

# Droit administratif

**Gweltaz Eveillard**, professeur à la faculté de droit et de science politique de Rennes  
Institut du droit public et de la science politique

La présente chronique couvre la période allant du 1<sup>er</sup> septembre au 30 novembre 2011. Celle-ci aura été marquée par des arrêts importants : s'ils ne sont sans doute pas, au sens propre, des « grands » arrêts, certains présentent incontestablement un caractère novateur et marquant, en particulier les deux arrêts de section du 14 octobre. À côté de ceux-ci, d'autres décisions précisent ou complètent des solutions déjà existantes. L'actualité législative et réglementaire aura, pour sa part, été marquée, outre par une modification de détail du Code des marchés publics (*D. n° 2011-1000, 25 août 2011*), par deux dispositifs issus de la loi de finances rectificative n° 2011-900 du 29 juillet 2011 : l'un rétablit un droit de timbre – plus précisément nommée contribution pour l'aide juridique – pour l'accès à la juridiction administrative – comme, au demeurant, à toute juridiction (*L. n° 2011-900, art. 54 ; D. n° 2011-1202, 28 sept. 2011*) – l'autre crée un fonds d'indemnisation des victimes du Benfluorex – autrement dit du Mediator (*L. n° 2011-900, art. 57*).

## 1. Les sources

(...)

## 2. Les organes

### A. - Les organes de l'État

(...)

### B. - Les collectivités locales

(...)

### C. - Les institutions spécialisées

1 - L'application des stipulations de l'article 6, § 1 de la Convention EDH aux procédures de sanction devant les autorités administratives ou publiques indépendantes continue à susciter de nombreuses incertitudes, compte tenu des termes extrêmement généraux dans lesquels elle est consacrée (*CE, ass., 3 déc. 1999, n° 207434, Didier ; JurisData n° 1999-051201 ; Rec. CE 1999, p. 399 ; JCP G 2000, II, 10267, note F. Sudre ; AJDA 2000, p. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RD publ. 2000, p. 349, note C. Guettier ; RFDA 2000, p.*

*584, concl. A. Seban*) : le Conseil d'État vient cependant de clarifier le sort du pouvoir d'autosaisine attribué à certaines de ces autorités – en l'espèce la Haute Autorité de lutte contre le dopage (*CE, 9 nov. 2011, n° 341658, Benzoni ; JurisData n° 2011-024487 ; JCP A 2011, act. 721, obs. Ch.-A. Dubreuil*).

Cette dernière s'était en effet autosaisie d'une affaire déjà sanctionnée par la fédération sportive compétente, pour lui infliger une sanction plus sévère. Le requérant contestait la conformité de cette procédure, prévue par une disposition législative du Code du sport (*art. L. 232-22*) à la fois par rapport à la Constitution et par rapport à l'article 6, § 1, les deux moyens se fondant sur la violation d'un même principe, celui du non-cumul des autorités de poursuite et des autorités de jugement, qui est un élément d'un principe plus général d'impartialité.

Si le premier moyen, qui avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, a été rejeté par le Conseil d'État comme ne présentant pas une question sérieuse et nouvelle (*CE, 11 mars 2011, n° 341658 QPC, Benzoni ; JurisData n° 2011-003223*), le second pouvait soulever l'intérêt. En effet, nombre d'arrêts rendus à propos de l'application de l'article 6, § 1 aux procédures de sanction devant les autorités indé-

pendantes concernent le cumul de fonctions de poursuite et de jugement, à commencer par l'arrêt fondateur, qui concernait la participation du rapporteur au délibéré (CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier, préc.*). L'autosaisine, pour sa part, ne faisait jusqu'à présent pas l'objet d'une condamnation de principe de la part du Conseil d'État, dès lors que ses termes ne préjugent pas de la matérialité des faits ou de leur caractère répréhensible (CE, sect., 20 oct. 2000, n° 180122, *Sté Habib Bank Ltd* ; *JurisData* n° 2000-061179 ; *Rec. CE* 2000, p. 433 ; *JCP G* 2001, II, 10459, *concl. F. Lamy* ; *AJDA* 2001, p. 1001, *chron. M. Guyomar et P. Collin* ; p. 1071, *note P. Subra de Bieusses*). Le Conseil d'État réitère cette position en des termes particulièrement nets et juge qu'en l'espèce, la décision initiale de l'Association française de lutte contre le dopage (AFLD) de s'autosaisir « ne prend aucunement parti, à ce stade, sur l'établissement ou sur la qualification des faits visés » : seule l'instruction ultérieure, menée dans le respect des droits de la défense, permettra de statuer sur ces points. Quant au fait que les agissements en cause aient déjà donné lieu à une sanction, qui constitue l'originalité de l'espèce, il n'est pas évoqué dans la justification de la solution retenue par le Conseil d'État : il est vrai que l'article L. 232-22 du Code du sport n'implique nullement que l'autosaisine de l'AFLD en pareil cas soit nécessairement motivée par la volonté d'aggraver la sanction, puisqu'il fait seulement allusion à son pouvoir de réformer – dans un sens ou dans l'autre – les décisions de la fédération sportive. Quand bien même elle le serait, c'est sous réserve que l'instruction devant l'AFLD confirme la matérialité des faits et leur caractère répréhensible. Ce faisant, le Conseil d'État confirme une conception de l'application de l'article 6, § 1 aux autorités administratives et publiques indépendantes plus souple que celle du juge judiciaire qui, sans prohiber l'autosaisine, exige que les fonctions de poursuite et de jugement ne soient pas exercées par la même personne (CA Paris, ch. 1, sect. H, 27 nov. 2001, *CNCA* ; *JurisData* n° 2001-184730 ; *D.* 2002, p. 2043, *note A. Reygrobellet*).

