

”L’obligation d’agir devant le juge des référés, ardente mais pas urgente”, JCP G La Semaine juridique - édition générale, LexisNexis, 2020, n° 7-8, pp. 347-350

Christophe Testard

▶ **To cite this version:**

Christophe Testard. ”L’obligation d’agir devant le juge des référés, ardente mais pas urgente”, JCP G La Semaine juridique - édition générale, LexisNexis, 2020, n° 7-8, pp. 347-350. La Semaine juridique. Édition générale, 2020, n° 7-8, pp. 347-350. hal-02484125

HAL Id: hal-02484125
https://uca.hal.science/hal-02484125

Submitted on 19 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

TITRE : « L'obligation d'agir devant le juge des référés, ardente mais pas urgente »,
Note sous CE, 27 novembre 2019, Association Droits d'urgence et autres, n° 433520

RÉSUMÉ : Le Conseil d'État précise le régime de l'obligation d'agir des autorités administratives et, par conséquent, des demandes d'adopter des mesures et des éventuels refus correspondants. Lorsque l'administration est tenue à une obligation de résultat, une personne qui lui demande de respecter cette obligation peut se contenter de lui demander de prendre toute mesure de nature à en permettre le respect. Le refus de prendre une mesure déterminée est susceptible d'un recours mais ne saurait, en ce cas et sauf exceptions, être entaché d'illégalité au seul motif qu'une telle mesure était susceptible de concourir au respect des obligations de l'administration. Dans le cadre d'une procédure de référé-suspension, le juge contrôle l'existence d'une situation d'urgence, laquelle doit se concilier avec l'obligation d'agir et les contraintes de l'action administrative.

******

« *Nous ne pouvons entrer dans le jeu de l'opportunité que dans la mesure où la légalité n'a rien commandé* ». En des termes plus ludiques que ceux utilisés par Maurice Hauriou (« *la légalité n'est pas discrétionnaire, elle est obligatoire* », note ss CE, 31 janv. 1902, *Grazietti*, *S.* 1903, III, 113), le Vice-Président du Conseil d'État, Pierre Nicolaÿ, (cité par T. Perroud, *Grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, p. 415) énonçait, à la fin des années 1980, l'une des règles fondamentales de notre droit public : l'administration, ni plus que le juge, ne doit méconnaître le droit en vigueur, au terme de ce qu'il est convenu d'appeler le principe de légalité. On se souvient aussi que les obligations de l'administration oscillent entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire, en fonction du degré de précision de cette légalité. Cette question, peinte déjà en 1959 comme « *une autoroute à grande vitesse doctrinale* » (J. Rivero, « préface » *in* J.-C. Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1959), semble perpétuellement remise sur le métier, tant la liberté des autorités administratives pour édicter les mesures relevant de leur compétence est au cœur des problématiques contemporaines.

La décision rendue par le Conseil d'État le 27 novembre 2019, *Association Droits d'urgence et a.* (n° 433520) s'inscrit dans une série qui a précisément conduit le juge administratif à tracer le sillon de l'obligation d'agir de l'administration. Elle porte sur la question de la procédure d'enregistrement des demandes d'asile, codifiée à l'article L. 741-1 du CESEDA et ses dispositions réglementaires, lesquels assurent la transposition des objectifs de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013. Il en résulte notamment que lorsqu'une personne présente une demande de protection internationale à une autorité compétente pour enregistrer de telles demandes, l'enregistrement a lieu au plus tard trois jours ouvrés après la présentation de la demande. Ce délai est porté à dix jours lorsque, en raison du nombre élevé de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides qui demandent simultanément une protection internationale, il est en pratique très difficile de respecter le délai de trois jours.

