



L'EDITO DE LA NEWSLETTER

Projet de loi de « simplification de la vie économique » et commande publique

Martin Morales, Maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil, chercheur associé au CREAM

L'article 5 de ce projet de loi déposé au Sénat en première lecture le 24 avril ambitionne d'élargir le champ de l'article L. 6 du Code de la commande publique en qualifiant d'administratifs les contrats de la commande publique conclus par les personnes privées soumises au Code. Cette disposition s'inscrit dans un énième choc de simplification voulu par le gouvernement et il est peu de dire que l'adoption par le Parlement de cette nouvelle qualification légale directe en procédure accélérée est espérée. Elle se justifie, d'abord, par les finalités particulières des contrats passés par ces personnes privées. Sont visés les entreprises publiques, les organismes de sécurité sociale, les SHLM, SEML, SPL ou encore les associations à financement public. Il s'agit en cela d'attirer dans le giron du juge administratif des contrats liés à la satisfaction de l'intérêt général (dont la conclusion est déjà soumise à une obligation de publicité et de mise en concurrence) et d'éviter ainsi des divergences d'interprétation, le tout dans le cadre des dérogations admises aux frontières contentieuses tracées par le Conseil constitutionnel dans sa décision « Conseil de la concurrence » rendue en 1987. Elle consolide ensuite le droit à un recours effectif et le principe d'égalité en ouvrant le recours en contestation de la validité de ces contrats aux candidats évincés.

Au rang des critiques, il faut bien admettre que, comme toute qualification légale, elle est une atteinte à la liberté contractuelle et, relever, avec le Conseil d'Etat, saisi pour avis, les imprécisions de l'étude d'impact sur le travail supplémentaire qui incombera à la juridiction administrative. Quant à la relégation du critère organique de qualification des contrats administratifs que cette qualification entraîne, il sera sans doute utile de déterminer si et dans quelle mesure les règles générales des contrats administratifs, en particulier les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales et la théorie de l'imprévision, s'appliqueront. Or, les contrats administratifs des personnes privées, qu'ils soient qualifiés par la loi ou parce qu'elles agissent en tant que mandataires ou pour le compte d'une personne publique, sont d'ores-et-déjà nombreux et celles-ci usent fréquemment et de manière autonome de ces prérogatives dans l'exécution de ces contrats. Importante sur le plan conceptuel, une telle évolution le serait ainsi beaucoup moins d'un point de vue pratique.

L'ACTUALITE DU MOIS

Mobilité statutaire et impartialité de la juridiction : le Conseil d'Etat fixe le cap

CE, Ass., 15 avril 2024, Département des Bouches-du-Rhône, n°469719

L'originalité de la juridiction administrative française réside en partie dans la proximité qu'entretiennent ses membres avec l'Administration. Fait marginal en Europe (v. G. Dumont, *RFDA* 2008, p. 264), l'exercice par ces derniers, au cours de leur carrière, de fonctions administratives est admis et même largement encouragé (v. par ex. art. L. 234-2-1 du CJA). Ces mobilités présentent cependant le risque de faire naître un doute, chez les justiciables, quant à l'impartialité des juges administratifs. C'est un tel doute qui a d'ailleurs conduit le département des Bouches-du-Rhône à saisir le Conseil d'Etat d'un pourvoi en cassation à l'encontre d'un jugement rendu en sa défaveur par une formation de jugement dont l'une des membres avait exercé, moins de deux ans auparavant, au sein de la collectivité. La présente affaire, qui aboutira au rejet de la requête du département, est surtout l'occasion pour les juges du Palais-Royal de clarifier les obligations incombant aux magistrats administratifs lorsque ces derniers se trouvent saisis d'un litige mettant en cause leur ancien employeur. Ainsi, avant de se prononcer sur le cas d'espèce, le Conseil d'Etat rappelle les fondements, la portée, ainsi que les garanties (telles que les règles d'incompatibilité, de déport et de récusation prévues par le CJA) assortissant les principes d'indépendance et

