

Veille Juridique

Novembre 2022



À NE PAS MANQUER CE MOIS-CI ...

ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

- Dommages survenus avant réception : la mise en demeure de l'entrepreneur doit émaner du maître de l'ouvrage ou de son mandataire – **Page 2**

DROIT DE L'URBANISME

- Documents et règles d'urbanisme « Le certificat d'urbanisme opérationnel ne donne pas qualité pour former tierce opposition » - **Page 3**
- La prescription décennale vers une convergence des droits public et privé de la construction – **Page 4**

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

- Possibilité de résilier un marché public pour motif d'intérêt général tiré d'une perte de confiance entre les parties – **Page 6**
- L'abandon de la jurisprudence SMIRGEOMES confirmé par les juges du référé précontractuel – **Page 7**

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

- La procédure d'accès indirect aux fichiers de renseignement – **Page 10**
- Le devoir de réserve s'impose à un salarié privé mis à la disposition d'une collectivité territoriale – **Page 11**

Dommmages survenus avant réception : la mise en demeure de l'entrepreneur doit émaner du maître de l'ouvrage ou de son mandataire

Cour de cassation, civile, 3ème civ, 7 septembre 2022, n° 21-21.382

La mise en demeure s'entend de l'acte par lequel une partie à un contrat interpelle son cocontractant pour qu'il exécute ses obligations. Dans le cadre d'un marché de travaux, elle doit être adressée à l'entrepreneur avant la résiliation de son contrat et émaner du maître de l'ouvrage ou de son mandataire.

C'est en ce sens que la Cour de cassation a rendu un arrêt le 7 septembre 2022. En l'espèce, un maître d'ouvrage avait confié à un maître d'œuvre la conception de logements. Les lots gros œuvre et chauffage-plomberie avaient été pris en charge par un entrepreneur. Le maître d'ouvrage avait notifié à l'entrepreneur la résiliation du marché pour manquement à ses obligations contractuelles. Par la suite, ce dernier a été mis en liquidation judiciaire.

Le maître d'ouvrage, victime de désordres et de trop-versés, a assigné son assureur et le maître d'œuvre en indemnisation de ses préjudices. La Cour d'appel de Colmar a rejeté sa demande au motif que les conditions d'application de la garantie de l'assureur dommages-ouvrages avant réception n'étaient pas réunies.

Le maître d'ouvrage s'est par conséquent pourvu en cassation.

La Cour de cassation a confirmé la décision attaquée en précisant deux éléments importants. Premièrement, sans précision dans les clauses du contrat, la mise en demeure doit émaner du maître d'ouvrage et en aucun cas du maître d'œuvre, celui-ci n'ayant aucun mandat pour agir en ce sens. Deuxièmement, la mise en demeure est une formalité en principe indispensable. Toutefois par exception le maître d'ouvrage peut se dispenser d'adresser une mise en demeure lorsqu'elle s'avère impossible ou inutile notamment en cas de liquidation judiciaire emportant résiliation du contrat de louage d'ouvrage.

En l'occurrence en l'espèce, la résiliation du marché du constructeur lui a été notifié plusieurs mois avant sa mise en liquidation judiciaire, sans mise en demeure préalable par le maître d'ouvrage, emportant par conséquent la non-application de la garantie dommages-ouvrages avant réception.

Documents et règles d'urbanisme

« Le certificat d'urbanisme opérationnel ne donne pas qualité pour former tierce opposition »

Conseil d'Etat, le 27 septembre 2022 n° 451013

Il existe deux types de certificat d'urbanisme : le certificat d'urbanisme information et le certificat d'urbanisme opérationnel.

Le certificat d'urbanisme opérationnel renseigne sur la faisabilité d'un projet notamment de construction, pour autant, le certificat d'urbanisme ne constitue pas une autorisation d'urbanisme et par conséquent ne donne pas un droit à la construction.

Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la qualité conférée par le certificat d'urbanisme pour former tierce opposition.

À la suite de l'adoption d'un Plan Local d'Urbanisme, qui classe en zone constructible des parcelles précédemment situées en zone non constructible du Plan d'Occupation des Sols, par une commune, un propriétaire dont la parcelle était devenue constructible avait obtenu un certificat d'urbanisme opérationnel en vue de la construction d'une maison.

Le P.L.U avait été attaqué et le classement opéré avait finalement été annulé par le tribunal administratif saisi.

Le propriétaire en possession du certificat d'urbanisme opérationnel, avait souhaité contester le jugement d'annulation en formant tierce opposition ce qui lui a dénié le juge administratif se fondant sur l'article R. 832-1 du Code de justice administrative. On rappelle que la tierce opposition est ouverte à toute personne lorsqu'une décision juridictionnelle préjudicie à ses droits dès lors qu'elle n'est ni présente, ni représentée ou régulièrement appelée dans l'instance ayant abouti à cette décision.

Le Conseil d'Etat dans son arrêt, a considéré que si un certificat d'urbanisme opérationnel confère bien le droit à l'examen d'une demande de permis de construire au regard des dispositions d'urbanisme applicables à la date du certificat, il ne lui confère aucunement un droit à construire

suffisamment caractérisé pour rendre recevable le propriétaire à former tierce opposition à l'encontre d'une telle décision d'annulation.

Cet arrêt conforte la position du Conseil d'Etat en ce qui concerne la recevabilité de la tierce opposition. En effet, dans un arrêt du 21 juin 2017 n° 396427 le juge avait déjà considéré qu'un propriétaire titulaire d'un permis de construire délivré sur le fondement de dispositions annulées du P.L.U, n'était pas recevable à former tierce opposition à la décision ayant fait droit, totalement ou partiellement, à la demande d'annulation du document d'urbanisme.

Domages survenus avant réception : la mise en demeure de l'entrepreneur doit émaner du maître de l'ouvrage ou de son mandataire

Conseil d'Etat, 12 avril 2022, Société Arest, n° 448946

Par principe, en droit administratif, la responsabilité contractuelle s'éteint lors de la réception des travaux. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle des constructeurs après réception est donc limitée à quelques rares exceptions. Un tel contexte explique pourquoi le Conseil d'Etat se positionne aussi tardivement sur l'application de l'article 1792-4-3 du Code civil.

L'article 1792-4-3 du Code civil, créé par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, dispose qu' : « En dehors des actions régies par les articles 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux ». L'article 2224 du Code civil dispose quant à lui que : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». En conséquence, les actions en responsabilité contractuelles des constructeurs entre eux, se prescrivent par 5 ans à compter de la manifestation du dommage.

Par une décision rendue le 12 avril 2022, la Haute Juridiction administrative a enfin apporté des précisions en matière de responsabilité contractuelle, en fixant elle-même le délai de prescription du maître de l'ouvrage à l'encontre du maître d'œuvre.

En l'espèce, la construction du musée Historial de la Vendée avait donné lieu à un contentieux opposant le Département de la Vendée, maître d'ouvrage, et la société Arest en charge d'un des lots du marché de travaux. En 2011, la société avait obtenu gain de cause en faisant condamner le Département de la Vendée à lui verser la somme de 660 218,26 euros à différents titres. Ce montant correspondait d'une part, à des surcoûts provenant de la réalisation de plans d'exécution et de notes de calcul dont la société n'était pas contractuellement redevable et d'autre part, à des surcoûts générés par la modification du plan constructif initial.

Par la suite, le Département de la Vendée avait formé un recours devant le Tribunal administratif de Nantes (action distincte), afin de demander la condamnation des membres du groupement de maîtrise d'œuvre. Le Département

considérait que les surcoûts étaient imputables aux fautes commises par ce groupement. Le département de la Vendée espérait obtenir une réparation équivalente à la somme versée à l'entreprise de travaux. Le tribunal administratif a pourtant rejeté la demande du Département. En revanche, la Cour administrative d'appel l'a satisfaite par un arrêt rendu le 20 novembre 2020.