La liberté de l'administration, dans la mise en œuvre des obligations qui découlent de ces textes, avait déjà fait l'objet d'une saisine du juge administratif : le Conseil d'État a indiqué que les délais prédéterminés par la loi représentent une obligation de résultat (CE, 28 déc. 2018,

Association La Cimade, n° 410347). L'autorité réglementaire n'a ainsi pas de marge de manœuvre, elle doit prendre toute disposition structurelle permettant d'en assurer le respect.
L'espèce commentée concernait une catégorie particulière de demandeurs d'asile, les ressortissants étrangers détenus à la prison de Fresnes. Compte tenu de leur situation, ces demandeurs doivent pouvoir bénéficier d'un dispositif de recueil et d'instruction spécifique : celui-ci est prévu par un protocole-cadre joint à une instruction ministérielle du 16 août 2019 (NOR : INTV1919916J), qui devait faire l'objet d'une adaptation au niveau départemental dans les trois mois suivants la réception de ladite instruction. C'est précisément cette adaptation qui faisait défaut et était l'objet de la demande des associations requérantes, par courriers du 3 avril 2019, adressés au préfet du Val-de-Marne et au directeur du centre pénitentiaire de Fresnes. Alors que ce dernier répondait en indiquant que le dispositif était en voie de modernisation, le préfet gardait le silence faisant naître une décision implicite. Ces deux décisions ont été, logiquement, attaquées par les associations demanderesses dans le cadre d'un référé suspension. Rejetée en première instance par le tribunal administratif de Melun, la demande de suspension et d'injonction ne va pas plus avoir de succès devant le juge de cassation : en raison de l'imminence de l'adoption du protocole demandé, l'urgence fait défaut à la requête en référé.
De ce couperet opposé aux requérants nait une véritable interrogation sur le cadre de l'inaction administrative. La liberté reconnue aux autorités compétentes de prendre toutes mesures appropriées pour assurer le respect de leurs obligations est un principe ancien. L'enjeu de la décision ne tient pas dans cette réaffirmation mais bien dans les conséquences qui en découlent. Le juge opère en effet un travail délicat d'équilibriste, d'une part, en présentant de manière unifiée le régime procédural des actes qui découlent de l'obligation d'agir des autorités administratives et, d'autre part, en conciliant cette obligation d'agir avec les exigences propres du processus décisionnel. L'obligation d'agir apparaît, en creux, modifiée dans sa nature, sans que le juge en tire nécessairement toutes les conséquences.

I – Le chemin de l'unité procédurale de l'obligation d'agir

L'action des autorités administratives, toujours enserrée dans une finalité d'intérêt général, s'inscrit sur une échelle de liberté, dont les notions d'obligation de résultats et/ou de moyens permettent très largement de rendre compte. Si aucune obligation, ni de résultat, ni de moyens, ne pèse sur l'administration, elle est alors maître de l'opportunité d'agir ou non, dans le sens qu'elle détermine. Lorsque l'administration se voit imposer un résultat, sa compétence est classiquement présentée comme oscillant entre compétente liée et pouvoir discrétionnaire. Dans la première situation, l'administration doit adopter une mesure prédéterminée pour atteindre le but défini. Dans la seconde, qui caractérise l'espèce commentée, l'autorité administrative est libre de fixer la nature et le contenu des mesures permettant d'atteindre le résultat imposé par le législateur : en découle un régime procédural de l'obligation d'agir.
La liberté d'agir de l'administration conditionne d'abord le régime des demandes des administrés. La difficulté de l'espèce, perçue par le tribunal administratif, était de savoir si le refus de l'administration de prendre une mesure dont la demande n'est pas suffisamment précise, est un réel refus.
La plus ou moins grande marge de manœuvre de l'administration déteint en effet sur le régime des demandes des administrés tendant à l'adoption des mesures propres à assurer le respect de

ses obligations. Lorsque la liberté de l'administration est restreinte, la demande doit être précise. Ainsi, une décision ne procédant pas à la transmission de documents administratifs ne peut être regardée comme un refus de communication de documents lorsque la demande ne donnait aucune indication permettant d'identifier les documents à communiquer (**CE, 26 fév. 1992, n° 93174**). En revanche, lorsque la liberté de l'administration est totale, les demandeurs peuvent « *se borner à lui demander de prendre toute mesure de nature à permettre le respect de [*son*]obligation* » (§ 6).