d'impartialité de la juridiction administrative. Il précise que le seul fait qu'un membre de la juridiction ait exercé, exerce ou envisage d'exercer des fonctions administratives ne constitue pas, en tant que tel, un élément de nature à remettre en cause son impartialité. Il convient en revanche de procéder à une analyse *in concreto* de la situation. Ainsi, dans l'hypothèse où l'intéressé serait saisi d'une décision administrative dont il est l'auteur, qui a été prise sous son autorité, ou pour laquelle il a pris part à l'élaboration ou à la défense en justice, il se doit de se déporter. Il en va de même, en dehors de ces cas, lorsqu'il existe, au regard notamment de « *la nature des fonctions administratives exercées, l'autorité administrative en cause, le délai écoulé depuis qu'elles ont, le cas échéant, pris fin, ainsi que l'objet du litige* », une « *raison sérieuse de mettre en doute son impartialité* ». – Cathy-Anne RHEY.

Au sommaire de ce numéro

• Droit des contrats publics	p. 2
• Droit des services publics	p. 2
• Droit administratif des biens	p. 2
• Contentieux administratif	p. 3
• Droit de la fonction publique	p. 3
• Droit de l'urbanisme	p. 4
• Droits et libertés fondamentaux	p. 4

Droit des contrats publics

L'univers de plus en plus parallèle de l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé

CE, 24 avril 2024, Commune de la Chapelle d'Abondance, n°472038

La réparation du préjudice résultant, pour un candidat à l'attribution d'un contrat de la commande publique, de son éviction irrégulière conduit le juge administratif à se projeter dans une succession de conjectures. Devant d'abord s'assurer de ce que le requérant n'était pas dépourvu de toute chance d'être déclaré attributaire – premier niveau de conjecture qui permet au candidat d'obtenir l'indemnisation des frais de présentation de son offre –, le juge doit ensuite vérifier si ces chances étaient sérieuses – second niveau, permettant cette fois l'indemnisation du manque à gagner –, ainsi que l'existence du lien causal entre le préjudice et l'irrégularité commise (CE, 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, n°249630). Récemment, le Conseil d'État avait déjà durci l'appréhension de ce second niveau en indiquant que la sérieux de la chance devait s'apprécier au regard de la chance concurrente des autres candidats évincés : pour être sérieuse, la chance de la société requérante doit clairement dominer celle des autres soumissionnaires, sauf à ce que ces derniers aient tous droit à l'indemnisation de leur manque à gagner, situation dont on voit bien l'absurdité ; inversement donc, l'équivalence des offres des candidats doit conduire à considérer qu'ils n'étaient pas dépourvus de toute chance de conclure et à limiter leur indemnisation aux frais de présentation (CE, 28 nov. 2023, *Sté La Royale Plage*, n°468867, NL déc. 2023). Avec l'arrêt commenté, deux embranchements sont ajoutés au chemin parallèle que le juge est invité à emprunter. D'une part, si le contrat est de type concessif, il devra tenir compte de l'aléa économique consubstantiel à ce type de contrat. D'autre part, s'il s'avère que le contrat en question a été résilié à la date à laquelle il statue, le juge devra, pour évaluer le montant de la réparation, prendre en compte les motifs et les effets de cette mesure pour déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du requérant si le contrat avait été conclu avec lui et résilié pour le même motif. Et on imagine déjà que ce dernier niveau d'hypothèse se scindera lui-même en différentes sous-hypothèses, en fonction du motif de la résiliation, mais cela n'est que conjecture. – **Léon BOUOUT.**

Droit des services publics

Droit de grève *versus* principe de continuité du service public

CE, 25 avril 2024, *Société Aer Lingus et autres*, n°488540.

