

Droit administratif - Droit administratif - Chronique sous la direction de Claudie Boiteau

Document: La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 21 Décembre 2005, doct. 197

La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 21 Décembre 2005, doct. 197

Droit administratif

Chronique sous la direction de **Claudie Boiteau** Professeur à l'université de Poitiers

Droit administratif

[Accès au sommaire](#)

La période couverte par cette chronique (août à octobre 2005) n'est marquée par aucun « grand arrêt ». On soulignera, cependant, l'arrêt *CGT* rejetant les griefs visant le médiatique contrat « nouvelles embauches » et plusieurs décisions venant utilement préciser quelques points de procédure contentieuse dont l'autorité de la décision du juge de cassation (arrêt *Commune de Beausoleil*).

1. Les sources

A. - Les sources constitutionnelles

1. - Nous^{Note 1} invitons le lecteur à se reporter à la chronique de MM. Mathieu et Verpeaux (*JCP G 2005, I, 193*).

B. - Les sources internationales et supranationales

2. - **L'article 1er de la loi du 4 mars 2002 (amendement « anti-arrêt *Perruche* »), en tant qu'il s'applique de façon rétroactive, porte atteinte au droit au respect des biens (*Conv. EDH, Prot. add. 1, art. 1*). - C'est en ce sens qu'a tranché la grande chambre de la Cour EDH dans deux arrêts du 6 octobre 2005 (*CEDH, 6 oct. 2005, n° 1513/03, Draon c/ France et n° 11810/03, Maurice c/ France* : *JCP G 2005, act. 550* ; *JCP A 2005, act. 646, obs. A. Decoux* ; *D. 2005, p. 2546*). En statuant ainsi la cour infirme la solution adoptée par le Conseil d'État, selon laquelle l'application aux instances en cours à sa date d'entrée en vigueur de la disposition précitée (*CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 250167, Épx Draon* : *Juris-Data n° 2002-064596* ; *Rec. CE 2002, p. 423* ; *JCP G 2003, I, 119, n° 19, obs. A. Ondoua* ; *G. Chavrier, Ne pas ranimer les passions ou la validation contestable de l'article « anti-Perruche »* : *JCP A 2003, 1104* ; *RFD adm. 2003, p. 339, note J. Petit*), ou de l'un de ses critères à savoir l'existence d'une faute caractérisée nécessaire à l'indemnisation du seul préjudice des parents (*CE, 19 févr. 2003, n° 247908, Épx Maurice c/ AP-HP* : *Juris-Data n° 2003-065006* ; *Rec. CE 2003, p. 41* ; *JCP G 2003, I, 138, n° 14, obs. A. Ondoua* ; *AJDA 2003, p. 854, note M. Deguerge*), n'était pas incompatible avec les stipulations pertinentes de la Convention EDH. L'ingérence dans le droit des requérants au respect de leurs biens est fondée en l'espèce sur le fait que l'application immédiate de la loi de mars 2002 privait les saisissants de la possibilité d'être indemnisés à raison des charges particulières découlant du handicap de leur enfant en application de la jurisprudence *Quarez* (*CE, sect., 14 févr. 1997, CH Nice c/ Quarez* : *Rec. CE 1997, p. 44* ; *RFD adm. 1997, p. 374, concl. V. Péresse et p. 382, note B. Mathieu*). En effet, les parents des enfants handicapés avaient pu légitimement espérer obtenir, sur cette base, réparation de leur préjudice (*CEDH, 20 nov. 1995, n° 17849/91, Pressos compania Naviera SA et a. c/ Belgique* : *Série A 332*). Par ailleurs, les considérations d'intérêt général relevées par le Conseil d'État dans son avis précité de 2002 et reprises par le gouvernement (raisons d'ordre éthique, bonne organisation du système de santé, traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées)**

ne pouvaient permettre d'écarter l'atteinte disproportionnée à cette créance, « faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante » à ses bénéficiaires. La rupture en l'espèce de l'équilibre entre exigences de l'intérêt général et sauvegarde du droit au respect des biens est d'autant plus avérée que, d'une part la compensation actuelle au titre de la solidarité nationale a un caractère limité et, en raison d'autre part de l'incertitude régnant sur celle pouvant résulter de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (*L. n° 2005-102 : JO 12 févr. 2005, p. 2353*), dont la mise en œuvre est subordonnée à la publication de décrets d'application.

Alain Ondoua

3. - Convention EDH et stérilisation. - Par l'arrêt *Association Collectif contre l'handiphobie*, du 26 septembre 2005 (*CE, 26 sept. 2005, n° 248357 : Juris-Data n° 2005-068945 ; JCP A 2005, act. 620, obs. M.-Ch. Rouault ; JCP G 2005, IV, 3299 ; D. 2005, p. 2550*) le Conseil d'État précise que les dispositions relatives à la stérilisation d'une personne handicapée sont compatibles avec la Convention EDH. L'article L. 2123-2 du Code de la santé publique précise en effet que la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne majeure, dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle, que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Par ailleurs, il ressort des termes mêmes de l'article L. 2123-2 du code précité qu'avant d'autoriser une telle solution le juge des tutelles est tenu d'entendre la personne concernée, ses parents ou son représentant légal et de recueillir l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical lequel apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique. En conséquence, eu égard à l'ensemble des règles et garanties définies, les dispositions relatives à la stérilisation d'une personne handicapée sont non seulement compatibles avec les droits de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la Convention EDH et par l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 mais encore avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 de cette convention et 7 de ce pacte et avec le droit à une vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention EDH.

Loïc Levoyer

C. - Les sources jurisprudentielles

(...)

2. Les organes

A. - Les organes de l'État

4. - Acte de gouvernement et procédure d'empêchement du chef de l'État. - Voulant à nouveau amener les juges à gouverner, M. Hoffer demandait au Conseil d'État d'enjoindre au Premier ministre de réunir le gouvernement afin que celui-ci saisisse, éventuellement, le Conseil constitutionnel compétent pour déclencher la procédure d'empêchement provisoire du président de la République à la suite du malaise de celui-ci au début du mois de septembre. Se faisant interprète de la Constitution (*F. Batailler, Le Conseil d'État, juge constitutionnel :*

LGDJ, 1966), le Conseil d'État (**CE, 8 sept. 2005, n° 284937, Hoffer** : *Juris-Data* n° 2005-068832 ; *JCP A* 2005, act. 567, obs. M.-Ch. Rouault ; *AJDA* 2005, p. 1711) juge logiquement, à l'aune des normes pertinentes (*Const.*, art. 7, art. 20 et art. 21) que la procédure d'empêchement se rattache aux relations entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe donc à son contrôle juridictionnel (*CE, ass.*, 16 mars 1962, *Rubin de Servens.* – *CE, ord. réf.*, 7 nov. 2001, *Tabaka* : *Juris-Data* n° 2001-181776 ; *LPA* 22 mars 2002, p. 15, note O. Curtil).