### 3. Les missions

#### A. - Les polices

2 - L'assemblée du contentieux du Conseil d'État vient, par trois arrêts rendus le même

jour, de déterminer les pouvoirs du maire en matière de réglementation de l'installation d'antennes relais de téléphonie mobile sur le territoire de sa commune (CE, ass., 26 oct. 2011, n° 326492, n° 329904, n° 341767 et 341768, *Cne de Saint-Denis, Cne des Pennes-Mirabeau, SFR*, 3 arrêts ; *JurisData* n° 2011-023103 ; *JurisData* n° 2011-023109 ; *JurisData* n° 2011-023113 ; *JCP G* 2012, note 60, *D. Del Prete et J.-V. Borel* ; *JCP A* 2012, 2004, note *N. Charmeil* ; *JCP A* 2012, 2005, note *Ph. Billet*). Certains maires ont eu en effet tendance, ces dernières années, et sous la pression de leurs administrés, à user de leurs pouvoirs de police administrative générale pour adopter des mesures limitant l'installation de ces antennes. Ces mesures étaient motivées par des considérations tirées de la sécurité et de la salubrité publiques, en l'occurrence la protection des personnes contre les ondes émises par ces antennes. Saisi de recours contre trois de ces arrêtés municipaux, le Conseil d'État annule ces derniers, en dégageant les règles de concours de la police administrative générale et la police spéciale des communications électroniques. Cette dernière est organisée par diverses dispositions du Code des postes et des communications électroniques. Il s'agit d'une police reposant, pour ce qui concerne l'installation des antennes relais, sur un système d'autorisation préalable, et confiée à l'État, plus précisément au ministre chargé des Communications électroniques, à l'ARCEP et à l'Agence nationale des fréquences (plus spécialement compétente pour délivrer les autorisations). Le code définit également les exigences de sécurité publique qui doivent présider à l'octroi des autorisations.

De ces dispositions, le Conseil d'État déduit un principe d'exclusion du concours de cette police avec la police administrative générale. S'il ne s'en justifie pas spécialement, et si la loi ne prévoit nullement une telle exclusion, il est vraisemblable que la définition de l'ordre public protégé par la police spéciale a joué un rôle majeur. Plus il est proche de celui que pourrait poursuivre la police générale, moins le concours des deux polices est envisageable (V. CE, 20 juill. 1935, *Sté Éts SATAN* ; *Rec. CE* 1935, p. 847), puisqu'il reviendrait à confier à une autorité autre que celle prévue par la loi la possibilité de prendre des mesures poursuivant un but similaire à celles prises par les autorités de police spéciale. Du coup,

la primauté du spécial sur le général ne serait plus vraiment assurée, sachant que les deux polices ne se distinguent plus alors que par leurs titulaires et les pouvoirs qu'ils peuvent mettre en œuvre.

Les arrêts du 26 octobre règlent un ultime point : celui de l'invocabilité du principe de précaution pour justifier l'immixtion du maire dans le champ de la police des communications électroniques. Sans prendre parti sur l'effet direct du principe posé par l'article 5 de la Charte de l'environnement (lequel semble admis par la jurisprudence antérieure), le Conseil d'État se borne à relever que ce principe ne s'applique aux autorités publiques que dans le cadre de leurs compétences, et ne saurait leur conférer une habilitation à les dépasser : il ne s'agit donc pas d'un principe d'urgence, ou de circonstances exceptionnelles, permettant un assouplissement de la légalité.

De ces considérants de principe, communs aux trois arrêts, on pourrait penser que le concours entre les deux polices est purement et simplement interdit. La réalité est plus nuancée : le Conseil d'État s'est en effet fendu d'un communiqué pour indiquer que cette prohibition du concours de polices ne concerne que le pouvoir de réglementation. Le maire serait donc compétent pour prendre des mesures individuelles concernant une antenne donnée, en cas de circonstances locales exceptionnelles. On retrouve ainsi, en ce qui concerne les mesures individuelles, des modalités de cumul guère éloignées de celles qui règlent le concours entre police administrative générale et police des installations classées - hypothèse dans laquelle l'intervention de la police générale est possible en cas de péril imminent (CE, 15 janv. 1986, *Sté Pec-Engineering* ; *Rec. CE* 1986, p. 635 ; *AJDA* 1986, p. 191, *obs. L. Richer*) - et qui témoignent de conditions de cumul particulièrement restrictives (à comparer avec les simples circonstances locales particulières qui permettent à l'autorité de police générale de s'immiscer dans le champ de la police du cinéma : CE, sect., 18 déc. 1959, *Sté Les films Lutetia* ; *Rec. CE* 1959, p. 693 ; *AJDA* 1960, I, p. 20, *chron. M. Combarrous et J.-M. Galabert* ; *D.* 1960, *jurispr.* p. 171, *note P. Weil* ; *JCP G* 1961, II, 11898, *note P. Mimim* ; *Rev. adm.* 1960, p. 31, *note P. Juret* ; *S.* 1960, p. 9, *concl. H. Mayras*).

