



Cons. que, si le juge des référés n'est pas saisi du principal, l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés du tribunal administratif d'ordonner sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative doit être appréciée dans la perspective d'un litige principal actuel ou éventuel, relevant lui-même de la compétence de ce tribunal, et auquel cette mesure se rattache ; qu'après avoir souverainement constaté qu'aucune action mettant en cause la responsabilité de constructeurs ne pouvait plus être engagée utilement en raison de l'expiration du délai de garantie décennale, le magistrat délégué par le président de la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en déduisant de l'impossibilité d'engager un tel litige l'absence d'utilité de la mesure d'expertise demandée ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que l'Office Public d'Habitations de Nice et des Alpes-Maritimes n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance du 12 décembre 2001 du juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : — Cons. que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société Contenti-BTP et les autres défendeurs, qui ne sont pas dans la présente instance la partie perdante, soient condamnés à payer à l'Office Public d'Habitations de Nice et des Alpes-Maritimes la somme que celui-ci demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de condamner l'Office Public d'Habitations de Nice et des Alpes-Maritimes à payer à la société Contenti-BTP la somme que celle-ci demande en remboursement des frais qu'elle a exposés ; ... (rejet de la requête ; condamnation de l'Office Public d'Habitations de Nice et des Alpes-Maritimes à payer à la société Contenti-BTP la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative).

1. Cf. 24 juin 2002, *Département de la Seine-Maritime*, T. p. 723 et 851.



PROCÉDURE.

PROCÉDURES INSTITUÉES PAR LA LOI DU 30 JUIN 2000. Référé suspension (article L. 521-1 du code de justice administrative). Conditions d'octroi de la suspension demandée. Moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision. a) Contrôle du juge de cassation. Etendue. Contrôle de l'erreur de droit. Existence, eu égard à l'office attribué au juge des référés par les articles L. 511-1 et L. 521-1 du code de justice administrative (1). b) Absence. Moyen tiré de ce que les articles L. 422-10 et L. 422-18 du code de l'environnement, issus de la loi du 26 juillet 2000 seraient incompatibles avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention.

[30 décembre. — 6^e/4^e sous-sect. réunies. — 240430 —

Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati. — Mme Legras, rapp. ; M. Guyomar, c. du g. ; SCP Coutard-Mayer, av.).

Recours du ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement, qui demande que le Conseil d'Etat annule l'ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a ordonné, à la demande de M. Jean Carminati, la suspension provisoire de la décision du préfet de l'Ardèche du 27 août 2001 refusant d'examiner la demande de retrait des terrains de celui-ci du territoire de l'association communale de chasse agréée d'Etables ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à cette convention ; le code de l'environnement ; le code rural ; la loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000 relative à la chasse ; le code de justice administrative ;

CONSIDÉRANT que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a suspendu l'exécution de la décision du 27 août 2001 par laquelle le préfet de l'Ardèche a rejeté la demande par laquelle M. Carminati sollicitait le retrait de ses terrains du territoire de l'association communale de chasse agréée d'Etables ;

Cons. qu'eu égard à l'office du juge des référés, le moyen tiré de ce que les articles L. 422-10 et L. 422-18 du code de l'environnement, issus de la loi du 26 juillet 2000, relative à la chasse, qui prévoient les conditions dans lesquelles le propriétaire de terrains qui fait état de convictions personnelles hostiles à la pratique de la chasse peut demander à ce qu'ils soient soustraits du périmètre d'une association communale de chasse agréée, seraient incompatibles avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention, n'était pas de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension était demandée ; qu'en retenant un tel motif pour prononcer la suspension de cette décision, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a donc commis une erreur de droit ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que le ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Cons. qu'il y a lieu, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par M. Carminati ;

Cons. qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions du code rural issues de la loi du 26 juillet 2000 avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention n'est pas, eu égard à l'office du juge des référés, de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision du préfet de l'Ardèche ; qu'au surplus, M. Carminati, qui n'a pas demandé le retrait de ses terrains du territoire de l'association communale de chasse agréée d'Étables dans le délai d'un an ouvert par l'article 16 de la loi du 26 juillet 2000, ne justifie pas que la décision du préfet porte à ses intérêts une atteinte grave et immédiate ; qu'il résulte de ce qui précède que la demande de suspension doit être rejetée ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : — Cons. que les dispositions de cet article font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamné à payer à M. Carminati la somme qu'il demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; ... (annulation de l'ordonnance du 26 octobre 2001 du juge des référés du tribunal administratif de Lyon ; rejet de la demande présentée par M. Carminati devant le juge des référés et de ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative).

1. Cf. Section, 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne, p. 421.

PROCÉDURE.

VOIES DE RECOURS. Cassation. Contrôle du juge de cassation. Devoirs du juge. Absence. Obligation de se prononcer sur l'ensemble des moyens de la requête susceptibles de fonder l'annulation d'un acte intervenu en matière d'urbanisme (article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme) (1).