5. - Peut-on considérer que la suppression d'un poste diplomatique ne constitue pas un acte de gouvernement sans faire jouer la notion d'acte détachable des relations internationales ?. - Illustrant la réduction des actes de gouvernement à une peau de chagrin (*CE, 30 déc. 2003, Comité contre la guerre en Irak* : *Dr. adm* 2004, comm. 65), l'arrêt **Castella** du 19 octobre 2005 (**CE, 19 oct. 2005, n° 269334 et n° 269335** : *Juris-Data* n° 2005-069082 ; *JCP A* 2005, act. 704, obs. M.-Ch. Rouault) répond par l'affirmative à cette question en jugeant qu'une telle mesure prise pour des motifs d'ordre administratif et budgétaire revêt la nature d'une décision administrative dont le juge peut connaître. Confirmant que la « compétence suit la notion » (*J.-F. Lachaume, La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, in F. Melleray, L'exorbitance du droit administratif en question(s) : LGDJ, 2004, p. 71*), cet arrêt qualifie la décision de confier la représentation de la France auprès de la mission d'observation à Sarajevo non plus à un chef de délégation mais à l'ambassadeur de France, de mesure d'organisation du service ne portant aucune atteinte aux droits et prérogatives que le requérant tire de son statut.

Emmanuel Aubin

B. - Les collectivités locales

6. - Continuité territoriale et fusion d'EPCI. - Dans l'arrêt du 5 octobre 2005, **Communauté d'agglomération Garlaban-Huveaune-Sainte-Baume contre Préfet des Bouches-du-Rhône** (**CE, 5 oct. 2005, n° 275269** : *Juris-Data* n° 2005-068993 ; *V. JCP G* 2005, *infra*, II, 10181, note J. Moreau ; *JCP A* 2005, 1340, concl. Fr. Séners ; *AJDA* 2005, p. 1928, obs. E. Royer) le Conseil d'État fait une stricte application de la règle de la continuité territoriale (*CGCT, art. L 5216-1*) pour refuser la création d'une nouvelle communauté d'agglomération envisagée à l'occasion de la fusion de deux établissements de coopération intercommunale en application des nouvelles dispositions de la loi du 13 août 2004 (*CGCT, art. L. 5211-41-3*). La Haute assemblée rejette, en effet, le recours formé par les deux EPCI souhaitant fusionner (la communauté d'agglomération de Garlaban et la communauté de communes du pays de l'Étoile et du Merlançon) contre le refus du Préfet de créer une nouvelle communauté d'agglomération au motif que l'une d'entre elles ne constitue pas un ensemble d'un seul tenant. Le Conseil d'État note, en effet, que l'une des communes n'est limitrophe d'aucune des six autres communes qui composent la communauté d'origine et que la fusion ne remédie en rien à la discontinuité territoriale existante. À cet égard, la circonstance qu'une dérogation à la règle de la continuité territoriale avait été prévue s'agissant de la transformation des communautés de ville en communautés d'agglomération (*L. 12 juill. 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, art. 56 relatif à la transformation des communautés de ville en communautés d'agglomération*), n'est pas de nature à remettre en cause la règle de la continuité territoriale pour la création d'une nouvelle communauté d'agglomération. Par cet arrêt, le Conseil d'État applique donc à la fusion de plusieurs EPCI la solution retenue pour l'extension du périmètre d'un EPCI qui impose qu'une communauté de communes discontinuée créée avant la publication de la loi du 12 juillet 1999 ne peut étendre son périmètre qu'en continuité avec le périmètre existant, la création de nouvelles enclaves étant exclue (*CE, 11 déc. 2000, n° 214900, Communauté de communes d'Issoudun* : *Juris-Data* n° 2000-061627 ; *RFD adm.* 2001, p. 247).

7. - La **Commune de Saint-Martin-de-Nigelles** (CE, 5 oct. 2005, n° 279422 et n° 281372 : *Juris-Data* n° 2005-068995 ; *JCP A* 2005, act. 636, obs. M.-Ch. Rouault ; *AJDA* 2005, obs. M.-Ch. de Monteclerc) avait décidé de remplacer M. Y, délégué de la commune au sein de la communauté de communes de Val-Drouette, par un autre représentant, M. Legrain. Par deux fois, le tribunal administratif d'Orléans a annulé ces délibérations. La commune de Saint-Martin-de-Nigelles ayant fait appel de ces deux jugements, le Conseil d'État précise, dans un arrêt du 5 octobre 2005, que les requêtes qui concernent l'élection de délégués des communes au sein d'organismes de coopération intercommunale ont le caractère de litiges en matière électorale qui relèvent des règles applicables au contentieux de l'élection des conseillers municipaux. Or ces dernières réservent aux électeurs, aux personnes éligibles et au préfet le pouvoir de saisir le tribunal administratif. Aussi, bien que le tribunal administratif l'ait invitée à présenter ses observations en première instance, la commune n'a pas la qualité de partie et ne peut interjeter appel du jugement ayant annulé ses délibérations relatives au remplacement d'un de ses délégués au sein d'une communauté de communes.

Loïc Levoyer

C. - Les institutions spécialisées

(...)

3. Les fonctions

A. - Les polices

8. - **En cas de péril particulièrement grave et imminent, le maire peut ordonner la démolition d'un immeuble sur la base de son pouvoir de police générale, même si le péril provient d'une cause interne au bâtiment.** - Tel est l'aspect novateur de la solution adoptée par le Conseil d'État dans son arrêt du 10 octobre 2005, **Commune de Badinières** (CE, 10 oct. 2005, n° 259205 : *Juris-Data* n° 2005-069073 ; *AJDA* 2005, p. 2039, obs. M.-Ch. de Monteclerc). La Haute juridiction administrative commence, il est vrai, par rappeler la distinction classique en matière de concours entre police administrative générale et police spéciale des édifices menaçant ruine, fondée sur la cause prépondérante du péril (CE, 27 juin 2005, n° 262199, *Ville d'Orléans* : *Juris-Data* n° 2005-068560 ; *JCP A* 2005, 1168, note Ph. Billet ; *BJCL* n° 8/2005, p. 532, concl. T. Olson et p. 535, obs. B. P.). En effet, s'il s'agit d'une cause extérieure à l'immeuble, le maire doit utiliser son pouvoir de police générale (CGCT, art. L. 2212-2 et art. L. 2212-4 : CE, 5 janv. 1979, *Ville de Lyon* : *Rec. CE* 1979, tables p. 654), et en présence d'une cause interne au bâtiment, il doit mettre en œuvre son pouvoir de police spéciale (CCH, art. L. 511-1 à art. L. 511-4 auxquels renvoie CGCT, art. L. 2213-4 : CE, 8 janv. 1997, *Hugenschmitt* : *Rec. CE* 1997, tables p. 971). L'arrêt attaqué (CAA Lyon, 4 juill. 2003, *M. Arme* : *AJDA* 2003, p. 2388, note T. Tuot), sera néanmoins annulé pour dénaturer des pièces du dossier dans la mesure où n'a pas été prise en compte l'exception tenant à l'urgence de la situation et à la gravité particulière du danger. Cette exception à la jurisprudence traditionnelle est ainsi spécifiée : « en présence d'une situation d'urgence créant un péril particulièrement grave et imminent, le maire peut, quelle que soit la cause du danger, faire légalement usage de ses pouvoirs de police générale, et notamment prescrire l'exécution de mesures de sécurité qui sont nécessaires et appropriées ». Constatant que tel est le cas en l'espèce, le Conseil d'État va juger que la mesure de démolition immédiate de l'immeuble prescrite par le maire, dès lors qu'elle était la seule permettant de garantir la sécurité publique, apparaissait nécessaire et appropriée.