3 - Existe-t-il une spécificité du pouvoir réglementaire de police administrative

générale au niveau national par rapport au pouvoir réglementaire général ? Certes oui, mais pas du point de vue de l'autorité compétente, comme vient de le confirmer le Conseil d'Etat dans un cas de figure jusqu'alors inédit (CE, 23 nov. 2011, n° 345021, Assoc. France Nature environnement JurisData n° 2011 026012)

Etait en cause la réglementation par le Premier ministre de la circulation des hélicoptères dans les zones à forte densité de population. Plus précisément, le chef du Gouvernement, tout en fixant lui-même certaines des règles de cette circulation, avait habilité le ministre chargé de l'Aviation civile à les compléter. Or, parmi les nombreux moyens invoqués à l'appui de la contestation du décret, figurait l'incompétence négative du Premier ministre. S'il n'était pas placé au premier plan de l'argumentation de la requérante, il était incontestablement le plus original.

On sait, en effet, que le pouvoir réglementaire de police administrative générale au niveau national s'est construit en marge des dispositions constitutionnelles successives relatives au pouvoir réglementaire (CE, 8 août 1919, Labonne Rec CE 1919, p 737). Si l'accent a été mis parfois sur l'autorité compétente pour exercer ce pouvoir de police, c'est sans doute à tort. En effet, en ce qui concerne ce titulaire, le Conseil d'Etat choisit invariablement celui du pouvoir réglementaire général : président de la République sous la III<sup>e</sup> République (Aff Labonne, préc.), président du Conseil sous la IV<sup>e</sup> (CE, ass., 13 mai 1960, SARL Restaurant Nicolas Rec CE 1960, p 324), Premier ministre enfin sous la V<sup>e</sup> (CE, 2 mai 1973, Assoc. culturelle des Israélites nord-africains de Paris Rec CE 1973, p 313). En témoigne la référence occasionnelle – mais pas en l'espèce – aux articles 21 et 37 de la Constitution pour fonder ce pouvoir (CE, 4 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve Rec CE 1975, p 330). En revanche, au-delà du cas du seul Premier ministre, il n'existe aucune spécificité du pouvoir de police en termes de compétences. C'est ainsi que le Premier ministre peut habilitier un ministre à agir dans les conditions de l'article 21 de la Constitution, de même d'ailleurs que le président de la République serait compétent pour signer une mesure de police délibérée en Conseil des ministres ou que la loi pourrait confier un pouvoir de police générale à une autorité autre que le Premier ministre – ministre ou autorité administrative ou publique indé-

pendante. La véritable spécificité du pouvoir réglementaire de police tient en réalité à ce qu'il ignore la distinction des domaines de la loi et du règlement et peut réglementer en toute matière où l'ordre public serait en cause (CE, 17 févr. 1978, Assoc. dite « Comité pour léguer l'esprit de la Résistance » Rec CE 1978, p 82), à condition de se conformer aux dispositions législatives s'il en existe (CE, 19 mars 2007, n° 300467, Mme Le Gac et a JurisData n° 2007-071624, Rec CE 2007, p 123, JCP A 2007, 2225, note D Maillard Desgrées du Loû, RFDA 2007, p 770, concl L Derepas)

## B. - Les services publics

( )

## 4. Les actes

## 5. Les principes d'action

### A. - Le principe de légalité

( )

### B. - Le principe de responsabilité

4 - Il est aujourd'hui rare que le Conseil d'Etat ait l'occasion, hors du cas de l'application de législations nouvelles, de trancher pour la première fois des questions juridiques inédites. C'est ce à quoi il vient de procéder s'agissant de la responsabilité de l'Etat du fait des coutumes internationales (CE, sect., 14 oct. 2011, n° 329788, Mme Saleh et a. JurisData n° 2011 021633, AJDA 2011, p 2482, note C Broyelle, Dr adm 2011, comm 101, note F Melleray)

L'applicabilité de ces dernières dans le droit français est, il est vrai, des plus réduites. Elles ne bénéficient pas de la valeur supra-législative réservée par l'article 55 de la Constitution aux seuls traités et accords internationaux, et ne peuvent donc s'appliquer qu'à défaut de loi nationale contraire (CE, ass., 6 juin 1997, n° 148683, Aquarone Rec CE 1997, p 206, concl G Bacheher, JCP G 1997, II, 22945, note G Teboul, AJDA 1997, p 570, chron D Chauvaux et T-X Grardot). Le Conseil d'Etat, dans le présent arrêt, semble d'ailleurs contribuer à éclaircir une

incertitude sur leur place dans la hiérarchie des normes, lorsqu'il déclare la coutume applicable dès lors qu'elle n'est écartée par aucune disposition législative. On peut comprendre par là – mais cela méritera confirmation plus explicite – qu'un simple règlement ne pourrait écarter une coutume internationale, et que celle-ci n'a donc pas une portée purement supplétive mais une valeur infra législative et supra réglementaire (restera donc à savoir si un principe général du droit français peut y déroger).

S'agissant du problème principal posé par l'arrêt, celui d'une éventuelle responsabilité de la France du fait de l'application par elle d'une coutume internationale – en l'occurrence celle selon laquelle les Etats bénéficient par principe d'une immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger – le Conseil d'Etat étend à ce cas de figure le régime de responsabilité du fait des conventions internationales (CE, ass., 30 mars 1966, Cie gen d'énergie radio-électrique Rec CE 1966, p 257, AJDA 1966, p 350, chron J-P Puissechot et J-P Lecat, D 1966, p 582, note J-F Lachaume, JCP G 1967, II, 15000, note J Dehaussy, RDP 1967, p 774, concl M Bernard et p 995, note M Waline), qui est aussi celui de la responsabilité du fait des lois (CE, ass., 14 janv 1938, Ste des produits laitiers La Fleurette Rec CE 1938, p 25, D 1938, 3, p 41, concl Roujou, note L Rolland, RDP 1938, p 87, note G Jeze, S 1938, 3, p 25, concl, note P Laroque). Le fondement de cette responsabilité réside dans l'alinéa 14 du Preamble de 1946, par lequel la France accepte d'appliquer la coutume internationale – ce qui fait que, même si elle n'est pas à l'origine de son adoption, comme pour une loi, et n'a pas donné son acceptation expresse et casuelle à l'appliquer, comme pour une convention internationale, l'application de la coutume et le préjudice qui en résulte peuvent lui être imputés.