URBANISME ET AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE.

RÈGLES DE PROCÉDURE CONTENTIEUSE SPÉCIALES. Devoirs du juge. Obligation de se prononcer sur l'ensemble des moyens de la requête susceptibles de fonder l'annulation (article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme). Champ d'application. Exclusion. Cassation (1).

[30 décembre. — 3^e/8^e sous-sect. réunies. — 237392 237397 —

Commune de Talloires et SARL Semnoz Immobilier et autres. —

MM. Jeanneney, rapp. ; Austray, c. du g. ;

SCP Coutard, Mayer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin,

SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, av.).

I. Requête n° 237392 de la commune de Talloires (Haute-Savoie), qui demande au Conseil d'Etat :

1^o) d'annuler l'arrêt en date du 12 juin 2001 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a annulé, à la demande de l'association Lac d'Annecy Environnement, un jugement du tribunal administratif de Grenoble en date du 14 avril 2000 ainsi que le permis de construire



Le retour de la loi écran devant le juge des référés

La jurisprudence Carminati confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat

PAR THIERRY-XAVIER GIRARDOT
MAÎTRE DES REQUÊTES AU CONSEIL D'ETAT

L'ESSENTIEL

Plusieurs ordonnances rendues par le juge des référés du Conseil d'Etat confirment, en la précisant, la jurisprudence Carminati, qui interdit au juge des référés de prendre en compte un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi. C'est l'occasion de s'interroger sur les fondements d'une jurisprudence qui peut surprendre alors que le juge des référés peut en principe se fonder sur un doute quant à la légalité de la décision contestée.

Le juge des référés peut-il examiner un moyen tiré de la contrariété d'une loi avec un engagement international ? En confirmant la réponse négative apportée à cette question par un premier arrêt du 30 décembre 2002 (*Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement c/ M. Carminati*, Lebon p. 510; AJDA 2003, p. 1065, note O. Le Bot), plusieurs ordonnances rendues à la fin de l'année 2005 par le juge des référés du Conseil d'Etat consacrent l'existence d'une catégorie de moyens qui ne peuvent fonder la suspension d'un acte administratif alors même qu'ils sont susceptibles d'entraîner son annulation par le juge de l'excès de pouvoir.

Dans l'affaire *Carminati* jugée le 30 décembre 2002, le Conseil d'Etat avait annulé une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lyon en considérant « qu'eu égard à l'office du juge des référés, le moyen tiré de ce que les articles L. 422-10 et L. 422-18 du code de l'environnement, issus de la loi du 26 juillet 2000 relative à la chasse [...], seraient incompatibles avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension était demandée » et « qu'en retenant un tel motif pour prononcer la suspension de cette décision, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a donc commis une erreur de droit ».

Si l'annonce d'une publication de la décision au Lebon attirait l'attention des observateurs attentifs de la jurisprudence administrative (O. Le Bot, *Contrôle de conventionnalité et référé suspension*: quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle du juge de cassation, AJDA 2003, p. 1065; B. Le Baut-Ferrarèse, *L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne*, Petites affiches, 25 février 2004, p. 4), la motivation de cet arrêt de cassation, qui semble tenir tout entière dans la référence à « l'office du juge des référés », conservait une part de mystère. La portée de l'arrêt fut toutefois éclairée par le commentaire publié par le commissaire du gouvernement, Matthias Guyomar, dans la revue *Droit administratif* (mars 2003, p. 35): « Il

n'appartient pas au juge des référés de se prononcer, dans le cadre d'un référé suspension, sur la question inédite de la compatibilité d'une loi avec les stipulations d'un traité ». Derrière une motivation propre aux circonstances de l'espèce, l'arrêt du 30 décembre 2002 constituait donc un arrêt de principe, interdisant au juge des référés, dès lors que la question était inédite, de fonder une décision de suspension sur un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi.

En l'absence de toute application de cette jurisprudence par les différentes formations de jugement du Conseil d'Etat, l'arrêt du 30 décembre 2002 a longtemps semblé constituer une solution isolée. A tel point que l'on pouvait s'interroger sur sa pérennité: dans son ordonnance du 3 mai 2005, *CFTC* (Lebon tables p. 1034; AJDA 2005, p. 972; D. 2005, p. 1465, note T. Guillemin), le juge des référés du Conseil d'Etat semblait ainsi prêt à examiner la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme de la loi du 30 juin 2004 instituant une journée de solidarité.

Les doutes en la matière ne sont plus permis depuis que plusieurs ordonnances rendues par le juge des référés du Conseil d'Etat à la fin de l'année 2005 (CE 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, Lebon p. 438; AJDA 2006, p. 944, note H. Rihal; CE 20 décembre 2005, *M. Meyet*, Lebon p. 586) ont fait application de la jurisprudence *Carminati* en lui ajoutant un considérant de principe qui en parachève la mise en forme: « eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération ».