Cette nécessaire liaison entre le contenu de la demande préalable et celui de l'obligation d'agir n'est pas apparue aussi logique au Tribunal administratif, lequel avait rejeté la requête des associations au motif que leur demande n'était pas suffisamment précise : cela constitue le motif de cassation de son ordonnance. La logique est du côté du Palais Royal si l'on veut bien considérer qu'à défaut cela reviendrait à imposer aux demandeurs d'identifier la nature et le contenu de décisions, que l'administration, compétente pour les adopter, ignore elle-même. C'est la liberté de l'une – l'administration – qui induit la vacuité de l'autre – le demandeur. Si elle ne découle pas d'une particulière volonté libérale du Conseil d'État, mais d'une rigoureuse dialectique juridique, une telle liaison n'en est pas moins favorable aux administrés, tout en n'empiétant pas sur les attributions des autorités administratives.

La liberté d'agir de l'administration conditionne ensuite le régime contentieux des refus opposés à une demande. D'abord, comme le rappelle le Conseil d'État en l'espèce, il résulte logiquement de l'obligation d'agir que le refus, par l'autorité compétente, de prendre les mesures nécessaires au respect de ses obligations constituent une mesure faisant grief.

Surtout, la reconnaissance de la liberté des autorités compétentes pour définir lesdites mesures conditionne l'appréciation de la légalité d'un refus de prendre une mesure déterminée à la demande d'un administré.

Le juge administratif est un gardien du respect des obligations légales qui pèsent sur l'administration, lorsqu'elles sont l'objet direct du litige (CE, 23 oct. 1959, *Doublet*, n° 40922), mais aussi lorsqu'elles sont davantage périphériques (par ex. lorsqu'elles sont nécessaires à l'exécution d'une décision de suspension qu'il prononce, CE, 9 mai 2005, n° 269452). Il s'assure par ailleurs que l'administration concilie, dans ses mesures, des obligations qui peuvent paraître contradictoires (par ex. respect de l'ordre public pénitentiaire et respect des droits fondamentaux du détenu, CE, 28 déc. 2009, n° 328768).

Lorsque pèse sur l'autorité compétente une « simple » obligation de résultat et non de moyens, comme cela était le cas en l'espèce, le contrôle du juge en est d'autant restreint : s'il peut sanctionner l'inaction et imposer l'action, il ne saurait contraindre les mesures à prendre en tant que tel (CE, 21 mai 2008, *Synakiewicz et a.*, n° 293567). Dès lors, un refus d'agir ne saurait être illégal au seul motif que la mise en œuvre de la mesure demandée est *susceptible* de concourir au respect de ces obligations. L'appréciation inverse conduirait à limiter la marge de manœuvre de l'administration puisque ce serait reconnaître un droit à l'administré d'obtenir la mesure qu'il a demandée.

Deux exceptions sont toutefois prévues explicitement par le juge : lorsque la mesure demandée est nécessaire au respect des obligations de l'administration ou lorsque son refus d'adoption empêcherait la réalisation de ces mêmes obligations. Dans ces hypothèses, il faut donc considérer que l'administré a droit à la mesure qu'il a précisément demandée. Cela résulte logiquement de la coïncidence, dans ces hypothèses, de l'obligation de moyens et de résultat :

si seuls certains moyens peuvent permettre la réalisation du résultat, la liberté de l'administration se restreint nécessairement et le contrôle du juge se fait plus rapproché.
En l'espèce, on notera que le Conseil d'État n'applique aucune de ces règles d'appréciation de la légalité des mesures en cause. C'est sur un autre terrain qu'il se fonde pour rejeter la demande de suspension, lequel conduit à s'interroger sur la portée de l'obligation de résultat dans ses rapports particuliers à l'urgence.