Il s'agit de la solution la plus logique, des lors que la légalité de la coutume n'est pas contestée. C'est, comme pour tous les actes et normes réguliers, une responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques qui doit s'appliquer. Certes, ce régime est adapté au cas spécifique de la coutume. Là où il est exigé, pour les traités et accords internationaux, qu'ils soient régulièrement introduits en droit français (CE, 11 févr 2011, n° 325253, Mlle Susilawati JurisData n° 2011-001320, Dr adm 2011, comm 42, note F Melleray,

JCP A 2011, 2103, note B. Pacteau ; JCP G 2011, doctr. 537, § 6, chron. G. Eveillard ; JCP G 2011, note 625, M.-Ch. Rouault), il est requis que la coutume internationale y soit applicable, c'est-à-dire qu'aucune loi n'y déroge (on notera ici la confusion, difficilement évitable entre applicabilité et valeur juridique de la coutume) : c'est ici le cas, la législation française sur les voies d'exécution ne prévoyant pas qu'elle est applicable aux personnes bénéficiant d'une immunité d'exécution – ce que le Conseil d'État interprète dans un sens compatible avec l'application de la coutume internationale. En revanche, comme toute responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, celle du fait des coutumes internationales est subordonnée à ce que le préjudice revête un caractère anormal et spécial. Tel est le cas du préjudice subi par les requérantes, anciennes salariées d'ambassades étrangères qui n'avaient pu obtenir l'exécution de jugements condamnant leurs employeurs à leur verser des indemnités – l'exception de risque accepté liée à la connaissance par les victimes de la qualité d'État souverain de leur employeur ne pouvant être retenue, car n'impliquant pas l'acceptation d'une impossibilité à se prévaloir des voies d'exécution ouvertes par la législation nationale.

Une exception est néanmoins envisagée à cette responsabilité : elle est commune avec la responsabilité du fait des lois et celles du fait des conventions internationales. Il s'agit de l'exclusion par la coutume de toute indemnisation liée à son application – ce qui n'est pas le cas ici. On ne peut cependant s'empêcher de songer aux difficultés inextricables que l'examen de cette condition peut soulever, s'agissant d'une norme non écrite qui ne pourra donc procéder par voie de prévision expresse.

Il n'est pas précisé ce qui pourrait advenir en cas d'application par la France d'une coutume internationale contraire à une loi ou à une norme de valeur constitutionnelle (pas davantage d'ailleurs que le Conseil d'État n'avait précisé ce qui adviendrait en cas d'application d'une convention internationale irrégulièrement introduite : V. JCP G 2011, doctr. 537, § 6) : la responsabilité pour faute est envisageable.

À titre terminal, on pourra supposer la solution en tous points transposable à la responsabilité du fait des principes généraux du droit international, qui sont placés dans une situation rigoureusement identique à

celle des coutumes internationales (CE, 28 juill. 2000, n° 178834, Paulin · JurisData n° 2000-061119 ; Rec. CE 2000, p. 301 ; D. 2001, p. 387, note G. Tixier, à propos des conditions de leur applicabilité).

## 6. Les moyens

### A. - Les agents

(...)

### B. - Les biens

5 - L'intangibilité de l'ouvrage public n'en finit pas de mourir, sans disparaître tout à fait. Le Conseil d'État vient de lui porter un nouveau coup (CE, sect., 14 oct. 2011, n° 320371, Cne de Valmeinier : JurisData n° 2011-021626 ; AJDA 2011, p. 2226, chron. J.-H. Stahl et X. Domino ; Dr. adm. 2011, comm. 100, note G. Eveillard ; JCP A 2011, 2365, note C. Manson).

On sait que, depuis 2003, le Conseil d'État accepte, dans les contentieux relevant de sa compétence, d'enjoindre la démolition de l'ouvrage public irrégulièrement édifié, à la double condition, d'une part que sa régularisation soit impossible, d'autre part, qu'un bilan coût-avantage entre, d'un côté les inconvénients du maintien des portions d'ouvrage réalisées pour les intérêts publics et privés en présence et, de l'autre, les conséquences de leur démolition pour l'intérêt général, ne révèle pas que cette destruction entraîne une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, sect., 29 janv. 2003, n° 245239, Synd. dpt de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans : JurisData n° 2003-064826 ; Rec. CE 2003, p. 21 ; JCP G 2003, II, 10118, note G. Noel ; AJDA 2003, p. 784, note P. Sablière ; JCP A 2003, 1342, note J. Dufau ; RFDA 2003, p. 477, concl. C. Maugué, note C. Lavialle). Si la tangibilité de l'ouvrage public existe désormais, ce qui met fin à l'un des plus vieux principes du droit administratif des biens, elle n'en est pas moins limitée, au nom des mêmes intérêts que l'ancien principe d'intangibilité, la préservation de l'intérêt général auquel l'ouvrage est affecté et la prise en compte des deniers publics (qui pourraient être obérés par la démolition d'un ouvrage éventuellement reconstrucible après régularisation).