À la suite de ce jugement, une des membres du groupement, la société Arest, a décidé de former un pourvoi en cassation. La société requérante fondait principalement son action sur le délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle du Département de la Vendée. Elle considérait que cette action était prescrite et que l'article 1792-4-3 du Code civil n'avait pas lieu de s'appliquer. Selon elle, seule la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil devait jouer, l'action du Département devant être regardée comme exercée entre constructeur.

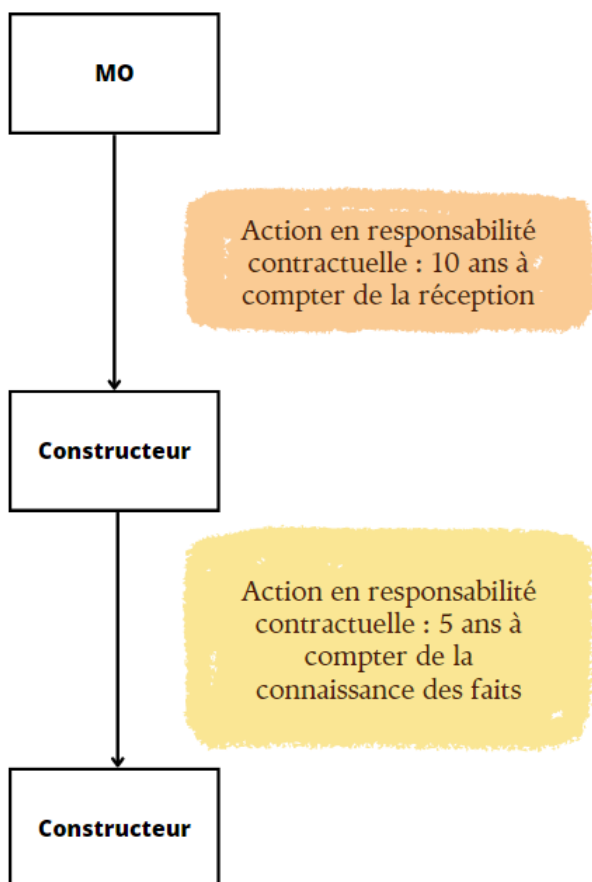
Telle n'a pas été la décision du Conseil d'Etat qui rappelle à cette occasion, qu'il « *ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'action en responsabilité contractuelle sur laquelle la cour administrative d'appel de Nantes s'est prononcée dans l'arrêt attaqué, était dirigée par le département de la Vendée, maître d'ouvrage, contre certains membres du groupement de maîtrise d'œuvre, notamment la société Arest, ayant la qualité de constructeurs au sens des dispositions précitées de l'article 1792-4-3 du code civil applicable à une telle action alors même qu'elle ne concerne pas un désordre affectant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination* ». Dès lors, le juge de cassation décide d'appliquer la prescription décennale de l'article 1792-4-3 du Code civil aux actions en responsabilité contractuelle dirigées contre les constructeurs.

La Haute Juridiction administrative a considéré que le juge d'appel n'avait donc pas commis d'erreur de droit « *en estimant que ces dispositions et le délai de prescription décennale qu'elles prévoient étaient applicables au litige, et en écartant par suite l'application du délai de prescription de droit commun de cinq ans prévus par l'article 2224 du Code civil* ».

En ce sens, le Conseil d'Etat juge que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes.