Plusieurs sociétés de transport aérien de passagers ont formé auprès de la Première ministre et au ministre chargé des transports une demande de modification du décret de 1985 fixant les conditions de grève des personnels de la navigation aérienne. Elles demandaient une extension du seuil minimum de capacité de survol du territoire français – fixé à 50%, les sociétés demandent une extension du seuil à hauteur de 80 à 100% – et une extension de l'obligation de déclaration de grève dans un délai de 72 heures. Leur argumentaire faisait prévaloir le principe de continuité du service public sur le droit de grève de leurs personnels. La question portait donc sur la conciliation de deux normes à valeur égale : le principe de continuité du service public, brandi par les sociétés requérantes, et le droit de grève, que les dispositions protègent. Ces deux principes ont une valeur constitutionnelle. Il revient donc au législateur et au pouvoir réglementaire, dans les limites des dispositions édictées par le législateur, de concilier « *la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général, auquel la grève peut être de nature à porter atteinte, en apportant des limitations au droit de grève en vue d'assurer la continuité du service public, dans la mesure de ce qu'imposent les nécessités de l'ordre public et les besoins essentiels du pays* ». Le Conseil d'État finit par rejeter les prétentions des sociétés requérantes, puisqu'elles n'apportent pas d'éléments permettant de justifier que le seuil minimum de survol fixé à 50% est insuffisant afin « *d'assurer la conciliation nécessaire entre la défense du droit de grève et la sauvegarde de l'intérêt général* ». – **Nedjma KONTOUKAS.**

Droit administratif des biens

Précisions sur le régime d'indemnisation de l'autorité gestionnaire du domaine public en cas d'occupation irrégulière

CE, 15 avril 2024, *SNCF Réseau*, n°470475

Le litige concernant une occupation irrégulière du domaine public de la SA SNCF Réseau a permis aux juges du Palais-Royal de préciser le régime de l'indemnisation et la prescription de la demande d'indemnisation du propriétaire lésé. En effet, l'autorité gestionnaire, ici SNCF Réseau, peut demander des indemnités à l'occupant irrégulier du fait de la faute commise par ce dernier, constituée par l'occupation privative de la parcelle sans droit ni titre (CE, 16 mai 2011, *Cne de Moulins*, n°317675). Le Conseil d'État précise ici que l'indemnité est exigible « *au terme de chaque journée d'occupation irrégulière* ».

La Haute-Juridiction administrative revient ensuite sur la prescription de cette demande d'indemnités : est applicable l'article 2224 du Code civil puisque ne sont pas en cause des produits ou redevances du domaine public, auxquels il aurait fallu appliquer l'article L. 2321-4 du CG3P. Les demandes se prescrivent donc par cinq ans « *à compter de la date à laquelle le gestionnaire du domaine public a connaissance ou devrait avoir connaissance de cette occupation* ». – **Nedjma KONTOUKAS.**

Contentieux administratif

Délai de jugement à peine de dessaisissement au profit de la juridiction de degré supérieur : le Conseil d'État valide les dispositions de l'article R. 311-6 du CJA

CE, 12 avril 2024, Conférence des bâtonniers de France et a., n°470092

Créé par le décret du 29 octobre 2022 (n°2022-1379) dans le but de diminuer les délais de jugement pour certains recours en matière d'installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables et d'ouvrages des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, l'article R. 311-6 du CJA impose aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel – s'agissant uniquement des décisions prises entre le 1^{er} novembre 2022 et le 31 décembre 2026 – un délai de jugement de dix mois à peine de dessaisissement au profit de la juridiction de degré supérieur. Contestée à plusieurs égards par la Conférence des bâtonniers de France et la Fédération nationale des unions de jeunes avocats, la légalité de ces dispositions est toutefois validée par la Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif. En effet, après avoir écarté plusieurs moyens de légalité externe, le Conseil d'État estime, relevant l'absence de règles imposant un double degré de juridiction (v. not. CE, 9 févr. 2000, n°185667 ou encore CC, 12 févr. 2004, n°2004-491 DC) et le maintien pour les justiciables d'un accès au juge (le Conseil d'État saisi dans de telles conditions statuant alors comme juge du fond et non comme juge de cassation), que ces dernières ne méconnaissent ni le principe d'égalité, ni le droit à un recours juridictionnel effectif. Il considère en outre que le décret litigieux ne viole pas davantage le principe de non-régression prévu au II de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ; ce principe ne pouvant être utilement invoqué à l'encontre de dispositions se bornant à aménager des règles de procédure contentieuse (v. CE, 14 juin 2023, n°466933). – **Cathy-Anne RHETY**.