Pour la première fois, le Conseil d'État prend position sur ses pouvoirs concer-

nant un ouvrage public irrégulier en cours d'édification – et dont on apprend, ce qui n'avait rien d'évident, qu'il possède déjà la qualité d'ouvrage public « par anticipation », alors même qu'il n'a pas encore été affecté à l'utilité générale. La position de la Haute juridiction est nuancée.

En ce qui concerne l'injonction de cesser les travaux, le Conseil d'État estime qu'elle doit être automatiquement prononcée par lui – pour peu qu'elle lui soit demandée – dès lors que l'ouvrage en cours d'édification est entaché d'illégalité. En effet, une telle mesure ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts que la tangibilité limitée de l'ouvrage public entend protéger. D'une part, l'ouvrage n'est pas encore affecté, d'autre part, l'injonction n'entraîne aucun coût de démolition, puisqu'elle laisse en place les portions d'ouvrage déjà réalisées, enfin la mesure ne présente aucun caractère irréversible puisque, après une possible régularisation de l'ouvrage, sa construction pourra reprendre. Cette solution peut sembler transposable – quoique l'arrêt ne l'indique pas – à d'autres mesures ne présentant pas non plus un caractère d'irréversibilité : peut-être même doit-elle conduire à considérer les conditions en principe émises à la tangibilité de l'ouvrage public comme relevant d'une exception davantage que d'un principe.

En revanche, en ce qui concerne l'injonction de démolir les parties de l'ouvrage déjà édifiées, le Conseil d'État se range au droit commun de l'injonction de démolir les ouvrages publics mal plantés, et subordonne donc son prononcé à la double condition d'une régularisation impossible et d'un bilan coût-avantage négatif.

L'articulation de ces deux solutions conduit donc à laisser potentiellement en place un ouvrage inachevé. Cela peut se concevoir lorsque, soit l'injonction de cesser les travaux a été prononcée en référé et n'est donc que provisoire, soit l'ouvrage est régularisable : la construction reprendra alors au point où elle était restée. En revanche, lorsque la cessation des travaux a un effet définitif, on comprend moins aisément l'intérêt qui pourrait s'attacher au maintien de parties d'ouvrages vouées à rester en l'état. Mais c'est, sans doute, omettre qu'elles puissent éventuellement être réutilisées dans le cadre d'un projet modifié (ou même, ce que le Conseil d'État ne mentionne pas, que des installations initialement conçues comme des éléments d'un

ouvrage plus vaste puissent avoir une utilité propre) Par ailleurs, sans aller jusqu'à envisager de telles hypothèses, qu'on imagine peu fréquentes, il est envisageable que le coût de la démolition soit exagéré par rapport aux inconvénients qui s'attachent au maintien d'installations, certes inutiles mais pas nécessairement gênantes

Ainsi, malgré sa subtilité, le dispositif présente une réelle cohérence et montre l'érosion d'un principe d'intangibilité qui, de plus en plus, se décline au passage

## 7. Le contentieux

### A. - Juridictions administratives et judiciaires

6 - C. est à une jurisprudence bien établie que le Tribunal des conflits, au détour de deux décisions, vient d'apporter une atténuation non négligeable (*T. confl.*, 17 oct. 2011, n° 3828 et 3829, *SCEA du Cheneau* *JurisData* n° 2011 023427, *JCP G* 2011, note 1423, *B Plessix*, *JCP A* 2011, 2354, note *H Paulhat*, *RFDA* 2012, p 1122, *concl J-D Sarcelet*, notes *B Seiller* et *A Roblot Troizier - T confl.*, 12 dec 2011, n° 3841, *Ste Green Yellow* *JurisData* n° 2011-029400)

La victime est le vénérable arrêt *Septfonds* (*T confl.*, 16 juin 1923 *Rec CE* 1923, p 498, *D* 1924, 3, p 41, *concl P Matter*, *S* 1923, 3, p 49, note *M Hauriou*) relatif à la compétence – ou plutôt à l'incompétence – de la juridiction judiciaire pour apprécier la légalité des actes administratifs, lui imposant, si la solution d'un litige compétemment portée devant lui découle de la légalité d'un acte administratif, de surseoir à statuer le temps que le juge administratif se soit prononcé sur cette légalité

Sans remettre en cause le principe de cette incompétence, le Tribunal des conflits lui apporte diverses précisions et atténuations. La décision *SCEA du Cheneau*, tout d'abord, commence par rappeler que l'obligation posée par la jurisprudence *Septfonds* ne vaut qu'en cas de difficulté sérieuse sur l'appréciation de la légalité de l'acte dans le cas contraire, elle ne s'impose pas. À cette solution classique, quoique souvent énoncée de manière très elliptique, le Tribunal des conflits donne une explication : l'exigence de bonne administration de la justice et le principe du délai raisonnable de jugement (qui s'est vu reconnaître le statut de principe général du droit *CE*,