9. - **Erika et police de la conservation.** - Le refus implicite du préfet de dresser un procès-verbal de contravention de grande voirie à l'encontre des responsables de la pollution du pétrolier l'Erika était justifiée par un motif d'intérêt

général. C'est ce qui ressort en substance de l'arrêt du Conseil d'État du 30 septembre 2005, **Cacheux (CE, 30 sept. 2005, n° 263442** : *Juris-Data n° 2005-068948 ; JCP A 2005, act. 622, obs. M.-Ch. Rouault*). En effet, si l'arrêt faisant l'objet du pourvoi en cassation (*CAA Nantes, 14 oct. 2003, Cacheux : JCP A 2003, 2111, obs. L. Bordereaux ; AJDA 2003, p. 2007, obs. Y. J.*) est annulé pour avoir omis de répondre à une exception d'inconventionnalité, sa solution est néanmoins confirmée au fond. Répondant au grief d'inconventionnalité, le Conseil estime que c'est à juste titre que le préfet du Finistère a rejeté la demande de procès-verbal de contravention à l'encontre notamment du propriétaire du navire et de son commandant. Il existe à cet égard une voie de droit dont le régime est fixé par des conventions internationales, notamment celle du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, exclusive de toute action domaniale devant le juge administratif. Cette action est néanmoins possible à l'encontre d'une personne morale ou privée à l'origine d'une pollution par hydrocarbures. À cet effet, il est admis que la pollution du domaine public littoral par des produits pétroliers, dont la société Total était propriétaire, constitue une contravention de grande voirie en tant qu'elle fait obstacle à l'exercice par le public de son droit à l'usage de ce domaine. Dans cette perspective, le Conseil d'État rappelle tout d'abord le principe de l'obligation pour l'administration de poursuivre les auteurs d'une contravention de grande voirie (*CE, sect., 23 févr. 1979, Assoc. Les amis des chemins de ronde : Rec. CE 1979, p. 75, concl. A. Bacquet ; RD publ. 1979, note M. Waline*). Il estime toutefois que le refus du préfet était fondé sur un motif d'intérêt général (*CE, 6 févr. 1981, Comité de défense des sites de la forêt de Fouesnant : Rec. CE 1981, p. 746 ; JCP G 1981, II, 19698, note J.-F. Davignon*) : il était nécessaire dans cette affaire de préserver la coopération avec la société Total afin d'assurer le traitement des conséquences du dommage. Il faut à cet égard noter que l'absence d'erreur manifeste d'appréciation du préfet du Finistère est fondée principalement sur le fait que les engagements pris par le groupe pétrolier en accord avec l'État ont été tenus : prise en charge technique et financière du traitement des déchets et des opérations de pompage de la cargaison de fuel transportée par l'Erika, contribution au financement du nettoyage et de la remise en état du littoral.

Alain Ondoua

B. - Les services publics

(...)

4. Les actes

A. - Les actes administratifs unilatéraux

10. - Abrogation et compétences. - L'arrêt **Ilouane (CE, 16 sept. 2005, n° 280605** : *Juris-Data n° 2005-068954 ; JCP A 2005, act. 616, obs. M.-Ch. Rouault ; Dr. adm. 2005, comm. 151*) apporte deux importantes précisions, l'une est relative à la détermination de l'autorité compétente pour abroger un acte, l'autre porte sur la détermination du tribunal administratif compétent pour connaître du recours contre le refus d'abroger l'acte en cause. Après avoir affirmé qu'en principe, l'autorité administrative compétente pour abroger un acte administratif est celle qui a compétence – à la date de l'abrogation – pour l'édicter et, le cas échéant, son supérieur hiérarchique s'il s'agit d'un acte individuel, le Conseil d'État apporte une précision dans le cas où entre l'édiction de l'acte et son abrogation, le titulaire de la compétence aurait changé : c'est alors l'autorité à laquelle la compétence a été nouvellement attribuée qui est compétente. En conséquence, M. Ilouane qui a fait l'objet, en 1989, d'un arrêté d'expulsion du ministre de l'Intérieur, en application des dispositions alors en vigueur avant l'intervention du décret du 13 janvier 1997 qui a donné compétence au préfet pour édicter un arrêté d'expulsion sur le fondement de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (aujourd'hui codifié à l'article L. 521-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) devait adresser sa demande d'abrogation au préfet du département dans lequel il était

domicilié à la date de l'arrêté d'expulsion. L'affaire a, en outre, conduit le Conseil d'État à interpréter les dispositions de l'article R. 312-8 du Code de justice administrative modifiées par le décret du 2 septembre 2004 (*D. n° 2004-934 relatif à la compétence territoriale des tribunaux administratifs pour les litiges relatifs aux décisions en matière de police et modifiant le Code de justice administrative : JO 4 sept. 2004, p. 15675*). En application du premier alinéa de l'article précité, le tribunal administratif territorialement compétent pour statuer sur la légalité de la décision individuelle de refus d'abroger un arrêté d'expulsion est le tribunal du lieu de résidence de la personne intéressée. Ainsi que le souligne l'arrêt, cette règle ne vaut qu'autant que cette personne réside sur le territoire français à la date de la décision attaquée. À cet égard, il est depuis longtemps admis qu'à défaut de pouvoir faire application des dispositions spéciales de l'article R. 312-8, il convient d'appliquer le principe posé à l'article R. 312-1 du CJA fixant la compétence territoriale des tribunaux administratifs en vertu duquel le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel a son siège l'autorité qui a pris le refus d'abrogation attaqué (*CE, ass., 10 oct. 1958, Blanchard et Pol : Rec. CE 1958, p. 482 ; D. 1959, p. 172, concl. Grévisse*). La question s'est trouvée compliquée par l'intervention du décret du 2 septembre 2004 précité qui ajoute un second alinéa à l'article R. 312-8 aux termes duquel « *cette dérogation aux dispositions de l'article R. 312-1 n'est pas applicable aux litiges relatifs aux décisions ministérielles prononçant l'expulsion d'un ressortissant étranger...* ». L'arrêt *Ilouane* apporte deux précisions à l'interprétation de cette disposition : elle doit s'entendre comme incluant les refus d'abrogation et ne s'appliquant qu'aux décisions prises par le ministre de l'Intérieur. Cet éclaircissement apporté, la solution s'imposait d'elle-même : le recours introduit par une personne ne résidant pas en France contre un refus d'abrogation pris par le préfet relève de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel a son siège l'autorité administrative qui a pris la décision attaquée.