On relèvera que la même rédaction a été retenue par l'ordonnance du 9 décembre 2005 (*M^{me} Allouache et autres*, AJDA 2005, p. 2374) alors que le juge des référés du Conseil d'Etat était saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, c'est-à-dire au titre du référé liberté. La reproduction pure et simple du

même considérant de principe que celui qui a été dégagé à l'occasion d'une instance de référé suspension révèle une assimilation qui ne va pas entièrement de soi entre les deux procédures. Cette assimilation s'inscrit cependant dans la logique d'une jurisprudence qui ouvre très largement le prétoire du juge du référé liberté en acceptant de connaître dans ce cadre de recours abstraits mettant en cause la compatibilité d'une norme avec un texte de protection des droits et libertés fondamentales. L'ordonnance du 9 décembre 2005 rendue sur la requête de 74 juristes sans paraître exiger qu'ils justifient être personnellement victimes d'une atteinte effective ou imminente à une liberté fondamentale à l'occasion de la mise en œuvre de l'état d'urgence en offre un exemple particulièrement net.

► Des précisions sur la portée de la jurisprudence *Carminati*

UNE RÈGLE PROPRE AU MOYEN TIRÉ DE L'INCONVENTIONNALITÉ DE LA LOI

Comme l'ont souligné les premiers commentateurs de cette jurisprudence, la règle dégagée par l'arrêt du 30 décembre 2002 est propre au moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi.

Le moyen tiré de la contrariété d'un décret ou d'un arrêté avec un traité international peut être regardé comme de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision dont la suspension est demandée (v. par exemple l'ordonnance du 3 août 2005, AJDA 2005 p. 1599, suspendant en raison de son incompatibilité avec les règles communautaires un arrêté du ministre de l'Ecologie et du Développement durable relatif aux dates d'ouverture de la chasse aux canards). Plus largement, tout moyen tiré par la voie de l'exception de l'illégalité d'un acte réglementaire dont a fait application la décision contestée peut être retenu par le juge du référé pour fonder une suspension (CE 5 décembre 2005, *M. Mann Singh*, Lebon p. 545; AJDA 2006, p. 211, concl. D. Chauvaux : l'incompétence du ministre de l'Intérieur pour imposer une photographie tête nue sur le permis de conduire justifie la suspension d'un refus individuel).

La jurisprudence *Carminati* ne concerne donc que le moyen tiré de la contrariété d'une loi avec un engagement international. A cet égard, elle semble marquer un coup d'arrêt dans l'évolution observée au cours des 25 dernières années qui avait conduit à traiter le moyen de l'inconventionnalité de la loi comme un cas parmi d'autres d'application de la hiérarchie des normes. Bien que certains auteurs aient cru pouvoir déceler une réticence du Conseil d'Etat à assurer pleinement le rôle de juge de la loi qui lui revient depuis la décision *Nicolo* (D. Bailleul, Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo*?, RFDA 2003, p. 876), la jurisprudence a continué, au cours des dernières années, d'ouvrir de nouvelles formes de contestation de la loi. Avec l'arrêt du 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, conclusions Francis Lamy (Lebon p. 380; AJDA 2000, p. 170, chron. M. Guyo-

mar et P. Collin; D. 2000, p. 272, note G. Toulemonde), le Conseil d'Etat a ainsi ouvert la possibilité de contester devant lui le refus du Premier ministre d'abroger par décret des dispositions législatives intervenues dans le domaine réglementaire et contraires au droit communautaire.

Plus récemment, l'arrêt *Duvignères* (CE Sect. 18 décembre 2002, Lebon p. 463; AJDA 2003, p. 487, chron. F. Donnat et D. Casas), en ouvrant le prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux recours contre les circulaires qui se bornent à répéter la loi, a consacré un nouveau mode de contestation de la loi devant le juge administratif. Au regard de ce mouvement de fond qui a conduit à multiplier les possibilités de contestation de la loi devant le juge administratif, l'interdiction de principe faite au juge des référés de fonder sa décision sur une contestation de la loi semble bien marquer une rupture.

On notera au passage que le considérant de principe des ordonnances d'octobre et de décembre 2005 ne fait pas de distinction entre la loi antérieure et la loi postérieure à l'engagement international dont la violation est invoquée par le requérant. Il semble pourtant que la solution retenue par le juge des référés du Conseil d'Etat ne s'applique pas nécessairement de la même manière selon la chronologie des textes.

Pour les lois antérieures, leur contrariété à un engagement international peut en effet conduire à se poser la question de leur éventuelle abrogation par un acte postérieur et de niveau plus élevé dans la hiérarchie des normes. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du*

La jurisprudence Carminati semble marquer un coup d'arrêt dans l'évolution observée au cours des 25 dernières années.