*ass.*, 28 juin 2002, n° 239575, *Min Justice c/ Magiera* *JurisData* n° 2002-063993, *Rec CE* 2002 p 247, *concl F Lamy*, *JCP G* 2003, II, 10151, note *J J Menuret*, *AJDA* 2002 p 596, *chron F Donnat* et *D Casas RFDA* 2002 p 756, *concl*) Ladite justification implique d'ailleurs que, en l'absence de difficulté sérieuse, non seulement le renvoi ne s'impose pas, mais il est interdit. Au nombre des cas qui permettent de caractériser une absence de difficulté sérieuse, figure, comme l'indique le Tribunal des conflits (qui prend soin dans l'affaire *Société Green Yellow* de préciser qu'il ne s'agit pas de la seule hypothèse), l'existence sur cette question d'une jurisprudence établie, de nature à exclure toute ambiguïté ou incertitude sur la solution à donner au litige. Il en va ainsi y compris si cette dernière consiste à accueillir la contestation pour la première fois, est donc affirmée la compétence du juge civil pour déclarer l'illegalité d'un acte administratif, alors que, jusqu'à présent, l'absence de difficulté sérieuse était comprise comme permettant uniquement de déclarer la légalité manifeste de l'acte. La décision *Société Green Yellow*, pour sa part, rappelle classiquement que le mécanisme prévu par la jurisprudence *Septfonds* ne trouve à s'appliquer que lorsqu'existe une question accessoire portant sur l'appréciation de la légalité d'un acte administratif ou sur l'interprétation d'un acte administratif non réglementaire. De manière plus inédite, elle range parmi les questions d'interprétation des actes réglementaires, non sujettes à la possibilité d'un tel renvoi, l'appréciation de leurs modalités d'appréciation dans le temps, y compris lorsque, comme en l'espèce, la question d'appréciation se pose à l'occasion d'un litige dans lequel est contestée la légalité d'un acte non réglementaire pris en application de ce règlement.

Par ailleurs, la décision *SCEA du Cheneau* pose une limite nouvelle à l'obligation de renvoi. En effet, il n'y a pas matière pour le juge civil à surseoir à statuer pour permettre la saisine du juge administratif lorsqu'est contestée la validité d'un acte administratif au regard du droit de l'Union européenne. En effet, le principe d'effectivité de ce dernier fait obstacle à un tel mécanisme : il appartient au juge national compétent pour régler le litige de le faire sans renvoi à une autre juridiction nationale, et sans autre condition que, en cas de difficulté sérieuse, le renvoi préjudiciel à la CJUE. La décision *Société Green Yellow*

confirme cette solution en déclarant, beaucoup plus brièvement, que les principes de la jurisprudence *Septfonds* « ne trouvent pas à s'appliquer lorsque la contestation incidente concerne la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ». Par cette décision, qui apparaît comme un revirement de jurisprudence (*T confl.* 19 janv 1998, n° 03084, *Union française de l'Express* et a *Rec CE* 1998, p 534 *D* 1999, *jurispr* p 329, *concl J Arrighi de Casanova*, *RFDA* 1999 p 189 note *B Seiller*), le Tribunal des conflits finit par céder aux affirmations répétées de sa compétence par la juridiction civile (V, pour son affirmation la plus solennelle, *Cass ass plen.*, 22 dec 2000, n° 99 11 303, n° 99 11 615 n° 98 15 567, n° 98-21 238 et n° 98 19 376 [5 arrêts] *JurisData* n° 2000 007529, *Bull civ* 2000, *ass plen* n° 12). Pour autant, sa motivation n'apparaît pas pleinement convaincante : on cerne mal en quoi l'effectivité du droit de l'Union européenne donne au juge national compétent au principal plénitude de compétence pour régler le litige y compris dans ses questions accessoires, puisqu'il impose seulement de ne pas réserver au droit de l'Union européenne un statut moins favorable que le droit interne ni aboutissant à rendre sa garantie impossible ou excessivement difficile. Il faudrait donc supposer que le retard lié à la saisine de l'autre ordre de juridiction porte atteinte à cette effectivité, ce qui n'a rien d'évident puisqu'il se contente d'alourdir la procédure et de retarder le jugement – mais dans des proportions égales à celle qu'entraînerait une procédure fondée sur le seul droit interne. Le Tribunal des conflits refuse en effet de fonder sa solution sur l'article 55 de la Constitution, dont il continue à affirmer qu'il ne prescrit ni n'implique de dérogation au principe de répartition des compétences entre les juridictions : cela l'aurait conduit, en effet, à reconnaître au juge civil un plein pouvoir de contrôle de la conventionnalité des actes administratifs, qui lui est à nouveau refusé alors même qu'il dispose de celui de contrôler la conventionnalité des lois (*Cass ch mixte*, 24 mai 1975, *Ste des cafés Jacques Vabre* *Bull civ* 1975, *ch mixte*, n° 4, *AJDA* 1975, p 567, note *J Boulouis*, *D* 1975, *jurispr* p 497, *concl A Touffait*). Malgré cette réserve, cette série de coups de canif à la jurisprudence *Septfonds* ne peut que conduire à s'interroger sur la pérennité de cette dernière, d'autant qu'elle s'effectue

à « fondement juridique constant », ce qui ne donne pas de raison de ne pas la poursuivre...

## B. - Compétence

(...)

## C. - Recours

7 - Le Conseil d'État poursuit son œuvre d'interprétation de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : cette fois, c'est l'articulation de la procédure de référé contractuel avec celle du référé précontractuel qu'il continue à préciser (CE, 30 sept. 2011, n° 350148, Cne de Maizières-lès-Metz : *JurisData* n° 2011-020382 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 334, note J.-P. Piétri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 95, note F. Brenet ; *JCP A* 2011, act. 633, obs. L. Erstein).

La question qui se posait au Conseil d'État était celle de la recevabilité d'un référé contractuel déposé suite au dépôt d'un référé précontractuel sur lequel avait été prononcé un non-lieu à statuer au motif que l'Administration, non informée de ce référé précontractuel, avait signé le contrat avant que le juge ait statué (non-lieu évident et incontestable puisqu'un tel recours est subordonné à l'absence de signature du contrat).