Claudie Boiteau

B. - Les contrats

11. - Le contrat de vente de la coque du porte-avions « Le Clemenceau » est un contrat administratif. - L'affaire portée devant la cour d'appel de Paris (*CA Paris, 1re ch., 11 oct. 2005, n° 05/1139, Assoc. Ban Asbestos c/ État français : AJDA 2005, p. 2040*) devait l'amener, à la suite du TGI de Paris, à statuer sur la question de la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître du contrat de vente entre l'État et une société privée, aux fins de désamiantage et de démolition de la coque de l'ancien porte-avions. Se fondant sur des dispositions du Code de la défense (*C. défense, art. L. 2331-1 et L. 2335-3*) et sur l'arrêté du 7 mars 2001 prévoyant les différentes positions des bâtiments de la marine nationale, le juge d'appel estime que la condamnation de l'ancien porte-avions ne lui a pas fait perdre « sa qualité de matériel de guerre soumis, en tant que tel, à un régime de vente particulier ». Un tel régime impose des sujétions particulières à l'acquéreur eu égard à la spécificité du bien vendu et des contraintes liées à l'interdiction de pouvoir le réutiliser en tant que bâtiment. C'est l'ensemble de ces spécificités qui a dicté la rédaction de nombreuses clauses exorbitantes du droit commun telles que : « (...) celles transférant à l'acquéreur l'intégralité des coûts et des risques alors que la propriété ne l'est pas, celle qui impose la procédure de désamiantage assortie d'un contrôle de la marine nationale à certaines étapes, celle qui absout la marine nationale de tout délai pour procéder au transfert de la coque en Inde alors que ce transfert est soumis aux autorisations administratives (...) que l'État ne s'engage pas à délivrer, celle par laquelle l'État ne fournit aucune garantie d'aucune sorte quant à la chose vendue ». Plusieurs observations peuvent être en l'espèce avancées. Tout d'abord, c'est un cumul de clauses exorbitantes (*CE, ass., 26 févr. 1965, Sté du vélodrome du parc des princes : Rec. CE 1965, p. 133 ; RD publ. 1965, p. 506, concl. Bertrand et p. 1175, note M. Waline*) qui confère à ce contrat un caractère administratif. En outre, les obligations à la charge de l'acquéreur paraissent, pour certaines, « étrangères par leur nature à [celles] qui sont susceptibles d'être librement consenti[e]s par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (*CE, sect., 20 oct. 1950, Stein : Rec. CE 1950,*

p. 505). Enfin, on pourrait se demander si le cumul régime de vente particulier, sujétions particulières imposées à l'acquéreur et pluralité de clauses exorbitantes dont la rédaction est imposée par des textes législatifs et réglementaires ne devrait pas pousser à considérer que l'on se trouve en présence d'une hypothèse inédite de soumission du cocontractant à un régime exorbitant du droit commun (*CE, sect., 19 janv. 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant : Rec. CE 1973, p. 48*).

Alain Ondoua

12. - Procédure adaptée en liberté très surveillée. - Par l'arrêt **Région Nord-Pas-de-Calais (CE, 7 oct. 2005, n° 278732** : *Juris-Data n° 2005-068985 ; JCP A 2005, act. 642, obs. M.-Ch. Rouault ; JCP A 2005, 1345, concl. D. Casas ; JCP A 2005, 1371, note Fl. Linditch ; AJDA 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus ; F. Lichère, Le contrôle du Conseil d'État sur la procédure adaptée est-il adapté ? : Contrats-Marchés publ. 2005, étude 17*) le Conseil d'État se prononce, pour la première fois, sur l'adéquation des modalités de publicité et de mise en concurrence aux caractéristiques d'un marché passé selon la procédure adaptée (*CMP, art. 28*). Afin de préparer l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, la région Nord-Pas-de-Calais, maître d'ouvrage, avait engagé une consultation en vue de sélectionner l'architecte programmiste du futur chantier. Le montant du marché de service en cause (35 000 €) lui permettait d'utiliser la procédure adaptée laissant à la personne responsable du marché le soin de déterminer elle-même les modalités de publicité et de mise en concurrence « en fonction de [son] objet et de [ses] caractéristiques » (*art. 28, préc.*). En conséquence, la région a publié un avis d'appel public à la concurrence dans *La voix du Nord*, doublé d'une publicité électronique sur son site internet pendant quinze jours. Saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'ordonnance par laquelle le juge des référés précontractuels de Lille avait annulé l'ensemble de la procédure, le Conseil d'État annule l'ordonnance pour dénaturation des pièces du dossier et, réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, annule à son tour la procédure de passation du marché. Après avoir affirmé qu'il résulte des dispositions combinées du second alinéa du I de l'article 28 du code et du II de l'article 40 du même code que la passation des « marchés adaptés » est soumise aux principes généraux de la commande publique posés à l'article 1er du Code des marchés publics, l'arrêt donne une liste non exhaustive de critères devant guider la personne publique dans la détermination de modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques du marché passé selon la procédure adaptée : l'objet, le montant, le degré de concurrence entre les entreprises concernées et les conditions dans lesquelles le marché est passé. En l'espèce, compte tenu de l'objet du marché, les mesures de publicité ont été jugées insuffisantes pour informer les programmistes ayant vocation à répondre à l'avis d'appel public à la concurrence. La solution adoptée favorise une concurrence effective et c'est là sa principale qualité. Dans le cas d'espèce, l'objet culturel et prestigieux du marché pouvait en effet intéresser des architectes bien au-delà des frontières régionales et même nationales et une publicité communautaire, malgré le faible montant du marché, aurait mieux assuré le respect des principes de la commande publique. Pour le reste, l'arrêt soulève bien des réserves. Au-delà du fait qu'il sollicite fortement les termes de la loi, les critères qu'il pose obligeront les acheteurs publics à une analyse préalable approfondie permettant de recenser et de localiser les entreprises potentiellement candidates afin d'évaluer le degré de concurrence dans le secteur en cause. L'exercice de la liberté accordée aux personnes publiques dans le cadre de la procédure adaptée est paradoxalement conditionné par des préalables dont on peut douter non seulement qu'ils favorisent la sécurité juridique de l'opération mais qu'ils ne dépassent les exigences de la jurisprudence *Telaustria (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98)* qui visait à permettre la mise en concurrence d'un nombre suffisant d'entreprises. Or, en l'espèce, six candidatures étaient recevables.