Cette décision rendue le 12 avril 2022 par le Conseil d'Etat, affirme un alignement de position avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cette dernière avait jugé dans un arrêt deux ans plus tôt, que l'article 1792-4-3 du Code civil était inscrit dans un chapitre consacré aux contrats *de louage d'ouvrage et d'industrie*, et n'avait donc : « *vocation à s'appliquer qu'aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants* ». A cette occasion, le juge de cassation avait rajouté que : « *fixer la date de réception comme point de départ du délai de prescription de l'action d'un constructeur contre un autre constructeur pourrait avoir pour effet de priver le premier, lorsqu'il est assigné par le maître de l'ouvrage en fin de délai d'épreuve, du droit d'accès à un juge* » (Cass 3ème, 16 janvier 2020, n° 18-25.915).



Possibilité de résilier un marché public pour motif d'intérêt général tiré d'une perte de confiance entre les parties

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 11 octobre 2022, n° 21BX02814

Le Grand port maritime de Guyane avait conclu, avec un groupement d'entreprises, un marché de services portant sur le contrôle technique et réglementaire de deux grues électriques sur rails permettant la manutention de conteneurs.

Après avoir manifesté son mécontentement à l'occasion de plusieurs correspondances, puis mandaté une société spécialisée dans l'expertise opérationnelle afin que celle-ci rende un avis sur l'exécution du marché par le Groupement, l'acheteur public avait finalement prononcé la résiliation du marché « *pour motif d'intérêt général tiré d'une perte de confiance* ».

Suite à cette décision, le Groupement avait saisi le Tribunal administratif de Guyane, contestant notamment la résiliation du marché et son motif.

N'ayant obtenu gain de cause en première instance, le Groupement avait saisi la Cour administrative de Bordeaux laquelle a confirmé dans l'arrêt ici commenté, la régularité de la résiliation du marché. Elle estime en effet que les échanges de courriers ainsi que le fait que l'acheteur public ait diligenté une entreprise pour rendre un avis sur l'exécution du marché par le Groupement, témoignent « *d'une profonde détérioration des relations contractuelles, née d'une perte de confiance entre les parties faisant obstacle à la poursuite du contrat, et ont justifié par suite la résiliation unilatérale, pour ce motif, du marché en cause* ».

Il s'agit d'une décision inédite justifiée par les faits spécifiques de l'espèce et par conséquent, à invoquer avec précautions.

L'abandon de la jurisprudence SMIRGEOMES confirmé par les juges du référé pré-contractuel

Tribunal administratif de Lyon, 28 octobre 2022, n° 2207396, société Ocalia c/ Métropole de Lyon

Par son interprétation stricte de la notion d'intérêt à agir, la jurisprudence SMIRGEOMES avait drastiquement limité les possibilités de recours au référé précontractuel. L'abandon de cette jurisprudence par le Conseil d'Etat aujourd'hui reprise par les juges de première instance ouvre de nouvelles perspectives.

Une décision inédite et très récentes du Tribunal administratif de Lyon (Tribunal administratif de Lyon, 28 octobre 2022, n° 2207396, société Ocalia c/ Métropole de Lyon) est venue confirmer l'évolution de la jurisprudence en matière de recevabilité d'un recours en référé précontractuel et préciser le contrôle exercé par le juge administratif sur l'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur.

La jurisprudence SMIRGEOMES définitivement abandonnée

On sait que dans un arrêt du 24 mars 2021 la Cour de Justice de l'Union européenne a rappelé aux états membres que le droit à un recours efficace que constitue le référé précontractuel ne doit pas être subordonné à une condition de recevabilité qui serait tirée du lien entre le manquement invoqué et la décision d'exclusion ou de rejet.