Travail et de la Solidarité (Lebon p. 570; RFDA 2006, p. 41), Jacques-Henri Stahl soulignait ainsi que la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Nicolo* conduisait à considérer que « l'entrée en vigueur

dans l'ordre interne d'un traité avait pour effet d'abroger implicitement les dispositions législatives antérieures lorsqu'elles s'avéraient incompatibles avec le traité ». Il précisait que ce raisonnement devait en tout cas valoir pour les conventions multilatérales pour lesquelles la condition de réciprocité ne trouve pas à s'appliquer.

Lorsque la publication d'un engagement international a pour effet d'abroger des dispositions législatives antérieures, le moyen tiré de l'inconventionnalité de ces dispositions peut certainement être regardé comme un moyen tiré du champ d'application – *ratione temporis* – de la loi (CE 15 juillet 1964, *Société Papeterie Metenett*, Lebon p. 437; CE 12 février 1992, *Ville de Carcassonne*, Lebon tables p. 1237). Rien ne s'opposerait donc à ce qu'un tel moyen (tiré de ce que l'acte contesté serait fondé sur une loi abrogée) soit examiné par le juge des référés et puisse fonder une décision de suspension, de la même manière que le juge des référés peut être conduit à examiner si la loi dont les dispositions sont invoquées est entrée en vigueur ou non (CE 13 octobre 2003, *Ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées*, Lebon tables p. 919; AJDA 2004, p. 166). Le juge des référés pourrait même être tenu de soulever d'office le moyen tiré de ce que l'administration aurait à tort appliqué un texte abrogé (v., pour le moyen d'incompétence, CE 5 décembre 2005, *M. Mann Singh*, préc.).

Il convient cependant de souligner que, pour l'application de la jurisprudence *Société Morgane* (CE Sect. 11 janvier 1991, Lebon p. 9; AJDA 1991, p. 149, chron. E. Honorat et R. Schwartz; confirmée par CE Ass. 6 décembre 2002, *Maciolak*, Lebon p. 426; AJDA 2003, p. 492, chron. F. Donnat et D. Casas), qui juge que le moyen tiré de la contrariété de la norme interne avec un engagement international ne met pas en cause le champ d'application de la loi, le Conseil d'Etat ne semble pas avoir jusque-là réservé le cas de la loi antérieure (qui

Le Conseil d'Etat ne semble pas avoir réservé le cas de la loi antérieure qui aurait été abrogée par l'effet de l'engagement international contraire.

aurait été abrogée par l'effet de l'engagement international contraire). Dans l'arrêt *Benahmed* du 13 décembre 2002 (Lebon tables p. 831), il a ainsi jugé que n'était pas d'ordre public le moyen tiré de l'incompatibilité alléguée entre l'article L. 58 du code des

pensions civiles et militaires de retraite, dans la rédaction que lui avait donnée la loi du 26 décembre 1964, et l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui n'a pourtant fait son entrée dans l'ordre juridique français qu'en 1974. Le Conseil d'Etat ne semble pas s'être demandé, à cette occasion, si le moyen devait être interprété comme mettant en cause une éventuelle abrogation de l'article L. 58 par un texte postérieur.

UNE INTERPRÉTATION RIGoureuse DE LA JURISPRUDENCE *CARMINATI*

En jugeant que le moyen n'est « pas susceptible d'être pris en considération » par le juge du référé suspension, les ordonnances de 2005 retiennent une interprétation plus rigoureuse que celle des premiers commentateurs de la jurisprudence *Carminati*.

Dans son commentaire publié en mai 2003 (préc.), Olivier Le Bot soulignait que la motivation du Conseil d'Etat était très circonstanciée et qu'elle ne pouvait pas être lue comme posant un principe général d'irrecevabilité du moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi. Il en déduisait que la décision *Carminati* devait être lue comme ne permettant la suspension que dans les cas où l'inconventionnalité de la loi est « soit déjà établie, soit manifeste ». Bernadette Le Baut-Ferrarese relevait pareillement (article préc.) que la décision *Carminati* ne déclarait pas le moyen irrecevable ni inopérant et en déduisait que le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi ne pouvait prospérer que dans deux situations : « Soit lorsque l'acte administratif attaqué a été pris sur le fondement d'une loi dont l'inconventionnalité est manifeste; soit lorsque cette inconventionnalité a déjà été établie par le juge du fond ». L'interprétation ainsi proposée de la portée de la décision *Carminati* semblait en effet pouvoir être déduite de la lettre de l'arrêt.

Les ordonnances rendues en octobre et décembre 2005 semblent restreindre un peu plus les pouvoirs du juge des référés. En premier lieu, elles précisent que le moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est « pas susceptible d'être pris en considération » par le juge des référés. Or, dire qu'un moyen n'est

pas susceptible d'être pris en considération revient en réalité à le qualifier d'inopérant: le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi ne pouvant pas fonder une décision de suspension, il se rattache à la catégorie des moyens qui, tels le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi (CE Ass. 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris*, AJDA 1972, p. 90, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes), se heurtent aux limites des pouvoirs du juge. En second lieu, les ordonnances de 2005 précisent que l'interdiction de principe de fonder une décision de suspension sur un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi ne cède qu'en présence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel. Le cas de l'inconventionnalité manifeste, évoqué par les premiers commentateurs de l'arrêt *Carminati*, ne semble pas avoir été réservé par le juge des référés du Conseil d'Etat.