13. - Concession de services publics, société à capital public et prestation in house. - L'arrêt **Parking Brixen (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03** : *JCP A 2005, act. 657*) confirme amplement l'œuvre engagée par la

CJCE dans l'arrêt *Stadt Halle*, du 11 janvier 2005 (CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03 : JCP G 2005, I, 145, chron. Cl. Boiteau, n° 7 ; JCP A 2005, 1024 ; Dr. adm. 2005, comm. 36, note Alonso Garcia et Maillard) visant à cantonner strictement le champ d'application du contrat *in house*, particulièrement dans le cas où la prestation est assurée par une société à capitaux publics. La commune de Brixen (Italie) avait confié, en 2001, au Stadtwerke Brixen AG dont elle était alors l'unique actionnaire, la gestion d'un parking, pour une durée de neuf ans, sans appel d'offres, considérant qu'il s'agissait d'une opération interne ou *in house*. L'attribution de la gestion du parking ayant été contestée par la société Parking Brixen, le juge italien a saisi la CJCE de deux questions préjudicielles, l'une tenant à la qualification du contrat, l'autre à la compatibilité avec le droit communautaire de l'attribution d'une concession sans appel d'offres à une société certes à capital entièrement public mais possédant une certaine autonomie. En premier lieu, la cour de justice relève que, dans le contrat en cause, la rémunération du prestataire provient des montants versés par les usagers du parking et qu'un tel mode de rémunération, qui induit que le prestataire prenne en charge le risque d'exploitation, caractérise une concession de service public au sens du droit communautaire dont la conclusion est exclue du champ d'application de la directive n° 92/50 « marchés de services » (CJCE, ord., 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, aff. C-358/00 : Rec. CJCE 2002, p. I-4685, pt 28). Ce faisant, la cour de justice conjugue la définition de la concession de services donnée par la directive « classique » n° 2004/18, du 31 mars 2004 (JOUE L. 134, 30 avr. 2004), qui n'était pas applicable aux faits de l'espèce, et selon laquelle « *la concession de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* » – définition directement inspirée de la concession de travaux – et celle développée par la Commission dans sa communication interprétative sur les concessions, de 2000, qui s'appuyait beaucoup plus nettement sur le critère du risque économique (Comm. UE, comm. n°2000/C/121/02 : JOCE C/121, 29 avr. 2000). En second lieu, la CJCE rappelle que si la conclusion d'une concession de service échappe au champ d'application de la directive n° 92/50, elle est cependant soumise aux règles générales du traité CE ainsi qu'aux principes de non discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, conformément à la jurisprudence *Telaustria* (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98 : Rec. CJCE 2000, p. I-10745. – CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*) à moins que l'autorité publique concédante n'exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette entité ne réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : Rec. CJCE 1999, p. I-8121). Dans le cas d'espèce, la cour relève que « Stadtwerke Brixen a acquis une vocation de marché qui rend précaire le contrôle de la commune ». Plusieurs indices nourrissent cette « vocation » : la transformation de l'organisme communal en société anonyme précédant l'ouverture programmée du capital à de nouveaux actionnaires, des pouvoirs importants du conseil d'administration sans véritable contrôle gestionnaire de la commune, l'élargissement matériel de l'objet social à différents services d'intérêt général et l'expansion territoriale des activités de l'entreprise à toute l'Italie excluent de considérer que l'autorité publique puisse exercer sur une telle entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dès lors, il n'était pas nécessaire au juge d'examiner la seconde condition posée par l'arrêt *Teckal*.

Claudie Boiteau

5. Les principes d'action

A. - Le principe de légalité

14. - Légalité et contrat « nouvelles embauches ». - Jusqu'où le gouvernement législateur peut-il déroger au droit commun du travail pour inciter les petites entreprises à recruter des personnes au chômage ? Après que la loi n° 2005-846 du 26 juillet 2005 eut été validée par le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 22 juill. 2005, n° 2005-521 DC) qui a rejeté les griefs visant le contrat « nouvelles embauches » au motif qu'ils contestaient une future

ordonnance dont le contenu n'est aucunement prédéterminé par l'habilitation, le juge administratif a été amené, dans l'arrêt **CGT** du 19 octobre 2005 (**CE, 19 oct. 2005, n° 283471, n° 284421, n° 284473, n° 284654, n° 285374, CGT et a. : Juris-Data n° 2005-069074 ; JCP G 2005, act. 589 ; JCP S 2005, 1317, concl. Ch. Devys, note R. Vatinet**), à confronter au principe de légalité l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 (**JO 3 août 2005, p. 12689**) créant le contrat de travail « nouvelles embauches » (CNE) applicable dans les petites entreprises de moins de vingt salariés. Comportant une période d'essai dite de « consolidation » de deux ans qui rend possible une certaine flexibilité de l'emploi et favorise la mobilité professionnelle souvent bloquée par la formule classique du contrat à durée indéterminée, ce nouveau contrat sans limitation de durée peut être rompu durant la période préalable de deux ans. Si l'employeur a pris l'initiative de la rupture, le salarié reçoit alors une indemnité supérieure à celle qui résulte de l'application des règles de l'article L. 122-9 du Code du travail. Adoptant une approche téléologique à l'égard du grief d'incompatibilité avec les stipulations de la Convention n° 158 de l'OIT dont l'article 4 interdit les licenciements sans motif valable fondé, notamment, sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, le Conseil d'État a jugé raisonnable le délai préfix de deux ans compte tenu de l'objet de ces nouveaux contrats à durée indéterminée qui ont été créés pour réduire le chômage. De même, le contenu de l'ordonnance ne va pas au-delà de l'habilitation consentie par le législateur et revêt un caractère proportionné à l'objectif d'incitation à l'embauche ; le CNE est également conforme à la Constitution (**Décl. DH, art. 4**) car celle-ci n'implique pas que la faculté pour l'employeur de mettre fin à ce contrat soit subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs et d'en prévoir les modalités de réparation. Après avoir précisé que l'article 2 de cette convention prévoit des dérogations au droit commun pour les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, le Conseil d'État juge que la période de consolidation ne déroge pas aux stipulations des articles 8-1, 9 et 10 de cette convention. Enfin, l'arrêt rappelle que l'ordonnance n'a pas exclu la possibilité pour le salarié de contester le licenciement devant un juge afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture ne revêt pas un caractère abusif. Au total, le contenu de l'ordonnance validé par le Conseil d'État rappelle la phrase des conjurés d'Hernani : « on arrive à de grands résultats par des voies étroites ».