Le principe posé par l'article L. 551-14 du Code de justice administrative est l'impossibilité pour un même requérant d'exercer successivement contre un même contrat le référé précontractuel et le référé contractuel. Cependant, le code prévoit un certain nombre d'exceptions destinées à éviter que le dépôt d'une demande de référé contractuel soit impossible alors que le référé précontractuel aurait été entravé par la faute des cocontractants. Au nombre de ces exceptions, figure l'hypothèse dans laquelle la personne publique n'a pas respecté le caractère suspensif du référé précontractuel (prévue, depuis l'ordonnance du 7 mai 2009, par CJA, art. L. 551-4) et a signé le contrat pendant l'examen du référé par le juge (l'autre hypothèse étant celle du non-respect par l'Administration de l'ordonnance du juge).

Le cas d'espèce pouvait sembler relever de la première hypothèse : le référé contractuel aurait alors été recevable. C'est cependant méconnaître le fait que l'auteur d'un

référé précontractuel a l'obligation de le notifier aux parties, afin de les alerter du fait que la signature du contrat est suspendue (CJA, art. L. 551-1). Cela n'a pas été fait en l'espèce : cette omission, estime le Conseil d'État, fait alors perdre au demandeur le bénéfice de la possibilité de déposer un référé contractuel.

En posant cette solution, le Conseil d'État poursuit son œuvre de précision du code : il avait déjà jugé possible le dépôt d'un référé contractuel si le demandeur a, dans un premier temps, déposé un référé précontractuel parce qu'il ignorait la signature du contrat par suite d'un défaut de notification du rejet de son offre, du non-respect du délai minimal prévu entre la date d'envoi de la notification de rejet et la signature du contrat, ou de l'absence de notification de ce délai (CE, 10 nov. 2010, n° 340944, France Agrimer : *JurisData* n° 2010-020831 ; *AJDA* 2011, p. 54, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 59, note J.-P. Piétri ; *JCP A* 2010, 2379, note F. Linditch). Le présent arrêt constitue en quelque sorte le pendant de cette précédente décision, et relève d'une philosophie identique et d'une même méthode d'interprétation du code : le juge cherche à se conformer à l'esprit du texte, qui est d'éviter que l'une des parties au litige puisse tirer profit de sa propre turpitude. Jusqu'à présent, c'était uniquement pour empêcher que puisse ainsi être déclaré irrecevable le référé contractuel. Désormais, c'est aussi pour éviter que soit admise la recevabilité de ce référé.

8 - Les travaux réalisés par la ville de Paris et son maître d'ouvrage délégué, la SEM Parisseine, au Forum des halles auront été l'occasion pour le Conseil d'État de développer considérablement sa jurisprudence en ce qui concerne l'utilisation du référé-liberté en matière de travaux publics (CE, sect., 16 nov. 2011, n° 353172, 353173, Ville de Paris : *JurisData* n° 2011-025207 ; *JCP G* 2012, note 24, O. Le Bot ; *JCP A* 2012, 2017, note B. Pacteau).

En effet, la démolition de la dalle du Forum avait été interrompue en raison des dégâts qu'elle avait provoqués à des commerces voisins. Les exploitants de ces commerces avaient saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande de référé-liberté tendant à ce qu'il en ordonne la suspension.

Sur l'appel de la ville de Paris – la suspension demandée ayant été accordée – le Conseil d'État considère possible de dépo-

ser une telle demande, et y répond positivement.

Il considère, certes, que la suspension d'une opération de travaux publics en référé a vocation à passer, en principe par la voie du référé-suspension, puisqu'il s'agit de suspendre la décision expresse ou implicite d'entreprendre les travaux. Il relève par ailleurs que le référé conservatoire a pour sa part vocation à permettre d'enjoindre toute mesure de nature à mettre un terme aux dangers qui pourraient résulter de ces travaux. Ainsi, la place du référé-liberté n'apparaît pas évidente.

Pourtant, à certaines conditions, cette procédure peut elle aussi être mise en œuvre. En effet, la vie des personnes est qualifiée, pour la première fois, par le Conseil d'État, de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. La Haute juridiction se fonde pour lui reconnaître ce statut sur la protection de ce droit par la Convention EDH, ce qui est une démarche assez peu fréquente – le Conseil d'État cite rarement ses sources et, lorsqu'il le fait, vise en général la Constitution – mais démontre le pragmatisme du Conseil d'État en matière de consécration des libertés fondamentales. On notera par ailleurs l'infléchissement de la position du Conseil d'État : certes, ce dernier ne voit pas d'obstacle à qualifier de liberté fondamentale un droit, ce qu'il a fait par exemple – et cela intéresse les travaux publics – pour le droit de propriété (CE, 31 mai 2001, n° 234226, Cne d'Hyères-les-Palmiers : *JurisData* n° 2001-062659 ; *Rec. CE* 2001, p. 253) ; mais il a refusé de reconnaître un pareil statut au droit à la santé (CE, 8 sept. 2005, n° 284803, Min. Justice c/ B. : *Rec. CE* 2005, p. 388), alors que celui-ci apparaît d'une nature et d'un objet relativement proches du droit à la vie. Ainsi, lorsqu'une opération de travaux publics ou du moins les conditions de sa réalisation porte une atteinte grave à cette liberté – ce par quoi il faut comprendre qu'elle lui fait courir un danger grave et imminent – et que cette atteinte apparaît manifestement illégale, il est possible de saisir le juge du référé-liberté d'une demande tendant à ce qu'il prenne toute mesure de nature à faire cesser ce danger, en particulier qu'il suspende les travaux ou prescrive des modalités de réalisation respectueuses de la vie des personnes.