Il est relativement aisé de cerner le cas où une décision en ce sens a été rendue « par le juge compétent à titre préjudiciel », en particulier s'il renvoie aux cas où la Cour de justice des Communautés européennes s'est déjà prononcée. Les interprétations des règles communautaires auxquelles procède la Cour de justice s'imposent en effet aux Etats membres et à leurs juridictions. On peut se demander s'il faut assimiler à une décision rendue par le juge compétent à titre préjudiciel, les avis que le Conseil d'Etat peut être amené à rendre en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Il serait assez logique de l'admettre même si, à la différence des interprétations de la Cour de justice, ces avis ne sont pas juridiquement contraignants.

Les contours précis de l'autre cas de figure évoqué par le juge des référés du Conseil d'Etat (lorsqu'une décision rendue par le juge saisi au principal a déjà statué en ce sens) sont plus difficiles à saisir. Lorsque le Conseil d'Etat fait référence à une décision du juge saisi au principal, il s'agit par définition d'une décision rendue sur un autre litige. On

Suffit-il que le TA de Marseille ait jugé qu'une disposition législative était inconventionnelle pour que le juge des référés du tribunal de Lille puisse se fonder sur un tel motif?

est dès lors conduit à se demander ce qu'il faut entendre par « le juge saisi au principal ». Suffit-il que le tribunal administratif de Marseille ait jugé, dans le cadre d'un recours au fond, qu'une disposition législative était contraire à un engagement international,

pour que le juge des référés du tribunal de Lille puisse fonder une décision de suspension sur un tel motif? Que se passe-t-il si deux tribunaux ou deux cours, statuant au fond, ont pris des positions divergentes? Il semble que la jurisprudence ne permette pas de répondre précisément à ces questions pour l'instant. En tout état de cause, le renvoi à une décision rendue par le juge « saisi au principal » semble conférer à la réponse que ce dernier aura faite à une exception d'inconventionnalité de la loi une portée juridique inhabituelle, une telle exception n'étant en principe revêtue que d'une autorité relative de la chose jugée (CE 3 juillet 1996, *Ministre de l'Équipement c/ Société ABC Ingéniering*, Lebon p. 259).

► Une exception, à plusieurs égards, au droit commun du référé suspension

L'OFFICE DU JUGE DANS LA JURISPRUDENCE CARMINATI

La référence à « l'office du juge des référés » a, dans la jurisprudence *Carminati*, une portée différente de celle que lui a donnée la Section du contentieux dans la décision *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* (CE Sect. 29 novembre 2002, Lebon p. 421 ; AJDA 2003, p. 278, chron. F. Donnat et D. Casas).

Dans la décision *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole*, la référence à l'office du juge des référés a pour fonction d'expliquer la retenue dont fait preuve le juge de cassation lorsqu'il contrôle l'appréciation portée par le juge des référés sur la question de savoir si un moyen est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée. Tout en maintenant le principe d'un contrôle de l'erreur de droit sur cette question, le Conseil d'Etat ne censure cette erreur que dans les cas où elle est flagrante. En d'autres termes, la jurisprudence *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole* consacre l'existence d'un droit à l'erreur du juge des référés : seule l'erreur grossière est de nature à entraîner la cassation de ses ordonnances. L'une des meilleures illustrations de cette jurisprudence est donnée par les affaires dans lesquelles le Conseil d'Etat a successivement rejeté des pourvois en cassation formés contre des ordonnances qui avaient jugé une chose et son contraire sur le même moyen (CE 5 avril 2004, *Commune de Pertuis*, Lebon p. 156 ; AJDA 2004, p. 1492, note P. Sablière) confirmant la suspension prononcée sur le fondement du moyen tiré de ce que l'article L. 111-6 du code de l'urbanisme ne s'appliquerait pas aux caravanes, alors que l'arrêt du 12 décembre 2003, *Cancy*, (AJDA 2004, p. 725, note P. Sablière), avait confirmé une ordonnance qui avait estimé que ce moyen n'était pas de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision.

Dans l'affaire *Carminati*, la référence à l'office du juge des référés a une fonction bien différente : elle est utilisée pour justifier l'interdiction faite au juge des référés de prononcer une suspension en se fondant sur le moyen tiré d'une contrariété de la loi à des engagements internationaux. Dans un cas (*Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole*), l'office du juge des référés est invoqué pour reconnaître à ce juge un pouvoir d'appréciation échappant dans une large mesure au contrôle du juge de cassation ; dans l'autre, il vient au contraire restreindre les pouvoirs du juge des référés en lui interdisant de fonder sa décision sur une catégorie particulière de moyens.