Emmanuel Aubin

B. - Le principe de responsabilité

15. - Responsabilité sans faute pour défaut de scolarisation d'un enfant handicapé. - Dans l'affaire **Époux Hebri K.**, jugée par le tribunal administratif de Lyon le 29 septembre 2005 (**TA Lyon, 29 sept. 2005 : AJDA 2005, p. 1874, obs. E. Royer**), un enfant lourdement handicapé avait été pris en charge par un établissement spécialisé jusqu'en septembre 2002, date à laquelle une réorganisation du service qui l'accueillait avait entraîné la fermeture de la structure. La commission départementale de l'éducation spéciale du Rhône ayant proposé trois établissements dont aucun, faute de place libre, n'avait pu l'accueillir, l'enfant a alors été contraint de regagner le domicile de ses parents sans avoir la possibilité d'être scolarisé. Si le tribunal estime qu'il n'y a pas de faute de l'État dans la mesure où ses services ont sérieusement recherché une solution pour l'enfant compte tenu des possibilités concrètes d'accueil et des invalidités particulièrement lourdes qui frappaient l'enfant, le juge administratif relève d'office, en revanche, le moyen tiré de la responsabilité sans faute de l'État. Il juge que compte tenu de la longueur de la période pendant laquelle le jeune enfant n'a pas été scolarisé, venant après une prise en charge qui n'a pris fin que suite à une réorganisation du service, l'État a fait peser sur l'enfant et ses parents une charge anormale et spéciale de nature à engager sa responsabilité même en l'absence de faute.

Loïc Levoyer

6. Les moyens

A. - Les agents

16. - Le gouvernement pouvait-il retenir l'évolution des prix mentionnée dans le rapport économique, social et financier annexé à la loi de finances de l'année suivante pour ne revaloriser que de 2 % le montant des pensions de retraite ? Saisi par la voie du référé au titre de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État a rejeté les requêtes de nombreuses demandes de fonctionnaires contestant le décret du 22 février 2005 (*C. pens. retr., art. L. 16*) et demandant le versement d'un complément de la pension de retraite qui leur a été servie lors du premier semestre 2005 (**CE, ord. réf., 2 août 2005, n° 282073, Labarutias et a** : JCP G 2005, IV, 3148 ; JCP A 2005, act. 486, obs. M.-Ch. Rouault). Pour les requérants qui soutenaient que leur pension aurait dû être revalorisée de 2,2 % au lieu de 2 % à compter du 1er janvier 2005, le gouvernement aurait illégalement calculé l'ajustement prévu par la réforme de 2003. Le Conseil d'État rejette, à juste titre, leurs prétentions en affirmant que l'obligation invoquée par les requérants pour fonder leur demande de provision ne peut être regardée comme ayant le caractère non sérieusement contestable. En effet, les dispositions législatives imposent expressément de comparer l'évolution des prix à la consommation initialement prévue à celle mentionnée pour la même année dans le rapport évoqué ci-dessus et non, ainsi que le soutiennent les requérants, à l'évolution des prix effectivement mesurée à la fin de l'année.

17. - L'Administration est-elle tenue d'honorer la promesse de nouvel engagement faite à un agent contractuel ? Se transformant en « gardien de promesses », le tribunal administratif d'Amiens répond positivement à cette question en jugeant, dans la décision **Duport(TA Amiens, 6 sept. 2005, Duport)**, que le retrait d'une décision d'engagement est illégalement intervenu car l'autorité locale s'était engagée à faire bénéficier l'agent contractuel d'une période de stage de six mois préluant à une éventuelle titularisation. « Garantie juridique du respect de la parole donnée » (*E. Desmons, Promesse et serment, in D.Alland et S.Rials, Dictionnaire de la culture juridique : PUF, 2003, p.1247*), la promesse engage celui qui la formule ; le grand mérite du jugement est de faire sortir du non droit l'effet donné à la promesse dans un domaine – le renouvellement des agents contractuels – traditionnellement marqué par le pouvoir discrétionnaire. Le jugement du 6 septembre peut être relié à l'arrêt *Tordjman* du 30 mai 2005 (*CE, 30 mai 2005, n° 265307 : Juris-Data n° 2005-068461 ; mentionné aux tables du Rec. CE ; JCP A 2005, act. 294, obs. M.-Ch. Rouault*) dans lequel le Conseil d'État a engagé la responsabilité de l'État en raison de la faute préjudiciable commise par l'administration qui avait donné à un haut fonctionnaire diplomate, des assurances concernant sa nomination sur un poste de ministre plénipotentiaire, qu'elle n'a pas respectées.

18. - Appliquant positivement, pour l'agent concerné, la jurisprudence *Llorca* (*CE, 26 févr. 2003, n° 187401 : Juris-Data n° 2003-064991 ; AJDA 2003, p. 1005, concl. G. Goulard*) le Conseil d'État juge, dans l'arrêt **Barritault** du 26 septembre (**CE, 26 sept. 2005, n° 255656, Barritault, Min. Éduc. nat. : Sera mentionné aux Tables du Rec. CE ; JCP A 2005, act. 619, obs. M.-Ch. Rouault), qu'un professeur d'université père de quatre enfants ayant demandé à bénéficier de la jouissance immédiate de sa pension à la date du 3 décembre 2002 devait se voir appliquer le droit en vigueur à l'époque ; c'est-à-dire, la solution imposée par le juge administratif et non la réforme législative d'août 2003. Illustrant, à nouveau, les rapports conflictuels entre la loi et le temps dans le nouveau droit des pensions (*CE, ass. avis, 27 mai 2005, n° 277975, Provin : Juris-Data n° 2005-068553 ; JCP G 2005, IV, 2567 ; JCP A 2005, 1252, concl. Ch. Devys. – CE, 17 juin 2005, n° 271779, 271107 et 271781, Min. Éco. et Fin. : Juris-Data n° 2005-068539, n° 2005-068527 et n° 2005-068533 ; JCP G 2005, I, 177 ; JCP A 2005, act. 356, obs. M.-Ch. Rouault*), cet arrêt précise que les dispositions rétroactives de la loi de 2003 sont intervenues pendant la durée des procédures déclenchées par le requérant et devaient donc être interprétées comme ouvrant aux hommes comme aux femmes ayant eu trois enfants le droit à l'entrée en jouissance immédiate de leur pension de retraite. En l'absence d'un**

motif impérieux d'intérêt général, ces dispositions législatives méconnaissent les stipulations de l'article 6, § 1 de la Convention EDH et le principe d'égalité des rémunérations affirmé, notamment, par le Traité CE. Par le jeu de l'exception d'inconventionnalité, le Conseil d'État écarte logiquement la loi pour appliquer la solution prétorienne que l'on sait à la décision du recteur en date du 13 décembre 2002 qui est logiquement annulée.