Droit de la fonction publique

Le silence de la robe : transmission d'une QPC quant au droit de se taire des magistrats dans les procédures disciplinaires engagées contre eux

CE, 19 avril 2024, Conseil supérieur de la magistrature, n°491226

Le Conseil supérieur de la magistrature, agissant en qualité d'autorité disciplinaire dans une affaire concernant un magistrat de l'ordre judiciaire, a soumis au Conseil d'État une QPC portant sur la conformité de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, plus précisément ses articles 52 et 56 qui organisent les modalités d'audition du magistrat par le rapporteur et par la formation disciplinaire, sans toutefois préciser l'existence d'un « droit de se taire » pour le magistrat concerné. Dans sa décision du 19 avril, le Conseil d'État, après avoir refusé en 2023 la transmission d'une QPC similaire (CE, 23 juin 2023, n° 473249), identifie cette fois une circonstance de droit nouvelle justifiant la saisine du Conseil constitutionnel. S'il apparaissait en effet précédemment nécessaire de distinguer clairement les procédures pénales, où le droit de se taire est applicable, des procédures disciplinaires, une récente décision du Conseil remet cette distinction en jeu. Dans sa décision n° 2023-1074 QPC du 8 décembre 2023, concernant le contentieux disciplinaire des notaires, le Conseil constitutionnel assimile explicitement les deux types de procédures et affirme que le droit de se taire s'applique « *aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition* ». Le Conseil d'État conclut alors que cette dernière décision constitue une circonstance de droit nouvelle et accepte la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel. – **Sabrina HAMMOUDI**.

Contentieux administratif

La difficile application du dualisme juridictionnel au sein des EPIC

TC, 22 avril 2024, RATP, n°4303

Quelle est la juridiction compétente pour connaître des litiges liés aux actes régissant les conditions de travail des personnels de droit privé d'un EPIC tel que la RATP ? Évacuons les litiges relatifs à la situation individuelle de ces personnels, qui relèvent bien logiquement du juge judiciaire, pour nous concentrer sur les actes de portée générale. Classiquement, de tels actes, pris pour assurer l'organisation du service public, fût-il industriel et commercial, sont administratifs, notamment ceux relatifs au statut du personnel (TC, 15 janv. 1968, *Cie Air France c. Épx Barbier*, n°1908). Mais ces actes peuvent se combiner, comme à la RATP, avec des conventions et accords collectifs conclus en application des articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du code du travail dont le contentieux relève du juge judiciaire, sauf celui suscité par celles de leurs stipulations qui intéressent moins les conditions de travail et les garanties sociales que l'organisation du service public. Le juge judiciaire est également compétent pour connaître des actes unilatéraux et de portée générale adoptés en vue de compléter ou de préciser les modalités d'application de ces accords collectifs (TC, 11 avr. 2022, *SUD Rail c. SNCF*, n°4241). En l'espèce, s'agissant de la contestation d'un acte de portée générale précisant les modalités d'organisation du temps partiel pour motif thérapeutique et n'étant pas rattachable à un accord collectif, le juge administratif est compétent. – **Léon BOJOUT**.