Si elle utilise la même expression à l'appui d'un raisonnement très différent, la décision *Carminati* se situe néanmoins dans le prolongement de la jurisprudence *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole* : elle semble en effet traduire la volonté du Conseil d'Etat de ne pas soumettre l'application de la loi au droit à l'erreur reconnu au juge des référés par la Section du contentieux.

LE JUGE DES RÉFÉRÉS JUGE DE L'ÉVIDENCE ?

L'idée selon laquelle le juge des référés est un juge de l'évidence ne suffit pas pour retirer à la jurisprudence *Carminati* son caractère d'exception au droit commun.

Jean-Paul Markus expliquait, dans son commentaire d'une ordonnance du tribunal administratif de Lyon faisant une application positive de la jurisprudence *Carminati* (L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés, note sous TA Lyon 23 mai 2003, *Jacques Murzeau*, AJDA 2003, p. 1786), que l'office du juge des référés consistait à « traiter en urgence les demandes ne souffrant aucun doute majeur ». On pouvait être tenté de trouver là une explication de la jurisprudence *Carminati* : le juge des référés étant un juge de l'évidence et l'inconventionnalité de la loi n'étant généralement pas évidente, le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi ne saurait en principe fonder une décision de suspension.

L'apparente force de conviction du syllogisme se heurte cependant à deux objections.

La première vient de ce que, même s'ils sont rares, il existe des cas où l'inconventionnalité de la loi relève de l'évidence. On peut songer par exemple au cas des lois du 15 juillet 1994 et du 3 juillet 1998 qui avaient fixé des dates d'ouverture et de clôture de la chasse manifestement contraires au droit communautaire (v. les arrêts de Section du 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mam-*

Même s'ils sont rares, il existe des cas où l'inconventionnalité de la loi relève de l'évidence. (concl. F. Lamy, préc.). La seconde objection est plus dirimante. Le raisonnement qui voudrait que le

juge des référés ne puisse retenir, pour fonder une décision de suspension, que les moyens qui sont à l'évidence sérieux, paraît en effet contraire à la lettre et à l'esprit de l'article L. 521-1 du code de justice administrative tel qu'il résulte de la loi du 30 juin 2000.

Comme l'ont souligné les premiers commentateurs de la loi, la volonté du législateur était de soumettre le référé suspension à des conditions plus souples que celles qui prévalaient à l'octroi du sursis. Roland Vandermeeren relevait ainsi (La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif, AJDA 2000, p. 706), que le recours à la notion de « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » avait pour objet d'inciter les juges « à se débarrasser de pratiques anormalement restrictives ». De fait, la lettre de la loi n'impose pas que le moyen soit objectivement sérieux, mais seulement qu'il soit propre à faire naître un doute sérieux dans l'esprit du juge. Comme le notait encore Sophie Overney (Le référé suspension et le pouvoir de régulation du juge, AJDA 2001, p. 714), la loi appelle un renversement du rôle du doute : « Alors qu'il avait tendance à jouer en faveur du rejet de la demande de sursis – le juge n'octroyant le sursis que lorsque les moyens d'annulation étaient quasiment fondés –, le doute devrait au contraire favoriser le prononcé de la suspension ».

La jurisprudence *Préfet des Alpes-Maritimes* (CE Sect. 28 février 2001, Lebon p. 110 ; AJDA 2001, p. 461, chron. M. Guyomar et P. Collin), qui intègre dans l'appréciation de la condition d'urgence un bilan des différents intérêts en pré-

sence, paraît également pousser en ce sens. Dès lors qu'on vérifie, au titre de la condition d'urgence, que les inconvénients d'une éventuelle suspension ne l'emportent pas sur l'intérêt qui réside dans la protection, à titre conservatoire, de la situation du requérant, il devient possible de se fonder sur un simple doute pour prononcer une mesure de suspension.

Loin du raisonnement qui voudrait que le juge des référés rejette la demande de suspension en l'absence de moyen évident, la logique des textes et de la jurisprudence pousse au contraire à suspendre lorsqu'il y a un doute sur la légalité de la décision et à ne rejeter qu'en l'absence de doute. A cette aune, une ordonnance qui suspend une décision administrative sur le fondement d'un moyen qui, à l'analyse, se révélera infondé semble moins contestable qu'une ordonnance estimant qu'un moyen qui se révélera finalement fondé n'est pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

La jurisprudence *Carminati* ne peut donc pas être présentée comme la conséquence logique de ce que le juge des référés serait un juge de l'évidence puisque la réforme du 30 juin 2000 avait précisément pour objet de permettre la suspension sans que le bien-fondé du moyen soit évident.