II – Le carrefour de l'obligation et de l'urgence à agir

Dans ses conclusions sur la décision « *Association La Cimade* » (sur ArianeWeb) précitée, Guillaume Odinet relevait une des limites au contrôle de légalité sur les obligations de résultat de l'administration : le juge administratif est saisi de la spécificité des situations, il sanctionnera ponctuellement l'irrespect par l'administration de ses obligations, ce qui peut la conduire à réorienter ses priorités en fonction des condamnations prononcées et non de l'intérêt général. Autrement dit, le respect scrupuleux imposé par le juge des obligations de résultat qui pèsent sur l'administration ferait perdre de vue l'action globale dont celle-ci a la charge et qui a ses contraintes propres. Mais le rapporteur public considérait que cela ne devait avoir d'influence qu'au stade d'une éventuelle injonction d'agir et non au stade de l'appréciation de la légalité du refus.
La décision commentée apporte pourtant une réponse qui ne paraît pas tout à fait dans cette lignée, dans l'office particulier du juge des référés. Il apparaît en effet que **le Conseil d'État tient compte de l'existence d'un processus de réforme pour considérer que la condition d'urgence du référé suspension n'est pas remplie**. En se fondant sur les obligations prévues dans une circulaire ministérielle, qui prévoyait un délai de trois mois pour décliner les dispositifs locaux d'enregistrement des demandes d'asile, le juge considère que la mise en œuvre des mesures réclamées par les associations est imminente, ce qui ne saurait dès lors traduire une situation d'urgence. On perçoit l'effet utile de cette position : quel intérêt à suspendre un refus d'agir alors que le processus devant mener à une décision est en cours, dans de « brefs » délais ? Faire preuve de réalisme et tenir compte des contraintes particulières de la prise de décision administrative est une nécessité. Mais alors, n'est-ce pas l'obligation d'agir qui s'en trouve modifiée dans sa nature ? Car il ne s'agit plus véritablement d'imposer à l'administration d'agir, mais de se contenter qu'elle s'efforce d'agir au mieux, dans les délais qu'elle a elle-même fixés. Plus profondément, s'agit-il toujours d'une obligation de résultat ? Il est difficile de considérer que cette dernière est remplie pour les demandeurs d'asile qui auraient déposé une demande pendant le processus d'élaboration du nouveau protocole : ni les moyens, ni les résultats ne sont remplis à leur égard. Deux séries de remarques nous laissent penser que la décision aurait pu – dû ? – être différente.
D'abord, **le juge du référé suspension est juge de l'urgence et juge en urgence**. Ne fallait-il pas considérer fin novembre 2019 qu'il y avait urgence à adopter un dispositif mettant en œuvre une directive de 2013, dont les insuffisances ont été déjà sanctionnées en décembre 2018 par le même Conseil d'État et dont l'annonce a été faite par circulaire ministérielle en août 2019 ? L'urgence des requérants, ici incarcérés, n'est visiblement pas celle de l'administration, ni du juge. C'est l'effectivité même des recours en référés qui est en jeu, laquelle vient d'être

largement mise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme, à propos du référé-liberté et de sa portée (CEDH, 30 janv. 2020, *J.M.B et a. c./ France*, n° 9671/15).

Par ailleurs, et plus largement, **les évolutions touchant l'action publique constituent les pierres d'attente d'un encadrement plus important des obligations pesant sur l'administration**. On pense d'abord aux exigences de prévention, qui modifient non le champ des mesures à prendre mais leur temporalité et l'analyse de leur efficacité, venant très largement atténuer la distinction entre obligations de moyens et de résultats (par ex. CE 12 juillet 2017, *Association les Amis de la Terre France*, n° 394254). On pense ensuite à l'évolution de la relation administrative, vers des rapports de confiance, de loyauté voire de bienveillance, qui conduit en effet à accroitre très largement les diligences – le mot est important – de l'administration. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples, en matière de droit d'accès aux documents administratifs (CE, 11 juin 1993, n° 62106) ou encore de garanties lors d'une procédure de vérification fiscale (CE, 28 juil. 2000, n° 185401), c'est l'esprit ou l'effet utile des garanties légales qui a conduit à étendre les obligations de l'administration, au-delà des simples exigences littérales de la loi.

Mais on en revient alors à l'opportunité des autorités administratives, dont l'encadrement – qui la fait basculer dans le domaine de la légalité – devrait être moins une contrainte pour la liberté de celles-ci qu'une exigence d'égalité dans l'application des règles de droit pour les administrés.

Christophe Testard, Professeur des universités
Université Clermont Auvergne, CMH (EA 4232)