La Cour de justice a ainsi précisé que :

« 31 [...] la Cour a jugé que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les soumissionnaires, dont l'exclusion est demandée, ont un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres soumissionnaires aux fins de l'obtention du marché (voir, en ce sens, arrêt du 4 juillet 2013, *Fastweb*, C 100/12, EU:C:2013:448, point 33). Au point 27 de l'arrêt du 5 avril 2016, *PFE (C 689/13, EU :C:2016:199)*, la Cour a considéré que, d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre soumissionnaire obtienne directement le marché aux termes de la même procédure et, d'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion des deux soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché.[...] »

« 41 Il en ressort que le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un

*autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue ». (Pour un commentaire de cet arrêt voir *Les voies de recours des candidats évincés à la passation des contrats de la commande publique : de nouvelles perspectives*, Aldo Sevino, *Contrats Publics* – 231 - Mai 2022).*

Cet appel à un retour à une jurisprudence plus efficace et surtout plus respectueuse des droits des concurrents évincés va à l'encontre de la jurisprudence SMIRGEOMES (Conseil d'État, Section du Contentieux, 03 octobre 2008, 305420) dont les interprétations restrictives avaient abouti à dénaturer le concept même de référé précontractuel rendant ce dernier, en pratique, impossible.

Dans un arrêt important du 11 avril 2021, n° 354652 le Conseil d'Etat a suivi la voie ouverte par la CJUE en abandonnant sa jurisprudence SMIRGEOMES. La Haute juridiction a ainsi accepté d'apprécier de manière plus libérale l'intérêt à agir d'un requérant dans le cadre d'un référé précontractuel, tournant le dos à sa précédente jurisprudence :

« Considérant, en outre, que ni la recevabilité de la candidature de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, ni le caractère approprié, régulier et acceptable de son offre ne sont contestés ; que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible de l'avoir lésée, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres ; »

Désormais, la décision de sélectionner l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu (en l'espèce, une offre anormalement basse) est susceptible de léser le candidat dont l'offre a quant-à-elle été déclarée irrégulière.

L'évolution est radicale. Il n'est plus besoin de justifier d'une relation entre le manquement invoqué à l'appui d'un recours en référé précontractuel et la situation singulière du requérant.

Bien évidemment, cette dernière évolution de la conception de l'intérêt à agir du requérant ne signifie pas un retour à la situation antérieure à la Jurisprudence SMIRGEOMES qui voyait les juridictions saisies de recours en référés

précontractuels annuler des procédures de passation de marchés publics au motif que les défauts de publicité et de mise en concurrence avaient eu pour effet d'écartier d'autres entreprises. Le requérant n'est pas un procureur ou un contrôleur de légalité. Il ne peut invoquer que des moyens qui seraient de nature à lui permettre de présenter une offre.

Telle est le cas par exemple de l'entreprise dont l'offre a été déclarée irrecevable et qui a donc un intérêt à voir annuler la procédure d'attribution du marché pour répondre à une nouvelle consultation.

En résumé, l'intérêt à agir n'est plus limité au contrôle de l'effet du moyen invoqué sur la situation immédiate de l'entreprise, mais s'élargit à la vérification de tous les moyens susceptibles de produire un effet sur la procédure elle-même.

Tel est le cas qu'a eu à connaître le tribunal administratif de Lyon dans une affaire opposant un opérateur économique à la Métropole de Lyon.

En l'espèce parmi les manquements invoqués par l'un des candidats non retenus figurait l'inadéquation de la formule utilisée par l'acheteur public pour noter les offres de prix. L'entreprise requérante reprochait à la formule utilisée par la Métropole de Lyon de produire des effets aberrants. En effet, l'application de la formule avec l'estimation communiquée par l'acheteur public aboutissait à attribuer une note négative au candidat qui proposait un montant égal à cette estimation.

Or, on sait que le Conseil d'Etat juge irrégulière les notations négatives (Conseil d'Etat du 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532) :

« 9. Considérant, en cinquième lieu, que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives ; qu'en effet une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats ; qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le département de la Guadeloupe a adopté, pour la notation sur le critère du prix, une méthode le conduisant à attribuer des notes négatives à certains candidats ; que, ce faisant, il a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; »

Sans revenir sur le fond de la décision critiquable par ailleurs, il est intéressant de relever que le Tribunal administratif de Lyon n'a pas écarté le recours pour défaut d'intérêt à agir du requérant au motif que la note qui aurait pu lui être attribuée aurait modifier le classement. L'intérêt à agir n'était donc pas subordonné à la démonstration d'une relation directe entre le manquement et l'exclusion de l'offre du requérant.