L'exercice du référé-liberté n'est cependant possible que si la condition d'urgence est

elle aussi caractérisée. Or, on le sait, elle s'apprécie avec une particulière rigueur dans le cadre du référé-liberté (CE, 28 févr. 2003, n° 254411, *Cne de Pertuis* : *JurisData* n° 2003-065425 ; *Rec. CE* 2003, p. 68). Ce dernier s'analyse comme un référé d'extrême urgence, dans lequel le juge doit statuer dans un délai de 48 heures : cela implique donc que la situation permette au juge de prendre utilement des mesures dans ce délai, quitte

à les compléter ensuite par des mesures complémentaires pouvant elles aussi être rapidement mises en œuvre.

La rigueur de ces conditions fait qu'elles ne sont pas remplies en l'espèce. En effet, la nouvelle méthode de destruction de la dalle et la mise en place d'un périmètre de sécurité lors des opérations ont vocation à éviter tout nouveau risque d'effondrement de nature à causer un danger grave et imminent pour la vie des

personnes. La condition d'urgence n'est d'ailleurs – même si cela apparaît superfétatoire – pas davantage remplie. Néanmoins, au-delà de l'espèce, le principal résulte dans l'extension de l'application de l'article L. 521-2 dans la matière des travaux publics.

## D. - Procédure

(...)

## ACTUALITÉ BIBLIOGRAPHIQUE

### Ouvrages

J.-B. et J.-M. Auby, P. Bon et P. Terneyre, *Droit administratif des biens* : Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011. - T. de Berranger, M. de Villiers (dir.), *Droit public général* : LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd. - J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif* : Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. - C. Broyelle, *Contentieux administratif* : LGDJ. - G. Clamour (dir.), *Contrats et propriétés publics* : LexisNexis, coll. Colloques et débats. - M. Degoffe, C.-A. Dubreuil, O. Gohin et A. Maitrot de La Motte, *Droit des collectivités territoriales* : Cujas. - B. Faure, *Droit des collectivités territoriales* : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. - N. Foulquier, *Droit administratif des biens* : LexisNexis, coll. Manuel. - S. Gilbert, *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière* : Éd. Mare et Martin. - G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public* : Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd. - H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif* : LGDJ, Bibl. dr. publ. - B. Seiller, *Droit administratif, t. 2, L'action administrative* : Flammarion, 4<sup>e</sup> éd. - B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif* : LGDJ, coll. Systèmes, 7<sup>e</sup> éd. - F. Untermaier, *Les règles générales en droit public français* : LGDJ, Bibl. dr. publ. - A. Van Lang, *Droit de l'environnement* : PUF, coll. Thémis, 4<sup>e</sup> éd.

### Articles de doctrine

*Quel avenir pour le département ?* (dossier, 5 articles) : AJDA 2011, p.

1817. - A. Antoine, *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique* : RFDA 2011, p. 879. - C. Bugnon, *L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif* : AJDA 2011, p. 1608. - F. Chaltiel, *Actualité des circulaires* : AJDA 2011, p. 1930. - N. Chiffot, *La causalité dans le droit de la responsabilité administrative : passé d'une notion en quête d'avenir* : Dr. adm. 2011, étude 20. - A. Dezallai, *Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ?* : RFDA 2011, p. 925. - L. Domingo, *Le contentieux de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière depuis la loi du 16 juin 2011 et le décret du 8 juillet 2011* : JCP A 2011, 2304. - Q. Epron, *Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs* : RFDA 2011, p. 1007. - K. Grabarczyk, *L'ouvrage public appartenant à une personne privée* : AJDA 2011, p. 2269. - B. Hachem, *La théorie du propriétaire apparent* : AJDA 2011, p. 2277. - S. Jeannard, *Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire* : RFDA 2011, p. 995. - H. Labayle, *La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné* : RFDA 2011, p. 934. - O. Lecucq, *L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011* : AJDA 2011, p. 1936. - F. Lemaire, *Du prétendu risque de disparition de la responsabilité pour risque en droit administratif* : Dr. adm.

2011, étude 18. - F. Mallol, *La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique* : AJDA 2011, p. 1656. - E. Marc, *Une protection accrue de la santé et de la sécurité de "l'homme au travail" dans la fonction publique* : AJDA 2011, p. 2284. - É. Péchillon, *Le nouveau cadre juridique des soins sous contrainte en psychiatrie : une réforme polémique* : JCP A 2011, 2295. - A. Pena, *Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne* : RFDA 2011, p. 951. - D. Perron, *De l'inaliénabilité du domaine forestier* : RDP 2011, p. 1137. - J.-M. Pontier, *Le fonds Mediator* : AJDA 2011, p. 2005. - J.-M. Pontier, *Le transfert des pouvoirs de police du maire* : JCP A 2011, 2362. - L. Sponchiado, *Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles* : RFDA 2011, p. 1019. - P. Terneyre, *Réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public* : RFDA 2011, p. 893. - S. Théron, *L'effet "déclaratif" d'un acte ou d'un jugement* : AJDA 2011, p. 2100.

### Chroniques

M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser, *Actualité du droit de la concurrence et de la régulation* : AJDA 2011, p. 1880. - P. Mindu, G. Eveillard (dir.), *Cour administrative d'appel de Nantes* : JCP A 2011, 2284. - M.-C. Rouault (dir.), *Cour administrative d'appel de Douai* : JCP A 2011, 2348.