord., 26 août 2011, *Commune de Saint-Gratien*, n°s352106, 352107 où il avait été jugé que la seule circonstance que le conseil municipal avait pris un règlement prévoyant la mise à disposition gratuite des locaux aux associations ne pouvait faire regarder le prêt d'une salle communale à une association franco-musulmane comme une libéralité « *eu égard notamment à la brièveté et au nombre très limité des périodes d'utilisation sollicitées ainsi qu'à la modestie de l'avantage dont il s'agit.* ».) – Clémence BALLAY-PETIZON.

Contentieux environnemental

Régularisation en cours d'instance et annulation partielle : l'un exclut l'autre

CE, 8 mars 2024, Société Engie Green Doussay, n°463249

Institué par l'ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale (n°2017-80), le I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement est venu enrichir l'office du juge administratif en matière environnemental d'un pouvoir de régularisation susceptible de produire ses effets en cours d'instance (via le prononcé d'un sursis à statuer) ou post-instance (via le prononcé d'une annulation partielle et d'une suspension à exécution). Si la mise en œuvre de ces deux mécanismes a déjà fait l'objet d'importantes clarifications de la part du Conseil d'Etat (v. not. CE, avis, 22 mars 2018, *Assoc. Novissen et a.*, n°415852), ce dernier insiste ici sur le caractère alternatif de ceux-ci. En l'espèce, les juges du Palais-Royal censurent le prononcé simultané par la CAA de Bordeaux d'une annulation partielle de l'autorisation d'exploiter un parc éolien en tant qu'elle ne comportait pas la dérogation à l'interdiction de destruction des espèces protégées et d'un sursis à statuer tendant à la régularisation des autres vices constatés. – Cathy-Anne RHEY.