► Un raisonnement similaire à celui concernant la jurisprudence

En interdisant au juge des référés de fonder une décision de suspension sur un moyen tiré de la contrariété de la loi à un engagement international, la jurisprudence *Carminati* semble traiter ce type de moyen de la même manière que celui qui demanderait – consciemment ou non – de revenir sur une jurisprudence établie.

Le Conseil d'Etat semble en effet considérer que le juge des référés ne doit pas tenir pour propre à créer un doute sérieux quant à la légalité d'une décision administrative un moyen qui ne serait fondé qu'à la faveur d'un revirement de jurisprudence. Ainsi, Didier Chauvaux dans ses conclusions sur l'affaire *MM. Philippart et Lesage* (CE Sect. 28 février 2001, Lebon p. 111 ; RFDA 2001, p. 390) expliquait : « A chaque fois qu'une question de droit a été tranchée par la jurisprudence, il nous semble que les doutes du juge des référés ne doivent porter que sur l'application de cette jurisprudence au cas d'espèce, et non sur son bien-fondé. Le juge des référés du Conseil d'Etat est un magistrat statuant seul qui ne peut que prendre acte de l'état de la jurisprudence. Il ne pourrait guère considérer comme sérieux un moyen qui irait à l'encontre d'une solution juridique nettement dégagée par les formations collégiales. Il n'est pas exclu que la solution soit finalement remise en cause par la formation qui connaîtra du fond de l'affaire, mais cette éventualité ne peut normalement pas justifier une mesure de suspension ». Il ajoutait que selon lui cette règle devait s'appliquer y compris à la Section du contentieux lorsqu'elle statuait en qualité de juge des référés.

Il paraît en effet de bonne méthode que le juge des référés tienne la jurisprudence pour une donnée qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause à l'occasion d'une procédure d'urgence¹. Cette règle paraît d'ailleurs de nature à justifier la pratique consistant, pour le juge des référés du Conseil d'Etat, à faire référence dans le visa de ses ordonnances, à des juris-

prudences antérieures. Ainsi, dans son ordonnance du 23 décembre 2005, *M. Farines* (AJDA 2006, p. 1178), le président de la Section du contentieux a-t-il visé « les décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux n° 58-401 du 28 septembre 1962 et n°s 64222, 64643 et 65828 du 28 février 1965 ».

Le même raisonnement peut expliquer l'interdiction faite au juge des référés par l'ordonnance du 21 octobre 2005 de se fonder sur un principe général du droit qui n'a pas encore été consac-

Il n'appartient pas au juge des référés de « faire jurisprudence », ni en remettant en cause des jurisprudences antérieures, ni en dégagant de nouveaux principes généraux du droit.

cré par la jurisprudence. Cette solution semble à première vue contredire le postulat qui veut que le principe général du droit n'est pas créé par le juge : celui-ci n'étant pas habilité à poser des règles qui modifient pour l'avenir l'état du droit, il ne peut que dégager des règles qui préexistaient à sa décision. Il s'ensuit

que lorsqu'un nouveau principe général du droit est dégagé par la jurisprudence, il faut considérer que ce principe existait avant même la décision qui le consacre. Ce n'est donc pas parce que le principe général n'existe « pas encore » que le juge des référés ne peut en tenir compte. La solution repose plutôt sur l'idée qu'il n'appartient pas au juge des référés de « faire jurisprudence », ni en remettant en cause des jurisprudences antérieures, ni en dégagant de nouveaux principes généraux du droit.

Le parallèle que l'on peut être tenté d'établir entre l'interdiction faite au juge des référés de fonder sa décision sur un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi et l'obligation qui lui est faite de respecter une jurisprudence établie trouve cependant certaines limites.

En premier lieu parce que l'assimilation de la loi à la jurisprudence ne va pas entièrement de soi.

On a certes longtemps considéré que la jurisprudence du Conseil d'Etat se situait au niveau de la loi, voire à un niveau intermédiaire entre la loi et les décrets. Ce mode de raisonnement a notamment été appliqué aux principes généraux du droit. Mais, outre que la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes est compliquée par le fait qu'un bon nombre d'entre eux coïncident avec des principes ou des normes internationales (et en particulier communautaires) ou avec des principes constitutionnels², il faut admettre que les règles dégagées par la jurisprudence sont généralement tirées de l'interprétation des textes. Il en résulte que la jurisprudence n'a pas une place spécifique dans la hiérarchie des normes : elle ne se sépare pas de la norme qu'elle interprète.

(1) Cette règle semble en partie remise en cause par l'arrêt *Société Placoplâtre* (CE 12 octobre 2005, AJDA 2005, p. 2474, concl. Y. Aguila) qui annule la décision d'un juge des référés qui s'était conformé à une jurisprudence postérieurement remise en cause par le Conseil d'Etat. Cet arrêt paraît contestable au regard notamment de la jurisprudence *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole* (préc.) : il semble en effet difficile de considérer que constitue une erreur grossière du juge des référés le fait de s'être fondé sur ce qui était, à la date de sa décision, la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il aurait sans doute été plus conforme à la logique de la jurisprudence sur l'office du juge des référés de considérer que le revirement de jurisprudence, s'il n'était pas de nature à entraîner la cassation de la décision du juge des référés, constituait un élément nouveau pouvant justifier un réexamen de l'affaire au titre de l'article L. 521-4 du code de justice administrative.