Ce raisonnement a été suivi par le juge pour chacun des moyens développés devant lui. A aucun moment l'argument de droit ou de fait qui lui était présenté n'a été examiné au regard de ses conséquences directes pour le requérant.

Sur ce point, la décision du Tribunal administratif de Lyon du 28 octobre 2022 confirme l'évolution jurisprudentielle que les praticiens attendaient et doit être louée.

Sur un autre point elle confirme en revanche une jurisprudence du Conseil d'Etat qui devrait pourtant être abandonnée en application du principe de transparence.

La communication de la méthode de notation n'est toujours pas une obligation.

L'ordonnance du 21 octobre 2022 du tribunal administratif de Lyon réaffirme l'absence d'obligation du pouvoir adjudicateur « (...) d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés ».

Cette position habituelle du Conseil d'Etat (voir en ce sens CE, 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-mer, n° 459678, AJDA, n° 32/2022 du 3 octobre 2022, p. 1847 et suivantes) n'est pas partagée par les juridictions de nombreux pays européens dont l'Italie par exemple.

La jurisprudence du Conseil d'Etat nous semble en effet critiquable. En reconnaissant au pouvoir adjudicateur le droit de ne pas communiquer par exemple la formule de prix qu'il envisage d'utiliser, l'acheteur ne respecte pas selon nous l'obligation de transparence qui s'impose à lui. Il ne s'agit pas de sous-entendre que profitant de cette absence de communication le pouvoir adjudicateur pourrait adapter au dernier moment la formule de notation pour faciliter l'accès au marché à certaines entreprises. Nous ne doutons pas de l'intégrité des pouvoirs adjudicateurs.

En revanche, le défaut de communication interdit de fait aux opérateurs économiques d'optimiser leurs offres puisque maintenus dans l'ignorance des attentes de l'acheteur public.

L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour une plus grande transparence et un meilleur accès au juge du référé précontractuel est en bonne voie. Elle n'est cependant pas encore achevée.

La procédure d'accès indirect aux fichiers de renseignement

Conseil d'Etat, 21 octobre 2022, n° 459497 et 458012

La procédure d'accès aux fichiers de renseignement est une procédure importante pour tout individu, notamment quand celui-ci doit se défendre d'accusation pénale. Elle permet de prendre connaissance des informations que l'Etat possède. Cette procédure peut aussi permettre d'effacer les informations obtenues de manière illicite et donc d'empêcher leur utilisation dans une quelconque procédure.

Dans deux récents arrêts, le Conseil d'Etat a précisé les conditions d'accès indirect aux fichiers de renseignement.

Il a d'abord rappelé dans le premier arrêt : *« Qu'un requérant n'est recevable à saisir le Conseil d'Etat [...] que s'il a, au préalable, saisi la CNIL d'une demande d'accès indirect à un traitement et que si cette dernière l'a informé du refus de communication opposé par le responsable du traitement ou n'a pas répondu dans le délai qui lui est imparti. »*

En l'espèce, le requérant n'avait pas saisi la CNIL et donc ne pouvait pas saisir le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat confirme à cette occasion que seule la saisine préalable auprès de la CNIL permet de saisir le juge administratif avant éventuellement de permettre l'accès à des fichiers de renseignement.

Dans son second arrêt le Conseil d'Etat a fixé une limite à l'accès aux fichiers de renseignement.

Le juge administratif a en effet rappelé que dans certaines circonstances, la requête pouvait être rejetée : *« [...] la formation spécialisée du Conseil d'Etat ne peut communiquer au requérant des données protégées par le secret de la défense nationale, ni enjoindre au responsable du traitement de le faire. »*

Ainsi, la demande d'accès indirect au renseignement peut être refusée en raison du secret-défense et de la sécurité nationale.