19. - Le « scénario fil de l'eau » étant intenable (G. Lobry et N. Neiertz, *Guide pratique des retraites : Berger-Levrault, 2005, p. 24*), la réforme des retraites de 2003 a tiré vers le bas les conditions d'application des bonifications d'ancienneté pour enfants ainsi que l'illustre l'arrêt **Pierre A.** du 26 septembre 2005 (**CE, 26 sept. 2005, n° 269179, Pierre A., inédit**). Conseiller à la Cour de cassation, le requérant soutenait l'exception d'illégalité du décret du 26 décembre 2003 qui serait contraire au principe d'égalité en avantageant, selon lui, les femmes. Le Conseil d'État juge, toutefois que, eu égard à l'objet de la bonification ainsi instaurée par la loi, le principe d'égalité n'interdisait pas que le décret attaqué fixe une durée minimale de deux mois à cette interruption et prévoit parmi les positions statutaires donnant droit à son bénéficiaire, le congé de maternité nonobstant le fait que, en raison du caractère facultatif des autres congés, pour la plupart non rémunérés et dont certains n'étaient pas encore ouverts aux hommes à la date à laquelle leurs enfants sont nés, le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin. Cette solution montre que, sans le dire, la réforme de 2003 a bel et bien voulu dissuader les agents de sexe masculin de s'appuyer sur une « conception exagérément formaliste de l'égalité pour mettre davantage en péril un système de retraites déjà gravement menacé » (F. Melleray, *Droit de la fonction publique : Economica, 2005, p. 295*).

Emmanuel Aubin

B. - Les biens

(...)

7. Le contentieux

A. - Juridictions administratives et judiciaires

20. - Par l'arrêt **Chauvel contre Ministre de l'Intérieur** du 26 septembre 2005 le Tribunal des conflits applique sa jurisprudence traditionnelle (**T. confl., 26 sept. 2005, n° 3461** : *Juris-Data n° 2005-282934* ; *JCP A 2005, act. 690, obs. M.-Ch. Rouault. – T. confl., 5 déc. 1977, Motsch : Rec. CE 1977, p. 671* ; *AJDA 1978, p. 444, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau. – T. confl., 17 mars 1994, Damez : Rec. CE 1994, p. 594. – CE, 17 nov. 1948, Casini : Rec. CE 1948, p. 432. – CE, ass., 24 juin 1949, Lecomte et Daramy : Rec. CE 1949, p. 307*) selon laquelle l'opération consistant à interpellier et appréhender un individu en application de l'article 12 du Code de procédure pénale, relève de l'exercice de la police judiciaire. Le tribunal rappelle que les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les fonctionnaires de police lors de l'interpellation d'un individu relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires sans même qu'il soit besoin de déterminer si le dommage trouve son origine dans une faute personnelle détachable du service. Dans cette affaire, un individu se heurtant au refus de deux agents de police de le laisser pénétrer dans une zone du centre ville interdite à la circulation en raison de festivités, recherchait devant le TGI réparation de divers préjudices occasionnés par l'un des fonctionnaires de police lors de cette altercation. Estimant que la faute reprochée à l'agent de police avait été commise dans l'exercice de ses fonctions, le juge judiciaire se déclara incompétent pour statuer. La victime saisit alors le tribunal administratif d'une demande tendant à la condamnation de l'État à réparer les dommages qu'il avait subis. Ce dernier, estimant que les violences en cause avaient été exercées au cours d'une opération de police judiciaire, dont il appartenait aux

seules juridictions de l'ordre judiciaire de connaître, renvoya au Tribunal des conflits le soin de statuer sur la question de compétence, évitant ainsi de créer un conflit négatif de compétence. En constatant qu'il y a identité de litige, les demandes ayant le même objet et le même fondement, le Tribunal des conflits confirme que le fait d'interpeller et d'appréhender un individu est une opération de police judiciaire.

Loïc Levoyer

21. - Cassation et autorité absolue de la chose jugée. - L'arrêt *Commune de Beausoleil (CE, 30 sept. 2005, n° 258873* : JCP G 2005, II, 10175, concl. S. Verclytte ; JCP A 2005, act. 610, obs. M.-Ch. Rouault) rendu par la section du contentieux, le 30 septembre 2005, précise, de manière inédite, les conséquences à tirer d'une décision du juge de cassation sur la portée du jugement affecté par la décision du Conseil d'État. En l'espèce, une société avait été autorisée à construire un immeuble moyennant notamment le versement d'une participation pour non-réalisation d'aires de stationnement. La société ayant contesté cette participation, le litige a été porté devant le juge. Par un arrêt en date du 7 mai 2003, la cour administrative d'appel de Marseille l'a déchargée de l'obligation de payer en s'appuyant sur un précédent arrêt qu'elle avait rendu, le 20 janvier 2000, par lequel elle avait annulé le permis de construire. Solution logique : l'article R. 332-22 du Code de l'urbanisme prévoit que le redevable de la participation en obtient le dégrèvement ou la restitution en cas de retrait ou d'annulation du permis de construire. Mais, ce faisant, la cour administrative d'appel a ignoré l'arrêt du Conseil d'État, du 19 juin 2002, annulant son arrêt de 2000 et rejetant la demande d'annulation du permis de construire. Il ne pouvait cependant lui en être fait le grief, la position communément admise étant que « les décisions rendues par le Conseil d'État statuant en cassation n'ont que l'autorité relative de la chose jugée » (*Odent, Cours, p. 2094 ; R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 2004, 11e éd., p. 1200*). Et, si les juridictions doivent l'appliquer encore faut-il que cette chose jugée ait été invoquée ou opposée devant elles car elle n'est pas d'ordre public (*CE, 27 oct. 1965, Blagny : Rec. CE 1965, p. 559. – CE, 26 mars 1971, Devillers : Rec. CE 1971, p. 259*). Tout en maintenant le principe, l'arrêt *Commune de Beausoleil* délimite l'autorité absolue de la chose jugée des décisions du juge de cassation en se fondant sur le critère de la portée de l'autorité dont est revêtue la décision attaquée. Il précise, en outre, que revêt la même autorité les décisions du juge de cassation qui sans annuler la décision attaquée, en affecte les motifs : « si, en règle générale, les décisions prises par le juge de cassation ne sont revêtues que de l'autorité relative de la chose jugée, il en va autrement lorsque le juge de cassation annule une décision juridictionnelle elle-même revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée ou la confirme par d'autres motifs ».