Droit de l'urbanisme

Précisions sur les agrandissements autorisés en zone littorale

CE, avis, 30 avril 2024, *Tamaricciu*, n°490405

L'agrandissement d'une construction existante constitue-t-il une extension de l'urbanisation et sous quelles conditions peut-il être autorisé ? En zone littorale, une telle extension n'est possible, aux termes de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme, qu'en continuité avec les agglomérations ou villages existants, ce dont le Conseil d'État avait déduit un principe d'interdiction de toute construction dans les zones d'urbanisation diffuse, éloignées des agglomérations, même en continuité des constructions existantes (CE, 27 sept. 2006, *Cne de Lavandou*, n°275924). Il avait toutefois tempéré cette interprétation, en estimant qu'un simple agrandissement ne pouvait être regardé comme une extension de l'urbanisation et n'était donc pas en principe proscrit dans les zones d'urbanisation diffuse (CE, 3 avr. 2020, n°419139). Par comparaison, ce sont bien toutes les constructions qui sont interdites dans la bande des 100 mètres (CE, 21 mai 2008, *Assoc. pour le libre accès aux plages et la défense du littoral*, n°297744). Restait à préciser les conditions dans lesquelles un tel agrandissement peut être autorisé, afin d'éviter que, par le jeu de modifications successives et apparemment anodines, on aboutisse à « *la transformation d'un modeste pavillon de chasse en château de Versailles* » (C. Malverti et C. Beauvils, « Spécial plage », *AJDA* 2021, p. 1431), compromettant alors l'objectif de protection du littoral poursuivi par le législateur. À cet égard, le Conseil d'État précise d'abord que le projet d'agrandissement devra être apprécié au regard de la construction initiale ou au regard de l'état de la construction à la date d'entrée en vigueur de la loi littoral, pour celles qui y seraient antérieures. Ce point de référence de l'appréciation, qui était au cœur de la question posée par le tribunal administratif de Bastia, est justement fondé sur la nécessité de désamorcer le risque que les agrandissements successifs n'exercent une influence favorable sur la faisabilité de nouveaux agrandissements. S'agissant des critères d'appréciation en eux-mêmes, le juge est invité à tenir compte de la taille de l'agrandissement *relativement* à celle de la construction initiale mais également *indépendamment* de cette dernière, afin, cette fois-ci, d'éviter de donner une prime aux constructions existantes de dimensions plus imposantes. C'est enfin la nature de l'agrandissement (terrasse, annexe, piscine...) qui devra être analysée, et ce avec rigueur ajoute le rapporteur public, ainsi que son insertion avec la construction initiale (accolée à elle ou, au contraire indépendante). – **Léon BOUJOUT**.

Droits et libertés fondamentaux

Le référé-liberté : Une effectivité présagée

CEDH, 18 avril 2024, *Leroy et autres c. France*, n°32439/19

Le référé-liberté est-il un recours à épuiser pour accéder au prétoire de la Cour ? La solution reste celle de la casuistique, dépendante de la diligence des requérants, de la jurisprudence interne et de la nature de la violation, ce que la Cour vient une nouvelle fois mettre en exergue. Étaient en jeu le référé-liberté et le recours en responsabilité dans le cadre d'allégations de mauvais traitement (fouilles) dans un centre pénitentiaire pendant une grève du personnel. Or, sept des dix requérants n'ont pas épuisé les recours internes et un autre n'a usé que du recours indemnitaire.

Premièrement la Cour rappelle que le recours compensatoire n'a à être épuisé que si la violation a cessé et étant indépendant du recours préventif il ne dispense pas le requérant d'exercer le premier.

Deuxièmement, la saga J.M.B (CEDH, 30 janvier 2021, *J.M.B. et autres c. France*, n°9671/15) avait fait ressortir que le référé-liberté n'était pas un recours à épuiser dans le cadre d'un problème structurel relatif à la surpopulation carcérale à cause des limites des pouvoirs d'injonction du juge du référé. Or, ici, les violations alléguées sont spécifiques et arrêtées dans le temps (cf. CEDH, 6 juillet 2023, *BM c. France*, n°84187/17).

La Cour vient donc une nouvelle fois prendre acte de l'évolution substantielle du référé-liberté puisque le juge procède désormais à un contrôle de la nécessité/proportionnalité et que ses pouvoirs d'injonction permettent un redressement utile ou à dimension collective. Ainsi, en insistant sur la nécessité de laisser à la potentialité du droit interne la possibilité d'être éprouvée, la Cour estime que le rejet des requêtes des deux derniers requérants ne permet pas de présager d'un échec invariable du référé-liberté. Elle conclut donc à l'effectivité de ce dernier tout en confinant son homologation au cas d'espèce et à la nature de la violation. Dès lors, seuls les deux requérants ayant introduit un référé-liberté voient leur requête déclarée recevable. – **Philomène CALVEZ**.

À NOTER

- **Colloque annuel de l'ADFA : « la police administrative »** – Jeudi 6 au vendredi 7 juin 2024 – Université Côte d'Azur (Nice) – Amphithéâtre Cristini (202) – [Programme](#)
- **Parution de l'ouvrage** : F. Tarlet (dir.), *Les biens publics à l'étranger*, éd. Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2024, 238 p.