(2) V. sur ce point la note fulgurante de Pierre Delvolvé : « Ce n'est pas parce qu'un principe a valeur constitutionnelle qu'il ne peut pas être un principe général du droit ; un principe général du droit n'est pas toujours "infralégislatif" » (Addendum sur l'arrêt *Koné*, RFDA 1996, p. 908).

En second lieu parce qu'imposer au juge des référés de suivre la jurisprudence semble moins restreindre son office que lui interdire de connaître de la compatibilité de la loi avec un engagement international.

Le respect de la jurisprudence n'est pas une obligation réservée au juge des référés. Elle s'impose également au juge du fond, et en particulier au juge de première instance qui s'expose, lorsqu'il prend des libertés avec une jurisprudence bien établie, à une censure quasi certaine du juge d'appel ou de cassation. En demandant au juge des référés de respecter la jurisprudence, on ne lui demande donc pas autre chose que ce qu'on demande également aux juges du fond. En revanche, l'interdiction faite au juge des référés de connaître du moyen tiré de la contrariété de la loi avec un engagement international l'oblige à se contenter d'une appréciation tronquée de la légalité : elle le prive de la possibilité d'examiner des moyens sur lesquels le juge du fond devra se prononcer et qui pourront justifier l'annulation de l'acte contesté.

L'écart introduit par la jurisprudence *Carminati* entre les moyens susceptibles de fonder l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir et ceux qui peuvent être retenus par le juge des référés pour ordonner une suspension semble finalement traduire avant tout la réticence du Conseil d'Etat à laisser à un juge qui statue dans l'urgence, et généralement seul, la possibilité de remettre en cause

l'application d'une loi votée par le Parlement. On peut se demander si le risque de voir les juges des référés remettre en cause trop légèrement la loi était tel qu'il justifiait l'interdiction de principe édictée par la jurisprudence *Carminati* et systématisée par les ordonnances du juge des référés du Conseil d'Etat, alors que les cas où la conventionnalité de la loi prête à un doute sérieux sont rares et que les éventuels débordements du juge des référés auraient certainement pu être traités dans le cadre de la jurisprudence *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*. Comme le relevait Jean-Marie Pontier (note sous 13 février 2006, *Association Ban Asbestos France et autres*, AJDA 2006, p. 761), la jurisprudence récente du Conseil d'Etat montre à cet égard que le juge de cassation sait moduler l'intensité de son contrôle de l'erreur de droit commise par le juge des référés en fonction des enjeux et de l'intérêt des questions soulevées par les pourvois qui lui sont soumis.

La jurisprudence semblant désormais clairement fixée, la juridiction saisie d'une demande soulevant un moyen faisant naître un doute sérieux sur la compatibilité d'une loi à un engagement international pourra bien entendu décider de statuer rapidement au fond si l'urgence lui paraît l'imposer³. ■

(3) Dans certains cas, l'urgence d'une requête peut conduire le juge du fond à statuer dans des délais extrêmement brefs (v. par exemple, l'arrêt de Section du 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, Lebon p. 87; AJDA 1993, p. 375, chron. C. Maugué et L. Touvet, qui annule le 26 mars 1993 une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel datée du 24 mars).

L'ACTUALITÉ DE TOUTE LA FONCTION PUBLIQUE

Rédacteur en chef : Jean-Claude FORTIER

Avec l'AJFP, allez droit à l'essentiel...

- l'actualité des trois fonctions publiques clairement identifiée par des pictogrammes pour chaque document publié :
- Une mise en valeur systématique dans les marges des informations les plus significatives : « l'essentiel », « à noter », « la règle », « bibliographie », ...

...anticipez et maîtrisez les mutations du droit de la fonction publique

Dans chaque numéro, une analyse complète et pertinente du contentieux des fonctions publiques à travers :

- Une jurisprudence abondante et commentée : une sélection de nombreuses décisions rendues par le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel, les tribunaux administratifs et la Cour de Justice des Communautés Européennes dont une partie est éclairée par les conclusions des commissaires du gouvernement.
- Des études sur des sujets d'actualité, rédigées par des praticiens ou des universitaires.

AJFP

- Ⓜ : Fonction publique de l'État
- Ⓧ : Fonction publique territoriale
- Ⓜ : Fonction publique hospitalière
- Ⓜ : Situations spécifiques
- Ⓜ : Union européenne

Ainsi, l'AJFP apporte des solutions concrètes et contribue aussi bien à optimiser la gestion des ressources humaines qu'à réorienter un dossier ou actualiser un enseignement.

► N° Indigo 0 820 800 017

818200017