22. - Sur les mérites de Mlle Courrèges !. - Le zèle intempestif d'un plaideur impénitent a offert au Conseil d'État (*CE, 5 oct. 2005, Hoffer, n° 281041* : *Juris-Data n° 2005-068986 ; JCP G 2005, IV, 3356 ; JCP A 2005, act. 634, obs. M.-Ch. Rouault ; RFD adm. 2005, p. 942, concl. F. Séners*) l'occasion d'affirmer que les conditions d'élaboration des décisions, conformément aux exigences de l'impartialité, et les garanties, qui par application du principe d'indépendance de la juridiction administrative, régissent les conditions d'avancement des membres du Conseil, excluent que l'avancement de ces derniers ne soit favorisé par leurs prises de position dans les affaires qu'ils rapportent. Le requérant demandait l'annulation du décret du président de la République portant nomination de Mlle Courrèges au grade de maître des requêtes, soutenant que cette nomination était entachée d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. Il estimait que cette promotion était motivée par la volonté de remercier Mlle Courrèges pour l'indulgence qu'elle aurait manifestée à l'égard du Conseil constitutionnel, dans le cadre de son travail de rapporteur, dans deux décisions du 15 avril 2005 et du 20 mai 2005 par lesquelles le Conseil d'État avait rejeté ses demandes, lesquelles s'inscrivaient dans le contentieux entourant l'organisation du référendum établissant une Constitution pour l'Europe. Ne se trouvant pas lui-même en concurrence avec le fonctionnaire dont il contestait l'avancement (*CE, sect., 7 janv. 1944, Robert : Rec. CE 1944, p. 7*), M. Hoffer n'avait

nul intérêt lui donnant qualité à agir et sa requête pouvait être rejetée pour irrecevabilité. Mais, la rareté de la contestation méritait que l'obstacle soit franchi d'autant qu'elle offrait l'occasion au Conseil, au travers notamment des conclusions ciselées de F. Séners, d'éclairer le travail du rapporteur laissé dans l'obscurité du secret et d'affirmer l'indépendance et l'impartialité de la juridiction (*V. égal. D. Chauvaux et J.-H. Stahl, Le commissaire, le délibéré et l'équité du procès : AJDA 2005, p. 2116*).

Claudie Boiteau

B. - Compétence

23. - Mariage dérogoire et juge compétent. - Le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître d'une demande d'annulation de la décision du président de la République refusant d'autoriser le mariage d'un oncle et d'une nièce. Il l'a admis dans son arrêt *Mlle P. et M. S. H. (CE, 12 oct. 2005, n° 264446 : AJDA 2005, p. 2036 ; JCP A 2005, act. 695, obs. M.-Ch. Rouault)*. Un tel mariage est interdit par l'article 163 du Code civil, avec cependant la possibilité pour le chef de l'État de lever cette interdiction pour des causes graves (*C. civ., art. 164*). La haute juridiction administrative réaffirme en l'espèce que les décisions présidentielles prises sur ce fondement sont « indissociables des questions d'état des personnes relatives à la parenté et au mariage » ; questions relevant de la compétence des juridictions judiciaires ainsi que l'a admis le juge constitutionnel (*Cons. const., n° 89-261 DC, 26 juill. 1989, loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France : Rec. Cons. const. 1989, p. 81*). Antérieurement à cette espèce, le Conseil d'État avait déjà jugé que ressortissaient à la compétence judiciaire notamment, le retrait d'une autorisation ministérielle d'un mariage posthume (*CE, sect., 25 oct. 1963, Sieur Compan : Rec. CE 1963, p. 504*) ou encore la décision d'irrecevabilité d'un greffier concernant une déclaration d'un PACS ne remplissant pas toutes les conditions d'enregistrement requises (*CE, 23 mai 2003, n° 248982, Baudry : Juris-Data n° 2003-065397 ; Rec. CE 2003, p. 238 ; JCP G 2005, IV, 2854 ; JCP A 2003, 1717 ; D. 2004, p. 295, note J. Gourdou et J. Lemouland*).

Alain Ondoua

C. - Recours

(...)

D. - Procédure

24. - Recours administratif obligatoire. - Par un arrêt du 28 septembre 2005 (*CE, 28 sept. 2005, n° 266208 et n° 266210, Louis : Juris-Data n° 2005-068950 ; JCP A 2005, act. 611, obs. M.-Ch. Rouault*), le Conseil d'État rappelle que lorsque les dispositions législatives ou réglementaires organisent une procédure obligatoire de recours administratif préalable à l'intervention d'une juridiction, le respect de cette procédure s'impose à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux. Or, il en va ainsi même dans le cas où les dispositions régissant la procédure de recours administratif préalable, dans l'énumération qu'elles donnent des personnes susceptibles de la former, auraient omis de faire figurer toute autre personne justifiant d'un intérêt suffisant pour l'exercer. En conséquence, dès lors qu'en vertu de l'article L. 415 du Code de la santé publique tout recours formé contre une décision prise par un conseil départemental de l'ordre des médecins en matière d'inscription au tableau doit être présenté au conseil régional de

cet ordre, une telle décision ne peut faire l'objet d'un recours direct pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Cette exigence s'impose non seulement au praticien qui a sollicité l'inscription ou l'instance ordinaire compétente, mais également à tout praticien justifiant d'un intérêt suffisant pour contester la légalité de la décision prise par le conseil départemental malgré l'absence de cette mention à l'article L. 415 du Code de la santé publique.

Loïc Levoyer

Mots clés : Droit administratif. - Questions diverses

Ouvrages

J.-P. Brunel, D. Chabanol et C.-S. Lopez, *Le maire et les immeubles menaçant ruine* : LexisNexis Litec, 1992

Études et commentaires

S. Le Briero, *Regard associatif sur la catastrophe de l'Erika : le naufrage de la contravention de grande voirie* : Rev. jur. env. 2004, n° spécial, p. 185 ; C. Fardet, *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général* : AJDA 2000, p. 115 ; A. Hourcabi et A. Tabouis, *Mapa : pour une pratique raisonnée de la publicité et de la mise en concurrence* : CP-ACCP, n° 49, nov. 2005, 76. ; S. Jacq-Moreau, *Les pouvoirs de police du maire en matière d'immeubles dangereux* : Gaz Cnes, 2 févr. 2004, p. 54

Pour aller plus loin

J. Auvret-Finck, *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?* : RD publ 1995, p. 131 ; C. Charlery, *Réflexions sur la notion de clause exorbitante du droit commun* : LPA 6 avr. 1998, p. 4 ; R. Chapus, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?* : D. 1958, chron. 5 ; S. Duroy, *Le contentieux des actes d'état civil* : RD publ. 1993, p. 1711 ; D. Lebetoulle, *Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux* in *Mélanges en l'honneur de R. Chapus* : Montchrestien, 1992, p. 333 ; V. Lebon et F. Pistone, *Le coût économique de la sécurité juridique des marchés publics* : AJDA 2005, p. 1817 ; J. Moreau, *De l'abrogation implicite en droit public français* : JCP A 2005, 1557 ; A. Triomphe, *La compensation du handicap dans la loi du 11 février 2005 : du mythe à la réalité* : RD sanit. soc. 2005, n° 3, p. 371

Note 1 La chronique de Droit administratif est rédigée par : Claudie Boiteau, Professeur ; Emmanuel Aubin, Loïc Levoyer, Alain Ondoua, Maîtres de conférences.

© LexisNexis SA