Le devoir de réserve s'impose à un salarié privé mis à la disposition d'une collectivité territoriale

Chambre sociale de la Cour de cassation, 19 octobre 2022, n° 21-12.370

La Haute Juridiction judiciaire a récemment rendu une décision intéressante concernant les principes de neutralité et de laïcité qui s'imposent aux salariés des structures de droit privé, mis à la disposition d'une collectivité territoriale.

En l'espèce, M.Z. conseiller en insertion sociale et professionnelle au sein de l'association Mission locale du pays saronais depuis 2009, avait été mis à disposition d'une commune en mai 2015 pour exercer ses fonctions dans le cadre d'un dispositif visant à apporter un accompagnement particulier à des jeunes en difficulté dans le cadre d'un parcours d'insertion professionnelle.

En décembre 2015, la mission locale avait licencié M.Z. pour faute grave au motif que ce dernier avait publié sur un réseau social « des propos incompatibles » avec l'exercice de ses missions. Il s'agissait d'une critique à l'égard du parti Les Républicains et du Front national, ainsi que « des appels à la diffusion du Coran, accompagnés de citations sourates appelant à la violence ».

Par la suite, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait cru devoir annuler le licenciement. Cette dernière, au regard de l'article L.1132-1 du Code du travail, avait considéré en effet que l'employeur avait discriminé le salarié qui avait exprimé dans l'espace public, ses convictions politiques et religieuses.

La Cour de cassation a censuré le raisonnement de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Pour cela, le juge rappelle en premier lieu, que « **les principes de laïcité et de neutralité du service public qui résultent de l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé** ».

Le juge estime en se fondant sur deux arrêts de jurisprudence rendus en 2013 (Soc. 19 mars 2013, n° 11-28-845 ; Soc.19 mars 2013, n° 12-11.690) et sur les articles L.5314-1 et L.5314-2 du Code du travail que « **les missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes constituées sous forme d'association sont des personnes de droit privé gérant un service public** ».

Enfin, au regard de l'article 61-1 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et de l'article 11 du décret 18 juin 2008

relatif au régime de la mise à disposition applicable aux collectivités et aux établissements publics locaux, la Cour de cassation a considéré que « le salarié de droit privé mis à disposition d'une collectivité publique territoriale est soumis aux principes de laïcité et de neutralité du service public et dès lors à une obligation de réserve en dehors de l'exercice de ses fonctions ».

De ce fait, cette décision est importante puisqu'elle admet qu'un salarié de droit privé, employé par une mission locale pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes et mis à disposition d'une collectivité territoriale, est soumis aux principes de laïcité et de neutralité du service public qui s'applique à cette collectivité et induit donc une obligation de réserve en dehors même de l'exercice de ses fonctions.

On rappelle que le devoir de réserve dudit personnel correspond à l'obligation pour tout agent public de faire preuve de retenue dans l'expression écrite et orale de ses opinions personnelles, pendant et en dehors du temps de travail.

Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence n'a pas donné de base légale à sa décision.

En effet, en annulant le licenciement au motif que l'employeur avait discriminé le salarié, le juge du fond n'a pas vérifié « **si la consultation du compte Facebook du salarié permettait son identification en qualité de conseiller d'insertion sociale et professionnelle affecté au sein de la commune de [Localité 3], notamment par les jeunes en difficulté auprès desquels le salarié exerçait ses fonctions, et si, au regard de la virulence des propos litigieux ainsi que de la publicité qui leur était donnée, lesdits propos étaient susceptibles de caractériser un manquement à l'obligation de réserve du salarié en dehors de l'exercice de ses fonctions en tant qu'agent du service public de l'emploi mis à la disposition d'une collectivité territoriale, en sorte que son licenciement était justifié par une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du code du travail, tenant au manquement à son obligation de réserve** ».